



REPUBLIK ÖSTERREICH
Landesgericht für ZRS Wien

Im Namen der Republik

Das Landesgericht für Zivilrechtssachen Wien als Berufungsgericht hat durch den Richter Mag. Ulf Marschner als Vorsitzenden sowie die Richterinnen Mag. Veronika Vorderwinkler und Mag. Ingeborg Hawlicek in der Rechtssache der klagenden Partei A*, vertreten durch die Salzburg Rechtsanwalts GmbH in Wien, gegen die beklagten Parteien **1. B***, Schweiz, vertreten durch die Brandl Talos Rechtsanwälte GmbH in Wien, und **2. C* Limited, ****, Vereinigtes Königreich, vertreten durch die Andréewitch & Partner Rechtsanwälte GmbH in Wien, wegen EUR 10.799,28 s.A. infolge Berufung der klagenden Partei gegen das Urteil des Bezirksgerichts Floridsdorf vom 24. November 2022, 5 C 1816/21z-43, in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

Der Berufung wird Folge gegeben und die angefochtene Entscheidung dahingehend abgeändert, dass sie wie folgt lautet:

„1. Die Klagsforderung besteht gegenüber beiden beklagten Parteien mit EUR 6.507,31 s.A. sowie gegenüber der erstbeklagten Partei mit weiteren EUR 4.291,97 s.A. zu Recht.

2. Die Gegenforderung der beklagten Parteien besteht nicht zu Recht.

3. Die beklagten Parteien sind zur ungeteilten Hand

schuldig, der klagenden Partei EUR 6.507,31 samt 4 % Zinsen jährlich seit 8. März 2022 binnen 14 Tagen zu zahlen; die erstbeklagte Partei ist darüber hinaus schuldig, der klagenden Partei weitere EUR 4.291,97 samt 4 % Zinsen jährlich seit 8. März 2022 binnen 14 Tagen zu zahlen; dies alles Zug um Zug gegen Zustimmung der klagenden Partei zur *Einbehaltung* der auf den von ihr bei den beklagten Parteien gehaltenen Accounts befindlichen digitalen Inhalte des Spiels D*.

4. Die beklagten Parteien sind zur ungeteilten Hand schuldig, der klagenden Partei anteilig mit EUR 4.215,24 (darin EUR 976,32 an Barauslagen und EUR 615,42 an USt) bestimmte Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens binnen 14 Tagen zu ersetzen; die erstbeklagte Partei ist darüber hinaus schuldig, der klagenden Partei weitere mit EUR 2.810,16 (darin EUR 650,88 an Barauslagen und EUR 410,28 an USt) bestimmte Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens binnen 14 Tagen zu ersetzen."

Die beklagten Parteien sind zur ungeteilten Hand schuldig, der klagenden Partei anteilig mit EUR 1.591,39 (darin EUR 804,54 an Barauslagen und EUR 131,14 an USt) bestimmte Kosten des Berufungsverfahrens binnen 14 Tagen zu ersetzen; die erstbeklagte Partei ist darüber hinaus schuldig, der klagenden Partei weitere mit EUR 1.060,93 (darin EUR 536,36 an Barauslagen und EUR 87,43 an USt) bestimmte Kosten des Berufungsverfahrens binnen 14 Tagen zu ersetzen.

Die ordentliche Revision ist zulässig.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e :

Das Spiel D* ist ein jährlich in einer neuen Version erscheinendes Fußball-Simulationsspiel, welches von der erstbeklagten Partei herausgegeben und veröffentlicht

wird. Man kann dieses Spiel auf Spielkonsolen wie der E* bzw der F* oder am Computer spielen. Das Spiel D* wird auch von professionellen Spielern in einer e-Sport-Liga gespielt.

Innerhalb dieses Spiels gibt es unterschiedliche Spielmodi, die der Spieler auswählen kann, wie einen Trainingsmodus, einen Karrieremodus oder auch einen Kick Off Modus, in welchem kurze Einzelspiele gegen Computergegner, Freunde oder anderer D*-Spieler gespielt werden können, in welchen der Spieler jederzeit mit jedem virtuellen Fußballteam gegen andere Spieler oder Freunde spielen und auf jeden virtuellen Fußballspieler zugreifen kann, sowie den D* Ultimate Team (kurz „FUT“) Modus. In diesem Spielmodus geht es darum, eine eigene virtuelle Fußballmannschaft zusammenzustellen, diese zu managen und mit diesem Team gegen andere reale D*-Spieler oder auch Computergegner zu spielen. Die virtuellen Fußballspieler tragen die Namen und sehen so aus wie real existierende Fußballspieler, zum Beispiel Cristiano Ronaldo.

Am Beginn einer neuen Version des D*-Spiels im FUT-Modus erhält der Nutzer durch Zufall einzelne Fußballspieler und andere digitale Inhalte zugewiesen. Um die eigene Mannschaft zu verbessern und sich im FUT-Modus behaupten zu können, benötigt der Spieler virtuelle Fußballspieler und andere digitale Inhalte, wie Trainer, Spieler- und Trainerverträge, sogenannte Chemistry Styles (Gegenstände, die virtuelle Fußballspieler in gewissen Aspekten des Fußballspiels verbessern) oder Positionsspielgegenstände (zum Ändern der Position eines virtuellen Spielers). Die virtuellen Fußballspieler und die anderen digitalen Inhalte können innerhalb des Spiels am internen Transfermarkt nur gegen FUT-Coins von den Nut-

zern erworben oder verkauft werden, wobei die erstbeklagte Partei Mindest- und Höchstpreise für die einzelnen digitalen Inhalte vorgibt. Dies ist eine Währung im Spiel, die man innerhalb des Spiels nur dadurch bekommt, indem man im FUT-Modus Fußballspiele spielt, FUT-Aufgaben erfüllt oder seine digitalen Gegenstände am internen Transfermarkt veräußert. Diese FUT-Coins können auch im In-Game-Shop der erstbeklagten Partei für den Tausch gegen FUT-Packs verwendet werden, welche virtuelle Fußballspieler oder andere digitale Inhalte beinhalten, welche für das eigene FUT-Team verwendet werden können. FUT-Coins können im Spiel nicht mit Echtgeld gekauft oder gegen Echtgeld verkauft werden. Der Spieler kann auch durch das erfolgreiche Abschließen von Aufgaben FUT-Packs mit virtuellen Spielern oder anderen digitalen Inhalten bekommen. Die FUT-Packs können aber auch, ebenso wie der Zugang zu Turnieren, im In-Game-Shop der erstbeklagten Partei mittels D*-Points vom Nutzer erworben werden.

Die FUT-Packs sind grundsätzlich in den Ausführungen Bronze, Silber und Gold erhältlich, welche nur virtuelle Spieler oder sonstige digitale Inhalte dieser jeweiligen Kategorie nach einem computergenerierten Zufallsprinzip beinhalten. Gold ist die beste Kategorie. Die virtuellen Fußballspieler werden jährlich in jeder neuen Version des Spiels anhand ihrer echten Leistung in echten Fußballwettbewerben neu bewertet und ihnen Spielerattribute, wie zum Beispiel Ausdauer, Sprinttempo oder Pass- und Schussgenauigkeit zugeteilt, die einzeln mit Punkten bewertet werden. Je höher dieser Wert ist, desto besser ist der virtuelle Spieler in der jeweiligen Eigenschaft. Aus diesen ergibt sich der Spielergesamtwert, welcher für die Zuordnung zu den einzelnen Kategorien ausschlaggebend

ist. Virtuelle Spieler mit einem Gesamtwert bis 64 werden der Bronze-Kategorie, von 65 bis 74 der Silber-Kategorie und ab 75 der Gold-Kategorie zugeordnet.

Die zweitbeklagte Partei verkauft die D*-Points über ihren E*-Store. Dieser kann im Betriebssystem der stationären Spielkonsole der zweitbeklagten Partei, der E*, aufgerufen werden. In diesem E*-Store kann man von der zweitbeklagten Partei neben Spielen, wie dem D*-Spiel, und anderen digitalen Inhalten, die D*-Points für das D*-Spiel gegen Echtgeld kaufen.

Über das Betriebssystem der stationären Spielkonsole F* der Firma H* kann der H*-Store aufgerufen werden, in dem man von der Firma H* das Spiel D*, aber auch die D*-Points gegen Echtgeld kaufen kann.

Die in den genannten Stores erworbenen D*-Points werden dem Spieler im Spiel gutgeschrieben, angezeigt und dort verwendet. Sie können nicht gegen Echtgeld verkauft oder gegen FUT-Coins getauscht werden.

Die erst- und zweitbeklagte Partei besitzen keine Konzession für das Anbieten von Glücksspiel in Österreich.

Die klagende Partei begehrte primär die bereicherungsrechtliche Rückabwicklung der von ihr getätigten Käufe von D*-Points und brachte dazu zusammengefasst vor, sie habe im Zeitraum 24. September 2013 bis 18. Februar 2021 insgesamt 1.335.050 D*-Points, davon 774.750 D*-Points um insgesamt EUR 6.507,31 im E*-Store der zweitbeklagten Partei und 560.300 D*-Points um insgesamt EUR 4.291,97 im H*-Store, erworben und für den Erwerb von FUT-Packs aufgewendet. Hierbei handle es sich um mangels Konzession der beklagten Parteien illegales und damit nichtiges Glücksspiel, welches die beklagten Parteien ge-

meinschaftlich veranstalteten, indem die zweitbeklagte Partei die für die Teilnahme erforderliche Spielwährung gegen Echtgeld verkaufe und die erstbeklagte Partei die Durchführung des Spiels übernehme. Hinsichtlich der von der zweitbeklagten Partei erworbenen D*-Points hafte die zweitbeklagte Partei daher solidarisch mit der erstbeklagten Partei.

Die digitalen Inhalte der FUT-Packs seien ein geldwerter Gewinn, zumal zumindest ein Sekundärmarkt für diese bestehe, und das Spielergebnis, ob man etwa aus einem FUT-Pack einen wertlosen oder wertvollen Spieler erhalte, sei ausschließlich vom Zufall abhängig. Hierbei handle es sich somit nicht um ein Geschicklichkeitsspiel. Ob die gewonnenen digitalen Inhalte in weiterer Folge in einem Geschicklichkeitsspiel verwendet würden, sei für die Einordnung der FUT-Packs als Glücksspiel nicht relevant.

Zwar könnten diese digitalen Inhalte auch mittels durch Spielen des Spiels D* erspielbaren FUT-Coins erworben werden, dies jedoch nur mit exorbitantem Aufwand, da etwa zum Erspielen der für den Erwerb des Spielers Cristiano Ronaldo erforderlichen Menge an FUT-Coins über 9.000 Stunden gespielt werden müsse. Der Erwerb von FUT-Packs mittels Einsatz von gegen Echtgeld erworbenen D*-Points stelle daher die einzige realistische Möglichkeit zum Erhalt diese Inhalte dar. Zudem beseitige auch eine alternative Teilnahmemöglichkeit nicht den Glücksspielcharakter.

Schließlich bot die klagende Partei auch ausdrücklich die Übertragung aller digitalen Inhalte des Spiels D* (Accounts) Zug um Zug an die beklagten Parteien an.

Die beklagten Parteien bestritten, begehrten Klagsabweisung und brachten im Wesentlichen übereinstimmend

zusammengefasst vor, das Klagebegehren sei unschlüssig, da die klagende Partei weder die Rückstellung der digitalen Inhalte anbiete, noch den von ihr behaupteten Wert derselben in Abzug bringe.

FUT-Packs könnten auch mit im Spiel D* erspielbaren FUT-Coins erworben werden, womit hierfür eine Alternativmöglichkeit bestehe, und seien nicht losgelöst vom restlichen Spiel zu betrachten, sodass insgesamt ein Geschicklichkeitsspiel und kein Glücksspiel vorliege. Spieler sähen zudem bereits vor Erwerb eines FUT-Packs, welcher Kategorie und Seltenheit die darin enthaltenen digitalen Inhalte zugeordnet seien, diese seien somit nach Art und Gattung bestimmt. Es gebe auch keine „Nieten“ im Sinne leerer FUT-Packs.

Zudem liege auch kein vermögenswerter Einsatz vor, da D*-Points zwar gegen Echtgeld gekauft würden, selbst aber nicht gegen Echtgeld weiterverkauft werden könnten. Ebenso handle es sich bei den in FUT-Packs enthaltenen digitalen Inhalten nicht um vermögenswerte Gewinne, da ein Weiterverkauf derselben gegen Echtgeld in den Nutzungsbedingungen untersagt sei und sie auch bemüht seien, einen solchen zu unterbinden. Zudem entstehe den beklagten Parteien durch das Öffnen von FUT-Packs auch kein vermögenswerter Verlust.

Schließlich erhoben die beklagten Parteien eine Gegenforderung „zumindest in Höhe der Klagsforderung“, gestützt auf den Wert der von der klagenden Partei erhaltenen digitalen Inhalte bzw einen anzurechnenden Unterhaltungswert durch das Spiel.

Darüber hinaus brachten beide beklagten Parteien hinsichtlich der im E*-Store der zweitbeklagten Partei erworbenen D*-Points jeweils vor, nicht sie sondern die

jeweils andere beklagte Partei sei passivlegitimiert. Hinsichtlich der im H*-Store erworbenen D*-Points machte die erstbeklagte Partei weiters geltend, nicht sie sondern die Betreiberin des H*-Stores sei passivlegitimiert.

Mit dem angefochtenen Urteil wies das Erstgericht das Klagebegehren zur Gänze ab. Dazu stellte es, soweit im Berufungsverfahren relevant, fest, dass die klagende Partei ein Benutzerkonto (Account) sowohl für die E*, die F* sowie bei der erstbeklagten Partei hatte, bei dessen Einrichtung sie die Nutzungsbedingungen akzeptierte (welche das Erstgericht zu einem integrierten Bestandteil seines Urteils erklärte).

Um im FUT-Modus des D*-Spiels erfolgreich zu sein und Fußballsimulationsspiele zu gewinnen, benötigt der Nutzer die durch Übung erlernte Fähigkeit am Controller des Spiels, Kenntnis vom Fußballspiel und den realen Fußballspielern sowie Verständnis für die richtige Taktik. Entscheidend ist aber auch, dass der Nutzer gute virtuelle Fußballspieler für sein FUT-Team hat, welche auch an der richtigen Position vom Nutzer eingesetzt werden müssen und sich auch gut miteinander verstehen und zusammenspielen, also eine gute Chemie haben. Sind die Spieler, welche gegeneinander spielen, in ihren Fähigkeiten gleich gut, so ist es ein Vorteil, ein FUT-Team mit einer höheren Bewertung zu haben und wird dieser Spieler eher gewinnen.

Um das FUT-Team zu verbessern, muss der Nutzer virtuelle Fußballspieler mit einer möglichst hohen Bewertung erwerben. Er benötigt aber auch andere digitale Inhalte, wie Spielerverträge, um die Spieler in seinem Team einsetzen zu können, und Trainer. Diese virtuellen Fußballspieler oder sonstige digitalen Inhalte kann man am spie-

linterne Transfermarkt nur mittels FUT-Coins erwerben, aber auch veräußern. Man kann nicht Spieler gegen Spieler tauschen. Es wird dafür von der erstbeklagten Partei jeweils ein Mindest- oder Höchstpreis, welcher immer wieder angepasst wird, angesetzt. Innerhalb dessen bestimmt Angebot und Nachfrage den Preis in FUT-Coins.

Es gibt virtuelle Spieler und andere digitale Inhalte, die im Spiel besonders selten verfügbar sind. Die erstbeklagte Partei veröffentlicht diesbezüglich auf ihrer Website eine Information (welche das Erstgericht zu einem integrierten Bestandteil seines Urteils erklärte). Es gibt von den besten Fußballspielern der Welt besondere Ausführungen, die bis zu 10 Millionen FUT-Coins wert sind, ein normaler seltener Gold-Spieler hat einen Wert von 600 bis 1000 FUT-Coins. Die erstbeklagte Partei behält sich bei diesen Transfers 5% der bezahlten FUT-Coins ein, sodass der Verkäufer nur 95% erhält. Der Nutzer erwirbt die FUT-Coins innerhalb des Spiels durch Spielen der Fußballsimulationsspiele, wobei die Höhe vom Spielerfolg abhängig ist. Für ein gewonnenes Spiel erhält man durchschnittlich 500 Coins, für verlorene Spiele bekommt man weniger. Ein Spiel dauert ca 12 bis 15 Minuten.

Der Nutzer kann innerhalb des Spiels die virtuellen Fußballspieler und sonstigen digitalen Inhalte aber auch durch den Erwerb von FUT-Packs im In-Game-Shop der erstbeklagten Partei gegen FUT-Coins oder FUT(gemeint offenbar: D*)-Points bekommen, welche zuvor im E*-Store der zweitbeklagten Partei oder im H*-Store der H* Corporation gegen Echtgeld erworben wurden. Die erstbeklagte Partei bekommt dabei einen Anteil aus den Erlösen vom Verkauf der D*-Points, welcher der Höhe nach nicht festgestellt werden kann. Die Spieler verwenden eher FUT(gemeint of-

fenbar: D*)-Points für den Erwerb der FUT-Packs. Grundsätzlich sind die FUT-Packs in der Ausführung für FUT-Coins und D*-Points erhältlich (wobei das Erstgericht ein diesbezüglichen Übersicht zu einem integrierten Bestandteil seines Urteils erklärte). Es gibt aber auch Jumbo-Premium Gold-Packs für 100.000 FUT-Coins. Vor dem Erwerb der FUT-Packs im In-Game-Shop der erstbeklagten Partei wird der Inhalt so angezeigt, wie aus der oben genannten Übersicht ersichtlich. Es gibt kein FUT-Pack ohne Inhalt.

Die erstbeklagte Partei veranstaltet auch regelmäßig Events in den verschiedensten Versionen, wobei manchmal Spezial-Packs mit den besten Inhalten angeboten werden. Es wird dabei von der erstbeklagten Partei angekündigt, zu welchem Zeitpunkt und in welcher Anzahl diese verfügbar sind, sowie der Inhalt der Packs, zum Beispiel 30 seltene Gold-Spieler in einem Pack. Dabei ist entweder die Gesamtzahl der Packs oder die Anzahl der Packs, die pro Account erworben werden können, begrenzt. Bei besonders interessanten Events sind diese FUT-Packs bereits nach 10 bis 15 Minuten vergriffen. Um ein gutes Pack mit 30 seltenen virtuellen Fußballspielern bei einem derartigen Event zu erwerben, müssen FUT(gemeint offenbar: D*)-Points aufgewendet werden, welche zuvor im E*-Store oder im H*-Store zu einem Preis von ca EUR 25,- gekauft wurden.

Man kann FUT-Packs grundsätzlich auch als Belohnung für das Absolvieren von Herausforderungen, wie zum Beispiel die Squad Building Challenges, bekommen. Dabei muss man ein eigenes Team mit Spielern bestimmter Kategorie aufbauen. Dafür benötigt man auch manchmal Spieler der Kategorie Bronze oder Silber.

Zieht man beim Öffnen der Packs in der Folge einen

im Spiel besonders seltenen oder wertvollen virtuellen Spieler, dann ist am Bildschirm eine besondere Animation in Form eines Feuerwerks oder flackernden Lichter zu sehen und es spielt auch Musik. Am Ende der Animation sieht man den jeweiligen Spieler hervorkommen, welcher tanzt und jubelt. Sowohl auf der F* als auch auf der E* ist es möglich, die Twitch-App zu öffnen und Freunde dabei zusehen zu lassen, wie man FUT-Packs öffnet. Man kündigt dies im Vorhinein an, wenn man besondere Packs oder besonders viele Packs öffnet. Es ist mittlerweile durchaus üblich und eine Form der Unterhaltung, dass man das Öffnen der Packs streamt und es gibt Plattformen mit sehr vielen Zuschauern, auch auf YouTube. Es werden aber auch die Fußballsimulationsspiele gestreamt.

Grundsätzlich ist nach den Nutzungsbedingungen der beklagten Parteien der Kauf oder Verkauf von FUT-Coins oder den digitalen Inhalten des Spiels außerhalb des Spiels nicht erlaubt. Es existiert jedoch ein Schwarzmarkt. Es gibt dabei Online-Plattformen, wie www.mmoga.de, www.D*-coins.at oder ebay, auf denen Drittanbieter D* (gemeint offenbar: FUT)-Coins gegen Echtgeld verkaufen. Um die FUT-Coins als Nutzer zu bekommen, muss man dem Drittanbieter die Zugangsdaten zu seinem Benutzerkonto geben, womit man diesem auch den Zugang zu seinen sensiblen Daten, wie zum Beispiel Kreditkartennummern gibt, wodurch die Gefahr des späteren Missbrauchs dieser Daten besteht. Diese Drittanbieter erwerben die FUT-Coins durch „Hacken“ von Accounts, Kreditkartenbetrug oder indem sie sogenannte „Bots“ laufen lassen, was bedeutet, dass der Computer ständig D* spielt und dadurch FUT-Coins lukriert. Es besteht aber auch die Möglichkeit, über den internen Transfermarkt FUT-Coins zu erwerben. Man verab-

redet sich diesbezüglich mit einem anderen Spieler auf einer sozialen Plattform, dass ein bestimmter virtueller Spieler, welcher grundsätzlich nur einen geringen Wert von zum Beispiel 1.000 FUT-Coins hat, zu einem überhöhten Coinwert angeboten wird und dieser dann vom Verkäufer der FUT-Coins für diese hohe Anzahl von FUT-Coins erworben wird, sodass der Transfer der FUT-Coins auf den Account des Spielers ermöglicht wird. Dieser bezahlt dafür außerhalb des Spiels Echtgeld an den Verkäufer der FUT-Coins.

Es passiert jedoch auch, dass Nutzer auf Plattformen wie Player Auctions und willhaben.at einen gesamten Account samt FUT-Coins und den digitalen Inhalten gegen Geld verkaufen, indem sie die Zugangsdaten weitergeben. Sie können dann aber selber nicht mehr mit dem Account spielen. Abhängig von der Wertigkeit und der Anzahl der digitalen Inhalte des Accounts werden hierfür Preise von mehreren hundert Euro erzielt.

Die erstbeklagte Partei ist bestrebt, diesen Schwarzmarkt zu unterbinden. Ungefähr 3 % der Nutzer des Spiels werden der erstbeklagten Partei durch Aktivitäten am Schwarzmarkt auffällig. Wird der Missbrauch eines Spielers festgestellt, wird ein Bann (Sperrung) verhängt, was einen 7-Tage-Bann bis zu einem lebenslangen Bann bedeuten kann. Dies schreckt die Nutzer des Spiels auch ab, sich an Schwarzmarktaktivitäten zu beteiligen. Die erstbeklagte Partei hat 18 Mitarbeiter, die nur dazu da sind, den Schwarzmarkt zu verhindern. Die erstbeklagte Partei schickt Drittanbietern von FUT-Coins am Schwarzmarkt auch Abmahnungen und beauftragt Anwälte, dagegen vorzugehen. Sie veranlasst auch die Schließung von Social-Media-Accounts, auf denen derartige Aktivitäten wahrgenommen werden. Sie lässt auch Algorithmen über den internen Trans-

fermarkt laufen, um illegale Aktivitäten zu erkennen, was aber nicht immer gelingt. Auch die Mindest- und Höchstlimits an FUT-Coins für die digitalen Inhalte am Transfermarkt werden von der erstbeklagten Partei gesetzt, um die illegalen Aktivitäten dort für sie auffälliger zu machen und den Schwarzmarkt zu verhindern.

Die klagende Partei spielt seit D* 2006 oder 2007 das Fußballsimulationsspiel der erstbeklagten Partei sowohl mit der E* als auch mit der F*, zunächst nur gelegentlich. In der Version D* 17, 18 und 21 spielte sie sehr viel, schon im Umfang eines Vollzeitjobs. Sie erwarb dabei die FUT-Packs, um ein konkurrenzfähiges Team zu bekommen, aber auch wegen des Gefühls, einen besonderen Spieler in diesem Pack zu bekommen, welcher Millionen von FUT-Coins wert ist. Sie ließ auch Freunde mittels der Twitch App daran teilnehmen, wenn sie FUT-Packs öffnete.

Die klagende Partei erwarb im Laufe der Zeit im E*-Store der zweitbeklagten Partei für EUR 6.507,31 774.750 D*-Points und im H*-Store für EUR 4.291,97 560.300 D*-Points. 24.900 von den im E*-Store erworbenen FUT(gemeint offenbar: D*)-Points und 36.900 von den im H*-Store erworbenen FUT(gemeint offenbar: D*)-Points verwendete die klagende Partei, um im Rahmen des Spielmodus FUT-Draft an Turnieren teilzunehmen und dafür FUT-Packs als Belohnung zu bekommen. Die restlichen FUT(gemeint offenbar: D*)-Points wurden direkt zum Erwerb der FUT-Packs im In-Game-Shop der erstbeklagten Partei verwendet.

Rechtlich folgte das Erstgericht zusammengefasst, schon nach den Nutzungsbedingungen der beklagten Parteien sei österreichisches Recht anzuwenden.

Betrachte man nur den Erwerb der FUT-Packs, so sei das Spielergebnis ausschließlich vom Zufall abhängig, da

der genaue Inhalt der FUT-Packs nicht vom Nutzer beeinflusst werden könne und nach einem vom Computerprogramm generierten Zufallsprinzip erfolge, sodass ein Glücksspiel im Sinne des § 1 Abs 1 GSpG vorliege.

Unzweifelhaft seien nach den Feststellungen beide beklagten Parteien Unternehmer, welche unter anderem ihre Tätigkeit zur Erzielung von Einnahmen aus der Veräußerung von FUT-Packs, somit der Durchführung von Glücksspielen, ausübten. Da die zweitbeklagte Partei hierzu die FUT(gemeint offenbar: D*)-Points an die Nutzer gegen Echtgeld verkaufe, welche in der Folge im Vertrag mit der erstbeklagten Partei gegen die FUT-Packs eingetauscht werden könnten, erbrächten beide in Absprache miteinander Teileistungen zur Durchführung von Glücksspielen, sodass beide beklagten Parteien die Unternehmereigenschaft iSd § 2 GSpG erfüllten.

Da die Nutzer Echtgeld zum Erwerb der FUT(gemeint offenbar: D*)-Points zahlten, welche im Rahmen der Zusammenarbeit der zweitbeklagten Partei für den Eintausch gegen FUT-Packs verwendet werden könnten, und im Fall der klagenden Partei auch verwendet worden seien, liege auch ein Einsatz des Spielers, somit der klagenden Partei, vor.

Allerdings könnten die digitalen Inhalte der FUT-Packs nur innerhalb des Spiels verwendet und im Spiel auch nicht gegen Echtgeld veräußert werden, und brächten nur im Spiel einen in FUT-Coins bemessbaren Vorteil. Da der Handel außerhalb des Spiels nach den Nutzungsbedingungen der beklagten Parteien verboten sei, hätten diese im gewöhnlichen Geschäftsverkehr keinen Wert. Dass sich trotzdem diesbezüglich ein Schwarzmarkt entwickelt habe, könne den beklagten Parteien nicht zum Nachteil gerei-

chen. Da somit kein Gewinn in Aussicht gestellt werde, sei § 2 Abs 1 Z 3 GSpG nicht erfüllt; und es liege daher kein verbotenes Glücksspiel vor.

Gegen dieses Urteil richtet sich die Berufung der klagenden Partei aus dem Berufungsgrund der unrichtigen rechtlichen Beurteilung mit dem Antrag auf Abänderung im klagsstattgebenden Sinne; hilfsweise wird ein Aufhebungsantrag gestellt.

Die beklagten Parteien beantragen in ihren Berufungsbeantwortungen jeweils, der Berufung nicht Folge zu geben.

Die Berufung ist berechtigt.

Die vom Erstgericht zutreffend bejahte Anwendbarkeit österreichischen Rechts wird im Berufungsverfahren von keiner der Parteien in Zweifel gezogen.

Im Übrigen ist zunächst auf die Beweis- und Mängelrügen in den Berufungsbeantwortungen der beklagten Parteien einzugehen. Die beklagten Parteien rügen hier zunächst die Annahme des Erstgerichts, wonach unstrittig sei, dass ein D*-Point EUR 0,008 entspreche, als Aktenwidrigkeit bzw Mangelhaftigkeit des Verfahrens bzw unrichtige Tatsachenfeststellung, und begehren statt dessen die Feststellung, wonach zwischen D*-Points und Euro kein Wechselkurs bestehe.

Dabei übersehen sie jedoch, dass das Erstgericht damit erkennbar keinen Wechselkurs im klassischen Sinn, sondern lediglich den durchschnittlichen von der klagenden Partei für den Erwerb von D*-Points gezahlten Preis anspricht. Auf diesen kommt es hier jedoch im Ergebnis nicht an, da - worauf bei der Behandlung der Rechtsrüge noch einzugehen ist - der Rückabwicklungsanspruch der klagenden Partei hinsichtlich der gesamten von ihr erwor-

benen D*-Points besteht. Lediglich der Vollständigkeit halber ist jedoch darauf hinzuweisen, dass die Rüge der beklagten Parteien auch bei inhaltlicher Betrachtung erfolglos bleiben müsste. So hat das Erstgericht unbekämpft festgestellt, wie viele D*-Points zu welchem Gesamtpreis die klagende Partei erworben hat. Bereits alleine aus dieser Feststellung ergibt sich der durchschnittlich von der klagenden Partei zu zahlende Preis pro D*-Point als bloße Rechenoperation, und zwar hinsichtlich der im E*-Store gekauften D*-Points mit einem geringfügig im Rahmen vertretbarer Rundungstoleranz über, und hinsichtlich der im H*-Store gekauften D*-Points mit einem geringfügig im Rahmen vertretbarer Rundungstoleranz unter EUR 0,008 liegenden Wert.

Die beklagten Parteien wenden sich weiters gegen die Feststellung des Erstgerichts, wonach um ein gutes Pack mit 30 seltenen virtuellen Fußballspielern bei einem Event zu erwerben, FUT(gemeint offenbar: D*)-Points aufgewendet werden müssen, welche zuvor im E*-Store oder im H*-Store zu einem Preis von ca EUR 25,- gekauft wurden.

Den beklagten Parteien ist zuzugestehen, dass diese Feststellung rein sprachlich isoliert betrachtet auch jenes von ihnen angenommene Verständnis decken würde, dass ein Erwerb eines solchen Packs bei einem Event ausschließlich unter Einsatz von D*-Points möglich sei. Allerdings hat hier keine solche isolierte Betrachtungsweise zu erfolgen, sondern ist die betreffende Feststellung unter Berücksichtigung auch der restlichen Entscheidungsgründe so zu verstehen, wie sie vom Erstgericht eindeutig gemeint hat, und zwar - wie die betreffenden Ausführungen des Erstgerichts in seiner Beweiswürdigung zweifelsfrei erkennen lassen - in dem Sinn, dass bei Verwendung von

D*-Points solche mit einem Kaufpreis von ca EUR 25,- aufgewendet werden müssen, nicht aber im Sinne einer ausschließlichen Möglichkeit der Verwendung von D*-Points. Insofern weicht die begehrte Ersatzfeststellung, wonach sowohl FUT-Coins als auch D*-Points eingesetzt werden können, nicht vom tatsächlichen Inhalt der erstgerichtlichen Feststellung ab, sondern fügt dieser lediglich als zusätzliche Feststellung die ausdrückliche Erwähnung von FUT-Coins als Alternative hinzu. Dem kommt jedoch hier keine rechtliche Relevanz zu, da - worauf im Rahmen der rechtlichen Beurteilung noch einzugehen ist - auch die alternative Teilnahmemöglichkeit mittels FUT-Coins den Glücksspielcharakter nicht zu beseitigen vermag.

Soweit die beklagten Parteien die Feststellung des Erstgerichts bekämpfen, dass es virtuelle Spieler und andere digitale Inhalte gibt, die im Spiel besonders selten verfügbar sind, sind ihre Berufungsausführungen insofern aktenwidrig, als das Erstgericht diese konkrete Feststellung nicht wie von ihnen behauptet auf die von der klagenden Partei vorgelegte Information zum Seltenheitsgrad digitaler Inhalte stützte, sondern explizit auf die Aussagen des Klägers und des Zeugen I*. Diese stehe insoweit auch nicht in Widerspruch zu anderen Beweisergebnissen, insbesondere nicht zur genannten Information zum Seltenheitsgrad, zumal einerseits die Unterscheidung in die Kategorien „häufig“ und „selten“ noch nichts darüber aussagt, ob alle Inhalte einer dieser Kategorien innerhalb derselben mit der exakt gleichen Wahrscheinlichkeit vorkommen, und andererseits in dieser Information sogar explizit darauf hingewiesen wird, dass es neben der Einordnung in „häufig“ und „selten“ noch andere solche Kategorien gibt, wie etwa „Episch“, „Limited Edition Edel“

oder „Limited Edition Episch“.

Zudem obliegt gemäß § 272 ZPO die Beweiswürdigung primär dem erkennenden Gericht. Dieses hat nach sorgfältiger Überlegung unter Berücksichtigung der Ergebnisse des gesamten Verfahrens zu beurteilen, ob eine Tatsache als erwiesen anzusehen ist oder nicht. Die Überzeugungsbildung des Gerichts nach § 272 Abs 1 ZPO hat die Ergebnisse der gesamten Verhandlung miteinzubeziehen, das heißt, dass alles Vorbringen der Prozessbeteiligten, ihr Verhalten während der Verhandlung und der persönliche Eindruck von ihnen in die Würdigung einfließen sollen (*Rechberger/Klicka*, ZPO⁵ § 272 Rz 1 sowie *Rechberger in Fasching/Konecny*, Zivilprozessgesetze³ § 272 ZPO Rz 4 f). Der persönliche Eindruck des Gerichts, seine Kenntnisse der Lebensvorgänge, seine Erfahrungen in der menschlichen Gesellschaft und seine Menschenkenntnis werden zur entscheidenden Grundlage für die Wahrheitsermittlung. Dem persönlichen Eindruck des Gerichts von der Glaubwürdigkeit der einvernommenen Personen kommt damit naturgemäß maßgebliche Bedeutung zu.

Einer Beweisrüge kann somit erst dann Erfolg beschieden sein, wenn stichhaltige Bedenken gegen die Richtigkeit der vom Erstgericht vorgenommenen Beweiswürdigung ins Treffen geführt werden können, die erhebliche Zweifel an der vom Erstgericht vorgenommenen Beweiswürdigung rechtfertigen können. Der bloße Umstand, dass nach den Beweisergebnissen allenfalls auch andere Feststellungen möglich gewesen wären, oder dass es einzelne Beweisergebnisse gibt, die für den Prozessstandpunkt der beklagten Partei sprechen, reicht demgegenüber nicht aus, um eine unrichtige oder bedenkliche Beweiswürdigung aufzuzeigen. Vielmehr ist es das Wesen der freien Beweiswürdigung, ge-

gebenenfalls auch mehrere einander widersprechende Beweismittel zu würdigen und den ihnen jeweils im Einzelfall zukommenden Beweiswert zu beurteilen.

Wenn das Erstgericht, das sich in der mündlichen Verhandlung einen persönlichen Eindruck von den vernommenen Personen verschafft hat, diesbezüglich den nicht in Widerspruch zu anderen Beweismitteln stehenden Angaben der klagenden Partei und des Zeugen I* Glauben geschenkt und darauf die bekämpfte Feststellung gegründet hat, begegnet dies jedoch keinen Bedenken.

Was Spieler vor dem Öffnen eines FUT-Packs über dessen Inhalt angezeigt bekommen, hat das Erstgericht ohnehin ausdrücklich durch Übernahme der von Beklagenseite vorgelegten Übersicht der FUT-Pack-Inhalte in seinen Feststellungen festgestellt. Aus dieser ist auch zu entnehmen, dass vor dem Öffnen eines FUT-Packs angezeigt wird, wie viele als „selten“ eingestufte digitale Inhalte dieses FUT-Pack enthält. Insoweit weicht die begehrte Ersatzfeststellung nicht von den vom Erstgericht ohnehin getroffenen Feststellungen ab. Nach welchen Kriterien virtuelle Fußballspieler in die Kategorie „selten“ eingestuft werden, ist rechtlich nicht relevant.

Hinsichtlich der von den beklagten Parteien weiters bekämpften Feststellung, dass die Spieler eher FUT (gemeint offenbar: D*)-Points für den Erwerb der FUT-Packs verwenden, gehen die Ausführungen in den Berufungsbeantwortungen nicht über das bloße Aufzeigen einer möglichen abweichenden, einer anderen als der vom Erstgericht herangezogenen Aussage folgenden Beweiswürdigung hinaus, ohne jedoch die Beweiswürdigung des Erstgerichts bedenklich erscheinen zu lassen. Zudem kommt auch der begehrten Ersatzfeststellung im Hinblick darauf, dass - worauf im

Rahmen der rechtlichen Beurteilung noch einzugehen ist - auch die alternative Teilnahmemöglichkeit mittels FUT-Coins den Glücksspielcharakter nicht zu beseitigen vermag, hier keine rechtliche Relevanz zu.

Bei den von der erstbeklagten Partei schließlich in ihrer Tatsachenrüge noch als dislozierte Feststellung bekämpften Ausführungen des Erstgerichts in dessen rechtlicher Beurteilung zur Glücksspieleigenschaft der FUT-Packs handelt es sich entgegen der Ansicht der erstbeklagten Partei nicht um eine Tatsachenfeststellung, sondern um rechtliche Beurteilung. Zutreffend spricht somit die zweitbeklagte Partei diesen Punkt, wenn auch mit praktisch identer Argumentation, im Rahmen ihrer Rechtsrüge an.

Diese rechtliche Beurteilung des Erstgerichts beruht einerseits auf den vom Erstgericht auf Grundlage der von den beklagten Parteien vorgelegten Übersicht der FUT-Pack-Inhalte getroffenen Feststellung dazu, welche Parameter des Inhalts eines FUT-Packs vor dessen Erwerb bekannt bzw festgelegt sind; andererseits haben die beklagten Parteien bereits in erster Instanz ausdrücklich argumentiert (und argumentieren auch nunmehr in ihren Rekursbeantwortungen weiterhin) und damit zugestanden (und gestehen weiterhin zu), dass lediglich diese vom Erstgericht festgestellten Informationen - dh wie viele virtuelle Inhalte ein FUT-Pack enthält und welcher Art (virtuelle Fußballspieler oder andere virtuelle Gegenstände) und Kategorie (Bronze, Silber oder Gold) diese zugeordnet sind und wie viele davon als „selten“ eingestuft sind - im Voraus bekannt sind. Hingegen haben die beklagten Parteien in erster Instanz (wie auch nunmehr im Berufungsverfahren weiterhin) nie substantiiert bestritten, dass

innerhalb dieser dem Spieler bei Erwerb eines FUT-Packs bekannten Kategorien der konkrete Inhalt der FUT-Packs (dh zB welcher konkrete virtuelle Fußballspieler aus dem Pool der als „selten“ eingestuften Gold-Fußballspieler enthalten ist) nach einem computergenerierten Zufallsprinzip bestimmt wird und nicht vom Spieler, der das FUT-Pack erwirbt, beeinflusst werden kann. Dies hat das Erstgericht somit zu Recht als unstrittig zugrunde gelegt.

Ausgehend davon hat das Erstgericht den Erwerb der FUT-Packs zutreffend als Glücksspiel iSd § 1 Abs 1 GSpG qualifiziert. Hierfür reicht es gemäß dieser Bestimmung aus, dass - was hier der Fall ist - die Entscheidung über das konkrete Spielergebnis ausschließlich oder vorwiegend vom Zufall abhängt.

Mit Ausnahme der vom Berufungssenat nicht geteilten Rechtsansicht des Erstgerichts zum Vorliegen eines Gewinns im Sinne einer vermögenswerten Leistung erachtet der Berufungssenat die Ausführungen des Erstgerichts als zutreffend und die dagegen vorgebrachten Ausführungen der beklagten Parteien in ihren Rechtsmittelbeantwortungen als nicht stichhältig, sodass es insoweit gemäß § 500a ZPO lediglich einer kurzen Begründung bedarf.

In diesem Zusammenhang behaupten die beklagten Parteien zunächst einen sekundären Feststellungsmangel im Fehlen einer Feststellung dahingehend, dass FUT-Packs ein integraler Bestandteil des Geschicklichkeitsspiels D* bzw des Spielmodus FUT seien.

Abgesehen davon, dass es sich bei der Frage des Abstellens konkret auf den Erwerb der FUT-Packs weitgehend um rechtliche Beurteilung handelt, sind sekundäre Feststellungsmängel nur dann gegeben, wenn Tatsachen fehlen, die für die rechtliche Beurteilung wesentlich sind und

dies Umstände betrifft, die nach dem Vorbringen der Parteien und den Ergebnissen des Verfahrens zu prüfen waren. Wenn jedoch zu einem bestimmten Thema Tatsachenfeststellungen getroffen wurden, mögen diese auch von den Vorstellungen des Rechtsmittelwerbers abweichen, können diesbezüglich auch keine rechtlichen Feststellungsmängel erfolgreich geltend gemacht werden (RIS-Justiz RS0053317 [T1]).

Jedoch beseitigt weder ein dem Glücksspiel vorgeschaltetes Geschicklichkeitsspiel die Glücksspieleigenschaft (vgl 4 Ob 94/21h), noch ein dem Glücksspiel nachgelagertes Geschicklichkeitsspiel, selbst wenn durch dieses das endgültige Spielergebnis noch verändert werden könnte (vgl VwGH Ra 2017/17/0570, wo die diesbezügliche, zu VwGH 2005/17/0178 ergangenen Rechtsprechung ausdrücklich aufrecht erhalten wurde). Dies muss umso mehr im vorliegenden Fall gelten, wo nach den vorliegenden Feststellungen lediglich die Gewinne aus den FUT-Packs dafür genutzt werden können, Spielern einen Vorteil beim Spielen des Geschicklichkeitsspiels D* zu verschaffen. Der von den beklagten Parteien begehrten Feststellung kommt somit hier keine rechtliche Relevanz zu.

Darüber hinaus hat das Erstgericht unbekämpft festgestellt, dass es durchaus üblich und eine Form der Unterhaltung ist, das Öffnen von FUT-Packs zu streamen, und es hierfür Plattformen mit sehr vielen Zusehern gibt. Damit hat aber der Erwerb und das Öffnen von FUT-Packs sehr wohl auch einen eigenständigen, vom Spielen des Spiels D* losgelösten Zweck. Die von den beklagten Parteien begehrten Feststellung stünde somit auch im Widerspruch zu den vom Erstgericht getroffenen, insoweit unbekämpften Feststellungen. Ein sekundärer Feststellungs-

mangel liegt daher insgesamt nicht vor.

Dass die mögliche Wahl zwischen verschiedenen Kategorien von Preisen (die im vorliegenden Fall auch mit unterschiedlichen Preisen der FUT-Packs und damit unterschiedlicher Höhe des Einsatzes einhergeht) das von § 1 Abs 1 GSpG geforderte Zufallselement nicht beseitigt, erhellt bereits aus dem Gesetzeswortlaut selbst, der es ausreichen lässt, wenn das Ergebnis vorwiegend (und damit nicht vollständig) vom Zufall abhängt. Anschaulich verdeutlicht dies auch das Beispiel einer Lotterie oder eines Losspiels mit unterschiedlichen Gewinnrängen, bei dem ebenfalls dem Spieler die Wahl zwischen verschiedenen Kategorien möglicher Preise bleibt. Folgte man der Argumentation der beklagten Parteien, so würden auch solche Spiele nicht unter den Glücksspielbegriff des § 1 Abs 1 GSpG fallen und könnten beliebig frei veranstaltet werden, welche Auslegung dem Zweck des GSpG klar zuwiderliefe und daher nicht unterstellt werden kann.

In seiner Systematik definiert das GSpG zunächst in seinem § 1 den umfassenderen Begriff des Glücksspiels und in seinem § 2 den Begriff der Ausspielung als bestimmte, zusätzliche Kriterien erfüllende Form des Glücksspiels, statuiert in seinem § 3 ein Monopol des Bundes (Monopol- bzw Konzessionssystem) zur Veranstaltung von Glücksspielen (und nicht bloß von Ausspielungen iSd § 2 GSpG), und normiert schließlich in seinem § 4 Ausnahmen von diesem Glücksspielmonopol. Bereits aus dieser Gesetzessystematik und dem klaren Wortlaut des § 3 GSpG ergibt sich eindeutig, dass entgegen den Ausführungen der beklagten Parteien in ihren Berufungsbeantwortungen nicht nur Ausspielungen iSd § 2 GSpG, sondern sämtliche Glücksspiele iSd § 1 GSpG, sofern diese nicht unter die Ausnahmen des § 4 GSpG

fallen und nicht vom Bund oder mit einer Konzession des Bunds veranstaltet werden, verboten sind (vgl auch RIS-Justiz RS0038386; vgl idS auch VwGH Ra 2018/09/0095; ebenso *Legat/Leissler*, Glücksspielgesetz-Novelle 2019: Bedarf zur Regulierung von Lootboxen?, *ecolex* 2019, 400 [401]).

Dass die beklagten Parteien über keine solche Konzession verfügen, ist unstrittig. Die einzige hier denkmöglich in Betracht kommende Ausnahme ist jene des § 4 Abs 1 GSpG. Gemäß dieser Bestimmung unterliegen Glücksspiele nicht dem Glücksspielmonopol, wenn sie nicht in Form einer Ausspielung iSd § 2 Abs 1 GSpG und bloß zum Zeitvertreib und um geringe Beträge (oder nur einmalig zur Veräußerung eines körperlichen Vermögensgegenstands, was jedoch hier unstrittig nicht vorliegt) durchgeführt werden. Dabei kommt es entgegen der von der klagenden Partei ersichtlich vertretenen Meinung nicht auf die Gesamtsumme der Einsätze aller gespielten Spiele an, sondern diese Frage ist am Einzelspiel orientiert zu lösen, es sei denn, dass der Spielveranstalter "Serienspiele" veranlasst oder zu solchen Gelegenheit bietet (vgl zur verwandten Bestimmung des § 168 StGB RIS-Justiz RS0094719 und RS0094788).

Die Frage, ob hier ein solches „Serienspiel“ vorliegt, lässt sich auf Grundlage der vorliegenden Feststellungen nicht abschließend beantworten. Allerdings fallen selbst bei Einzelspielbetrachtung ein erheblicher Teil der FUT-Packs nicht mehr unter diese Ausnahme. So wurde die relevante Einsatzgrenze in früheren Fassungen des GSpG zunächst mit ÖS 5,- und in der Folge mit EUR 0,50 festgelegt. Mit der nunmehrigen Fassung des § 4 Abs 1 GSpG sollte diese Bestimmung schließlich dem Wort-

laut des § 168 StGB angeglichen werden (ErlRV 658 dB XXIV. GP 6). Zu § 168 StGB sah die Rechtsprechung etwa Einsätze von ÖS 10,- als gering an (vgl RIS-Justiz RS0094778), was in Anlehnung an die vom Gesetzgeber bei der Umstellung auf Euro vorgenommene Novellierung des § 4 Abs 1 GSpG nunmehr mit EUR 1,- anzusetzen wäre. Dem gegenüber wird in der Lehre zu § 168 StGB mitunter eine Betragsgrenze von EUR 10,- vertreten, dies allerdings unter Verweis auf eine frühere, damals lediglich die Verwaltungsstrafbarkeit von der gerichtlichen Strafbarkeit abgrenzende Bestimmung (vgl *Kirchbacher/Ifsits in Höpfel/Ratz, WK² StGB § 168 Rz 12*). Ausgehend von den vorliegenden Feststellungen zu den vom Kläger für den Erwerb der D*-Points gezahlten Beträgen und den D*-Point-Kosten der einzelnen FUT-Packs bzw der Turnierteilnahme zur Erlangung besonderer FUT-Packs überschreiten jedoch etliche Varianten selbst diese Grenze und stellen damit jedenfalls verbotenes Glücksspiel dar, ohne dass es hierzu noch weiterer Kriterien bedarf.

Letztlich muss diese Abgrenzung hier jedoch nicht abschließend geklärt werden, da hier entgegen der vom Erstgericht vertretenen Rechtsansicht auch das Kriterium einer „Auspielung“ iSd § 2 GSpG erfüllt ist und die Ausnahme des § 4 Abs 1 GSpG schon deshalb nicht zum Tragen kommen kann.

Gemäß § 2 sind Auspielungen Glücksspiele, (Z 1) die ein Unternehmer veranstaltet, organisiert, anbietet oder zugänglich macht und (Z 2) bei denen Spieler oder andere eine vermögenswerte Leistung in Zusammenhang mit der Teilnahme am Glücksspiel erbringen (Einsatz) und (Z 3) bei denen vom Unternehmer, von Spielern oder von anderen eine vermögenswerte Leistung in Aussicht gestellt wird

(Gewinn).

Dass sie unternehmerisch tätig sind, haben beide beklagten Parteien in erster Instanz ausdrücklich zugestanden und ihre Unternehmereigenschaft iSd § 2 GSpG lediglich mit dem - wie bereits gezeigt, nicht zutreffenden - Argument in Abrede gestellt, sie böten kein Glücksspiel iSd § 1 Abs 1 GSpG an. Aber auch im Hinblick auf die unbekämpfte Feststellung des Erstgerichts, dass die erstbeklagte Partei einvernehmlich einen Anteil am Erlös aus dem Verkauf der D*-Points durch die zweitbeklagte Partei bzw im H*-Store erhält, liegt hier jedenfalls Unternehmereigenschaft beider beklagten Parteien vor, wobei dies gemäß § 2 Abs 2 GSpG selbst dann der Fall wäre, wenn bei einer von ihnen die Einnahmernerzielungsabsicht fehlte. Da die zweitbeklagte Partei den Spielern die D*-Points (die im gegebenen Kontext in ihrer Funktion vergleichbar sind mit Casino-Jetons) gegen Echtgeld verkauft, die dann im von der erstbeklagten zur Verfügung gestellten Spiel zum Erwerb der FUT-Packs verwendet werden, hat das Erstgericht beide beklagten Parteien zutreffend iSd § 2 Abs 1 und 2 GSpG als gemeinschaftliche Veranstalter des gegenständlichen Glücksspiels qualifiziert (vgl auch RIS-Justiz RS0102179).

Der Beitrag der zweitbeklagten Partei stellt dabei bereits eine konkrete arbeitsteilige Beteiligung an der Organisation des Glücksspiels dar und geht weit über die vom Obersten Gerichtshof zu 3 Ob 184/15b und 4 Ob 34/17d beurteilte bloße Zurverfügungstellung von Räumlichkeiten ohne Wissen über die Verwendung zu Zwecken verbotenen Glücksspiels hinaus. Darauf, ob und in welchem Ausmaß die zweitbeklagte Partei dabei Einfluss auf die konkrete Gestaltung der FUT-Packs durch die erstbeklagte Partei hat,

kommt es dabei nicht an, liegt es doch in ihrer Entscheidung, ob sie sich an der arbeitsteiligen Veranstaltung des Glücksspiels beteiligt oder nicht. Der von der zweitbeklagten Partei diesbezüglich behauptete sekundäre Feststellungsmangel liegt somit nicht vor. Auch ob die zweitbeklagte Partei, wie sie ins Treffen führt, daneben in ihrem E*-Store noch weitere, in keinem Zusammenhang mit dem D*-Spiel und den FUT-Packs stehende Inhalte verkauft, ist hier unerheblich. Die Voraussetzung des § 2 Abs 1 Z 1 GSpG ist daher erfüllt.

Infolge des hier unstrittigen Einsatzes von Echtgeld zum Erhalt der D*-Points erbringen die Spieler dabei zweifellos auch eine vermögenswerte Leistung (Zahlung des Preises für die D*-Points; vergleichbar mit dem Erwerb von Jetons in einem Casino), sodass auch die Voraussetzung des § 2 Abs 1 Z 2 GSpG erfüllt ist (vgl auch RIS-Justiz RS0117438; ebenso *Bajrami/Pachschwöll*, „Lootboxen“, ZIIR 2022, 270 [274]).

Daran ändert sich nach der Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs auch nichts, wenn der Gewinn auch auf andere Weise als den Einsatz von Echtgeld - hier durch Verwendung von im Spiel D* erspielten FUT-Coins - erlangt werden kann, da jedenfalls diejenigen, die hierfür D*-Points gegen Echtgeld erwerben, einen Einsatz leisten, sodass es sich jedenfalls insoweit um ein grundsätzlich dem Bund vorbehaltenes Glücksspiel handelt (vgl 4 Ob 233/03y). Aus der von ihnen ins Treffen geführten alternativen Möglichkeit des Einsatzes von FUT-Coins ist daher für die beklagten Parteien bereits aus diesem Grund nichts zu gewinnen. Ein sekundärer Feststellungsmangel liegt insoweit schon deshalb nicht vor, wobei das Erstgericht hierzu ohnehin auch Feststellungen getroffen hat,

einschließlich zur Möglichkeit des Erwerbs von FUT-Coins durch gespielte Fußballspiele.

Der Vollständigkeit halber sei noch angemerkt, dass es sich im vorliegenden Fall nicht einmal um eine realistische alternative Möglichkeit handelt, zumal nach den vom Erstgericht getroffenen Feststellungen selbst im Idealfall des Gewinns aller Fußballmatches das Erspielen eines Betrags von 500 FUT-Coins 12-15 Minuten in Anspruch nimmt, während zur Erlangung mancher Gewinne (virtueller Fußballspieler) bis zu 10.000.000 FUT-Coins erforderlich sind, deren Erlangung somit einen Aufwand von zumindest 4.000 Stunden erfordern würde. Selbst wenn man dabei abweichend von der zitierten Rechtsprechung nicht auf die aus den FUT-Packs erhaltbaren Gewinne, sondern die FUT-Packs selbst abstellen wollte, bedürfte es zum Erwerb mancher Packs 100.000 FUT-Coins und damit selbst im Idealfall des Gewinns aller Fußballmatches immer noch eines Aufwands von zumindest 40 Stunden. Von einer auch nur annähernd gleichwertigen alternativen Möglichkeit der Erlangung des Gewinns bzw der Teilnahme am Gewinnspiel kann daher hier nicht gesprochen werden. Vielmehr ist diese hier an abschreckend hohe Hürden geknüpft (was im Übrigen auch mit der Feststellung des Erstgerichts, dass die Spieler eher FUT[gemeint offenbar: D*]-Points für den Erwerb der FUT-Packs verwenden, korreliert und diese stützt).

Entgegen der vom Berufungssenat nicht geteilten Rechtsansicht des Erstgerichts handelt es sich bei den durch den Erwerb von FUT-Packs erlangbaren digitalen Inhalten auch um eine vermögenswerte Leistung und damit um einen Gewinn iSd § 2 Abs 1 Z 3 GSpG. Hierfür reicht es mit der hL jedenfalls aus, dass - was hier der Fall ist -

diese digitalen Inhalte außerhalb des Spiels D* auf „Marktplätzen“ gegen Geld gehandelt werden. Schon damit kommt ihnen ein gemeiner Wert zu. Von wem der jeweilige „Marktplatz“ betrieben wird, ist unerheblich, da der Gewinn vom Unternehmer iSd § 2 Abs 1 Z 1 und Abs 2 GSpG, vom Spieler oder einem von diesen unterschiedlichen Dritten in Aussicht gestellt werden kann (*Rapani/Kotanko*, GSpG § 2 Rz 43 mwN und Rz 45). Ebenso kann es dabei nicht darauf ankommen, ob die Veranstalter des Glücksspiels eine solche Veräußerung billigen oder nicht. Die von den beklagten Parteien ins Treffen geführte abweichende Ansicht (*Schwartz/Wohlfahrt*, Der glücksspielrechtliche Auspielungsbegriff, ÖJZ 1999, 339) war bereits zum Zeitpunkt ihrer Publikation in der Lehre nicht einhellig und ist durch die mittlerweileigen, einer anderen Ansicht folgenden Gesetzesänderungen überholt. Letzteres gilt auch für die von den beklagten Parteien ins Treffen geführte, zu alten Rechtslage ergangene Entscheidung des VwGH (VwGH 90/17/0103), bei der noch auf eine Durchführung des Glücksspiels auf eigene Rechnung abgestellt wurde. Die von den beklagten Parteien weiters ins Treffen geführte Publikation (*Legat/Leissler*, Glücksspielgesetz-Novelle 2019: Bedarf zur Regulierung von Lootboxen?, *ecolex* 2019, 400) wirft diese Frage lediglich auf, beantwortet sie jedoch nicht abschließend.

Darüber hinaus liegt im Fall digitaler Inhalte eine vermögenswerte Leistung (und damit ein Gewinn iSd § 2 Abs 1 Z 3 GSpG) bereits dann vor, wenn – was hier nach den vorliegenden Feststellungen ebenfalls der Fall ist – durch die Erlangung von virtuellen Inhalten eine Wertsteigerung des Nutzerkontos eintritt und eine Weiterveräußerung des selben möglich ist (*Rapani/Kotanko*, GSpG § 2

Rz 44 mwN; ebenso *Bajrami/Pachschwöll*, „Lootboxen“, ZIIR 2022, 270 [275]), wobei es entgegen der Ansicht der beklagten Parteien nicht erforderlich ist, dass diese Inhalte die einzigen werterhöhenden Faktoren darstellen. Dabei ist - auch ohne dass es hierfür eines näheren Eingehens auf die konkreten Inhalte der Nutzungsbedingungen der beklagten Parteien bedarf - bereits aus rechtlicher Sicht festzuhalten, dass infolge des zwingenden Erschöpfungsgrundsatzes ein Verbot der Weiterveräußerung des Spiels D* einschließlich der hierzu benötigten Accounts nicht wirksam vereinbart werden kann (vgl. *Appl*, Systembindungsklauseln im Softwarevertrag aus urheberrechtlicher Sicht, MR 2016, 73 [75]; EuGH C-128/11, *UsedSoft/Oracle*), sodass es hier im Ergebnis nicht darauf ankommt, ob solches in den Nutzungsbedingungen der beklagten Parteien enthalten ist.

Schließlich wäre selbst bei völligem Fehlen eines Marktes auf den Ertrags- oder Gestehungskostenwert abzustellen (RIS-Justiz RS0113651). Angesichts des wie bereits erörtert exorbitant hohen erforderlichen Aufwands für das alternative Erspielen mancher Gewinne von zumindest 4.000 Stunden muss hier einem durchschnittlichen Spieler das Aufwenden von Echtgeld zum Erlangen derselben als einzige realistische Möglichkeit erscheinen. Bereits dadurch erhalten diese digitalen Inhalte eine Vermögenswertigkeit (in diesem Sinne etwa auch *Bajrami/Pachschwöll*, „Lootboxen“, ZIIR 2022, 270 [275]) und stellen einen Gewinn iSd § 2 Abs 1 Z 3 GSpG dar.

Im Ergebnis handelt es sich bei dem hier zu beurteilenden Erwerb von FUT-Packs mittels D*-Points somit auch um eine Ausspielung iSd § 2 Abs 1 GSpG, welche mangels Vorliegen einer der Ausnahmen des § 4 Abs 2 bis 6 GSpG

den Bund vorbehalten und damit ohne - hier nicht vorliegende - Konzession verboten ist.

Dass das im GSpG normierte Monopol- bzw Konzessionssystem den vom Europäischen Gerichtshof aufgezeigten Vorgaben des Unionsrechts entspricht und damit auch unter unionsrechtlichen Gesichtspunkten voll anwendbar ist, entspricht der ständigen Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs (RIS-Justiz RS0130636 [T7]; 1 Ob 74/22x, 9 Ob 25/22z, 7 Ob 102/22h, 2 Ob 171/22v, 2 Ob 146/22t, 6 Ob 200/22p uvm) und wird hier auch von keiner der Parteien in Zweifel gezogen.

Soweit sich die beklagten Parteien darauf berufen, sie hätten durch den Erwerb bzw das Öffnen von FUT-Packs keinen Vermögensverlust, übergehen sie, dass dies schon nach dem klaren Gesetzeswortlaut nicht erforderlich ist, zumal der Gewinn gemäß § 2 Abs 1 Z 3 GSpG auch von beliebiger anderer Seite in Aussicht gestellt werden kann. Insofern liegt somit auch kein sekundärer Feststellungsmangel vor. Abgesehen davon ist es allgemein bekannt, dass sowohl die Entwicklung (was die beklagten Parteien in ihren Berufungsbeantwortungen auch selbst ausdrücklich zugestehen) als auch der laufende Betrieb und die Wartung von Software - wie hier dem E*-Store bzw H*-Store und dem D*-Spiel - jedenfalls einen Vermögensaufwand erfordert. Wie stark dieser Vermögensaufwand mit der Anzahl gekaufter D*-Points bzw geöffneter FUT-Packs skaliert und ob dieser konstant oder variabel ist, ist hierbei unerheblich; er ist in jedem Fall nicht null.

Auch wenn es, wie die beklagten Parteien ins Treffen führen, keine „Nieten“ im Sinne von FUT-Packs ohne Inhalt gibt, führt dies zu keiner anderen rechtlichen Beurteilung. Dass jeder Teilnehmer einen Preis erhält, vermag an

der Unzulässigkeit des Gewinnspiels nichts zu ändern, wenn im Zeitpunkt der Erbringung des Einsatzes offen ist, welchen der Preise verschiedenen Werts - hier unterschiedlich wertvolle virtuelle Fußballspieler bzw andere Inhalte - der Teilnehmer erhält (RIS-Justiz RS0118576 = 4 Ob 233/03y).

Wie ausländische Gerichte bzw Behörden nach deren nationalen Recht Sachverhalte wie den gegenständlichen beurteilen, kann schließlich hier schon grundsätzlich nicht von rechtlicher Relevanz sein, zumal österreichische Gerichte eine eigenständige Beurteilung nach österreichischem Recht vorzunehmen haben.

Verbotene Spiele erzeugen nach ständiger Rechtsprechung nicht einmal eine Naturalobligation; der Verlierer kann die gezahlte Wett- oder Spielschuld bereicherungsrechtlich zurückfordern, ohne dass dem die Bestimmung des § 1174 Abs 1 Satz 1 ABGB oder § 1432 ABGB entgegenstehe, weil die Leistung nicht "zur Bewirkung" der unerlaubten Handlung, sondern als "Einsatz" erbracht wurde. Den Rückforderungsanspruch zu verweigern, widerspräche dem Zweck der Glücksspielverbote. Der Rückforderungsanspruch besteht sogar dann, wenn die Ungültigkeit der Verpflichtung beziehungsweise Leistung bekannt war (RIS-Justiz RS0025607 [T1,T2]).

Da wie bereits dargelegt auch ein vorgeschaltetes Geschicklichkeitsspiel den Glücksspielcharakter unberührt lässt (vgl 4 Ob 94/21h), umfasst diese Nichtigkeit und Rückforderbarkeit auch jenen Teil der D*-Points, die die klagende Partei zur Teilnahme an FUT-Draft-Turnieren eingesetzt hat um dafür FUT-Packs zu erhalten.

Die beklagten Parteien sind wie bereits dargelegt hinsichtlich der im E*-Store der zweitbeklagten Partei

gekauften D*-Points gemeinschaftlich Veranstalter des gegenständlichen Glücksspiels und haften insoweit auch solidarisch für die Rückabwicklung, während hinsichtlich der im H*-Store gekauften D*-Points von den hier beklagten Parteien lediglich die erstbeklagte Partei passivlegitimiert ist.

Die Rückabwicklung hat dabei - ausgenommen bei wechselseitigen Geldforderungen, die direkt aufzurechnen sind (RIS-Justiz RS0041069 [T2]) - Zug um Zug gegen Rückstellung der erlangten Gewinne zu erfolgen, wofür es jedenfalls ausreicht, dass die klagende Partei dies in erster Instanz ausdrücklich angeboten (und die beklagten Parteien dies auch begehrt) hat (RIS-Justiz RS0020973 [T5,T8], RS0020997 [T11]). Da hier weder behauptet noch festgestellt wurde, dass die klagende Partei erspielte digitale Inhalte in Echtgeld umgesetzt hätte, besteht die Zug-um-Zug-Verpflichtung hier in der Rückstellung der unmittelbar erspielten sowie allfälliger gegen unmittelbar erspielte eingetauschten digitalen Inhalte auf den Accounts der klagenden Partei, und kann zugleich keine Gegenforderung der beklagten Parteien in Höhe des Geldwerts dieser Inhalte bestehen.

Dabei ist im vorliegenden Fall zu berücksichtigen, dass sich die von der klagenden Partei gehaltenen Accounts, auf denen sich diese digitalen Inhalte befinden, unstrittig ohnehin bereits in der faktischen Verfügungsmacht der beklagten Parteien befinden, die diese jederzeit sperren bzw löschen können. Insofern bedarf es hier keiner Einräumung einer solchen Verfügungsmöglichkeit mehr, sondern lediglich der Zustimmung der klagenden Partei zur Ausübung dieser bereits bestehenden Verfügungsmöglichkeit der beklagten Parteien.

Schließlich besteht auch die weitere von den beklagten Parteien in erster Instanz eingewendete Gegenforderung in Form einer Abgeltung des Unterhaltungswerts nach herrschender Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs nicht. Ein gesonderter Vorteil der klagenden Partei durch einen „Unterhaltungswert“ des verbotenen Glücksspiels (hier: der FUT-Packs), im Sinne einer erhaltenen und durch die Spieleinsätze abgegoltenen (vermögenswerten) Dienstleistung, ist im vorliegenden Fall nicht zu erblicken. Läge eine derartige, gesondert zu beurteilende Leistung der beklagten Parteien vor, wäre diese überdies zur Bewirkung des verbotenen Glücksspiels erbracht worden und damit gemäß § 1174 Abs 1 Satz 1 ABGB nicht rückforderbar. Überdies kommt auch bei der Rückabwicklung verbotswidriger Verträge dem Zweck der Verbotsnorm maßgebliche Bedeutung zu. Die Kondition einer auf Grundlage des nichtigen Vertrags erbrachten Leistung hat zu unterbleiben, wenn die Rückabwicklung dem Verbotszweck zuwiderlaufen würde. Eine Rückabwicklung erfolgt auch dann nicht, wenn dadurch der ungültige vertragliche Entlohnungsanspruch „ersetzt“ und somit die Nichtigkeitssanktion unterlaufen würde. Eröffnete man dem Veranstalter eines verbotenen Glücksspiels die Möglichkeit, den Verkehrswert einer unerlaubt erbrachten „Unterhaltungsdienstleistung“ vom Spieler abgegolten zu erhalten, so würde ein nicht unwesentlicher Anreiz geschaffen, das verpönte Glücksspiel auch weiterhin zu veranstalten. Im Ergebnis würde dadurch die primär zum Schutz der einzelnen Spieler statuierte Nichtigkeitssanktion unterlaufen. Der Zuspruch eines solchen Wertersatzes würde überdies einer Entlohnung der unerlaubten Handlung gleichkommen und damit den Verbotszweck aushöhlen (zu allem 6 Ob 50/22d mwN).

Der Berufung war daher Folge zu geben und das angefochtene Urteil wie aus dem Spruch ersichtlich abzuändern.

Da die klagende Partei Zinsen ab Klagsbehändigung begehrt hat, jedoch der Zeitpunkt der Zustellung der Klage nicht ausgewiesen ist, kann dieser gesichert erst mit dem Zeitpunkt der Einbringung der vorbereitenden Schriftsätze der beklagten Parteien jeweils am 8. März 2022 angenommen werden und waren Zinsen daher ab diesem Zeitpunkt zuzusprechen.

Die neu zu treffende Entscheidung über die Kosten erster Instanz gründet sich auf § 41 Abs 1 iVm § 54 Abs 1a ZPO. Für den der solidarischen Inanspruchnahme beider beklagten Parteien entsprechenden Teil der Kosten (das sind hier rund 60 %) haften diese solidarisch, während die erstbeklagte Partei für den restlichen, ihrer alleinigen Inanspruchnahme entsprechenden Teil der Kosten (rund 40 %) alleine haftet (*Obermaier, Kostenhandbuch*³ Rz 1.361). Den von der erstbeklagten Partei erhobenen Kosteneinwendungen folgend war der Protokollberichtigungsantrag vom 3. Juni 2022 nicht zu honorieren, da dieser keinen sinnstörenden Übertragungsfehler betraf und damit nicht der zweckentsprechenden Rechtsverfolgung diene.

Die Kostenentscheidung hinsichtlich des Berufungsverfahrens gründet sich auf § 50 Abs 1 iVm § 41 Abs 1 ZPO, wobei auch hier das bereits zur anteiligen Solidar-kostenhaftung der beklagten Parteien gesagte gilt.

Die ordentliche Revision ist gemäß § 502 Abs 1 ZPO zulässig, da soweit überblickbar bislang noch keine Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs zur Frage der Beurteilung sogenannter „Lootboxen“ wie der hier gegen-

ständlichen FUT-Packs als Glücksspiel besteht und dieser Frage im Hinblick auf die allgemein bekannt weite Verbreitung dieser Art der Monetarisierung in Computerspielen und die damit sehr große Zahl betroffener Spieler erhebliche, weit über den Einzelfall hinausgehende Bedeutung zukommt.

Landesgericht für ZRS Wien
1011 Wien, Schmerlingplatz 11
Abt. 34, am 27. Juni 2023

Mag. M a r s c h n e r

elektronische Ausfertigung
gemäß § 79 GOG