

Rechtsanwälte Professor Dr. Clemens Weidemann und Professor Dr. Hans Schlarmann*

Die Prüfung überwiegender Zufallsabhängigkeit im Glücksspielrecht – dargestellt am Beispiel von Hold'em-Poker und anderen Kartenspielen

Nach der in der Rechtsprechung seit Jahrzehnten anerkannten und inzwischen gesetzlich geregelten Definition muss beim Glücksspiel die Gewinnentscheidung überwiegend zufallsabhängig sein. Die Prüfung dieser Voraussetzung erweist sich bei Kartenspielen und bei anderen agonalen Mehrpersonenspielen als äußerst schwierig. In dem Beitrag wird dargestellt, dass die zufallsüberwindende Geschicklichkeit maßgeblich auf Grund eines Sachverständigenurteils mit geeigneten Spielversuchen festzustellen ist. Zu prüfen ist, ob durchschnittlich befähigte Spieler nach einer angemessenen Einübungsphase durch Einsatz ihrer Geschicklichkeit bessere Ergebnisse erzielen, als dies bei Spielern der Fall ist, die dem schieren Zufall vertrauen.

I. Die aktuelle Diskussion zur Einkommenssteuerbarkeit der Gewinne von professionellen Pokerspielern

Mit Urteil vom 31.10.2012¹ hat das *FG Köln* die Entscheidung der nordrhein-westfälischen Finanzverwaltung bestätigt, einen professionellen Pokerspieler mit seinen Gewinnen zur Einkommenssteuer zu veranlagern. Die Finanzverwaltung stellt sich auf den Standpunkt, Poker in den modernen Varianten Texas Hold'em und Omaha² sei kein Glücksspiel.³ Sie bezieht sich hierzu auf die Rechtsprechung des *BFH* zu Skat.⁴ Danach sei Poker ein Geschicklichkeitsspiel, denn für erfolgreiches Spiel komme es auf den Erwerb von Techniken, Kenntnissen und Fähigkeiten an. Das *FG* argumentierte nicht glücksspielrechtlich, sondern stützte sein Urteil auf die steuerrechtliche Erwägung, ein Profispieler betreibe auf Grund seiner besonderen individuellen Fähigkeiten ein gewerbliches Unternehmen. Es bewertet aber auch die glücksspielrechtliche Auseinandersetzung zur Frage, ob Hold'em-Poker nach der Legaldefinition im Glücksspielstaatsvertrag⁵ bzw. nach § 284 StGB als Glücksspiel einzustufen ist.⁶ Mehrheitlich werde die Auffassung vertreten, dass auch „bei einem Durchschnittsspieler das Geschicklichkeitselement nur noch wenig hinter dem Zufallselement zurücktritt bzw. dieses bereits übertrifft“.⁷

Die steuerrechtliche Auseinandersetzung und das zu erwartende Grundsatzurteil des *BFH* sind hinreichender Anlass, die traditionelle Rechtsprechung zur glücksspielrechtlichen Bewertung von strategischen Kartenspielen⁸ zu analysieren. Bei der Prüfung der überwiegenden Zufallsabhängigkeit der Gewinnentscheidung kommen die nationalen⁹ Gerichte traditionell zu unterschiedlichen Ergebnissen. Skat ist danach ebenso wie Bridge und Doppelkopf kein Glücksspiel – mit der Folge, dass diese Kartenspiele auch im Internet als Echtgeld-Spiel ver-

* Die beiden Autoren sind Partner bei *Gleiss Lutz* und Honorarprofessor; *Weidemann* an der Universität Würzburg, *Schlarmann* an der Universität Hohenheim. Sie vertreten Unternehmen in diversen Verfahren, in denen es um die Abgrenzung von Glücksspiel und Geschicklichkeitsspiel geht.

1 DStRE 2013, 198 = ZfWG 2013, 51. Gegen das Urteil wurde Revision eingelegt, die zum Az. X R 43/12 beim *BFH* anhängig ist. S. dazu auch den Beitrag „Zockerei um Poker-Steuern“, *Die Welt* v. 21.9.2012 (www.welt.de) sowie *Schiefer*, DStR 2013, 686.

2 Es zeichnet dieses heute vorherrschende Hold'em-Poker aus, dass jeder Spieler zwei bzw. vier verdeckte Karten erhält und dass sukzessive fünf offene Tischkarten (= Gemeinschaftskarten) aufgedeckt werden; ihre Pokerhand bilden die Spieler aus zwei verdeckten und drei Gemeinschaftskarten.

3 Vgl. *FG Köln*, DStRE 2013, 198 = ZfWG 2013, 51.

4 *BFH/NV* 1994, 622 = BeckRS 1993, 08155: Skat gehöre zu den Spielen, bei denen „ein begrenztes und überschaubares Verlustrisiko um des Entgelts willen in Kauf genommen wird und bei denen über eine gewisse Dauer letztlich der gewinnt, der über die besseren Fertigkeiten verfügt“, und sei deshalb ein Geschicklichkeitsspiel.

5 § 3 I 1 GlüStV verlangt zweierlei: die Entgeltabhängigkeit des Erwerbs der Gewinnchance und die überwiegende Zufallsabhängigkeit der Gewinnentscheidung.

6 *FG Köln*, DStRE 2013, 198 = ZfWG 2013, 51.

7 *FG Köln*, DStRE 2013, 198 = ZfWG 2013, 51.

8 Kartenspiele wie Skat, Bridge, Doppelkopf oder auch Poker werden wie zB das Brettspiel Schach als strategische Spiele eingeordnet; vgl. nur *Selten*, ZgS 1960, 221; *Bewersdorf*, Glück, Logik und Bluff. Mathematik im Spiel – Methoden, Ergebnisse und Grenzen, 5. Aufl. 2010, VI f.

9 Gerichte in New York (*United States District Court*, Urt. v. 21.8.2012 in Sachen DiCristina, 11-CR-414) und in Amsterdam (*Rechtsbank Amsterdam*, Urt. v. 23.1.2014 in Sachen Blaas, 13/488 201-07) haben zuletzt nach teils intensiver Beweisaufnahme die Glücksspieleigenschaft von Texas Hold'em, das als Geldspiel (Cash Game) im Internet veranstaltet worden war, und von Turnierpoker der Variante Texas Hold'em verneint.

anstaltet werden dürfen.¹⁰ Poker wird hingegen überwiegend als Glücksspiel bewertet¹¹ und darf deshalb ausschließlich in staatlich konzessionierten Spielbanken angeboten werden; Online-Poker, also das Veranstellen von Pokerspielen im Internet, wäre nach § 4 IV GlüStV kategorisch verboten.

II. Entwicklung der Rechtsprechung zur Bewertung von strategischen Kartenspielen

In einem wissenschaftlichen Beitrag, der in den 1970-er Jahren in einer Fachzeitschrift für Mathematik erschienen ist,¹² wurde kritisiert, dass die in der Rechtsprechung entwickelten Kriterien zur glücksspielrechtlichen Bewertung von strategischen Kartenspielen¹³ „eher dürftig“ seien; es werde „zu undeutlich“ zwischen der Beurteilung der Zufallsabhängigkeit im Allgemeinen und unter dem Gesichtspunkt der persönlichen Gegebenheiten beim einzelnen Spielteilnehmer unterschieden.¹⁴ Analysiert man die Entwicklung der Rechtsprechung in Deutschland, so ist festzustellen, dass dieser Befund weiterhin zutrifft.

1. Verwaltungspraxis und Rechtsprechung zu Skat

Skat ist ein Dreipersonenspiel mit 32 Karten, bei dem ein objektiver Zufallsgenerator (= Mischen und Austeilen der Karten) jedem Spieler zehn Karten zuweist. Es sind nahezu 460 Billionen verschiedene Kartenverteilungen möglich.¹⁵ Daraus ergeben sich unermessliche Struktur- und Strategievarianten.¹⁶ Der Spielablauf wird vor allem durch starre (Bedien-) Regeln gesteuert. In der deutschen Rechtspraxis ist Skat seit jeher als Geschicklichkeitsspiel anerkannt. Es gibt allerdings keine (höchstrichterlichen) Entscheidungen der ordentlichen Gerichte oder der Verwaltungsgerichte, die dieses Kartenspiel im Hinblick auf seinen allgemeinen Charakter analysieren und auf dieser Grundlage die überwiegende Zufallsabhängigkeit verneinen. Und in frühen finanzgerichtlichen Entscheidungen wurde unterstellt, aber nicht begründet, dass Skat „an sich kein Glücks-, sondern ein Geschicklichkeitsspiel“ ist.¹⁷

2. Rechtsprechung zu Poker

Anfang des vorigen Jahrhunderts hat das RG das damals populäre Draw Poker als Glücksspiel beurteilt.¹⁸ Bei dieser Pokervariante kennen die Spieler nur ihre fünf verdeckten Karten und können ihr Blatt durch Zukauf neuer Karten verbessern. Nach allgemeiner Auffassung¹⁹ ist diese reichsgerichtliche Entscheidung auf die modernen Varianten mit offen ausgelegten Gemeinschaftskarten wie Texas Hold'em und Omaha nicht übertragbar.

Schon eher trifft dies für ein – wenig bekanntes – Urteil des VGH Kassel vom 10.4.1979²⁰ zu.²¹ Es betrifft die Variante Search-Poker. Sie zeichnet sich dadurch aus, dass die konkurrierenden Spieler ihr Blatt sukzessive selbst zusammenstellen, nachdem sie sich zwanzig Sekunden lang die Lage offen ausgelegter Spielkarten merken konnten. In seiner sorgfältig begründeten Entscheidung erkannte der VGH, Search-Poker sei ein Geschicklichkeitsspiel, denn ein Spieler könne durch Einprägen der für das von ihm angestrebte Kartenblatt wichtigen Karten sowie durch das Beobachten der von konkurrierenden Spielern abgezogenen Karten entscheidende Vorteile erlangen; die erhaltenen Informationen erlaubten es dem Spieler, das Spiel planvoll zu steuern. Für die glücksspielrechtliche Bewertung sei entscheidend, ob ein (Durchschnitts-) Spieler mit hoher Wahrscheinlichkeit das mittlere Zufallsergebnis übertreffen könne. Bei einem Vergleich der wahrscheinlichen Zufallswirkungen mit den wahrscheinlichen Geschicklichkeitswirkungen könne ein Überwiegen der Zufallselemente nicht festgestellt werden.²² Dass Anfänger gegen erfahrene Spieler chancenlos

seien, spreche nicht gegen, sondern für den Geschicklichkeitscharakter von Spielen, denn es sei „allgemein bekannt, dass gerade bei typischen Geschicklichkeitsspielen (etwa Ball-, Pfeil- oder Ringwerfen) erst durch eine gewisse Übung ein hinreichendes Maß an Spielfertigkeit erlangt“ werde; die konkurrierenden Spieler und deren Strategien seien notwendiger Bestandteil der spielerischen Auseinandersetzung.

Die modernen Pokervarianten mit offenen Gemeinschaftskarten (= „Hold'em-Poker“) werden hingegen von den ordentlichen Gerichten²³ und von den Verwaltungsgerichten²⁴ ganz überwiegend als Glücksspiel bewertet. Soweit nicht – rechtlich angreifbar – auf die Fiktionsregelung in § 3 I 2 GlüStV verwiesen wird,²⁵ wird ohne Durchführung einer Beweisaufnahme und in der rechtlichen Herleitung undifferenziert auf die Rechtsfigur des Durchschnittspielers²⁶ verwiesen: Für die tatrichterliche Würdigung sei „von Bedeutung“, dass „nicht mehr als durchschnittliche Fähigkeiten eines Spielers maßgeblich“ seien;²⁷ für diesen Personenkreis handele es sich „um ein in erster Linie von Zufällen abhängiges Geschehen und

- 10 S. nur die Internetseite www.gameduell.de, die es seit 2003 gibt. Monatlich klicken nach Angaben des Unternehmens 500 Mio. Nutzer die Webseite an; 80 Mio. Personen haben sich als Spieler registriert. Dort wird zB Skat nicht nur als Gratis-Online-Spiel, sondern auch als Echtgeld-Spiel angeboten.
- 11 Kritisch zur unterschiedlichen Bewertung von Poker einerseits und Skat andererseits *Ennuschat in Tettinger/Wank*, GewO, 8. Aufl. 2011, § 33 d Rn. 10 ff.; s. auch *Hambach/Hettig/Kruis*, MR-Int 2009, 41.
- 12 *Höpfel*, Zum Beweisthema der Abhängigkeit eines Spiels vom Zufall, Jahrbuch Überblick Mathematik 1978, 185 (188).
- 13 In den amtlichen Erläuterungen zu § 3 GlüStV wird betont, bei gemischten (Karten-)Spielen sei anhand einer „Gesamtbetrachtung des Spiels und der gegebenenfalls enthaltenen Wissens- und Geschicklichkeits-elemente“ festzustellen, ob das Zufallselement oder Wissen und Können des Spielers überwiegend für den Spelausgang entscheidend sind.
- 14 S. auch *Dickersbach*, WiVerw 1985, 23 (32 u. 35 f.); krit. auch *Wolf*, Zur strafrechtlichen Problematik des Glücksspiels, 1972, 14 ff. (insbes. 46 f. u. 69 ff.) – mit instruktiven Ausführungen zur Beurteilung der Zufallsabhängigkeit von Kartenspielen (insbes. 37 ff.).
- 15 *Wellnitz*, Kombinatorik, 5. Aufl. 1968, 31; s. auch *Wolf* (o. Fn. 14), 71: Eine Million Menschen, von denen jeder in jeder Minute die 32 Karten in der vorgeschriebenen Weise mischt und verteilt, würden bei ununterbrochener, Tag und Nacht andauernder Mühewaltung rund 1000 Jahre brauchen, um jede mögliche Verteilung einmal herbeizuführen.
- 16 *Wolf* (o. Fn. 14), 71 f.
- 17 *BFHE* 55, 335 = BeckRS 1951, 21006529; ebenso *BFH/NV* 1994, 622 = BeckRS 1993, 08155.
- 18 *RG*, JW 1906, 789.
- 19 S. nur *Holznel*, MMR 2008, 439 (441); *LG Karlsruhe*, Urt. v. 9.1.2009 – Ns 97 Js 14968/07, 18 AK 127/08.
- 20 10.4.1979, II OE 41/77. Die Beschwerde gegen die Nichtzulassung der Revision durch das Berufungsgericht blieb ohne Erfolg.
- 21 Auf der gleichen Linie liegt das Urteil einer Strafkammer des *LG Karlsruhe* v. 9.1.2009 – Ns 97 Js 14968/07, 18 AK 127/08, das Turnierpoker der Variante Texas Hold'em betrifft.
- 22 Die Urteilsbegründung verweist auf eine vor dem *Senat* durchgeführte Demonstration des Spiels. Sie habe die Erkenntnisse aus zahlreichen Prüfstests bestätigt, „dass durch bloße Zufallsentscheidung, dh Kartenabzug bei verdeckten Karten, gegenüber dem nach den Spielregeln gespielten Spiel schlechtere Ergebnisse erzielt werden“ (S. 16 des aml. Umdrucks).
- 23 *OLG Köln*, MMR 2010, 856 = GRUR-RR 2010, 390 Ls.; *BGH*, GRUR 2012, 201 = MDR 2012, 111 – mit Hinw. auf die Fiktionsregelung in § 3 I 2 GlüStV.
- 24 S. nur *VG Düsseldorf*, Urt. v. 21.6.2011 – 27 K 6586/08, BeckRS 2011, 53238; *VG Halle*, Urt. v. 11.6.2012 – 3 A 124/11, HAL = BeckRS 2014, 49583; sowie dazu *BVerwG*, NJW 2014, 2299 = K & R 2014, 365 (zu Turnierpoker).
- 25 Danach wird die (überwiegende) Zufallsabhängigkeit fingiert, wenn für die Gewinnentscheidung „der ungewisse Eintritt oder Ausgang zukünftiger Ereignisse maßgeblich ist“. Das betrifft vor allem Sportwetten, bei denen ja gerade auf den Ausgang des zukünftigen Ereignisses „getippt“ wird; s. dazu *Bolay/Pfütze in Streinz/Liesching/Hambach*, Glücks- und Gewinnspielrecht in den Medien, 2014, § 3 GlüStV Rn. 14.
- 26 Dazu näher unten, Text bei Fn. 50 u. 74; krit. zur Eignung des Durchschnittspielers als Bewertungsmaßstab für agonale Mehrpersonenspiele *Schmidt/Wittig*, JR 2009, 45 (48).
- 27 So das *VG Halle*, Urt. v. 11.6.2012 – 3 A 124/11 HAL, BeckRS 2014, 49583.

damit um ein Glücksspiel⁴, wobei es nicht darauf ankomme, dass entsprechende Fähigkeiten erlernbar seien.²⁸

Aktuell hatte sich das *BVerwG* mit der Frage zu befassen, ob Turnierpoker der Variante Texas Hold'em Glücksspiel ist.²⁹ Die Revisionsrügen gegen die Feststellung der überwiegenden Zufallsabhängigkeit der Gewinnentscheidung durch das Tatsachengericht blieben ohne Erfolg: Dass das *VG Halle* auf das Durchschnittspublikum „und damit auf den durchschnittlichen Spieler abgestellt“ habe, entspreche der höchstrichterlichen Rechtsprechung und sei revisionsrechtlich nicht zu beanstanden. Auch die Verfahrensrüge, das *VG* habe es verabsäumt, ein Sachverständigengutachten einzuholen, hatte aus revisionsrechtlichen Gründen keinen Erfolg. Die Klägerin hatte auf mathematisch-statistische Untersuchungen eines niederländischen Sachverständigen³⁰ hingewiesen, wonach der Geschicklichkeitsanteil („Skill-Faktor“) bei Texas Hold'em 0,4 betrage. Das *BVerwG* stellte dazu lapidar fest, selbst unter Zugrundelegen dieses Parteivortrags sei von einer überwiegenden Zufallsabhängigkeit der Gewinnentscheidung auszugehen, denn die Geschicklichkeitsanteile lägen auch nach dieser Theorie unterhalb von 50 %;³¹ dem *VG* habe sich deshalb die Notwendigkeit einer Beweisaufnahme zur Feststellung der überwiegenden Zufallsabhängigkeit nicht aufdrängen müssen.

III. Die gerichtliche Feststellung der überwiegenden Zufallsabhängigkeit

In aktuellen Urteilen zur gewerbsmäßigen Veranstaltung von Gewinnspielen³² hat das *BVerwG* klargestellt, dass die Tatbestandsmerkmale des Glücksspielbegriffes in § 3 I GlüStV nicht weiter ausgelegt werden dürfen als die Tatbestandsmerkmale des strafrechtlichen Glücksspielbegriffes (§ 284 StGB) in seiner traditionellen Auslegung durch die höchstrichterliche Rechtsprechung. Auch bei der (überwiegenden) Zufallsabhängigkeit der Gewinnentscheidung markiert deshalb die höchstrichterliche Rechtsprechung zu § 284 StGB schon aus kompetenzrechtlichen Gründen Inhalt und Grenze des Glücksspielbegriffes in § 3 I 1 GlüStV. Zu Auslegung und Anwendung dieses Tatbestandsmerkmals kann auf die – umfangreiche – Rechtsprechung der ordentlichen Gerichte in Strafsachen zurückgegriffen werden.³³

Nach der „allgemein anerkannten Definition“³⁴ handelt es sich um ein Spiel,³⁵ „bei dem die Entscheidung über Gewinn und Verlust nach den Vertragsbedingungen nicht wesentlich von den Fähigkeiten, den Kenntnissen und der Aufmerksamkeit der Spieler, sondern allein oder jedenfalls hauptsächlich vom Zufall abhängt“.³⁶ Zufall ist „das Wirken einer unberechenbaren, der entscheidenden Mitwirkung der Beteiligten entzogenen Kausalität; jedenfalls darf der Einwirkungsmöglichkeit des Betroffenen insoweit keine ins Gewicht fallende Rolle zukommen“.³⁷ Ein Glücksspiel liegt vor, wenn „die Wahrscheinlichkeit, auf den Ausgang einzuwirken, für den Durchschnitt der in Betracht kommenden Spieler so gering war, dass bei der Mehrheit der Einzelspiele hiermit nicht zu rechnen war, also der Zufall entschied“.³⁸ Zur weiteren Konkretisierung hat der *BGH* erkannt, für die Feststellung der überwiegenden bzw. hauptsächlichen Zufallsabhängigkeit seien „die Spielverhältnisse, unter denen das Spiel eröffnet ist und gewöhnlich betrieben wird, also die Fähigkeiten und Erfahrungen des Durchschnittspielers“,³⁹ maßgebend; er hat sich hierzu von Beginn an auf die „langjährige, feste Rechtsprechung“ des *RG* bezogen, die sich vor allem mit Automaten und mit mechanischen Spielgeräten, also mit Spielen zu befassen hatte, bei denen ein Spieler gegen einen Automaten antritt.⁴⁰ In der Rechtsprechung des *BVerwG* wurde

die Rechtsfigur des Durchschnittspielers in Abhängigkeit vom allgemeinen Charakter des konkret veranstalteten Spiels weiter konkretisiert.⁴¹

1. Rechtliche Struktur der Prüfung

Die inhaltliche Deutung des Tatbestandsmerkmals der überwiegenden Zufallsabhängigkeit ist nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung eine (revisible) Rechtsfrage.⁴² Auch die rechtliche Struktur der Prüfung, ob vom Spieler nicht zu beeinflussende Spielelemente den Ausgang eines Spiels überwiegend bestimmen, ist immer wieder Gegenstand der revisionsgerichtlichen Nachprüfung gewesen.⁴³ Die Revisionsgerichte haben sich dabei in Korrektur der instanzgerichtlichen Rechtsprechung des Öfteren mit der „Rechtsfigur des Durchschnittspielers“,⁴⁴ aber auch mit der Frage befasst, wie im Hinblick auf die konkret zu beurteilende Spielart geprüft und festgestellt werden kann, ob der Ausgang des Spiels überwiegend vom Zufall abhängig ist bzw. ob das Überwiegen der Zufallskausalität durch Erhebung einer „Geschicklichkeitsquote“⁴⁵ festgestellt werden kann oder ob ein rein quantitativer Häufigkeitsvergleich von Geschicklichkeitstreffern einerseits und Zufallstreffern andererseits maßgebend ist.⁴⁶

Dass bei der Prüfung der überwiegenden Zufallsabhängigkeit revisibles Recht angewendet wird, wurde im Revisionsurteil

- 28 Anders der *VGH Kassel*, Urt. v. 10.4.1979 – II OE 41/77 zu Search Poker, mit dem Hinw., dass die Notwendigkeit, bestimmte Fähigkeiten zu erlernen, typisches Merkmal aller Geschicklichkeitsspiele ist.
- 29 *BVerwG*, NJW 2014, 2299 = K & R 2014, 365. Das Revisionsurteil beruht auf einer Sprungrevision, die das *VG Halle* mit seinem Urt. v. 11.6.2012 (3 A 124/11 HAL, BeckRS 2014, 49583), zugelassen hatte.
- 30 *Prof. Ben van der Genugten* (Universität Tilburg) hat gemeinsam mit einem Mathematiker eine Formel zur glücksspielrechtlichen Qualifizierung von Spielen entwickelt. Schach hat danach einen Skill-Faktor von 1, weil der Spielerfolg ausschließlich auf einem Lerneffekt basiert. Der Skill-Faktor von Roulette liegt hingegen bei 0, weil das Spiel ausschließlich durch Zufall entschieden wird.
- 31 Der erstinstanzliche Vortrag der Klägerin hierzu war offensichtlich unvollständig. Denn nach der Formel von *Prof. van der Genugten* handelt es sich schon dann, wenn der Skill-Faktor 0,3 oder größer ist, um ein Geschicklichkeitsspiel. Der Skill-Faktor von Texas Hold'em liegt nach den entsprechenden Berechnungen konstant über 0,3.
- 32 *BVerwG*, NJW 2014, 2299 = K & R 2014, 365; *BVerwGE* 148, 146 = NVwZ 2014, 889; s. dazu auch die Anm. von *Bolay*, K & R 2014, 219.
- 33 Auch das *BVerwG* hat sich in seinen aktuellen Urteilen (NJW 2014, 2299 = K & R 2014, 365; *BVerwGE* 148, 146 = NVwZ 2014, 889), auf die Rspr des *BGH* zur Auslegung des Glücksspielbegriffes in § 284 StGB gestützt.
- 34 *BGHSt* 34, 171 (175) = NJW 1987, 851, darauf hat sich auch das *BVerwG* im Urt. v. 16.10.2013 (*BVerwGE* 148, 146 = NVwZ 2014, 889), bezogen.
- 35 Zum Rechtsbegriff des Spiels s. *VGH Mannheim*, MMR 2014, 496.
- 36 *BGHSt* 2, 274 (276) = NJW 1952, 673 Ls. = BeckRS 1952, 30391949.
- 37 *VGH Mannheim*, MMR 2014, 496.
- 38 *OLG Karlsruhe*, Die Justiz 1971, 61 (zum „Hütchenspiel“).
- 39 *BGHSt* 2, 274 (276) = NJW 1952, 673 Ls. = BeckRS 1952, 30391949.
- 40 *RGSt* 41, 221; *RGSt* 41, 332; *RGSt* 43, 157; *RGSt* 62, 164; aufschlussreich zur historischen Entwicklung und zu Systemfragen des Glücksspielbegriffes bei differenzierten Kartenspielen und beim Automatenenspiel insbes. *Dickersbach*, WiVerw 1985, 23 (32 ff.); *ders.*, GewArch 1998, 265 sowie *Wolf* (o. Fn. 14), 30 ff.
- 41 S. insbes. *BVerwG*, NVwZ 1985, 829.
- 42 Gemäß § 33 GlüStV kann die Revision zum *BVerwG* auch darauf gestützt werden, dass ein Urteil die Bestimmungen des Glücksspielstaatsvertrags verletzt.
- 43 *Wolf* (o. Fn. 14), 28 f.
- 44 *BVerwG*, NVwZ 1985, 829.
- 45 So *VGH Kassel*, NJOZ 2001, 499 = GewArch 2001, 200; s. zur Bewertung des „Krangreiferspiels“ auch *Dickersbach*, GewArch 1998, 268.
- 46 So in Korrektur des Berufungsurteils *BVerwGE* 115, 179 (184 ff.) = NVwZ 2002, 862 = NJW 2002, 2487 Ls.; anders *BVerwG*, NVwZ 1985, 829, wo beanstandet wurde, eine mathematisch-statistische Berechnung prozentualer Häufigkeitsverteilungen ignoriere „den besonderen Wettkampffarakter“ des dort zu beurteilenden Spiels Zentro-Roulette; näher dazu schon *Dickersbach*, WiVerw 1985, 23 (37 f.).

zum mechanischen Spiel Zentro-Roulette⁴⁷ besonders deutlich. Es handelt sich dabei um ein „agonales“, also wett-kampfmäßig betriebenes Mehrpersonenspiel.⁴⁸ Das *BVerwG* beanstandete, das Berufungsgericht habe das *revisible* Recht in zweifacher Hinsicht fehlerhaft angewendet: „zum einen hinsichtlich des Maßes an Geschicklichkeit, das zur Beeinflussung des Spieldausganges aufgewendet werden muss, und zum anderen hinsichtlich der Fähigkeiten, die einem Durchschnittsspieler zuzurechnen sind“.⁴⁹ Die Beweisaufnahme sei „falsch angelegt“ gewesen, weil das Berufungsgericht nicht die Spielergebnisse, die ein Durchschnittsspieler unter Einsatz seiner Geschicklichkeit erreichen könne, mit den Ergebnissen verglichen habe, die sich ergäben, wenn ein Spieler zwei ungezielte (Zufalls-)Würfe abgebe.⁵⁰

Ob auf der Grundlage dieser vorrangigen Begriffsdeutung eine überwiegende Zufallsabhängigkeit der Gewinnentscheidung festgestellt werden kann, ist eine Frage tatsächlicher Art, „die einer tatrichterlichen einzelfallorientierten Abgrenzung unter Berücksichtigung der einzelnen in Betracht kommenden Spielvorgänge bedarf“;⁵¹ der Charakter eines Spieles ist „mit wissenschaftlichen Methoden zu bestimmen“.⁵² Wegen der komplizierten Sachverhaltselemente, die bei der glücksspielrechtlichen Bewertung von gemischten Spielen – und hier vor allem von strategischen Kartenspielen – zu berücksichtigen sind, wird in der Regel die Hinzuziehung von Sachverständigen erforderlich sein; Aufgabe des Sachverständigen ist es, die objektiven Umstände, von denen der Ablauf des jeweiligen Spiels bestimmt wird, „sichtbar und erst damit das eigentliche Spiel in seinem Wesen erfassbar zu machen“.⁵³ Sache der Überzeugungsbildung des entscheidenden Richters ist dann, ob unberechenbare Spieldausgänge im zu prüfenden Fall ein solches Gewicht erreichen, dass von einer überwiegenden Zufallsabhängigkeit des Spieldausganges auszugehen ist.⁵⁴ Wie die technisch-wissenschaftlichen Ermittlungen, die nach dem Maßstab der juristischen Obersätze im Rahmen von Spielexperimenten durchzuführen sind, im Einzelnen auszusehen haben, hängt von der Struktur des zu bewertenden Spieles ab;⁵⁵ eine spielübergreifende Methode, das (deutliche) Übergewicht der Zufallsabhängigkeit festzustellen, gibt es nicht.⁵⁶

Bei einer Analyse der Entscheidungen deutscher Gerichte zur Glücksspieleigenschaft von Poker entsteht der Eindruck, dass die Instanzgerichte die verfahrensrechtlichen Erfordernisse, die § 86 I VwGO an die vollständige Sachverhaltsaufklärung stellt,⁵⁷ mitunter nicht beachten.⁵⁸ Es kann nach der Lebenserfahrung nicht davon ausgegangen werden, dass Richter(-innen) über ausreichende Kenntnisse des Pokerspiels verfügen, um mit der nötigen Sachkunde die Umstände zu beurteilen, von denen die Abgrenzung des Glücksspiels vom Geschicklichkeitsspiel abhängt. Grundlage der Abgrenzung sind die Umstände, die für das Maß der Verursachung des Spieldausganges durch Zufallskausalitäten einerseits und durch zielgerichtete Entscheidungen der Spielteilnehmer andererseits entscheidend sind. Sie müssen aufgeklärt und nach den Regeln der jeweiligen Prozessordnung festgestellt werden; erst auf Grund dieser Feststellungen kann und darf das Gericht die überwiegende Zufallsabhängigkeit bewerten. Weil das Tatbestandsmerkmal auf das Maß der Verursachung abstellt, kann die Rechtsprechung zur vorwiegenden (Schadens-)Verursachung im Rahmen von § 254 I BGB herangezogen werden.⁵⁹ Zufallsabhängigkeit bedeutet Zufallskausalität. Vorwiegend verursachen heißt „in höherem Grad wahrscheinlich machen“; Grundlage der vergleichenden Bewertung sind Aufklärung und Feststellung der für das Maß der Erfolgsverursachung entscheidenden Umstände.⁶⁰ Wenn die Tatsachenge-

richte bei ihrer Bewertung nicht alle entscheidenden Umstände berücksichtigen, wenn sie die Bedeutung eines zu berücksichtigenden Umstandes verkennen oder wenn sie unerhebliche Umstände in die Prüfung einbeziehen, liegen vom Revisionsgericht zu prüfende Rechtsfehler vor.

2. Prüfung der überwiegenden Zufallsabhängigkeit bei strategischen Kartenspielen

Bei der Prüfung überwiegender Zufallsabhängigkeit ist zu unterscheiden zwischen undifferenzierten, einphasigen Spielen für Einzelpersonen, wie sie insbesondere an Automaten und an mechanischen Spielgeräten stattfinden, und agonalen Mehrpersonenspielen, wie sie insbesondere in Form der strategischen Kartenspiele Skat, Bridge oder auch Poker weit verbreitet sind.⁶¹

a) *Undifferenzierte, einphasige (Automaten-) Spiele für Einzelpersonen.* Zur Spielgattung der undifferenzierten, einphasigen Spiele für Einzelpersonen gehören mechanische (Kugel-) Spielgeräte,⁶² mit denen sich die Rechtsprechung des Ofteren zu befassen hatte,⁶³ aber auch z.B. das Hütchenspiel, das vom *OLG Frankfurt a. M.*⁶⁴ zu Unrecht nach den Prüfungsmaßstäben für agonale Mehrpersonenspiele beurteilt wurde.⁶⁵ Diese Spielart weist eine Reihe von Eigenheiten auf. Zum einen tritt stets nur ein Einzelspieler in Aktion – und zwar gegen den Spielveranstalter bzw. Spielmacher (beim Hütchenspiel) oder gegen vom Spielveranstalter zur Verfügung gestellte Automaten oder mechanische Spielgeräte. Zum anderen ist der Spielverlauf „einphasig“ in dem Sinne, dass der Spieler eine vom Veranstalter gesetzte und recht einfach definierte Aufgabenstellung zu erfüllen hat; die einzelnen Spiele laufen stets unter gleichen oder zumindest annähernd gleichen Anfangsbedingungen ab. Weiterhin ist für diese einphasigen Spiele charakteristisch, dass das Spielergebnis nur nach Treffer und Fehlschlag, also nach Gewinn und Verlust schlechthin differenziert ist.

47 *BVerwG*, NVwZ 1985, 829.

48 Instruktiv dazu schon *Wolf* (o. Fn. 14), 35 f.

49 *BVerwG*, NVwZ 1985, 829.

50 *BVerwG*, NVwZ 1985, 829.

51 *BGH*, NStZ 2003, 372 = *GewArch* 2003, 332 Rn. 10 = NStZ 2004, 39 Ls. mit Anm. *Beckemper*; *BVerwG*, *GewArch* 1976, 87 (88).

52 *BVerwG*, NVwZ 1985, 829.

53 *Dickersbach*, *WiVerw* 1985, 37; *Höpfel*, Zum Beweisthema der Abhängigkeit eines Spiels vom Zufall, *Jahrbuch Überblick Mathematik* 1978, 185 (192 f.).

54 Wobei dem Zufallselement nach der höchstrichterlichen Rspr ein „deutliches Übergewicht“ gegenüber den vom Spieler zu beeinflussenden Umständen zukommen muss: *BVerwGE* 114, 92 (94) = NJW 2001, 2648 = NVwZ 2001, 1171 Ls.; *BVerwGE* 115, 179 (185) = NVwZ 2002, 862 = NJW 2002, 2487 Ls.

55 Instruktiv *BVerwG*, NVwZ 1985, 829.

56 *Dickersbach*, *WiVerw* 1985, 37.

57 Vgl. nur *BVerwGE* 68, 177 (182 f.).

58 Beispielhaft hierfür *VG Düsseldorf*, Urt. v. 21.6.2011 – 27 K 6586/08, BeckRS 2011, 53238. S. auch die Kritik von *Wolf* (o. Fn. 14), 47, es bestehe die Gefahr, dass das Kriterium der überwiegenden Zufallsabhängigkeit dazu verwandt werde, „die Glücksspielmaterie je nach den kriminalpolitischen oder polizeilichen Bedürfnissen im Einzelfall willkürlich einzuengen oder auszudehnen“.

59 *Dickersbach*, *GewArch* 1998, 267.

60 Zu § 254 I BGB s. *BGH*, NJW 1968, 985; NJW 1963, 1447 (1449).

61 Die Differenzierung zwischen einphasigen Spielen mit nur einem direkten Spieler und agonalen Mehrpersonenspielen geht schon auf die Rechtsprechung des RG zurück, vgl. nur *RGSt* 43, 155 (156); instruktiv hierzu *Wolf* (o. Fn. 14), 28 ff.; *Hambach/Hettig/Kruis*, MR-Int 2009, 45.

62 Näher dazu *Wolf* (o. Fn. 14), 30 ff.

63 Vgl. nur *RGSt* 43, 155 (156); *RGSt* 62, 163 (166 f.); *BVerwGE* 115, 179 = NVwZ 2002, 862 = NJW 2002, 2487 Ls.

64 Vorlagebeschl. v. 1.7.1988 (NStZ 1988, 459).

65 *BGHSt* 36, 74 = NJW 1989, 919; richtig schon vorher *OLG Karlsruhe*, Die Justiz 1971, 61.

Bei diesen einphasigen Spielen mit nur einem direkten Spieler ist in Auswertung einer hinreichend großen Zahl von Spielgängen die Trefferquote zu ermitteln, die ein normal befähigter Spieler unter Einsatz der ihm zur Verfügung stehenden Geschicklichkeit erzielen kann. Liegt die Misserfolgsquote durchschnittlicher Spieler über 50 %, so besteht eine ausreichende Wahrscheinlichkeit dafür, dass die Zufallsabhängigkeit überwiegt.⁶⁶ Das *BVerwG* hat die Maßgeblichkeit dieses rein quantitativen Häufigkeitsvergleichs zuletzt in seinem Urteil zum Krangreiferspiel⁶⁷ bestätigt.⁶⁸ Bei einphasigen Spielen an mechanischen Geräten könne nicht ermittelt werden, ob ein bestimmter Einzeltreffer durch Zufall oder durch Geschick verursacht worden sei, und auch nicht, ob ein Nichttreffer auf der Herrschaft des Zufalls oder mangelndem Geschick beruhe.⁶⁹ Deshalb müsse anhand der Spielbedingungen rein quantitativ geprüft werden, ob bei einer Vielzahl von Spielen im Durchschnitt die Einflussnahme des Spielers den Spielausgang bestimme. Sei das nicht der Fall, so seien die Gründe für die Unbeeinflussbarkeit des Spielausgangs ohne Bedeutung; Grund könne etwa sein, dass die Geschicklichkeitsanforderungen für einen Durchschnittsspieler unerreichbar hoch seien.

b) *Strategische Kartenspiele und andere agonale Mehrpersonenspiele.* Strategische Kartenspiele und andere agonale Mehrpersonenspiele sind schwieriger zu analysieren. Denn die Gewinnchancen des Einzelnen hängen vor allem von den Gegnern bzw. von deren Geschick ab, wie dies ja für alle Arten von Geschicklichkeitsspielen und für sportliche Wettkämpfe typisch ist. Diese systembildenden Besonderheiten hat das *OLG Frankfurt a. M.* im Vorlagebeschluss zum Hüchenspiel⁷⁰ beschrieben: Es konkurrieren mehrere Spieler nach allgemein anerkannten bzw. einvernehmlich festgelegten Regeln miteinander; sie setzen ihre – in aller Regel unterschiedliche – Geschicklichkeit ein, um das Spielergebnis zu ihren Gunsten zu beeinflussen. Die Gewinnchancen des Einzelnen hängen nicht nur von Zufallselementen, sondern vor allem vom Geschick der konkurrierenden Spieler ab – zumal dann, wenn auch bei Beteiligung von sechs und mehr Spielern nur *ein* Spieler das einzelne Spiel gewinnt, wie dies bei Poker ganz überwiegend der Fall ist. Der Wettstreit um die bessere Geschicklichkeit ist Wesensmerkmal dieser Spiele. Schach, Bridge und auch Skat oder Schafkopf sind in aller Regel schon nach der allgemeinen Verkehrsanschauung als Geschicklichkeitsspiele anerkannt.

Bei strategischen Kartenspielen ist – bedingt durch die Variationsbreite der Kartenverteilung zu Beginn und auf den weiteren Entwicklungsstufen der Partie – eine unbestimmte Vielzahl von Spielabläufen möglich. Sie enthalten Zufallselemente, geben unvollständige Informationen und sind äußerst komplex, weil das Spielergebnis eines einzelnen Spielers typischerweise auch von den Entscheidungen der mit ihm konkurrierenden Mitspieler abhängt. Nicht allen Spielern stehen dieselben Informationen zur Verfügung; und die Zuweisungsfunktion des Spielergebnisses ist nicht nur nach Gewinn und Verlust schlechthin differenziert, sondern nach Gewinn- und Verlustsummen. Kennzeichen agonaler Mehrpersonenspiele ist die „spiegelbildliche Zuweisungsfunktion des Ergebnisses“;⁷¹ das Ergebnis bedeutet bei jedem nur möglichen Spielgang *Gewinn für den oder die einen Spieler und Verlust für den oder die anderen Spieler*. Außerdem unterscheiden sich strategische Kartenspiele von anderen Spieltypen dadurch, dass im Spielverlauf zahlreiche Entscheidungen zu treffen sind. Persönliche Steuerungsprozesse sind ein von der Regel

vorgeschriebenes Element. Die Prüfung der überwiegenden Zufallsabhängigkeit ist „die Frage nach der Wirkungsweise und dem Erfolg dieser persönlichen Steuerungsmechanismen“.⁷²

c) *Die maßgeblichen Prüfungselemente bei strategischen Kartenspielen.* Die Prüfung strategischer Kartenspiele unterscheidet sich deshalb von der bei einphasigen, „veranstalterbeherrschten“ Spielen.⁷³ Setzt ein Veranstalter die Spielbedingungen, so definiert er, was die Überwindbarkeit der Zufallselemente angeht, ein standardisiertes Anforderungsprofil. Bei strategischen Kartenspielen geht es hingegen um einen Wettkampf mehrerer Personen nach klar definierten Regeln, aber ständig wechselnden Ausgangsbedingungen für das Entfalten individueller Fähigkeiten. Die Spieler wissen, dass die – dauerhaft oder je nach Tagesform – unterschiedliche Geschicklichkeit entscheidet oder jedenfalls für das Spielergebnis mit ursächlich ist; in diesem Bewusstsein stellen sie sich dem Wettkampf. Die Spielprüfung zur Feststellung überwiegender Zufallsabhängigkeit muss diesem Wettkampfcharakter Rechnung tragen.⁷⁴

Im Hinblick auf ihren spezifischen (Wettkampf-) Charakter sind strategische Kartenspiele schon dann nicht überwiegend zufallsabhängig, wenn der Durchschnittsspieler mit hoher Wahrscheinlichkeit ein besseres Ergebnis erzielt als ein Konkurrent, der darauf setzt, dass die schiere Zufallskausalität ihm ein günstiges Ergebnis zuweist. Maßstab für die Prüfung der überwiegenden Zufallsabhängigkeit ist nicht das Maß an Geschicklichkeit, das ein Durchschnittsspieler zur Überwindung des Geschicks *von anderen Spielern*, sondern das (relative) Maß an Geschicklichkeit, das er zur Überwindung des Zufalls, also zur Beeinflussung eines Spielausgangs aufwenden muss, der vom Zufall gesteuert wird. Es kommt auf die relative Geschicklichkeit des Durchschnittsspielers im Vergleich mit einem fiktiven Spieler an, der darauf verzichtet, den Einfluss des Zufallsgenerators unter Einsatz seiner Fähigkeiten und Erfahrungen zu eliminieren bzw. zu reduzieren. Für die Einordnung ist nicht das relative Geschick im Verhältnis zwischen den konkurrierenden Spielern mit unterschiedlichen strategischen und sonstigen, im Wettstreit hilfreichen Fähigkeiten, sondern das relative Geschick des Durchschnittsspielers im Vergleich zu einem vom Zufall gesteuerten Ergebnis entscheidend. Zu prüfen ist, ob ein durchschnittlich befähigter Spieler bei Einsatz der von ihm in angemessener Zeit erlernbaren, für das Spiel typischen Fähigkeiten mit hoher Wahrscheinlichkeit kein besseres Ergebnis erzielt als jemand, der auf die dem Spiel nach seinem Charakter eigenen Zufallselemente setzt, also wie ein Anfänger „auf gut Glück“ spielt; nur wenn dies der Fall ist, kann die

66 S. Dickersbach, *WiVerw* 1985, 37; Wolf (o. Fn. 14), 33 f.

67 *BVerwGE* 115, 179 (184 ff.) = *NVwZ* 2002, 862 = *NJW* 2002, 2487 Ls.

68 Ebenso schon *RGSt* 43, 155 (156); *RGSt* 62, 163 (166 f.); s. auch Dickersbach, *GewArch* 1998, 267.

69 *BVerwGE* 115, 179 (184 ff.) = *NVwZ* 2002, 862 = *NJW* 2002, 2487 Ls.

70 *RGSt* 43, 155 (156); *RGSt* 62, 163 (166 f.); *BVerwGE* 115, 179 = *NVwZ* 2002, 862 = *NJW* 2002, 2487 Ls. S. auch Schmidt/Wittig, *JR* 2009, 45 (48).

71 Wolf (o. Fn. 14), 36.

72 Wolf (o. Fn. 14), 35; s. auch Dickersbach, *WiVerw* 1985, 37 f.

73 S. einerseits zum Krangreiferspiel *BVerwGE* 115, 179 = *NVwZ* 2002, 862 = *NJW* 2002, 2487 Ls., andererseits *BVerwG*, *NVwZ* 1985, 829 zum Wettkampfspiel „Zentro-Roulette“, sowie *VGH Kassel*, *Urt. v.* 10.4.1979 – II OE 41/77 zu Search Poker.

74 *BVerwG*, *NVwZ* 1985, 829, zu Zentro-Roulette.

überwiegende Zufallsabhängigkeit gerichtlich festgestellt werden.⁷⁵

Bei den strategischen Kartenspielen kann die überwiegende Kausalität von Zufallselementen deshalb dadurch geprüft und festgestellt werden, dass man die Erfolgsquoten von Durchschnittsspielern im relativen Vergleich mit den Spielergebnissen von Anfängern ermittelt, bei denen eine Gewinnzuweisung mit hoher Wahrscheinlichkeit auf Zufall beruht – und unter Umständen zur Absicherung des Ergebnisses zusätzlich die Erfolgsquoten von Berufsspielern im Vergleich mit Durchschnittsspielern (Negativtest). Die Spielprüfung muss so gestaltet sein, dass ein Durchschnittsspieler versucht, seine Fähigkeiten optimal einzusetzen, und der Gegner wie ein reiner Zufallsspieler ohne jegliche Strategie spielt.⁷⁶ Gewinnt der Durchschnittsspieler in dieser Konstellation die Mehrzahl der Spiele, handelt es sich um ein Geschicklichkeitsspiel, ansonsten um ein Glücksspiel. Das setzt denotwendig die Auswertung von hinreichend repräsentativen, statistisch signifikanten Spielsequenzen voraus, denn die Ausgangskartenlage und damit das wahrscheinlich zu erwartende Verhältnis von Zufallskausalitäten einerseits und von Geschicklichkeitskausalitäten andererseits ändern sich von Blatt und Blatt.⁷⁷ Die ausgewertete Spielsequenz ist „das Werkzeug für die Ermittlung der Wahrscheinlichkeit“. Beurteilungsgegenstand ist das jeweilige Kartenspiel, das nach seinem allgemeinen Charakter einheitlich zu beurteilen ist;⁷⁸ ein durch die Gesamtheit seiner Regeln definiertes Spiel kann nicht dann, wenn geübte Spieler gegeneinander antreten, Geschicklichkeitsspiel und dann, wenn die Spielteilnehmer ungeübt sind, Glücksspiel sein.⁷⁹

Am deutlichsten hat das *BVerwG* die besondere Struktur der Spielprüfung, die bei agonalen Mehrpersonenspielen anzuwenden ist, im Urteil zum Kugelspiel Zentro-Roulette⁸⁰ beschrieben. Dabei findet an einer mechanischen Spieleinrichtung ein Wettkampf zwischen mehreren Spielern statt. Das Berufungsgericht⁸¹ hatte in den Bahnen der Rechtsprechung zu einphasigen Automatenpielen argumentiert: Es sei für die Durchschnittsspieler „praktisch unmöglich“, einen Testwurf mit entsprechender Zielgenauigkeit zu wiederholen; entscheidend sei, „dass für den unerfahrenen Durchschnittsspieler der dem Spielergebnis zugrundeliegende Kausalverlauf weder im Voraus erkennbar noch gar berechenbar ist, so dass er außerstande ist, seine Gewinnchancen durch Geschicklichkeit hinreichend zu verbessern“. Die Revision beanstandete diese Prüfung der überwiegenden Zufallsabhängigkeit. Sie machte geltend, die Spielergebnisse von um Geschicklichkeit bemühten Durchschnittsspielern müssten den Ergebnissen gegenüber gestellt werden, die unter Zufallsbedingungen zu erwarten seien. Mit diesem Revisionsvortrag war die Klägerin erfolgreich: Das *BVerwG* stellt zu Beginn der Urteilsgründe fest, die Spielbedingungen wiesen das Spiel „als einen Wettkampf zwischen zwei Spielern aus, den derjenige gewinnt, bei dem das addierte Ergebnis zweier Würfe von dem durch eigenen Testwurf festgelegten eigenen Zielpunkt am wenigsten entfernt ist“. Das Revisionsgericht betonte dann, die Chance, durch Zufall testwurffählicher zu werfen als der Gegner, sei für beide Spieler gleich groß, so dass die entscheidende Frage sei, ob und inwieweit diese Zufallschance durch den Einsatz von Geschicklichkeit verbessert werden könne.⁸² Die Spielprüfung müsse deshalb so gestaltet werden, dass in jedem Einzelspiel ein Spieler zwei ungezielte Würfe und der Gegenspieler zwei gezielte Würfe abgibt.

Nach der Rechtsprechung des *BVerwG* ist demnach bei agonalen Mehrpersonenspielen die Erlernbarkeit der Fähigkeiten maßgebend, die für das Spiel nach seinem allgemeinen Cha-

rakter typisch sind: „Spielinteressierte Menschen mit durchschnittlichem Standard“ (= Durchschnittsspieler) müssen in der Lage sein, die zufallsüberwindende Geschicklichkeit, also eine Geschicklichkeit, die aufgewendet werden muss, um bessere Ergebnisse zu erzielen, als dies der Fall ist, wenn allein dem Zufall vertraut wird (= relatives Geschicklichkeitsmaß), in einer so kurzen Zeit zu erlernen, „dass sich die Herrschaft des Zufalls allenfalls auf eine Einspielzeit beschränkt“; die Zufallsabhängigkeit des Spielausgangs muss „auf Umständen beruhen, deren Überwindung unter Zugrundelegung normaler menschlicher Lernfähigkeit nicht in verhältnismäßig kurzer Zeit möglich ist“.⁸³

IV. Notwendigkeit einer Neubewertung der modernen Pokervarianten mit offenen Gemeinschaftskarten

Aus den Gründen, die in den Entscheidungen des *VGH Kassel* zu Search Poker und des *LG Karlsruhe* zu Turnierpoker,⁸⁴ des *FG Köln* zu Texas Hold'em,⁸⁵ des *New York District Court* zu Texas Hold'em und des *Amsterdamer BezirksGer.* zu Turnierpoker⁸⁶ dargelegt sind, bestehen bei Anwendung der nach der Rechtsprechung zu prüfenden Kriterien durchgreifende Bedenken, dass die Entscheidung über Gewinn und Verlust bei den modernen Pokervarianten mit offenen Gemeinschaftskarten überwiegend zufallsabhängig ist. Es gibt keine empirischen Untersuchungen, mit denen dieser Nachweis geführt werden könnte. Entscheidender Erfolgsfaktor ist, die durch den Zufallsgenerator geschaffene Kartenlage richtig zu erfassen und zu bewerten, die Gewinnchancen der eigenen Hand anhand der bekannten Wahrscheinlichkeiten realistisch einzuschätzen und auf der Grundlage dieser Risiko einschätzung sachgerechte Entscheidungen zu treffen. Dabei bieten sich dem Spieler in jeder Lage des Spiels eine Fülle von Entscheidungsmöglichkeiten mit einer großen Auswahl an Handlungsoptionen. Es zeichnet das Pokerspiel aus, dass die Spieler auf die jeweilige Kartenlage flexibel reagieren können – und zwar bis hin zum verlustvermeidenden, zumindest -begrenzenden Ausstieg aus der Partie.

Es trifft zwar zu, dass die Kartenlage und damit das Spiel als solches in jeder Runde aufs Neue durch einen Zufallsgenerator (= Mischen und Verteilen der Karten) in Gang gesetzt und

75 Vgl. auch *RGSt* 43, 155 – mit der Formel, dass die Vermehrung der Gewinnaussicht, die sich aus der vom durchschnittlich befähigten Spieler in angemessener Zeit erlernbaren bzw. erwerbaren Geschicklichkeit ergibt, so erheblich ist, dass ihr gegenüber der Einfluss des Zufalls nur als nebensächlich und nicht mehr als wesentlich erscheint. S. auch *Dickersbach*, *WiVerw* 1985, 38: Maßgeblich ist nicht das Überwiegen des durch Geschicklichkeit erzielten Erfolges, sondern das Überwiegen des nicht durch Geschicklichkeit erzielbaren Erfolges gegenüber dem zufälligen.

76 *BVerwG*, *NVwZ* 1985, 829.

77 *Wolf* (o. Fn. 14), 30 ff., 34 ff. sowie 43 f.

78 *Dickersbach*, *GewArch* 1998, 267.

79 Zu diesem „Grundsatz der einheitlichen Betrachtungsweise“ s. *RGSt* 41, 218 (220 f.); *BGHSt* 2, 274 (276 f.) = *NJW* 1952, 673 Ls. = *BeckRS* 1952 30391949; *BGH*, *NSStZ* 2003, 372 (373) = *NSStZ* 2004, 39 Ls. mit Anm. *Beckemper*; *Dickersbach*, *GewArch* 1998, 267; *ders.*, *WiVerw* 1985, 34.

80 *NVwZ* 1985, 829.

81 *VGH Kassel*, *Urt.* v. 11.1.1982 – 8 OE 205/79.

82 *NVwZ* 1985, 829.

83 *BVerwG*, *NVwZ* 1985, 829.

84 *Oben*, Text bei Fn. 20 u. 21.

85 Zwar ist das finanzgerichtliche Urteil tragend auf steuerrechtliche Erwägungen gestützt. Das *FG Köln* beschreibt aber die Geschicklichkeitsselemente, die dazu führen, dass nicht nur dann, wenn Profis Poker spielen, sondern auch bei Durchschnittsspielern eine überwiegende Zufallsabhängigkeit der Gewinnentscheidung nicht festgestellt werden kann; s. *FG Köln*, *DStRE* 2013, 198 = *ZfWG* 2013, 51.

86 *United States District Court*, *Urt.* v. 21.8.2012 in Sachen *DiCristina*, 11-CR-414; *Rechtsbank Amsterdam*, *Urt.* v. 23.1.2014 in Sachen *Blaas*, 13/488 201-07.

sukzessiv beeinflusst wird. Ebenso wie bei anderen Kartenspielen und bei sonstigen agonalen Mehrpersonenspielen, die schon nach der allgemeinen Verkehrsanschauung als Geschicklichkeitsspiele anerkannt sind, kann aber auch bei Hold'em-Poker nicht festgestellt werden, dass in der Mehrzahl der Spielgänge die Gewinnzuweisung als Folge der durch den Zufallsgenerator geschaffenen Kartenlage wahrscheinlicher ist als die Gewinnzuweisung als Folge einer auf persönlichen Kenntnissen, Fähigkeiten und Erfahrungen aufbauenden Steuerung oder Prognostizierung des Spielablaufs durch die miteinander konkurrierenden Spieler. Nach statistischen Erhebungen werden bekanntlich 75 % der im Internet gespielten Pokerhände ohne Show Down entschieden. Ursächlich hierfür sind unterschiedliche Gründe. Die Annahme, dass der Ausgang dieser ohne Show Down beendeten Spiele überwiegend auf Zufall beruht, erscheint schon deshalb fernliegend, weil es die Spieler sind, die aufgeben und damit autonome Entscheidungen treffen.

Für Hold'em-Poker ist ebenso wie für andere strategische Kartenspiele⁸⁷ kennzeichnend, dass persönliche Entscheidungsprozesse vorgeschrieben sind; sie sind zentrale Charaktermerkmale dieser Art von gemischten Spielen, die sowohl Geschicklichkeits- als auch Zufallselemente aufweisen. Schon die große Anzahl der zu treffenden Entscheidungen ist ein starkes Indiz gegen das Überwiegen der Zufallskausalität. Im Vergleich mit Skat, aber auch im Vergleich mit anderen, heute nicht mehr gängigen Pokervarianten bieten sich den Spielern bei Texas Hold'em und Omaha viele Möglichkeiten zur Interaktion. Es bestehen umfangreiche Einwirkungsmöglichkeiten; die Zufallskausalität überwiegt also nur dann, wenn ihnen keine ins Gewicht fallende Rolle im Sinne einer zielgerichteten Steuerung und/oder Prognostizierung des Spielausgangs zukommt. Bei einem Spiel, das nach seinem allgemeinen Charakter in einem solchen Umfang durch persönliche, auf rationale Erwägungen gestützte Entscheidungsprozesse miteinander konkurrierender Spieler gekennzeichnet ist, erscheint ein Überwiegen der Zufallselemente fernliegend. Durch die strategischen Optionen, die den Spielern auf den verschiedenen Entwicklungsstufen des Spiels zur Verfügung stehen, werden in der großen Mehrzahl der Spiele die Wirkungen des Zufallsgenerators so stark abgeschwächt, dass das Geschick der Spieler den Spielausgang überwiegend bestimmt. Nicht nur bei Skat, sondern auch bei Poker geht es um ein „intellektuelles Kräftenessen“, bei dem die Entscheidung über Gewinn und Verlust eben nicht überwiegend zufallsabhängig ist.⁸⁸

Gewiss ist die Kartenverteilung Glückssache, doch durch die freie Entscheidung der Spieler darüber, ob, wann und wieviel sie einsetzen, ergibt sich eine starke strategische und auch psychologische Komponente. Über Gewinn und Verlust entscheidet, wie gut man Wahrscheinlichkeiten einschätzt und das Spielverhalten anderer Spieler beobachtet, um Gewinne zu maximieren, Verluste aber u. a. durch frühzeitiges Aufgeben schlechter Hände gering zu halten. Sichere Gewinnhände gibt es – anders als beim Skatspiel – kaum, so dass es darauf ankommt, zutreffend abzuschätzen, wie die eigene Hand sich entwickeln kann, wenn in der weiteren Spielabfolge sukzessiv die offenen Gemeinschaftskarten aufgedeckt werden, und wie wahrscheinlich anhand der dem jeweiligen Spieler bekannten Karten ist, dass ein Gegner eine bessere oder eine schlechtere Hand hält. Auch Durchschnittsspieler haben die Fähigkeiten und können die Anstrengung, Konzentration und Erfahrung in ihr Spiel einbringen, die zur Überwindung des Zufalls, also zur Beeinflussung eines vom Zufall gesteuerten Spielausgangs, aufgewendet werden müssen.

Dass spielinteressierte Erwachsene diese zufallsüberwindende Geschicklichkeit in verhältnismäßig kurzer Zeit erlernen können, wird bei Skat nicht in Frage gestellt. Hold'em-Poker ist nach seinem allgemeinen Charakter mit Skat durchaus vergleichbar; es spricht deshalb wenig dafür, dass die spieltypischen Fähigkeiten bei Skat, nicht aber bei Hold'em-Poker in angemessener Zeit erlernbar sind.

Im schon erwähnten US-Strafverfahren DiCristina⁸⁹ wurde ein Gutachten des amerikanischen Experten *Dr. Randall D. Heeb* vorgelegt. Die Feststellungen des Sachverständigen *Dr. Heeb* in seinem Gutachten vom Juli 2012 beruhten u. a. auf der Analyse von mehr als 400 Mio. Online-Pokerspielen der Variante Texas Hold'em No Limit Cash Games, die auf einer weltweit verfügbaren Website gespielt wurden.⁹⁰ Die zentralen Aussagen und Feststellungen⁹¹ des Sachverständigen können so zusammengefasst werden: Weil das Pokerspiel eine riesige Anzahl komplexer Entscheidungen beinhaltet, gibt es eine Vielzahl von Fähigkeiten, die Spieler entwickeln können, um das Ergebnis des Pokerspiels zu beeinflussen. Durch komplexe strategische Überlegungen und Handlungsoptionen ist es Spielern unterschiedlicher Geschicklichkeit möglich, sich beim Pokerspiel voneinander zu unterscheiden. Wie z. B. auch das *FG Köln*⁹² festgestellt und *Wagner*⁹³ mit entsprechenden Spieler-Statistiken nachgewiesen hat, gewinnen viele Spieler über die Zeit konstant und verdienen mit dem Pokerspiel ihren Lebensunterhalt. Diese Tatsache macht den Hauptunterschied zwischen Poker und solchen Spielen aus, bei denen der Zufall im Vergleich zur Geschicklichkeit der Spieler überwiegt. Kann ein geschickter Spieler mit einem Spiel zuverlässig seinen Lebensunterhalt bestreiten, so handelt es sich dabei nach seinem allgemeinen Charakter um ein Spiel, bei dem die Geschicklichkeit im Vergleich zum Zufall überwiegt. Poker ist ein solches Spiel; und allein dieser Umstand ist ein überzeugungskräftiges Indiz dafür, dass beim Pokerspiel die Geschicklichkeit überwiegt. Geschickte Spieler sind mit jeder möglichen Ausgangskartenhand erfolgreicher als weniger geschickte Spieler. Und geschickte Spieler machen mit jeder möglichen „Gewinnhand“ mehr Gewinne als weniger geschickte Spieler. Spieler, die dann mehr gewinnen, wenn sie eine bestimmte Gruppierung von Starthänden ausgeteilt bekamen, gewinnen auch dann konstant mehr, wenn ihnen andere Starthände zugewiesen werden. Diese Ergebnisse des amerikanischen Experten sind statistisch signifikante Aussagen, die einen starken Beweis dafür liefern, dass beim Pokerspiel überwiegend die Geschicklichkeit der Spieler die Ergebnisse bestimmt.

Anhand des Geschicklichkeitsniveaus eines Spielers lässt sich zuverlässig prognostizieren, welches Ergebnis dieser Spieler erreichen wird, d. h. wie viel Geld er je Spielrunde gewinnen

87 Zur Vergleichbarkeit von Skat und Poker auch *Schmidt/Wittig*, JR 2009, 47.

88 S. auch *Schmidt/Wittig*, JR 2009, 45 (47 f.); sowie *Sturc*, Poker – ein Paradigmenwechsel vom Glücksspiel zum Denksport, 2010, 31 ff.

89 *United States District Court*, UrT. v. 21.8.2012 in Sachen DiCristina, 11-CR-414; *Rechtsbank Amsterdam*, UrT. v. 23.1.2014 in Sachen Blaas, 13/488 201-07.

90 Die Ergebnisse für No Limit Hold'em Online-Cash-Games gelten unabhängig davon, ob mit Limit- oder mit Pot-Limit-Setzregeln gespielt wird; sie sind auf Omaha Hold'em und auf Live-Poker übertragbar. Weil sämtliche modernen Varianten des Pokerspiels denselben Grundprinzipien folgen, liegt eine einheitliche Bewertung nahe. S. dazu auch *Schmidt/Wittig*, JR 2009, 46 (s. insbes. Fn. 25 des Beitrags).

91 Ähnliche Ergebnisse erbrachte ein praktischer Test, der von der TÜV Rheinland Secure iT GmbH durchgeführt wurde; s. dazu *Hambach/Hettig/Kruijs*, MR-Int 2009, 46.

92 DSrE 2013, 198 = ZFWG 2013, 51.

93 Die Praktikabilität des Österreichischen Glücksspielbegriffes am Beispiel des Kartenspiels Poker, 2010, 159 ff.

wird. Auch diese Tatsache, dass Spieler mit einer prognostiziert größeren Geschicklichkeit bessere Ergebnisse erzielen als Spieler mit einer geringeren prognostizierten Geschicklichkeit, ist ein überzeugungskräftiges Indiz dafür, dass die Entscheidung über Gewinn und Verlust beim Pokerspiel nicht überwiegend vom Zufall, sondern von anderen (Geschicklichkeits-)Faktoren abhängt. Geschicklichere Spieler besiegen die weniger geschickten nach einer Anzahl von Spielrunden, die in wenigen Pokersitzungen gespielt werden können. Durch die Testergebnisse ist der Nachweis geführt, dass nach dem allgemeinen Charakter von Hold'em-Poker die Entscheidung über Gewinn und Verlust nicht überwiegend zufallsabhängig ist, sondern ganz überwiegend von der – unterschiedlichen – Geschicklichkeit der Spieler abhängt. Die Testergebnisse sind typisch und statistisch signifikant für agonale Mehrpersonen-Geschicklichkeitsspiele, bei denen – und das liegt in der Natur der Sache – der Spielerfolg in erster Linie von der unterschiedlichen Geschicklichkeit konkurrierender Spieler abhängt. Eine umfassende empirische Untersuchung, die zwei Wissenschaftler der University of Chicago durchgeführt haben, kommt zu ähnlichen Ergebnissen.⁹⁴

V. Resümee

Bei der glücksspielrechtlichen Prüfung überwiegender Zufallsabhängigkeit der Gewinnentscheidung kommen ordentliche Gerichte und Verwaltungsgerichte bei Kartenspielen bislang zu unterschiedlichen Ergebnissen. Skat soll ebenso wie z. B. Bridge oder Doppelkopf ein Geschicklichkeitsspiel sein, Poker soll hingegen auch in den modernen Varianten mit offenen Gemeinschaftskarten Glücksspielcharakter haben. Nicht nur im Hinblick auf die Entscheidung des *FG Köln* zur

Einkommenssteuerbarkeit der Pokergewinne von Profispielern⁹⁵ ist diese unterschiedliche Bewertung fragwürdig geworden. Jeder Skatspieler weiß, dass es „gemachte Hände“ gibt, also Kartenverteilungen, bei denen der Zufallsgenerator einem Spieler ein sicheres Gewinnblatt zuweist. Er wird aber auf der anderen Seite auch bekennen, dass in der Mehrzahl der Spiele Erfahrung, Konzentrationsfähigkeit und Spielintelligenz den Ausschlag geben. Skat wird deshalb zutreffend als Geschicklichkeitsspiel bewertet. Der Nachweis, dass dies bei Hold'em-Poker anders sein soll, ist bislang nicht erbracht. Die vorherrschende Praxis deutscher Gerichte, die überwiegende Zufallsabhängigkeit der Gewinnentscheidung beim Pokerspiel generell und ohne Beweisaufnahme zu unterstellen, wird der Bedeutung dieses Tatbestandsmerkmals nicht gerecht. Die Erwägung, für den durchschnittlichen Spieler handle es sich „um ein in erster Linie von Zufällen abhängiges Geschehen“,⁹⁶ wird durch inzwischen vorliegende empirische Erhebungen widerlegt und dürfte die schon vom *RG* entwickelte Rechtsfigur des Durchschnittsspielers und die Maßgeblichkeit der zufallsüberwindenden Geschicklichkeit verkennen. Wie das *BVerwG* in seiner Rechtsprechung zur Struktur der Prüfung überwiegender Zufallsabhängigkeit bei agonalen Mehrpersonenspielen klargestellt hat,⁹⁷ ist entscheidend, ob Durchschnittsspieler ihre Gewinnchancen durch Einsatz von Geschicklichkeit hinreichend verbessern können. Zu prüfen ist, ob durchschnittlich befähigte Spieler nach einer gewissen Einübungsphase eine Geschicklichkeit aufbringen können, die zu besseren Ergebnissen führt, als dies der Fall ist, wenn dem Zufall vertraut wird. Dass diese Frage bei Skat zu bejahen, bei Poker aber zu verneinen sein soll, leuchtet nicht ein. ■

94 S. den im Internet verfügbaren Artikel in der Welt am Sonntag vom 13.11.2011: „Poker ist ein Glücksspiel, sagt das Gesetz – zu Unrecht“ (www.welt.de).

95 S. oben, Text bei Fn. 1–7.

96 So das *VG Halle*, Urt. v. 11.6.2012 – 3 A 124/11 HAL = BeckRS 2014, 49583. Dass das *BVerwG* diese Erwägung im Revisionsverfahren nicht beanstandet hat, beruht offenkundig auf unvollständigem Vortrag zum Nichtvorliegen überwiegender Zufallsabhängigkeit bzw. auf dem Unterlassen förmlicher Beweisangebote gem. § 86 II VwGO (s. oben, Fn. 30 f.).

97 S. oben, Text und Nachw. bei Fn. 80–83.