

BERND HOLZNAGEL

## Poker – Glücks- oder Geschicklichkeitsspiel?

Wer ohne behördliche Erlaubnis öffentlich ein Glücksspiel veranstaltet, macht sich strafbar. Pokern wird in Deutschland seit der Entscheidung des Reichsgerichts vom 11. Juni 1906 zum damaligen § 286 StGB zu den Glücksspielen gezählt. Auf dieses Urteil haben bis in die jüngste Zeit hinein Rechtsprechung und Schrifttum unkritisch Bezug genommen. Eine inhaltliche Auseinander-

setzung mit dieser Frage ist aber dringlich angezeigt. Denn im Hinblick auf die derzeit besonders populäre Pokervariante des Texas Hold'em sprechen gute Gründe dafür, dass jedenfalls in einer Turniersituation die Geschicklichkeitselemente des Spiels im Vordergrund stehen und es damit nicht mehr als Glücksspiel angesehen werden kann.

### I. Einführung

Deutschland erlebt einen Pokerboom. Kaum ein Spiel hat in den letzten Monaten so viel Aufmerksamkeit erlangt wie das Pokerspiel. Auf populären Jugendkanälen wie Pro7 oder DSF werden im Fernsehen Pokerabende übertragen, an denen ausgewählte Showstars teilnehmen. Großen Zuspruch haben auch Pokerangebote im Internet. Poker wird in der Regel mit einem Satz von 52 Karten und mit mindestens zwei Teilnehmern gespielt. Ziel des Spiels ist es, durch Zusammenstellung einer möglichst guten Kombination von Karten einen möglichst hohen Gewinn zu erzielen. Welche Kartenkombination das beste Blatt darstellt, bestimmt sich nach Regeln, die sich an der Wertigkeit von Karten, vor allem aber an der Wahrscheinlichkeit bestimmter Kartenkombinationen orientieren. Pokern ist allerdings nicht gleich Pokern. Bei diesem Spiel gibt es unterschiedliche Arten, die zum Teil deutlich voneinander abweichen. Grob kann zwischen drei verschiedenen Kategorien unterschieden werden: dem Draw Poker, dem Stud Poker und der hier zu behandelnden Hold'em-Variante.<sup>1</sup>

Nach § 284 Abs. 1 StGB wird derjenige, der ohne behördliche Erlaubnis öffentlich ein Glücksspiel veranstaltet oder

hält oder die Einrichtung hierzu bereitstellt, mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren oder Geldstrafe bestraft. Die damit einhergehenden Beschränkungen der Berufs- und Niederlassungsfreiheit sind aus Gründen des Verbraucherschutzes, der Betrugsvorbeugung und der Vermeidung von Anreizen zur Spielsucht grundsätzlich zulässig.<sup>2</sup> Ein Glücksspiel ist dabei durch drei Merkmale gekennzeichnet: Es muss sich erstens um ein Spiel handeln,<sup>3</sup> die Spieler müssen zweitens einen nicht unerheblichen Spieleinsatz leisten und um einen nicht völlig unbedeutenden Gewinn spielen,<sup>4</sup> und drittens muss die Entscheidung über Gewinn und Verlust allein oder überwiegend vom Zufall abhängen.<sup>5</sup>

Traditionell wird in Deutschland das Pokern als Glücksspiel eingestuft. Das zentrale Argument ist dabei, dass die zufällige Zuteilung der Karten entscheidend für den Spielerfolg sei. Ausweislich des Wortlauts des § 284 StGB entfällt die Strafbarkeit zwar, wenn eine behördliche Erlaubnis erteilt worden ist. Diese ist aber nach der strikten Regelung des § 33h Nr. 3 GewO für Glücksspiele i.S.d. § 284 Abs. 1 StGB nicht zu erlangen.

In jüngster Zeit wird jedoch verstärkt vorgebracht, dass zumindest bestimmte Arten des Poker gerade nicht als Glücksspiel einzuordnen seien.<sup>6</sup> Vielmehr seien für den Spielerfolg psychologische und strategische Fähigkeiten und Kenntnisse ausschlaggebend. Das Pokerspiel müsse daher als Geschicklichkeitsspiel qualifiziert werden. Gegenstand des folgenden Beitrags ist die Frage, ob das Pokerspiel in der Variante des Texas Hold'em als Glücksspiel i.S.d. § 284 StGB anzusehen ist.

### II. Poker als Glücksspiel oder Unterhaltungsspiel?

Zunächst einmal muss es sich bei Poker um ein Spiel handeln. Der Zweck des Spiels ist auf Unterhaltung und Gewinn gerichtet.<sup>7</sup> Beim Pokern wird nach feststehenden Regeln um Gewinn und Verlust gespielt. Die Teilnehmer wollen sich bei dem Spiel unterhalten und sind auch auf den möglichen Gewinn aus. Poker ist daher als ein Spiel einzustufen.<sup>8</sup>

Das Glücksspiel ist vom straflosen bloßen Unterhaltungsspiel zu unterscheiden.<sup>9</sup> Voraussetzung eines Glücksspiels ist, dass die Spieler einen Spieleinsatz leisten, um an der Gewinnchance teilzuhaben.<sup>10</sup> Ein Einsatz besteht in jeder nicht ganz unbeträchtlichen Leistung, die einen Vermögenswert darstellt und die in der Hoffnung auf Gewinn bzw. mit dem Risiko des Verlustes geleistet wird.<sup>11</sup> Wie hoch der Einsatz sein muss, wird einerseits in einer relativ

1) Vgl. hierzu die Erläuterungen der einzelnen Pokerarten bei Wikipedia, Stichwort „Liste der Pokervarianten“, abrufbar unter: [http://de.wikipedia.org/wiki/Liste\\_der\\_Pokervarianten](http://de.wikipedia.org/wiki/Liste_der_Pokervarianten).

2) Vgl. dazu EuGH MMR 2004, 92 m. Anm. Bahr – Gambelli; BVerfGE 115, 276, Rdnr. 100 = BVerfG MMR 2006, 298 m. Anm. Holznagel/Ricke.

3) Groeschke/Hohmann, in: Hefendehl/Hohmann (Hrsg.), MüKo-StGB, Bd. 4, 2006, § 284 Rdnr. 5.

4) RGSt 18, 342, 343; 19, 253, 254; OLG Hamm JMBI. NW 1957, 250; Kühf, Strafgesetzbuch, 26. Aufl. 2007, § 284 Rdnr. 2 ff.; vgl. auch § 3 Lotteriestaatsvertrag bzw. § 3 Glücksspielstaatsvertrag.

5) RGSt 18, 1, 6; BGHSt 2, 274, 276; BGH NJW 1987, 851, 852; VGH Kassel NVwZ 2005, 99, 101; Eser/Heine, in: Schöenke/Schröder, Strafgesetzbuch, 27. Aufl. 2006, § 284 Rdnr. 5; Fischer, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 55. Aufl. 2008, § 284 Rdnr. 3 ff.; Tettinger, in: Tettinger/Wank, Gewerbeordnung, 7. Aufl. 2004, § 33d Rdnr. 4 ff.

6) Kretschmer, ZfWG 2007, 93, 96 ff.; s.a. Alon, Poker, Chance and Skill, Manuscript, Tel Aviv University, 2007, S. 15 (das Manuscript befindet sich beim Autor zur Einsicht).

7) Eser/Heine, in: Schöenke/Schröder (o. Fußn. 5), § 284 Rdnr. 4.

8) Vgl. hierzu a. Kretschmer (o. Fußn. 6), S. 93 f.; Belz, Das Glücksspiel im Strafrecht, 1993, S. 54.

9) OLG Hamm JMBI. NW 1957, 250; Fischer (o. Fußn. 5), § 284 Rdnr. 5 ff.; s.a. RGSt 18, 342, 343.

10) Eser/Heine, in: Schöenke/Schröder (o. Fußn. 5), § 284 Rdnr. 6; vgl. hierzu a. RGSt 55, 270, 271; BGHSt 34, 171, 176; OLG Stuttgart NJW 1964, 365, 366; OLG Karlsruhe NJW 1972, 1963.

11) Kleinschmidt, MMR 2004, 654, 656.

■ Prof. Dr. Bernd Holznagel ist Direktor der öffentlich-rechtlichen Abteilung des Instituts für Informations-, Telekommunikations- und Medienrecht an der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster.

ven Betrachtungsweise nach den konkreten Verhältnissen der Spieler und hier wiederum nach der Vermögenslage des schwächsten Spielers oder dem Durchschnitt beurteilt.<sup>12</sup> In einer absoluten Betrachtungsweise wird andererseits darauf abgestellt, ob der Spieleinsatz nach der Verkehrsauflösung einen Vermögensgegenstand darstellt.<sup>13</sup> Die Rechtsprechung behilft sich u.a. mit Vergleichsgrößen, wie dem durchschnittlichen Stundenlohn eines Arbeiters oder auch dem Betrag, den eine Person gewöhnlich für den Besuch einer unterhaltenden Veranstaltung ausgibt.<sup>14</sup> Eine feste „Geringfügigkeitsgrenze“ gibt es nicht.<sup>15</sup> Sofern beim Pokern also ein Einsatz geleistet werden muss, ist jeweils für den Einzelfall zu entscheiden, ob dieser als wesentlicher Vermögenswert anzusehen ist.

Darüber hinaus muss bei einem Glücksspiel um einen geldwerten Gewinn gespielt werden, der seiner Höhe nach nicht völlig unbedeutend ist. In der Regel korrespondieren bei Glücksspielen Einsatz und Gewinn. Letztendlich ist hier wie bei der Höhe des Einsatzes im Einzelfall zu entscheiden, ob es sich bei einem Gewinn um einen der Höhe nach nicht völlig unbedeutenden handelt.

### III. Glücksspiel oder Geschicklichkeitsspiel?

#### 1. Abgrenzungskriterien

Derzeit wird darum gestritten, ob beim Pokern der Zufall oder das Geschick überwiegt. Diese Frage hat im Laufe der vergangenen Jahrzehnte die Gerichte sowohl in den USA als auch in Europa beschäftigt. Schaut man in die einschlägigen Internetforen, wird deutlich, dass diese Debatte nicht nur in Deutschland, sondern in zahlreichen anderen Ländern geführt wird. Sie krankt jedoch daran, dass die unterschiedlichen Spielvarianten und Bewertungskriterien nicht immer sauber voneinander abgegrenzt werden. Deshalb soll zunächst begriffliche Klarheit geschaffen werden.

Ein Zufall liegt vor, wenn der Erfolg weder vom zielbewussten Handeln noch von der Geschicklichkeit noch vom Belieben der beteiligten Personen abhängt, sondern wenn weitere Bedingungen den Ausgang des Spiels beeinflussen, die außerhalb des Willens der beteiligten Personen liegen. Unter Zufall ist mithin das Wirken einer unberechenbaren, der entscheidenden Mitwirkung der Beteiligten in ihrem Durchschnitt entzogenen Ursächlichkeit zu verstehen.<sup>16</sup> Sind die über den Gewinn entscheidenden Faktoren Aufmerksamkeit, Kenntnisse und Fähigkeiten der Spieler, handelt es sich um ein Geschicklichkeitsspiel. Dabei ist nicht schon dann ein Spiel als Glücksspiel einzustufen, wenn es irgendwelche Zufallselemente enthält. Denn es gibt wohl kein Spiel, bei dem nicht auch das Glück eine Rolle spielt. Man denke nur an das Fußballspiel, bei dem ein versprunger Ball spielscheidend sein kann. Maßgeblich ist vielmehr, ob die Zufalls- oder die Geschicklichkeitskomponente überwiegt.<sup>17</sup>

Dass vereinzelt Spielern die Geschicklichkeit fehlt, ist dabei unerheblich.<sup>18</sup> Abzustellen ist auch nicht auf den besonders erfolgreichen Spieler, sondern auf den Durchschnitt der Mitspieler des jeweiligen Spiels.<sup>19</sup> Steht also das Spiel grundsätzlich jedermann offen, so ist von einem spielinteressierten Durchschnittsbürger mit normalen Fähigkeiten auszugehen.<sup>20</sup> Hat es der Durchschnitt der Teilnehmenden in der Hand, durch Geschicklichkeit den Ausgang des Spiels zu bestimmen, liegt ein Geschicklichkeitsspiel vor. Um ein Glücksspiel handelt es sich demgegenüber dann, wenn der Durchschnittsspieler darauf angewiesen ist, sich auf den Zufall zu verlassen.<sup>21</sup>

#### 2. Rechtsprechung des Reichsgerichts

Prägend für die hiesige Rechtsauslegung war die Entscheidung des 1. Strafsenats des Reichsgerichts, in der dieser bereits am 11.6.1906 zum damaligen § 286 StGB entschieden hat, dass Pokern als Glücksspiel anzusehen sei.<sup>22</sup> Auf dieses Urteil haben bis in die jüngste Zeit hinein Rechtsprechung und Schrifttum (unkritisch) Bezug genommen.<sup>23</sup> Eine inhaltliche Auseinandersetzung mit dieser Frage hat soweit ersichtlich, von Ausnahmen aus der jüngsten Zeit abgesehen,<sup>24</sup> nicht mehr stattgefunden. Jedoch wird aus der Urteilsbegründung deutlich, dass sich das *Reichsgericht* mit der seinerzeit besonders populären Pokervariante des Draw Poker auseinanderzusetzen hatte.<sup>25</sup> Im Gegensatz zum Texas Hold'em – hier bilden alle Spieler ihr Blatt mit den Karten auf der Hand und den offenen Gemeinschaftskarten – sieht der Spieler beim Draw Poker die Karten des Gegners nicht. Er kann sein Blatt dadurch verbessern, dass er neue Karten „kauft“. Dadurch können die Spieler so gut wie gar nicht abschätzen, wie gut oder schlecht die Hände der anderen Spieler sind. Sie können lediglich versuchen, aus der Mimik und dem Verhalten der Mitspieler, z.B. der Anzahl der neu gekauften oder getauschten Karten, Informationen über deren Blätter zu erlangen. Das *Reichsgericht* führt hierzu in der Urteilsbegründung aus: „Denn mag auch vom Boden der Durchschnitts- oder Wahrscheinlichkeitsberechnung aus die Entschließung, ob und in welchem Umfang ‚gekauft‘ werden soll, durch einen erfahrenen, aufmerksamen und vorsichtigen Spieler im Allgemeinen richtiger und daher aussichtsreicher als durch einen gleichgültigen und hastigen Anfänger erfolgen, so gibt im Einzelnen doch wieder der Zufall den letzten Ausschlag über das mit dem ‚Kaufen‘ erzielte Ergebnis; von der Geschicklichkeit des Spielers hängt also lediglich die Wahl zwischen dem Verharren bei

12) Vgl. OLG Hamm JMBI. NW 1957, 251.

13) RGSt 18, 342, 343; 19, 253.

14) OLG Hamm JMBI. NW 1957, 250; s.a. Groeschke/Hohmann (o. Fußn. 3), § 284 Rdnr. 8. Nach dieser Maßgabe veranstaltet die Deutsche Poker Liga seit geraumer Zeit Turniere (single table sit & go), bei denen die Teilnehmer einen Unkostenbeitrag von weniger als € 50,– für die Teilnahme an einer Spielveranstaltung mit Gewinnchance bezahlen. Das Spiel wird an Tischen und mit Jetons bestritten, die der Veranstalter stellt. Die Beiträge der Spieler decken seine organisatorischen Aufwendungen. Die Gewinne werden durch Werbung und Sponsoring finanziert. Mehrere Staatsanwaltschaften haben diese Turniere als Unterhaltungsveranstaltungen eingeordnet und strafrechtlich nicht beanstandet (StA Augsburg – 102 AR 3711/05; StA Regensburg – 110 AR 715/06; StA Berlin – 52 Js 5282/05).

15) Vgl. hierzu OVG Magdeburg GewArch 2006, 163.

16) Öster. UFS, E. v. 24.7.2007, UFSW, GZ RV/0369-W/02, Abschn. I.3, abrufbar unter: <https://findok.bmf.gv.at/findok/showBlob.do?base=UfsBmfPpdf&rid=21976>; Eser/Heine, in: Schönke/Schröder (o. Fußn. 5), § 284 Rdnr. 5; BVerwG NJW 1995, 1451.

17) Nach Tettinger soll dann ein Geschicklichkeitsspiel vorliegen, wenn bei einem Durchschnittsspieler die Geschicklichkeit zu mind. 51% ausschlaggebend ist, Tettinger, in: Tettinger/Wank (o. Fußn. 5), § 33d Rdnr. 6; der Öster. UFS nimmt hingegen eine Gesamtabwägung vor und fragt, ob in seiner Fülle der Zufall oder die Geschicklichkeit dominiert, vgl. Öster. UFS, E. v. 5.4.2007, UFSW, GZ RV/1666-W/06, abrufbar unter: <https://findok.bmf.gv.at/findok/showBlob.do?base=UfsBmfPpdf&rid=23597>, Abschn. I.3.

18) BGHSt 2, 274, 276 f.

19) Fischer (o. Fußn. 5), § 284 Rdnr. 8; Eser/Heine, in: Schönke/Schröder (o. Fußn. 5), § 284 Rdnr. 5.

20) BGHSt 2, 274, 276 f.; v. Bubnoff, in: Jähnke/Laufhütte/Odersky, Leipziger Komm., Bd. 7, 11. Aufl. 2005, § 284 Rdnr. 8; VGH BaWü GewArch 1990, 149, 150.

21) Groeschke/Hohmann (o. Fußn. 3), § 284 Rdnr. 7; LG Frankfurt/M. NJW 1993, 945, 946.

22) RG NW 1906, 789.

23) Vgl. etwa OLG Stuttgart ZStW 1924, 620, 621; Eser/Heine, in: Schönke/Schröder (o. Fußn. 5), § 284 Rdnr. 7.

24) Kretschmer (o. Fußn. 6), S. 93 ff.; Öster. UFS, E. v. 24.7.2007 (o. Fußn. 16); Öster. UFS, E. v. 5.4.2007 (o. Fußn. 17).

25) Kretschmer (o. Fußn. 6), S. 95.

einer schon vorliegenden Zufallsentscheidung ab, wogen es unter allen Umständen bei einer Zufallsentscheidung bewendet“.<sup>26</sup>

Die Rechtsprechung des *Reichsgerichts* zu Draw Poker ist jedoch nicht ohne weiteres auf die Spielvariante Texas Hold’em übertragbar. Denn bei der Prüfung, ob ein Spiel hauptsächlich durch den Zufall bedingt ist oder nicht, sind die konkreten Spielverhältnisse zu Grunde zu legen.<sup>27</sup> Daher müssen an dieser Stelle die genauen Spielregeln des Texas Hold’em in die Betrachtung einbezogen werden:

Bei Texas Hold’em bekommt jeder Mitspieler zu Beginn zwei Karten ausgeteilt. Anschließend müssen zunächst bei jedem Spiel reihum jeweils zwei Spieler vorher festgelegte Mindesteinsätze, sog. Blinds, erbringen, die in späteren Phasen des Spiels erhöht werden. Im Verlauf des Spiels werden weitere Karten in der Mitte des Tisches für alle sichtbar aufgedeckt. Zunächst sind es drei Karten (Flop), in der folgenden Runde die vierte Karte (Turn) und in der letzten Runde die fünfte Karte (River), die zusätzlich auf dem Tisch liegen. Diese Karten können die einzelnen Spieler mit ihren Karten auf der Hand zu einem Blatt zusammensetzen. Die Spieler, die bis zum Ende nicht ausgestiegen, also mit ihren Einsätzen mitgegangen sind, decken schließlich ihre Karten auf. Wer das beste Blatt hat, gewinnt die gesamten Einsätze der Runde: den Pot. Ist am Ende nur noch ein Spieler übrig, d.h. sind alle anderen vorher ausgestiegen, muss dieser Spieler seine Karten gar nicht zeigen, sondern kann den Pot einstreichen, ohne aufzudecken.

Auch hier hat – ebenso wie beim Draw Poker – die Qualität der Karten einen Einfluss auf den Spielgewinn. Jedoch bestehen zwei wesentliche Unterschiede: Erstens kennt beim Draw Poker jeder Spieler nur die eigenen Karten; es gibt keine Gemeinschaftskarten. Zweitens werden beim Texas Hold’em mehr Runden ausgespielt als beim Draw Poker. Folglich haben die Spieler auch mehr Möglichkeiten, das Spiel strategisch zu beeinflussen.

Jeder Spieler muss von Runde zu Runde entscheiden, ob seine Karten gut genug sind, um schlicht dabeizubleiben bzw. den Einsatz gar zu erhöhen oder ob es günstiger ist, den Verlust zu minimieren und auszusteigen. Dadurch, dass die Gemeinschaftskarten für alle sichtbar sind, haben die Spieler bei Texas Hold’em objektive Anhaltspunkte, um die Hände der anderen Spieler zu beurteilen. Mathematische Kalkulationen werden möglich und Wahrscheinlichkeitserwägungen sind wesentlich erfolgversprechender als beim Draw Poker. Lediglich die psychologische Komponente ist bei beiden Spielen vergleichbar. Auch beim Draw Poker kann man sich verstellen und andere Spieler absichtlich in die Irre führen oder versuchen, aus dem Verhalten der anderen Spieler Rückschlüsse zu ziehen. Im Folgenden ist nun das Verhältnis von Glück und Geschick unter Berücksichtigung der Besonderheiten dieser konkreten Spielvariante auszuloten.

26) RG NW 1906, 789, 798 f.

27) BGHSt 36, 74, 80 m.w.Nw. – Hütchenspiel; BGH NStZ 1993, 372, 373 – Oddset-Wetten.

28) BFH BStBl. I 1994, 622; *Tettinger*, in: *Tettinger/Wank* (o. Fußn. 5), § 33d Rdnr. 8; v. *Bubnoff*, in: *Jähnke/Laufhütte/Odersky* (o. Fußn. 20), § 284 Rdnr. 9; eine Ausnahme hiervon gilt für das sog. Preisskat, vgl. RG ZStW 1922, 235.

29) *Kretschmer* (o. Fußn. 6), S. 96.

30) Die stärkste Poker-Hand, der Royal Flush, kommt nur mit einer Wahrscheinlichkeit von 0,0000015% vor; s. hierzu *Dreif/Born/v. d. Genugten*, *On Strategy and Relative Skill in Poker*, 2002, S. 12.

31) *Born/v. d. Genugten*, *On a measure of skill for games with chance elements*, 1996, S. 29.

## IV. Beurteilung der Pokerspielvariante Texas Hold’em

### 1. Glückselemente

Ein wichtiger Faktor auch beim Spielen von Texas Hold’em bleibt die Qualität der Karten, die ausgeteilt werden. Hierbei kommt es nicht nur auf die Qualität des Blattes an, die sich unter Berücksichtigung der Gemeinschaftskarten am Ende einer jeden Runde ergibt. Auch den Umstand, ob der einzelne Spieler ein gutes Startblatt zugeteilt erhält, kann er nicht beeinflussen. Beides hängt daher ausschließlich vom Zufall ab und konstituiert damit das Glückselement von Texas Hold’em.

### 2. Geschicklichkeitselemente

Neben dem Zufall der Kartenverteilung spielt Geschick in vielerlei Hinsicht eine Rolle bei Texas Hold’em. Anders als z.B. beim Skat, einem anerkannten Geschicklichkeitsspiel,<sup>28</sup> gibt es bei dieser Variante des Pokerns praktisch niemals eine Konstellation, in der ein Spieler eine ihm durch Zufall zuteil gewordene Hand „nur herunterzuspilen“ braucht.<sup>29</sup> Ein Blatt, das einem Spieler den sicheren Gewinn verschaffen kann, gibt es fast nie.<sup>30</sup>

Aus diesem Grund ist es wichtig für einen Pokerspieler, die eigene Gewinnchance abzuschätzen. Hierzu kann er die ihm zur Verfügung stehenden Informationen nutzen und die Wahrscheinlichkeit seines Gewinns ausrechnen. Bei Texas Hold’em gehören die Gemeinschaftskarten, der Wert des Pots, die Höhe der bereits geleisteten Einsätze sowie die Werte der Chips, die die Spieler noch haben, zu den wesentlichen Informationen.<sup>31</sup>

Die Fähigkeit, Wahrscheinlichkeiten im Kopf exakt zu berechnen, kann bei Durchschnittsspielern zwar nicht ohne weiteres vorausgesetzt werden. Aber auch ein Spieler mit durchschnittlichen Fähigkeiten kann „pi-mal-Daumen“ abschätzen, ob ein Blatt erfolgversprechend ist oder nicht. Die mathematische Komponente des Spiels kann daher auch von Durchschnittsspielern mit Geschick genutzt werden.

Neben der Wahrscheinlichkeitsrechnung verspricht strategisches Handeln Erfolg bei Texas Hold’em. Hierzu stehen den einzelnen Spielern eine Reihe von Handlungsmöglichkeiten zur Verfügung, um das Spiel zu ihren Gunsten zu beeinflussen. Die Spieler müssen zu Beginn des Spiels entscheiden, ob sie ihre Hand überhaupt spielen. Anschließend müssen sie Runde für Runde abwägen, ob sie, auch angesichts ggf. schon geleisteter Einsätze, mitgehen, erhöhen oder aussteigen. Wenn Runden mit einem Showdown enden, gewinnt folglich nicht notwendigerweise das höchste Blatt, sondern das höchste der noch im Spiel befindlichen Blätter. Es ist möglich, dass der Spieler mit dem höchsten Blatt vor dem Showdown ausgestiegen ist. Um dies zu provozieren, gibt es geschickte und weniger geschickte Spielzüge.

Ein Beispiel für eine geschickte strategische Entscheidung ist der sog. „Pre-flop-raise“. Er wird eingesetzt, wenn ein Spieler ein gutes Startblatt bekommt. Dieser Spieler kann in der ersten Bietrunde sofort den Einsatz erhöhen, und zwar noch bevor die ersten drei Gemeinschaftskarten (Flop) aufgedeckt werden. Dies hat meist den Effekt, dass Spieler mit schlechten Starthänden sofort aussteigen und somit die Möglichkeit, dass sich ihre Starthände durch Aufdecken des Flops verbessern, ausgeschaltet wird. Die Bedeutung strategischen Handelns zeigt sich somit auch darin, dass das Abschneiden eines Spielers sehr stark von sei-

nen Gegnern abhängt.<sup>32</sup> Je besser diese spielen, desto schwieriger wird es, zu gewinnen.

Insgesamt sind die Strategien und Kniffe des Texas Hold'em nicht so kompliziert, dass ein durchschnittlicher Spieler sie nicht schnell erfassen könnte. Auch er kann einfache taktische Überlegungen durchschauen, infolgedessen auch anwenden, und ist daher nicht völlig auf den Zufall angewiesen. Dies ist im Übrigen kennzeichnend für jede Art von Strategiespiel.

Ein weiterer Geschicklichkeitsfaktor bei Texas Hold'em sind die psychologischen Aspekte des Spiels. Bei Texas Hold'em ist es wichtig, die anderen Spieler zu beobachten. Aus dem Gesichtsausdruck und der Reaktionsgeschwindigkeit eines Spielers können Gegner Verhaltensmuster erkennen und ggf. Vorhersagen treffen. Gleichzeitig müssen die Gegner ihrerseits versuchen, möglichst wenige Schlüsse aus dem eigenen Verhalten zu ermöglichen und ein sog. Poker-Face aufzusetzen. Sogar längerfristig angelegte psychologische Strategien sind denkbar, bei denen ein Spieler ein bestimmtes Verhaltensmuster über mehrere Runden aufbaut, um es dann bewusst und überraschend abzuändern.

Der Spieler kann versuchen, durch bestimmte Reaktionen den Gegner zu verwirren und zu falschen Schlüssen zu bewegen. Ein vermeintlich vorsichtiger Spieler kann z.B. trotz eines schlechten Blattes plötzlich hohe Summen setzen und dadurch den anderen Spielern suggerieren, er habe eine besonders erfolgversprechende Hand. Wenn der „Bluff“ gelingt, kann er ohne einen Showdown den Pot einstreichen. Auch dies erfordert viel Geschick, da einige Spieler besser deuten oder Gegner besser in die Irre führen können als andere.

Bei Spielen, deren Ausgang wesentlich vom Zufall abhängt, können Spieler nicht entscheidend „besser“ werden. Ihre Fähigkeiten spielen neben dem Zufall nur eine untergeordnete Rolle. Dies ist bei Geschicklichkeitsspielen anders, weshalb die Möglichkeit zu lernen ein wichtiger Indikator für Spiele ist, die auf Geschicklichkeit basieren. Bei Texas Hold'em ist es möglich, geschickte Spielzüge und Taktiken zu erlernen. Auch die Fähigkeit zur Wahrscheinlichkeitsrechnung in Sekunden sowie das Durchschauen anderer Mitspieler oder das Bluffen kann sich mit Übung verbessern. Die vielen Pokerschulen könnten sonst kaum die Resonanz aufweisen, die sie derzeit genießen. Eine Studie hat anhand des möglichen Lernerfolgs eine Reihe von Spielen bewertet und eine Rangliste bezüglich des Ausmaßes an Geschicklichkeit, das sie erfordern, erstellt.<sup>33</sup> Danach setzt Texas Hold'em ein höheres Maß an Geschicklichkeit voraus als das Spiel „Schnapsen“, das vom *Österreichischen Obersten Gerichtshof* als Geschicklichkeitsspiel eingestuft wurde.<sup>34</sup> Auch diese Studie geht allerdings davon aus, dass sich die Geschicklichkeitskomponente erst „in the long run“ zum ausschlaggebenden Faktor entwickelt<sup>35</sup> (s.u.).

Der Erfolg bei Texas Hold'em wird nicht ausschließlich von den verfügbaren Karten und damit vom Zufall bestimmt. Neben dem unbestritten vorhandenen Glückselement sind auch mathematische Kenntnisse, strategisches Geschick und psychologische Fähigkeiten von Nutzen. Schließlich spricht auch der Lerneffekt, der sich bei Pokerspielern im Laufe der Zeit einstellt, für eine starke Geschicklichkeitskomponente bei Texas Hold'em.

### 3. Überwiegen des Geschicks?

Damit ist die Frage nach der rechtlichen Einordnung des Spiels indessen noch nicht abschließend beantwortet,

denn nun ist zu gewichten, welche Elemente wann bei Texas Hold'em überwiegen. Dabei wird man wiederum zwei Spielvarianten, das sog. Cashpoker und das Spielen in Serie, das sog. Turnierpoker, zu untersuchen haben. Bei sog. Cashgames können die Spieler nach Belieben ein- und auch jederzeit wieder aussteigen. Dadurch wird jede Runde unabhängig von der anderen gespielt und jede Hand zählt für sich. Es ist jedoch üblich, dass die Spieler viele Hände nacheinander spielen. Beim Turnierpoker gibt es keine Möglichkeit, nachträglich ein- oder vorzeitig unter Mitnahme eines bis dahin erspielten Gewinns auszusteigen. Die Einsätze aller Spieler zu Beginn des Spiels sind gleich hoch. Ist der Einsatz verloren, scheidet der Spieler aus. Gewonnen hat der Spieler, der am Ende übrig bleibt und den gesamten Pot gewinnt.

#### a) Spiele in Serien (Turnierpoker)

Dem Pokerspieler ist nach einer jüngsten Entscheidung des *Österreichischen Unabhängigen Finanzsenats* unter den Bedingungen eines Serienspiels eine Option des „klassischen“ Glücksspielers versagt. Er kann eine „Glückssträhne“ nicht ausnutzen, um dann das Spiel unter Mitnahme seines Gewinns zu beenden, sobald ihm der Zufall weniger günstige Blätter in die Hand gibt. Dies ist der zentrale Unterschied, der das Turnierpoker vom Cashpoker unterscheidet und der bislang in der Rechtsprechung nicht genügend beleuchtet worden ist. In seiner ausführlich begründeten Entscheidung zu Texas Hold'em hat der *Finanzsenat* erstmals diesen Unterschied herausgearbeitet. Er hat sich in seiner rechtlichen Bewertung anschließend ausdrücklich auf Einzelspiele beschränkt.<sup>36</sup> Die Frage, ob es sich bei der Variante des Turnierpokers, bei dem eine „Periodenbetrachtung“ stattfinden müsse, um ein Glücks- oder Geschicklichkeitsspiel handele, hat der *Finanzsenat* demgegenüber offengelassen.<sup>37</sup>

In der Turniersituation tritt die strategische Komponente des Spiels in den Vordergrund. Beginnen alle Spieler mit demselben Startkapital und wird das Spiel so lange fortgesetzt, bis ein Sieger feststeht, so sind glückliche Spielperioden mit hohen Einzelgewinnen gerade keine Garantie für das lange und erfolgreiche Verbleiben im Turnier. Da von Anfang an feststeht, dass eine Vielzahl von Händen gespielt werden muss, erhält jeder Spieler im Verlauf zwingend auch Karten, die wenig Aussicht auf einen Gewinn bieten. Er muss sich jeweils entscheiden, diese Hände gar nicht zu spielen oder zumindest einen günstigen Zeitpunkt zu finden, um aus der Runde auszusteigen. Im Falle eines Ausstiegs gewinnt er zwar nicht, verliert aber auch nichts, sofern er keinen Blind setzen musste. Hat er hingegen ein aussichtsreiches Blatt, muss er versuchen, nicht nur die Runde, sondern in der Runde möglichst viel zu gewinnen. Auch hier ist strategisch-taktisches Geschick gefordert, denn ein Spieler mit aussichtsreicher Hand profitiert nur wenig vom Gewinn des Pots, wenn die anderen Spieler seine guten Gewinnchancen frühzeitig bemerken, aussteigen und insgesamt nur wenig Einsatz leisten. Ein noch so gutes Blatt nützt dem Spieler nicht viel, wenn der gewonnene Pot nicht groß ist.

32) Dreetl/Borm/v. d. Genugten, Mathematical Methods of Operations Research, 2004, S. 375, 383.

33) Borm/v. d. Genugten (o. Fußn. 31), S. 29.

34) ÖOGH EvBl. 1959, 552.

35) Borm/v. d. Genugten (o. Fußn. 31), S. 4.

36) Öster. UFS, E. v. 24.7.2007 (o. Fußn. 16); vgl. zu Seven Card Stud Poker auch die Entscheidung des Öster. UFS v. 5.4.2007 (o. Fußn. 17).

37) Öster. UFS, E. v. 24.7.2007 (o. Fußn. 16), Abschn. I.6.10.

Im Ergebnis hat also im Turnier nicht derjenige die besten Aussichten, dem der Zufall möglichst oft gute Karten in die Hand spielt, sondern der, der in schlechten Runden seine Verluste minimiert, während er in guten Runden die Gewinne zu maximieren in der Lage ist. Dies hängt maßgeblich vom strategisch-taktischen Verhalten des Spielers ab und damit von dessen Geschick. Diese Besonderheit vermag auch die Tatsache zu erklären, dass nach empirischen Befunden ca. 60 Prozent aller Spiele ohne einen Showdown enden.<sup>38</sup> In der Mehrzahl der Fälle gewinnt mithin ein Spieler, ohne dass er seine Karten überhaupt zeigen musste. Die Entscheidung der anderen Spieler, den Showdown nicht abzuwarten, sondern das Spiel vorher zu verlassen, wird dann zwangsläufig auf der Basis der ihnen ausgeteilten Karten getroffen. Genutzt werden dabei deren Kenntnisse über die Stärke ihrer Hand und die Wahrscheinlichkeit, dass die anderen Spieler stärkere Hände haben.

Mit zunehmender Dauer eines solchen Serienspiels gewinnt dabei auch die psychologische Komponente an Bedeutung. Kleinere Zeichen der Körpersprache werden erst nach und nach für erfahrene Mitspieler deutbar. Umgekehrt können Spieler über einen längeren Zeitraum ein Verhaltensmuster gezielt „aufbauen“, um dann überraschend davon abzuweichen und so erfolgreich den Gegenspieler zu manipulieren. Bestätigt wird diese Einschätzung durch die Tatsache, dass es professionelle Pokerspieler gibt, die mit dem Spielen ihren Lebensunterhalt bestreiten können. Wäre der Zufall für Serienspiele der entscheidende Faktor, müsste das Gewinnerfeld breiter gestreut sein.<sup>39</sup>

Der Sieg in einem Texas Hold'em-Serienspiel hängt demzufolge nicht überwiegend von den Karten, die ausgeteilt werden, sondern mit steigender Anzahl der gespielten Hände mehr und mehr von den Entscheidungen der Spieler ab.<sup>40</sup> Bei wertender Betrachtung ergibt sich eine vergleichbare strategisch-taktische Gewichtung wie bei einem anderen traditionellen Geschicklichkeitsspiel, dem Skatspiel. Die Entscheidung über Gewinnen und Verlieren wird zwar durch die ausgeteilten Karten mitbestimmt. Anschließend kommt es aber auf das Geschick eines jeden Spielers an, der aus seinem Blatt „etwas zu machen“ hat.

Zu Beginn des Spiels beim Reizen muss er sich entscheiden, was für ein „Spiel“ er spielt. Da beim Skat alle Karten verteilt werden, ist es wichtig, sich zu merken, welche Karten noch im Spiel sind und welche nicht. Der Pokerspieler berechnet demgegenüber Wahrscheinlichkeiten. In beiden Spielen kommt es auch darauf an, das Verhalten des Gegners richtig zu deuten. Beim Texas Hold'em gibt es allerdings die Möglichkeit, ein Blatt gar nicht zu spielen, was wiederum beim Skat nicht möglich ist. Insgesamt ist Texas

Hold'em als Serienspiel ebenso wie Skat als Geschicklichkeitsspiel einzustufen.

### b) Einzelspiele (Cashpoker)

Zu einem anderen Ergebnis kommt der *Österreichische Unabhängige Finanzsenat* in seiner o.g. ausführlich begründeten Entscheidung für die jeweiligen Einzelspiele beim Cashpoker.<sup>41</sup> Ausgehend von der Überlegung, dass der Ausgang des Spiels immer dann ausschließlich vom Zufall abhänge, wenn es nach den Regeln zum Aufdecken der Spielkarten komme, meint der *Senat*, dass bei wertender Betrachtung im Einzelfall auch dann, wenn es nicht zum Showdown komme, das Geschick der Spieler die Dominanz des Zufalls nicht brechen könne. Dies ergebe sich für alle angeblichen Geschicklichkeitsskomponenten, wenn man – wie die Entscheidung mehrfach klarstellt<sup>42</sup> – die Betrachtung auf ein Einzelspiel richtet und darauf beschränkt.

Betrachtet man jedes Einzelspiel für sich, können tatsächlich einige Geschicklichkeitselemente (wenngleich nicht alle) nicht genutzt werden. Jedoch darf auch im Einzelspiel bei der Ermittlung des Abschneidens eines einzelnen Spielers nicht allein berücksichtigt werden, wer den Pot letztendlich gewonnen hat. Von Bedeutung ist auch, wie hoch dieser Pot und die Verluste der anderen Spieler waren, denn die Höhe der Verluste hängt maßgeblich vom individuellen Verhalten des jeweiligen Spielers ab. Deshalb schneidet ein Spieler, dem es trotz schlechter Karten (Zufallselement) gelingt, seine Verluste zu minimieren (Geschicklichkeitselement), wesentlich besser ab als ein anderer, der wegen guter Karten viel setzt, letztendlich aber doch verliert. Beide Spieler haben verloren, in diesem Fall sind aber die Verluste des Spielers mit den schlechteren Karten wesentlich geringer als die des Spielers mit der besseren Hand.

Es gibt darüber hinaus auch die Spielvariante, in der sich ein Blatt durchsetzen kann, das selbst nach Einschätzung des verantwortlichen Spielers im Falle des Showdowns nicht gewinnen könnte, nämlich den Bluff. Der *Senat* schlägt auch diese Konstellation dem Bereich des Zufalls zu. Er führt aus, dass es keine kausale Verknüpfung zwischen einem Bluff und dem Erfolg (Gewinn) gäbe, da die Reaktionen der anderen Mitspieler auf den Bluff selbst wieder nur Zufall seien.<sup>43</sup>

Diese Ausführungen überzeugen nicht. Zwar ist unstreitig, dass für „psychische Kausalität“ eine „deterministische“ Gesetzmäßigkeit nicht vorhanden ist. Jedoch ist das Vorhandensein psychischer Kausalitäten in allen Rechtsgebieten anerkannt. Im Strafrecht beruhen auf dieser Annahme die Rechtsfiguren der Anstiftung und der (psychischen) Beihilfe.<sup>44</sup> Im Zivilrecht haftet in bestimmten Konstellationen auf Schadensersatz, wer einen anderen zu selbstschädigendem Verhalten „herausfordert“.<sup>45</sup> Im Polizei- und Ordnungsrecht kann als sog. Zweckveranlasser in Anspruch genommen werden, wer durch provokantes Verhalten eine Störung durch andere herbeiführt.<sup>46</sup> Die Annahme, dass derjenige, der durch einen geschickten Bluff den Gegenspieler zum Aussteigen aus dem Spiel provoziert, obgleich dies nach der objektiven Wertigkeit der ausgeteilten Karten „unvernünftig“ ist, sich wiederum nur den Zufall zunutze macht, ist deshalb nicht haltbar. Dies mag den Umstand erklären, warum ein hoher Prozentsatz der Spiele beim Cashpoker ohne Showdown endet.<sup>47</sup>

Schlussendlich erscheint es auch methodisch fragwürdig, die rechtliche Betrachtung jeweils auf ein Einzelspiel zu

<sup>38</sup>) Die Prozentangabe beruht auf einer Auswertung der WPT-Webseite; vgl. <http://liveupdates.worldpokertour.com/statistics>.

<sup>39</sup>) Cabot/Hannum, Poker: Public Policy, Law, Mathematics, and the Future of an American Tradition, 2005, S. 13.

<sup>40</sup>) So Alon (o. Fußn. 6), auf Basis von Wahrscheinlichkeitsrechnungen.

<sup>41</sup>) Öster. UFS, E. v. 24.7.2007 (o. Fußn. 16); vgl. zu Seven Card Stud Poker auch die Entscheidung des Öster. UFS v. 5.4.2007 (o. Fußn. 17).

<sup>42</sup>) Öster. UFS, E. v. 24.7.2007 (o. Fußn. 16), Abschn. I.6.3.

<sup>43</sup>) Öster. UFS, E. v. 24.7.2007 (o. Fußn. 16), Abschn. I.6.6.

<sup>44</sup>) Vgl. z.B. BGHZ NSZ 1995, 490, 491; BGHZ NSZ 2002, 139; Cramer/Heine, in: Schönke/Schröder (o. Fußn. 5), § 27 Rdnr. 12.

<sup>45</sup>) BGHZ 57, 25, 30; BGHZ 63, 189, 192; Schiemann, in: Staudinger, Komm. zum BGB, Neubearb. 2005, § 249 Rdnr. 48 (m.w.Nw.).

<sup>46</sup>) Knemeyer, Polizei- und Ordnungsrecht, 8. Aufl. 2000, Rdnr. 327 ff.; Beispiele u.a. in OVG Lüneburg OVGE 14, 394; VGH BaWü DVBl. 1996, 564.

<sup>47</sup>) Die Anbieter gehen von einer Größenordnung von 70% aus.

reduzieren, wenn in der Realität auch Cashgames so gut wie immer als eine Reihe von aufeinanderfolgenden Runden gespielt werden. Wer so vorgeht, verlässt den Ausgangspunkt der Untersuchung, nach dem die konkreten Spielverhältnisse zu bewerten sind und nicht Einzelfragmente eines gesamten Spielverlaufs.<sup>48</sup> Wohl niemand käme auf die Idee, bei der Frage nach der Höhe des Einsatzes und damit den möglichen finanziellen Risiken der Spieler jedes Einzelspiel für sich zu bewerten oder einen einheitlichen Pokerabend in eine Aufeinanderfolge von straflosen Unterhaltungsspielen aufzuspalten. In der Serie betrachtet jedoch ähneln auch diese Spiele stark dem Turnierpoker.

Von wesentlicher Bedeutung ist deshalb die Frage, ob man der Option, jederzeit in das Spiel aus- und einzusteigen, bei der rechtlichen Bewertung das entscheidende Gewicht beimessen mag. Von diesem Ausgangspunkt aus entschließt sich der Spieler mit jeder neuen Hand zu einem neuen Spiel, auch wenn jede zuvor gespielte Hand natürlich die folgenden Hände beeinflusst. Inwieweit andererseits das Phänomen des Bluffs und andere Geschicklichkeitselemente, die während eines einzelnen Spiels eingesetzt werden können, dazu ein Gegengewicht bilden, das geeignet ist, im Rahmen einer Gesamtbetrachtung auch Texas Hold'em-Cashgames als Geschicklichkeitsspiele einzustufen, dürfte auch in Zukunft weiter kontrovers diskutiert werden.

## V. Ergebnis

Ob ein Spiel wie Texas Hold'em, das sowohl Geschicklichkeitselemente wie auch Zufallselemente in sich vereint, ein Glücksspiel i.S.d. § 284 StGB darstellt, ist letztendlich eine Abwägungsfrage. Hierzu existiert derzeit

noch keine Rechtsprechung. Zwar gibt es ein Urteil des *Reichsgerichts* zur Glücksspielqualität von Poker.<sup>49</sup> Jedoch ist dieses Urteil über hundert Jahre alt und bezieht sich zudem auf eine Pokervariante, die wesentliche Unterschiede zu Texas Hold'em aufweist. Die Schlussfolgerungen des *Reichsgerichts* können daher nicht ohne weiteres auf Texas Hold'em übertragen werden.

Beim Turnierpoker, welches über mehrere Runden ohne die Möglichkeit des Abbruchs unter Mitnahme von Gewinnen gespielt wird, überwiegt jedenfalls die Geschicklichkeitskomponente. Bei Einzelspielen muss die exakte Bedeutung des Geschicklichkeitselements noch näher untersucht werden. Im Gegensatz zum Turnierpoker, bei dem die Geschicklichkeitselemente klar die gewinnentscheidenden Faktoren sind und das damit nicht als Glücksspiel i.S.d. § 284 StGB anzusehen ist, ist das Verhältnis von Glück und Geschicklichkeit bei Einzelspielen sehr viel schwieriger zu bestimmen. Es steht aber fest, dass das Zufallselement desto weniger bedeutsam ist, je mehr Hände gespielt werden müssen. Mit steigender Rundenanzahl kommt es mehr und mehr auf die Fähigkeiten der Spieler an. Ziel des Spiels ist es nämlich nicht, möglichst viele einzelne Runden zu gewinnen, sondern am Ende am meisten bzw. alles gewonnen zu haben. Dazu müssen die Spieler in der Lage sein, bei schlechten Händen möglichst wenig zu verlieren und bei guten Händen möglichst viel zu gewinnen. Dies erfordert taktisches Geschick, Strategie und mathematisches sowie psychologisches Einfühlungsvermögen – alles Eigenschaften, die als Geschicklichkeitselemente einzuordnen sind.

<sup>48</sup> BGHSt 36, 74, 80 m.w.Nw. – Hütchenspiel; BGH NStZ 1993, 372, 373 – Oddset-Wetten.

<sup>49</sup> RG NW 1906, 798 f.