



universität
wien

DISSERTATION

Titel der Dissertation

„Die Praktikabilität des Österreichischen
Glücksspielbegriffs am Beispiel des Kartenspiels Poker“

Band 1 von 1

Verfasser

Mag. iur. Robert Wagner

angestrebter akademischer Grad

Doktor der Rechtswissenschaften (Dr. iur.)

Wien, 2010

Studienkennzahl lt. Studienblatt: A 083 101

Dissertationsgebiet lt. Studienblatt: Rechtswissenschaften

Betreuerin / Betreuer: Ao. Univ.-Prof. Mag. Dr. Christian Piska

*Meiner Familie in
Dankbarkeit gewidmet!*

DANKSAGUNG

Ich möchte mich von ganzem Herzen bei meinen Eltern bedanken. Sie haben mich bisher in jeder Lebenslage uneingeschränkt unterstützt und stehen mir stets mit Rat und Tat zur Seite.

Hinsichtlich dieser Arbeit danke ich ganz besonders meinem Erstbetreuer Herrn *Univ.-Prof. Dr. Piska*, der inhaltlich vorurteilsfrei und bereitwillig die wissenschaftliche Betreuung meines Dissertationsvorhabens übernommen hat. Er ermöglichte mir einen breiten wissenschaftlichen Freiraum und unterstützte mich mit seinen hilfreichen Ratschlägen und interessanten Denkanstößen. Ebenso danke ich Herrn *Univ.-Prof. Dr. Gerhard Muzak* sehr herzlich für die Übernahme der Zweitbegutachtung.

Besonderer Dank gebührt Herrn *RA Dr. Walter Schwartz*, der mich ursprünglich darin bestärkt hat über dieses Thema zu dissertieren und mir mit seinen äußerst wertvollen Überlegungen sehr gedient hat.

Ausgesprochen dankbar bin ich auch Frau *RA Dr. Kathrin Hornbanger*. Zum einen dafür, dass ich mit ihr glücksspielrechtliche Probleme diskutieren durfte und zum anderen für die Bereitstellung von unzähligen exzellenten Materialien.

Ganz speziellen Dank möchte ich meinem Freund und Kollegen *Mag. Sebastian Reimer* aussprechen. In ausführlichen Diskussionen diente er mir mit seinem fundierten Fachwissen im Bereich des Verfassungsrechts als äußerst versierter und fruchtbarer Gesprächspartner.

Für ihre außerordentlich hilfreiche Unterstützung in diversen Belangen danke ich meinen lieben Freunden Frau *Mag. Jutta Frohner*, Herrn *Dr. Michael Taufner* und Herrn *Mag. Stefan Ullreich*.

Herzlichen Dank möchte ich all jenen Profipokerspielern aussprechen, die mir bedingungslos und sehr entgegenkommend ihre persönlichen Spieldaten, Statistiken und Diagramme zur Verwendung übermittelt haben.

Last but not least bedanke ich mich bei Frau *Sonja Pöchhacker* und Frau *Mag. Stefanie Kukla* für ihre rasche und effektive Hilfe bei so mancher Fragestellung zur Textverarbeitungssoftware Word.

Wien, im Juli 2010

Robert Wagner

INHALTSVERZEICHNIS

I.	RECHTLICHE RAHMENBEDINGUNGEN FÜR GLÜCKSSPIEL IN ÖSTERREICH.....	11
A.	EINLEITUNG	11
B.	BUNDESGESETZLICHE REGELUNG: GLÜCKSSPIELRECHT	13
1.	<i>Anwendungsbereich des Glücksspielrechts</i>	13
1.	<i>Ausnahmen vom Glücksspielrecht – landesgesetzlicher Regelungsbereich</i>	15
2.	<i>Konzessionssystem</i>	16
3.	<i>Spilerschutz, Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung</i>	18
4.	<i>Werbung</i>	22
5.	<i>Straf- und Verfahrensbestimmungen</i>	22
II.	ZUR ANWENDBARKEIT DES GLÜCKSSPIELRECHTS BEI MISCHSPIELEN AM BEISPIEL DES KARTENSPIELS POKER	26
A.	EINFÜHRUNG.....	26
B.	POKER – DAS SPIEL, SEINE GESCHICHTE UND REGELN	26
1.	<i>Geschichte des Kartenspiels</i>	26
2.	<i>Entwicklung des Kartenspiels im Zeitalter des Internets</i>	27
3.	<i>Pokervarianten</i>	29
a.	Draw Poker	30
b.	Stud Poker	30
c.	Hold'em Poker	31
4.	<i>Limits</i>	33
a.	No Limit	33
b.	Limit.....	33
c.	Pot Limit	34
d.	Spread Limit.....	34
5.	<i>Ausspielungsformen</i>	34
a.	Cash Game-Poker.....	34
b.	Turnier-Poker	35
C.	DIFFERENZIERUNG ZW GLÜCKSSPIELEN UND GESCHICKLICHKEITSSPIELEN	36
1.	<i>Allgemeines zum Glücksspielbegriff des § 1 GSpG</i>	36
a.	Spiel iSd § 1 GSpG	36
aa.	Allgemeine Definitionen zum Spiel	37
aaa.	Definition des Spiels von Huizinga	37
aab.	Definition des Spiels von Caillois	40
ab.	Rechtliches Korrektiv zur Definition des Spiels	42
aba.	Der (straf)rechtliche Spielbegriff gem Seelig	43
abb.	Spiel im (straf)rechtlichen Sinne gem Wolf	45
abc.	Spiel im rechtlichen Sinne gem Weratschnig	47
abd.	Fazit: Eigene Meinung zum Spiel im rechtlichen Sinne in Anlehnung an Weratschnigs Definition	48
abe.	Spiel lt Gesetzesmaterialen zum GSpG: Glücksverträge gem ABGB	49

abea.	Abgrenzung Spiel vs Wette im strafrechtlichen Schrifttum.....	51
abeb.	Abgrenzung Spiel vs Wette mittels § 1272 ABGB.....	52
abec.	Abgrenzung Spiel vs Wette anhand von § 1 GSpG.....	54
ac.	Fazit: Definition des Spiels iSd § 1 GSpG mittels teleologischer Interpretation.....	58
b.	Gewinn und Verlust.....	61
c.	Zufall.....	62
ca.	Allgemeine Feststellungen zum Zufall.....	62
cb.	Differenzierung zwischen objektiven und subjektiven Zufall.....	64
cc.	Relativer und absoluter Zufall.....	65
cd.	Kategorisierung eines Spiels aufgrund der Auswirkung des Zufalls auf Erfolg und Misserfolg.....	65
ce.	Abhängigkeit vom Zufall.....	66
d.	„Ausschließliche“ Zufallsabhängigkeit.....	67
e.	„Vorwiegende“ Zufallsabhängigkeit.....	69
ea.	Gemischte Spiele.....	69
eaa.	Geschicklichkeitsspiel.....	70
eaaa.	Das absolute Geschicklichkeitsspiel.....	70
eaab.	Das relative Geschicklichkeitsspiel.....	72
eab.	Glücksspiel.....	73
eaba.	Das absolute Glücksspiel.....	73
eabb.	Das relative Glücksspiel – das gemischte Spiel.....	73
eb.	Wesentlichkeit eines Elements der Kausalkette unter Berücksichtigung der Äquivalenztheorie.....	76
ec.	Seeligs Lösungsansatz unter Berücksichtigung mehrerer Spielgänge (Gesetz der großen Zahl).....	77
ed.	Weisers Kritik am Seeligschen Modell zur Qualifikation eines Glücksspiels anhand eines „vorwiegenden“ Zufallselement.....	80
ee.	Wolfs Kritik am Seeligschen Modell und sein Ansatz zur getrennten quantitativen Erfassung von Geschicklichkeit und Zufall.....	81
ef.	Höpfels Abkehr von mathematischen Überlegungen.....	82
eg.	Mathematischer Ansatz von Schwartz.....	84
eh.	Einzel- und Durchschnittsbetrachtungsweise gem BMF und Erlacher.....	85
ei.	Fazit: Eigene Meinung zur Feststellbarkeit der „vorwiegenden“ Zufallsabhängigkeit.....	87
eia.	Die Sinnhaftigkeit der gesetzlichen Formulierung.....	88
eib.	Phase 1: Die Prüfung des Ausmaßes der vom Zufall determinierten und unverrückbaren Spielstrukturen.....	89
eic.	Phase 2: Abschließende Gewichtung der subjektiven Zufallskomponente.....	90
2.	<i>Verordnungsermächtigung gem § 1 Abs 2 GSpG.....</i>	91
3.	<i>Beispiele für Glücksspiele aus Literatur und Judikatur.....</i>	92
a.	Schnapsen bzw 66.....	92
b.	Bridge.....	93
c.	Tarock.....	93
d.	Backgammon.....	93
e.	Mauscheln.....	94
f.	Färbeln bzw Einundvierzig.....	94
g.	Diverse Spielautomaten.....	95
h.	5 Millionen Rubbel-Puzzle.....	95
i.	Poker.....	95

D.	BISHERIGE JURISTISCHE QUALIFIKATION DES KARTENSPIELS POKER IM RAHMEN DER RECHTSSPRECHUNG	97
1.	<i>VwGH-Erkenntnis vom 08.09.2005, ZI 2000/17/0201</i>	98
a.	Ausgangssituation - Sachverhalt	98
b.	Entscheidung des VwGH betreffend der drei Pokervarianten	99
c.	Allgemeine Gültigkeit der VwGH Entscheidung	99
d.	Inhaltliche Auseinandersetzung mit dem Gutachten und der Sachverhaltsermittlung.....	101
e.	Fazit	104
2.	<i>UFS Wien-Entscheidung vom 05.04.2007, ZI RV/1665-W/06</i>	104
a.	Sachverhalt und Entscheidung des UFS Wien	104
b.	Begründung des Glücksspielcharakters der besagten Kartenspiele	105
ba.	„Vorwiegende“ oder „ausschließliche“ Zufallsabhängigkeit?	105
bb.	Geschicklichkeit.....	106
bc.	Unterschiedliche Beurteilung zwischen Turnier und Cashgame (Einzelspiel).....	110
bd.	Das Geschicklichkeitselement Bluffen	112
c.	Gutachten	113
d.	Fazit	115
E.	INTERNATIONALE STUDIEN ZUR QUANTIFIZIERUNG DES GESCHICKLICHKEITS- UND ZUFALLSFAKTORS BEIM KARTENSPIEL POKER.....	116
1.	<i>Studien auf Basis mathematischer Modelle und Simulationen</i>	116
a.	Untersuchungen auf der niederländischen Universität in Tilburg	116
b.	Mathematische Modellrechnung eines Pokerspiels von Alon Noga.....	118
c.	Mathematische Analyse in Kombination mit Spiel-Simulationen.....	119
2.	<i>Studien auf Basis empirischer Werte</i>	120
a.	Differenzierung zwischen totalen Anfängern und geschulten Spielern	120
b.	Bestimmung des Geschicklichkeitsanteils anhand der kritischen Wiederholungshäufigkeit	121
c.	Statistische Analyse von 103 Mio. gespielten Einzelspielen.....	123
3.	<i>Fazit und eigene Meinung</i>	125
F.	AUSBLICK AUF DIE MÖGLICHE GESETZESÄNDERUNG DES GSpG IM RAHMEN DER NOVELLEN 2008 UND 2010 MIT SCHWERPUNKT POKER.....	129
1.	<i>Übersicht der in Hinblick auf Poker relevanten Änderungen durch die GSpG Novelle 2008...</i>	129
a.	Geringfügige Anpassung des Glücksspielbegriffs.....	129
b.	Demonstrative Aufzählung einiger Glücksspiele	130
c.	Ausspielungen gem § 2 GSpG iSd Novelle 2008.....	130
d.	Rechtliche Behandlung von aktuell vorhandenen privaten Pokercasinos.....	131
2.	<i>Übersicht der in Hinblick auf Poker relevanten Änderungen durch die GSpG Novelle 2010...</i>	132
a.	Erteilung einer speziellen Konzession für Pokercasinos	132
b.	Rechtliche Behandlung von aktuell vorhandenen privaten Pokercasinos.....	132
3.	<i>Verfassungsrechtliche Probleme iZm mit der Neuregelung hinsichtlich Poker im Rahmen der GSpG Novellen 2008 und 2010</i>	133
a.	Gleichheitsgrundsatz	134
aa.	Allgemeines zum Gleichheitsgrundsatz und zur Entwicklung des Sachlichkeitsgebots	134
ab.	Gleichbehandlung von Anbietern tatsächlich unterschiedlicher Spiele.....	135
ac.	Vertrauensschutz und Gleichheitsgrundsatz	138

b.	Eingriff in das Recht auf Eigentum gem Art 5 StGG und Art 1 1. ZP-MRK.....	139
ba.	Allgemeines zur Eigentumsgarantie.....	139
bb.	Rechtfertigungsgründe für Eigentumsbeschränkungen.....	140
bc.	Die Eigentumsgarantie iZm § 1 Abs 2 GSpG (idF Novelle 2008).....	140
c.	Eingriff in das Recht auf Freiheit der Erwerbstätigkeit gem Art 6 StGG.....	144
ca.	Allgemeines zur Freiheit der Erwerbstätigkeit.....	144
cb.	Rechtfertigung von Eingriffen.....	145
cc.	Prüfung der Rechtfertigungsgründe für die objektive Zugangsbeschränkung für Anbieter von Pokerspielen aufgrund der GSpG Novellen 2008 und 2010.....	145
d.	Fazit.....	146
G.	ÜBERLEGUNGEN HINSICHTLICH EINER GÄNZLICHEN NEUREGELUNG DES GSPG ZUR BESTMÖGLICHEN GEWÄHRLEISTUNG DES SPIELERSCHUTZES UNTER BERÜCKSICHTIGUNG DES TECHNISCHEN FORTSCHRITTS UND DEM EUROPÄISCHEN ZUSAMMENSCHLUSS.....	147
1.	<i>Problembereiche des aktuellen GSpG</i>	147
a.	Abstellen auf das Verhältnis zw Zufall und Geschicklichkeit.....	147
b.	Spielerschutz durch zentrale Erfassung.....	150
c.	Internetspiele.....	152
d.	Europarecht.....	152
III.	ANHANG.....	153
A.	KARTENKOMBINATIONEN – „HAND RANKINGS“.....	153
B.	AUSFORMUNGEN DER GESCHICKLICHKEIT.....	155
1.	<i>Die Fähigkeit der kritischen Bewertung</i>	155
2.	<i>Mathematisches Verständnis</i>	155
3.	<i>Pragmatische Fähigkeiten</i>	156
4.	<i>Zwischenmenschliches Verständnis</i>	156
5.	<i>Problemlösungsorientierte Fähigkeiten</i>	156
6.	<i>Zielorientiertes Vorgehen</i>	156
7.	<i>Lernfähigkeiten</i>	157
8.	<i>Analytisches und strategisches Geschick</i>	157
9.	<i>Anpassungsfähigkeit</i>	157
10.	<i>Das Geschick der Täuschung und Kontrolle der eigenen Körpersprache</i>	157
11.	<i>Die Fähigkeit der Disziplin und Selbstkontrolle</i>	158
C.	STATISTIKEN VON PROFIPOKERSPIELERN.....	159
IV.	LITERATUR- UND QUELLENVERZEICHNIS.....	166
V.	ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS.....	174
VI.	LEBENS LAUF.....	177
VII.	ABSTRACT.....	179

I. Rechtliche Rahmenbedingungen für Glücksspiel in Österreich

A. Einleitung

Seit eh und je beschäftigt sich der Mensch mit dem Spiel. Der spielerische Umgang beginnt im Kindesalter und begleitet die meisten Menschen bis ans Lebensende. Eine weithin anerkannte Definition für das Spiel stammt vom niederländischen Kulturanthropologen Johan *Huizinga*: „Spiel ist eine freiwillige Handlung oder Beschäftigung, die innerhalb gewisser festgesetzter Grenzen von Zeit und Raum nach freiwillig angenommenen, aber unbedingt bindenden Regeln verrichtet wird, ihr Ziel in sich selber hat und begleitet wird von einem Gefühl der Spannung und Freude und einem Bewusstsein des ‚Andersseins‘ als das ‚gewöhnliche Leben‘“.¹ Er spricht auch davon, dass Spielen ein uns Menschen angeborener Trieb ist.

In weiterer Folge unterscheidet man zwischen sogenannten Geschicklichkeitsspielen, bei welchen der Ausgang des Spiels primär durch persönliche Fertigkeiten der Spielteilnehmer beeinflusst wird und den Glücksspielen (manchmal auch als Hazardspiele² bezeichnet), die per allgemein gültiger rechtlicher Definition Spiele sind, bei denen Gewinn und Verlust ausschließlich oder vorwiegend vom Zufall abhängen.³

Da das Glücksspiel sehr häufig in Zusammenhang mit dem Einsatz von monetären Mitteln steht, wird es bzw der Umgang damit aufgrund negativer und gefährlicher Umstände, die in Verbindung mit dem Glücksspiel auftreten können, wie unter anderem Spielsucht, Kriminalität (Geldbeschaffungskriminalität, Geldwäsche), aber auch aufgrund sittlicher, religiöser und kultureller Erwägungen oftmals ins Zentrum gesellschaftlicher Diskussionen gerückt. Daher bedarf es aus ordnungs- und sozialpolitischen Gründen rechtlicher Rahmenbedingungen um das Aufkeimen negativer Begleiterscheinungen so gut es geht zu vermeiden.

In Österreich, einem sehr spielfreudigem Land – jeder Österreicher gibt den Umsätzen der größten Glücksspielanbieter zufolge jährlich etwa 750,- bis 1.000,- Euro für Glücksspiele

¹ *Huizinga/Nachod/Flitner*, Homo ludens: Vom Ursprung der Kultur im Spiel²¹ (2009) 37.

² Abgeleitet vom französischen *hasard*, dt Zufall.

³ Vgl § 1 Abs 1 Glücksspielgesetz (GSpG) BGBl Nr 620/1989: „Glücksspiele im Sinne dieses Bundesgesetzes sind Spiele, bei denen Gewinn und Verlust ausschließlich oder vorwiegend vom Zufall abhängen.“

aller Art aus⁴ - wird die Verfolgung dieser ordnungs- und sozialpolitischen Zielsetzungen durch die Umsetzung eines im österreichischen GSpG definierten Konzessionssystem⁵ erreicht. „Ziel des Gesetzgebers ist es, den den Menschen offenbar immanenten Spieltrieb in geordnete Bahnen zu lenken. Ein gänzlich Verbot von Glücksspielen wäre schon deshalb nicht zielführend, da dadurch der Spielbereich in die Illegalität ausweichen würde und einer staatlichen Aufsicht gänzlich entzogen wäre.“⁶

Aktuell wird das staatliche Glücksspielmonopol⁷ im Bereich der Ausspielungen durch die Vergabe mittels Konzession an die Österreichische Lotterien Gesellschaft m.b.H. und im Bereich der Spielbanken, ebenfalls mittels Konzession an die Casinos Austria AG vergeben, bewirtschaftet.

Die Österreichische Lotterien Gesellschaft m.b.H. erzielte im Geschäftsjahr 2008 einen Gesamtumsatz von 2.378,04 Mio. Euro und konnte somit ihren Umsatz gegenüber dem Vorjahr um rund 15 Prozent steigern.⁸

Im Vergleich dazu erwirtschafteten die Casinos Austria AG als Inhaber aller zwölf vergebenen Konzessionen zur Bewirtschaftung der Spielcasinos an den Standorten Wien, Bregenz, Innsbruck, Velden, Linz, Baden, Graz, Salzburg, Seefeld, Kitzbühel, Kleinwalsertal und Bad Gastein, im Jahr 2008 in eben diesen zwölf Casinos einen Bruttospielertrag in der Höhe von 196,87 Mio. Euro.⁹ Insgesamt konnte inklusive der durch die Casino Austria AG weltweit betriebenen Spielbanken und der sehr erfolgreichen online Plattform „win2day.at“ ein Umsatzerlös in der Höhe von 281,1 Mio. Euro erzielt werden.

Der österreichische Staat lukrierte im Rahmen von Steuern und Konzessionsabgaben im Geschäftsjahr 2008 von der Österreichischen Lotterie Gesellschaft m.b.H. rund 383,49 Mio. Euro und von der Casino Austria AG rund 114,47 Mio. Euro.¹⁰

Neben der beachtlichen Steuerleistung die der Glücksspielsektor in Österreich abwirft, sind die Stätten des Glücksspiels außerdem eine wichtige Komponente im Bereich des

⁴ Daneshmandi/Schreiber/Weisbier, Lotto Rekordgewinn dank des Vaters, <http://kurier.at/nachrichten/1948964.php> (10.12.2009).

⁵ Vgl. Schwartz/Wohlfahrt, Glücksspielgesetz: Mit wichtigen Spielbedingungen, Kurzkommentar² (2006) §§ 14, 21.

⁶ Eder/Hoscher, Rahmenbedingungen des Glücksspiels in Österreich in Strejcek/Hoscher/ Eder (Hrsg), Glücksspiel in der EU und in Österreich: Recht - Internet - soziale Aspekte (2001) 13.

⁷ Vgl. Strejcek/Bresich, Glücksspielgesetz - GSpG 1989: Kommentar (2009) § 3.

⁸ Österreichische Lotterien Gesellschaft m.b.H., CSR Bericht 2008 (2008a) 14.

⁹ Casino Austria AG, Geschäftsbericht 2008 (2008).

¹⁰ Österreichische Lotterien Gesellschaft m.b.H., CSR Bericht 2008, 3.

lokalen bzw regionalen Freizeit- und Tourismusangebotes. Nicht zu unterschätzen ist die durch einen Kasinobesucher ausgelöste Wertschöpfungskette, die von Nächtigungen über Restaurantbesuche bis hin zu diversen anderen Wirtschaftszweigen reicht.¹¹

B. Bundesgesetzliche Regelung: Glücksspielrecht

Gemäß Art 10 Abs 1 Z 4 B-VG ist Gesetzgebung und Vollziehung im Bereich des Monopolwesens Aufgabe des einfachen Bundesgesetzgebers. Im Zuge der Kompetenz-Kompetenz hat dieser das österreichische GSpG erlassen. Dieses bestimmt gem § 3 GSpG, dass das Recht zur Durchführung von Glücksspielen, soweit in diesem Bundesgesetz nicht anders bestimmt¹², dem Bund vorbehalten (Glücksspielmonopol) ist.

1. Anwendungsbereich des Glücksspielrechts

Das Glücksspielrecht findet gem § 1 Abs 1 GSpG auf all jene Spiele Anwendung, bei welchen Gewinn und Verlust ausschließlich oder vorwiegend vom Zufall abhängig sind. Zusätzlich wird gem § 1 Abs 2 GSpG der Bundesminister für Finanzen ermächtigt durch Verordnung bestimmte Spiele ebenfalls dem Anwendungsbereich des Glücksspielrechts zu unterwerfen. Bis zum jetzigen Zeitpunkt wurde von dieser Möglichkeit jedoch kein Gebrauch gemacht.

Abgesehen von den klassischen¹³ und eindeutig von §§ 1 und 2 GSpG erfassten Glücksspielen gibt es weitere Bereiche die manchmal mit Glücksspiel in Verbindung gebracht werden. So zum Beispiel die Sparte der Sportwetten, welche vor allem in den letzten Jahren aufgrund der rasant ansteigenden Verbreitung der Internetnutzung und der Menge an Anbietern erheblich an Popularität gewonnen hat. Mitunter ist die Tatsache, dass einer der Global Player in diesem Sektor ein ursprünglich österreichisches Unternehmen¹⁴ ist und aufgrund einer sehr aggressiven und effizienten Werbestrategie vermehrt auf sich aufmerksam macht, ein weiterer Grund für die Wettleidenschaft der Österreicher. Während in manchen Ländern wie zB Italien die Veranstaltung von diversen Spielen mit Geldeinsatz und Wetten auf Sportereignisse dem Staat oder durch diesen konzessionierten Unternehmen vorbehalten sind und deshalb Sportwetten in der

¹¹ Vgl *Breitwieser*, Das Glücksspiel in Österreich und seine ökonomischen Auswirkungen (1999) 64 ff.

¹² Vgl Ausnahmen aus dem GSpG: *Schwartz/Wohlfahrt*, Komm GSpG § 4.

¹³ ZB Roulette, Black Jack.

¹⁴ Bwin (vormals: Bet and Win); Online: <http://www.bwin.at>.

europäischen Jud immer wieder in Zusammenhang mit Glücksspiel behandelt werden¹⁵, sind in Österreich Sportwetten nicht vom GSpG erfasst und fallen daher nicht unter das in § 3 GSpG normierte Glücksspielmonopol. In Österreich sind Regelungen hinsichtlich Buchmacher und Totalisateure in Gesetzgebung und Vollziehung den einzelnen Bundesländern überlassen und gem § 2 Abs 1 Z 22 GewO auch vom Anwendungsbereich der GewO ausgenommen.¹⁶

Eine interessante juristische Frage stellt sich bei sogenannten Mischspielen. Dabei handelt es sich um jene Spiele, welche sowohl Spielgeschick als auch ein aleatorisches Element in sich vereinen. Einer der prominentesten Vertreter dieser Kategorie ist das in den letzten Jahren sehr in Mode gekommenen Kartenspiel Poker. Mittlerweile gibt es in Österreich eine Menge an sogenannten „Kartencasinos“¹⁷, die sich darauf spezialisiert haben Pokerspiele zu vermitteln, wo die Teilnehmer eben nicht wie klassisch üblich in den Spielstätten der Casino Austria AG gegen die Spielbank spielen, sondern gegeneinander antreten. Die Schwierigkeit bei Poker hinsichtlich einer rechtlichen Zuordnung stellt sich darin ob dieses Kartenspiel nun gem § 1 Abs 1 GSpG als Glücksspiel zu qualifizieren ist, dh ob „Gewinn und Verlust ausschließlich oder vorwiegend vom Zufall abhängen“¹⁸. Diese Thematik wird international heftig diskutiert und ist aufgrund der Komplexität der Materie nicht wie zB bei Roulette mit einfacher mathematischer Berechnung zu lösen. Dennoch stellte im Jahre 2005 der VwGH in einem mE gewagten Erkenntnis¹⁹ fest, dass die Kartenspiele „7 Card Stud Poker“, „Texas Hold'em“ und „5 Card Draw“ als Glücksspiele iSd § 1 GSpG zu qualifizieren sind. Der VwGH berief sich im Großen und Ganzen auf ein Gutachten²⁰ einer Mathematikerin, die bei der Prüfung der Frage ob die Geschicklichkeit des Spielers oder das Zufallselement der Kartenverteilung hinsichtlich des Spielausgangs überwiegen, mE wesentliche Aspekte außer Acht gelassen hatte. Diesem Erkenntnis folgend wäre aufgrund der Subsumtion des Spiels Poker unter das GSpG die Casino Austria AG als einzige Konzessionsinhaberin die in Österreich rechtlich legitimierte Anbieterin dieses Kartenspiels. Fakt ist jedoch, dass sich seit diesem VwGH

¹⁵ EuGH 21.10.1999, Rs C-67/98 *Zenatti*, Slg 1999 I-7289, Rz 5.

¹⁶ Vgl OGH 30.10.1998 EvBl 1999/49 = JBl 1999, 117 mwN.

¹⁷ Größter österreichischer Betreiber ist Peter Zanoni. Er führt mit seiner Kette Concord Card Casino insgesamt elf Kartencasinos in Österreich, wo fast ausschließlich Poker angeboten wird. Online: <http://www.ccc.co.at>.

¹⁸ Vgl § 1 Abs 1 GSpG.

¹⁹ VwGH 08.09.2005, 2000/17/0201.

²⁰ Eine intensive Auseinandersetzung mit diesem Erkenntnis und dem zugrundeliegenden Gutachten ist unter II.D.1.d) zu finden.

Erkenntnis im Jahr 2005 die Verbreitung von Kartenkasinos erheblich gesteigert hat und dort der Spielbetrieb teilweise rund um die Uhr stattfindet. Dies ist vor allem vor dem Hintergrund, dass der im österreichischen Strafgesetzbuch normierte Straftatbestand²¹, der die Veranstaltung, Förderung und Abhaltung von Glücksspielen unter Strafe stellt, hinsichtlich der Umschreibung der von diesem Tatbestand erfassten Spiele exakt dieselbe Definition²² verwendet wie das GSpG, sehr interessant.

Ich werde mich mit der Thematik der Mischspiele am Beispiel vom Kartenspiel Poker vertiefend unter II) auseinandersetzen.

1. Ausnahmen vom Glücksspielrecht – landesgesetzlicher Regelungsbereich

Das GSpG nimmt in § 4 GSpG eine Reihe von Spielen vom Glücksspielmonopol²³ des Bundes aus. Dabei handelt es sich unter anderem um Glücksspiele, die nicht in Form einer Ausspielung durchgeführt werden, wenn kein Bankhalter mitwirkt oder der Einsatz 0,50 Euro nicht übersteigt. Darüber hinaus sind Ausspielungen mittels eines Glücksspielautomaten vom Glücksspielmonopol ausgenommen, wenn die vermögensrechtliche Leistung des Spielers den Betrag oder den Gegenwert von 0,50 Euro nicht übersteigt und der Gewinn den Betrag oder den Gegenwert von 20 Euro nicht überschreitet.²⁴ Diese auch als „kleines Glücksspiel“ bezeichneten Spiele fallen hinsichtlich gesetzlicher Regelungen und Steuereinnahmen in den Kompetenzbereich der Länder. Die Länder regeln diesen Bereich in diversen Landesgesetzen, teils in Veranstaltungsgesetzen, Vergnügungssteuergesetzen und eigenen Spielapparategesetzen. Mit Ausnahme der Länder Wien, Niederösterreich, Steiermark und Kärnten sind Geldspielapparate mit vermögenswerter Gegenleistung ohnehin verboten.

Wie oben bereits angeführt finden sich auch die Bestimmungen hinsichtlich Buchmacher und Totalisateure in Landesgesetzen wieder. Daher bedürfen die Anbieter von Sportwetten Konzessionen nach den gesetzlichen Vorschriften der jeweiligen Bundesländer.²⁵ Der Erlaubnisbereich dieser gem landesgesetzlicher Bestimmungen vergebenen Konzessionen wird als auf das jeweilige Bundesland beschränkt angesehen.²⁶

²¹ § 168 Strafgesetzbuch (StGB) BGBl Nr 60/1974.

²² *Strejcek/Bresich*, Glücksspielgesetz § 1 Rz 1; *Schwartz/Wohlfahrt*, Komm GSpG § 1 Rz 3; *Erlacher*, Glücksspielgesetz² (1997) 9.

²³ *Schwartz/Wohlfahrt*, Komm GSpG § 3.

²⁴ *Strejcek/Bresich*, Glücksspielgesetz § 4.

²⁵ Vgl NÖ: Gesetz über die Tätigkeit der Totalisateure und Buchmacher, LGBI 7030.

²⁶ *Strejcek*, Der Standard 19.09.2000, 26.

2. Konzessionssystem

Das GSpG sieht an drei Stellen²⁷ die Möglichkeit vor, dass der Bund in Person des Bundesministers für Finanzen, bzw. betreffend Tombolaspiele, Glückshäfen und Juxauspielungen in Person des örtlich zuständigen Landeshauptmanns oder durch die Bezirksverwaltungsbehörde, das ihm gem § 3 GSpG zustehende Recht zur Durchführung von Glücksspielen durch Erteilung einer bzw. mehrerer Konzessionen übertragen kann.

Diesbezüglich regelt § 14 GSpG die Erteilung der Konzession, die zur rechtmäßigen Durchführung der Ausspielungsformen Lotto, Toto, Zusatzspiel, Sofortlotterien, Klassenloterie, Zahlenlotto, Nummernlotto, Elektronische Lotterien, Bingo und Keno²⁸, ermächtigt. Die Erlangung dieser Konzession ist an strenge Voraussetzungen geknüpft, die dem Gesetzgeber das Erreichen der ordnungs- und sozialpolitischen Ziele, wie vor allem den Schutz der Staatsbürger vor den Gefahren der Spielsucht, die Eindämmung der Kriminalität („Geldwäsche“) sowie die Sicherung des für den Staat bestmöglichen Abgabenertrags, gewährleisten sollen. So darf die Konzession nur an eine Kapitalgesellschaft vergeben werden, die ihren Sitz im Inland hat, über keine Eigentümer mit beherrschendem Einfluss verfügt, sowie über einen Aufsichtsrat und ein eingezahltes Stamm- bzw. Grundkapital von zumindest 109 Mio. Euro verfügt. Hinsichtlich dieser Summe muss die rechtmäßige Mittelherkunft in geeigneter Art und Weise nachgewiesen werden können. Darüber hinaus muss ein Geschäftsleiter mit entsprechender Qualifikation bestellt sein und die Struktur des allfälligen Konzerns, dem der oder die Eigentümer, die eine qualifizierte Beteiligung an dem Unternehmen halten, angehören, geeignet sein eine wirksame Aufsicht über den Konzessionär nicht zu behindern.²⁹ Sollten mehrere Konzessionswerber auftreten, die die geforderten Voraussetzungen erfüllen, so erhält jener Konzessionär den Zuschlag, der auf Grund der Umstände (insbesondere Erfahrungen, Kenntnisse und Eigenmittel) erwarten lässt, dass er für den Bund den besten Abgabenertrag (Konzessionsabgabe und Wettgebühren) erzielt. „Der Gesetzgeber spricht an dieser Stelle bewusst nicht vom ‚maximal‘ erzielbaren Abgabenertrag, sondern vom ‚besten‘. Das Kriterium ist die ordnungspolitische Aufgabe, die dem Gesetz zur Regelung des Glücksspielwesens zukommt. In den erläuternden Bemerkungen zu diesem Gesetz wird diese Aufgabe beschrieben: [...] eine in Staaten mit gänzlichem Glücksspielverbot zu beobachtende Abwanderung des Glücksspiels in die Illegalität wird vermieden,

²⁷ §§ 14, 21, 36 GSpG.

²⁸ Diese Ausspielungsformen sind in den §§ 6 bis 12b GSpG definiert.

²⁹ § 14 GSpG.

gleichzeitig erhält der Staat die Möglichkeit, die nun auf legaler Basis betriebenen Glücksspiele zu überwachen. Diese Überwachung muss als oberste Zielsetzung den Schutz des einzelnen Spielers vor Augen haben.“³⁰

Gem § 14 Abs 3 Z 1 GSpG ist die Dauer der Konzession mit längstens 15 Jahre zu begrenzen und außerdem muss der Konzessionär eine Sicherstellung leisten, die mindestens zehn Prozent des Grund- oder Stammkapitals beträgt³¹. Aktuell wird die gem § 14 GSpG erteilte Konzession von der Österreichischen Lotterien Gesellschaft m.b.H. gehalten.

Hinsichtlich der Ermächtigung zur Betreibung von Spielbanken ist die Erteilung der Konzession in § 21 GSpG geregelt. Der Bundesminister für Finanzen darf das Recht zum Betrieb einer Spielbank nur an einen Konzessionswerber erteilen, der eine Aktiengesellschaft mit Sitz im Inland ist, keine Aktionäre hat, die über einen beherrschenden Einfluss verfügen und durch deren Einfluss eine Zuverlässigkeit in ordnungspolitischer Hinsicht nicht gewährleistet ist. Zusätzlich muss er über ein eingezahltes Grundkapital von mindestens 22 Mio. Euro verfügen, wobei die rechtmäßige Mittelherkunft in geeigneter Weise nachzuweisen ist.³² Abgesehen von der Einschränkung auf eine Aktiengesellschaft und der Forderung eines geringeren Grundkapitals sind diese Voraussetzungen, da ebenso auch unter Berücksichtigung des Schutzes der Spielteilnehmer der für die Gebietskörperschaften beste Spielbankabgabenertrag gefordert wird, mit denen gem § 14 GSpG vergleichbar. Ein Unterschied findet sich in der Anzahl der möglichen Konzessionen. Während für Ausspielungen gem §§ 6 bis 12 b GSpG insgesamt nur eine Konzession³³ vergeben werden darf, dürfen für den Betrieb von Spielbanken insgesamt zwölf³⁴ parallel, jedoch für das Gebiet einer Gemeinde begrenzt mit maximal einer, erteilt werden. § 22 GSpG bestimmt, dass die Dauer der Konzession für Spielbanken ebenfalls mit 15 Jahre begrenzt ist und auch die Höhe der zu leistenden Sicherstellung mit zehn Prozent des Grundkapitals festgelegt ist. Hinsichtlich des Schutzes der Spielteilnehmer wird der Konzessionär verpflichtet³⁵ die gesetzlich festgesetzte Kontrolle gem § 25 GSpG durchzuführen. Im Moment werden alle zwölf vergebenen Konzessionen von der Casino Austria AG gehalten, welche Spielbanken an den

³⁰ Österreichische Lotterien Gesellschaft m.b.H., Geschäftsbericht 2008 (2008b) 21.

³¹ § 14 Abs 3 Z 2 GSpG.

³² § 21 GSpG.

³³ § 14 Abs 5 GSpG.

³⁴ § 21 Abs 4 GSpG.

³⁵ § 22 Z 4 GSpG.

Standorten Wien, Bregenz, Innsbruck, Velden, Linz, Baden, Graz, Salzburg, Seefeld, Kitzbühel, Kleinwalsertal und Bad Gastein betreibt.

Sowohl die Abhängigkeit von der Berechtigung zum Betrieb einer Spielbank als auch die Beschränkung auf nur zwölf Spielbankkonzessionen für das Bundesgebiet Österreich wurde in der Vergangenheit hinsichtlich der verfassungsrechtlichen Konformität bereits durch den VfGH geprüft. Der Verfassungsgerichtshof kam in seinem Erkenntnis zum Schluss, dass es weder unsachlich noch ein unverhältnismäßiger Eingriff in die Erwerbsfreiheit von Interessenten ist, die Berechtigung zum Betrieb von Spielbanken von einer staatlichen Bewilligung abhängig zu machen. Die besonderen Anforderungen an die Verlässlichkeit und an die wirtschaftliche Potenz eines Spielbankenunternehmens rechtfertigen ein solches System jedenfalls.³⁶ Ebenso äußerte der Verfassungsgerichtshof keine Bedenken gegen die gem § 21 Abs 4 GSpG zahlenmäßige Beschränkung auf zwölf Konzessionen und hielt fest: „Die möglichen negativen Begleiterscheinungen und Gefahren des Betriebs von Spielbanken - wie die durch die Spielleidenschaft herbeigeführte Gefahr wirtschaftlicher Existenzgefährdung von Menschen, die möglichen unerlaubten Aktivitäten der Veranstalter von Spielbanken oder die Gefahr des Eindringens krimineller Kreise in diesen Bereich - rechtfertigen es, die Zahl der betriebenen Spielbanken gering zu halten. Auch erfordern die genannten Umstände eine ganz besonders intensive Aufsicht, die in wirtschaftlich effizienter Weise zu besorgen gerade im Spielbankenbereich ebenfalls ein öffentliches Interesse von erheblichem Gewicht darstellt“³⁷

3. Spielerschutz, Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung

Zur Umsetzung der ordnungs- und sozialpolitischen Zielsetzungen in Hinblick auf den Schutz der Konsumenten normiert § 25 GSpG strikte Richtlinien, deren Befolgung für die staatlichen Konzessionsnehmer obligatorisch ist.

Gem § 25 GSpG ist der Konzessionär verpflichtet die Identität aller Spielbankbesucher mittels amtlicher Lichtbildausweise festzustellen und seine Aufzeichnungen darüber mindestens für fünf Jahre aufzubewahren. Nicht volljährigen Besuchern darf der Zutritt nicht gestattet werden. Darüber hinaus können Besucher auch ohne Angabe von Gründen ausgeschlossen werden. Weiters ist der Konzessionär verpflichtet das Spielverhalten, die

³⁶ VfSlg 12.165.

³⁷ VfSlg 12.165.

Spielintensität und die Häufigkeit der Besuche der Spielteilnehmer zu überwachen und zu kontrollieren. Entsteht dabei die begründete Annahme, dass ein Konsument aufgrund seines Spielverhaltens sein Existenzminimum gefährden könnte, so muss die Spielbank bei einer unabhängigen Einrichtung eine Bonitätsauskunft über diesen Spieler einholen. Wird aufgrund dieser Auskunft bestätigt, dass eine Fortsetzung dieses Spielverhaltens das konkrete Existenzminimum des Spielers gefährdet, so müssen besonders geschulte Mitarbeiter mit dem betroffenen Spielteilnehmer ein entsprechendes Beratungsgespräch führen und ihn auf die Spielgefahren hinweisen, sowie entsprechende Beratungsstellen aufzeigen. Wird das Beratungsgespräch vom Kasinobesucher verweigert bzw führt dieses zu keiner Reduktion seines Spielverhaltens, so ist die Spielbankleitung verpflichtet ihm den Besuch der Spielbank dauernd oder auf eine bestimmte Zeit zu untersagen oder die Anzahl der Besuche einzuschränken. Für den Fall, dass eine Bonitätsauskunft nicht möglich ist, bzw zu keinen aussagekräftigen Schlussfolgerungen führt, muss ein qualifizierter Mitarbeiter die aktuelle Situation in einem persönlichen Gespräch erörtern und durch Befragung des Betroffenen eine Einschätzung seiner finanziellen Lage und seiner Spielmöglichkeiten vornehmen. Werden die oben angeführten Maßnahmen seitens des Spielbankbetreibers nicht oder nur grob fahrlässig durchgeführt und der Spielteilnehmer beeinträchtigt durch die unveränderte Teilnahme am Spiel sein konkretes Existenzminimum, so haftet die Spielbankleitung für Spielverluste.³⁸ Die Haftung ist seit der Novelle BGBl I 2005/105³⁹ der Höhe nach mit der Differenz zwischen dem nach Verlusten das Existenzminimum unterschreitenden Nettoeinkommen des Spielers, unter Berücksichtigung seines liquidierbaren Vermögens, einerseits und dem Existenzminimum andererseits abschließend beschränkt.⁴⁰ Die gesetzliche Regelung vor der Novelle 2005 hingegen sah keine Haftungsbeschränkung des Konzessionärs vor. Da die Rsp des OGH⁴¹ den § 25 GSpG als zivilrechtliche Schutznorm iSd § 1311 ABGB auslegte, wurden Schadenersatzansprüche von „pathogenen“ Spielern, in der Höhe ihres Verlustes, welcher durch die mangelnde Kontrolle des Konzessionärs bzw die Nichtbefolgung der Vorschriften gem § 25 GSpG kausal veranlasst und daher als „Schaden“ qualifiziert wurde, ermöglicht. Dies veranlasste den Gesetzgeber, welcher sich hinsichtlich dieser Thematik aufgrund seines widersprechenden Interesses in einem interessanten

³⁸ § 25 GSpG.

³⁹ § 25 Abs 3 GSpG, in Kraft seit 27.08.2005.

⁴⁰ *Strejcek/Bresich*, Glücksspielgesetz § 25 Rz 50 ff.

⁴¹ Vgl OGH 30.09.2002, 1 Ob 175/02w; 29.06.2004, 3 Ob 37/04v; 17.02.2005, 8 Ob 134/04w.

Spannungsfeld befindet, zu einer gesetzlichen Einschränkung des Haftungsumfanges. Denn zum einen sollen durch das Glücksspielmonopol möglichst hohe Spielerträge erwirtschaftet werden, welche klarerweise durch mögliche umfangreiche Rückforderungen im Rahmen von Schadenersatzprozessen konterkariert werden könnten, zum anderen findet sich eine Rechtfertigung für die Beibehaltung des Glücksspielmonopols, vor allem im europarechtlichen Kontext, in der Betonung der effektiven Umsetzung und Verfolgung des Spielerschutzes. Scheint doch eine Begrenzung der Haftung des Konzessionärs als grobe Missachtung des Spielerschutzes so argumentieren manche, dass die Rsp des OGH zu einer den Interessen des Spielerschutzes entgegengesetzten Entwicklung ermunterte. Sie bot einem gefährdeten Spieler nämlich eine weitere Möglichkeit bzw Hoffnung aus seiner Spielleidenschaft persönlichen Profit zu lukrieren. Ein Spielsüchtiger verfolgt primär das Ziel im Spiel durch den Einsatz von monetären Mitteln einen Spielgewinn zu verwirklichen. War das Glück auf seiner Seite und gelang ihm der Schlag gegen die Wahrscheinlichkeitsmathematik durfte er sich den Spielgewinn steuerfrei behalten. Trat das Gegenteil ein und der Spieler wurde von einer Pechsträhne verfolgt so motivierte die Jud des OGH den informierten Spieler durch riskanteres Spiel, mit Einsätzen weit über seine Verhältnisse, seine Verluste wieder zurückzugewinnen. Denn er wusste, dass die Möglichkeit bestünde sich die gesamten Verluste über den Gerichtsweg als Schadenersatz wieder „zurückzuholen“, sofern sie in einem seine finanziellen Möglichkeiten übertreffenden Ausmaß anfielen.⁴² Die Kritiker der Jud des OGH zum § 25 GSpG aF sahen darin also eine kontraproduktive Wirkung, da dadurch „pathogene“ Spieler zu höheren und riskanteren Spieleinsätzen und somit einer größeren Selbstschädigung motiviert worden waren und begrüßten daher die durch die Novelle 2005 eingeführte Haftungsbeschränkung. Deren auf den ersten Blick einleuchtende Argumentation ist mE nicht wirklich stichhaltig, da der eigentliche Sinn und Zweck dieser Bestimmung außer Acht gelassen wird. Es wird der Eindruck erweckt als läge es ausschließlich in der Sphäre des Spielers, durch sein „krankhaftes“ Spielverhalten einen Schadenersatzanspruch gegen die Spielbank zu provozieren. Vielmehr sollte man sich eher die Frage stellen, wie es einem Spieler gelingt mit der Absicht im Hinterkopf eine Schadenersatzforderung auszulösen, weit über seine finanziellen Verhältnisse zu spielen. Denn würde die Spielbankleitung ihre gesetzlichen Pflichten ernst nehmen und diesen konsequent und effektiv nachkommen, was in den betreffenden OGH Fällen eben nicht passiert war, so dürfte ein auffälliger Spieler niemals so weit kommen, dass er durch ausuferndes Spielen

⁴² *Strejcek/Bresich*, Glücksspielgesetz § 25 Rz 17 ff.

seine Existenz im wahrsten Sinne des Wortes „aufs Spiel“ setzt. Bei einer ordnungsgemäßen Kontrolle durch die Spielbanken kann einem Spieler dies nur durch Täuschung und Falschankunft gelingen und für diesen Fall ist eine Haftung ohnehin ausgeschlossen. Von einer lapidaren „Obliegenheitsverletzung“ die seitens der Spielbankleitung „nur darin begründet, dass diese aus Gründen der Diskretion oder auch der Aufrechterhaltung eines profitabel erscheinenden Geschäftsverhältnisses keine vom Gesetz geforderte Befragung eines solcherart auffälligen Spielteilnehmers durchgeführt hat“⁴³ zu sprechen, finde ich dem Spielerschutz gegenüber unverantwortlich und spiegelt genau jenes Verhalten des Konzessionärs, welches vermieden werden sollte. ME ist diese anlassbezogene Gesetzesänderung unter dem Deckmantel des Spielerschutzes primär fiskalpolitisch getrieben. Berücksichtigt man, dass § 25 GSpG die wichtigste Bestimmung den Spielerschutz betreffend ist und dieser wiederum als das zentralste Argument für die Aufrechterhaltung des Glücksspielmonopols dient, so ist diese Entwicklung mE als sehr bedenklich einzustufen.

Neben Auflagen in Hinblick auf den Spielerschutz normiert § 25 Abs 6-8 GSpG welche Maßnahmen seitens des Konzessionärs hinsichtlich der Vermeidung von Geldwäscherei und Terrorismusfinanzierung getroffen werden müssen. So hat der Konzessionär jeder Tätigkeit und jeder Transaktion besondere Aufmerksamkeit zu widmen und für den Fall, dass sich der Verdacht oder der berechtigte Grund zu Annahme ergibt ein Besucher bzw eine Transaktion sei mit Geldwäscherei bzw Terrorismusfinanzierung in Verbindung zu bringen, unverzüglich die Behörde in Kenntnis zu setzen. Bis zur Entscheidung der Behörde ist es dem Konzessionär untersagt die verdächtige Transaktion durchzuführen. Die Behörde ist gem § 25a GSpG zu einer zeitgerechten Rückmeldung in Hinblick auf übermittelte Verdachtsfälle verpflichtet und hat den Konzessionär ganz allgemein laufend mit aktuellen Informationen über die Methoden der Geldwäscherei und der Terrorismusfinanzierung sowie über Erkennungsmerkmale von verdächtigen Transaktionen zu unterrichten.

Aufgrund der gesetzlichen Regelungen betreffend die Überprüfung der Identität⁴⁴, die strengen Kriterien für die Konzessionsvergabe⁴⁵ und die Aufsicht⁴⁶ über den

⁴³ *Strejcek/Bresich*, Glücksspielgesetz § 25 Rz 21.

⁴⁴ § 25 GSpG.

⁴⁵ §§ 14 f GSpG und §§ 21 ff GSpG.

⁴⁶ § 31 GSpG.

Spielbankenkonzessionär und die strikte Überprüfung von verdächtigen Transaktionen⁴⁷ entspricht das österreichische GSpG den europarechtlichen Richtlinien zur Bekämpfung der Geldwäsche in Österreich und in der EU.⁴⁸

4. Werbung

Der Gesetzgeber hält in § 56 GSpG fest, dass Konzessionäre und Bewilligungsinhaber bei ihren Werbeauftritten einen verantwortungsvollen Maßstab anzuwenden haben. Es findet sich im Gesetz jedoch keine nähere Erläuterung was genau unter einem verantwortungsvollen Maßstab zu verstehen ist. Gem den Materialien zur GSpG-Nov 2008⁴⁹ handelt es sich bei dieser Regelung aus ordnungspolitischen Gründen im Interesse des Spielerschutzes um eine programmatische Bestimmung des öffentlichen Rechts. Es ist davon auszugehen, dass die Werbung des Konzessionärs nicht aggressiv zu vermehrtem Spiel auffordern und einfache Gewinnchancen vortäuschen darf. Weiters darf weder der Eindruck erweckt werden Glücksspiel könne als stetige Einkunftsquelle dienen, noch dass es zur schnellen Überwindung von finanziellen Engpässen geeignet sei.⁵⁰ Entgegen § 25 GSpG wird im Gesetz eindeutig festgehalten, dass es sich bei § 56 GSpG um kein Schutzgesetz im Sinne des § 1311 ABGB handelt und daher auch keine schadenersatzrechtlichen Klagen auf Verletzungen des § 56 Abs 1 GSpG gestützt werden können. Die Einhaltung des verantwortungsvollen Maßstabes im Bereich der Werbung und des Marketing beim Konzessionär wird ausschließlich im Aufsichtswege durch den Bundesminister für Finanzen wahrgenommen.

5. Straf- und Verfahrensbestimmungen

Als zentralen Verwaltungsstraftatbestand des Österreichischen Glücksspielgesetzes führte der Gesetzgeber § 52 GSpG ein. So finden sich in § 52 Abs 1 GSpG insgesamt elf Straftatbestände, für welche ein einheitlicher Strafraumen in der Höhe von maximal 22.000 Euro festgelegt ist. Hinsichtlich der Strafbemessung im Einzelfall enthält das GSpG keine weiteren Vorschriften, sodass diesbezüglich die allgemeinen Bestimmungen

⁴⁷ §§ 25 f GSpG.

⁴⁸ Alle drei GeldwäscheRL wurden in nationales Recht umgesetzt. Letzte Richtlinie: dritte GeldwäscheRL (RL 2005/60/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Oktober 2005 zur Verhinderung der Nutzung des Finanzsystems zum Zwecke der Geldwäsche und der Terrorismusfinanzierung).

⁴⁹ 649 BlgNr 837/A 22.GP.

⁵⁰ *Strejcek/Bresich*, Glücksspielgesetz § 56 Rz 13.

des VStG unter Berücksichtigung der dort angeführten Strafmilderungs- bzw. Strafschärfungsgründe zur Anwendung kommen.⁵¹ Wie bereits angeführt deckt sich die Strafnorm des § 52 Abs 1 Z 1 GSpG iZm § 1 GSpG teilweise mit dem strafgerichtlichen Tatbestand des § 168 Abs 1 StGB.⁵² Daher bestünde die Möglichkeit aufgrund der widerrechtlichen Teilnahme, Veranstaltung bzw. Förderung von Glücksspiel sowohl verwaltungsbehördlich als auch gerichtlich bestraft zu werden. Die historische Interpretation zeigt, dass diese Doppelbestrafung vom Gesetzgeber auch tatsächlich beabsichtigt war.⁵³ Aufgrund des verfassungsrechtlichen Verbots der Doppelbestrafung gem Art 4 Abs 1 7. ZPMRK, wonach für ein und dieselbe Handlung jedes weitere Strafbedürfnis entfällt, sofern diese Handlung bereits in einem Strafverfahren behandelt wurde und der herangezogene Deliktstatbestand den Unrechts- und Schuldgehalt des Täterverhaltens zur Gänze umfasst, tritt für all jene Fallkonstellationen, die sowohl unter die strafrechtliche als auch unter die verwaltungsrechtliche Strafdrohung fallen, die historische Interpretation hinter die verfassungskonforme Auslegung zurück.⁵⁴

Gem § 52 Abs 1 Z 1 GSpG macht sich strafbar wer Glücksspiele iSd § 1 GSpG entgegen den Vorschriften des GSpG zur Teilnahme vom Inland aus veranstaltet, organisiert, anbietet oder unternehmerisch zugänglich macht. Widerrechtliche Spiele iS dieser Bestimmung sind jene Spiele, die aufgrund des Glücksspielmonopols nur dem staatlichen Konzessionär vorenthalten sind. Als Betreiber bzw. Veranstalter gilt, wer die Glücksspielgeräte aufstellt und das Spielen auf diesen auf seine Rechnung ermöglicht.⁵⁵

Eine gewerbsmäßige ohne Berechtigung ausgeübte Veräußerung bzw. Überlassung von Spielanteilen eines Glücksspiels oder Urkunden, durch welche solche Spielanteile zum Eigentum oder zum Gewinnbezug übertragen werden, ist lt § 52 Abs 1 Z 2 GSpG nicht gestattet. Mangels näherer Definition ist „gewerbsmäßig“⁵⁶ iSd GewO zu verstehen.

Die Durchführung eines genehmigten Glücksspiels ohne Einhaltung der genauen Bewilligungsbedingungen erfüllt den Tatbestand einer Verwaltungsübertretung gem § 52 Abs 1 Z 3 GSpG. Mangels gesetzlicher Determination kommen alle möglichen

⁵¹ Vgl *Schwartz/Wohlfahrt*, Komm GSpG § 52 Rz 1 ff.

⁵² *Strejcek/Bresich*, Glücksspielgesetz § 1 Rz 1; *Schwartz/Wohlfahrt*, Komm GSpG § 1 Rz 3; *Erlacher*, GlücksspielG 9.

⁵³ Vgl 69 BlgNR 18. GP 8; VfSlg 15.199/1998.

⁵⁴ *Strejcek/Bresich*, Glücksspielgesetz § 52 Rz 9 ff.

⁵⁵ Vgl VwGH 21.04.1997, 96/17/0488; 20.12.1996, 93/17/0058; 26.01.2004, 2003/17/0268.

⁵⁶ Gewerbsmäßig ist eine Tätigkeit gem § 1 Abs 2 Gewerbeordnung (GewO) BGBl 194/1994: „wenn sie selbstständig, regelmäßig und in der Absicht betrieben wird, einen Ertrag oder sonstigen wirtschaftlichen Vorteil zu erzielen, gleichgültig für welchen Zweck dieser bestimmt ist“.

Bewilligungen des GSpG in Frage. Dabei handelt es sich zum einen um Konzessionen gem §§ 14, 21 GSpG und zum anderen um Genehmigungen sonstiger Ausspielungen lt § 35 ff GSpG.⁵⁷

Verwaltungsstrafrechtlich zu belangen ist gem § 52 Abs 1 Z 4 GSpG jener, der trotz Untersagung oder nach Zurücknahme der Spielbewilligung die Durchführung eines Glücksspiels aufrechterhält

Strafbestimmungen hinsichtlich der Betreibung von Glücksspielgeräten finden sich in § 52 Abs 1 Z 5 GSpG. Konkret bestraft wird, wer Glücksspielapparate oder Glücksspielautomaten, die dem Glücksspielmonopol unterliegen, außerhalb einer konzessionierten Spielbank betreibt (Veranstalter)⁵⁸ oder zugänglich macht (Inhaber)⁵⁹. Maßgabe sind hier die in § 4 Abs 2 GSpG festgelegten Geringfügigkeitsgrenzen hinsichtlich des maximal erlaubten Spieleinsatzes und der Gewinnobergrenze.⁶⁰

Strafbar gem § 52 Abs 1 Z 6 GSpG macht sich wer Verwaltungsübertretungen nach § 52 Abs 1 Z 1 GSpG durch die Vermittlung der Spielteilnahme, das Bereithalten von Eingriffsgegenständen oder die unternehmerische Schaltung von Internet – Links fördert oder ermöglicht. Zusätzlich stellt § 52 Abs 1 Z 9 GSpG für die Bewerbung bzw Ermöglichung der Bewerbung von Ausspielungen, für die weder eine Konzession noch eine Bewilligung seitens des Bundesministers für Finanzen vorliegt, unter Strafe. Aufgrund der Tatsache, dass nicht nur die direkte Bewerbung sondern jeweils auch die Ermöglichung dieser pönalisiert wird, ergibt sich ein großer möglicher Täterkreis. Als Bewerbung ist jede Maßnahme zu verstehen, die Menschen positiv über konzessionslose Glücksspiele informiert und dadurch zu einer Spielteilnahme verleitet.⁶¹

Um der ständigen technischen Entwicklung Einhalt zu gebieten und jegliche Manipulation des Spielablaufes zu unterbinden wird durch § 52 Abs 1 Z 7 GSpG das Einsetzen, aber auch bereits das einfache „Mit-sich-führen“ von technischen Hilfsmitteln, die objektiv geeignet sind, sich selbst oder anderen einen Spielvorteil zu verschaffen oder den Spielablauf an den jeweiligen Glücksspielgeräten zu beeinflussen, verboten.

⁵⁷ *Strejcek/Bresich*, Glücksspielgesetz § 52 Rz 27.

⁵⁸ Vgl VwGH 21.04.1997, 96/17/0488; 20.12.1996, 93/17/0058; 26.01.2004, 2003/17/0268.

⁵⁹ Person, die Automaten den Spielern zugänglich macht und in ihrer Gewahrsame hat; vgl VwGH 23.06.1995, 91/17/0022; 20.12.1996, 93/17/0058; 26.01.2004, 2003/17/0268; 16.02.2004, 2003/17/0260.

⁶⁰ „kleines Glücksspiel“: max € 0,5 Spieleinsatz; max € 20,- Gewinn.

⁶¹ *Strejcek/Bresich*, Glücksspielgesetz § 52 Rz 30 ff.

Damit die Umsetzung der Pflichten und Auflagen hinsichtlich Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung gem § 25 Abs 6 bis 8 GSpG strikt befolgt wird, wurde mit § 52 Abs 1 Z 8 GSpG die verwaltungsrechtliche Strafbarkeit des Verantwortlichen der jeweiligen Spielbank normiert. Es stellt sich die Frage warum diese Verantwortung dermaßen eingeschränkt wurde und nicht auch der allgemeine Spielerschutz davon umfasst ist.

Aus ordnungspolitischen Gründen wurde in § 52 Abs 1 Z 11 GSpG auch die direkte Annahme von Trinkgeldern bei der Durchführung von Ausspielungen untersagt. Davon ausgenommen ist jedoch der Cagnotte gem § 27 Abs 3 GSpG.⁶²

⁶² 649 BlgNR 837/A 22. GP.

II. Zur Anwendbarkeit des Glücksspielrechts bei Mischspielen am Beispiel des Kartenspiels Poker

A. Einführung

Vor rund einem Jahrzehnt noch als verruchtes Spiel von Gaunern und Westernhelden wahrgenommen, hat sich in den letzten Jahren das Pokerspiel dank publikumsbreiter Kinoerfolge wie James Bond - Casino Royale und diverser Übertragungen von Pokerturnieren auf Sportsendern aus dem illegalen Untergrund bis in die Wohnzimmer ausgebreitet. Ausgelöst wurde dieser weltweite Pokerboom im Jahre 2003, als ein zuvor unbekannter Amerikaner⁶³ den Traum des kleinen Mannes verwirklichte, indem er sich mittels eines Online-Pokerspiels um 39 \$ für das größte Pokerturnier der Welt qualifizierte und dieses mitsamt des Preisgeldes in der Höhe von 2,5 Mio. \$ gewann.⁶⁴ Mittlerweile spielen mehrere Millionen Menschen⁶⁵ weltweit im Internet und in sogenannten Kartenkasinos „live“ dieses mitreißende Kartenspiel und bewegen sich mangels klarer Rechtsvorschriften bzw Auslegungen teilweise im rechtlichen Graubereich. Da die Faszination für dieses Spiel unglaubliche Ausmaße angenommen hat, stehen demgegenüber massive wirtschaftliche Interessen seitens der privaten Betreiber, aber auch der jeweiligen Staaten, die bis dato im Bereich des Glücksspiel zum einen aufgrund von sozial- und ordnungspolitischen Zielsetzungen und zum anderen auch wegen klarer steuerlicher Absichten strenge Regelungen vorsahen.

B. Poker – Das Spiel, seine Geschichte und Regeln

1. Geschichte des Kartenspiels

Hält man Poker grundsätzlich für eine amerikanische Erfindung, so zeigt ein Blick auf die Entwicklungsgeschichte dieses Kartenspiels ein gänzlich anderes Bild. Während Kartenspiele erstmals im 13. Jahrhundert in China erwähnt wurden, erreichten sie um

⁶³ *Wikipedia*, Chris Moneymaker, http://de.wikipedia.org/wiki/Chris_Moneymaker (05.01.2010).

⁶⁴ *Moneymaker/Paisner*, How an Amateur Poker Player Turned \$ 40 into \$ 2.5 Million at the World Series of Poker¹ (2006).

⁶⁵ *Spahr*, 2,2 Millionen Deutsche wetten im Netz, <http://www.it-times.de/news/pressemitteilung/datum/2008/06/10/22-millionen-deutsche-wetten-im-netz> (10.12.2009).

1360 Europa.⁶⁶ Von dort ausgehend sind das deutsche Poch bzw das französische Poque als frühe Vorläufer und Formen des Pokerspiels anzusehen.⁶⁷ Dieses Spiel wurde bereits im Jahre 1441 in Straßburg erwähnt und wird mit einem Deck von 32 bzw 52 Blatt französischer Spielkarten und einem sogenanntem Pochbrett gespielt.

Französische Auswanderer brachten das Poque nach Amerika, wo sich in weiterer Folge im 19. Jahrhundert daraus das Pokerspiel entwickelte.⁶⁸ Die Namen Poch und Poque leiten sich vom Verb „pochen“ ab, welches auf Englisch „to poke“ heißt. Wie unschwer zu erkennen, ist darauf der heutzutage geläufige Name Poker zurückzuführen, welcher erstmals im Jahre 1836 nachgewiesen wurde.⁶⁹

Poker wurde um rund 1850 sehr häufig auf den Dampfern von Mississippi gespielt. Die Tatsache, dass beim Poker der „Bluff“ – also das Repräsentieren eines guten Blattes, obwohl man ahnt bzw weiß, dass man den gegnerischen Karten unterlegen ist, eine erlaubte Spielregel ist, verleitete in frühen Zeiten vor allem auch unter Berücksichtigung des Faktums, dass oftmals sehr viel Geld am Spiel stand, einige Spieler dazu, die Grenze des bewussten und erlaubten Täuschens, zu überschreiten. So zogen sie als sogenannte Falschspieler anderen Spielern auf unerlaubte Art und Weise das Geld aus den Taschen. Darüber hinaus ist ein von Hollywood gezeichneter und geprägter Mythos des Wilden Westens, wo Falschspieler mit dem berühmten „Ass im Ärmel“ ihre Gegner im Spiel betrogen haben und sich dann oftmals in lebensbedrohlichen Schlägereien und Pistolenduellen wiederfanden, für den heute dem Pokerspiel noch immer anhaftenden schlechten Ruf und dem düsteren Image verantwortlich.⁷⁰

2. Entwicklung des Kartenspiels im Zeitalter des Internets

Doch in den letzten Jahren hat sich im Bereich des Pokerspiels jede Menge entwickelt. Wie oben bereits angeführt wurde im Jahre 2003 durch den millionenschweren Sieg eines bis zu diesem Zeitpunkt unbekanntem Amerikaners ein weltweiter Pokerboom ausgelöst. Unbestritten waren hierfür auch die rasante Entwicklung des Internets und die damit verbundene Ausbreitung von online Pokerportalen sehr stark mitverantwortlich. Plötzlich war es Internetnutzern möglich zu allen Tages- und Nachtzeiten gegen zigtausende

⁶⁶ Parlett/McLeod, A History of Poker, <http://www.pagat.com/vying/pokerhistory.html> (29.04.2010).

⁶⁷ Parlett, A history of card games (1991) 112 f.

⁶⁸ Cabot/Hannum, Poker : Public Policy, Law, Mathematics, and the Future of an American Tradition, Thomas M. Cooley Law Review 2005, 443.

⁶⁹ Parlett, The Oxford Guide to Card Games (1990) 115.

⁷⁰ Kretschmer, Poker - ein Glücksspiel?, Zeitschrift für Wett- und Glücksspielrecht 2007, 93.

Onlinespieler auf der ganzen Welt ihr spielerisches Können unter Beweis zu stellen.⁷¹ Somit bot sich für viele neben dem Unterhaltungsfaktor auch die Möglichkeit in den eigenen vier Wänden, zuhause im Wohnzimmer, Geld zu „verdienen“. Für die rasante Ausbreitung und Beliebtheit von Online-Poker⁷² sind mehrere Faktoren verantwortlich. Zum einen sind die Grundregeln⁷³ des Pokerspiels relativ schnell und einfach zu erlernen. Darüber hinaus kann auch der zweifelsohne vorhandene Glücksfaktor bei Anfängern bzw. Hobbyspielern zu schnellen Erfolgserlebnissen führen. Zum anderen besteht aufgrund der geringen Kostenstruktur (wenig Personal, kaum Mietkosten usw) für Anbieter von Onlinespielen im Internet im Vergleich zu „Live“-Kasinos die Möglichkeit Spiele mit sehr niedrigen Einsatzlimits bzw sogar gratis zu Lern- und Übungszwecken anzubieten. Dadurch wird die Hemmschwelle das Kartenspiel im Internet zu versuchen deutlich herabgesetzt. Leider führt das Bestreben anfängliche Verluste wieder zurückzugewinnen bei manchen Spielern oftmals zu einer gefährlichen Abhängigkeit, die aufgrund der einfachen Zugangsmöglichkeit zu den Onlineportalen zusätzlich gefördert wird. Hobbyspieler, die in der gefährlichen Spirale des „Zurückgewinnens“ gefangen sind und es nicht schaffen ihr Spielkönnen derart weiterzuentwickeln und zu verbessern um in die Gewinnzone zu kommen, sind der Nährboden für knallharte Profis, die aufgrund überlegener Spielfertigkeit ihren Lebensunterhalt mit dem Pokerspiel bestreiten. Da der Onlinespielbereich aufgrund oben angeführter Faktoren sich zu einer milliarden schweren Industrie entwickelt hat und den Anbietern derartiger Plattformen gewaltige Einnahmen verschafft, sind diese äußerst bemüht immer mehr und mehr Onlinekunden zu gewinnen. Dies versuchen sie mit genialem und riesigem Marketingaufwand, der von online Anzeigen bis hin zu im TV⁷⁴ auftretenden gesponserten „Profispielern“ und perfekt organisierten, weltweit stattfindenden Liveturnieren reicht. Weil die Betreiber dieser online Pokerseiten meist aus dem Ausland operieren, ist zum einen die rechtliche Handhabe seitens der Spieler gegen diese Anbieter massiv erschwert bis überhaupt nicht möglich und zum anderen entgeht den jeweiligen Staaten eine gewaltige Menge an Steuergeld.

⁷¹ Alleine bei den beiden größten online Anbietern PokerStars und Full Tilt Poker sind rund um die Uhr jeweils etwa 50.000 bis 150.000 Spieler online.

⁷² Brunson, Super System II: Winning Strategies for Limit Holdem Cash Games and Tournament Tactics (2009) 46 ff.

⁷³ Sklansky, The Theory of Poker: A Professional Poker Player Teaches You How to Think Like One⁷ (2005) 273 ff.

⁷⁴ Sogar im österreichischen Staatsfernsehen werden laufend Werbespots der großen amerikanischen online Pokeranbieter geschaltet. Beworben wird immer nur die kostenlose Spielvariante.

Es stellen sich Fragen des Verwaltungs-, Steuer- und aber auch des Strafrechts. Wie später noch näher ausgeführt wird, zielt unsere Rechtsordnung bei der Qualifikation von Spielen, ob diese nun als Glücksspiele oder Geschicklichkeitsspiele einzustufen sind, auf den Anteil des Zufallsfaktors ab.⁷⁵ Doch entgegen klassischen Kasinospielen wie zB Roulette lässt sich dieser Zufallsfaktor bei Poker nicht einfach mathematisch ermitteln. Neben den Einflussmöglichkeiten des Spielers und den strategischen und psychologischen Komponenten, muss man bei der rechtlichen Beurteilung und Feststellung des Zufallsfaktors auch sehr genau auf die jeweilige Pokervariante, das Limit und die Form bzw Struktur der Ausspielung achten.

3. Pokervarianten

Im Laufe der letzten Jahrhunderte haben sich mehrere Varianten des Kartenspiels Poker entwickelt. Man muss sich also bewusst sein, dass der Begriff „Poker“ noch kein genaues Spiel mit bestimmten Spielregeln und einem davon abhängigen Glücksfaktor bezeichnet. Daher ist bei der rechtlichen Prüfung sehr genau auf die gespielte Pokervariante zu achten. Allen Spielvarianten gemein ist die Einordnung und Rangfolge in der Stärke der jeweiligen Hand.⁷⁶ Unter einer gespielten Pokerhand versteht man eine nach dem Austeilen der Karten gespielte Runde. Als fertige Hand (made hand) wird die Kombination von verschiedenen Einzelkarten bezeichnet. Diese kann sich sowohl aus nur eigenen Karten aber auch aus den allen Spielteilnehmern ersichtlichen Gemeinschaftskarten (community cards) zusammensetzen. Das kommt im Einzelfall immer auf die genaue Ausgestaltung der Spielregeln an. Insgesamt gibt es zehn Abstufungen in der Qualität der Kartenkombinationen, wobei die aufgrund der mathematischen Wahrscheinlichkeit am seltensten auftretende Kombination, klarerweise als die Stärkste gewertet wird. Falls zwei Spieler die gleiche Kombination haben, entscheidet als ausschlaggebendes Kriterium für den Sieger dieser Runde die Stärke der vom jeweiligen Spieler gehaltenen und für die Kombination nicht verwendeten Beikarte (kicker). Falls zwei Spieler allerdings zwei in ihrer Wertigkeit völlig idente Kombinationen halten (aufgrund der vier verschiedenen „Farben“ Herz, Karo, Pick und Treff ist dies möglich) und auch die Beikarte (kicker) gleich bzw in beiden Fällen zu niedrig ist, so kommt es zu einem sogenannten geteilten Pot (split-pot), dh das im

⁷⁵ Vgl II.C.1.c)

⁷⁶ Eine Auflistung inkl der prozentuellen Wahrscheinlichkeit des Auftretens der möglichen Kartenkombinationen ist unter III) angeführt.

Gesamtpot (mainpot; die Summe aller getätigten Spieleinsätze in einer Spielrunde) befindliche Geld, wird zu gleichen Teilen auf diese beiden Spieler aufgeteilt.

Die bekannten Varianten lassen sich in insgesamt drei Kategorien, nämlich Draw, Stud und Hold'em einordnen. Der Unterschied zwischen diesen drei Grundkategorien liegt hauptsächlich in der Art und Weise, in der die Spieler ihre Karten erhalten, sowie in der Einteilung und im Ablauf der Setzrunden.

a. Draw Poker

Das Hauptcharakteristikum beim Draw Poker liegt darin, dass die teilnehmenden Spieler ausschließlich eigene, das heißt nur für sie sicht- und verwendbare Karten (hole cards) erhalten. Wie der Name „Draw“, also „ziehen“ schon vorgibt, haben die Spieler in weiterer Folge nach dem Austeilen der Karten und der ersten Setzrunde, die Möglichkeit eine beliebige Anzahl ihrer zuvor erhaltenen Karten gegen neue, jedoch ebenfalls verdeckte, Karten auszutauschen. Nach einer weiteren Setzrunde kommt es dann zum sogenannten „Showdown“, wo die in der aktiven Spielrunde verbleibenden Spieler ihre Karten aufdecken und der Teilnehmer mit der besten Kartenkombination das im Gesamtpot befindliche Geld gewinnt. Da es keine Gemeinschaftskarten (community cards) gibt und auch keine einzige der gegnerischen Karten offen und für jedermann ersichtlich am Spieltisch liegt, beschränkt sich die Möglichkeit der Einflussnahme der Spieler auf den geschickten Kartenaustausch, das richtige Setzverhalten und vor allem auf die psychologische Komponente, nämlich das Einschätzen der gegnerischen Blattstärke aufgrund der Körpersprache bzw das überzeugende Vortäuschen (bluffen) einer besseren Kartenkombination.

Die mit Abstand bekannteste Variante des Draw Poker ist das „Five Card Draw“⁷⁷. Es wird mit insgesamt fünf Karten pro Teilnehmer gespielt und war lange Zeit die am häufigsten gespielte Pokerform überhaupt. Ebenfalls in diese Kategorie einzuordnen sind die Spiele „Jackpots“ und „Triple Draw“⁷⁸.

b. Stud Poker

In der Kategorie Stud sind all jene Pokerspiele zusammengefasst, bei denen die Spieler sowohl offene als auch verdeckte, also nur für sie persönlich sichtbare, Karten erhalten.

⁷⁷ Sklansky, Theory of Poker 273.

⁷⁸ Brunson, Super System II 296 ff.

Ein weiteres Charakteristikum liegt darin, dass die Position des Spielers, der die Setzrunde eröffnet, während einer Hand sehr oft wechselt.

Die Tatsache, dass ein Teil der Karten der Spieler für jeden offen ersichtlich am Tisch liegen, ermöglicht geschickteren Spielern sich daraus einen Vorteil zu verschaffen, indem sie in der Lage sind gegnerische Karten kombiniert zu analysieren und aufgrund der bereits ausgeteilten Karten gewisse mögliche Kartenkombinationen, sowohl bei den Gegnern als auch bei sich selbst, in frühen Runden bereits ausschließen können. Dadurch können sie die Einsatzhöhe in den jeweiligen Setzrunden zu ihrem Vorteil anpassen, bzw ihre Hand rechtzeitig aufgeben oder zum Ende gegebenenfalls einen Bluff eines gegnerischen Spielers leichter enttarnen, sofern dieser unvorsichtigerweise versucht eine Kombination zu repräsentieren, welche aufgrund der bereits offen ausgeteilten Karten gar nicht mehr möglich ist.

Da bei Stud Poker vor dem Austeilen jeder weiteren Karte eine Setzrunde stattfindet, haben die Spieler im Vergleich zum Draw Poker erheblich mehr Möglichkeiten in den Spielverlauf aktiv einzugreifen und ihn zu ihren Gunsten zu beeinflussen.

Die gängigsten Spielformen von Stud Poker sind „Five Card Stud“⁷⁹ (jeder Spieler erhält insgesamt fünf Karten, wovon vier offen und eine verdeckt sind) und „Seven Card Stud“⁸⁰ (jeder Spieler erhält sieben Karten, davon sind vier offen und drei verdeckt).

Außerdem gibt es „Razz“⁸¹, welches im Ablauf ähnlich dem „Seven Card Stud“ ist, jedoch wird dabei nicht eine möglichst gute, sondern eine möglichst schlechte Kartenkombination angestrebt. Die Spielform „Tropical Stud“ (auch „Oasis Stud“ oder „Caribbean Stud“ genannt) wird häufig von Kasinos angeboten, da diese Form nur von zwei Spielern gespielt werden kann und der Dealer ebenfalls direkt in das Spiel eingebunden ist.

c. Hold'em Poker

Bei der Kategorie Hold'em⁸² (Abkürzung für „hold them“, dt halte sie) handelt es sich um die zurzeit gängigste Pokervariante. Jeder Spieler erhält zwei (bei Texas Hold'em⁸³) bzw vier (bei Omaha Hold'em) Spielkarten, welche verdeckt also nur für ihn ersichtlich sind (hole cards). Der wesentliche Unterschied zu Draw und Stud Poker liegt nun darin, dass

⁷⁹ Sklansky, Theory of Poker 274 f.

⁸⁰ Sklansky, Theory of Poker 273; Brunson, Super System II 223 ff.

⁸¹ Sklansky, Theory of Poker 275.

⁸² Sklansky, Theory of Poker 274.

⁸³ Sklansky/Miller, No Limit Hold'em: Theorie und Praxis - Pokertheorie (2007) 1 ff.

zusätzlich zuerst drei Karten (flop), dann eine vierte Karte (turn) und letztendlich eine fünfte Karte (river) offen aufgedeckt werden. Diese sogenannten Gemeinschaftskarten (community cards) sind für jeden Spieler sichtbar und es steht jedem frei sich seine beste Hand (immer bestehend aus insgesamt fünf Karten) aus den eigenen und den Gemeinschaftskarten zusammenzustellen. Dabei ist es bei Texas Hold'em erlaubt eine, beide oder auch keine der eigenen Karten für die bestmögliche Kombination zu verwenden, während hingegen bei Omaha Hold'em immer genau zwei der eigenen vier Karten verwendet werden müssen.

Jeweils vor dem Austeilen des „flops“, der „turn“-Karte, der „river“-Karte und schließlich nach dem Austeilen dieser fünf Gemeinschaftskarten gibt es eine Setzrunde. Nur wer in jeder Setzrunde bereit ist eben so viel wie der Meistbieter zu zahlen, darf in der aktuellen Spielrunde weiter mitspielen und im äußersten Fall bis zum „Showdown“ (die verbleibenden Spieler zeigen nach der letzten Setzrunde ihre eigenen Karten und es wird das Gewinnerblatt ermittelt) dabei bleiben. Anhand der Spielregeln zeigt sich, dass bei dieser Pokervariante der Spielteilnehmer wesentlich mehr Einflussmöglichkeiten auf den Spielverlauf hat als vergleichsweise zum Beispiel bei Draw Poker. Aufgrund der sukzessive aufzudeckenden Gemeinschaftskarten, die sowohl das eigene als auch das Blatt der Mitspieler verbessern können, in Kombination mit dem Setzverhalten der Gegner, kann der erfahrene und geübte Spieler Rückschlüsse auf die vom Gegner gehaltenen „hole cards“ ziehen. Dadurch ist es dann durchaus möglich die Spielstrategie des Gegenspielers zu entschlüsseln, das gegnerische Handspektrum mit der eigenen Blattstärke abzugleichen, mit mathematischen Formeln die Wahrscheinlichkeit von weiteren für sich selbst hilfreichen Gemeinschaftskarten zu ermitteln und daran angepasst die eigene Einsatzhöhe zu bestimmen. Da es bei Hold'em Poker in Vergleich zu zB Draw Poker wesentlich mehr Bietrunden gibt, haben die Spieler auch deutlich mehr Gelegenheiten das Spiel strategisch zu beeinflussen. Des weiteren gelingt es guten Spielern optimale Zeitpunkte und Kartenkombinationen der Gemeinschaftskarten herauszupicken, um mit einem gut getimten Bluff den Gegner bereits in einer frühen Setzrunde, aus Angst vor höheren Verlusten, zur Aufgabe seiner Spielkarten und seines bis zu diesem Zeitpunkt investierten Geldes bzw seiner Spielchips zu veranlassen.⁸⁴

⁸⁴ Vgl die wissenschaftliche Studie zur Häufigkeit eines Showdowns unter II.E.2.c).

4. Limits

Die oben angeführten Spielvarianten können zusätzlich in der Form des gewählten Limits differieren. Als Limit wird die Art und Weise bestimmt, die festlegt wie der Spieler seine Wetteinsätze bringen darf. Das gewählte Limit hat einen erheblichen Einfluss auf die Spielstrategie, da die spielerischen Möglichkeiten zum Teil davon abhängig sind und auch die mathematischen Wahrscheinlichkeiten iZm den Einsatzhöhen stark beeinflusst werden. Insgesamt gibt es vier verschiedene Limits.

a. *No Limit*

Diese Limitform ist die mit Abstand am populärsten. Sie wird vor allem im Spiel Texas Hold'em verwendet. „No Limit“⁸⁵ bedeutet, dass jeder Spieler zu jedem Zeitpunkt, also in jeder Bietrunde, all seine eigenen Chips (= sein gesamtes „stack“) setzen darf. Der Umstand, dass die Höhe des Einsatzes nicht begrenzt ist führt dazu, dass die Spieler gegenseitig sehr viel Druck aufeinander ausüben können und man bei jeder einzelnen Entscheidung damit rechnen muss im nächsten Augenblick damit konfrontiert zu werden seine gesamten Chips bzw das gesamte Geld zu riskieren. Das heißt es bedarf viel Übung, Gespür und Erfahrung die eigene Handstärke im Verhältnis zu den Gegnern richtig einzuschätzen und sowohl das Spiel als auch die Gegner optimal zu lesen um vorausschauend zu handeln. Weiters muss man in die spielerischen Überlegungen mit einbeziehen, wie viele Chips der Gegner nach den jeweiligen Setzrunden überhaupt noch zur Verfügung hat, um in Hinblick auf spätere Einsatzrunden die Profitabilität eines bevorstehenden Einsatzes mathematisch kalkulieren zu können.⁸⁶

b. *Limit*

Bei „Limit“⁸⁷ sind die Einsätze, wie der Name schon sagt, limitiert. Die Höhe des Einsatzes orientiert sich immer am großen Mindesteinsatz (big blind). Das heißt der Spieler hat in jeder Setzrunde die Möglichkeit in der Höhe des „big blinds“ zu setzen bzw den Einsatz des Gegners mitzugehen oder um einen „big blind“ zu erhöhen. Nach der Hälfte der Setzrunden wird das Limit verdoppelt. Durch die fix bestimmte Einsatzhöhe weiß jeder Spieler wie hoch der maximal zu riskierende Einsatz pro Setzrunde ist und

⁸⁵ Vgl Brunson, Super System II 37 ff.

⁸⁶ Vgl Sklansky, Theory of Poker 35 ff.

⁸⁷ Brunson, Super System II 104 ff.

kann dementsprechend sein Spiel anpassen. Jedoch werden dadurch auch die spielerischen Möglichkeiten eingeschränkt. Es ist in dieser Limitform deutlich schwieriger in einer späten Einsatzrunde den Gegenspieler zum Aufgeben seiner Hand zu veranlassen, da die Einsatzhöhe im Verhältnis zu dem zu gewinnenden Pot relativ klein sein kann.

c. Pot Limit

Beim Limit „Pot Limit“ ist der Einsatz mit der Höhe des aktuellen „pots“ limitiert. Dieses Limit kommt sehr häufig bei „Omaha Hold'em“ zur Anwendung. Durch den Umstand, dass man immer wieder um die Höhe des „pots“ erhöhen darf ist es auch möglich, dass bereits in der ersten Setzrunde alle Chips in der Mitte landen. Daher ist es spielstrategisch eher mit „No Limit“ als mit „Limit“ zu vergleichen.

d. Spread Limit

Bei dieser Variante bewegt sich die erlaubte Einsatzhöhe in einem zuvor definierten Bereich. Die spielstrategischen Überlegungen sind sehr stark davon abhängig wie weit dieser bestimmte Bereich ausgewählt wurde. Generell wird diese Limitvariante jedoch sehr selten verwendet.

5. Ausspielungsformen

Die gewählte Ausspielungsform hat, wie sich später noch genauer zeigen, hinsichtlich der rechtlichen Beurteilung gem aktueller Jud und Lit eine sehr große Bedeutung.⁸⁸

Grundsätzlich unterscheidet man zwischen zwei Formen. Dem sogenannten Cash Game-Poker und dem Turnier-Poker.

a. Cash Game-Poker

Bei dieser Ausspielungsform wechselt der Spieler sein Geld im Verhältnis 1:1 in entsprechende Spielchips um. Manchmal wird unter Profis in sehr hohen Limits auch direkt mit Bargeld gespielt. Mit diesen Chips beteiligt er sich nun am Spiel und hat im Unterschied zum Turnier-Poker die Möglichkeit jederzeit das Spiel mit seinen aktuellen Chips zu verlassen bzw eine oder mehrere Runden zu pausieren. Darüber hinaus stellt es kein Problem dar, wenn sich der Spieler nach Verlust seiner Chips durch den Umtausch

⁸⁸ Vgl II.D.2.bc)

von weiterem Bargeld in neue Chips erneut ins Spiel „einkauft“. Dadurch, dass jeder Spieler die Spieldauer selbst bestimmen kann und der Faktor Zeit spielstrategisch keine Rolle spielt, wird die Höhe der Mindesteinsätze (blinds) über die gesamte Dauer des Spiels gleich beibehalten.

Das heißt charakteristisch für Cash Games ist, dass der Spieler in jeder Setzrunde sein eigenes Geld in genau der Höhe des gesetzten Betrages riskiert, nach einem Totalverlust durch den Kauf von weiteren Chips sich wieder am Spiel beteiligen kann und nach jeder gespielten Hand die Möglichkeit hat, ohne des weiteren Verlustes von Chips, zu pausieren bzw das Spiel ganz zu beenden.⁸⁹

b. Turnier-Poker

Beim Turnier-Poker hingegen kauft sich jeder Spieler vor Beginn des Spiels zu dem festgesetzten Betrag in das Turnier ein (Buy-In). Der Spielbeginn ist zeitlich genau festgelegt und jeder Spieler erhält für den bezahlten Turniereintritt die exakt gleiche Menge an Chips (Jetons). Alle bezahlten Eintrittsgelder werden in einem sogenannten Preispool gesammelt und aufgrund einer zuvor bestimmten Auszahlungsquote an die im Regelfall besten 10 % aller Spieler ausbezahlt, wobei naturgemäß der beste Spieler den überwiegenden Anteil vom Preispool erhält. Der Turnierveranstalter legt vor Beginn die Struktur des Turniers fest. Das heißt es werden Pokervariante, Limitform, die Menge der Anfangsjetons als auch die Zeitintervalle für den Anstieg und die Höhe der Mindesteinsätze bestimmt. Aufgrund der Turnierform ist jeder Spieler, sofern er beabsichtigt Geld zu gewinnen, gezwungen solange zu spielen bis er zumindest in den Geldrängen (normalerweise die besten 10 %) landet. Verliert er hingegen bereits zuvor all seine Anfangschips so ist für ihn das Turnier beendet und er geht leer aus. Eine teilweise Ausnahme stellen hier sogenannte „Rebuy“-Turniere dar, wo es erlaubt ist sich bis zu einem gewissen Zeitpunkt durch den Neukauf von Jetons wieder am Spiel zu beteiligen. Das heißt beim Turnier-Poker zwingt die Struktur des Spiels den Teilnehmer dazu eine Vielzahl an Händen zu spielen. Er kann nicht wie beim Cash Game-Poker theoretisch nach nur einer gespielten und gewonnenen Hand den Spieltisch mit seinem Gewinn verlassen, sondern muss solange spielen, bis er zumindest unter den letzten 10 % aller

⁸⁹ Vgl *Harrington/Robertie*, Harrington on Cash Games I: Der Weg zum Erfolg bei No-Limit Cash Games (2008a); *Harrington/Robertie*, Harrington on Cash Games II: Der Weg zum Erfolg bei No-Limit Cash Games (2008b).

Spielteilnehmer landet. Zusätzlich erfordern die ständig ansteigenden Mindesteinsätze ein Anpassen der Spielstrategie.⁹⁰

C. Differenzierung zw Glücksspielen und Geschicklichkeitsspielen

1. Allgemeines zum Glücksspielbegriff des § 1 GSpG

Das österreichische Glücksspielrecht definiert in § 1 GSpG all jene Spiele, die abgesehen von der Ausnahmeregelung gem § 4 GSpG, auf Basis des in § 3 GSpG verankerten Glücksspielmonopols in ihrer Durchführung dem Bund bzw einem von diesem ermächtigten Konzessionär⁹¹ vorbehalten sind. Gem Gesetzesmaterialien⁹², Jud⁹³ und Lit⁹⁴ deckt sich in Auslegung und Anwendung der verwaltungsrechtliche Glücksspielbegriff des § 1 GSpG mit dem wortidenten strafrechtlichen des § 168 StGB. Die Legaldefinition des § 1 Abs 1 GSpG lautet: „Glücksspiele im Sinne dieses Bundesgesetzes sind Spiele, bei denen Gewinn und Verlust ausschließlich oder vorwiegend vom Zufall abhängen“. Im Folgenden sollen die einzelnen Elemente des Glücksspielbegriffes untersucht werden, um den Normgehalt und somit die davon erfassten Spiele zu ermitteln.

a. *Spiel iSd § 1 GSpG*

Als Basisvoraussetzung ist das Vorliegen eines Spiels gefordert. Da die zitierte Gesetzesbestimmung keinerlei Auskunft zur näheren begrifflichen Bestimmung liefert, stellt sich nun die Frage was idZ genau unter der Bezeichnung Spiel zu verstehen ist. Wenig hilfreich ist hierbei ein Blick auf die strafrechtliche Norm zum Glücksspiel⁹⁵ bzw die Auseinandersetzung mit dem Spiel im ABGB⁹⁶. Im Regelfall ist beim Fehlen einer Legaldefinition auf den Begriffsinhalt im Rahmen des gewöhnlichen Sprachgebrauchs

⁹⁰ Harrington/Robertie, Strategisches Spiel (2007b); Harrington/Robertie, Das Endspiel (2007a); Sklansky, Tournament Poker: for Advanced Players (2007); Craig, The full tilt poker strategy guide: Tournament edition (2007).

⁹¹ Vgl §§ 14, 21 GSpG.

⁹² 1067 BlgNR 17. GP, 16, arg „identisch“.

⁹³ Vgl VwGH 18. 12. 1995, 95/15/0047, arg „entspricht“.

⁹⁴ Strejcek/Bresich, Glücksspielgesetz § 1 Rz 1; Schwartz/Wohlfahrt, Komm GSpG § 1 Rz 3; Erlacher, GlücksspielG 9.

⁹⁵ § 168 StGB.

⁹⁶ § 1272 Allgemein Bürgerliches Gesetzbuch (ABGB) JGS Nr 946/1811: „Jedes Spiel ist eine Art von Wette“.

zurückzugreifen.⁹⁷ Doch diese Vorgehensweise bereitet speziell bei diesem Begriff große Schwierigkeiten.

aa. Allgemeine Definitionen zum Spiel

Auch wenn aufgrund des allgemeinen täglichen Sprachgebrauchs die Bezeichnung Spiel hinlänglich bekannt ist und von jedem verwendet wird, merkt man erst beim gezielten Versuch eine genaue Definition für das Wort „Spiel“ zu finden, die verschiedensten Anwendungsbereiche und die sprachliche Breite und Vielfalt dieses Begriffes. Bei einem „Spiel“ oder der Tätigkeit „spielen“ denken wir im ersten Augenblick meistens an Kinder. Doch ebenso Verwendung findet die Bezeichnung „Spiel“ im Sport, auf der Theaterbühne, beim Musikorchester und beim Steuern virtueller Charaktere am Computerbildschirm. Darüber hinaus lassen sich noch unzählige weitere Beispiele vom Gesellschaftsspiel, über das Wettkampfspiel, das Strategiespiel und das Rollenspiel bis hin zum Liebesspiel anführen.⁹⁸

Es zeigt sich also die Komplexität dieses Begriffes, die vor allem auch darin gründet, dass er so viele Bereiche unseres alltäglichen Lebens berührt. In weiterer Folge möchte ich die verschiedensten Zugängen und Theorien in der Beschreibung und Erfassung des Spielbegriffes seitens Kulturhistoriker, Soziologen, Philosophen und Rechtsgelehrten anführen.

aaa. Definition des Spiels von Huizinga

Der niederländische Kulturhistoriker Johan *Huizinga*⁹⁹ hat sich in seinem Werk „Homo Ludens“¹⁰⁰ sehr intensiv mit der Herkunft, den verschiedensten Definitionen, den diversen Ausformungen und vor allem auch mit den fruchtbaren Auswirkungen, die der Spielgeist auf die Kultur ausübt, beschäftigt.

Wie ein Vergleich mit der Tierwelt zeigt ist das Spiel älter als die Kultur an sich. Daher prägte seiner Ansicht nach nicht die Kultur Elemente des Spiels, sondern umgekehrt. Er zeigte auf, dass alle bisherigen Definitionen des Spiels, die primär Wesen, Bedeutung und Funktion bzw Zweckmäßigkeit des Spiels festzustellen versuchen haben, unzulänglich

⁹⁷ Seelig, Das Glücksspielstrafrecht (1923) 16.

⁹⁸ Vgl Wolf, Zur strafrechtlichen Problematik des Glücksspiels (1972) 3.

⁹⁹ Wikipedia, Johan Huizinga, http://de.wikipedia.org/wiki/Johan_Huizinga (09.03.2010).

¹⁰⁰ *Huizinga/Nachod/Flitner*, Homo ludens.

sind. All jene Erklärungsversuche wie Bedürfnis nach Entspannung, Abbau von Überschuss an Lebenskraft, Sucht nach Herrschaft und Wettbewerb seien nur Teilerklärungen aber nicht entscheidend. *Huizinga* stellte fest, „daß wir es im Spiel mit einer Funktion des lebendigen Wesens zu tun haben, die sich weder biologisch noch logisch vollkommen determinieren läßt.“¹⁰¹ Daher bemühte er sich formale Hauptkriterien des Spiels zu eruieren und diese zu beschreiben.

Hierzu formulierte er folgende Definition:

„Spiel ist eine freiwillige Handlung oder Beschäftigung, die innerhalb gewisser festgesetzter Grenzen von Zeit und Raum nach freiwillig angenommenen, aber unbedingt bindenden Regeln verrichtet wird, ihr Ziel in sich selber hat und begleitet wird von einem Gefühl der Spannung und Freude und einem Bewußtsein des ‚Andersseins‘ als das ‚gewöhnliche Leben‘.“¹⁰² An einer anderen Stelle ergänzte er, dass diese freie Handlung als „‘nicht so gemeint‘ und außerhalb des gewöhnlichen Lebens stehend empfunden wird und trotzdem den Spieler völlig in Beschlag nehmen kann, an die kein materielles Interesse geknüpft ist und mit der kein Nutzen erworben wird“.¹⁰³ *Huizinga* sah von dieser Definition alle möglichen Formen des Spiels, unabhängig davon ob es sich bei den Spielteilnehmern um Tiere, Kinder oder erwachsene Menschen handelt, umfasst.

Laut seiner Definition sind die ausschlaggebenden Hauptkennzeichen des Spiels:

Freies Handeln: Ein Spiel darf nicht auf Basis eines Befehls, einer sittlichen Pflicht oder einer physische Notwendigkeit, sondern nur aufgrund eigenständigen Verlangens nach Vergnügen ausgeführt werden. Es ist keine Aufgabe und muss so ausgestaltet sein, dass es jederzeit ausgesetzt oder gänzlich unterlassen werden kann.¹⁰⁴

Vom gewöhnlichen Leben in Zeit und Raum abgegrenzt: Durch das Spiel tritt der Spieler für den Zeitraum der Ausübung desselben aus dem gewohnten, alltäglichen Leben heraus. Das Spiel, welches „nicht das ‚gewöhnliche Leben‘ ist, steht außerhalb des Prozesses der unmittelbaren Befriedigung von Notwendigkeiten und Begierden, ja es

¹⁰¹ *Huizinga/Nachod/Flitner*, Homo ludens 15.

¹⁰² *Huizinga/Nachod/Flitner*, Homo ludens 37.

¹⁰³ *Huizinga/Nachod/Flitner*, Homo ludens 22.

¹⁰⁴ *Huizinga/Nachod/Flitner*, Homo ludens 16.

unterbricht diesen Prozeß.“¹⁰⁵ Ebenso begrenzt und definiert ist der Austragungsort des Spiels. So dienen speziell abgesonderte bzw bezeichnete Stätten wie der Sportplatz, die Bühne, der Spieltisch oder die Arena der isolierten Ausübung des Spiels.¹⁰⁶

Eigene und unbedingte Ordnung: Zur Gewährleistung eines geregelten Ablaufs im Hinblick auf die Ergebnisfindung des Spiels und zur Darbietung eines gewissen ästhetischen Charakters bedarf es zwingender Regeln. Da ein Regelverstoß das Spiel ad absurdum führen und die künstlich erschaffene zeitlich und räumlich isolierte Spielwelt zerstören würde, muss dieser umgehend, meist durch einen Schiedsrichter, disziplinar geahndet werden.

Spannung und Bezauberung: Durch das Zusammenwirken der oben angeführten Kriterien erfährt das Spiel ein besonderes Spannungselement. Es fesselt und bezaubert den Menschen und erfüllt seine Wahrnehmung mit Rhythmus und Harmonie.¹⁰⁷

Huizinga gelang es durch diese abstrakte Begriffsbestimmung wesentliche Elemente, die ein Spiel als solches auszeichnen, herauszuarbeiten. *Weratschnig*¹⁰⁸ hat sich ebenfalls mit der von *Huizinga* aufgestellten Spieldefinition auseinandergesetzt und sie aus drei Gründen für unvollständig und unzureichend kritisiert. Erstens sah er es als verfehlt an, dass *Huizinga* vermehrt den Spielablauf selbst ins Zentrum seiner Definition gerückt und „als objektive Tatsache [ist] das Spielergebnis an und für sich [als] unwesentlich und gleichgültig“¹⁰⁹ abqualifiziert hatte. Hierzu machte er auf die für Spieler motivierende Kraft von Gewinnmöglichkeiten und Ruhm aufmerksam. Gleichzeitig vermeinte er darin eine Schwäche dieser Definition zu sehen, da subjektive Empfindungen der Spieler einbezogen werden würden.

Zugegebenermaßen ist dieser Einwand nicht gänzlich von der Hand zu weisen.

¹⁰⁵ *Huizinga/Nachod/Flitner*, Homo ludens 17.

¹⁰⁶ *Huizinga/Nachod/Flitner*, Homo ludens 18 f.

¹⁰⁷ *Huizinga/Nachod/Flitner*, Homo ludens 19.

¹⁰⁸ *Weratschnig*, Das Glücksspiel: Eine straf- und wettbewerbsrechtliche Analyse unter besonderer Berücksichtigung des Glücksspielmonopols (2002) 55.

¹⁰⁹ *Huizinga/Nachod/Flitner*, Homo ludens 60.

Richtigerweise muss jedoch festgehalten werden, dass *Huizinga* hier sehr wohl auf einer objektiven Ebene argumentiert hatte¹¹⁰ und die bemängelte subjektive Komponente in diesem Zusammenhang erst durch *Weratschnig*¹¹¹ selbst ins Treffen geführt wurde. Doch auch *Huizinga* hatte sich an einer anderen Stelle, wenn auch nur der negativen, subjektiven Interessen bedient, als er behauptet hatte, dass an die spielende Handlung „kein materielles Interesse geknüpft ist“.¹¹² Zwar war *Huizinga* entgegen der Behauptung *Weratschnigs* unter anderem sehr wohl auch auf die Bedeutung von Gewinn und Erfolg¹¹³ des Einzelnen eingegangen, doch hatte er durch Leugnen jeglichen materiellen Reizes unnachvollziehbar den gesamten Bereich der Wetten und Glücksspiele ignoriert.¹¹⁴

Der dritte Kritikpunkt von *Weratschnig* bezog sich auf die Existenz der sogenannten Berufsspieler. Es ist richtig, dass das Spiel für diese Spieler mitunter zum alltäglichen, gewöhnlichen Leben gehört und in diesem Punkt der Definition von *Huizinga* widerspricht. Doch auch hier stellt sich die Frage ob von der speziellen, subjektiven Sicht der Berufsspieler oder doch von einer objektiven Betrachtung auszugehen ist.

aab. Definition des Spiels von Caillois

In seinem Werk „Die Spiele und die Menschen“ hat Roger *Caillois* ebenfalls sehr intensiv die Definition und Einteilung von Spielen behandelt. Eingangs widmete er sich der von *Huizinga* aufgestellten Thesen¹¹⁵ um dann in weiterer Folge eine eigene Aufzählung der Charakteristika des Spiels zu formulieren.

Er war der Meinung, dass das Spiel die folgenden sechs formalen Elemente aufweist:¹¹⁶

Frei: Der Spieler entscheidet völlig eigenständig wann er sich am Spiel beteiligt. Zwang hat hier keinen Platz und führt dazu, dass das Spiel sein Wesenselement der Freudenspende verliert.

¹¹⁰ *Huizinga/Nachod/Flitner*, *Homo ludens* 60, arg: „Als objektive Tatsache ist das Spielergebnis an und für sich unwesentlich und gleichgültig“.

¹¹¹ *Weratschnig*, *Glücksspiel* 55.

¹¹² *Huizinga/Nachod/Flitner*, *Homo ludens* 22.

¹¹³ Vgl. *Huizinga/Nachod/Flitner*, *Homo ludens* 61 ff.

¹¹⁴ Vgl. *Caillois*, *Die Spiele und die Menschen: Maske u. Rausch* (1965) 11.

¹¹⁵ *Caillois*, *Spiele u. Menschen* 9 ff.

¹¹⁶ *Caillois*, *Spiele u. Menschen* 16 f.

Abgetrennt: Das Spiel findet in einem im Vorherein festgelegtem räumlich und zeitlich isolierten Umfeld statt.

Ungewiss: Zur Gewährleistung der Bewegungsfreiheit des Spielers ist es notwendig, dass weder Ergebnis noch die genaue Ausgestaltung des Ablaufes im Voraus bestimmt sind.

Unproduktiv: Die Tätigkeit führt maximal zu einer Vermögensverschiebung innerhalb der Spielteilnehmer bzw Anbieter. Es werden keine neuen Produkte erschaffen.

Geregelt: Der Spielablauf unterliegt bestimmten festgesetzten Regeln, welche speziell für den Augenblick des Ablaufes geschaffen werden und gänzlich unabhängig von den alltäglichen Gesetzen sind.

Fiktiv: Durch das Spiel entsteht für den Moment ihrer Ausführung verglichen mit dem gewöhnlichen Leben eine zweite Wirklichkeit.

Nach Aufstellung dieser formalen Kriterien bemühte sich *Caillois* eine Differenzierung innerhalb der verschiedenen Spiele zu finden und unterteilte sie gem ihrer zentralen Unterscheidungskriterien in insgesamt vier Gruppen:

Agôn (= Wettkampf): Es wird versucht innerhalb festgelegter Grenzen eine Rivalität zwischen zwei oder mehreren Spielern auszutragen. Die Grenzen dienen dazu um in einem künstlichen Umfeld eine idente Ausgangsbasis bzw Waffengleichheit unter den Teilnehmern zu schaffen, wodurch das Ausleben des Konkurrenzdenkens und das Messen der persönlichen Eigenschaften (Schnelligkeit, Ausdauer, Kraft, Gedächtnis, Geschicklichkeit, Einfallsreichtum) ermöglicht wird.¹¹⁷ Vertreter dieser Spiele sind unter anderem Schach, diverse Sportarten, Dame und Billard.

Alea (= zufallsbestimmt): Spielentscheidende Kriterien sind hier nicht wie bei Agôn die persönlichen Fähigkeiten des Spielers, sondern rein zufällige Komponenten. Der Spieler hat keinen Einfluss auf den Ausgang des Spiels und ist dem schicksalhaften Zufall

¹¹⁷ *Caillois, Spiele u. Menschen* 21 ff.

vollständig ausgeliefert. Typische Beispiele hierfür sind das Würfelspiel, Roulette und Lotterien.¹¹⁸

Mimicry (= Maskierung): Zentraler Inhalt dieser Spiele ist die kurzzeitige Aufgabe der persönlichen Identität um in die Rolle einer illusionären Figur zu schlüpfen und deren Verhalten zu mimen. Das Vergnügen besteht darin für einen gewissen Zeitraum in eine fremde Welt einzutauchen. Maskierungsspiele erleben wir wenn Kinder ihre Eltern mimen, Menschen im Fasching feiern oder Schauspieler die Bühne betreten.¹¹⁹

Ilinx (= Berausung): Ziel jener Spiele ist es sich vorübergehend absichtlich in einen rauschähnlichen, die Wahrnehmung störenden Zustand zu versetzen, um tranceartig die Wirklichkeit ausblenden zu können. Üblicherweise finden wir Beispiele hierfür in den Zeremonien Eingeborener aber auch in Vergnügungsparks wo mittels atemberaubender Geschwindigkeiten, Höhen und Rotationen derartige Zustände erzeugt werden.¹²⁰

*Weratschnig*¹²¹ kritisierte an der von *Caillois* getroffenen Einteilung, dass dieser keine Rücksicht auf gewisse Mischformen genommen hatte und so zum Beispiel Kartenspiele, bei denen sowohl Agôn als auch Alea eine Rolle spielen, vollständig ausblendet hatte. Diese Behauptung ist nur teilweise richtig, da *Caillois* sehr wohl auch auf Mischformen¹²² hingewiesen und in diesem Zusammenhang auch gezielt Domino und Kartenspiele wie Bridge und Poker erwähnt hatte. Faktum ist jedoch, dass er es bei dieser Erwähnung belassen und nicht näher ausgeführt hatte wie diese Spielformen nun im Rahmen der Kategorisierung zu behandeln sind.

ab. Rechtliches Korrektiv zur Definition des Spiels

Nach den allgemeinen Ausführungen zum begrifflichen Inhalt des Spiels gilt es nun zu überprüfen ob sich der eben behandelte Spielbegriff des gewöhnlichen Sprachgebrauches mit dem Spielbegriff im Rechtssinne deckt.

¹¹⁸ *Caillois*, Spiele u. Menschen 24 ff.

¹¹⁹ *Caillois*, Spiele u. Menschen 27 ff.

¹²⁰ *Caillois*, Spiele u. Menschen 32 ff.

¹²¹ *Weratschnig*, Glücksspiel 57.

¹²² *Caillois*, Spiele u. Menschen 25 f.

Da die allgemeine Definition sehr weit gefasst ist und mit „Spiel“ im rechtlichen Sinne, teilweise sehr einschneidende, mitunter auch strafrechtliche Konsequenzen verbunden sind, ist von einer begrifflichen Deckungsgleichheit nicht auszugehen. Somit muss untersucht werden welchem „juristischen Korrektiv“¹²³ es bedarf um den allgemeinen Spielbegriff einzuschränken und eine Basis für juristische Tatbestände zu schaffen.¹²⁴ Im Folgenden werden die unterschiedlichen Ansichten zur juristischen Abgrenzung des Spielbegriffs behandelt.

aba. Der (straf)rechtliche Spielbegriff gem Seelig

Seelig setzte zur Definition des strafrechtlichen Spielbegriffs an seinem psychologischen Spielbegriff¹²⁵ auf und ergänzte diesen durch ein „juristisches Korrektiv“, welches aus drei zentralen Elementen bestand. Wie bereits erwähnt deckt sich die rechtliche Definition des Glücksspielbegriffs im Strafrecht mit der des Glücksspielgesetzes.¹²⁶ Daher sind diese Ausführungen auch im Hinblick auf das Verwaltungsrecht relevant. Ganz grundsätzlich jedoch betrachtete *Seelig* den rechtlichen Spielbegriff nicht als Gegensatz zum psychologischen Spielbegriff, sondern vielmehr als eine Unterart¹²⁷ desselben, die sich eben aufgrund folgender drei Kriterien auszeichnete:

Leistung eines Vermögenswertes: Nur Spiele, die eine Vermögensleistung und den damit einhergehenden möglichen Verlust derselben von zumindest einem Spielteilnehmer voraussetzen, sind aufgrund der schützenswerten Funktion des Gesetzes in rechtlicher Hinsicht relevant.¹²⁸ Dass als Sanktion für die Niederlage im Spiel der Verlust des eingesetzten Vermögenswertes droht beruht auf den das Spiel bestimmenden Spielregeln, „die durch eine – meistens stillschweigende – Vereinbarung der Spielenden entsteht.“¹²⁹

Symbolisierte Kampfhandlung: Die rechtlich relevante Spielform ist der Wettstreit. *Seelig* sprach in diesem Zusammenhang von einer fingierten Kampfsituation, in welcher die gegeneinander „spielenden“ Kontrahenten auf den Sieg als Ergebnis des Spiels

¹²³ Vgl *Seelig*, Glücksspielstrafrecht 32.

¹²⁴ Vgl *Weratschnig*, Glücksspiel 58.

¹²⁵ *Seelig*, Glücksspielstrafrecht 18 ff.

¹²⁶ Vgl Allgemeines Zum Glücksspielbegriff: II.C.1).

¹²⁷ *Seelig*, Glücksspielstrafrecht 34.

¹²⁸ *Seelig*, Glücksspielstrafrecht 33 f.

¹²⁹ *Seelig*, Glücksspielstrafrecht 35.

abzielen und als Sanktion für den Fall des Unterliegens mit einer Vermögenseinbuße zu rechnen ist.¹³⁰

Personenmehrheit: Aufgrund der Spielform des Kampfes bedarf es einer Personenmehrheit von mindestens zwei Spielern.¹³¹

Schlussendlich kam *Seelig* zu folgender ausformulierten Definition des rechtlichen Spielbegriffes:

„Spiel ist die bewußte Hervorrufung von durch Annahmen eines Kampfes und die damit verbundenen Phantasiegefühle, Phantasiebegehrungen, spannenden und lösenden Gefühle bewirkten Aktlustgefühlen dadurch, daß zwei oder mehrere Personen symbolische Kampfhandlungen unter der Vereinbarung vornehmen, daß je nach dem Ergebnisse dieser Kampfhandlungen der eine oder der andere Teilnehmer einen Vermögenswert erhält“¹³²

Hinsichtlich des ersten Erfordernisses, nämlich der möglichen Vermögensverschiebung, die wie richtig festgehalten, meistens als stillschweigend¹³³ vereinbart gilt, ist *Seelig* aufgrund der potentiellen Gefahr für den Spieler und dem entgegenwirkenden Schutzzweck der Gesetze zuzustimmen. Dh entscheidend ist nicht ob das Spiel potentiell geeignet sei, um Geld und somit um eine etwaige Vermögensverschiebung zu spielen, sondern ob es auch tatsächlich in dieser Form gespielt wird. Nur das Spiel um Geld ist rechtlich relevant.¹³⁴

Schwierig erscheint die Forderung einer Personenmehrheit. Es stellt sich die Frage in welcher Qualifikation diese vorliegen muss. Zum einen bedingt zwar jeder Vertrag, somit auch der Spielvertrag, mindestens zwei Vertragspartner, doch bleibt offen in welcher Form sich jene am Spiel beteiligen. Auch *Seelig* erkannte diese Problematik, die zB beim Automatenpiel auftritt, wo im Grunde der Spieler alleine mit dem Automaten spielt und sein Vertragspartner, der Halter des Automaten, zwar von Niederlagen des Spielers

¹³⁰ *Seelig*, Glücksspielstrafrecht 34 iVm 27 u 32.

¹³¹ *Seelig*, Glücksspielstrafrecht 35.

¹³² *Seelig*, Glücksspielstrafrecht 36.

¹³³ In Form eines Spielvertrages gem §§ 1267 ff ABGB. Wenn auch problematisch: vgl *Wolf*, Problematik Glücksspiel 10.

¹³⁴ Vgl *Weratschnig*, Glücksspiel 59.

profitiert, jedoch nicht im Geringsten im Spiel selbst involviert ist.¹³⁵ Daher ist das Erfordernis der Personenmehrheit als sehr weit gefasst¹³⁶ und vor allem auf das Vorliegen eines Spielvertrages bezogen zu verstehen.

Wie von *Weratschnig* richtig analysiert wurde ist der rechtliche Spielbegriff *Seeligs* aufgrund des Abstellens auf einen symbolischen Kampf zu eng gefasst.¹³⁷ Denn bei ausschließlich zufallsabhängigen Spielen wie zum Beispiel Roulette mangelt es an einer fingierten Kampfsituation. Jedem Spieler ist bekannt, dass es für ihn unmöglich ist dieses Spiel auf lange Sicht mit einer positiven Vermögensentwicklung zu bewältigen. Da der Spieler in keinem Moment eigene Fähigkeiten bzw. Geschick zu seinen Gunsten nützen kann und weder er noch sein spielerischer Widerpart eigene Spielzüge in Reaktion auf die des jeweils anderen abstimmt, findet nicht einmal eine symbolische Kampfsituation statt. Triebfedern derartiger Spiele sind nicht das Streben nach spielerischer Überlegenheit, sondern vielmehr nach Unterhaltung, Ablenkung und die Hoffnung auf Fortunas Güte. Dh *Seeligs* Bestehen auf eine zumindest fingierte Kampfsituation zw. den Spielteilnehmern schließt einige der rein zufallsabhängigen Spiele aus und diesem Umstand ist keinesfalls zuzustimmen.

abb. Spiel im (straf)rechtlichen Sinne gem. Wolf

Bernhard *Wolf* hatte sich in seiner Dissertation¹³⁸ mit den strafrechtlichen Aspekten des Glücksspiels auseinandergesetzt und dabei ebenfalls versucht die im Rechtssinne entscheidenden Elemente hinsichtlich der Definition des Spiels festzumachen. Hierbei stützte er sich auf *Huizingas* Spielbegriff¹³⁹ und fügte diesem die folgenden, seiner Ansicht nach, rechtlich relevanten Entscheidungsmerkmale hinzu:

Mehrpersonen-Beteiligung: Da nur der mögliche Eingriff in den Rechtskreis von Dritten von schützenswerter Interesse und somit rechtlicher Relevanz ist, bedarf es einer Personenmehrheit, also einer Spielbeteiligung, von mindestens zwei Personen. Dazu ergänzte *Wolf*, dass diese Beteiligung sowohl gleichartig, wie zB beim Kartenspiel, als

¹³⁵ Es ist richtig, dass bei einem Automatenenspiel auch der Spieler keinen Einfluss auf den Ausgang des Spiels hat, jedoch bestimmt er im Vergleich zum Halter des Automaten zumindest Anfang, Ende und Häufigkeit des Spiels selbst.

¹³⁶ Vgl. *Weratschnig*, Glücksspiel 60.

¹³⁷ *Weratschnig*, Glücksspiel 60.

¹³⁸ *Wolf*, Problematik Glücksspiel.

¹³⁹ Vgl. *Huizinga*: II.C.1.aaa).

auch unterschiedlich sein kann. Dh gem *Wolf* sind auch Spiele mit einem Bankhalter (zB Roulette, Black Jack) bzw auch Automaten Spiele davon erfasst, weil es durch die Wechselwirkung von Verlust und Gewinn zw dem Spieler und dem Spiel- bzw Automatenanbieter zu einer „unmittelbaren Beziehung“ kommt.¹⁴⁰

Agonale Regel: Rechtlich relevant sind nur jene Spiele, die regelbedingt einen Interessenskonflikt zwischen den Beteiligten generieren. Dieser Konflikt basiert auf der angestrebten Gewinnzuweisung, die automatisch eine Verlustzuweisung an den jeweils anderen begründet.

Endlichkeit: Ein Spiel endet sobald das in Form von Regeln gemeinsam vereinbarte Ziel eintritt.

Freiwilligkeit der Beteiligung: Wie von *Huizinga*¹⁴¹ und *Caillois*¹⁴² schon angeführt wurde, liegt die Beteiligung am Spiel und somit die Unterwerfung unter die Spielregeln im alleinigen Verfügungsbereich des Spielers. Er handelt frei von äußeren Zwängen und sozialen oder moralischen Verpflichtungen.

Vor allem in der uneingeschränkten Handlungsfreiheit hinsichtlich der Beteiligung am Spiel aber auch in dessen eindeutiger Endlichkeit finden sich zwei differierende Wesensmerkmale zwischen Spielablauf und alltäglichem, gewöhnlichem Leben.¹⁴³

Wolf hielt unter anderem auch fest, dass strafrechtliches Interesse eine Einwirkungsmöglichkeit bedingt, „die so beschaffen ist, daß daraus eine Verletzung fremder Rechtskreise oder wenigstens die Gefahr einer solchen Verletzung erwachsen kann.“¹⁴⁴ Dem ist nicht zuzustimmen, da mE aufgrund der beidseitigen, freiwilligen Unterwerfung unter die Spielregeln, eine negative Vermögensverschiebung bewusst in Kauf genommen wird und somit nicht von einer Verletzung fremder Rechte gesprochen werden kann.

Da *Wolf*, ebenso wie auch *Seelig*, bei seiner Definition keine Rücksicht auf ausschließlich zufallsabhängige Spiele nahm, ist dieser Spielbegriff mE zu sehr eingeschränkt. Ich

¹⁴⁰ *Wolf*, Problematik Glücksspiel 12.

¹⁴¹ *Huizinga/Nachod/Flitner*, Homo ludens 16.

¹⁴² *Caillois*, Spiele u. Menschen 16 f.

¹⁴³ *Wolf*, Problematik Glücksspiel 14.

¹⁴⁴ *Wolf*, Problematik Glücksspiel 13.

schließe mich daher in diesem Punkt *Weratschnig*¹⁴⁵ an und verweise auf meine entsprechenden Ausführungen unter *Seelig* ab).

abc.Spiel im rechtlichen Sinne gem Weratschnig

Bernhard *Weratschnig*, der ebenfalls die gängigen, allgemeinen sowie rechtlichen Erläuterungen zum Spielbegriff untersuchte¹⁴⁶, formulierte aufbauend auf den bereits angeführten Lehrmeinungen anhand objektiver, formaler Kriterien einen eigenen Standpunkt zur rechtlichen Definition des Spiels.

Vermögenswert und Personenmehrheit: Um dem Spiel eine rechtliche Relevanz zu verleihen, hat gem *Weratschnig* in Anlehnung an *Seelig* und *Wolf*, eine Vermögensverschiebung stattzufinden. Denn nur die Übertragung eines Vermögenswerts berühre schützenswerte Rechtspositionen. Diese Tradierung, ist sie nun unmittelbar oder aber auch nur mittelbar, setzt zwingend eine Mehrpersonenbeteiligung voraus. Insofern sind Spiele ohne Vermögenseinsatz oder ohne direkter bzw indirekter Beteiligung rechtlich irrelevant.

Ungewisser Ausgang und Zufallskomponente: Ein ungewisser Ausgang des Spiel ist lt *Weratschnig* eine rechtliche Notwendigkeit. Darüber hinaus muss die Spielentscheidung zwingend durch ein aleatorisches Element (mit)bestimmt werden. Grundsätzlich ist das Verhältnis zwischen Glücks- und Geschicklichkeits- bzw Wettkampfskomponenten nicht entscheidend, solange eben gewährleistet ist, dass nicht ausschließlich agonale Einflüsse ausschlaggebend sind.

Bindende Regeln: Von den Spielteilnehmern anerkannte und verpflichtende Spielbedingungen gewährleisten im Zusammenwirken mit aleatorischen und agonalen Einflüssen einen geregelten Spielablauf.

¹⁴⁵ *Weratschnig*, Glücksspiel 62.

¹⁴⁶ *Weratschnig*, Glücksspiel 52 ff.

abd. Fazit: Eigene Meinung zum Spiel im rechtlichen Sinne in Anlehnung an Weratschnigs Definition

ME hat *Weratschnig* die wesentlichen Elemente der verschiedenen Lehrmeinungen treffend zusammengefasst. Grundsätzlich befürworte ich seine Ausführungen hinsichtlich der einzelnen objektiven Merkmale des rechtlichen Spielbegriffs, möchte sie jedoch noch um die folgenden mE sehr wichtigen und entscheidenden Anmerkungen bzw. Änderungen ergänzen:

Weratschnig ging davon aus, dass bei einem rechtlich beachtlichen Spiel eine Vermögensverschiebung zwingend stattfinden muss. ME ist es in Hinblick auf die rechtliche Relevanz von Spielen nicht entscheidend, dass diese Vermögensverschiebung bei jeder Spielrunde auch tatsächlich eintritt sondern nur, dass die Regeln des Spiels derart ausgestaltet sind, eine Vermögensverschiebung zu ermöglichen. Obwohl diese für gewöhnlich ohnehin eintritt muss es jedoch nicht zwingend der Fall sein.

Wie ein genauer Blick auf ein paar klassische Glücksspiele um Geld zeigt, würde eine strikte Befolgung von *Weratschnigs* Erfordernis nämlich dazu führen, dass man Spiele wie zB Roulette oder Black Jack zwangsläufig nicht als Spiele im rechtlichen Sinn bezeichnen dürften. Es kann nämlich durchaus vorkommen, dass einzelne Spielrunden ohne Vermögensverschiebung beendet werden.¹⁴⁷ Hinsichtlich seiner Ausführungen zur Mehrpersonenbeteiligung ist inhaltlich nichts hinzuzufügen.¹⁴⁸

Problematisch hingegen erscheint mir die Behauptung, dass eine aleatorische Komponente den Ausgang des Spiels in jedem Fall (mit)bestimmen muss, zudem dies auch nicht näher begründet wird. Hier werden mE unrichtigerweise zwei Tatbestandselemente des Glücksspielbegriffs¹⁴⁹ vermengt. Nämlich zum einen „Spiel“ und zum anderen die „Zufallsabhängigkeit“.

Unklar erscheint mir warum *Weratschnig* auf das von *Huizinga*, *Caillois* und *Wolf* bereits hingewiesene Erfordernis der freiwilligen Unterwerfung unter die bindenden Spielregeln verzichtete. Ich halte dieses Erfordernis für durchaus angebracht und verweise hier auf meine Ausführungen unter *Wolf* abb).

¹⁴⁷ ZB bei Black Jack: Wenn die gezogenen Karten des Spielers, als auch die der Bank, in Summe jeweils die exakt gleiche Punktezahl ergeben, ändert sich an der Vermögenssituation zwischen Spieler und Bank absolut nichts. Bei Roulette: Bleibt die Kugel auf der Ziffer „Null“ liegen, gilt ein Einsatz auf Feldern wie zB „pair“ oder „impair“ weder als verloren noch winkt ein Gewinn. Der Einsatz wird gesperrt und für die nächste Spielrunde aufgehoben.

¹⁴⁸ Vgl *Weratschnig*, Glücksspiel 63.

¹⁴⁹ Vgl §§ 1 Abs 1 GSpG und § 168 StGB.

abe. Spiel lt Gesetzesmaterialen zum GSpG: Glücksverträge gem ABGB

Nach Aufzeigen mehrerer allgemeiner sowie rechtlicher Lehrmeinungen hinsichtlich der Qualifikationsmerkmale eines Spiels stellt sich die Frage, welche genaue Vorstellung der Gesetzgeber des GSpG beim Verwenden der Bezeichnung „Spiel“ vor Augen hatte. Hierzu bedienen wir uns der Gesetzesmaterialien. Dessen zu Folge sah der Gesetzgeber das „Spiel“ gem § 1 Abs 1 GSpG als „einen entgeltlichen Glücksvertrag im Sinne des § 1267 ABGB“.¹⁵⁰

Lt § 1267 ABGB handelt es sich somit um einen Vertrag, wodurch die Hoffnung eines zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses noch ungewissen Vorteils versprochen und angenommen wird. Das Bürgerliche Gesetzbuch setzt bei einem Glücksvertrag die Entgeltlichkeit nicht zwingend voraus¹⁵¹. In diesem Fall jedoch fordern die Gesetzesmaterialien eindeutig das Vorliegen eines entgeltlichen Vertrages¹⁵². Dh es muss sich um einen zweiseitig verbindlichen Vertrag handeln, welcher in jedem Fall für beide Vertragspartner eine negative Vermögensverschiebung, sprich einen Verlust, zulässt. Somit ist das Charakteristikum eines Spiels iSd zitierten Rechtsvorschrift ein Vertragsabschluss, durch welchen die Eventualität geschaffen wird, als Gegenleistung für den eigenen eingesetzten Vermögenswert einen verhältnismäßig höheren Vorteil zu erlangen, wobei der Eintritt dieser Gegenleistung zum Zeitpunkt der vertraglichen Einigung noch ungewiss ist.¹⁵³ Das ABGB gliedert in § 1269 ABGB die Glücksverträge in drei Typen: die Wette, das Spiel und das Los. Es stellt sich nun die Frage, ob in Hinblick auf die Ergründung des Normgehalts des Glücksspielbegriffes gem § 1 GSpG eine Differenzierung zwischen diesen einzelnen Verträgen, allen voran zwischen Wette und Spiel überhaupt geboten ist. Manche Autoren fanden eine exakte Grenzziehung zwischen diesen Vertragstypen aus rechtlicher Sicht entbehrlich, weil das ABGB „jedes Spiel als ‚eine Art von Wette‘ ansieht und keine besonderen Vorschriften dafür gibt“¹⁵⁴. Diese Feststellung erweist sich zwar hinsichtlich der zivilrechtlichen Rechtswirkungen¹⁵⁵ als

¹⁵⁰ 1067 BlgNR 17. GP, 16.

¹⁵¹ Vgl § 1267 ABGB: „zu den entgeltlichen oder unentgeltlichen Verträgen“.

¹⁵² Vgl 1067 BlgNR 17. GP, 16: „einen entgeltlichen Glücksvertrag“; vgl § 1 GSpG: „Gewinn und Verlust“, Indiz für Entgeltlichkeit, dazu später unter II.C.1.b).

¹⁵³ Vgl *Burgstaller*, Grundfragen des Glücksspielstrafrechts, RZ 2004, 214.

¹⁵⁴ *Wolff* in *Klang/Gschnitzer* (Hrsg), Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch V² (1954) 994.

¹⁵⁵ *Koziol/Welser*, Grundriss des bürgerlichen Rechts¹² II (2001) 253.

richtig, vergisst aber auf andere Rechtsgebiete¹⁵⁶, in denen wie bereits erwähnt gem Gesetzesmaterialien¹⁵⁷ auf die Definitionen des ABGB Bezug genommen wird. Wie *Schwartz* ausführte sind nämlich die verschiedenen strafrechtlichen¹⁵⁸ sowie verwaltungsrechtlichen¹⁵⁹ Strafdrohungen „alle explizit nur auf illegal betriebene Spiele“¹⁶⁰ zu beziehen. Daher ist es seiner Ansicht nach erforderlich, die genaue Absicht des Gesetzesgebers bei der Verwendung der Bezeichnung „Spiel“ zu ergründen, um beurteilen zu können, wie relevant eine strenge Abgrenzung zwischen Wette und Spiel in diesem Zusammenhang tatsächlich ist und wie diese gegebenenfalls vorzunehmen ist. Die Lehre hatte sich in letzter Zeit mit der Beurteilung möglicher ausschlaggebender Unterscheidungskriterien sehr ausgiebig¹⁶¹ wie auch kontrovers auseinandergesetzt. Während *Burgstaller* hinsichtlich der Unterstellbarkeit von Wetten unter den Spielbegriff zwischen Glücksspielrecht und Strafrecht differenzierte¹⁶² ist mE von einem einheitlichen Spielbegriff auszugehen. Denn zum einen verfolgte der Gesetzgeber sowohl mit der Glücksspielnorm im StGB als auch ganz allgemein mit dem GSpG sehr ähnliche ordnungspolitische Zielsetzungen wie zB Spielerschutz und Kriminalitäts-eindämmung und zum anderen verwendete er hierzu bei der Definition des Glücksspielbegriffes in beiden Gesetzen sogar dieselbe Diktion.¹⁶³

Aktuell gibt es in der Lehre drei verschiedene Ansichten wonach die Abgrenzung zwischen Wette und Spiel zu erfolgen hat.

¹⁵⁶ Vgl *Hoscher/Strejcek*, Was ist Wette, was ist Spiel? in *Strejcek* (Hrsg), Lotto und andere Glücksspiele: Rechtlich, ökonomisch, historisch und im Lichte der Weltliteratur betrachtet (2003) 79, arg: „öffentlich-rechtlich maßgebliche Unterschied zwischen Spiel und Wette“.

¹⁵⁷ 1067 BlgNR 17. GP, 16.

¹⁵⁸ § 168 StGB.

¹⁵⁹ § 52 GSpG; siehe Straf- und Verfahrensbestimmungen Seite 13.

¹⁶⁰ *Schwartz*, Strukturfragen und ausgewählte Probleme des österreichischen Glücksspielrechts (1998) 91.

¹⁶¹ *Schwartz*, Strukturfragen GSpG 91 ff; *Schwartz/Wohlfahrt*, Kompetenzrechtliche Zuordnung von Gesellschaftswetten, *ecolex* 2002, 51; *Schwartz/Wohlfahrt*, Rechtsfragen der Sportwette, *ÖJZ* 1998, 601; dagegen: *Hoscher/Strejcek* in *Strejcek* (Hrsg), Lotto ua Glücksspiele 71 ff; Replik darauf: *Schwartz/Wohlfahrt*, Im Auslegen seid frisch und munter ..., *ecolex* 2003, 797.

¹⁶² *Burgstaller*, *RZ* 2004, 214.

¹⁶³ Vgl 1067 BlgNR 17. GP, 16, arg „identisch“; VwGH 18. 12. 1995, 95/15/0047, arg „entspricht“.

abca. Abgrenzung Spiel vs Wette im strafrechtlichen Schrifttum

Die strafrechtliche Literatur argumentierte vorwiegend mit den Beweggründen die zum Abschluss des Glücksvertrages führen.¹⁶⁴ Demnach soll der einzige Sinn einer Wette darin liegen einer punktuellen Meinungsverschiedenheit zwischen den Vertragspartnern Ausdruck zu verleihen und dadurch eine Erledigung herbeizuführen. Nur dann handle es sich um kein Spiel (und somit auch um kein mögliches Glücksspiel). Treten jedoch Verhaltensweisen hinzu die „der Befriedigung des Spieltriebes, der Unterhaltung oder dem Gewinnstreben dienen“¹⁶⁵ so ist auch dann von einem Spiel auszugehen wenn dieses in der äußeren Form einer Wette abgehalten wird. Die Ansicht darüber ob der diskutierte Spielbegriff abgesehen von den soeben angeführten Kriterien auch durch gewisse psychologische Elemente wie dem „spielerischen Verhalten“¹⁶⁶ der Beteiligten angereichert sein muss, war ausgehend von der Jud in der jüngsten Vergangenheit einem Wandel unterzogen. Während bis zum Ende des letzten Jahrhunderts dieses Erfordernis größtenteils bejaht worden war und im Zuge dessen aufgrund des „Mangels des ‚spielerischen Moments‘“¹⁶⁷ Pyramidenspiele nicht als Spiele iSd § 168 StGB qualifiziert worden waren, hatte sich diese Ansicht¹⁶⁸ nach höchstgerichtlichen Entscheidungen¹⁶⁹, die diese Voraussetzung ignorierten, weitgehend geändert.¹⁷⁰ Daran hatte auch die Einführung des speziellen Tatbestands für Pyramidenspiele § 168 a StGB nichts geändert. Diesbezüglich wurde die Jud weitgehend akzeptiert und im Bereich des Strafrechts wird das Erfordernis des „‚spielerischen Elements‘“¹⁷¹ nun nur mehr in wenigen Fällen erwähnt.¹⁷² In diesem Zusammenhang verwies Burgstaller ebenfalls auf die im GSpG ausdrücklich angeführten Glücksspiele wie diverse Lotterien und zeigte auf, dass man Teilnehmern an diesen Spielen im Regelfall bestimmt auch kein ausreichendes spielerisches Verhalten unterstellen könnte.¹⁷³

¹⁶⁴ Vgl Höpfel, Probleme des Glücksspielstrafrechts, ÖJZ 1978, 421; Burgstaller, RZ 2004, 214.

¹⁶⁵ Kirchbacher/Presslauer in Höpfel/Ratz (Hrsg), Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch² 25b. Lieferung, Austauschheft 2009, § 168 Rz 2.

¹⁶⁶ Burgstaller, RZ 2004, 214.

¹⁶⁷ Burgstaller, RZ 2004, 214.

¹⁶⁸ Vgl Foregger/Fabrizy, Kurzkomentar zum Strafgesetzbuch⁸ (2002) § 168 Rz 1; aktualisiert: Foregger/Fabrizy, Kurzkomentar zum Strafgesetzbuch⁹ (2006) § 168 Rz 1.

¹⁶⁹ Vgl SZ 69/69 (= ÖJZ 1997/3); OGH, 28.11.1996, 14 Os 181/95; OGH, 5.3.1998, 12 Os 138/97.

¹⁷⁰ Burgstaller, RZ 2004, 214.

¹⁷¹ Burgstaller, RZ 2004, 214.

¹⁷² Mayerhofer, Das österreichische Strafrecht I⁵ (2000) § 168 Anm 7.

¹⁷³ Burgstaller, RZ 2004, 214.

abeb. Abgrenzung Spiel vs Wette mittels § 1272 ABGB

Walter *Schwartz* und Franz *Wohlfahrt* (zuerst nur *Schwartz*, in späterer Folge gemeinsam mit *Wohlfahrt*¹⁷⁴) hatten sich bisher sehr intensiv mit der Abgrenzungsfrage zwischen Spiel und Wette auseinandergesetzt und sind dabei zu durchaus interessanten Überlegungen und auf den ersten Blick logischen Ableitungen gekommen. Sie orientierten sich dabei sehr streng am Wortlaut der zivilrechtlichen Normen zu den Glücksverträgen. Ausgangspunkt ihrer Interpretation war dabei § 1272 ABGB, der das Spiel als eine „Art von Wette“ definiert. Daraus folgerten sie, dass das Spiel iSd ABGB eine Spezialform der Wette sei. Der Begriff der Wette sei daher zum einen „in einem umfassenden Sinn (Wette iwS)“¹⁷⁵, dh inkl der Unterkategorie Spiele und zum anderen in einem speziellen Sinn „(Wetten ieS)“¹⁷⁶, nämlich Wetten, die nicht als Spiele zu qualifizieren sind, zu verstehen. Folgedessen muss ein Spiel zumindest grundsätzliche Merkmale einer Wette beinhalten. Die zivilrechtliche Definition einer Wette in § 1270 ABGB verlangt, dass von den Wettpartnern hinsichtlich eines für beide Teile noch unbekanntes Ereignisses logischerweise entgegengesetzte Standpunkte eingenommen werden und für denjenigen, dessen Behauptung sich als richtig erweist ein bestimmter Preis als „Gewinn“ verabredet wird. *Schwartz/Wohlfahrt* zeigten auf, dass bei einem gewöhnlichen Kartenspiel mit einem zuvor vereinbarten Spieleinsatz, welchen letztendlich der Verlierer dem Gewinner zu leisten hat, all jene gem § 1270 ABGB für den Glücksvertrag „Wette“ geforderten Kriterien erfüllt werden, da beide Teilnehmer zu Beginn ihre Behauptung, das Spiel zu gewinnen, mit dem getätigten Spieleinsatz untermauern.¹⁷⁷ Wie unter abea) angeführt wird bei diesem Beispiel seitens der Vertreter der Strafrechtslehre nun darauf abgestellt unter welchem Zweck dieser Glücksvertrag zustande gekommen ist. Demnach wäre zu prüfen, ob die Intension der beiden Vertragspartner darin lag eine Meinungsverschiedenheit auszutragen, nämlich die jeweilige Behauptung der bessere Kartenspieler zu sein, oder ob diese Auseinandersetzung eher „der Befriedigung des Spieltriebes, der Unterhaltung oder dem Gewinnstreben dienen“¹⁷⁸ sollte. *Schwartz/Wohlfahrt* wiesen nun eindrucksvoll darauf hin, dass diese Form der Abgrenzung zwischen Wette und Spiel aus zwei Gründen

¹⁷⁴ Vgl *Schwartz*, Strukturfragen GSpG 91 ff; mit: *Schwartz/Wohlfahrt*, *ecolex* 2002, 51; *Schwartz/Wohlfahrt*, *ÖJZ* 1998, 601.

¹⁷⁵ *Schwartz/Wohlfahrt*, *Komm GSpG* § 1 Rz 9.

¹⁷⁶ *Schwartz/Wohlfahrt*, *Komm GSpG* § 1 Rz 9.

¹⁷⁷ *Schwartz*, Strukturfragen GSpG 92; *Schwartz/Wohlfahrt*, *ÖJZ* 1998, 601.

¹⁷⁸ *Kirchbacher/Presslauer* in *Höpfel/Ratz* (Hrsg), *WK Strafgesetzbuch*², § 168 Rz 2.

kein wirklich taugliches Mittel ist. Erstens leitet sich nämlich bereits aus der systematischen Einteilung im ABGB ab, dass das Spiel als Unterform der Wette auch Elemente derselben in sich vereinen kann. So kann die Austragung einer Meinungsverschiedenheit durchaus auch die Triebfeder eines Spiels sein. Dh gem der hL können demnach nur die hinzutretenden Absichten wie die „Befriedigung des Spieltriebes, die Unterhaltung oder das Gewinnstreben“¹⁷⁹ die zwischen Wette und Spiel unterscheidenden Kriterien sein. Daraus ergibt sich zweitens, dass die Abgrenzung in dieser Art und Weise mangels eines positivrechtlichen Maßstabes wie er bei vergleichbaren Problemstellungen immer wieder in Form von konstruierten, abstrakten Rechtsfiguren (zB der des „maßgerechten Menschen“¹⁸⁰) vorzufinden ist, nur auf rein subjektive Motive der Vertragspartner gestützt wird.¹⁸¹ Wie *Schwartz/Wohlfahrt* festgestellt haben, kann diese Form der Abgrenzung jedoch zu keinem überzeugenden Ergebnis führen, da zum einen die wahren subjektiven Zielsetzungen oft gar nicht bekannt sind und sich zum anderen selbst dann, wenn sie bekannt wären, bei differierenden Absichten die Frage stellt, „wessen subjektiver Beweggrund für die Qualifizierung des zustande gekommenen Rechtsgeschäftes ausschlaggebend sein soll“¹⁸².

Die Frage welches zusätzlich hinzutretende Kriterium nun eine schärfere und objektivere Abgrenzung zwischen Wette und Spiel ermöglicht, vermeinten *Schwartz/Wohlfahrt* durch den vom Gesetzgeber verwendeten Begriff „Spiel“ beantworten zu können. Ihrer Ansicht nach, lässt sich „aus der eigentümlichen Wortbedeutung“¹⁸³ das unterscheidende Wesensmerkmal herauslesen. So ist die Tatsache, dass die Vertragspartner eine andauernde Aktivität setzen und um etwas „spielen“ das zu einer Wette (nämlich der Behauptung als Sieger ermittelt zu werden) hinzutretende und ausschlaggebende Kriterium, welches ein Spiel von der Wette abgrenzt. Durch das „Spielen“ sind die Teilnehmer im Entscheidungsprozess, der zum Ergebnis der ursprünglichen Wette führt, aktiv eingebunden und haben diesbezüglich, sofern nach der Konstruktion und den Regeln des Spiels der Spielausgang nicht ausschließlich vom Zufall abhängig ist, sogar einen Einfluss auf das Wettergebnis. Dh beim Spielvertrag wird demnach der Entscheidungsprozess von den Vertragspartnern durch ihr „spielendes Verhalten“, wenn auch nicht zwingend in ausschlaggebender Art und Weise entschieden, dann zumindest

¹⁷⁹ *Kirchbacher/Presslauer in Höpfel/ Ratz* (Hrsg), WK Strafgesetzbuch², § 168 Rz 2.

¹⁸⁰ *Schwartz*, Strukturfragen GSpG 92 FN 340.

¹⁸¹ *Schwartz*, Strukturfragen GSpG 93.

¹⁸² *Schwartz*, Strukturfragen GSpG 93 FN 341.

¹⁸³ *Schwartz/Wohlfahrt*, ÖJZ 1998, 601.

ausgelöst und begleitet. Im Gegensatz dazu haben bei sonstigen Wettverträgen (,Wetten ieS‘)¹⁸⁴ die Teilnehmer im Regelfall keinen Einfluss auf Beginn, Ablauf und Ergebnis des der Wette zugrundeliegenden Wettereignisses. *Schwartz/Wohlfahrt* führten auch an, dass sich die „aus der eigentümlichen Wortbedeutung des Begriffs ‚Spiel‘ vorgenommenen Bestimmung des specificum differens zw Spiel und Wette [...] mit der im täglichen Sprachgebrauch vorgenommenen Unterscheidung dieser beiden Vertragsformen [deckt]: So zeigt ein Blick in die Praxis, daß – zB im Fußball – zwar ‚auf Spiele gewettet wird‘, damit aber eben gemeint ist, daß der Wetteilnehmer im Regelfall selbst nicht mitspielt und daher aus seinem eigenen Verhalten heraus keinen Einfluß auf das Spielergebnis hat.“¹⁸⁵ Gem dieser Ableitung kamen *Schwartz/Wohlfahrt* zu dem Schluss, dass gänzlich unabhängig vom Einfluss des Faktors Zufall auf das Ergebnis einer Wette, diese bei einem Mangel an „spielendem Verhalten“ nicht unter den Glücksspielbegriff gem § 1 Abs 1 GSpG subsumiert werden könnte und daher auch die sogenannten Gesellschaftswetten (wie zB politische Wahlausgänge oder private Entwicklungen im Leben von Hollywoodstars) in ihrer Durchführung, auch dann wenn sie gänzlich vom Zufall abhängig sind, nicht dem Monopol gem § 3 GSpG zu unterwerfen sind.¹⁸⁶

abec. Abgrenzung Spiel vs Wette anhand von § 1 GSpG

Im Zuge einer Auseinandersetzung mit der Frage ob Wetten auf kulturelle, gesellschaftliche oder sonstige Ereignisse („Gesellschaftswetten“) dem Glücksspielmonopol des Bundes unterliegen, hatten Gerhard *Strejcek* und Dietmar *Hoscher* die Abgrenzungsthematik zwischen Spiel und Wette und die von *Schwartz/Wohlfahrt* vertretene Auslegungsmethodik mit dem Ergebnis, „dass nicht jede Wette auch ein Spiel iSd GSpG sein muss“, aufgegriffen.

Dabei kritisierten sie die von *Schwartz/Wohlfahrt* angewandte Methodik sich streng am Wortlaut des Glücksspielbegriffs iVm den zivilrechtlichen Normen zu den Glücksverträgen zu orientieren und qualifizierten dies als ein „(nur) an der Oberfläche eines ‚Wortlauts‘ zu schürfen [und] nicht als eine rechtsdogmatisch zweckmäßige bzw adäquate Annäherung an das Problem“¹⁸⁷ ab. Denn ihrer Meinung nach ist primär der „Sinngehalt der Rechtsbegriffe ‚Spiel‘ und ‚Wette‘ zu erfassen, was nicht ohne

¹⁸⁴ *Schwartz/Wohlfahrt*, Komm GSpG § 1 Rz 9.

¹⁸⁵ *Schwartz/Wohlfahrt*, ÖJZ 1998, 601.

¹⁸⁶ *Schwartz/Wohlfahrt*, ÖJZ 1998, 601, *Schwartz/Wohlfahrt*, eolex 2002, 51.

¹⁸⁷ *Hoscher/Strejcek* in *Strejcek* (Hrsg), Lotto ua Glücksspiele 81.

Berücksichtigung ergänzender Auslegungsmittel möglich ist“.¹⁸⁸ Dabei erweise sich die Formulierung des ABGB als ungeeignet, da diese ihrer Ansicht nach bereits „eine gewisse Unsicherheit des Gesetzgebers im Umgang mit den beiden Phänomena“¹⁸⁹ indiziere und die gesetzliche Formulierung des § 1272 ABGB, die das Spiel als „eine Art von Wette“ qualifiziere, nur für „mehr Vernebelung als Aufhellung“¹⁹⁰ sorgte. *Strejcek/Hoscher* vermeinten bezüglich der diskutierten Abgrenzungsfrage ist eine „historisch-systematische Methode anzuwenden“¹⁹¹ und sie stellten in weiterer Folge in diesem Zusammenhang fest, dass die „definitive Zusammenfassung der Glücksverträge [im ABGB] heute unzeitgemäß“¹⁹² ist und die dort genannten Glücksverträge heute ohnehin in ihrer faktischen und rechtlichen Anwendung an Relevanz verloren haben. Wie diese „historisch-systematische Methode“ nun genau auszusehen hat, konnte der zitierten Textpassage nicht wirklich entnommen werden. Es scheint als wäre bei der Behauptung hinsichtlich des ABGB wohl doch etwas über das Ziel hinausgeschossen worden. In diesen Zusammenhang ist auf die in der von *Schwartz/Wohlfahrt* gefolgten Replik¹⁹³ getroffenen Feststellungen zu verweisen. Dort hielten sie fest, dass sich das ABGB grundsätzlich durch eine äußerst präzise Gesetzessprache auszeichne und „die in Rede stehende Wortfolge bereits im Urentwurf des ABGB enthalten war und unverändert übernommen wurde“¹⁹⁴.

Hoscher/Strejcek kritisierten den von *Schwartz/Wohlfahrt* gewählten Ansatz als wesentliches Unterscheidungskriterium zwischen einer Wette und einem Spiel auf das „spielende Verhalten“¹⁹⁵ abzustellen. Ihrer Ansicht nach scheitert dieser Erklärungsversuch, da eine Abgrenzung des Begriffs „Spiel“ mit „spielendem“ Verhalten „zirkulär und demgemäß unzweckmäßig [und] ebenso wenig sinnvoll [wie] die Wette mit dem ‚wettenden‘ Verhalten der Wetteteilnehmer zu erklären“¹⁹⁶ ist. In diesem Punkt ist *Hoscher/Strejcek* Recht zu geben, auch dann wenn sich *Schwartz/Wohlfahrt* in ihrer Replik damit rechtfertigten, dass sie die Bezeichnung „‘spielendes Verhalten‘ nicht zur Erklärung des Spielbegriffes, sondern zur Abgrenzung von Spiel und Wette ieS

¹⁸⁸ *Hoscher/Strejcek* in *Strejcek* (Hrsg), Lotto ua Glücksspiele 81.

¹⁸⁹ *Hoscher/Strejcek* in *Strejcek* (Hrsg), Lotto ua Glücksspiele 81.

¹⁹⁰ *Hoscher/Strejcek* in *Strejcek* (Hrsg), Lotto ua Glücksspiele 81.

¹⁹¹ *Hoscher/Strejcek* in *Strejcek* (Hrsg), Lotto ua Glücksspiele 81.

¹⁹² *Hoscher/Strejcek* in *Strejcek* (Hrsg), Lotto ua Glücksspiele 81.

¹⁹³ *Schwartz/Wohlfahrt*, *ecolex* 2003, 797.

¹⁹⁴ *Schwartz/Wohlfahrt*, *ecolex* 2003, 797.

¹⁹⁵ *Schwartz/Wohlfahrt*, *ÖJZ* 1998, 601.

¹⁹⁶ *Hoscher/Strejcek* in *Strejcek* (Hrsg), Lotto ua Glücksspiele 78.

verwenden“.¹⁹⁷ Denn erstens hatten *Hoscher/Strejcek* in diesem Zusammenhang ebenfalls von abgrenzen¹⁹⁸ gesprochen und zweitens ist es streng auf den Begriff „Spiel“ bezogen tatsächlich ein Zirkelschluss, der jedoch aufgrund des allgemeinen Verständnisses von „spielendem Verhalten“ nicht sofort auffällt. Ersetzt man das Wort „Spiel“ und „spielendes“ Verhalten durch eine fiktive Wortschöpfung erkennt man die Problematik (zB ein „Aperon“ unterscheidet sich von der „Wette“ durch das Hinzutreten von „aperonischem“ Verhalten). Fairerweise muss man *Schwartz/Wohlfahrt* jedoch zu Gute halten, dass trotz der unglücklich gewählten Bezeichnung mitunter aufgrund der Ergänzung „... selbst das Spielergebnis herbeiführen bzw dadurch zu diesem beitragen“¹⁹⁹ sehr wohl verständlich war, dass sie damit eine aktive Beteiligung der Vertragspartner am Entscheidungsprozess, bzw eine Initialisierung desselben, der zugrundeliegenden Wette gemeint hatten.

Abgesehen von der mehrfachen Kritik am Abgrenzungsversuch von *Schwartz/Wohlfahrt* lieferten *Hoscher/Strejcek* auch Ansätze, wie die Unterscheidung zwischen Wette und Spiel ihrer Ansicht nach richtigerweise zu erfolgen hätte. So waren sie der Meinung, dass „der öffentlich-rechtlich maßgebliche Unterschied zwischen Spiel und Wette (zB beim Toto) weniger in der Frage der Einflussnahme auf ein Ereignis zu sehen ist, als in dem Punkt ob die Vorhersehbarkeit des Ausganges eines Ereignisses durch Wissen und Kenntnisse zumindest erhöht wird oder dies – wie bei rein aleatorisch bedingten Vorgängen – bereits im Bereich des Irrelevanten anzusiedeln ist.“²⁰⁰ Bezüglich dieser These blieb die Frage auf welcher gesetzlichen Grundlage die Autoren diesen „maßgeblichen Unterschied“ festmachen von jenen unbeantwortet. Umso mehr überraschte es dann als *Hoscher/Strejcek* wenige Seiten später ebenfalls wieder ohne einer nachvollziehbaren und logischen Ableitung feststellten, dass „als Abgrenzungskriterium zwischen Wette und (Glücks-)Spiel [ist] der § 1 GSpG heranzuziehen“²⁰¹ ist. Interessanterweise tappten mE die beiden Autoren bei dieser Argumentation nämlich selbst in die Falle eines Zirkelschlusses. So versuchten sie ein Element der Definition des Glücksspielbegriffs (nämlich „Spiel“) durch die Legaldefinition (§ 1 Abs 1 GSpG) selbst zu erklären. Jedenfalls kamen sie aufbauend auf dieser Argumentation zu dem Ergebnis, dass Gesellschaftswetten deren zugrundeliegende Ereignisse vorwiegend oder gänzlich

¹⁹⁷ *Schwartz/Wohlfahrt*, *ecolex* 2003, 797.

¹⁹⁸ *Hoscher/Strejcek* in *Strejcek* (Hrsg), *Lotto ua Glücksspiele* 78.

¹⁹⁹ *Schwartz/Wohlfahrt*, *ÖJZ* 1998, 601.

²⁰⁰ *Hoscher/Strejcek* in *Strejcek* (Hrsg), *Lotto ua Glücksspiele* 79.

²⁰¹ *Hoscher/Strejcek* in *Strejcek* (Hrsg), *Lotto ua Glücksspiele* 82.

vom Zufall abhängig sind, vom Glücksspielmonopol des Bundes erfasst sind. Hingegen handelt es sich ihrer Ansicht nach bei einer Sportwette um kein Glücksspiel. Denn da kann ein informierter und geschickter Wettteilnehmer nämlich mit entsprechendem Wissen und Kenntnis der „bisherigen Leistungen der Akteure, ihrer Betreuung und ihrer Form mit rationalen Argumenten Prognosen treffen, sodass hier nicht von einem rein ‚zufälligen‘ Ausgang gesprochen werden kann.“²⁰² Vereint der Wettteilnehmer hingegen einzelne Wetten über mehrere Sportereignisse in einer Kombinationswette so ergibt sich aufgrund der Multiplikation der Gewinnwahrscheinlichkeiten und der daraus resultierenden geringen Gewinnchance wieder ein Glücksspiel iSd § 1 GSpG.²⁰³ In beiden Fällen ist der von *Hoscher/Strejcek* formulierten Zuordnung hinsichtlich Geschicklichkeitsspiel und Glücksspiel zu folgen. Anzumerken ist jedoch, dass bei Sportwetten entgegen der Argumentation beider Autoren der Geschicklichkeitsfaktor, nicht ausschließlich in der umfangreichen Information des Wettteilnehmers und der daraus folgenden richtigen „Vorhersage des Ausgangs“²⁰⁴ eines Wettkampfes liegt, sondern ganz im Gegenteil vielmehr in der, basierend auf statistischen Fehlern des Buchmachers in Form der angebotenen Quoten („odds“), getroffenen Auswahl der Wettspiele.²⁰⁵ Dennoch wird unter Berücksichtigung dieser Tatsache in Bezug auf die Anwendbarkeit des GSpG dasselbe Resultat erzielt. Daher kann an dieser Stelle, mitunter auch aufgrund des Umfangs einer mathematischen Untermauerung, auf eine detaillierte Erklärung dieser Thematik verzichtet werden.

Hinsichtlich der Wetten auf einzelne Spielelemente bzw Teilergebnisse eines sportlichen Ereignisses kamen die beiden Autoren jedoch zu einem sehr überraschenden und gänzlich unnachvollziehbaren Ergebnis. So waren sie der Meinung dass derartige Wetten aufgrund

²⁰² *Hoscher/Strejcek* in *Strejcek* (Hrsg), Lotto ua Glücksspiele 79.

²⁰³ *Hoscher/Strejcek* in *Strejcek* (Hrsg), Lotto ua Glücksspiele 79.; *Erlacher*, GlücksspielG 11.

²⁰⁴ *Hoscher/Strejcek* in *Strejcek* (Hrsg), Lotto ua Glücksspiele 79.

²⁰⁵ Denn auch der Buchmacher kennt die Stärken beider Teams bestens. In den meisten Fällen noch viel besser als der Wettteilnehmer. Deshalb richtet er seine Quoten, die er dem Wettpartner anbietet, auch dem Können der beiden Teams entsprechend aus und addiert für sich einen „Buchmacherbonus“ in der Höhe von 3-6 %. Dh für den Wettteilnehmer bietet sich im Regelfall in Bezug auf seinen Geldeinsatz iVm den realen Gewinnchancen der jeweiligen Teams ein um 3-6% verschlechtertes Wettergebnis. Dh theoretisch wird er auf lange Sicht genau um diesen Prozentsatz schlechter aussteigen. Insofern kann ein Wettteilnehmer im Bereich der Sportwetten auf Dauer nur dann gewinnen, wenn er Fehler in der Gestaltung der Quoten des Buchmachers ausnützt. Dabei kann es aufgrund der langfristig orientierten Erwartungshaltung kurzfristig auch durchaus die richtigere Strategie sein auf das höchstwahrscheinlich verlierende Team zu setzen, wenn der Buchmacher aufgrund eines Fehlers für den Fall ihres Obsiegens eine deutlich zu hohe Quote anbietet. Eine andere Methode ist das sogenannte „Arbitragebetting“. Dabei nützt ein Wettteilnehmer die unterschiedlichen Quoten von zwei verschiedenen Buchmachern zu seinem Vorteil aus.

des „untrennbaren Konnex ... mit dem zugrunde liegenden sportlichen Ereignis“²⁰⁶ nicht unter die Anwendbarkeit des GSpG fallen. Es ist ein Rätsel warum derartige Wetten (zB welche Mannschaft die erste gelbe Karte bekommt oder den ersten Outeinwurf tätigt) nicht als das betrachtet werden was sie tatsächlich sind. Nämlich erstens absolut unabhängige und isolierte Rechtsgeschäfte mit zweitens im Regelfall keinem im Vorhinein logisch ableitbaren und prognostizierbaren Ergebnis und deshalb ausschließlich vom Zufall abhängig. Demnach widersprechen sich *Hoscher/Strejcek* selbst, wenn sie basierend auf ihrem aufgestellten Abgrenzungskriterium²⁰⁷ zw Spiel und Wette (nämlich der Vorhersagbarkeit des Ergebnisses bzw der Zufallshäufigkeit) zwar Gesellschaftswetten als Glückspiel, hingegen mindestens genauso unberechenbare und zufallsabhängige Wetten auf Spielelemente von Sportveranstaltungen als Geschicklichkeitsspiele und daher nicht als Glücksspiele iS des § 1 GSpG qualifizieren.

ac. Fazit: Definition des Spiels iSd § 1 GSpG mittels teleologischer Interpretation

Wie unter abea) bis einschließlich abec) aufgezeigt erscheint die Bestimmung und die Abgrenzung des vom Gesetzgeber verwendeten Begriffs „Spiel“ um sehr viel komplizierter als man erwarten möge. Großteils wiesen ohnehin die zitierten Autoren auf die Schwächen der jeweils anderen Auslegungs- und Abgrenzungsmethodik hin. Trotz Schwächen konnte die von *Schwartz/Wohlfahrt* hergeleitete Unterscheidung aufgrund der vom Wortlaut abhängigen logischen Schlussfolgerung auf den ersten Blick bisher am meisten überzeugen. Doch bei näherer Betrachtung fällt auf, dass der Gesetzgeber bei der Schaffung des Glücksspielbegriffes mit absoluter Sicherheit in bestimmten Anwendungsfällen nicht jenes Ergebnis normieren wollte, welches gem der Interpretation und Abgrenzung von *Schwartz/Wohlfahrt* zwangsläufig herauskommt. Dies ist am Beispiel eines am weit verbreitetsten und wie *Schwartz/Wohlfahrt* zu sagen pflegten, im „täglichen Sprachgebrauch“²⁰⁸ geläufigsten „Glücksspiel“ – dem Roulette aufzeigbar. Wie oben ausführlich erläutert wurde zeichnete gem den zitierten Autoren die Wette das Fehlen jegliches „spielenden Verhaltens“²⁰⁹ aus. Dh der Entscheidungsprozess der zum Ergebnis einer Wette führt ist vom Wettteilnehmer weder initiiert, spielerisch begleitet

²⁰⁶ *Hoscher/Strejcek* in *Strejcek* (Hrsg), Lotto ua Glücksspiele 80.

²⁰⁷ Auf Basis welcher Grundlage auf dieses Kriterium geschlossen wird verbleibt wie erwähnt im Dunkeln.

²⁰⁸ *Schwartz/Wohlfahrt*, ÖJZ 1998, 601.

²⁰⁹ *Schwartz/Wohlfahrt*, ÖJZ 1998, 601.

noch beeinflusst. Nun treffen überraschenderweise all diese Elemente auf ein typisches „Spiel“ am Roulette-Tisch zu. Die einzige vom „Spieler“ vorgenommene Handlung besteht darin seine Jetons am grünen Filz zu positionieren, dh er platziert seine Wette. Vergleichbar ist dies mit einem Teilnehmer bei einer Sportwette (die gem *Schwartz/Wohlfahrt* als „Wette ieS“²¹⁰ und deshalb nicht als Spiel iSd § 1 GSpG zu qualifizieren ist). Nach dieser Aktion hat der Roulette-„Spieler“ in keinem Moment mehr die Möglichkeit sich am Spiel zu beteiligen bzw dieses zu beeinflussen. Da jede Spielrunde gänzlich unabhängig von seiner Beteiligung im etwa ähnlichen Spielrhythmus durchgeführt wird, trifft nicht einmal die Tatsache, dass das Spiel durch den Spieler zumindest initiiert wird, zu. Der dem Vertrag zwischen Spieler und Kasino zugrundeliegende gesamte Spielablauf wird von einem, bezogen auf den Wettvertrag und das Spielergebnis, unabhängigen Dritten, nämlich dem Croupier (hinsichtlich seiner Aufgabe vergleichbar mit Sportlern iZm Sportwetten) gestartet, durchgeführt, überwacht und beendet. Man kann jetzt argumentieren, dass der Croupier als Erfüllungsgehilfe dem Kasino zuzurechnen ist. Doch selbst dann wird das von *Schwartz/Wohlfahrt* aufgestellte Erfordernis, „dass die Vertragsparteien [Plural!] durch ihr spielendes Verhalten selbst das Spielergebnis herbeiführen“²¹¹ aufgrund der Einseitigkeit der Croupierhandlungen nicht erfüllt. Zusätzlich sind seitens des Vertragspartners Kasino die geforderten widerstreitenden Behauptungen²¹² bezogen auf das Spielergebnis in Frage zu stellen, denn die Bank beabsichtigt weder eine spezielle Überlegenheit zu beweisen, noch ist ihr Handeln in irgendeiner Form vom Verhalten des „Gegners“ abhängig. Das Kasino bietet einzig und allein für jeweils Gruppen von Spielfeldern spezielle Auszahlungsquoten an und reagiert völlig emotionslos und regelkonform auf die ausschließlich zufällig zustande kommenden Ergebnisse der einzelnen Spielrunden. Eben vergleichbar mit Quoten bei Sportwetten.

Daher wäre gem der Definition des Begriffs „Spiel“ iSd § 1 Abs 1 GSpG nach den Ausführungen von *Schwartz/Wohlfahrt* ein Roulette-„Spiel“ als Wette ieS zu qualifizieren. Da den Autoren zufolge jedoch Wetten ieS nicht unter § 1 Abs 1 GSpG subsumierbar sind, müsste demnach Roulette ohne verwaltungsrechtlicher und strafrechtlicher Konsequenz von jedem angeboten und außerhalb der Spielstätten des gem

²¹⁰ *Schwartz/Wohlfahrt*, Komm GSpG § 1 Rz 9.

²¹¹ *Schwartz/Wohlfahrt*, ÖJZ 1998, 601.

²¹² Vgl *Schwartz*, Strukturfragen GSpG 92; *Schwartz/Wohlfahrt*, ÖJZ 1998, 601: Zwei Kartenspieler, die jeweils behaupten der bessere Spieler zu sein und ihr überragendes Können unter Beweis stellen wollen.

§ 21 GSpG festgelegten Konzessionärs gespielt werden dürfen. Natürlich kann jetzt wie bereits geschehen mit einer etwaig rechtswidrigen Verwaltungspraxis²¹³ hinsichtlich der Anwendung des Glücksspielmonopols argumentiert werden, doch ist bei einem so klassischen, wie auch suchtgefährlichen und mathematisch nachgewiesenen gänzlich vom Zufall bestimmten Spiel wie Roulette, sehr wohl davon auszugehen, dass unter Berücksichtigung des Schutzzweckes des GSpG der Gesetzgeber dieses Spiel definitiv vom Glücksspielbegriff erfasst haben wollte.

Wie sich aufgrund der vielen unterschiedlichen Auslegungs- und Abgrenzungstheorien zeigte, lässt sich der Umfang der Rechtsnorm aus dem Gesetz nicht eindeutig ableiten. Aus diesem Grund ist hinsichtlich des rechtlichen Spielbegriffs mE die teleologische Interpretation anzuwenden. Aus den Gesetzesmaterialien²¹⁴ ergibt sich sehr eindeutig, dass der Schutz des Konsumenten eine zentrale Absicht des Gesetzgebers war. Dieser Schutz ist dann angebracht, wenn der Bürger im Rahmen von Glücksverträgen Teile seines Vermögens riskiert und er mangels Einflussmöglichkeit iSv anwendbarer Geschicklichkeit auf diese mögliche Vermögensverschiebung nicht zu seinen Gunsten einwirken kann.

Da sich *Schwartz/Wohlfahrt* sehr streng am Wortlaut der Gesetzesbestimmungen orientierten, ist in diesem Zusammenhang ebenso auf den genauen Wortlaut der auf jeden Fall zu berücksichtigenden Gesetzesmaterialien hinzuweisen. Diesen zufolge „muss [es] sich um ein Spiel, dh einen entgeltlichen Glücksvertrag im Sinne des § 1267 ABGB handeln“²¹⁵. Es wird also nicht direkt auf die zivilrechtliche Definition des Spiels gem § 1272 ABGB verwiesen, sondern auf den Überbegriff, nämlich die Glücksverträge. Diese werden erst in weiterer Folge gem § 1269 ABGB in Wette, Spiel und Los unterteilt. Daher ist in Zusammenschau mit dem generellen Schutzzweck des Gesetzes davon auszugehen, dass der Gesetzgeber diese von der Lehre herbeigeführte Abgrenzungsdiskussion zwischen Wette und Spiel, aufgrund einer zugegebenermaßen etwas ungeschickten Formulierung, zwar provozierte aber in Wahrheit nicht beabsichtigte. Vielmehr geht es ihm darum den Konsumenten vor den Gefahren die beim wiederholten Abschluss von bekannten Glücksverträgen, also bei durch Hoffnung motivierten Rechtsgeschäften, deren Umsetzungsform jedoch ungewiss und aufgrund eines ausschließlichen oder vorwiegend

²¹³ *Schwartz/Wohlfahrt*, *ecolex* 2003, 797.

²¹⁴ 1067 BlgNR 17. GP, 15, arg „oberste Zielsetzung den Schutz des einzelnen Spielers vor Augen haben“.

²¹⁵ 1067 BlgNR 17. GP, 16.

auftretenden Zufallsfaktor, der Einflussphäre des schutzbedürftigen Konsumenten entzogen ist, auftreten können, in einem gewissen Ausmaß zu schützen.

Interessanterweise führt dieser Schluss zu überwiegend ähnlichen Ergebnissen, wie die mangels angeführter logischer Ableitung nicht nachvollziehbare Auslegungsmethodik von *Hoscher/Strejcek*.

b. Gewinn und Verlust

Damit ein Spiel rechtliche Relevanz entfaltet bedarf es eines weiteren Tatbestandmerkmals. So sehen §§ 1 Abs 1 GSpG und § 168 Abs 1 StGB „Gewinn und Verlust“ als erforderliche Größen im Zusammenhang mit der später zu behandelnden Zufallskomponente.

Da an dieser Stelle absichtlich nicht von Sieg oder Niederlage die Rede ist, kann davon ausgegangen werden, dass auf eine mögliche Vermögensverschiebung abgezielt wird. Diese ist in erster Linie vom Tätigen eines Einsatzes abhängig. Der Einsatz muss nicht zwingend in Form von Geld erfolgen. Relevant ist ausschließlich, dass es sich um einen rechnerisch feststellbaren Wert handelt. Insofern sind auch „versteckte“ Einsätze in Form von Eintrittskarten beachtlich.²¹⁶ Dh zusammengefasst wird das Tatbestandsmerkmal „Gewinn und Verlust“ von jenen Spielen erfüllt, die eine nicht geringfügige,²¹⁷ vermögenswerte Einsatzleistung voraussetzen und somit eine Vermögensverschiebung aufgrund einer spielbedingten Zuweisung von Vermögenswerten²¹⁸ an die Spielteilnehmer ermöglichen.

ME strittig ist ob die Formulierung „Gewinn und Verlust“ ohne weiteres mit Spielausgang gleichgesetzt werden darf. Es wäre durchaus möglich idZ eine weitere Differenzierung im Rahmen der Höhe des Gewinns oder Verlusts vorzunehmen. Wie sind Spiele zu behandeln, wo Geschick zum großen Teil dazu dienen kann ein für den Spieler in Summe günstiges Verhältnis der monetären Differenz zwischen Gewinn und Verlust zu erreichen?²¹⁹ Wenn der Spieler also durch Geschick den Ausgang der Höhe von Gewinn und Zufall überwiegend dem Zufall entzieht? Eine wesentliche Rolle spielt in dieser Konstellation auch der Betrachtungszeitraum. Ist jede Teilrunde eines Spiels relevant und

²¹⁶ *Weratschnig*, Glücksspiel 78 f.

²¹⁷ Vgl § 168 Abs 1 StGB arg: „um geringe Beträge“; § 4 Abs 2 GSpG: Ausnahmen aufgrund Einsatz- und Gewinnhöhe.

²¹⁸ Diese Vermögenswerte können auch in Form eines Einsatzes für weitere Spiele bestehen. Vgl OGH 03.10.2002, 12 Os 49/02.

²¹⁹ Vgl VwGH 20.08.1998, 97/16/0387.

daher getrennt zu beurteilen oder ist das Hauptaugenmerk auf das Spielgesamtergebnis, welches sich ergänzt durch Spieldynamik und psychologische Faktoren letzten Endes ergibt, zu richten?²²⁰

Der Umstand, dass Spiele auch der Unterhaltung dienen können bzw von manchen Teilnehmern ausschließlich aus nicht monetären Beweggründen gespielt werden, ist in diesem Zusammenhang, solange sie dennoch mit vermögenswerten Einsätzen gespielt werden, belanglos und behindert die Subsumierung unter § 1 Abs 1 GSpG keineswegs.²²¹

c. Zufall

ca. Allgemeine Feststellungen zum Zufall

Das GSpG fordert, dass für die Qualifizierung eines Spiels als Glücksspiel unter anderem die Entscheidung über „Gewinn und Verlust ausschließlich oder vorwiegend vom Zufall“²²² abhängig sein muss. Genau diese Tatbestandsmerkmale sind die Dreh und Angelpunkte der gesamten Bestimmung und verursachen in der Praxis erhebliche Schwierigkeiten.

Die Verknüpfung von „Glück“ und „Zufall“ findet sich schon im alltäglichen Sprachgebrauch. So bezeichnen wir als „Glück“ grundsätzlich jene Vorkommnisse, die unserer eigenen Einflussosphäre und Berechnungsmöglichkeiten entzogen sind und uns in Form einer positiven Auswirkung auf unser persönliches Umfeld „zufallen“.²²³ Auch Mayer spricht iZm Glück von „günstigem Zufall“.²²⁴

Die Frage ist nun, wie genau die Bezeichnung und Definition des Zufalls zu erfolgen hat. In welcher Erscheinungsform tritt er auf und wie lässt sich sein Einfluss auf bestimmte Ereignisse bemessen. Im Alltag setzt man „zufällig“ auch mit „willkürlich“ gleich und bezeichnet damit Abläufe, deren Ergebnisse einmal so und einmal so ausgehen können.²²⁵

²²⁰ Vergleichbar mit einem Tennismatch: Es gibt Spielunterteilungen / Runden in Form von einzelnen Punkten, Games und Sätzen. Das Verlieren einzelner Games bzw Sätze ist nicht schädlich solange die Summe der gewonnenen Sätze überwiegt.

²²¹ VwGH 25.07.1990, 86/17/0062.

²²² Vgl §§ 1 Abs 1 GSpG u 168 Abs 1 StGB.

²²³ Vgl Wolf, Problematik Glücksspiel 14.

²²⁴ Mayer, Staatsmonopole (1974) 266.

²²⁵ Es ist scheinbar „zufällig“ ob bei Roulette die Kugel nun auf einem roten oder einem schwarzen Feld landet.

Tatsächlich jedoch muss man bei genauer und strenger Untersuchung feststellen, dass es den Zufall in der uns geläufigen Form in der Realität gar nicht gibt.²²⁶ Denn gem den Gesetzen der Kausalität hat jeder Vorfall seinen Ursprung in einem Komplex von verschiedensten Ursachen. Fokussieren wir jedoch vorwiegend das Ergebnis bzw sind wir nicht in der Lage den Ursachenkomplex aus welchen Gründen auch immer, in seiner Tiefe zu erfassen und die entsprechenden logischen Ableitungen zu berechnen, bezeichnen wir den Prozess der Entscheidungsfindung als „zufällig“.

So zum Beispiel lassen manche Menschen bei gewissen Meinungsverschiedenheiten oder schwierigen Entscheidungen den „Zufall“ in Form eines Münzwurfes entscheiden. In Wirklichkeit könnte man jedoch bei vollständigem Informationsstand über die genauen physikalischen Gegebenheiten der Münze, der Luftkonsistenz, der Auftrittsfläche und der exakten Wurfbewegung, den Wurfprozess komplett vorausberechnen und somit bei der Abgabe des Ergebnistipps die richtige Wahl treffen.²²⁷

Mit diesem Beispiel soll klargemacht werden, dass der Zufall nicht die Folge von fehlenden naturwissenschaftlich erfassbaren und für den Ausgang des infrage stehenden Prozesses ursächlichen Komponenten ist, sondern die aus der mangelnden Fähigkeit des Menschen in manchen Bereichen bzw unter bestimmten Umständen die Elemente und exakten Daten der Kausalkette im vollen Umfang zu erfassen oder richtig berechnend abzuleiten, resultierende Bezeichnung.

Bei der Beurteilung der Erkennbarkeit der ursächlichen Bedingungen ist der Zustand vor dem Eintritt des Ereignisses relevant. Dh nicht die abstrakte Erkennbarkeit ist das ausschlaggebende Kriterium, sondern ob die Kausalität im konkreten Fall zum gegebenen Zeitpunkt, also vor dem finalen Ergebnis, erkennbar war. Wird also die Kausalität eines Ereignisses erst im Nachhinein aufgeklärt, so ist dieses immer noch als zufällig zu qualifizieren.²²⁸

Zusammengefasst lässt sich folgende allgemeine Definition formulieren:

Zufällig sind für eine Person all jene Ereignisse, deren ursächliche Kausalkette sie vor Eintritt des Ereignisses nicht in der Lage ist zu erkennen und zu verstehen oder zu berechnen bzw zu beeinflussen.

²²⁶ Vgl *Seelig*, Glücksspielstrafrecht 37; *Wolf*, Problematik Glücksspiel 15; *Weiser*, Begriff, Wesen und Formen des strafbaren Glücksspiels (1930) 15; *Weratschnig*, Glücksspiel 65.

²²⁷ Vgl *Höpfel*, ÖJZ 1978, 421.

²²⁸ *Weiser*, Begriff, Wesen d. Glücksspiels 18.

Als Ausnahme dieser Regel gelten erwartungsgemäße Abläufe.²²⁹ Gelingt es nämlich einige Bedingungen der Kausalkette richtig zu erfassen, so beurteilen wir das Ergebnis dann nicht als zufällig, wenn „trotz der uns unbekanntem Bedingungen der Erfolg annähernd so eintritt, wie er nach dem gewöhnlichen Verlauf der Dinge unter den gegebenen Verhältnissen zu erwarten war. War der eingetretene Erfolg nicht annähernd zu erwarten, so ist er zufällig.“²³⁰

cb. Differenzierung zwischen objektiven und subjektiven Zufall

Wie oben bereits angeführt ist jedem Ereignis eine Kausalkette vorgelagert. Daher sei es grundsätzlich unzulässig von einem objektiven Zufall zu sprechen, da ein solcher tatsächlich nicht existiert, sondern immer nur spezifisch für den unwissenden Beobachter vorliegt.

Weiser, der sich sehr ausgiebig mit der gesamten Thematik des Glücksspielbegriffs auseinandergesetzt hatte, stellte jedoch richtig fest, dass in der Rechtswissenschaft diesbezüglich eine differenzierte Einstufung vorzunehmen ist. So werden Qualifikationsmerkmale nicht aus einer überblickenden Gesamtschau, sondern aus der Sicht der Rechtsanwender, sprich der Menschen, beurteilt. Dh stellt sich eine Eigenschaft allen Menschen²³¹ gegenüber gleichartig dar, so wird sie als „objektiv“ beurteilt.²³² Hingegen sprechen wir von einem „subjektiven“ Zufall, wenn die Kausalität eines Phänomens für Menschen zwar grundsätzlich erkennbar ist, dies jedoch in einem bestimmten Fall für eine spezifische Person nicht zutrifft.²³³ In diesem Zusammenhang ist es irrelevant ob dies nun auf physische, psychische oder intellektuelle Gründe zurückzuführen ist.²³⁴

²²⁹ Es wird erwartet, dass auf einen Blitz im Regelfall ein Donner folgt – auch wenn die genauen physikalischen Ursachen den meisten Menschen nicht geläufig sind.

²³⁰ *Weiser*, Begriff, Wesen d. Glücksspiels 17.

²³¹ Anormal wahrnehmende und selten auftretende Individuen bleiben in dieser allgemeinen Beurteilung unberücksichtigt.

²³² Er führt das Beispiel einer Farbe an. So nennen wir einen Gegenstand „objektiv rot“ auch wenn uns bekannt ist, dass diese Farbwahrnehmung auf das menschliche Auge zurückzuführen ist und zB bei bestimmten Tieren, deren optische Wahrnehmung sich auf Grautöne beschränkt, nicht auftritt.

²³³ Vgl II.C.1.eaab).

²³⁴ *Weiser*, Begriff, Wesen d. Glücksspiels 19.

cc. Relativer und absoluter Zufall

Seelig unterteilt in seinen Ausführungen den Zufall unter anderem in relativen und absoluten Zufall.²³⁵ Dazu hält er fest, dass reale Geschehnisse ohne zugrundeliegender Bedingung als absolut zufällig zu qualifizieren sind, dies jedoch aufgrund der „Herrschaft des Kausalgesetzes“²³⁶ in der Realität nicht vorkommt und daher der absolute Zufall nicht existiert. Als relativ zufällig in Hinblick auf übrige auftretende Tatsachen bezeichnet er Erscheinungen die mit jenen Erscheinungen nicht kausal verbunden sind.

ME ist diese Unterscheidung zu theoretisch und nicht wirklich nachvollziehbar worin die Sinnhaftigkeit liegt eine Erscheinung mit einer anderen, mit der sie kausal nicht verbunden ist nur über den Begriff des relativen Zufalls zu verknüpfen.

cd. Kategorisierung eines Spiels aufgrund der Auswirkung des Zufalls auf Erfolg und Misserfolg

Bei Ereignissen für deren Resultat sowohl bewusste menschliche Einflüsse (Geschick, dazu später mehr) als auch gem obiger Definition Zufallsmomente kausal (sogenannte gemischte Spielformen) sind, vermeinte *Weiser*, ist es sinnvoll eine strikte Unterscheidung danach zu treffen ob der Zufall nur Bedingung für den Erfolg oder nur für den Misserfolg ist. So definierte er ein absolutes Geschicklichkeitsspiel danach, dass es bei diesem nicht möglich ist den Erfolg durch Zufall zu bedingen. Er führte als Beispiel zwei Schnellläufer an, die vereinbaren eine bestimmte Distanz binnen einer gewissen Zeit zurückzulegen und wies darauf hin, dass es nicht möglich sei diesen Erfolg durch Zufall zu erreichen. *Weiser* behauptete der Zufall kann in dieser Konstellation nur die Bedingung eines möglichen Misserfolges sein, indem zB der eigentlich schnellere Läufer aufgrund eines nicht zu erwartendes Hindernisses aufgehalten wird und dadurch den vereinbarten Erfolg nicht mehr herbeiführen kann. Ist es dem Gegner möglich die Strecke innerhalb der definierten Zeit zu absolvieren, so ist sein Gewinn nur auf den zufälligen Misserfolg des Wettpartners zurückzuführen. Denn ohne das zufällige Hindernis wäre das Spiel unentschieden ausgegangen. Zwar ist es richtig, dass die Vorgabe eine bestimmte Strecke innerhalb einer bestimmten Zeit zu laufen im Regelfall nur durch Können erreicht werden kann, aber wenn man hier in diesem Beispiel von einem „Spiel“ spricht, so erwartet man für gewöhnlich einen Gewinner. Unter der Voraussetzung, dass grundsätzlich beide

²³⁵ *Seelig*, Glücksspielstrafrecht 37 f.

²³⁶ *Seelig*, Glücksspielstrafrecht 37.

Teilnehmer körperlich und geistig in der Lage sind, die Strecke in einer gewissen Zeit zu laufen, kann der Sieg dann aber sehr wohl vom Zufall abhängig sein.

Im zweiten Beispiel änderte *Weiser* die Wette dahingehend ab, dass ein einfacher Wettlauf ohne einer fixierten Zielzeit stattfindet. Da keine bestimmte Zeit erreicht werden muss führt hier der zufällige Misserfolg des vermeintlich Schnelleren sofort zum Erfolg des anderen.

Weiser führte weiters fort, dass sich in diesem Punkt eben eine Unterscheidung zum Glücksspiel und zum relativen Geschicklichkeitsspiel findet, weil dort der Zufall die Bedingung des Erfolges ist bzw sein kann.²³⁷

ME ist auch diese Unterteilung und Ableitung nicht wirklich stichhaltig, denn ich sehe keinen Grund warum der zufällige Misserfolg des einen, nicht auch automatisch als zufällig eintretender Erfolg des anderen zu qualifizieren ist. Es ist nicht angebracht die Frage des Zufalls hier nur aus der Perspektive eines Wettteilnehmers zu beurteilen. Das Hindernis und das dadurch bedingte Stolpern des schnelleren Läufers, der deshalb den Gewinn verpasste, waren für beide Rennläufer und Wettteilnehmer unvorhersehbar, ihnen nicht bewusst und daher der Ausgang vor dem Zeitpunkt des Vorfalls für sie nicht berechenbar. Somit ist dieser Umstand gem erwähnter Zufallsdefinition für beide zufällig aufgetreten und der Zufall daher als Bedingung sowohl für den Erfolg des einen als auch für den Misserfolg des anderen kausal.

ce. Abhängigkeit vom Zufall

Gem der angeführten Definition des Zufalls versteht man darunter die mangelnde Fähigkeit der Menschen in bestimmten Situation die kausalen Bedingungen eines nachfolgenden Ereignisses bewusst zu erkennen bzw zu berechnen oder aber auch zu beeinflussen. Es müssen nicht alle drei Voraussetzungen kumulativ vorliegen um einen Umstand als zufällig qualifizieren zu können. Es reicht hierfür aus wenn man nicht in der Lage ist eine kausale Bedingung bewusst wahrzunehmen. Gem § 1 Abs 1 GSpG wird jedoch verlangt, dass „Gewinn und Verlust ... vom Zufall abhängen“. Wie ist dieses Erfordernis der Abhängigkeit nun im Zusammenwirken mit dem Spieler zu verstehen? Nun wie bereits angeführt ist jedes Ereignis von bestimmten Bedingungen abhängig und nur die in der Sphäre des Spielers liegenden Umstände sind ausschlaggebend ob er diese als zufällig bezeichnet oder nicht. Damit gem der gesetzlichen Bestimmung ein Spiel nicht

²³⁷ *Weiser*, Begriff, Wesen d. Glücksspiels 27 f.

als Glücksspiel gilt, darf es daher nicht sein, dass „Gewinn und Verlust ausschließlich oder vorwiegend vom Zufall abhängen“²³⁸. Dh ohne an dieser Stelle auf die Einschränkung „ausschließlich oder vorwiegend“ einzugehen,²³⁹ wird hinsichtlich eines Nichtglücksspiels vom Spieler ausschlaggebende Berechnung bzw Beeinflussung gefordert. Da das unter diesen Umständen nur „im Sinne zielgerichteter Steuerung“²⁴⁰ zu verstehen ist, wird vorausgesetzt, dass der Spielteilnehmer die Bedingungen und Vorgänge des Spiels kennt und darauf aufbauend bewusste Spielhandlungen setzt um Einfluss auf „Gewinn und Verlust“ zu nehmen. Wie bereits angeführt sind „Gewinn und Verlust“ in Hinblick auf die monetären Zuweisungen an die Spieler zu verstehen. Demnach handelt es sich auch dann um kein Glücksspiel wenn der Spieler aufgrund der richtigen Berechnung bzw Analyse der Spielsituation Einsätze tätigt, die zwar keine direkte Auswirkung auf den Spielablauf selbst, aber sehr wohl auf die bei erfolgreichem Eintritt des kalkulierten Spielausgangs folgende Gewinnzuweisung, haben (vgl Abhandlung über Höhe von Gewinn und Verlust unter b).

d. „Ausschließliche“ Zufallsabhängigkeit

Wie bereits unter ce) angedeutet verlangt § 1 Abs 1 GSpG, dass der Zufall „ausschließlich“ oder zumindest „vorwiegend“ kausal für die Entscheidung über Gewinn und Verlust ist.

In dieser Kombination stellt die „ausschließliche“ Zufallsabhängigkeit die unproblematischste Form dar. Dieses Tatbestandsmerkmal erfasst jene Spiele, für deren Resultat einzig und allein eine oder mehrere Zufallskomponenten kausal sind und diesbezüglich somit jeglicher menschlicher Willenseinwirkung und Berechnung entbehren.²⁴¹

Dh es ist von vornherein ausgeschlossen, dass der Spieler mit geschickten zielgerichteten Handlungen das Spiel zu seinen Gunsten beeinflusst. Die Handlungen des Spielers beschränken sich im Regelfall darauf den Spielablauf und somit die für ihn nicht nachvollziehbare und unkalkulierbare Kausalkette in Bewegung zu setzen.²⁴² Zu solchen Spielen gehören unter anderem Roulette, Würfelspiele und jene Kartenspiele bei denen

²³⁸ Vgl §§ 1 Abs 1 GSpG und § 1 Abs 1 StGB.

²³⁹ Siehe dazu Punkt II.C.1.d) „Ausschließliche“ Zufallsabhängigkeit und Punkt II.C.1.e) „Vorwiegende“ Zufallsabhängigkeit.

²⁴⁰ Wolf, Problematik Glücksspiel 16.

²⁴¹ Weiser sprach hier vom „absoluten Glücksspiel“, vgl Weiser, Begriff, Wesen d. Glücksspiels 55 f.

²⁴² Wolf, Problematik Glücksspiel 23.

sich die Aktivitäten des Spielteilnehmers darauf reduzieren zufällig gemischte und ausgeteilte Karten aufzulegen.²⁴³ Nun gibt es Kartenspiele, die dem Spieler regelbedingt gestatten die zufällig erhaltenen Karten teilweise gegen neue Karten auszutauschen. Ob er von dieser Option gebraucht nimmt, bleibt dem Entscheidungsradius des Spielers vorenthalten. *Weratschnig* sah durch Inanspruchnahme dieser Möglichkeit den ausschließlich zufallsbedingten Kausallauf durch den Spieler unterbrochen und sprach diesen Spielen die „ausschließliche“ Zufallsabhängigkeit ab.²⁴⁴ ME ist dieser Ansicht nicht zuzustimmen, solange keine weiteren Maßnahmen des Spielers zur bewussten Einwirkung auf die Entscheidung hinsichtlich Gewinn und Verlust auftreten.²⁴⁵ Es ist nämlich durch Austauschen von gewissen Karten nicht möglich eine bewusste und zielgerichtete Handlung zu setzen, da auch die Zuteilung der neuen Karten für gewöhnlich ausschließlich zufallsbedingt vonstatten geht. Eine Ausnahme hiervon wären theoretisch Spiele in denen nur mehr zB zwei Karten im verdeckten Kartenstoß übrig sind und der Spieler aufgrund der Kenntnis aller übrigen im Spiel befindlichen Karten genaue Rückschlüsse auf die beiden verdeckten Karten ziehen könnte. Doch im Regelfall wird durch das Austauschen die Kausalkette nur um eine weitere zufallsbestimmte Bedingung ergänzt und dem Spieler bleibt alleine die Hoffnung auf eine dadurch zufallsbedingte Verbesserung seiner ursprünglichen Ausgangslage.²⁴⁶ Da auch jedem Gegenspieler die Unmöglichkeit des bewussten Einwirkens auf die erneute Kartenzuteilung bekannt ist, ist es dem Handelnden realistischweise nicht möglich derartige Aktivitäten als spielentscheidend zu „verkaufen“.

Wolf brachte in diesem Zusammenhang auch die Thematik der auf Wahrscheinlichkeitsrechnung²⁴⁷ basierenden Spielerentscheidungen zur Sprache und ist der Meinung, es wäre verfehlt darin ein Geschick des Spielers zu erkennen, denn „dort, wo sich persönliche Entscheidungen nur auf Wahrscheinlichkeitsrechnung, auf eine mathematische Erwartung stützen können, bleibt der Spielausgang doch immer nur vom Zufall abhängig“.²⁴⁸ Als Beispiel führt er die unter sporadischen Spielern verfehlt Überzeugung an, dass es die Gewinnchancen erhöhen würde bei Roulette nach einer

²⁴³ Vgl *Weratschnig*, Glücksspiel 67; *Weiser*, Begriff, Wesen d. Glücksspiels 55; *Wolf*, Problematik Glücksspiel 23.

²⁴⁴ *Weratschnig*, Glücksspiel 68.

²⁴⁵ Dies wären zB Einsatzerhöhungen, welche im Rahmen eines Bluffs den Gegner zum Aufgeben und Weglegen seiner Karten bewegen.

²⁴⁶ Vgl *Wolf*, Problematik Glücksspiel 24.

²⁴⁷ Vgl *Weiser*, Begriff, Wesen d. Glücksspiels 30.

²⁴⁸ *Wolf*, Problematik Glücksspiel 24.

langen Serie einer gleichen Farbe zB „Schwarz“ vermehrt auf die entgegengesetzte Farbe, nämlich „Rot“ zu setzen. Diese Vorgangsweise ist, wie er richtig festhielt, deshalb nicht sinnvoll, weil sich durch die Serie die Wahrscheinlichkeit des Einzelereignisses nicht ändert und der Spieler noch immer eine Chance von rund 48,61 %²⁴⁹ auf einen Gewinn hat. Dennoch teile ich die Ansicht *Wolfs* grundsätzlich nicht. Seine These ergibt zwar im Zusammenhang mit dem Beispiel Roulette Sinn, aber auch nur aufgrund der Höhe der Wahrscheinlichkeit. Denn hier verliert der Spieler aufgrund einer Quote von unter 50 % auf Dauer immer. Handelt es sich jedoch nun um eine spezielle Situation in einem Spiel, wo der Spieler richtigerweise berechnet, dass er bei einer aktiven Handlung seinerseits, sei es nun durch das Tätigen eines extra Einsatzes oder das Zukaufen bzw Austauschen einer weiteren Karte eine Gewinnwahrscheinlichkeit von zB 90 % erhält, so ist mE in der Fähigkeit der richtigen Berechnung und der auf Wahrscheinlichkeitsmathematik basierenden Spielhandlung sehr wohl Geschick zu erkennen. Es ist zwar richtig, dass er dadurch den Spielausgang selbst nicht beeinflusst, aber dennoch bewirkt er durch die gezielte Anpassung seiner Handlungen, mit unter auch seiner Einsatzhöhe, in einer Reihe von Spielen mehr zu gewinnen und somit seinen monetären Gewinn im Vergleich zum Verlust in neun von zehn Fällen wesentlich zu erhöhen.²⁵⁰ Nun kann es sein, dass in nur zehn gespielten Runden sich die Wahrscheinlichkeit nicht wie kalkuliert zu seinen Gunsten auswirkt, jedoch profitiert er von seinem spieltechnisch „richtigen“ Verhalten bestimmt bei fortwährendem Spiel. Diese Problematik wird in den nachfolgenden Kapiteln ec) und D.2.bc) noch detaillierter behandelt.

e. „Vorwiegende“ Zufallsabhängigkeit

ea. Gemischte Spiele

Indem der Gesetzgeber auf eine „vorwiegende“ Zufallsabhängigkeit abzielte, wies er damit indirekt darauf hin, dass die Entscheidung hinsichtlich „Gewinn und Verlust“ neben der Zufallskomponente auch noch von einer weiteren Größe abhängig sein kann. Diese Größe wird allgemein als „Geschicklichkeitskomponente“ bezeichnet.

Anhand des Tatbestandmerkmals „vorwiegend“ soll geprüft werden, inwieweit der Zufall im Rahmen der Kausalkette eines Spiels die dominierende Position einnimmt und dieses

²⁴⁹ Die Gewinnchance ist deshalb < 50 %, weil bei der Zahl Null keine der beiden Farben gewinnt.
(prozentuelle Berechnung: $((2-(37/36))/2)*100$).

²⁵⁰ Vgl Gewinn und Verlust II.C.1.b).

dadurch als Glücksspiel auszeichnet. Spiele, die sowohl Elemente des Zufalls als auch der Geschicklichkeit des Spielers in sich vereinen, werden als Gemischte Spiele bezeichnet. Der Frage, ob eine Abwägung der Einflusswirkung der für ein Endergebnis kausalen Teilaspekte überhaupt logisch sinnvoll und möglich ist, möchte ich mich im Anschluss an die nun folgende Darstellung der in diesem Zusammenhang relevanten Spielkategorien widmen.

aaa. Geschicklichkeitsspiel

Im Rahmen der Beurteilung von Spielen bildet die Geschicklichkeit des Spielers das begriffliche Gegenstück zum sogenannten Zufall. Entgegen der geläufigen sprachlichen Verwendung der Bezeichnung Geschicklichkeit in Kombination mit körperlichen Fähigkeiten muss dieser Begriff bei der Qualifizierung von Spielen umfassender verstanden werden. Geschicklichkeit ist in diesem Zusammenhang ein Oberbegriff für die Summe all jener menschlichen Fertigkeiten (Intelligenz, Konzentration, Kraft, Ausdauer, psychologische Kenntnisse, mathematisches Können, Routine, strategisches Denken usw), die es dem Spieler ermöglichen zum einen die Abläufe und Spielbedingungen in ihrer Tiefe zu erkennen, bewusst zu erfassen und zum anderen darauf aufbauend abgestimmte und zielgerichtete Handlungen zu setzen, die sich als positive Bedingungen zu seinen Gunsten (=Überwiegen von Gewinn über Verlust) auswirken.²⁵¹ Wesentlich ist hier, dass nur solche Tätigkeiten und Willenshandlungen des Spielers als Beispiel relevanter Geschicklichkeit eingestuft werden dürfen, die er tatsächlich in der Absicht setzt den Spielablauf in eine bestimmte Richtung zu lenken und sich über deren kausale Zuordnung zum Spielergebnis bewusst ist. Denn auch das Mischen eines Kartendecks oder das Würfeln bzw Ziehen von Spielfiguren oder Losen sind Aktivitäten des Spielers, die jedoch nicht zielgerichtet eingesetzt werden können und daher aus der Sicht des Spielers hinsichtlich des Spielresultats zufallsbedingt sind.²⁵²

aaaa. Das absolute Geschicklichkeitsspiel

Wie bereits unter cd) angeführt war *Weiser* der Meinung es bestünde die Notwendigkeit das Geschicklichkeitsspiel in zwei Typen, nämlich absolutes und relatives Geschicklichkeitsspiel zu unterteilen. Er führte die Unterscheidung danach durch, ob der

²⁵¹ Vgl *Weratschnig*, Glücksspiel 74; *Wolf*, Problematik Glücksspiel 19 f.

²⁵² *Seelig*, Glücksspielstrafrecht 38 f.

Zufall nur als Bedingung für Misserfolg oder auch für den Erfolg auftritt. So vertrat *Weiser* die Ansicht ein absolutes Geschicklichkeitsspiel zeichne sich dadurch aus, „daß der Zufall als Bedingung des Erfolges nicht nur den Gewinn nicht herbeiführen kann, sondern dass er überhaupt undenkbar ist.“²⁵³ Der Zufall kann lt seinen Überlegungen in solchen Konstellationen nur als Bedingung des Misserfolges auftreten. Diese Meinung vertrete ich nicht. Wie erwähnt ist mE aufgrund der Wechselwirkung bestimmter Vorkommnisse auf die beiden oder mehreren involvierten Spieler der zufällige Nachteil des einen als zufälliger Vorteil des anderen zu beurteilen. Es besteht kein Grund den Zufall hier aus nur einer Spielerperspektive zu betrachten. Wenn wir bei der von *Weiser* eingeführten Unterteilung in absolut und relativ bleiben, dann kann mM nach nur in solchen Spielen ein absolutes Geschicklichkeitsspiel gesehen werden, die sich dadurch auszeichnen, dass der Zufall gar keine Rolle spielt. Abgesehen davon, dass ich glaube nur sehr wenige Spiele würden diesem strengen Maßstab standhalten, ist offensichtlich, dass kein Spiel a priori diesem Typ zuordenbar ist. Erst in der ex post²⁵⁴ Betrachtung kann festgestellt werden, ob der Zufall in irgendeiner Form aufgetreten ist und somit kausal für das Ergebnis war. Denn selbst bei Spielen, deren Entscheidungskriterium wir grundsätzlich nur in Können und Geschick sehen, kann der Zufall oft eine sehr wesentliche Stellung einnehmen. So ist zB ein Fußballmatch für gewöhnlich die Paradeplattform zur Messung der Spielstärke zwischen zwei Mannschaften. Dennoch kann das aleatorische Element hierbei einen gewaltigen Einfluss haben. Es ist nämlich in der Praxis durchaus denkbar, dass trotz perfekter Schussausführung, richtiger Körperhaltung und gefühlvollem Timing ein Spieler das womöglich sogar leere Tor deshalb nicht trifft, weil der Ball zuvor am Rasen aufspringt und sich aufgrund einer Unebenheit, die zuvor durch die Stoppelschuhe des möglicherweise sogar eigenen Mitspielers verursacht wurde, ungeplant und zufällig verspringt und dadurch das Tor verfehlt.

²⁵³ *Weiser*, Begriff, Wesen d. Glücksspiels 27.

²⁵⁴ Ich habe unter II.C.1.ca) angeführt, dass die Beurteilung des Vorliegens eines Zufalls davon abhängig ist, ob die Kausalkette vor Eintritt des Erfolgs berechnet, erfasst bzw beeinflusst werden kann. Dies ist aus Sicht des Spielers zu beurteilen und steht mit der hier angeführten ex post Betrachtung nicht im Widerspruch. Mittels dieser muss geprüft werden ob im Spiel eine kausale Bedingung aufgetreten ist, die aus Sicht der beteiligten Spieler als zufällig zu beurteilen war.

eaab. Das relative Geschicklichkeitsspiel

Als logisches Gegenstück führte *Weiser* das relative Geschicklichkeitsspiel an. Hier hielt er es für denkbar, dass der Erfolg durch Zufall herbeigeführt wird. Eine Einschränkung sieht er jedoch darin, dass der Zufall zwar Bedingung des Erfolges sein kann, jedoch den Gewinn nicht herbeiführen kann, es sei denn der Gegner des zufällig Erfolgreichen ist aufgrund seiner Ungeschicklichkeit nicht in der Lage ebenfalls den gleichen Erfolg herbeizuführen.²⁵⁵

In seinen weiteren Überlegungen kam er zum Schluss das Charakteristika des relativen Geschicklichkeitsspiels sei die Möglichkeit den Erfolg sowohl durch Zufall als auch durch Geschicklichkeit herbeiführen zu können.

ME sind relative Geschicklichkeitsspiele das Spiegelbild von Glücksspielen. Dh sie zeichnen sich dadurch aus, dass der Zufall im Hinblick auf die Entscheidung hinsichtlich „Gewinn und Verlust“ eine untergeordnete Rolle spielt und diese vorwiegend von der Geschicklichkeit des Spielers abhängig ist.

Vorausgesetzt ist natürlich, dass man die Definition des Überwiegens eines Elements der Kausalkette logisch gelten lässt. Da das Gesetz jedoch davon ausgeht und darauf abstellt, gilt es eine vertretbare Lösung für diese Problematik zu finden. Dazu mehr unter eb.)

Nicht unbeachtlich ist in diesem Zusammenhang, dass ein objektives Geschicklichkeitsspiel unter zwei Umständen zu einem subjektiven Glücksspiel mutieren kann. Der erste Fall ist auf gewisse Spielmodalitäten (zB Erhöhung der Spielgeschwindigkeit)²⁵⁶ bzw äußere Einflüsse (Lichtquelle, störendes Publikum) zurückzuführen, die es den Spielern versagen ihr Geschick in gewohnter Form einzusetzen. Im zweiten Fall ist die relevante Größe die grundsätzliche Spielfähigkeit des Spielteilnehmers. Da die Beurteilung hinsichtlich der Zufälligkeit einer Situation mitunter von persönlichen Fertigkeiten abhängig ist²⁵⁷ kann es passieren, dass ein objektives

²⁵⁵ *Weiser*, Begriff, Wesen d. Glücksspiels 28 ff.

²⁵⁶ *Weratschnig*, Glücksspiel 74.

²⁵⁷ Vgl Differenzierung zwischen subjektiven und objektiven Zufall unter II.C.1.cb).

Geschicklichkeitsspiel, sofern es von völlig Unkundigen²⁵⁸ gespielt wird für diese Teilnehmer subjektiv ein Glücksspiel darstellt.²⁵⁹

eab. Glücksspiel

Der Vollständigkeit halber möchte ich hier in Grundzügen die Überlegungen *Weisers* zum Glücksspiel anführen. Wie schon beim Geschicklichkeitsspiel nahm er auch beim Glücksspiel eine Unterteilung in absolut und relativ vor.

eaba. Das absolute Glücksspiel

Das absolute Glücksspiel zeichnet sich gem *Weiser* dadurch aus, dass in der auftretenden Kausalkette der Zufall die alleinige Bedingung für den eintretenden Erfolg darstellt.²⁶⁰

Grundsätzlich gelten hier alle bereits unter Punkt d) zur „ausschließlichen“ Zufallsabhängigkeit getroffenen Ausführungen.

eabb. Das relative Glücksspiel – das gemischte Spiel

Wie auch beim absoluten, ist beim relativen Glücksspiel der Zufall die notwendige Bedingung für den Eintritt des beabsichtigten bzw erhofften Erfolgs. Es ist keinem Vertragspartner des Spielers, der durch Zufall erfolgreich ist, möglich ähnliches alleine durch Geschick zu erreichen.

Das Unterscheidungskriterium zwischen absoluten und relativen Glücksspiel bilden die bewussten Willenshandlungen des Spielers, denen mitunter eine kausale Rolle zukommt.²⁶¹

Dh diese Spiele zeichnen sich dadurch aus, dass neben der Zufallskomponente auch Geschicklichkeitsmomente des Spielers relevant sind. Aus diesem Grund finde ich die von *Weiser* gewählte Bezeichnung²⁶² etwas irreführend wiewohl sie wenn man davon ausgeht, dass er damit im Grunde exakt jene Spiele erfasst hatte die das Gesetz durch die Definition

²⁵⁸ ZB wenn sich zwei völlige Anfänger und grundsätzlich sportlich untalentierte Spieler in einem Golfspiel versuchen. Da beide weder über das theoretische Wissen noch über die praktischen Fähigkeiten, die zur Ausübung eines gezielten Golfschlages notwendig sind, verfügen, wird das Spielergebnis, wenn überhaupt eines zustande kommt, primär vom Zufall abhängig sein.

²⁵⁹ Vgl II.C.1.cb); *Weiser*, Begriff, Wesen d. Glücksspiels 35.

²⁶⁰ *Weiser*, Begriff, Wesen d. Glücksspiels 55 f.

²⁶¹ *Weiser*, Begriff, Wesen d. Glücksspiels 43.

²⁶² Seelig spricht in diesem Zusammenhang vom „gemischten Glücksspiel“, vgl *Seelig*, Glücksspielstrafrecht 45 ff.

der „vorwiegenden“ Zufallsabhängigkeit als Glücksspiele qualifizieren möchte, nicht falsch ist.

Weiser ging davon aus, dass die menschlichen Willenshandlungen in zwei Formen im Rahmen der zeitlichen Kausalkette auftreten können. Im ersten Fall können sie zeitlich vorausliegend als „Vorbedingungen des Zufallserfolgs“²⁶³ auftreten. So zum Beispiel kann dies bei bestimmten Geldspielautomaten der Fall sein, in denen der Spieler durch seine Handlungen den Spielprozess aktiv in Bewegung setzt, womöglich durch begleitende Interaktion versucht den Ablauf (zB eine Kugel) in eine bestimmte Richtung zu lenken, aber dann der finale Entscheidungsprozess durch eine nicht beeinflussbare Zufallskomponente entschieden wird. So sind seine Aktivitäten zwar kausal für den Eintritt des Spieldesfalls, da ohne seiner Willenshandlungen der Spielprozess gar nicht gestartet worden wäre, aber mangels einer Möglichkeit der zielgerichteten Steuerung liegt es nach der Initialisierung des Spiels nicht in seiner Sphäre einen bestimmten Erfolg herzustellen. Die zweite bereits wesentlich interessantere Möglichkeit liegt vor, wenn die menschliche Willenshandlung nach dem Auftreten der Zufallskomponente zum Tragen kommt und dann kausal für das Endergebnis ist. Ihre Aufgabe liegt nun darin, aufbauend auf der zufällig geschaffenen Spielsituation den weiteren Ablauf zu gestalten. Da es natürlich im Interesse des Spielers liegt das Spiel zu gewinnen bzw den größtmöglichen Gewinn zu lukrieren versucht er durch gezielte Handlungen den Spielverlauf in eine für ihn günstige Richtung zu lenken. Paradebeispiele hierfür sind diverse Kartenspiele. Durch den Mischvorgang und das anschließende, meist verdeckte Austeilen der Karten wird für jeden Spieler eine zufällige Ausgangsposition geschaffen. Zufällig deshalb, weil mangels Informationen und Zeit es dem Kartenspieler nicht möglich ist vorzuberechnen welche Karten er selbst und welche das jeweilige Gegenüber bekommt. Nun kommt es konkret auf die Ausgestaltung der Spielregeln an, welche Möglichkeiten dem Spieler im weiteren Verlauf zur Verfügung stehen. Das kann sich auf eine Setzrunde und anschließendes Aufdecken der Karten beschränken, aber auch über mehrere aufeinanderfolgende Handlungen des Spielers (zB mehrere Setzrunden, Einsatzerhöhungen, Möglichkeiten zum Kartenaustausch usw) gehen. Genau hier liegt die zentrale Gretchenfrage. Kann der Spieler durch Nützen seiner Geschicklichkeit mittels kalkulierter und gezielter Vorgangsweise den Spielablauf zu seinen Gunsten verändern und dadurch quasi die zufällige Ausgangssituation in den Hintergrund drängen?

²⁶³ *Weiser*, Begriff, Wesen d. Glücksspiels 43.

Einem guten Spieler mag es gelingen als Folge der richtigen Analyse des gegnerischen Verhaltens konkrete Schlüsse hinsichtlich dessen verdeckter Karten zu ziehen und darauf abgestimmt die optimale Spielstrategie zu wählen. Wie *Weiser* zutreffend formulierte wird er sich jedoch nur in den seltensten Fällen in einer Situation der restlos geklärten Kartenlage befinden und somit fast nie eine mathematisch mit 100%iger Sicherheit richtige Entscheidung treffen können. In Kartenspielen die überhaupt geeignet sind einem Spieler derartigen Bewegungsraum zu bieten, wird er im Regelfall seine Entscheidungen auf Basis der Wahrscheinlichkeitsmathematik in Kombination mit Menschenkenntnis und Psychologie treffen. Dh er versucht nach Analyse der Situation eine davon abhängige Entscheidung zu treffen um für sich selbst die größtmögliche Chance eines Gewinns zu realisieren. *Weiser* weigerte sich diese Vorgangsweise als richtige Berechnung und bewusste Herbeiführung des Erfolgs anzuerkennen und fasste zusammen, dass die Geschicklichkeit somit entweder wie im ersten Beispiel angeführt die „Vorbedingung für den Zufallserfolg“²⁶⁴ setzt oder versucht die zufällig geschaffene Ausgangsposition bestmöglich auszunützen.²⁶⁵ Aufgrund der relativen Abhängigkeit der Geschicklichkeit vom Zufall kam er zu der Bezeichnung „relatives Glücksspiel“. ME ist die Bezeichnung „Zusammenwirken“ derer der „Abhängigkeit“ entschieden vorzuziehen. Der Ausdruck Abhängigkeit unterstellt automatisch eine gewisse Überlegenheit. Im ersten Fall der angeführten Möglichkeiten menschlicher Willenshandlungen kann man sehr wohl auch behaupten, dass der Zufall von der Tätigkeit (Geschick) des Spielers abhängig ist, da er ohne dessen Initialisierung des Spiels gar nicht zu Tragen käme. Im zweiten Fall ist es ME eine Frage der Spielregeln. Es ist nämlich zu prüfen welche Auswirkungen die Willenshandlungen des Spielers auf das Ergebnis haben können. Ist es dem Spieler möglich trotz der zufällig geschaffenen Ausgangssituation den Spielablauf dahingehend zu beeinflussen, dass dieser zu seinen Gunsten ausfällt oder sind die Geschicklichkeitshandlungen des Spielers derart untergeordnet, dass sie keinesfalls eine bewusste und zielgerichtete Änderung des durch die zufällige Kartenausteilung vorgegeben Spielablaufs zulassen. Wäre dies zutreffend müsste das Spiel unabhängig vom Spieler in den meisten Fällen bei der jeweiligen Kartenlage mit demselben Ergebnis enden.²⁶⁶

²⁶⁴ *Weiser*, Begriff, Wesen d. Glücksspiels 45.

²⁶⁵ *Weiser*, Begriff, Wesen d. Glücksspiels 44 f.

²⁶⁶ In den meisten Fällen deshalb weil auch den gegnerischen Handlungen aus Sicht des einen Spielers ein gewisses Zufallsmomentum innewohnt und dies in Spielen mit vielen aufeinander abwechselnden Spielhandlungen zu einem gewissen Grad ergebnisverfälschend sein kann.

Wir befinden uns hier am kritischsten Punkt des § 1 Abs 1 GSpG. Nämlich der Beurteilung der „vorwiegenden“ Ergebnisursache.

eb. Wesentlichkeit eines Elements der Kausalkette unter Berücksichtigung der Äquivalenztheorie

Wie festgestellt besteht die Kausalkette bei gemischten Spielen aus Elementen der Kategorien Zufall und Geschicklichkeit. § 1 Abs 1 GSpG verlangt nun, dass „Gewinn und Verlust ... vorwiegend vom Zufall abhängen“. Gem dem naturwissenschaftlichen und philosophischen Kausalbegriff und der strafrechtlichen Bedingungslehre²⁶⁷ sind jedoch bei mehreren Kausalkomponenten alle Voraussetzung – *conditio sine qua non* – für das Zustandekommen des Ergebnisses.²⁶⁸ Insofern sind alle gleich wichtig und das Fehlen bereits einer Bedingung würde den Spielerfolg vereiteln.

Wie bereits *Seelig* im Jahr 1923 richtig festgestellt hat, ist demnach eine Beurteilung einer Teilursache im Verhältnis zu einer anderen als „vorwiegender“ bzw „wesentlicher“ im Lichte dieser Äquivalenztheorie im Grunde sinnlos.²⁶⁹ Auch wies er darauf hin vor welche Schwierigkeiten diese Tatsache so manchen Richter stellt, der sich dann zumeist mithilfe eines Sachverständigen versucht aus dieser Situation zu befreien. Daran hat sich bis heute nicht wesentlich viel geändert und so zeigen manche Entscheidungen, dass auch die Auswahl des Sachverständigen durchaus kompliziert sein kann und diese Praxis zu fragwürdigen Ergebnissen führen kann.²⁷⁰ Erst vor ein paar Jahren wurde eine Entscheidung des VwGH zur Glücksspieleigenschaft des Pokerspiels erheblich durch die Ausführungen einer Sachverständigen aus dem Bereich der Mathematik beeinflusst.²⁷¹ Auf deren Vorgangsweise bei Prüfung dieser Frage werde ich unter D.1.d) näher eingehen.

Auch wenn von mehreren Rechtswissenschaftlern die logische Problematik der diskutierten Gesetzesbestimmung angesprochen wurde, so gilt es dennoch einen Weg zu finden, der zum einen eine richtige Umsetzung des Gesetzgeberwillens ermöglicht und zum anderen die vorwiegende Abhängigkeit vom Zufall in einer Art und Weise

²⁶⁷ Aufgrund der Identität von §§ 1 Abs 1 GSpG und § 1 Abs 1 StGB relevant.

²⁶⁸ Vgl *Wolf*, Problematik Glücksspiel 26 f; *Weiser*, Begriff, Wesen d. Glücksspiels 46.

²⁶⁹ *Seelig*, Glücksspielstrafrecht 46 ff.

²⁷⁰ *Seelig*, Glücksspielstrafrecht 46 FN 3.

²⁷¹ VwGH 08.09.2005, 2000/17/0201.

untersucht, die nicht „mit den anerkannten Lehren der Naturwissenschaft und Philosophie in Widerspruch steht.“²⁷²

Im Folgenden wird versucht die gängigsten Theorien zu dieser Thematik in chronologischer Reihenfolge anzuführen und abschließend den mE zielführendsten Ansatz zum Ausdruck zu bringen.

ec. Seeligs Lösungsansatz unter Berücksichtigung mehrerer Spielgänge (Gesetz der großen Zahl)

Seelig erörterte, dass bei Untersuchung und Klärung der Frage ob Gewinn und Verlust eines Spiels nun primär von der Geschicklichkeit des Spielers oder vom Zufall abhängen eine sehr entscheidende Rolle dem Betrachtungszeitraum zukommt. So ist es seiner Ansicht nach angebracht das fragliche Spiel über eine längere Zeitspanne zu beleuchten.²⁷³

Dh die Prüfung hat sich nicht nur auf einen einzelnen Spielgang sondern auf eine Reihe bzw Summe an Spielgängen zu konzentrieren um in Hinblick auf eine aussagekräftige Abgrenzung konkrete Schlüsse ziehen zu können. Den Grund dafür sah er in der faktischen Gegebenheit, dass auch bei durchaus anerkannten Geschicklichkeitsspielen,²⁷⁴ ein einzelner Spielgang mit einer ausschließlich zufallsbestimmten Kausalkette auftreten kann. Würde man nun bei der Beurteilung des Spiels auf genau so ein Einzelspiel stoßen, müsste man das Spiel unweigerlich als Glücksspiel bezeichnen und käme dadurch vom grundsätzlichen Ziel des Gesetzgebers ab.²⁷⁵ Dieser Ansatz ist einleuchtend und meiner Ansicht nach der Einzelbetrachtungstheorie von *Erlacher* vorzuziehen.²⁷⁶ Dessen Theorie wird unter eh.) näher beleuchtet.

Auf Basis einer Überprüfung der Reihe aller möglicher Spielgänge kam *Seelig* zu folgenden zwei Lösungsvorschlägen:²⁷⁷

In der ersten Variante war sein Bestreben aus der Reihe aller möglichen Spielgänge eines Spiels, jene Fälle zu filtern, in denen „Gewinn und Verlust“ ausschließlich vom Zufall, dh ohne jeglicher Willenseinwirkungen des Spielers, abhängig sind. Betragen jene gefilterten

²⁷² *Seelig*, Glücksspielstrafrecht 47.

²⁷³ *Seelig*, Glücksspielstrafrecht 47.

²⁷⁴ In diesem Zusammenhang führte er als Beispiel einen „aufgelegten“ Pagat ultimo bei Tarock an.

²⁷⁵ *Seelig*, Glücksspielstrafrecht 47.

²⁷⁶ *Erlacher*, GlücksspielG § 1 S 10.

²⁷⁷ *Seelig*, Glücksspielstrafrecht 47 ff.

Fälle mehr als 50 % aller möglichen Spielgänge, so ist von einem Überwiegen des Zufallsfaktors auszugehen und das Spiel als Glücksspiel zu qualifizieren. Wird eine Quote von 50 % nicht erreicht handelt es sich vice versa um ein Geschicklichkeitsspiel.²⁷⁸

Der zweite Lösungsvorschlag konzentrierte sich auf die Größe des Ausschlags im Spielergebnis, welcher sich daraus ergibt, dass einerseits die bewussten Willenshandlungen der Spieler variiert werden (Wechsel zwischen „guten“ und „schlechten“ Spielern) und andererseits die relativen zufälligen Teilursachen einer Variation zugeführt werden. Ausgehend vom Verhältnis der Ausschläge soll auf die Qualifikation des Spiels geschlossen werden. Dh verändert sich zB der Ausschlag im Spielergebnis nicht wesentlich wenn ein „guter“ Spieler die gleiche Kartenkombination spielt wie ein „schlechter“ Spieler ist das Spiel als Glücksspiel einzustufen.²⁷⁹

Durch genauen Blick auf die Ausschläge der einzelnen Ergebnisse hatte er auch erstmals, mE völlig richtig, der Höhe der Summe einzelner Spielpunkte bzw der Höhe von Gewinn und Verlust Bedeutung geschenkt.²⁸⁰

ME ist bei isolierter Betrachtung dieser beiden von *Seelig* angeführten Lösungsansätze der Variante zwei der Vorzug zu geben. Der Grund dafür liegt darin, dass ich es praktisch nicht für möglich halte aus der Summe aller möglichen Spielgänge, jene zu filtern die ausschließlich vom Zufall abhängig sind. Das setzt nämlich folgendes voraus:

Erstens die Kalkulation aller möglichen Spielgänge. Trotz Computertechnik scheint dies ein unrealistisches Vorhaben zu sein, da bei Kartenspielen Kombinationen in mehrfacher Millionenhöhe denkbar sind und sich diese abhängig von der jeweiligen Spielerzahl exponentiell erhöhen.

Zweitens gibt es kaum Kartenspiele die unabhängig von den Kartenkombinationen in bestimmten Situationen keine Interaktionen der Spieler erwarten lassen. Selbst der Verzicht auf einen Kartentausch oder auf das Tätigen eines Einsatzes stellt eine bewusste Willenshandlung eines Spielers dar. Auch die psychischen Komponenten können in Form einer derartigen Berechnung nicht wirklich berücksichtigt werden.

Dh selbst dann wenn wir eine Prüfung auf Basis des *Seeligschen* Lösungsvorschlags eins trotz dieser Kritikpunkte für theoretisch durchführbar halten würden, würde das Ergebnis dazu führen, dass aufgrund eben dieser besonderen Umstände bei gemischten Spielen, mE

²⁷⁸ *Seelig*, Glücksspielstrafrecht 47.

²⁷⁹ *Seelig*, Glücksspielstrafrecht 48.

²⁸⁰ Vgl *Weiser*, Begriff, Wesen d. Glücksspiels 47.

mit ziemlicher Sicherheit keines als Glücksspiel zu qualifizieren sein wird, weil die Anzahl der ausschließlich zufallsbestimmten Spielgänge verschwindend klein sein würde.²⁸¹

Der zweite Lösungsansatz hat bereits mehr zu bieten. Wenn man jedoch davon ausgeht, dass die Berechnung a priori erfolgen soll, ist mE auch dieser eher im theoretischen Terrain angesiedelt und aufgrund bestimmter Umstände praktisch nicht wirklich durchführbar. *Seelig* hatte seine Ausführungen zur zweiten Variante mithilfe eines sehr vereinfachten Beispiels bestehend aus nur fünf verschiedenen Kartenlagen und fünf verschiedenen Spielweisen untermauert.²⁸² Wie er selbst jedoch eingestand ist man in der Praxis mit einer unglaublich hohen Zahl an möglichen Kartenkombinationen konfrontiert.²⁸³ Beim Verfassen dieser Theorien im Jahre 1923 ging er noch davon aus, dass die Berechnung in einem solchen Umfang „eine Arbeit von mehreren Menschenaltern“²⁸⁴ erfordert. Daher hatte er sich mit rund 10.000 Spielgängen begnügt und befürwortete in diesem Fall eine Hochrechnung mittels Wahrscheinlichkeitsmathematik. Aufgrund der heutigen Computertechnik würde dieser Part der Lösungsfindung jedoch kein Problem mehr darstellen. Der Knackpunkt seiner Theorie ist jedoch die Bestimmung der möglichen Spielweisen.²⁸⁵ Kein Mensch kann sagen wie viele mögliche Spielweisen es für eine bestimmte Kartenkombination gibt. Da zum einen bei einigen Spielen die Einsatzhöhe selbst gewählt werden kann und zum anderen die eigene Spielweise auch immer vom Verhalten des / der Gegner/s abhängig ist, kann hier keine fixe Größe bestimmt werden. Insofern ist mE auch der zweite Lösungsvorschlag nicht wirklich praxistauglich. Dennoch hatte *Seelig* mit seinen Überlegungen ein paar interessante Ansätze entwickelt auf denen mE mithilfe der heutzutage fortgeschrittenen Technik aufgebaut werden kann. Ein äußerst wertvoller Schritt liegt darin im Zuge der Überprüfung der Spielkategorie von der theoretischen, praxisfremden und isolierten Betrachtungsweise eines einzelnen Spielgangs abzugehen und eine Menge an Spielgänge mit einzubeziehen. Unter Punkt ei) werde ich anführen in

²⁸¹ Zu diesem Schluss kam auch *Seelig*. Vgl *Seelig*, Glücksspielstrafrecht 50.

²⁸² *Seelig*, Glücksspielstrafrecht 48.

²⁸³ Bei der gängigsten Pokervariante Texas Hold'em (in Summe 52 verschiedene Karten) gibt es basierend auf fünf Karten insgesamt 2.598.960 Kombinationen. Vgl *Alspach*, 5-Card Poker Hands, <http://www.math.sfu.ca/~alspach/comp18/> (05.04.2010).

²⁸⁴ *Seelig*, Glücksspielstrafrecht 49.

²⁸⁵ Vgl mögliche Spielstrategien bei *Wolf*, Problematik Glücksspiel 72.

welcher Art und Weise mE eine Modifikation der *Seeligen* Überprüfungsvarianten zu einem tauglicheren Ergebnis führen könnte.

ed. Weisers Kritik am Seeligen Modell zur Qualifikation eines Glücksspiels anhand eines „vorwiegenden“ Zufallselement

Weiser hatte sich rund sieben Jahre nach *Seelig* ebenfalls mit dieser Thematik auseinandergesetzt und ist dabei auf dessen gewählte Vorgangsweise näher eingegangen. Er würdigte den neuen Ansatz hinsichtlich der Untersuchung der Reihe aller möglichen Spielgänge, da dadurch erstmals eine fundierte wissenschaftliche Basis geschaffen worden war.²⁸⁶

Dennoch hegte er Bedenken gegen die Theorien, da mithilfe der Wahrscheinlichkeitsrechnung agiert worden war und keine Rücksicht auf konkrete Fälle genommen worden war. Er versuchte dies mit der Behauptung zu untermauern, dass sich in der mitunter selbsterlebten Praxis – zB im Rahmen eines über mehrere Stunden andauernden Spielabends – die Kartenverteilung nicht an einer gem Wahrscheinlichkeitstheorie bestimmten Verteilungsnorm orientiert, sondern eher in Form von Phasen, die sich dadurch auszeichnen, dass ein Spieler unterstützt durch „Kartenglück“ eine Serie an Gewinnen einfahren kann, auftritt.²⁸⁷ ME ist dies ein haltloses Argument, da es erstens von subjektiven Empfindungen eines Spielers (hier spielt die Spielerpsyche eine ganz besondere Rolle) ausgeht und zweitens unter Berücksichtigung der möglichen Kartenkombinationen ein derart kleines Zeitfenster unbeachtlich ist.²⁸⁸

Weiser kam ebenfalls zu dem Ergebnis, dass bei Kartenspielen die vorgeschlagene Berechnungsmethode aufgrund der Natur dieses Spieltyps a priori nicht möglich ist. Ebenso hielt er den Zugang der Problemlösung mithilfe der statistischen Methode für ausgeschlossen, da es lt *Weiser* an statistischen Aufzeichnungen fehlte.²⁸⁹ Diese

²⁸⁶ *Weiser*, Begriff, Wesen d. Glücksspiels 47 ff.

²⁸⁷ *Weiser*, Begriff, Wesen d. Glücksspiels 49.

²⁸⁸ Vgl *Wikipedia*, Gesetz der großen Zahlen, http://de.wikipedia.org/wiki/Gesetz_der_großen_Zahlen (06.04.2010): „Angenommen, eine Serie von Münzwürfen beginnt mit „Kopf“, „Adler“, „Kopf“, „Kopf“. „Kopf“ wurde drei Mal geworfen, „Adler“ ein Mal. „Kopf“ hat gewissermaßen einen Vorsprung von zwei Würfeln. Nach diesen vier Würfeln ist die relative Häufigkeit von „Kopf“ $\frac{3}{4}$, die von „Adler“ $\frac{1}{4}$. Nach 96 weiteren Würfeln stellt sich ein Verhältnis von 49 „Adlern“ zu 51 „Köpfen“ ein. Der Vorsprung von „Kopf“ ist also nach 100 Würfeln genauso groß wie nach vier Würfeln, jedoch hat sich der relative Abstand von „Kopf“ und „Adler“ stark verringert, beziehungsweise – und das ist die Aussage des Gesetzes der großen Zahlen – der Unterschied der relativen Häufigkeit von „Kopf“ zum Erwartungswert von „Kopf“. Der Wert liegt sehr viel näher beim Erwartungswert 0,5 als $\frac{3}{4} = 0,75$.“

²⁸⁹ *Weiser*, Begriff, Wesen d. Glücksspiels 55.

Behauptung mag für das Jahr 1930 noch richtig gewesen sein. Aufgrund der heutzutage vorhandenen EDV und der üblichen Internetspiele gibt es nun zu bestimmten Spielen jedoch eine Menge an genau erfassten Spieldaten, die einer statistischen Auswertung zugeführt werden können.²⁹⁰

Letztlich führte *Weiser* noch an, dass diese gesetzliche Formulierung an sich im Hinblick auf die Rechtssicherheit grundsätzlich sehr bedenklich war, „wenn sie derart komplizierter mathematischer, statistischer und experimenteller Untersuchungen bedarf“.²⁹¹

In diesem Punkt ist ihm Recht zu geben. An dieser Situation hat sich jedoch nach mittlerweile rund 80 Jahre auch noch nichts geändert. Tatsache ist, dass diese Gesetzesbestimmung noch immer in Kraft ist und es daher notwendig ist, unter Zuhilfenahme modernster Technik die optimalste Überprüfungsmethode zu finden.

ee. Wolfs Kritik am Seeligischen Modell und sein Ansatz zur getrennten quantitativen Erfassung von Geschicklichkeit und Zufall

Wolf griff im Jahre 1972 abermals die *Seeligischen* Lösungsansätze auf und unterzog sie einer Prüfung auf ihre praktische Tauglichkeit. Im Vergleich zu *Weiser*, der seine Kritik primär äußerst fragwürdig auf einem wissenschaftlich nicht festmachbaren „mysteriösen Gesetz der Serie“,²⁹² welches im Laufe eines Spielabends seiner persönlichen Erfahrung nach häufig auftreten würde, aufgebaut hatte, setzte sich *Wolf* sehr vertieft mit den mathematischen Komponenten der beiden Lösungsansätze auseinander. Dabei stellte er fest, dass das *Seeligische* Modell fundamentale Mängel aufweist und „dem funktionalen Verhältnis von Zufall und Geschicklichkeit ursprünglich unangemessen“²⁹³ ist. Zusätzlich würde es Spiele mit Mehrpersonen-Beteiligung nicht entsprechend beurteilen und erfassen. Trotz der Unzulänglichkeit würdigte *Wolf* vorerst den mathematischen Ansatz *Seelig*s als „bemerkenswerte Grundidee“²⁹⁴ und versuchte darauf aufbauend seine eigenen Überlegungen zu formulieren. *Wolf* konzentrierte sich darauf ob durch den Zufallsmechanismus ein Abspielprozess geschaffen wird, der die Spielstruktur formal determiniert oder nicht. Unter einer Determination in diesem Zusammenhang verstand er folgende Situation: Durch den Zufallsprozess zB die ausgeteilten Karten wird aufgrund

²⁹⁰ Ein konkretes Beispiel werde ich Rahmen der Prüfung der Glücksspieleigenschaft des heute gängigsten Pokerspiels bringen. (Siehe II.E.2.c).

²⁹¹ *Weiser*, Begriff, Wesen d. Glücksspiels 55.

²⁹² *Weiser*, Begriff, Wesen d. Glücksspiels 49.

²⁹³ *Wolf*, Problematik Glücksspiel 53.

²⁹⁴ *Wolf*, Problematik Glücksspiel 54.

der Spielregeln der Spielausgang derart festgelegt, dass es keinem Spieler möglich wäre mithilfe von Geschicklichkeit das Spielergebnis zu seinen Gunsten zu beeinflussen. Schafft die Zufallsbedingung hingegen eine formal indeterminierte Strukturform, so wird dadurch maximal der Bewegungsspielraum in Hinblick auf die Summe aller möglichen Spielstrategien des Spielers eingeschränkt, bietet ihm jedoch noch soviel Handlungsmöglichkeiten, dass er dadurch das Spielergebnis aktiv beeinflussen kann.²⁹⁵

Wolf fasste diese Theorie in der Form zusammen, dass er ein Spiel dann als Glücksspiel qualifizierte „wenn in der Gesamtmenge der Spielstrukturen, die ein objektiver Zufallsmechanismus herbeiführen kann, die formal determinierten Strukturen die formal indeterminierten Strukturen zahlenmäßig überwiegen.“²⁹⁶

In weiterer Folge jedoch kam *Wolf* bei näherer Betrachtung seines eigenen Lösungsansatzes zu dem Ergebnis, dass auch diese Variante nicht zielführend war. Grund dafür war, dass seiner Meinung nach nicht davon ausgegangen werden konnte der Spieler würde in seinen persönlichen Entscheidungsprozessen immer den formalisierten Vorgaben entsprechen, sondern auch subjektive Zufallsmechanismen, die unter anderem von seinem jeweiligen Informationsstand abhängig sind, in sich vereinen und es sei jedenfalls unmöglich deren Auswirkungen in bestimmter Form zu erfassen. So kam er letztendlich zu folgender finalen Aussage: „Eine Unterscheidung der gemischten Spiele nach dem Maß der Zufallsabhängigkeit ist nicht durchführbar.“²⁹⁷

Er fasste zusammen, dass diese Gesetzesbestimmung sehr bedenklich war und im Endeffekt „die Entscheidung darüber, ob ein Spiel für überwiegend zufallsabhängig gehalten wird oder nicht, selbst überwiegend vom Zufall abhängig“²⁹⁸ ist.

ef. Höpfels Abkehr von mathematischen Überlegungen

Höpfel wählte im Jahre 1978 einen völlig anderen Weg zur Qualifizierung eines Spiels als Glücksspiel. Zuerst ging er auf die Untersuchungen von *Seelig* ein und gestand ihm zu, dass er sich am ausgiebigsten mit der Frage beschäftigt hatte, wie man die Zufallskomponente eines Spiels quantifizieren könnte. Dennoch hielt er es nicht für

²⁹⁵ *Wolf*, Problematik Glücksspiel 66 f.

²⁹⁶ *Wolf*, Problematik Glücksspiel 68.

²⁹⁷ *Wolf*, Problematik Glücksspiel 73.

²⁹⁸ *Wolf*, Problematik Glücksspiel 75.

sinnvoll den juristischen Begriff „vorwiegend“ in mathematische Größen umzudeuten und damit auszufüllen.²⁹⁹

Höpfel war der Meinung das gesetzliche Tatbestandsmerkmal „vorwiegend“ müsse normativ erfasst und konkretisiert werden.³⁰⁰ Er bediente sich dabei den von *Caillois* herausgearbeiteten Kategorien³⁰¹ *agon* (Wettstreit) und *alea* (Chance) und beurteilte ein Glücksspiel danach ob „jenes Element des Wettstreits, ..., gegenüber dem Element ‚alea‘ ... in den Hintergrund tritt“³⁰². Zu Beurteilung ob dies der Fall ist stellte er auf die persönliche Einschätzung des Spielers ab. Dort wo dieser „nicht mehr eine berechtigte rationale Erwartung über den Spielausgang entwickelt, sondern letztlich nur auf Grund eines Hoffens, einer irrationalen Einstellung, auf dieses oder jenes einzelne Ergebnis des Spiels“³⁰³ setzt, könnte seiner Ansicht nach von einem Glücksspiel ausgegangen werden. *Höpfel*, der die Gefahr des Glücksspiels vor allem in der spielsuchtbedingten Ausbeutbarkeit von Spielern sah, ging davon aus, dass jene Spiele, bei denen der Spieler sich nicht nur an der Hoffnung festhalten musste, sondern er „es genügend ‚in der Hand‘ hat[te]“³⁰⁴ in welche Richtung sich das Spielergebnis entwickelt, als Geschicklichkeitsspiele einzustufen wären. Dafür reichte es aus wenn der Spieler auf Basis der Probabilität Handlungen setzt und den Spielverlauf dahingehend steuert, dass das Ergebnis mit einer aussagekräftigen Wahrscheinlichkeit zu seinen Gunsten ausfällt. „Wahrscheinlichkeit“ findet in diesem Zusammenhang keine Verwendung als Ausdruck der Häufigkeit sondern ist eines „Grades der rationalen Erwartung“³⁰⁵.

Grundsätzlich geht der Ansatz mit der Einschätzung der Erwartungshaltung bei längeren Betrachtungsweisen in die richtige Richtung, doch stellt sich die Frage ob die Einschätzung des Spielers über die ihm tatsächlich zukommende Gewinnwahrscheinlichkeit stimmt.

Ich bin der Meinung, dass die Frage ob ein Spiel als Glücksspiel zu qualifizieren ist oder nicht, nach objektiven Maßstäben beurteilt werden muss. Hier ausschließlich auf die subjektiven Einschätzungen eines Spielers abzustellen führt jegliche gesetzliche Regelung ad absurdum. Gerade Spieler neigen dazu in logisch völlig belanglosen und irrationalen

²⁹⁹ *Höpfel*, ÖJZ 1978, 421.

³⁰⁰ *Höpfel*, ÖJZ 1978, 421.

³⁰¹ *Caillois*, Spiele u. Menschen 21 ff.

³⁰² *Höpfel*, ÖJZ 1978, 421.

³⁰³ *Höpfel*, ÖJZ 1978, 421.

³⁰⁴ *Höpfel*, ÖJZ 1978, 421.

³⁰⁵ *Höpfel*, ÖJZ 1978, 421 FN 52.

Umständen Zusammenhänge und Rechtfertigungen für ihr Handeln zu erkennen und sind oftmals in ihrem Tun und Denken getrieben von Aberglauben und suchtbedingten Ausflüssen. Das führt dazu, dass sie den Charakter eines Spiels oftmals komplett falsch einschätzen und beurteilen. Es passiert immer wieder, dass manche Spieler, ausgelöst durch einen völlig zufällig zustande gekommenen großen Gewinn, plötzlich nicht nur viel Geld, sondern auch die Überzeugung gewonnen haben, ein Spiel beherrschen zu können.³⁰⁶ Außerdem würde eine Beurteilung nach *Höpfels* Ansatz dazu führen, dass möglicherweise ein und dasselbe Spiel je nach Spieler, einmal als Glücks- und einmal als Geschicklichkeitsspiel zu gelten hätte. Auch würde es einem Anbieter Tür und Tor öffnen zweifelslose Glücksspiele und daher konzessionspflichtige Spiele ohne Genehmigung anzubieten, wenn er ohne einen wirklichen Beweis erbringen zu müssen behauptet, der fixen Überzeugung zu sein, dass die Entscheidung über „Gewinn und Verlust“ von persönlichem Können abhängig sei.

Hier ist mE ganz klar einer objektiven mathematischen Berechnung bzw statistischen Analyse der Vorzug zu geben. Die mM nach beste Vorgangsweise in Bezug auf die Feststellung der Glücksspieleigenschaft formuliere ich unter ei).

eg. Mathematischer Ansatz von Schwartz

Auch *Schwartz* hatte sich mit dem Normgehalt des Begriffes „vorwiegend“ auseinandergesetzt und hierfür drei mögliche Abgrenzungskategorien gefunden. Dabei ging er ursprünglich nicht davon aus, dass „Geschicklichkeit“ als Oberbegriff für alle spielerseitigen Fähigkeiten zu sehen ist und stellte „Kraft“ als eigene Kategorie dar. Unter Berücksichtigung dieses Umstandes zeigte er als mögliche erste Variante die der „relativen Mehrheit der Zufallsmomente“³⁰⁷ auf. Diese zeichnete sich dadurch aus, dass im Überblick dieser drei möglichen Komponenten die Zufallskomponente am verhältnismäßig häufigsten oft vorkommt, zB „40 % Zufall, 35 % Geschicklichkeit, 25 % Kraft“³⁰⁸. Die zweite vorgestellte Variante forderte zumindest eine absolute Mehrheit an zufallsbestimmenden Bedingungen (dh 50 % + 1). Als strengste Anforderung zeigte *Schwartz* die Variante drei mit einem deutlich überwiegenderen Anteil des Zufallselements (dh wesentlich mehr als 50 % + 1) auf. In weiterer Folge hielt *Schwartz* fest, dass Jud und Lit die relevanten Größen in Hinblick auf das Zustandekommen eines Spielergebnisses

³⁰⁶ Vgl *Weratschnig*, Glücksspiel 72.

³⁰⁷ *Schwartz*, Strukturfragen GSpG 86.

³⁰⁸ *Schwartz*, Strukturfragen GSpG 86.

ausschließlich in zwei Kategorien, nämlich Zufall und Geschicklichkeit (als Oberbegriff auch Kraft umfassend), sahen. Darauf aufbauend und in Zusammenschau mit der Rsp des VwGH, der von einem Glücksspiel dann gesprochen hatte wenn das Spiel „hauptsächlich, in erster Linie, ganz besonders, zum größten Teil“³⁰⁹ von zufälligen Bedingungen abhängig war, kam er zu dem Ergebnis, dass nur Variante zwei oder drei für die Qualifizierung als Glücksspiel in Frage kommen konnten.³¹⁰ Mit Hilfe der verfassungskonformen Interpretation kam *Schwartz* letztendlich zu dem Ergebnis, dass „vorwiegend“ im Sinne einer absoluten Mehrheit (50% + 1; Variante 2) zu verstehen ist, da auch „für ein Erfordernis einer darüber hinausgehenden Gewichtung der Zufallsmomente ... jeder positivrechtliche Anhaltspunkt“³¹¹ fehlte. Abgesehen davon war auch nirgends determiniert in welchem Ausmaß dieser über 50 % vorliegende Anteil der Zufallskomponente vorliegen sollte.

So stellte *Schwartz* abschließend fest, dass gem dem Bestimmtheitsgebot iSd Art 18 Abs 1 B-VG der Begriff „vorwiegend“ daher „iS einer bloßen absoluten Mehrheit der aleatorischen Momente zu verstehen“³¹² war.

ME ist dieser Ansicht zu folgen. Es stellt sich nun natürlich die Frage wie es gelingt festzustellen in welcher Höhe die Zufallskomponenten als Entscheidungsträger beim Zustandekommen des Ergebnisses einwirken. Wie bereits die Darstellungen von *Seelig*, *Weiser* und *Wolf* zeigten liegt in der Praxis hier das größte Problem. *Schwartz* hatte sich in seinen Ausführungen mit dieser Thematik in keiner Weise auseinandergesetzt.

eh. Einzel- und Durchschnittsbetrachtungsweise gem BMF und Erlacher

Bei der Beurteilung der Zufallsabhängigkeit eines Spiels formulierte *Erlacher* als Beamter des Bundesministeriums für Finanzen zwei Theorien.

So ging *Erlacher* von der Einzelfallbetrachtungsweise aus. Diese besagt, dass es unzulässig sei bei der Beurteilung der Gewichtung von Glück und Zufall eines Spiels auf das Durchschnittsergebnis einer größeren Anzahl von Spielen – also iS von *Seelig* in Form von mehreren Spielgängen – auszugehen. Deshalb dürfte immer nur ein Spielgang geprüft werden. Diese Vorgangsweise versuchte *Erlacher* mit dem Argument, bei mehreren Spielgängen würde bei der Überprüfung eines eindeutigen Glücksspiel im Ergebnis immer

³⁰⁹ VwGH 11.02.1994, 93/17/0091.

³¹⁰ *Schwartz*, Strukturfragen GSpG 86 f.

³¹¹ *Schwartz*, Strukturfragen GSpG 87.

³¹² *Schwartz*, Strukturfragen GSpG 87.

die Bank gewinnen und man dürfte daher nicht mehr von reinem Zufall ausgehen, zu untermauern.³¹³

ME ist diese Vorgangsweise im Grunde grob fahrlässig und strikt abzulehnen. Jede auf diese Art und Weise getroffene Unterscheidung ist gerade bei gemischten Spielen, als purer Zufall zu qualifizieren und kann niemals als eine überzeugende, objektive Beurteilung bezeichnet werden. Eine abschließende Prüfung eines Spiels anhand nur eines Spielgangs könnte auch bei durchaus als Geschicklichkeitsspielen anerkannten Spielformen zu dem Ergebnis eines Glücksspiels führen. Kann Fußball ernsthaft als Glücksspiel bezeichnet werden, nur weil theoretisch das eine der Prüfung unterzogene Spiel durch zwei massive Fehlentscheidungen des Schiedsrichters zugunsten der klar schlechteren Mannschaft ausgefallen ist? Ist Poker eindeutig als Geschicklichkeitsspiel zu bezeichnen, weil es in der geprüften Spielrunde dem Teilnehmer mit den schlechteren Ausgangskarten durch einen raffinierten, gut getimten Bluff gelungen ist, den Gegner mit den besseren Karten zur Aufgabe der Spielrunde zu verleiten?

Natürlich sind diese Beispiele überzeichnet dargestellt, aber im Kern geht es um genau diese Problematik. Das Schutzargument des Finanzministeriums respektive *Erlachers* ist nicht wirklich überzeugend, denn es gilt ja das Geschick des Spielers und nicht jenes der Bank zu überprüfen. Dh die relevante Perspektive ist jene aus der Sicht des Spielers. Ist es daher einem Spieler auf Dauer nicht möglich öfters zu gewinnen als zu verlieren (bzw kontinuierlich die Höhe des Gewinns deutlich über jener des Verlusts zu halten³¹⁴) und tritt dieses Phänomen in der Serie bei allen möglichen Spielern auf, so ist doch eindeutig die Glücksspieleigenschaft bewiesen. Gerade hierfür ist die Überprüfung möglichst vieler Spielgänge Voraussetzung.

Die zweite von *Erlacher* vertretene Ansicht ist die Durchschnittsbetrachtungsweise. Gem dieser sei bei der angesprochenen Prüfung eines Spiels „davon auszugehen, daß die Spielteilnehmer durchschnittlich geübte und begabte Spieler sind bzw. sein können“³¹⁵ Dies deshalb weil ansonsten bei Spielen die zB zu 90 % vom Zufall und zu 10 % vom Geschick abhängig sind der talentierte Spieler langfristig gegenüber dem schlechteren

³¹³ *Erlacher*, GlücksspielG 10.

³¹⁴ ZB Kartenzähler bei Black Jack. Indem sie in der Lage sind, sich die Folge aller bereits aufgedeckten Karten zu merken, können sie auf Wahrscheinlichkeiten basierende für sie günstige Situationen erkennen und erhöhen in diesen Phasen ihren Einsatz deutlich. Dadurch gelingt es ihnen auf Dauer in Summe mehr zu gewinnen als zu verlieren. Vgl *Wikipedia*, MIT Blackjack Team, http://en.wikipedia.org/wiki/MIT_Blackjack_Team (08.04.2010); Vgl *Iro*, Erwerbsfreiheit für Berufsspieler!, *Recht der Wirtschaft* 1998, 592.

³¹⁵ *Erlacher*, GlücksspielG 10.

Spieler die 10 % besser nützen würde und diesbezüglich als Sieger abschneiden würde. Er behauptete dass man dann nämlich dazu übergehen könnte diese Spiele auch als Geschicklichkeitsspiele zu qualifizieren.³¹⁶

Auch diese Ansicht kann ich in keiner Weise vertreten. *Erlacher* vermischte bei dieser Argumentation ein paar wesentliche Dinge. Erstens widersprach diese Schlussfolgerung seiner zuvor beschriebenen Einzelfallbetrachtungsweise. Bei strikter Befolgung dieser kommt er gar nie soweit in einer Serie von Spielen einen begabteren Spieler, der es versteht seine Geschicklichkeit in den ihm zur Verfügung stehenden 10 % besser einzusetzen, zu erkennen, da schlicht und ergreifend *Erlacher* bereits im Vorhinein darauf verzichtet eine Serie an Spielen zu analysieren. Zweitens ändert die Tatsache, dass ein Spieler im Bezug auf seinen Gegner die 10 % Geschicklichkeit ausnützt und der andere im schlechtesten Fall womöglich sogar 0 % für sich beansprucht, nichts an der Tatsache, dass in 90 % der Spielrunden das Spiel weiterhin für beide nur vom Zufall entschieden wird. Insofern wäre das Spiel objektiv betrachtet dennoch immer noch als Glücksspiel zu qualifizieren. Drittens ist es nicht einleuchtend, warum einem Spieler sein Können, welches im Regelfall durch ausgiebige Übung und Praxis erworben wird, zum Nachteil gereichen soll, wenn er sich ansonsten nicht durch außergewöhnliche, übermenschliche Fähigkeiten auszeichnet. Der Sinn eines Geschicklichkeitsspiels besteht ja gerade darin, besser als der Durchschnitt bzw der Gegner zu werden. Daran ist mE nichts Verwerfliches. Niemand würde auf die Idee kommen einen Profi in einer anerkannten Disziplin (zB Tennisprofi) bei der Beurteilung des Geschicklichkeitsfaktors dieses Spiels auszuschließen.

ei. Fazit: Eigene Meinung zur Feststellbarkeit der „vorwiegenden“ Zufallsabhängigkeit

Abschließend möchte ich zur kontrovers diskutierten Thematik der „vorwiegenden“ Zufallsabhängigkeit meine eigene Meinung formulieren. Beginnend mit einer grundsätzlichen Anmerkung zur gesetzlichen Definition und dann gefolgt von einem zweiphasigen Prüfungsmodell, welches mE zu einem objektiven und brauchbaren Ergebnis führen kann.

³¹⁶ *Erlacher, GlücksspielG 10.*

eia. Die Sinnhaftigkeit der gesetzlichen Formulierung

Wie bereits *Seelig*³¹⁷ haben auch ihm nachfolgenden Autoren³¹⁸ die gesetzliche Formulierung zur Definition eines Glücksspiels aus mehreren Gründen als äußerst bedenklich kritisiert.³¹⁹ Dieser Meinung schließe ich mich voll inhaltlich an. Anhand der Auflistung der verschiedensten Lösungsansätze lässt sich erkennen wie vielschichtig die Problematik beleuchtet werden kann und dass in der Tat bis heute noch keine auf allen Linien überzeugende Methode vorgestellt wurde, wie die Gewichtung von Geschick und Zufall in Rahmen eines Mischspiels messbar ist. Der Umstand, dass selbst für Experten und Sachverständige diese Prüfung eine große Herausforderung darstellt und mitunter ein und dasselbe Spiel bei verschiedenen Methoden der Feststellung ihrer Glücksspielqualifikation zu diametral entgegengesetzten Ergebnissen führt, schafft die Basis für breite Verwirrung und Rechtsunsicherheit. Es ist vermessen und unverantwortlich von gewöhnlichen Spielern ein rechtskonformes Verhalten zu erwarten, wenn sich oft Experten selbst nicht darüber einig sind ob ein Spiel nun der Kategorie Glücksspiel oder doch der des Geschicklichkeitsspiels zugeordnet werden soll und nur äußerst komplizierte mathematische Kalkulationen und statistische, sowie experimentelle Analysen darüber in irgendeiner Form Aufschluss geben können.³²⁰ Gerade mit Blick auf das Strafrecht ist es mir unerklärlich wieso der Gesetzgeber hier noch nicht tätig geworden ist und sich um eine konkretere und aussagekräftigere Lösung bemüht hat. Denn § 1 Abs 1 StGB verlangt gem dem Bestimmtheitsgrundsatz, dass die Strafbarkeit einer Tat eindeutig festgelegt sein muss.³²¹ Dabei geht es nicht nur um eine exakt definierte Strafdrohung, sondern auch um eine positiv rechtlich normierte Definition des vorwerfbaren Verhaltens.³²²

IdZ ist der Vorstoß von *Höpfel*,³²³ der in dieser Form auch von *Burgstaller*³²⁴ befürwortet wurde, mE wenig zielführend. Wie bereits unter ef) angeführt darf mM nach eine abschließende und objektive Beurteilung hinsichtlich der rechtlichen Qualifikation eines

³¹⁷ *Seelig*, Glücksspielstrafrecht 46 f.

³¹⁸ Vgl oben *Weiser*, *Wolf*, *Weratschnig*.

³¹⁹ Vgl Gegenvorschlag unter 0).

³²⁰ *Weiser*, Begriff, Wesen d. Glücksspiels 55.

³²¹ *Weratschnig*, Glücksspiel 72.

³²² *Weratschnig*, Glücksspiel 73.

³²³ *Höpfel*, ÖJZ 1978, 421.

³²⁴ *Burgstaller*, RZ 2004, 214.

Spiels, sinnvollerweise niemals vom subjektiven Empfinden der betroffenen Teilnehmer abhängig sein.³²⁵

Dennoch gilt es, wie bereits erwähnt, mit dieser rechtlichen Situation umzugehen. Hierzu ist zur Prüfung des quantitativen Auftretens des Zufalls bei Mischspielen mE folgende Vorgangsweise am besten geeignet:

eib. Phase 1: Die Prüfung des Ausmaßes der vom Zufall determinierten und unverrückbaren Spielstrukturen

Grundsätzlich muss erwähnt werden, dass jedes Spiel aufgrund unterschiedlicher Spielregeln und dadurch differierender Wahrscheinlichkeiten einer speziellen Prüfung durch Sachverständige bedarf.³²⁶ Dh es ist mE eindeutig einer mathematischen bzw statistischen Lösungsfindung der Vorzug zu geben. Nur dann kann ein objektives und unabhängig von persönlichen Einschätzungen, Erlebnissen und Vermutungen fundiertes Ergebnis erzielt werden. Diese mathematische Analyse kann bei Spielen, die auf fehlenden Informationen basieren³²⁷ nur über die Einbeziehung einer Serie an Spielgängen erzielt werden.³²⁸ Sind jedoch wie zB bei Roulette alle relevanten Berechnungsgrößen und Informationen bereits vor Spielbeginn vorhanden, so kann eine exakte Berechnung der Wahrscheinlichkeiten auch mittels der bekannten Spielregeln und Bedingungen erfolgen.³²⁹

Bei Spielen mit aus der Perspektive des Spielers fehlenden Informationen gilt es aufbauend auf den Thesen von *Seelig* und *Wolf* im ersten Schritt zu überprüfen inwieweit das Spielergebnis durch den zufallsbedingten Einfluss bereits im Vorhinein und unverrückbar von möglichen spielerischen Spielweisen festgelegt ist. Hierzu bedarf es der Betrachtung von einer großen Anzahl an Spielgängen, die dann mittels Wahrscheinlichkeitsmathematik hochgerechnet werden.³³⁰ Jetzt ist es richtig, dass aufgrund der fehlenden Spielinformationen eine umfangreiche Berechnung des Spiels selbst faktisch unmöglich ist. Nämlich deshalb weil nicht alle möglichen Spielweisen

³²⁵ Vgl *Weratschnig*, Glücksspiel 72.

³²⁶ Vgl *Schwartz/Wohlfahrt*, Komm GSpG § 1 Rz 20.

³²⁷ ZB Kartenspiele: Man kennt beim Spielen die verdeckten Karten des Gegners nicht. Im Gegensatz dazu sind bei Spielen wie zB Schach alle Spielinformationen ersichtlich (man sieht ohne Verzögerung jede Spielfigur und jeden Spielzug des Gegners)

³²⁸ *Seelig*, Glücksspielstrafrecht 47; AA *Höpfel*, ÖJZ 1978, 421.

³²⁹ Vgl *Schwartz/Wohlfahrt*, Komm GSpG § 1 Rz 20.

³³⁰ Vgl *Seelig*, Glücksspielstrafrecht 51.

bekannt sein können und daher nicht die gesamte Bandbreite, der auf die zufallsbedingte Ausgangssituation einwirkenden Faktoren, mitsamt ihrem kausalen Einfluss auf das Ergebnis, bestimmt werden kann. Die Lösung dieses Problems besteht mE in der Statistik. Da die Vorausberechnung unmöglich ist, gilt es vorhandene Spieldaten zu analysieren. Dabei ist der für das jeweilige Spiel optimale Ansatz zu finden, der zeigt inwieweit der Zufall das Spielergebnis unabhängig vom Spielerverhalten bereits im Vorhinein bestimmt hat.

Diese Prüfung könnte zB bei Spielen, bei denen auf ein Zufallsereignis Handlungen der Spieler folgen so aussehen, dass auf einen Vergleich zwischen der Spielsituation nach Wirkung des Zufalls mit jener des finalen Spielergebnisses abgezielt wird. Dh es ist zu prüfen ob der Spieler, der zufallsbedingt die beste Spielausgangsposition erhalten hat, in mehr als 50 % der Fälle dann das Spiel auch tatsächlich gewonnen hat.³³¹ Ist dies zutreffend so kann davon ausgegangen werden, dass das Ergebnis „vorwiegend“ vom Zufall vorausbestimmt ist und somit die Glücksspieleigenschaft zu bejahen ist. Liegt die Erfolgsquote des vom Zufall begünstigten Spielers jedoch unter 50 %, so ist offenkundig, dass andere Faktoren eine wesentlichere Rolle gespielt haben. Es wäre jedoch verfrüht hier automatisch diese anderen Umstände als Geschicklichkeit der Gegenspieler zu qualifizieren. Denn wie *Wolf* richtig festgestellt hatte und woran er seine eigene Theorie letztendlich scheitern ließ, kann auch das auf das ursprüngliche Zufallsereignis folgende Spielverhalten der Spieler durch subjektive Zufallskomponenten bestimmt sein.³³²

etc. Phase 2: Abschließende Gewichtung der subjektiven Zufallskomponente

Auch diese Schwierigkeit lässt sich mE mithilfe der Statistik lösen. Hierzu ist es notwendig zu prüfen, ob in der Menge aller Spieler Vertreter zu finden sind, denen es gelingt kontinuierlich als Gewinner, nämlich auch dann wenn der Gegner eine zufallsbedingte bessere Ausgangsposition erhalten hat, das Spiel zu beenden. Dabei ist es notwendig mittels statistischer Methoden eine erforderliche Menge zu definieren, bei denen nach Grundsätzen der Wahrscheinlichkeitsmathematik ausgeschlossen werden kann, dass eine derartige Anzahl an Spielern rein zufällig, kontinuierlich auch trotz schlechterer Startposition, als Gewinner eruiert wird. Problematisch könnte sein, dass nicht ausreichend statistisches Material vorhanden ist. Jedoch ist dies in Zeiten der

³³¹ ZB beim Kartenspiel: Jener Spieler, der zu Beginn die besten Karten zugeteilt bekommen hat, hat dann auch letztendlich das Spiel gewonnen.

³³² *Wolf*, Problematik Glücksspiel 70 f.

Internetspiele, wo beinahe jedes Spiel auch in Form einer Onlineversion verfügbar ist und gespielt wird und deshalb aufgrund der Logfiles der verschiedensten Anbieter in den meisten Fällen genügend Aufzeichnungen vorhanden sind, ohnehin sehr unwahrscheinlich. Abgesehen davon gibt es dank modernster Technik im Vergleich zu Zeiten, in denen *Seelig*, *Weiser* und *Wolf* ihre Lösungsansätze formulierten, nun die Möglichkeit Computermodelle zu entwickeln, die eine unermessliche Zahl an Spielgängen auch mittels Artificial Intelligence³³³ simulieren können und somit erlauben, daraus die notwendigen Schlüsse zu ziehen.

2. Verordnungsermächtigung gem § 1 Abs 2 GSpG

Durch § 1 Abs 2 GSpG wird der Bundesminister für Finanzen ermächtigt im Rahmen des Verordnungsweges bestimmte Spiele als Glücksspiele zu definieren. Von diesem Recht wurde bisher jedoch noch kein Gebrauch gemacht.³³⁴ Diese Ermächtigung ist durch §§ 1, 2 und 4 GSpG eingeschränkt.³³⁵

IdZ stellt sich auch die Frage welche rechtliche Relevanz jene Liste von verbotenen Spielen der früheren Glücksspielverordnung (BGBl 1923/253 idF BGBl 1933/6) entfaltet. Nach zwischenzeitlicher Aufhebung im Zuge der Einführung reichsdeutscher Gesetzgebung in Österreich wurde diese durch § 2 GSpG, StGBI 1945/117 wieder in Kraft gesetzt, bis diese Wiedereinführung vom VfGH als verfassungswidrig aufgehoben wurde. Seit Aufhebung mittels BGBl 1961/87 fand diese Auflistung keine Anwendung mehr.³³⁶

Nach anfänglicher Verwirrung und Unsicherheit, welche Bedeutung diese aufgehobene Liste heutzutage noch hat, ist sich darüber mittlerweile sowohl die Lit³³⁷ als auch die Jud³³⁸ einig. So gilt die Auflistung maximal als gewisse Orientierung bei der Einordnung eines Spiels.³³⁹ Das befreit demnach nicht von der Pflicht das fragliche Spiel im Einzelfall mithilfe aller heutzutage verfügbaren wissenschaftlichen und technischen Möglichkeiten einer Überprüfung zuzuführen.³⁴⁰

³³³ *Russell/Norvig*, Artificial intelligence: A Modern Approach³ (2009).

³³⁴ *Strejcek/Bresich*, Glücksspielgesetz § 1 Rz 11.

³³⁵ Vgl *Erlacher*, GlücksspielG 14; *Strejcek/Bresich*, Glücksspielgesetz § 1 Rz 12.

³³⁶ *Strejcek/Bresich*, Glücksspielgesetz § 1 Rz 13.

³³⁷ *Burgstaller*, RZ 2004, 214 FN 56.

³³⁸ OGH 12.03.1991, 14 Os 140/90.

³³⁹ *Strejcek/Bresich*, Glücksspielgesetz § 1 Rz 14.

³⁴⁰ *Burgstaller*, RZ 2004, 214.

Die Ansicht diese frühere Glücksspiel-Verordnung vor Gericht als quasi Sachverständigengutachten gelten zu lassen, finde ich etwas zu hoch gegriffen.³⁴¹

3. Beispiele für Glücksspiele aus Literatur und Judikatur

Abschließend möchte ich zu dieser Thematik einen kurzen Ausschnitt der aktuellsten Lehrmeinungen und Jud anführen. Es soll aufgezeigt werden, in welcher Form sich die Lit und die Rsp idZ mit den Tatbestandselementen des § 1 GSpG beschäftigt hat und zu welchem Ergebnis man bei Anwendung der komplizierten Regelungen von §§ 1 Abs 1 GSpG und 1 Abs 1 StGB auf fragwürdige Spiele in der Praxis gekommen ist.

a. Schnapsen bzw 66

Das in Österreich beliebte und traditionsreiche Kartenspiel „Schnapsen“³⁴² oder auch „66“ genannt war im Jahre 1959 Gegenstand einer höchstgerichtlichen Entscheidung. Der OGH vertrat damals die Ansicht, dass beim Spiel „Schnapsen“ Gewinn und Verlust primär von der Geschicklichkeit der Spieler abhängig sind. Er hielt dazu fest: „Das Erstgericht hat zwar richtig erkannt, daß das vom Angeklagten gespielte Spiel ‚Schnapsen‘ nicht zu den durch Verordnung verbotenen Spielen gehört, hat aber rechtsirrig vermeint, daß es zu jenen Spielen zähle, bei denen Gewinn und Verlust vorwiegend vom Zufall abhängen. Das von einem großen Teil der Bevölkerung gespielte Spiel ‚Schnapsen‘, auch ‚66‘ genannt, verlangt in erster Linie von den Spielern Berechnung und Geschicklichkeit, um gewinnen zu können. Sicherlich kommt auch bei diesem Spiele, wie schließlich bei fast jedem Kartenspiel, auch dem Zufall Bedeutung zu, doch kann bei der Art dieses Spiels nicht gesagt werden, daß Gewinn und Verlust ausschließlich oder vorwiegend vom Zufall abhängen.“³⁴³ Auch wenn der OGH nicht näher begründete, in welcher Form die überwiegende Geschicklichkeit gemessen wurde hat sich die überwiegende Mehrheit der Lehre dieser Meinung angeschlossen.³⁴⁴

Es stellt sich natürlich schon die Frage, wo hier die Einheitlichkeit der Rsp zu finden ist, wenn der VwGH³⁴⁵ bei einem ähnlich gelagerten Spiel, in welchem eine durch Mischen

³⁴¹ Foregger/Fabrizy, Kurzkomentar StGB 06⁹ § 168 Rz 1.

³⁴² Bamberger, Die beliebtesten Kartenspiele: Schnapsen, Sechsendsechzig, Tarock, Poker, Canastra, Rummy, Streitpatience, Preference, Skat, Schafkopf, Doppelkopf²¹ (1998) 11 ff.

³⁴³ OGH 22.06.1959, EvBl 1959/325; OGH 16.10.1986, 6 Ob 519/85.

³⁴⁴ AA Bertel/Schwaighofer/Venier, Österreichisches Strafrecht: Besonderer Teil I¹¹ I (2010) 168 Rz 1.

³⁴⁵ VwGH 08.09.2005, 2000/17/0201.

zufallsbedingte Ausgangslage geschaffen wird, auf die eine Reihe von Spielerhandlungen folgen, zu einem gänzlich anderen Ergebnis kommt.³⁴⁶

b. Bridge

Auch „Bridge“³⁴⁷ ist ein klassisches Kartenspiel mit zufallsbestimmter Kartenverteilung. Wiewohl es bisher noch nie zentrales Thema einer höchstgerichtlichen Entscheidung war, wurde „Bridge“ bis dato immer in Zusammenhang mit einem überwiegenden Geschicklichkeitselement erwähnt.³⁴⁸ Trotz Mangel an einer konkreten Begründung schließt sich auch die Lehre dieser Meinung an und ordnet dieses Kartenspiel den Geschicklichkeitsspielen zu.³⁴⁹

c. Tarock

Eine ähnliche Situation ist bei „Tarock“³⁵⁰ vorzufinden. Auch hier sind sich sowohl die Rsp³⁵¹ als auch die Lit³⁵² darüber einig, dass aufgrund der Tatsache der vorwiegenden Abhängigkeit von der Geschicklichkeit des Spielers, nicht von einem Glücksspiel ausgegangen werden kann. Trotz des Umstandes, dass diese Feststellung höchstwahrscheinlich auch wirklich den Tatsachen entspricht, konnte sie durch keine überzeugende Begründung unterstützt bzw durch messbare Beweise nachgewiesen werden.

d. Backgammon

Mit „Backgammon“³⁵³ hat sich die Rsp bisher noch nicht wirklich auseinandergesetzt. Dennoch gehen *Strejcek* und *Bresich* davon aus, dass trotz der durch die Würfel verursachten Zufallselemente, die Spielregeln ein Überwiegen der strategischen

³⁴⁶ Vgl *Weratschnig*, Glücksspiel 80.

³⁴⁷ *Ludewig*, Bridge für Einsteiger: Regeln, Techniken, Übungen (2001).

³⁴⁸ Vgl VwGH 18.12.1995, 95/16/0047; 08.09.2005, 2000/17/0201; 26.09.2005, 2004/04/0205.

³⁴⁹ *Strejcek/Bresich*, Glücksspielgesetz § 1 Rz 14; *Schwartz/Wohlfahrt*, Komm GSpG § 1 Rz 22.

³⁵⁰ *Bader*, Tarock - Tarot: Die Entwicklung des Tarock als Kartenspiel, seine okkultistische Interpretation und gegenwärtige Ausformung (1994); *Bamberger*, Beliebtesten Kartenspiele 33 ff.

³⁵¹ Vgl VwGH 08.09.2005, 2000/17/0201; 26.09.2005, 2004/04/0205.

³⁵² *Strejcek/Bresich*, Glücksspielgesetz § 1 Rz 14; *Schwartz/Wohlfahrt*, Komm GSpG § 1 Rz 22.

³⁵³ *Kastner*, Backgammon: Geschichte - Regeln - Strategien (2008).

Vorgehensweise der Spieler forcieren und somit „Gewinn und Verlust“ primär von der Geschicklichkeit der Spieler abhängig sind.³⁵⁴

e. *Mauscheln*

Das Kartenspiel „Mauscheln“³⁵⁵ wurde vom OGH eindeutig als Glücksspiel eingestuft. Hierbei ließ der OGH die Tatsache, dass dieses Spiel in der unter 2) angeführten frühen Verordnung damals bereits als verbotenes Glücksspiel gegolten hat, als Indiz für den Glücksspielcharakter dieses Kartenspiels gelten. Er ergänzte: „daß Gewinn und Verlust zumindest vorwiegend vom Zufall abhängig sind, weil Erfolg oder Mißerfolg überwiegend von den jedem einzelnen Spieler zugeteilten Karten abhängig sind und dem einzelnen Spieler kaum entscheidende Gestaltungs- und Einflußmöglichkeiten auf den Spielausgang offen stehen. Die jeweils nicht an ihn ausgeteilten Karten bleiben nämlich für ihn verdeckt und sind oder werden ihm im Spielverlauf selbst nicht bekannt.“³⁵⁶

Im Umstand, dass ein Teil der Karten im Spiel gar nicht ausgeteilt wird und diese daher keine Verwendung finden sah der OGH einen entscheidenden Unterschied zum „Schnapsen“. Denn somit wäre es dem Spieler nicht möglich durch Merkvermögen und Berechnung Rückschlüsse auf die Karten des Gegners zu ziehen. Dieses Argument, welches auch immer wieder in Zusammenhang mit Poker genannt wird, war für *Weratschnig* wenig überzeugend, da auch beim „Schnapsen“ ein Spiel vor dem Aufdecken aller Karten beendet werden kann.³⁵⁷

f. *Färbeln bzw Einundvierzig*

Das Kartenspiel „Färbeln“³⁵⁸ bzw auch „Einundvierzig“ genannt ist ein österreichisches Kartenspiel, welches große Ähnlichkeit mit dem Kartenspiel „Poker“ aufweist. Der OGH sprach sich in mehreren Entscheidungen eindeutig für den Glücksspielcharakter dieses Spiels aus, beließ es jedoch bei der einfachen Behauptung ohne hierzu eine nähere Begründung anzuführen.³⁵⁹ *Weratschnig* stimmt dieser Kategorisierung zu und begründet dies mit dem Umstand, dass der Spieler nach Erhalt der zufällig ausgeteilten Karten

³⁵⁴ *Strejcek/Bresich*, Glücksspielgesetz § 1 Rz 24.

³⁵⁵ *Kastner/Folkvord*, Die große Humboldt-Enzyklopädie der Kartenspiele: Die ersten 500 Jahre (2005) 66.

³⁵⁶ OGH 12.03.1991, 14 Os 140/90.

³⁵⁷ *Weratschnig*, Glücksspiel 81.

³⁵⁸ *Zollinger*, Geschichte des Glücksspiels: Vom 17. Jahrhundert bis zum Zweiten Weltkrieg (1997) 298.

³⁵⁹ OGH 04.11.1981, 3 Ob 571/81; 06.09.1995, 7 Ob 579/95.

aufgrund der Spielregeln kaum einen Handlungsspielraum hat um das Spiel durch persönlichen Einsatz entscheidend beeinflussen zu können.³⁶⁰

g. Diverse Spielautomaten

In einigen Entscheidungen haben sich die Gerichte bereits mit diversen Spielapparaten auseinandergesetzt. So wurde die vorwiegende Zufallsabhängigkeit für Pokerautomaten,³⁶¹ einen mittels einer Kugel betriebenen Spielapparat namens „Pachinko Sayoko“ und einen typischen Spielautomat namens „TV Lucky Lady Liner“³⁶² mit Symbolen auf drehenden Walzen bejaht. In allen Entscheidungen wurde unterstrichen, dass die minimalen Einwirkungsmöglichkeiten der Spieler (zB Einwurfstärke einer Kugel, Stoppen von Walzen) untauglich waren das Spielergebnis effektiv zu beeinflussen.³⁶³

h. 5 Millionen Rubbel-Puzzle

Das über Tabak-Trafiken vertriebene Spiel wurde von den Vertreibern als Geschicklichkeitsspiel angepriesen. Dies deshalb weil, vom Spieler aktives Handeln gefordert war. Zum einen musste er eine Preisfrage beantworten können und sich des Weiteren darum kümmern spezifische ergänzende Rubbel Karten zu erhalten. Dazu bot sich unter anderem Tauschen mit anderen Spielteilnehmern an. Der VwGH beurteilte die Möglichkeit durch Tauschen genau die passenden gesuchten Karten zu erhalten aufgrund der sehr hohen Zahl an verschiedenen Spielkarten als weitgehend zufällig.³⁶⁴ Desweiteren war ein Zutvorkommen vor anderen Spielern notwendig. Da man jedoch nicht wusste in welchem Stadium sich diese befinden, war auch dieser Umstand vorwiegend zufallsbestimmt. Demnach stufte der VwGH dieses Spiel als Glücksspiel ein.³⁶⁵

i. Poker

Das im Moment weltweit wohl meistgespielte Kartenspiel ist besonderes schwer einer der beiden Spielkategorien zuzuordnen. Es vereint ebenso wie zB „Schnapsen“ oder andere

³⁶⁰ Weratschnig, Glücksspiel 81.

³⁶¹ OGH 25.05.1994, 7 Ob 511/94.

³⁶² VwGH 11.02.1994, 93/17/1990.

³⁶³ Vgl Burgstaller, RZ 2004, 214.

³⁶⁴ VwGH 25.07.1990, 86/17/0062.

³⁶⁵ Vgl Burgstaller, RZ 2004, 214.

als Geschicklichkeitsspiel qualifizierten Kartenspiele sowohl Zufallselemente (zufällig, verdeckt ausgeteilte Spielerkarten) als auch unzählige Spielerhandlungen (Setzverhalten, Psychologie, Berechnungsfähigkeit etc). Nach langer Rechtsunsicherheit hat der VwGH im Jahr 2005 Poker als Glücksspiel qualifiziert.³⁶⁶ Als Basis diente ein Sachverständigengutachten einer Mathematikerin, welches mE noch näherer Beleuchtung bedarf.³⁶⁷ Während sich manche Vertreter der Lehre³⁶⁸ mit dieser Entscheidung zufriedengeben und sich dieser Ansicht anschließen, werden die Stimmen jener nicht leise, die diese Meinung keineswegs teilen und ganz im Gegenteil gewichtige Argumente für eine Dominanz der Geschicklichkeitselemente bei verschiedenen Pokervarianten anführen.³⁶⁹ Dies wird unter anderem mit Ergebnissen von sogenannten Berufsspielern³⁷⁰ untermauern, die jahrelang und kontinuierlich durch dieses Kartenspiel ihr komplettes Leben finanzieren und daher natürlich den Standpunkt vertreten, alleine ihr Geschick würde ihnen dies ermöglichen. Da diese weltweit mittlerweile sehr häufig auftretenden Erfolgsbeispiele über einen längeren Zeitraum hindurch erfahrungsgemäß normalerweise nur in Disziplinen, die eindeutig der Geschicklichkeit zuzuordnen sind (zB Schach), vorkommen und dieses Spiel inzwischen auch wirtschaftlich eine unglaubliche Dimension angenommen hat, möchte ich im folgenden Abschnitt dieses Kartenspiel näher untersuchen und prüfen ob die Entscheidung des VwGH tatsächlich als umfassend und abschließend beurteilt werden kann.

³⁶⁶ VwGH 08.09.2005, 2000/17/0201.

³⁶⁷ Vgl II.D.1.d).

³⁶⁸ *Wojnar*, Poker - ein Glücksspiel in *Strejcek* (Hrsg), Glücksspiele, Wetten und Internet: Spielerschutz, Spielsuchtprävention, nationale, europäische und internationale Rechtsgrundlagen, Automatenspiele (2006) 61 ff; *Strejcek/Bresich*, Glücksspielgesetz § 1 Rz 18; *Bresich*, Wer darf Online-Poker anbieten?, *ecolex* 2008, 584.

³⁶⁹ *Hornbanger/Pesendorfer*, Gutachten zur Frage der Qualifikation der Kartenspiele "7 Card Stud Poker", "Texas Hold'Em" und "5 Card Draw" als Geschicklichkeitsspiele oder als Glücksspiele im Sinne des Glücksspielgesetzes (2006); *Rock/Fiedler*, Die Empirie des Online-Pokers - Bestimmung des Geschicklichkeitsanteils anhand der kritischen Wiederholungshäufigkeit, *ZfWG* 2008, 412; *Hambach/Hettich/Kruis*, Verabschiedet sich Poker aus dem Glücksspielrecht?, *Medien und Recht - International Edition* 2009, 41; *Holznapel*, Poker: Glücks- oder Geschicklichkeitsspiel?, *Multimedia und Recht* 2008, 439; *Kretschmer*, *Zeitschrift für Wett- und Glücksspielrecht* 2007, 93.

³⁷⁰ *Greenstein* *Ace on the river: An advanced poker guide* (2005) 126 ff.

D. Bisherige juristische Qualifikation des Kartenspiels Poker im Rahmen der Rechtsprechung

Wie bereits erwähnt verursachte die in der Praxis äußerst kompliziert anwendbare Formulierung des § 1 Abs 1 GSpG vor allem bei dem in den letzten Jahren sehr populär gewordenen Kartenspiel Poker erhebliche Schwierigkeiten. Da es keine gesetzlich determinierte Vorgangsweise zur Abwägung der Zufalls- und Geschicklichkeitselemente eines Spiels gibt,³⁷¹ befanden sich sowohl die diversen privaten Anbieter und Vermittler von Pokerspielen, als auch die Spieler, sei es nun im öffentlichen Kasinobereich oder auch im privaten Ambiente, bei Spielen mit Freunden zuhause, in einem gewissen rechtlichen Graubereich. Obwohl Kartenspiele wie zB Schnapsen mittlerweile allgemein als Geschicklichkeitsspiele gelten, war es wohl das negative Image, welches mitunter auch durch Westernfilme in den Köpfen der Menschen verankert war, was dazu führte, dass immer wieder Stimmen laut wurden, es würde sich bei Poker um ein Glücksspiel handeln. Noch im Jahre 1995 konnte der VwGH diese Frage mangels ausreichender Feststellungen nicht abschließend beurteilen.³⁷² Bewegung erfuhr diese Thematik als sich der VwGH im Jahre 2005³⁷³ dafür aussprach, die im damals gegenständlichen Verfahren behandelten Formen von Poker als Glücksspiele zu qualifizieren. Wie angekündigt werde ich im Folgenden näher auf diese Entscheidung eingehen und prüfen wie das Höchstgericht zu dieser Qualifikation gekommen ist und ob davon eine allgemeine Gültigkeit bzw tatsächlich abschließende Beurteilung dieses Spiels ableitbar ist. Anschließend wird eine sehr ausführliche Entscheidung des UFS Wien behandeln.

³⁷¹ Vgl II.C.1.e).

³⁷² VwGH 18.12.1995, 95/16/0047.

³⁷³ VwGH 08.09.1005, 2000/17/0201.

1. VwGH-Erkenntnis vom 08.09.2005, ZI 2000/17/0201

a. Ausgangssituation - Sachverhalt

Mit 19.11.1999 wurde dem handelsrechtlichen Geschäftsführer der CC GesmbH Wien, als den gem § 9 Abs 1 VStG nach außen zur Vertretung Berufenen mit Straferkenntnis der Bundespolizeidirektion Wien zur Last gelegt, in einem näher definierten Zeitraum in den Räumlichkeiten der CC GesmbH Glücksspiele, die gem § 3 GSpG in ihrer Durchführung dem Bund vorbehalten sind, widerrechtlich veranstaltet zu haben. Bei diesen Spielen handelte es sich um „7 Card Stud Poker“, „Texas Hold‘em“, „5 Card Draw“ und „Optisches Kugelkarussell“. Im Rahmen dieses Straferkenntnisses wurde in Hinblick auf die Klärung der Frage ob es sich bei diesen Spielen um Glücksspiele oder Geschicklichkeitsspiele handelte ein Gutachten von Univ.- Prof. Dr. Ulrike L vom Institut für Statistik und Operations Research von der Karl Franzens Universität Graz eingeholt. Der Beschwerdeführer, warf der Gutachterin, die diese Spiele als Glücksspiele qualifizierte (interessanterweise hat sich die Sachverständigen offenbar auch gleich zu einer rechtlichen Würdigung hinreißen lassen) falsche Aussagen und Schlussfolgerungen vor und zweifelte stark an ihrer fachlichen Kompetenz. Im Rahmen einer Berufung bestritt er die Qualifikation der Kartenspiele als Glücksspiele, weshalb seiner Ansicht nach § 3 GSpG nicht zur Anwendung käme. Diese Behauptung untermauerte er mit diversen Argumenten und Vergleichen, legte jedoch hinsichtlich der Kartenspiele kein entsprechendes Gegengutachten vor.

In weiterer Folge wurde die Berufung nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung als unbegründet abgewiesen. Die Tatsache, dass der Beschwerdeführer zuvor kein Gutachten beauftragte, stellte sich für ihn sehr nachteilig heraus. Denn sein verspäteter Antrag auf ein weiteres Gutachten wurde dann aufgrund des bereits vorliegenden Gutachtens von Frau Univ.-Prof. Dr. L und der dadurch eingetretenen Entscheidungsreife der Sache, abgewiesen.

Gegen diesen Abweisungsbescheid der Berufung richtete sich die Beschwerde an den VwGH, in welcher der Beschwerdeführer den „Verstoß des angefochtenen Bescheides

gegen näher genannte Vorschriften des Glücksspielgesetzes und die Verletzung im Recht auf die straffreie Durchführung erlaubter Kartenspiele“³⁷⁴ geltend gemacht hatte.

b. Entscheidung des VwGH betreffend der drei Pokervarianten

Der VwGH sah das vorgelegte Gutachten, welches dem angefochtenen Bescheid der belangten Behörde als Beurteilungsbasis diente, als ausreichend an und kam somit zu dem Ergebnis, dass die in Frage stehenden Kartenspiele als Glücksspiele iSd § 1 Abs 1 GSpG zu qualifizieren sind. Daher wurde die Bestrafung wegen Verletzung des GSpG und des damit verbundenen Eingriffs in das Glücksspielmonopol der Republik Österreich bestätigt.³⁷⁵

c. Allgemeine Gültigkeit der VwGH Entscheidung

Es stellt sich nun die Frage, welche Bedeutung dieses VwGH-Erkenntnis, abgesehen von diesem konkreten Beschwerdefall und seinem spezifischen Sachverhalt, für die Beurteilung von Poker als Glücksspiel generell hat. Manche Vertreter der Lehre sind der Meinung die Zuordnungsfrage von Poker (abgesehen davon, dass Poker ohnehin nur ein Oberbegriff ist und es jede Menge an verschiedenen Ausformungen und Spielvarianten gibt³⁷⁶) sei somit endgültig und abschließend geklärt.³⁷⁷

Hierzu ist anzumerken, dass Entscheidungen von Höchstgerichten, so auch jene des VwGH, grundsätzlich nur für den einzelnen, spezifisch behandelten Fall wirksam werden. Somit betreffen sie im Gegensatz zu allgemein geltenden Gesetzen und Verordnungen nur die im Verfahren konkret beteiligten Parteien. Zwar dient die Jud in der Praxis als Orientierung, jedoch muss sehr wohl immer auf den konkreten Einzelfall Bedacht genommen werden. Bedingungslos eine allgemeine Gültigkeit von einzelnen VwGH Erkenntnissen abzuleiten ist jedenfalls unzulässig. Ganz besonders gilt dies aufgrund der speziellen Umstände iZm der gegenständlichen VwGH Entscheidung vom 08.09.2005. Diese Meinung wird in diesem Fall unter anderem auch von niemand geringerer als vom ehemaligen Vizepräsidenten des VwGH, Herr Univ.-Prof. Dr. Wolfgang *Pesendorfer* vertreten, der gemeinsam mit der RA Frau Dr. Kathrin *Hornbanger* ein sehr

³⁷⁴ VwGH 08.09.2005, 2000/17/0201.

³⁷⁵ VwGH 08.09.2005, 2000/17/0201.

³⁷⁶ Vgl II.B.3) bis II.B.5).

³⁷⁷ Vgl *Wojnar in Strejcek* (Hrsg), Glücksspiele 61 ff; *Strejcek/Bresich*, Glücksspielgesetz § 1 Rz 18; *Bresich*, *ecolex* 2008, 584.

überzeugendes und aufschlussreiches Gutachten³⁷⁸ verfasst hatte. Darin setzten sich die beiden ganz konkret mit der erwähnten VwGH Entscheidung und der Qualifikation der besagten Kartenspiele als Geschicklichkeitsspiele oder Glücksspiele iSd § 1 Abs 1 GSpG auseinander.

Speziell an diesem Rechtsfall war, dass zum einen der Sachverhalt bereits rund ein Jahrzehnt zurückgelegen war und zum anderen das Vorgehen des Beschwerdeführers sehr mangelhaft und ungeschickt gewesen war. Die Art und Weise, wie dieser seine Interessen verfolgte war durch fragwürdige Bescheidenheit und Sorglosigkeit gekennzeichnet, was womöglich unter Umständen auch auf seinen Konkurs, den er im Rahmen dieser Angelegenheit erlitten hatte, zurückzuführen war. Aufgrund der Tatsache, dass der Beschwerdeführer im Vorverfahren kein Gegengutachten, welches seinen Standpunkt untermauert, vorgebracht hatte, musste der VwGH auf Basis des behördlich festgestellten Sachverhalts anhand des einen mathematischen Gutachtens von Univ.-Prof. Dr. L. entscheiden. Des Weiteren war er an die geltend gemachten Beschwerdepunkte gebunden und durfte sich somit weder mit der idZ grundsätzlich sehr relevanten verfassungs- bzw europarechtlichen Problematik des Glücksspielmonopols oder aber auch mit der rasanten technischen Entwicklung, die in Bezug auf die Überprüfung des Spielerschutzes gänzlich neue Perspektiven eröffnet, befassen.³⁷⁹

Insofern war die Beurteilungspflicht des VwGH in dem besagten Verfahren darauf beschränkt, festzustellen, „ob die Behörde (der UVS Wien) den Sachverhalt insbesondere durch ausreichende Gutachten in korrekter Weise ermittelt hat oder nicht.“³⁸⁰

Im Rahmen dieser Überprüfung stellte der VwGH auch fest, dass der Beschwerdeführer seine Verteidigungsmöglichkeiten gegenüber den Feststellungen der Behörde nicht ausreichend wahrgenommen hatte.³⁸¹

Da mangels eines fundierten Gegenvorbringens kein Grund bestanden hatte das vorlegte mathematische Gutachten in Zweifel zu ziehen, sah das Gericht den Sachverhalt als ausreichend erörtert an und entschied auf Basis dessen.

Zusammengefasst ist, wie auch *Hornbanger* und *Pesendorfer* festhielten, diesem VwGH Erkenntnis vom 08.09.2005 keine allgemeine Bedeutung bzw Bindungswirkung zuzumessen. Denn wie angeführt gilt dies für höchstgerichtliche Entscheidungen

³⁷⁸ *Hornbanger/Pesendorfer*, Gutachten: Poker.

³⁷⁹ *Hornbanger/Pesendorfer*, Gutachten: Poker 4; Vgl auch: Eigener Vorschlag für Gesetzesnovelle: II.G).

³⁸⁰ *Hornbanger/Pesendorfer*, Gutachten: Poker 5.

³⁸¹ VwGH 08.09.2005, 2000/17/0201.

grundsätzlich nicht und außerdem sind in diesem konkreten Fall die Sachverhaltserhebungen aufgrund der geringen Professionalität des Beschwerdeführers, sehr einseitig zu werten.³⁸² Daher bedarf es zur Qualifizierung der behandelten Formen von Poker als Glücksspiel noch weitergehender Untersuchungen.

d. Inhaltliche Auseinandersetzung mit dem Gutachten und der Sachverhaltsermittlung

Da auf Basis des einen vorlegten Gutachtens von Univ.-Prof. Dr. L. im Grunde die gesamte Entscheidung fußte, gilt es zu überprüfen, inwieweit die nicht näher durch Fakten belegte Behauptung des Beschwerdeführers hinsichtlich der mangelnden fachlichen Qualifikation der Sachverständigen eine reine Schutzbehauptung war oder doch einen wahren Kern beinhaltete. Bei näherer Betrachtung des besagten Gutachtens fällt auf, dass sich die Mathematikerin ausschließlich auf die mathematischen Komponenten des Spiels konzentriert hatte. Sie hatte versucht mithilfe der Wahrscheinlichkeitstheorie die Häufigkeit der möglichen Kartenkombinationen zu ermitteln. Dazu führt sie aus, dass „die Wahrscheinlichkeit eine gewünschte bzw. erhoffte Kombination von zwei bzw. fünf Karten zu erhalten, enorm klein sei.“³⁸³ Diese Feststellung ist durch eine entscheidende Unschärfe gekennzeichnet und in dieser Art und Weise einfach falsch. Die Unschärfe liegt darin, dass nicht näher ausgeführt wird welche gewünschte Kartenkombination erzielt werden soll.³⁸⁴ Anhand der im Anhang III) angeführten Tabelle, lässt sich erkennen, dass die einfachste Kartenkombination bereits in über 50 % der Fälle erzielt wird. Addiert man die weiteren Wahrscheinlichkeiten, reduziert um die überschneidenden Kombinationen, so stellt sich heraus, dass in weit mehr als 50 % der Spielsituationen eine Kartenkombination (in der Pokersprache als „made hand“, also „fertige Hand“ bezeichnet) erreicht wird.

Doch im Grunde ist dieser Ansatz der Mathematikerin bereits in seinen Wurzeln von Grund auf falsch. Die Gutachterin ist höchstwahrscheinlich eine Kennerin aller mathematischer Feinheiten, aber ihre Vorgangsweise der Beurteilung dieser Spiele hat eindeutig gezeigt, dass sie offenbar noch nie eines dieser Kartenspiele gespielt hatte und folgedessen ihre gutachterliche Analyse an völlig unzutreffenden Prämissen aufgehängt hat. Der spielentscheidende Punkt ist nämlich nicht primär eine bestimmte Kartenkombination zu erzielen, sondern liegt nur darin den Gegner davon zu überzeugen,

³⁸² Hornbanger/Pesendorfer, Gutachten: Poker 6.

³⁸³ VwGH 08.09.2005, 2000/17/0201.

³⁸⁴ Siehe Anhang III) zu allen möglichen Kartenkombinationen und der Auftretungswahrscheinlichkeit.

dass man eine bessere Kartenkonstellation als er vorweisen kann. Dazu ist im Grunde jedoch gar keine Kombination notwendig (=Bluff³⁸⁵). Erst ganz zum Ende eines Spiels, nämlich im Showdown, werden die gegenseitigen Kartenkombinationen aufgedeckt, verglichen und bewertet. Doch in den meisten Fällen kommt es gar nicht so weit, weil die Spielrunde für den Gewinner bereits zuvor durch Aufgeben aller übrigen Gegner entschieden wurde.³⁸⁶ Um dies zu erreichen, genau dazu ist Geschick, Erfahrung, Einschätzungs- und Beobachtungsfähigkeit, Kombinations- und Berechnungsgabe und ein ausgewogenes Risikoverhalten erforderlich.³⁸⁷ Nur in jenen Fällen in denen es tatsächlich zum Showdown kommt, spielen die erwähnten Kartenkombinationen eine Rolle. Jedoch auch nur in der Form, dass der Spieler zum Gewinn eines Spiels nur ein Blatt benötigt, welches geringfügig besser ist als das beste der noch im Spiel befindlichen Mitspieler. Dazu reicht oft auch schon eine einzelne Karte. Dh die von der Sachverständigen berechnete Auftretungshäufigkeit bestimmter Konstellationen ist in der Praxis für den Spielablauf gänzlich irrelevant. Bei genauerer Betrachtung des verfassten Gutachtens (der Umfang der Berechnungen der Gutachterin erstreckt sich auf nur eineinhalb Seiten) fällt auf, dass die Gutachterin nicht einmal, wie vom VwGH in seiner Entscheidung etwas unscharf wiedergegeben wurde, auf spezielle Handkombinationen des Pokerspiels abgezielt hatte, sondern berechnet hatte wie hoch die Wahrscheinlichkeit ist zwei beliebige Ausgangskarten zu bekommen. Abgesehen davon, dass diese einfache Rechnung von jedem durchschnittlichen Mittelschüler durchgeführt werden kann, hat sie unter Berücksichtigung der speziellen Spielregeln der diskutierten Pokervarianten im Grunde gar keine Aussagekraft.³⁸⁸

Darüberhinaus ließ sie den eigentlichen Spielverlauf, die möglichen Interaktionen der Spieler und die entstehende Gruppendynamik völlig unberücksichtigt. Wie im Kapitel zur „vorwiegenden“ Zufallsabhängigkeit³⁸⁹ bereits angeführt, besteht nämlich genau hier die Schwierigkeit diese Elemente mathematisch zu bewerten und mithilfe einer entsprechenden Formel wahrheitsgetreu in das Ergebnis der mathematischen Analyse einfließen zu lassen. Dieses Problem wurde im gegenständlichen Gutachten dadurch

³⁸⁵ *Sklansky*, Theory of Poker 163 ff.

³⁸⁶ Eine ausführliche Studie hierzu ist unter II.E.2.c) zu finden.

³⁸⁷ *Biever*, Poker looking more skilful by the day, New Scientist 2009, 10.

³⁸⁸ Im Vergleich dazu werden unter II.E) Studien angeführt die auf ernstzunehmenden Berechnungen aufbauen. Diese erstrecken sich über eine Vielzahl von Seiten und beinhalten komplizierteste Formeln. Denn nur so ist es annähernd möglich mathematisch die Komplexität dieses Spiels zu erfassen und zu begründen.

³⁸⁹ Siehe II.C.1.e)

„gelöst“, dass schlicht und ergreifend diese wesentlichen Spielumstände einfach ausgeblendet und ignoriert wurden.

Dem Einwand, dass ein Spieler durch Bluffen auch mit schlechteren Karten gewinnen kann, indem er seinen Gegenspieler zum Aufgeben verleitet, begegnete die Mathematikerin ebenfalls mit der schlichten Behauptung, dass eine Auswirkung auf den Spielerfolg nicht messbar sei.

Weiters führte die Gutachterin an, dass für Spiele wie „Schnapsen“, „Tarock“ und „Bridge“ bestimmte Verhaltensregeln und Anweisungen bestünden, hingegen für die fraglichen Pokerspiele derartige nicht gegeben werden könnten. Auch diese Behauptung ist unwahr. Es gibt unzählige Bücher die sich mit Strategien, Spielzügen und auch der mathematischen Seite des Pokerspiels auseinandersetzen. Darüberhinaus gibt es im Internet eine immense Menge an Lehrvideos, worin professionelle Spieler anhand aufgezeichneter, tatsächlich stattgefundener Spiele mögliche Strategien aufzeigen und das Vorgehen bzw die Spielgedanken in den aktuellen Situationen erklären und kommentieren.³⁹⁰ Tatsächlich ist es richtig, dass viele Bücher erst nach 2005 erschienen sind, jedoch sind auch bereits zum Zeitpunkt der Gutachtenserstellung mindestens genauso viele Pokerlehrbücher wie für die anderen erwähnten Kartenspiele verfügbar gewesen.

Außerdem ging aus dem VwGH Erkenntnis nicht klar hervor in welcher Form das Zufallselement bei den lt der Sachverständigen als Glücksspiele qualifizierten Kartenspielen auftritt. Mehrmals wurde erwähnt, die Gutachterin ziehe „die Schlussfolgerung, dass es sich bei den in Rede stehenden Kartenspielen um Spiele handle, die ausschließlich vom Zufall abhängen.“³⁹¹ Dann wiederum wurde sie aus der Verhandlung wörtlich mit „die hier zur Diskussion stehenden drei Kartenspiele von mir ... überwiegend vom Zufall abhängig bezeichnet werden“ zitiert. Hier zeigte sich ein entscheidender Widerspruch. Jetzt gibt es zwei Möglichkeiten. Entweder es handelte sich ihrer Ansicht nach um eine „ausschließliche“ Zufallsabhängigkeit, was bedeuten würde, dass jegliches Spielerverhalten für den Spielausgang absolut hinfällig wäre und das Ergebnis ausschließlich von der Zuweisung der verdeckt ausgeteilten Karten abhängig ist.³⁹² Oder es handelt sich um eine überwiegende Zufallsabhängigkeit, wofür jedoch wie von *Hornbanger* und *Pesendorfer* aufgezeigt, noch kein entsprechendes Gutachten

³⁹⁰ Vgl <http://www.cardrunners.com> oder <http://www.deucescracked.com>.

³⁹¹ VwGH 08.09.2005, 2000/17/0201.

³⁹² Dass dies mit Sicherheit nicht den Tatsachen entspricht wird in II.E) aufgezeigt.

vorliegt, welches die genaue Grenzziehung zwischen Geschick und Zufall verdeutlicht und somit den „entscheidenden Kern der Fragestellung herausarbeitet“³⁹³.

e. Fazit

Es zeigt sich, dass dieses VwGH Erkenntnis auf Basis sehr fragwürdiger Sachverhaltsumstände entschieden worden war und durch Vorbringen eines entsprechenden Gegengutachtens, welches eindeutig die mehrfach vorhandenen Mängeln und Schwachpunkte des von Univ.-Prof. Dr. L verfassten Gutachtens aufgezeigt hätte, die Entscheidung möglicherweise mit einem gänzlich anderen Ergebnis ausgefallen wäre. Abgesehen davon entfalten wie unter c) aufgezeigt, VwGH Entscheidungen ohnehin keine allgemeine Bindungswirkung. Deshalb wäre es mE verfehlt, ausgehend von diesem einen Erkenntnis, bei den besagten drei Spielvarianten des Kartenspiels Poker ohne weiterer Untersuchungen bedingungslos eine Qualifikation als Glücksspiel iSd § 1 Abs 1 GSpG anzunehmen.

2. UFS Wien-Entscheidung vom 05.04.2007, ZI RV/1665-W/06

a. Sachverhalt und Entscheidung des UFS Wien

Der UFS Wien war in seiner Berufungsentscheidung vom 05.04.2007 mit folgendem Sachverhalt konfrontiert. Der Berufungswerber, Betreiber eines Kartencasinos, hatte in diesen Räumlichkeiten für jeden zugänglich die Kartenspiele „Seven Card Stud Poker“, „Lucky 9“, „Aces“ und „Pai Gow Poker“ organisiert. Durch dieses Angebot sah das Finanzamt für Gebühren und Verkehrssteuern in Wien den Tatbestand des § 33 TP 17 Abs 1 Z 7 GebG in der Fassung der Novelle BGBl Nr 965/1993 verwirklicht. Diese Bestimmung sieht für die Veranstaltung von Glücksspielen iSd § 1 GSpG, die mittels Geldeinsätzen durchgeführt werden, eine Rechtsgebühr in der Höhe von 25 % des Gewinn vor. Aufgrund der unterbliebenen Selbstberechnung der Gebühr wurde diese nach Nachschau mittels Bescheid vom Finanzamt festgesetzt. Gegen diesen Bescheid war fristgerecht Berufung erhoben worden, da es sich nach Ansicht des Berufungswerbers bei den besagten Kartenspielen nicht um Glücksspiele iSd § 1 GSpG handelte und somit der Tatbestand gem § 33 TP 17 Abs 1 Z 7 GebG nicht erfüllt war.

³⁹³ Hornbanger/Pesendorfer, Gutachten: Poker 7.

In einer sehr ausführlichen Berufungsentscheidung kam der UFS Wien zu dem Ergebnis, dass zwar eine Abänderung der Höhe der Rechtsgebühr angebracht ist, diese dem Grunde nach jedoch rechtens ist, da es sich nach Ansicht des UFS Wien bei den in Frage stehenden Spielen um Glücksspiele iSd § 1 GSpG handelte.

b. Begründung des Glücksspielcharakters der besagten Kartenspiele

Wie bereits erwähnt hat sich der UFS Wien inhaltlich sehr ausgiebig mit den in Frage stehenden Kartenspielen auseinandergesetzt. Es wurde versucht sehr viele Aspekte der Spiele detailliert anzuführen und davon abgeleitet die Glücksspieleigenschaft zu begründen. Für einen unbedachten Leser, der kaum bzw wenig Erfahrung mit Kartenspielen insbesondere mit den speziellen Formen von Poker hat, mag diese ausgedehnte Darstellung wohl sogar plausibel und überzeugend sein. Zwar ist es möglich beim genauen und intensiven Studium der einzelnen Argumente Widersprüche und unlogische Schlussfolgerungen zu entlarven, doch selbst dazu bedarf es einer gewissen Grundkenntnis der Materie. Im Folgenden wird versucht die durchgehend einseitige Argumentation des UFS Wien näher zu beleuchten und mittels entsprechender Fachkenntnis Unstimmigkeiten, unrichtige Darstellungen und allgemeine Schwachpunkte der Begründung herauszuarbeiten.

ba. „Vorwiegende“ oder „ausschließliche“ Zufallsabhängigkeit?

Der UFS Wien ließ eingangs bei den Ausführungen zur Grundstruktur des Spiels Poker den Eindruck entstehen, als müssten in jedem Spiel die Karten lt Spielregeln ausgeteilt werden und die Entscheidung, wer Gewinner oder Verlierer ist, wird durch die „Zuteilung der letzten Karte entschieden“³⁹⁴ und er ergänzte, dass insofern der „Gewinn ... vom Zufall abhängig und zwar ausschließlich“³⁹⁵ ist. Diese Darstellung entspricht absolut nicht den Tatsachen, da in den meisten bekannten Formen des Spiels Poker, die Spielrunde bereits wesentlich früher beendet werden kann, indem alle Spieler, bis auf einen verbleibenden, ihre Spielkarten weglegen und diese Runde aufgeben. Es bedarf der Geschicklichkeit des übrig bleibenden Spielers, seine Gegner sowohl durch seine eigenen Einsätze, seine Spielzüge aber auch durch seine Mimik, Gestik und Sprache davon zu überzeugen, dass ihre Situation aussichtslos sei und in diesem konkreten Fall die Aufgabe

³⁹⁴ UFS Wien 05.04.2007, RV/1665-W/06, 15.

³⁹⁵ UFS Wien 05.04.2007, RV/1665-W/06, 15.

ihre beste Option sei. Dadurch kommt es gar nicht mehr soweit, dass alle lt Spielregeln möglichen Austeilrunden für neue Karten bzw weitere Setzrunden stattfinden und somit findet weder eine Zuteilung der letztmöglichen Karte noch ein Aufdecken, der eigenen zufällig zugeteilten Karten, statt.³⁹⁶ Wäre das Spiel wie eingangs behauptet „ausschließlich“ vom Zufall abhängig, so könnte kein Spiel durch Interaktionen der Spieler, wie zB Bluffen entschieden werden. Dass diese Möglichkeit des Spielgewinns besteht, wurde an anderer Stelle sogar vom UFS Wien bestätigt. Darüberhinaus wurde in einem anderen Zusammenhang wiederum von einer „vorwiegenden“ Zufallsabhängigkeit gesprochen. Zwar ist grundsätzlich richtig, dass zur Begründung eines Glücksspiels gem § 1 Abs 1 GSpG einer der beiden Zustände ausreichend ist, dennoch kann es nicht vorkommen, dass ein Spiel sowohl die „ausschließliche“ als auch die „vorwiegende“ Zufallsabhängigkeit in sich vereint. Insofern zeigt sich hier die Unschärfe der Argumentation des UFS Wien, der anstatt einer objektiven Darstellung der tatsächlichen Spieleigenschaften offenbar nur danach trachtete einen Glücksspielcharakter der besagten Spiele festzustellen. Dieser Widerspruch setzt sich fort als der UFS Wien einerseits davon sprach dass „das Pokerspiel dem Spieler eine Reihe von Verhaltensmöglichkeiten“³⁹⁷ biete und ihm „taktische Überlegungsmöglichkeiten und Aktionen“³⁹⁸ zugestand (alles Argumente für Geschicklichkeit, die iZm dem Spieler sogar erwähnt wurde, und definitiv ein Widerspruch zur „ausschließlichen“ Zufallsabhängigkeit ist) und andererseits wiederum behauptet wurde der Pokerspieler „kann nur hoffen“³⁹⁹, es „geht ihm genauso wie dem Roulettespieler, der den Lauf der Kugel im Kessel verfolgt“⁴⁰⁰ und dass er „keinen Aktionsradius“⁴⁰¹ hat.

bb. Geschicklichkeit

In den einleitenden Passagen scheint es als hätte der UFS Wien versucht den Eindruck zu erwecken, dass Poker grundsätzlich ein durch Leidenschaft, Spannung und Nervenkitzel motiviertes Spiel sei. Es war offenbar beabsichtigt den Fokus vermehrt auf die emotionale Perspektive des Spielers zu richten indem ihm „‘Sehnsucht‘ nach der ‚gewinnträchtigen‘

³⁹⁶ Zur Häufigkeit wie oft es bei der Spielvariante Texas Hold'em Poker tatsächlich zu einem Showdown, also zum Aufdecken der Karten kommt, siehe die sehr aussagekräftige Studie unter II.E.2.c).

³⁹⁷ UFS Wien 05.04.2007, RV/1665-W/06, 17.

³⁹⁸ UFS Wien 05.04.2007, RV/1665-W/06, 17.

³⁹⁹ UFS Wien 05.04.2007, RV/1665-W/06, 25.

⁴⁰⁰ UFS Wien 05.04.2007, RV/1665-W/06, 25.

⁴⁰¹ UFS Wien 05.04.2007, RV/1665-W/06, 25.

Kartenkombination“⁴⁰² unterstellt wird, um somit quasi eine Parallele zum Lotto- oder Roulettespieler begründen zu können. Es ist nicht abzustreiten, dass für manche Spieler solche mehr auf der empfindsamen als auf der rationalen Ebene angesiedelten Überlegungen tatsächlich eine Rolle spielen, dennoch kann man idZ nicht von einer derartigen allgemeinen Einstellung gegenüber diesem Spiel ausgehen. Für viele Spieler stehen Aspekte wie Berechnung, Wettbewerbsgedanke, rationale Analyse des Spielablaufs und aller Spielumstände, Unterhaltung und die Möglichkeit sich in schwierigen Situationen durch einen kühlen Kopf zu beweisen, viel eher im Vordergrund. Alles Elemente die auf Geschicklichkeit und der individuellen Fertigkeit in speziellen Phasen des Spiels den Gesetzen der Wahrscheinlichkeit entsprechend richtig zu agieren, aufbauen.⁴⁰³

In einer Zwischenüberschrift formulierte der UFS Wien dann wiederum „Kein Geschicklichkeitselement im Spiel, insbesondere auch nicht nach der Spielregel“⁴⁰⁴. Abgesehen davon, dass an mehreren Stellen sehr wohl von Geschicklichkeit, nur nicht von ausreichend großer, gesprochen wurde, wurden dann äußerst fragwürdige, fast humoristisch anmutende Feststellungen, getroffen. So hieß es trotz „der agitatorischen und taktischen Möglichkeiten, hat der Pokerspieler keine sichere Methode in der Hand, mit der er, diese bewusst und gekonnt anwendend, den Ausgang des einzelnen Spiels, mit hundertprozentiger Sicherheit für sich entscheiden könnte“⁴⁰⁵. Dazu ist festzuhalten, dass diese Behauptung in dieser Form zwar grundsätzlich richtig ist, es aber für ein Mischspiel, dh ein Spiel mit Geschicklichkeits- und Zufallselementen, in welche Kategorie alle Formen von Poker zweifelsohne einzuordnen sind, erstens gänzlich denkmöglich ist ein bestimmtes Ziel von Beginn an mit hundertprozentiger Sicherheit zu erreichen, sobald auch nur ein Funken Zufall die Kausalkette mitbeeinflusst, und zweitens dies gem § 1 GSpG auch gar nicht erforderlich ist, um dennoch als vorwiegendes Geschicklichkeitsspiel qualifiziert werden zu können. Dem folgte der besonders zweifelhafte Vergleich, dass beim „bekannten Gesellschaftsspiel Schnapsen [hat] ein Spieler es bei *bestimmter Kartenkombination* in der Hand [hat], das Spiel, wenn er die

⁴⁰² UFS Wien 05.04.2007, RV/1665-W/06, 16.

⁴⁰³ Ein überblicksmäßiger Auszug welche Geschicklichkeit einen erfolgreichen Pokerspieler auszeichnet und ein Vergleich wie sehr diese speziellen Fähigkeiten auch im alltäglichen Leben von Nutzen sind, ist unter III.B) zu finden.

⁴⁰⁴ UFS Wien 05.04.2007, RV/1665-W/06, 24.

⁴⁰⁵ UFS Wien 05.04.2007, RV/1665-W/06, 24.

Methode beherrscht, in hunderterprozentiger Weise für sich zu entscheiden.“⁴⁰⁶ Worin soll hier die Schwierigkeit bzw die überwiegende Geschicklichkeit bestehen? Selbiges gilt auch für jedes Pokerspiel. Bei *einer bestimmten Kartenkombination* ist es selbstverständlich ein Leichtes das Spiel mit Sicherheit zu gewinnen. Die Kunst und das Geschick liegen darin mit mittelstarken Karten die Situation richtig einzuschätzen und darauf aufbauend die optimale Spielstrategie zu wählen. IdZ erfolgte auch der bereits zuvor erwähnte Vergleich mit dem Roulettespieler und der Hinweis, dass ein Pokerspieler „keinen Aktionsradius“⁴⁰⁷ hätte. Es wurde unterstellt der Fokus des Pokerspielers sei nur darauf gerichtet die bestmögliche der zehn Kartenkombinationen, welche angeblich permanent in seinem „geistigen“ Auge gegenwärtig“⁴⁰⁸ seien durch Glück und Zufall, zu erhalten. Diese Konzentration einzig auf die möglichen Konstellationen der verdeckten und offen ausgeteilten Karten war eine völlig verfälschte und eindimensionale Darstellung der Tatsachen. Wie bereits mehrfach betont, ist die richtige Wahrnehmung und Einschätzung der gegnerischen Stärke, nämlich sowohl jene seiner Karten,⁴⁰⁹ aber ganz besonders jene im psychologischen (hat er genug Mut und Selbstvertrauen zu bluffen, wird er eher setzen oder die nächste Karte abwarten)⁴¹⁰ im spieltechnischen (wie schätzt er meine Spielzüge ein und welche Gegenstrategie wählt er mit höchster Wahrscheinlichkeit) Bereich aber auch in der exakten Analyse der gegnerischen Körpersprache⁴¹¹ und die somit letztendlich darauf abgestimmte eigene Spielweise der Schlüssel zum Erfolg. In der Pokersprache spricht man hier unter anderem davon „den Spieler und das Spiel lesen zu können“. Ein Terminus der übrigens auch im Sport sehr häufig verwendet wird. Außerdem ist es besonders wichtig, ein gutes mathematisches Verständnis zu besitzen.⁴¹² Damit lässt sich erstens kalkulieren mit welcher Wahrscheinlichkeit einem die nächste Karte das eigene Blatt entscheidend verbessern könnte und ob es somit Sinn macht, abgestimmt auf das spezifische Spielverhalten des Gegners, einen Einsatz zu tätigen. Aber selbst die Einsatzhöhe spielt im Rahmen des Spielverlaufs und der Dynamik eine sehr wesentliche Rolle. So ist es ratsam diese an die eigene Gewinnwahrscheinlichkeit und den bereits im Spiel befindlichen Betrag anzupassen. Man spricht in diesem Zusammenhang

⁴⁰⁶ UFS Wien 05.04.2007, RV/1665-W/06, 24, Kursivschreibweise nicht im Originaltext.

⁴⁰⁷ UFS Wien 05.04.2007, RV/1665-W/06, 25.

⁴⁰⁸ UFS Wien 05.04.2007, RV/1665-W/06, 25.

⁴⁰⁹ Man spricht hier vom sogenannten „hand reading“. Vgl *Sklansky, Theory of Poker* 221 ff.

⁴¹⁰ Vgl *Schoonmaker, The Psychology of Poker* (2002); *Sklansky, Theory of Poker* 235 ff.

⁴¹¹ *Caro, Caro's book of poker tells: The psychology and body language of poker* (2003).

⁴¹² Eine sehr umfangreiche und höchstkomplizierte mathematische Aufschlüsselung aller wesentlichen Komponenten des Pokerspiels findet man in *Chen/Ankenman, The Mathematics of Poker* (2009).

von sogenannten „pot odds“.⁴¹³ Versteht man es hier kalkuliert und diszipliniert vorzugehen, schließt man Wetten mit einem positiven Erwartungswert ab, der gewährleistet, dass man auf Dauer mehr gewinnt als man verliert. Außerdem nützen erfahrene Spieler die Einsatzhöhe um damit den Gegner zu verwirren und auch zu provozieren um ihn somit vielfach zu einer nichtrationalen Handlung zu bewegen. Provokation und Disziplin sind zwei entscheidende Waffen im Arsenal eines erfolgreichen Spielers. So ist es, wie auch im alltäglichen Leben bei zB bei schwierigen Verhandlungen, unter anderem eine erfolgsversprechende Strategie den Gegner zu provozieren, damit er sich in seinem Spielverhalten eher seinen Emotionen als rationalen, logischen Überlegungen hingibt. Weitere wesentliche Fähigkeiten sind gezieltes Geldmanagement und ein ausgewogenes Risikoverständnis. Die Liste an Fähigkeiten, die einen erfolgreichen Spieler ausmachen und die möglichen Spielstrategien ließe sich fast endlos fortsetzen. Da dies hier jedoch kein Pokerlehrbuch ist und es außerdem den Rahmen sprengen würde, wird auf die entsprechende Fachliteratur⁴¹⁴ verwiesen. Es soll lediglich verdeutlicht werden, dass entgegen der Behauptung des UFS Wien, es wäre kein Geschicklichkeitselement im Pokerspiel zu finden, eigentlich genau das Gegenteil der Fall ist.

Der UFS Wien führte iZm Geschicklichkeit auch an, dass es zum eindeutigen Nachweis jener notwendig sei eine „signifikante Häufigkeit“⁴¹⁵ an Fällen vorzuweisen, die „in Ausübung des ‚gewusst wie‘“⁴¹⁶ gewonnen wurden. Da sich Internetpokerspiele aufgrund der permanenten Aufzeichnungen der Spieldaten hierzu sehr gut eignen, wurden im Anhang die exakten Statistiken von „Profispielern“ angefügt.⁴¹⁷ Darin zeigt sich, dass es diesen Spielern gelungen ist über einen lang andauernden Zeitraum, kontinuierlich ansteigend Gewinne zu lukrieren. Alleine diese Beispiele müssten bereits ausreichen, eindrucksvoll zu verdeutlichen, dass sehr offensichtlich persönliche Geschicklichkeit im Hinblick auf den Spielgewinn über das Zufallselement der Kartenverteilung entscheidend dominiert. Jeder erfahrene Statistiker sollte bezeugen können, dass derartig eindeutige

⁴¹³ Sklansky, Theory of Poker 35 ff.

⁴¹⁴ Sklansky, Sklansky on Poker: Including a Special Section on Tournament Play (1999); Sklansky, Theory of Poker; Sklansky, Tournament Poker; Sklansky/Malmuth, Small Stakes Hold'em: Mit Expertenwissen gewinnen (2007); Sklansky/Miller, No Limit Hold'em; Brunson, Super System II; Caro, Book of poker tells; Schoonmaker, Psychology of Poker; Harrington/Robertie, On Hold'em I, Harrington/Robertie, On Hold'em II, Harrington/Robertie, Cash Games I, Harrington/Robertie, Cash Games II.

⁴¹⁵ UFS Wien 05.04.2007, RV/1665-W/06, 24.

⁴¹⁶ UFS Wien 05.04.2007, RV/1665-W/06, 24.

⁴¹⁷ Freundlicherweise waren einige Spieler bereit ihre persönlichen Statistiken zur Veranschaulichung zur Verfügung zu stellen. (Siehe Anhang III.C).

„Erfolgskurven“, die noch dazu bei mehreren Spielern unabhängig voneinander aufgetreten sind, in dieser Häufigkeit nicht das Produkt des Zufalls sein können.

Es sind keine regelmäßigen Spieler von klassischen Glücksspielen wie zB Roulette bekannt, die über einen Zeitraum von mehreren tausend Spielen eine stetig noch oben zeigende Gewinnkurve vorweisen können. Im Kapitel E.2.c) werden noch weitere statistische Daten angeführt, die eindeutig hervorheben, dass der Zufall in Summe eine untergeordnete Rolle spielt.

Der UFS Wien stellte auch kritisierend fest, „dass das Spiel ‚Seven Card Stud Poker‘ überhaupt keine strategischen Züge nach der Spielregel aufweist, die ein Gewinnen im einzelnen, konkreten Spiel ‚kausieren‘“.⁴¹⁸ Warum dies ein Indiz für mangelnde Geschicklichkeitsfaktoren sein soll ist mE unerklärlich. Weshalb soll es verpflichtend sein, dass Spielregeln „strategische Züge“ vorgeben? Die tatsächlichen „strategischen Züge“ sind keine fixierten Anleitungen, sondern immer von der jeweiligen Situation und vom Gegner abhängig. Auch die Regeln eines Sportspiels wie zB Fußball geben nicht vor welche Angriffs- oder Verteidigungsstrategie sicher zum Erfolg führt. Das wird in jedem Spiel vom Trainer individuell abhängig von den Stärken und Schwächen des Gegners, aber auch der eigenen Mannschaft, festgelegt. Deshalb Fußball nicht als Geschicklichkeitsspiel gelten zu lassen, wäre wohl sehr eigenartig.

bc. Unterschiedliche Beurteilung zwischen Turnier und Cashgame (Einzelspiel)

Der UFS Wien differenzierte in seiner Begründung zwischen Pokerspielen die in Turnierform⁴¹⁹ und jenen die in Form von Cash Games⁴²⁰ durchgeführt werden. Er kam zum Schluss, dass Turniere, die häufiger in TV Übertragungen ihren Platz finden und so das regelmäßig gute Abschneiden bestimmter Spieler bekannter und entsprechend nachweisbar ist, nicht mit Cash Games verglichen werden dürfen. Denn bei Cash Games, also beim Einzelspiel (wo die regelmäßig erfolgreichen Spieler weniger gut bekannt sind) lt Ansicht des UFS Wien im Vergleich zum Turnierpoker „der Zufall (das Glück) weitaus dominierender ist“,⁴²¹ weil hier nicht auf eine Periodenbetrachtung wie beim Turnierpoker abgestellt werden darf. Die Frage ob es sich nun beim Turnierpoker um ein Glücksspiel

⁴¹⁸ UFS Wien 05.04.2007, RV/1665-W/06, 52.

⁴¹⁹ Siehe II.B.5.b)

⁴²⁰ Siehe II.B.5.a)

⁴²¹ UFS Wien 05.04.2007, RV/1665-W/06, 24.

iSd § 1 GSpG handelt oder dies doch als Geschicklichkeitsspiel zu werten ist, wurde hingegen offen gelassen.⁴²²

Der UFS Wien behauptete sogar es kann betreffend dem „Prozentsatz der Gewinnerwartung ... mit Überzeugung gesagt werden, er liegt nicht bei 50 % oder mehr“⁴²³. Diese Aussage war auf sogenannte Profispieler im Rahmen von Cash Games bezogen. Es wurde ergänzt, dass dies „noch niemand behauptet und empirisch nachgewiesen“⁴²⁴ hat. Hierzu ist auf die im Anhang unter III.C) angeführten Statistiken zu verweisen, die diese Aussage eindrucksvoll widerlegen.

Zusammengefasst stand der UFS Wien auf dem Standpunkt, dass der Spieler im Cash Game theoretisch nach jeder Spielrunde das Spiel verlassen und dadurch eine Glückssträhne ausnützen könnte. Deshalb sei bei der Beurteilung der Geschicklichkeits- und Zufallskomponenten die Betrachtung ausschließlich auf eine Einzelrunde zu richten.⁴²⁵

Wie *Holznagel* richtig feststellte, können durch die Einzelspielbetrachtung tatsächlich manche Geschicklichkeits Elemente nicht berücksichtigt werden. Wie er hier jedoch zutreffend ergänzte „erscheint es methodisch fragwürdig, die rechtliche Betrachtung jeweils auf ein Einzelspiel zu reduzieren, wenn in der Realität auch Cashgames so gut wie immer als eine Reihe von aufeinanderfolgenden Runden gespielt werden.“⁴²⁶ Dadurch werden nicht mehr die tatsächlichen Umstände untersucht, sondern auf Basis einer theoretischen Annahme entscheidende juristische Schlüsse gezogen, die mit der Praxis nicht in Einklang zu bringen sind. ME ist es unzulässig und in Hinblick auf die Quantifizierung von Geschicklichkeits- und Zufallskomponenten bei Spielen mit unvollständigen Informationen⁴²⁷ gänzlich unmöglich den Blick auf nur eine Spielrunde zu werfen. Zu dieser Erkenntnis kam bereits *Seelig* 1923.⁴²⁸ Entsprechende Ausführungen hierzu sind unter C.1.eh) zu finden.

⁴²² Vgl *Holznagel*, Multimedia und Recht 2008, 439.

⁴²³ UFS Wien 05.04.2007, RV/1665-W/06, 43.

⁴²⁴ UFS Wien 05.04.2007, RV/1665-W/06, 43.

⁴²⁵ Vgl UFS Wien 05.04.2007, RV/1665-W/06, 17 ff.

⁴²⁶ *Holznagel*, Multimedia und Recht 2008, 439.

⁴²⁷ Im Gegensatz dazu sind bei Spielen, bei denen alle spielrelevanten Informationen von Beginn an vorhanden sind (zB Roulette: Anzahl der Felder, Auszahlungsquoten usw sind bekannt) die Gewinnwahrscheinlichkeiten sehr wohl im Voraus und im Einzelfall exakt berechenbar.

⁴²⁸ Vgl *Seelig*, Glücksspielstrafrecht 47; Siehe auch: II.C.1.ec).

bd. Das Geschicklichkeitselement Bluffen

Der Bluff ist die Fähigkeit eines Spielers durch überzeugendes Vortäuschen einer besseren Kartenkombination den Gegner zum Weglegen seiner Karten und somit zur Aufgabe in dieser Spielrunde zu bewegen.⁴²⁹ Die Tatsache, dass durch diesen taktischen Spielzug ein Spiel gewonnen werden kann, beweist, dass nicht wie vom UFS Wien behauptet wurde ausschließlich das „Zufallen der Karten entscheidet“⁴³⁰ und somit der Gewinn einzig und allein vom Zufall abhängig ist. Auch die Begründung des Glücksspielcharakters, „weil auch gute Spieler mit ‚schlechten‘ Karten nicht gewinnen können“⁴³¹ ist deshalb unzutreffend. Der UFS Wien war der Meinung, dass der Funktion des Bluffs deshalb kein hoher Stellenwert beizumessen sei, weil ein Spieler dadurch nicht jede Runde gewinnen könnte.⁴³² Dieses Argument lässt erkennen, dass der UFS Wien die Geschicklichkeit des Spielers sehr eindimensional betrachtete und offenbar ausschließlich auf das Bluffen reduzierte. Dass dem nicht so ist und wurde bereits unter bb) versucht zu verdeutlichen. Außerdem wurde behauptet die Wahrscheinlichkeit die Gegenspieler mittels eines Bluffs zu bezwingen sei „extrem gering“.⁴³³ Warum dies so sein soll, wird weder näher begründet noch mit entsprechenden Zahlen unterlegt. Höchstwahrscheinlich deshalb weil statistische Werte genau das Gegenteil beweisen. Lt einer sehr ausführlichen und gründlichen Studie wurde bewiesen, dass beinahe 80 % aller Spielrunden ohne Showdown, dh ohne dass die Spieler ihre eigenen Karten zeigen müssen, weil zuvor bis auf einen alle aufgegeben haben, entschieden werden.⁴³⁴

Weiters wurde ins Treffen geführt, dass der bluffende Spieler nur in 50 % der Fälle davon ausgehen kann, mit diesem taktischen Vorgehen erfolgreich zu sein, weil der Gegner sich entweder dafür entscheidet auf den Bluff „einzusteigen“ oder nicht.⁴³⁵ Die angegebene Quote mit 50 % Erfolgchance stimmt insofern nicht, weil sie nur auf die objektive Möglichkeit „ja“ oder „nein“ eingeht. Ein geschickter, guter Spieler entscheidet sich jedoch speziell in solchen Situationen für einen Bluff in denen er aufgrund der Kartenlage

⁴²⁹ Vgl *Sklansky*, Theory of Poker 163 ff.

⁴³⁰ UFS Wien 05.04.2007, RV/1665-W/06, 15.

⁴³¹ *Bertel/Schwaighofer/Venier*, Strafrecht BT I § 168 Rz 1.

⁴³² Vgl UFS Wien 05.04.2007, RV/1665-W/06, 36.

⁴³³ UFS Wien 05.04.2007, RV/1665-W/06, 35.

⁴³⁴ *Paco/McCulloch*, Statistical Analysis of Texas Hold'em,

<http://www.cigital.com/resources/gaming/poker/100M-Hand-AnalysisReport.pdf> (04.04.2010);

Ausführlichere Erläuterungen dazu unter II.E.2.c).

⁴³⁵ UFS Wien 05.04.2007, RV/1665-W/06, 32.

der offenen Karten und der analytischen Untersuchung des gegnerischen Spiel- und Setzverhaltens davon ausgehen kann, dass der Bluff mit einer Wahrscheinlichkeit von 80-90% erfolgreich sein wird.⁴³⁶ Genau hier liegt der entscheidende Unterschied, zwischen einem geschickten und einem weniger geschickten Spieler. Ein erfahrener Pokerspieler versteht es die passenden Momente zu wählen um einen Bluff anzubringen und ist deshalb damit wesentlich häufiger erfolgreich. Darüberhinaus ist für raffinierte Spieler auch die umgekehrte Form des Bluffs ein beliebtes strategisches Mittel. Durch gezielte Spielzüge wird der Gegner zum Bluff verleitet, um dann durch „mitgehen“ diese Täuschung des Spielteilnehmers aufzudecken und die Runde aufgrund des indizierten Bluffs mit einem höheren Gewinnbetrag für sich entscheiden zu können.⁴³⁷

Der UFS Wien war der Meinung, dass es eben deshalb, weil es für den Bluffer nicht voraus zu ahnen wäre wie sich der Gegner entscheiden wird, der Erfolg eines Bluffs auf keiner kausalen Verbindung basiert, weil eben der Erfolg des Bluffs wiederum nur vom Zufall abhängig sei.⁴³⁸ Der idZ angeführte Vergleich mit dem Geschicklichkeitsspiel Schach hängt mE deshalb, weil auch bei Schach in den meisten Spielsituationen der nächste Zug des Gegners nicht mit Sicherheit voraus zu ahnen ist. Auch *Holznapel* wies darauf hin, dass die Ausführungen des UFS Wien nicht überzeugend sind, da die zweifelsohne vorhandene psychische Kausalität in allen Rechtsgebieten durchwegs anerkannt sei.⁴³⁹ Er kam zu dem Schluss 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.“⁴⁴⁰

c. Gutachten

Die in der UFS Wien Entscheidung angeführten Gutachten wurden bei der Entscheidungsfindung offenbar nur sehr selektiv verwendet und größtenteils ignoriert. So zB kamen ein Universitätsprofessor für Wahrscheinlichkeitsrechnung und Mathematische Statistik und ein Dozent für Spieltheorie, beide von der Katholischen Universität Brabant in Tilburg, Niederlande in ihrem Gutachten zu dem Ergebnis, dass

⁴³⁶ *Lauzon*, Erfolgreich Bluffen in Texas Hold'em: Gewinnen mit dem schwächsten Blatt (2008).

⁴³⁷ Man spricht hier von „inducing bluffs“; Vgl *Sklansky*, Theory of Poker 191 ff.

⁴³⁸ UFS Wien 05.04.2007, RV/1665-W/06, 36.

⁴³⁹ *Holznapel*, Multimedia und Recht 2008, 439.

⁴⁴⁰ *Holznapel*, Multimedia und Recht 2008, 439.

sowohl „Texas Hold'em Poker“ als auch „Seven Card Stud Poker“, beide jeweils mehr Geschicklichkeitselemente in sich vereinen, als das von der österreichischen Jud als Geschicklichkeitsspiel anerkannte Kartenspiel „Schnapsen“. Insgesamt kamen die Gutachter zu dem Ergebnis, dass es sich bei beiden Pokerarten um Geschicklichkeitsspiele handelt.⁴⁴¹

Ebenfalls zu Rate gezogenen wurde die Gutachterin Univ.-Prof. Dr. L. der Karl Franzens Universität Graz. Hinsichtlich ihrer Eignung und ihrer fachlichen Kompetenz über die Qualifizierung von Kartenspielen zu urteilen ist auf 1.d) zu verweisen.

Weiters zitierte der UFS Wien einen Aufsatz über „Bluffen beim Pokerspiel“ des Prof. Dr. W.A. *Wagenaar* von der Reichsuniversität in Leiden, Niederlande. Dieser kam zu dem Schluss „dass das Bluffen beim Poker unter manchen Umständen zum Gewinn führen kann, sofern dieses gekonnt durchgeführt wird. Die Geschicklichkeiten, die hiezu angewendet werden müssen, sind komplex.“⁴⁴² Auch ist von einer „Ansammlung von komplexen Fähigkeiten“⁴⁴³ die Rede. Hier wird eindeutig der entscheidende Geschicklichkeitsfaktor herausgearbeitet. Diese Argumente wurden vom UFS Wien deshalb ignoriert, weil logischerweise eine Untersuchung dieser Faktoren im Rahmen der wenig überzeugenden,⁴⁴⁴ jedoch vom UFS Wien strikt verteidigten Einzelbetrachtung,⁴⁴⁵ nicht möglich ist.

In einem Gutachten zur Glücksspieleigenschaft des Kartenspiels Poker kam ein Sachverständiger für Elektrotechnik und Maschinenbau zur wenig überraschenden Erkenntnis „dass das Mischen der Karten und das folgende Austeilen völlig dem Zufall unterliegt“.⁴⁴⁶ Der Gutachter bestätigte, dass Bluffen die Möglichkeit schafft mit schlechteren Karten das Spiel dennoch zu gewinnen und hielt fest, hinsichtlich der Überprüfung dieser Geschicklichkeitskomponente „darf nicht nur ein Spiel betrachtet, sondern es muss eine repräsentative Anzahl beobachtet werden“.⁴⁴⁷ Hierzu war der vom

⁴⁴¹ UFS Wien 05.04.2007, RV/1665-W/06, 49 f.

⁴⁴² UFS Wien 05.04.2007, RV/1665-W/06, 53 f.

⁴⁴³ UFS Wien 05.04.2007, RV/1665-W/06, 53 f.

⁴⁴⁴ Siehe hierzu II.C.1. eh) und II.D.2. bc).

⁴⁴⁵ Vgl *Erlacher* unter II.C.1. eh).

⁴⁴⁶ UFS Wien 05.04.2007, RV/1665-W/06, 57.

⁴⁴⁷ UFS Wien 05.04.2007, RV/1665-W/06, 58.

UFS Wien durchgeführte Versuch von nur 18 Spielrunden⁴⁴⁸ selbstverständlich völlig unzureichend und absolut nicht aussagekräftig.⁴⁴⁹

d. Fazit

Auch wenn der UFS Wien mit einer wirklich sehr ausführlichen Darstellung seiner Sicht versuchte seine Entscheidung zu begründen, so zeigten sich dennoch, wie bereits angemerkt, deutliche Mängel in Form von irrigen Tatsachenannahmen, Widersprüchen, falschen Schlussfolgerungen und Außerachtlassung gutachterlicher Feststellungen.

⁴⁴⁸ UFS Wien 05.04.2007, RV/1665-W/06, 33 f.

⁴⁴⁹ Vgl *Fiedler/Rock*, Quantifying Skill in Games - Theory and Empirical Evidence for Poker, Gaming Law Review and Economics 2009, 50; *Paco/McCulloch*, Statistical Analysis of Texas Hold'em, <http://www.cigital.com/resources/gaming/poker/100M-Hand-AnalysisReport.pdf> (04.04.2010).

E. Internationale Studien zur Quantifizierung des Geschicklichkeits- und Zufallsfaktors beim Kartenspiel Poker

Wie bereits erwähnt hat das Kartenspiel Poker in den letzten zehn Jahren weltweit eine ungeahnte Popularität erreicht und im Rahmen der Internetspiele ist ein milliardenschwerer Geschäftszweig entstanden. Da in den meisten Ländern, wie in Österreich, bei der rechtlichen Zuordnung von Spielen zu den Glücksspielen als Grundlage das Verhältnis zwischen Zufall und Geschick in Bezug auf die Entscheidung über Gewinn und Verlust herangezogen wird, haben sich immer mehr ernstzunehmende Wissenschaftlicher mit der Frage beschäftigt, wie es gelingt bei Mischspielen, diesen Faktor zu ermitteln. So wurden in den letzten Jahren eine Menge an mathematischen Modellrechnungen, aber auch an empirischen Untersuchungen speziell mit dem Schwerpunkt Poker durchgeführt. In Summe wurde diese Thematik in Bezug auf das Kartenspiel Poker mittlerweile wesentlich besser und ausgiebiger untersucht als etwa im Vergleich zu Kartenspielen, die seitens der Jud trotz Mangel an entsprechender wissenschaftlicher Untersuchungen schon längst als Geschicklichkeitsspiele gelten, wie zB „Schnapsen“, „Skat“ oder „Tarock“. Im Folgenden wird ein objektiver und kritischer Überblick über die aktuellsten Studien zu dieser Thematik dargestellt.

1. Studien auf Basis mathematischer Modelle und Simulationen

a. Untersuchungen auf der niederländischen Universität in Tilburg

Sehr ausgiebig haben sich allen voran die Professoren und Dozenten Marcel *Dreef*, Peter *Borm* und Ben *van der Genugten* der niederländischen Universität Tilburg mit der Frage auseinandergesetzt, wie es gelingt den Geschicklichkeitsfaktor in Mischspielen zu messen.⁴⁵⁰ In einer Studie hatten sie unter anderem auch eine Reihung und Qualifizierung hinsichtlich der Häufigkeit von Zufall und Geschick von einigen bekannten Spielen

⁴⁵⁰ *Dreef/Borm/van der Genugten*, On Strategy and Relative Skill in Poker, International Game Theory Review 2003, 83; *Hendrickx/Borm/van der Genugten/Hilbers*, Measuring skill in more-person games with applications to Poker, <http://arno.uvt.nl/show.cgi?fid=90312> (10.12.2009).

vorgenommen.⁴⁵¹ Diese Studie wurde bereits im Rahmen der Entscheidung des UFS Wien behandelt.⁴⁵²

Dabei haben sie versucht die juristische Definition in eine mathematische Formel zu gießen, welche in weiterer Folge auf ein von ihnen vereinfachtes Modell eines Pokerspiels angewandt wurde. Anstatt, dass sie von wirklich stattgefundenen Spielen ausgingen, basierte ihre komplette Beweisführung auf einem selbst erstellten mathematischen Modell, welches natürlich nicht eins zu eins mit einem tatsächlichen Pokerspiel wie „Texas Hold'em Poker“ vergleichbar ist. Zusammengefasst kamen sie in ihren Untersuchungen⁴⁵³ mittels abgestufter Geschicklichkeitsprofile („beginner“, „real average player“ und „virtual average player“) zu dem Ergebnis, dass der zweifelsohne vorhandene Geschicklichkeitsfaktor in der von ihnen untersuchten Form (vereinfachte Pokerform: Straight Poker) von der Anzahl der Spieler abhängig war. Je mehr Spieler an einem Spiel beteiligt waren, desto höher war der erforderliche Geschicklichkeitsfaktor. So wurde bei dieser vereinfachten Spielvariante bei vier Spielern ein Geschicklichkeitsanteil von bis zu 65 % berechnet.⁴⁵⁴ Sie ergänzten jedoch, dass bei den üblicherweise gespielten Formen von Poker wie zB „Seven Card Stud Poker“ oder „Texas Hold'em Poker“ wesentlich komplexere Spielumstände hinzutreten, die zusätzlich noch mehr Geschicklichkeit erfordern. So gibt es dort einige mehr Setzrunden und ein größeres Handspektrum. Da dadurch die Spieler die Möglichkeit haben in den einzelnen Runden aufgrund des Spielverlaufs und des gegnerischen Verhaltens mehr Informationen zu gewinnen, hat der Zufallseffekt einen weitaus geringeren Einfluss und der Geschicklichkeitsanteil ist daher umso höher.⁴⁵⁵

Dies zeigte sich unter anderem auch in der durchgeführten Untersuchung einzelner bekannter (Karten)spiele. Dabei wurde folgende Reihung, beginnend bei reinen Glücksspielen und endend bei reinen Geschicklichkeitsspielen erzielt: „Roulette“, „Craps“, „Trente et Quarante“, „Blackjack“, „Golden Ten“, „Schnapsen“, „Draw Poker“, „Texas Hold'Em“, „Seven Card Stud“, „Bridge“, „Chess, Checkers“.⁴⁵⁶ Es wurde hierbei

⁴⁵¹ *Borm/van der Genugten*, On a Relative Measure of Skill for Games with Chance Elements, Top 2001, 91.

⁴⁵² Vgl II.D.2.c)

⁴⁵³ Vgl Überprüfung dieser Methode durch *Heubeck*: *Heubeck*, Measuring Skill in Games: A Critical Review of Methodologies, Gaming Law Review and Economics 2008, 231.

⁴⁵⁴ *Hendrickx/Borm/van der Genugten/Hilbers*, Measuring skill in more-person games with applications to Poker, <http://arno.uvt.nl/show.cgi?fid=90312> (10.12.2009).

⁴⁵⁵ *Hendrickx/Borm/van der Genugten/Hilbers*, Measuring skill in more-person games with applications to Poker, <http://arno.uvt.nl/show.cgi?fid=90312> (10.12.2009).

⁴⁵⁶ *Borm/van der Genugten*, Top 2001, 91.

angemerkt, dass diese Liste aufgrund noch nicht untersuchter Formen von Poker noch nicht als vollständig betrachtet werden dürfte. Jedoch zeigten sich zwei Aspekte sehr deutlich. Erstens wurde sowohl der Spielform „Texas Hold'em Poker“ als auch der Variante „Seven Card Stud Poker“ ein höherer Geschicklichkeitsanteil als dem von der österreichischen Jud als Geschicklichkeitsspiel anerkannten „Schnapsen“ attestiert und zweitens zeigte sich auch, dass innerhalb der verschiedenen Pokerformen sehr wohl Unterschiede zu erkennen sind und deshalb in Bezug auf die juristische Beurteilung nicht undifferenziert vom Oberbegriff „Poker“ gesprochen werden darf.

b. Mathematische Modellrechnung eines Pokerspiels von Alon Noga

Alon Noga von der „Schools of Mathematics and Computer Science“ in Tel Aviv, Israel hatte sich in einer ausführlichen Studie mit der mathematischen Analyse von Zufalls- und Geschicklichkeitsfaktoren in Pokerspielen auseinandergesetzt.⁴⁵⁷ Dabei kam er sehr eindeutig zu dem Ergebnis, dass es einer Menge an Geschicklichkeit bedarf die heute populären Formen von Poker erfolgreich zu spielen. Er stellte fest, dass sich dieser Geschicklichkeitsfaktor bei einer ansteigenden Zahl an gespielten Einzelrunden sehr deutlich herauskristallisiert und die Wahrscheinlichkeit, dass ein geschickter Spieler gegen einen ungeschickten Spieler gewinnt mit mehr gespielten Händen überragend ansteigt. So kam er zu dem Ergebnis, dass bereits bei insgesamt 90 gespielten Runden (rund 2-3 Stunden Live Spiel oder 1,5 Stunden Internetpoker) ein geschickter Spieler gegenüber einem weniger talentierten Gegner mit einer Wahrscheinlichkeit von nur etwa 0,187 % verliert. Er hielt fest, dass es ein sehr wesentlicher Faktor eines erfolgreichen Pokerspiels ist, die optimale Strategie vom Verhalten des Gegners abhängig zu machen. Deshalb würden die Formen von Poker insgesamt mehr menschliche Geschicklichkeit als zB Schach erfordern, weshalb es bisher auch nicht gelungen ist eine Software vergleichbar mit den bekannten, erfolgreichen Schachcomputern zu kreieren,⁴⁵⁸ die besser als ein erfolgreicher menschlicher Pokerprofi spielt.⁴⁵⁹

Noga's Analyse ergab sogar, dass über einen langen Betrachtungszeitraum das Ergebnis eines Pokerspiels trotz dem definitiv vorhandenen Zufallselement weniger vom Zufall beeinflusst sei, als das Resultat eines Fußballmatches. Dass dieser Umstand nicht bewusst

⁴⁵⁷ Noga, Poker, Chance and Skill, <http://www.math.tau.ac.il/~nogaa/PDFS/skill4.pdf> (10.12.2009).

⁴⁵⁸ Vgl Markoff, In Poker Match Against a Machine, <http://www.nytimes.com/2007/07/26/business/26poker.html?ex=1343102400&en=76a46ebf0e9bfa5c&ei=5090&partner=rssuserland&emc=rss> (04.04.2010).

⁴⁵⁹ Noga, Poker, Chance and Skill, <http://www.math.tau.ac.il/~nogaa/PDFS/skill4.pdf> (10.12.2009).

wahrgenommen wird, führte *Noga* auf psychologische Gründe zurück, die Karten und Würfeln automatisch einen höheren Zufallsfaktor beimessen, als zB dem Wetter, Wind und Unregelmäßigkeiten in der Bodenbeschaffenheit, obwohl die letztendlich auf das Endergebnis einen größeren Einfluss hätten.⁴⁶⁰

Zusammengefasst hielt *Noga* fest, dass der Zufall zwar in einer einzelnen Hand eine Rolle spielt, aber Übung und Studium in einer Reihe von Händen dazu führt, dass Geschicklichkeit eine wesentlich dominantere Rolle einnimmt und aufgrund der gewöhnlichen, alltäglichen Praxis eine Mehrzahl an Runden zu spielen (beim Turnier sogar durch die Spielregeln bedingt verpflichtend) eindeutig von einem Geschicklichkeitsspiel auszugehen ist.⁴⁶¹

c. Mathematische Analyse in Kombination mit Spiel-Simulationen

Die Autoren Anthony *Cabot*⁴⁶² und Robert *Hannum*⁴⁶³ hatten sich sehr intensiv mit der öffentlichen Ordnung, dem Gesetz und der Mathematik des Pokerspiels beschäftigt.⁴⁶⁴ Dabei führten sie unter anderem eine Simulation⁴⁶⁵ von 1 Mio. Pokerhände der Spielvarianten „Texas Hold'em Poker“ und „Seven Card Stud Poker“ durch.⁴⁶⁶ Ziel war es zu untersuchen ob sich die Geschicklichkeitsunterschiede der einzelnen Spielerprofile tatsächlich in den Spielergebnissen auswirken. Tatsächlich war in den Ergebnissen der Spiele eine Differenzierung zwischen den Profilen der geübten und jenen der ungeübten Spieler sichtbar. Die Profile, die zuvor als ungeschickt definiert worden sind erzielten einen hohen stündlichen Verlust. Hingegen konnten die begabten „Spielerprofile“ mit einem stündlichen Gewinn das Spiel beenden. Da ein zufallsdominiertes Spiel diese klare profilbezogene Unterscheidung nicht ermöglichen könnte, qualifizierten die Autoren die beiden untersuchten Spielvarianten als Geschicklichkeitsspiele,⁴⁶⁷ fügten jedoch hinzu, dass diese Kategorisierung nicht automatisch auf alle übrigen Varianten des Pokerspiels

⁴⁶⁰ *Noga*, Poker, Chance and Skill, <http://www.math.tau.ac.il/~nogaa/PDFS/skill4.pdf> (10.12.2009).

⁴⁶¹ *Noga*, Poker, Chance and Skill, <http://www.math.tau.ac.il/~nogaa/PDFS/skill4.pdf> (10.12.2009).

⁴⁶² Partner der Rechtsanwaltskanzlei „Lewis and Roca“ mit Spezialgebiet Glücksspielrecht, Präsident und Gründungsmitglied der „International Masters of Gaming Law Association“ und Autor in mehreren einschlägigen Fachzeitschriften (zB „Gaming Law Review“) und Büchern.

⁴⁶³ Professor für Statistik und Wahrscheinlichkeit an der Universität von Denver, USA.

⁴⁶⁴ *Cabot/Hannum*, Thomas M. Cooley Law Review 2005, 443.

⁴⁶⁵ Die Simulationen wurden mit „Wilson's Turbo Texas Hold'Em and Seven-Card Stud“ Software durchgeführt.

⁴⁶⁶ *Cabot/Hannum*, Thomas M. Cooley Law Review 2005, 443.

⁴⁶⁷ *Cabot/Hannum*, Thomas M. Cooley Law Review 2005, 443.

übertragbar sei, da aufgrund der unterschiedlichen Spielregeln und den daraus resultierenden Wahrscheinlichkeiten gesonderte Überprüfungen notwendig sind. Alle Spiele unterscheidungslos unter „Poker“ einzuordnen, sei wie die Autoren feststellten, in den von ihnen aus dem angloamerikanischen Raum zitierten Gerichtsentscheidungen ein häufig auftretendes und fehlerhaftes Vorgehen. Diese Entscheidungen hatten Poker teilweise als Geschicklichkeits-⁴⁶⁸ und teilweise als Glücksspiel⁴⁶⁹ beurteilt.

2. Studien auf Basis empirischer Werte

a. Differenzierung zwischen totalen Anfängern und geschulten Spielern

Die beiden Autoren Michael *DeDonna*⁴⁷⁰ und Douglas *Detterman*⁴⁷¹ wählten einen völlig anderen Zugang um beim Pokerspiel die Geschicklichkeitsfaktoren gegenüber den Zufallselementen abzuwiegen.

Sie führten Studien mit jeweils über 40 Studenten durch und ließen die bisher noch unerfahrenen Pokerspieler die Spielvariante „Texas Hold'em Poker“ spielen. Dabei teilten sie in der zweiten, aussagekräftigeren Studie die Studenten in zwei Gruppen. Insgesamt spielte jeder Teilnehmer 720 Pokerhände.⁴⁷² Dies wurde in jeweils drei Abschnitten zu 240 Händen abgewickelt. Während jeder dieser Abschnitte erhielt die erste Gruppe an Spielern Unterlagen mit spielstrategischen Hinweisen. Die andere Gruppe der spielenden Studenten wurde hingegen nur über die historischen Hintergründe des Pokerspiels aufgeklärt. *DeDonna* und *Detterman* stellten dann als Resultat ihrer Untersuchung fest, dass die Gruppe mit den spieltechnisch instruierten Studenten wesentlich bessere Spielergebnisse vorweisen konnte, als die geschichtlich gebildete Gruppe. Die Wissenschaftler führten die signifikant besseren Ergebnisse der einen Spielereinheit auf ihre durch strategische Hilfen geschulten Spielerfähigkeiten zurück und qualifizierten diese Form von Poker folglich als Geschicklichkeitsspiel.⁴⁷³ *Meyer* und *Hayer* äußerten sich dieser Untersuchung kritisch gegenüber. Sie waren der Meinung „der schnell einsetzende Trainingseffekt hängt augenscheinlich mit der Selektivität der Stichprobe zusammen, die vornehmlich aus

⁴⁶⁸ *Cabot/Hannum*, Thomas M. Cooley Law Review 2005, 443.

⁴⁶⁹ *Cabot/Hannum*, Thomas M. Cooley Law Review 2005, 443.

⁴⁷⁰ PhD Student am Institut für Psychologie an der Case Western Reserve Universität in Cleveland.

⁴⁷¹ Professor am Institut für Psychologie an der Case Western Reserve Universität in Cleveland.

⁴⁷² *Dedonno/Detterman*, *Poker Is A Skill*, *Gaming Law Review and Economics* 2008, 31.

⁴⁷³ *Dedonno/Detterman*, *Gaming Law Review and Economics* 2008, 31.

Studenten mit wenig Pokererfahrung bestand.“⁴⁷⁴ Auch *Rock* und *Fiedler* wiesen darauf hin, dass in der Realität selten reine Anfänger vorzufinden sind und darüberhinaus derartige Studien aufgrund fiktiver Spielsituationen verfälscht seien.⁴⁷⁵ Ich schließe mich dieser Meinung an. Darüberhinaus ist mE eine Teilnehmerzahl von rund 40 Studenten etwas knapp bemessen. Mit Sicherheit liegt dieser Untersuchung ein interessanter Ansatz zu Grunde, auch kann man von dem Ergebnis ableiten, dass diese Form von Poker bestimmt Geschicklichkeitselemente beinhaltet, aber ich bin der Meinung, dass eine abschließende Qualifizierung aufgrund dieses Datenmaterials nicht ausreichend ist.

b. Bestimmung des Geschicklichkeitsanteils anhand der kritischen Wiederholungshäufigkeit

Wesentlich aussagekräftigere Daten konnten die beiden Juristen Ingo *Fiedler* und Jan-Philipp *Rock*⁴⁷⁶ im Rahmen ihrer wissenschaftlichen Analyse der Bestimmung des Geschicklichkeitsanteils in der Pokervariante „Texas Hold'em Poker“ liefern.

Die beiden Autoren sahen sich in der aktuellen Diskussion mit der Abgrenzungsproblematik zwischen Geschicklichkeit und Glück mit einer äußerst schlecht informierten Juristin und einem Defizit an wissenschaftlich exakten Bestimmungen des Geschicklichkeitsanteils konfrontiert. *Fiedler* und *Rock* attestierten den bereits unter 1) angeführten Modellrechnungen eine gewisse Unschärfe, denn aufgrund „der Komplexität des ‚echten‘ Pokerspiels ist eine mathematische Modellierung unmöglich.“⁴⁷⁷ Daher waren sie der Meinung könne eine wahrheitsgetreue Quantifizierung des Geschicklichkeitsanteils nur mittels empirischer Daten ermittelt werden. Dazu boten sich aufgrund der leichten Zugänglichkeit von gespeicherten Spielinformationen die „Handdatenbanken“ von Internetplattformen besonders gut an.⁴⁷⁸ Die Autoren gingen wie *Schwartz*⁴⁷⁹ davon aus, dass die überwiegende⁴⁸⁰ Zufallsabhängigkeit mathematisch, in Form einer Abhängigkeit

⁴⁷⁴ *Meyer/Hayer*, Poker - Glücksspiel mit Geschicklichkeitsanteil und Suchtpotential, Zeitschrift für Wett- und Glücksspielrecht 2008, 153.

⁴⁷⁵ *Rock/Fiedler*, ZfWG 2008, 412.

⁴⁷⁶ *Rock* und *Fiedler* sind beide wissenschaftliche Mitarbeiter am Institut für Wirtschaftsrecht an der Universität Hamburg, Deutschland.

⁴⁷⁷ *Rock/Fiedler*, ZfWG 2008, 412.

⁴⁷⁸ *Rock/Fiedler*, ZfWG 2008, 412.

⁴⁷⁹ Vgl II.C.1.eg)

⁴⁸⁰ Die Autoren untersuchten gem der dt Rechtslage. Gem § 3 Abs 1 GlüStV (deutsche Rechtsordnung) ist die zentrale Frage „ob die Entscheidung über den Gewinn ganz oder überwiegend vom Zufall abhängt“. Vgl „vorwiegend“ gem § 1 Abs 1 GSpG.

des Spielerergebnisses vom Geschicklichkeitsanteil der größer als 50 % ist, umzusetzen ist. Als weitere Prämisse setzten sie voraus, dass der Geschicklichkeitsanteil nur in der Reihe von Einzelspielen eruiert werden kann.⁴⁸¹ Hierbei war ihr entscheidender Ansatz, zu untersuchen wie viele Spielgänge erfolgen müssen um ein klares Überwiegen des Geschicklichkeitsanteils (sofern dieser überhaupt gegeben ist) feststellen zu können. So gingen sie davon aus, dass jene Spiele mit einem hohen CRF-Wert⁴⁸² eher als Glücksspiele einzuordnen sind, weil er Spieler mehr Spiele absolvieren muss um seinem Geschick Ausdruck verleihen zu können.⁴⁸³ *Fiedler* und *Rock* untersuchten das Spielverhalten von insgesamt 51.761 Pokerspielern innerhalb vom 19.04.2008 und 05.07.2008 auf den Pokerseiten „Pokerstars“ und „Partypoker“.⁴⁸⁴ Dabei kategorisierten sie die Spieler gem den verschiedenen Spiellimits und kamen letztendlich zu dem Ergebnis, dass im Regelfall eine Wiederholungshäufigkeit von rund 1.000 Einzelspielen ausreicht um ein deutliches Überwiegen der Geschicklichkeit gegenüber dem Zufall festzustellen.⁴⁸⁵ Bei genauerer Durchsicht der Studie zeigt sich, dass dieses Ergebnis als Maximalwert einzustufen ist und wie die Autoren festhielten, sich in den meisten Fällen bereits bei einer geringeren Handanzahl die Dominanz der Geschicklichkeit zeigen wird.⁴⁸⁶ Vor allem in Livespielen ist dies anzunehmen, da sich dort die Spieler tatsächlich direkt gegenüber sitzen und dadurch noch mehr Informationen (Körpersprache, Mimik, Kommentare, stimmlicher Ausdruck usw)⁴⁸⁷ als im Internet (hier liegt die Konzentration auf Setzverhalten, Einsatzhöhe, persönliche gemeinsame Spielvergangenheit, grundsätzliches Spielverhalten) erfassen können. Die Summe von 1.000 Einzelspielen sieht auf den ersten Blick unheimlich groß aus. Doch wie die Autoren weiter ausführten wird diese Anzahl an gespielten Einzelrunden innerhalb von rund 30 Stunden Livespiel im Kasino oder online bereits in ungefähr 13 Stunden bzw bei vier gleichzeitig gespielten Tischen⁴⁸⁸ in 3,3 Stunden erreicht.⁴⁸⁹

⁴⁸¹ Vgl *Seelig II.C.1.ec*).

⁴⁸² Critical Repetition Frequency = kritische Wiederholungshäufigkeit.

⁴⁸³ *Rock/Fiedler, ZfWG 2008, 412.*

⁴⁸⁴ *Rock/Fiedler, ZfWG 2008, 412.*

⁴⁸⁵ *Rock/Fiedler, ZfWG 2008, 412.*

⁴⁸⁶ *Rock/Fiedler, ZfWG 2008, 412.*

⁴⁸⁷ Vgl *Caro, Book of poker tells 1 ff.*

⁴⁸⁸ Was online der gängigen Praxis entspricht – manche Profis spielen sogar 12-16 Tische (dh 1.000 Hände in rund 0,8 bis 1,1 Stunden) gleichzeitig.

⁴⁸⁹ *Rock/Fiedler, ZfWG 2008, 412.*

Wie *Fiedler* und *Rock* auch festhielten sind vor allem die Vielspieler (Profispieler), auch aufgrund des eintretenden Lerneffekt und trotz der hohen Kosten, die sich der Onlinepokeranbieter automatisch als Veranstaltungsgebühr („Rake“) abzieht, „Winning-Player“⁴⁹⁰, da sie regelmäßig deutlich bessere Ergebnisse als der Durchschnitt erzielen.⁴⁹¹ Folglich kann gem dieser Studie mE Poker in der untersuchten Variante „Texas Hold’em Poker“ zweifelsohne als Geschicklichkeitsspiel qualifiziert werden, da erstens wie bereits mehrfach erwähnt, die Reihenbetrachtung der Einzelbetrachtung bei der Untersuchung von Spielen mit inkompletten Informationen eindeutig vorzuziehen ist und zweitens darauf aufbauend eindrucksvoll gezeigt wurde, dass sich bereits nach relativ kurzer Zeit die Dominanz der Geschicklichkeitsfaktoren herauskristallisiert. Auf die Tatsache, dass eine Differenzierung zw Cash Game Poker und Turnierpoker idZ realitätsfremd und deshalb unzutreffend ist, wurde bereits unter D.2.bc) hingewiesen.

c. *Statistische Analyse von 103 Mio. gespielten Einzelspielen*

Den Vorteil des umfangreichen Datenmaterials, welches dank Internetpoker nun digital verfügbar ist, hatten sich auch *Paco Hope*⁴⁹² und *Sean McCulloch*⁴⁹³ in ihrer sehr umfassenden und beeindruckenden empirischen Studie zum Kartenspiel „Texas Hold’em Poker“ zu Nutze gemacht. Da die Auswirkung des Faktors Glück bei Poker immer wieder ein zentrales Thema von juristischen Auseinandersetzungen war, hatten die beiden Autoren versucht anhand einer statistischen Auswertung das Zustandekommen der Ergebnisse und vor allem die entscheidenden Einflussfaktoren bei „Texas Hold’em Poker“ zu untersuchen. Die erst im März 2009 veröffentlichte Studie untersuchte insgesamt 103 Mio. tatsächlich gespielte Einzelspiele (Pokerhände) der bezeichneten Pokervariante auf der Onlineplattform des Marktführers „PokerStars“.

Hope und *McCulloch* stellten fest, dass in 75,7 % der gespielten Einzelspiele die Spielentscheidung nicht durch das Aufdecken der zu Beginn zufällig ausgeteilten Karten herbeigeführt worden war, sondern dadurch, dass alle bis auf einen übrigbleibenden Spieler bereits zuvor aufgeben hatten und dieser eine Teilnehmer folglich das Spiel

⁴⁹⁰ Vgl Statistiken von „Winning-Players“ unter III.C).

⁴⁹¹ *Rock/Fiedler*, ZfWG 2008, 412.

⁴⁹² *Paco Hope* ist technischer Leiter von Cigital Inc. Einem in Washington stationierten Unternehmen zur Überprüfung von Software Sicherheit und Qualität.

⁴⁹³ *Sean McCulloch* ist außerordentlicher Professor am Institut für Mathematik und Computer Wissenschaft an der Ohio Wesleyan Universität, USA.

gewonnen hatte.⁴⁹⁴ Dh da in diesen 75,7 % keiner der Spielteilnehmer seine Karten zeigen musste, waren diese und daher auch die zufallsbestimmte Kartenausteilung im Endeffekt für den Ausgang des Spiels völlig irrelevant, denn in dreiviertel aller Spiele war es einem Spieler gelungen aufgrund der richtigen Spielweise und dem Erkennen der Schwächen seiner Gegner, diese durch die entscheidenden Spieleinsätze zum Aufgeben zu bewegen.⁴⁹⁵

Die Autoren führten fort, dass in den restlichen 24,3 % in denen zum Ermitteln des Gewinners die Karten der verbleibenden Spieler aufgedeckt wurden, nur in 50,3 % der Fälle jene Spieler gewonnen hatten, der zu Beginn der Spielrunde aufgrund der zufälligen Kartenverteilung die insgesamt beste Kartenkombination erhalten hatten.

Den anderen 49,7 % (der 24,3 % Showdown Gewinner) gelang dies, weil der Spieler der ursprünglich jeweils bei Spielbeginn die besten Karten erhalten hatte, seine Situation falsch eingeschätzt hatte (ev. veranlasst durch einen Bluff) und durch eigene Aufgabe vor dem „Showdown“ den Sieg diesem anderen Mitspieler mit schlechteren Karten überlassen hatte. Dh nur in insgesamt 12,29 % der Fälle war der Spieler, der aufgrund der zufälligen Kartenverteilung die beste Kartenkombination erzielt hatte bis zum „Showdown“ gegangen um dann auch zu gewinnen.⁴⁹⁶

Diese Studie zeigte also, dass in den 103 Mio. untersuchten Pokerhänden der Großteil der Spiele (über dreiviertel) durch etwas anderes als den Wert der zufällig ausgeteilten Karten entschieden wurde, da kein Spieler seine Karten gezeigt hatte um als Gewinner ermittelt zu werden. Die Autoren zogen den Schluss, dass immer dann wenn es keinen „Showdown“ gibt, nicht die Karten, sondern die Spielerentscheidungen, das Spiel ausschlaggebend beeinflussen. Sie hielten fest ihre Studie quantifiziere nicht den Anteil an Glück in „Texas Hold'em Poker“, aber zeige mit einer aussagekräftigen Statistik, die auf einem immens großen empirischen Datenpool basierte, dass das Ergebnis dieses Spiels größtenteils durch Spielerentscheidungen und daher viel eher aufgrund von Geschicklichkeit als durch Zufall bestimmt wird.⁴⁹⁷

⁴⁹⁴ *Paco/McCulloch*, Statistical Analysis of Texas Hold'em, <http://www.cigital.com/resources/gaming/poker/100M-Hand-AnalysisReport.pdf> (04.04.2010).

⁴⁹⁵ Zur Geschicklichkeit eines Pokerspielers siehe II.D.2.bb) und Anhang III.B).

⁴⁹⁶ *Paco/McCulloch*, Statistical Analysis of Texas Hold'em, <http://www.cigital.com/resources/gaming/poker/100M-Hand-AnalysisReport.pdf> (04.04.2010).

⁴⁹⁷ *Paco/McCulloch*, Statistical Analysis of Texas Hold'em, <http://www.cigital.com/resources/gaming/poker/100M-Hand-AnalysisReport.pdf> (04.04.2010).

3. Fazit und eigene Meinung

Es wurde versucht eine breite Palette der aktuellsten Studien zur Abgrenzungsfrage zwischen Geschicklichkeitsanteilen und Zufallselementen im Pokerspiel anzuführen. Sie basierten auf verschiedensten Ansätzen. In ihrer Grundstruktur wurde zwischen modellmathematischen Versuchen und empirischer Datenauswertung unterschieden.

Auffallend ist, dass alle Studien ein wesentliches Geschicklichkeitsmoment eruieren konnten. Manche ein leichtes, andere ein deutliches Überwiegen gegenüber der Zufallskomponente.

Bereits die mathematischen Modelle, die klarerweise nicht alle Aspekte des komplexen Pokerspiels erfassen können, stellten eine vorwiegende Abhängigkeit des Spielergebnisses vom Geschicklichkeitsfaktor des Spielers fest. Berücksichtigt man, dass ein tatsächliches Spiel Geschicklichkeitskomponenten abverlangt, die mathematisch nicht exakt kalkulierbar sind (psychologische Elemente, Körpersprache usw) so ist dies ein zusätzliches und deutliches Indiz für die Dominanz des Geschicklichkeitsfaktors.

Doch besonders beeindruckend und mE aussagekräftigt sind die beiden zuletzt angeführten empirischen Studien. Sie basieren auf tatsächlich gespielten Händen (keine Simulation unter Laborbedingungen, keine fiktiven Berechnungen), sind höchstprofessionell durchgeführt worden und können aufgrund des umfangreichen Datenmaterials statistische Ausreißer mit ziemlicher Sicherheit ausschließen. Tatsache ist jedoch, dass beide Studien in Bezug auf das Alter des Spiels und die Dauer der rechtlichen Diskussion noch sehr jung sind (Dezember 2008 und März 2009) und deshalb noch in keinem gerichtlichen Verfahren (soweit bekannt zumindest in Österreich) zur Sachverhaltsermittlung gedient haben. Besonders die Aussagekraft der letzten angeführten Studie finde ich in Bezug auf die gängige Meinung der Vertreter der Glücksspielzuordnung sehr interessant. Diese widerlegt nämlich eindeutig die Ansicht, dass die eingangs bei einem Spiel verdeckt ausgeteilten Karten dem Spiel größtenteils den Stempel des Zufalls aufdrücken, welcher durch kein Geschick der Spieler zu einer nicht ausschlaggebenden Größe minimiert werden kann. Dass genau das der Fall ist und die ausgeteilten Gewinnerkarten nur in rund 12 % der Fälle tatsächlich den Gewinner im Showdown küren, wurde hier eindeutig nachgewiesen.

Darüberhinaus gibt es noch einen weiteren Versuch, der die Irrelevanz der zufällig und verdeckt ausgeteilten Karten besonders imposant bewiesen hat. Im Jahr 2007 hatte die

damals 19 Jährige norwegische Profipokerspielerin Annette *Obrestad*⁴⁹⁸ versucht ein online Pokerturnier mit insgesamt 180 Turnierteilnehmern zu gewinnen. Das besondere daran war, dass sie dies ohne auf ihre eigenen Karten zu blicken erreichen wollte. Dazu verklebte sie den Teil ihres Bildschirms, der die eigenen Karten zeigte, mit einem Post-It Zettel und versuchte die Gegner und nicht ihre Karten zu spielen. Die Motivation hinter diesem Unterfangen war es zu zeigen, dass strategische Elemente wie Positionsspiel, hand-reading⁴⁹⁹ etc wesentlich wichtiger sind als das Verlassen auf die zufällig erhaltenen Karten. Obwohl sie in einem später erfolgten Interview gestand ein einziges mal hinter den Post-It Zettel geblickt zu haben, gelang ihr dennoch ein absolut beachtenswerter Erfolg als sie schließlich das Turnier gewonnen hatte.⁵⁰⁰

Zusammengefasst lässt sich die rechtliche Problematik folgenderweise formulieren:

Erstens gibt es wie bereits unter B.3) angeführt jede Menge Varianten und Spielweisen der diversen Formen von Poker. Dh aufgrund der allgemeinen gesetzlichen Formel die auf eine „vorwiegende“ oder „ausschließliche“ Zufallsabhängigkeit abzielt, muss bei Klärung der rechtlichen Zuordnung das Spiel im Einzelfall jedes Mal extra geprüft werden. Denn wie sich gezeigt hat, haben die Spielregeln immense Auswirkung auf die Spielwahrscheinlichkeiten und somit auch auf den Grad des Zufalls.

Dies ist jedoch zweitens aufgrund mangelnder Vorgaben, wie eine derartige Analyse zu erfolgen hat in keiner faktisch vergleichbaren Form möglich. Wie unter 1) angeführt gibt es viele Ansätze und Möglichkeiten eine derartige Prüfung durchzuführen. Zwar erzielten sie in diesem Fall alle ähnliche Ergebnisse, aber um juristisch vergleichbare Ergebnisse zu erzielen (und das ist jedenfalls erforderlich, damit keine Ungleichbehandlung stattfindet), müsste ein Standardverfahren normiert werden, wie die Überprüfung dieser Zufallsabhängigkeit zu erfolgen hat. Dies ist jedoch leichter gesagt, als getan. Denn wie aufgezeigt, muss man zwischen Spielen mit allen (zB Roulette) und solchen mit inkompletten (zB Pokerspiele) Informationen unterscheiden. Hier knüpft die dritte Problematik, nämlich die des Betrachtungszeitraums, an. Wie erwähnt ist es gänzlich

⁴⁹⁸ Sie ist die jüngste Person, die je ein World Series of Poker (WSOP) Turnier gewonnen hatte. Annette *Obrestad* begann ihre Pokerkarriere online mit 15 Jahren und konnte sich durch viel Fleiß und Talent mit Null Startkapital (sie gewann ihr erstes Pokergeld bei einem sogenannten Gratisturnier – Freeroll) bis ganz nach oben spielen und zählt heute zu den besten TurnierspielerInnen weltweit. Vgl *Wikipedia*, Annette *Obrestad*, http://en.wikipedia.org/wiki/Annette_Obrestad (04.04.2010).

⁴⁹⁹ *Sklansky*, *Theory of Poker* 155 ff und 221 ff.

⁵⁰⁰ *Stig*, Oh, to be 18 Again <http://www.cardplayer.com/cardplayer-magazines/65685-annette-obrestad-20-22/articles/17101-oh-to-be-18-again> (04.04.2010).

undenkbar Spiele mit fehlenden Informationen in nur einem Spielgang abschließend zu qualifizieren. Es wäre eine Möglichkeit die empirische Analyse dahingehend auszurichten um zu überprüfen ab welchem Zeitpunkt ein deutliches Überwiegen des Geschicklichkeitsfaktors nachgewiesen werden kann (sofern überhaupt einer vorhanden ist) und es dann der richterlichen Entscheidung überlassen, ob dies eine vernünftige und für einen Durchschnittsspieler überschaubare Zeitspanne ist. *Rock* und *Fiedler* haben in ihrer Studie eine derartige Überprüfung durchgeführt und für „Texas Hold'em Poker“ eine Durchschnittszeit von etwa 10 bis maximal 30 Stunden (je nachdem ob im Internet oder Livepoker gespielt wird) kalkuliert. Dieses Ergebnis weist mE für diese Pokervariante eine mehr als vertretbare Spielphase auf und daher ist mM nach auch in Zusammenschau mit den anderen Studien, aber allen voran mit jener die ein Obsiegen ohne aufgedeckter Karten in 75,7 % der Fälle nachweist, die Pokervariante „Texas Hold'em Poker“ eindeutig als Geschicklichkeitsspiel zu qualifizieren.

Aufbauend auf meinem unter C.1.ei) formulierten Zweiphasenmodell kommt man unter Berücksichtigung der Daten der unter 2.b) bis 2.c) angeführten Studien zu demselben Ergebnis. Gem der definierten Phase Eins soll überprüft werden ob die Determination des Spielergebnisses endgültig bereits durch die zufällige Kartenverteilung erfolgt. Wie detailliert angeführt⁵⁰¹ gewinnen bei Texas Hold'em Poker in nur rund 12,3 % der Fälle jene Spieler das Spiel im Showdown, die zuvor die beste Starthand erhalten haben.⁵⁰² Obwohl bereits dieses Ergebnis sehr eindeutige in Richtung Geschicklichkeitsspiel zeigt soll in Phase zwei überprüft werden ob in der Summe aller Vertreter auch Spieler existieren, die kontinuierlich ohne eindeutige Ausreißer nach unten öfters und höher gewinnen als sie verlieren und somit nicht jener Normalverteilung entsprechen, die bei vorwiegend zufallsbestimmten Spielen in der Serie von Spielgängen zu erwarten ist. Dass solche Spieler tatsächlich vorhanden sind und diese stetig Gewinne in einer sehr großen Serie (je größer, desto unwahrscheinlich, dass dies auf den Zufall zurückzuführen ist) an Spielen einfahren, wurde in der Studie von *Rock/Fiedler* bewiesen.⁵⁰³ Indem die

⁵⁰¹ Vgl II.E.2.c); *Paco/McCulloch*, Statistical Analysis of Texas Hold'em, <http://www.cigital.com/resources/gaming/poker/100M-Hand-AnalysisReport.pdf> (04.04.2010).

⁵⁰² Es ist davon auszugehen, dass auch in den 75,7% der Nicht-Showdown Gewinner, Spieler mit der ursprünglich besten Starthand inkludiert sind. Jedoch ist dies deshalb unbeachtlich, weil ihr Sieg nicht von ihren Karten abhängig war (sie mussten diese nicht zeigen).

⁵⁰³ *Rock/Fiedler*, ZfWG 2008, 412.

Gewinnkurve stetig nach oben zeigt, ist auszuschließen, dass ihre Siege gegenüber Spielern mit der besseren Starthand, regelmäßig auf Zufall basieren.

Darüberhinaus sprechen auch die im Anhang unter III.C) angeführten Statistiken von Profispielern eine eindeutige Sprache.

Dh auch gem dem definierten Zweiphasenmodell kommt man auf Basis von Auswertungen tatsächlich erfolgter Spiele zu dem objektiven Ergebnis, dass es sich bei Texas Hold'em Poker um ein Spiel handelt, bei dem das Ergebnis in einem vernünftigen Betrachtungszeitraum primär vom Geschick der einzelnen Spieler abhängig ist.

F. Ausblick auf die mögliche Gesetzesänderung des GSpG im Rahmen der Novellen 2008 und 2010 mit Schwerpunkt Poker

Das GSpG stand in den letzten Jahren aufgrund der heftigen Umsatzsteigerungen in der Glücksspielbranche im Mittelpunkt heftiger Diskussion. Es treffen viele wirtschaftliche Interessen, sowohl von privaten Anbietern als auch vom BMF, der selbstverständlich die gesicherte Steuereinnahmequelle durch das Glücksspielmonopol auch in Hinblick auf europarechtliche Entwicklungen streng verteidigt und mitunter sogar noch ausbauen möchte, aufeinander. Als zentrales Argument der Monopolbefürworter gilt vor allem das öffentliche Interesse in Bezug auf Spielerschutz und Geldwäsche. Untersucht man jedoch die letzten gesetzgeberischen Maßnahmen in diesem Bereich, so entsteht der Eindruck als würde der Spielerschutz viel eher als Scheinargument dienen, um dadurch die fiskalischen Interessen am Rücken der Spieler durchzusetzen.⁵⁰⁴

Nach rund zwei Jahren Diskussion passierten am 13. April 2010 die Regierungsvorlagen (Novelle 2008 und 2010) zur Änderung des GSpG den Ministerrat und wurden der parlamentarischen Behandlung zugewiesen.

Da dies kurz vor Fertigstellung dieser Arbeit erfolgte und die beabsichtigten Gesetzesänderungen voraussichtlich erst im Herbst 2010 nach Veröffentlichung im BGBl in Kraft treten werden, wird hier ein Ausblick auf die beabsichtigten Änderungen mitsamt einer kritischen Beurteilung dieser präsentiert.

1. Übersicht der in Hinblick auf Poker relevanten Änderungen durch die GSpG Novelle 2008

a. Geringfügige Anpassung des Glücksspielbegriffs

Der aktuelle § 1 Abs 1 GSpG⁵⁰⁵ soll in Zukunft auf „Ein Glücksspiel im Sinne dieses Bundesgesetzes ist ein Spiel, bei dem die Entscheidung über das Spielergebnis ausschließlich oder vorwiegend vom Zufall abhängt.“ abgeändert werden.

Zum einen fällt auf, dass die Pluralformulierung („Spiele“) durch eine Singularformulierung ersetzt wird und außerdem die Abhängigkeit des Zufalls in Zukunft

⁵⁰⁴ Vgl I.B.3)

⁵⁰⁵ „Glücksspiele im Sinne dieses Bundesgesetzes sind Spiele, bei denen Gewinn und Verlust ausschließlich oder vorwiegend vom Zufall abhängen.“

nicht mehr auf „Gewinn und Verlust“ sondern auf die „Entscheidung über das Spielergebnis“ abzielen soll. Gem den Erläuterungen zur Regierungsvorlage soll dies einer Präzisierung des Glücksspielbegriffs dienen. Die neue Formulierung führt vorerst einmal zu einer Ausweitung des Glücksspielbegriffs iSd § 1 Abs 1 GSpG. Indem „Gewinn und Verlust“ durch „Spielergebnis“ ersetzt werden, sind zukünftig auch jene Spiele von § 1 Abs 1 GSpG erfasst, die ohne Einsätze gespielt werden, jedoch vorwiegend oder ausschließlich vom Zufall abhängig sind.⁵⁰⁶ Dadurch wird jedoch noch nicht automatisch die Subsumierung unter das Glücksspielmonopol des Bundes begründet werden.⁵⁰⁷

b. Demonstrative Aufzählung einiger Glücksspiele

Während der aktuelle § 1 Abs 2 GSpG den Bundesminister für Finanzen ermächtigt, in Hinblick auf Klarstellung und Rechtssicherheit mittels Verordnung bestimmte Spiele als Glücksspiele iSd § 1 Abs 1 GSpG zu bezeichnen soll in Zukunft darüberhinaus auch gleich ein gesetzlich normierter exemplarischer Glücksspielkatalog definiert werden. So ist beabsichtigt § 1 Abs 2 GSpG folgendermaßen abzuändern: „Glücksspiele im Sinne dieses Bundesgesetzes sind insbesondere die Spiele Roulette, Beobachtungsroulette, Poker, Black Jack, Two Aces, Bingo, Keno, Baccarat und Baccarat chemin de fer und deren Spielvarianten. Der Bundesminister für Finanzen ist ermächtigt, aus Gründen der Rechtssicherheit durch Verordnung weitere Spiele als Glücksspiele im Sinne des Abs. 1 zu bezeichnen.“

Diese gesetzliche Maßnahme hat für die Varianten des Kartenspiels Poker mitunter gravierende Folgen. Nachfolgend wird diese Formulierung vor allem in Hinblick auf verfassungsrechtliche Probleme noch genauer untersucht.

c. Ausspielungen gem § 2 GSpG iSd Novelle 2008

Einer umfassenden Änderung wird auch der § 2 GSpG⁵⁰⁸ unterzogen werden. Dadurch soll der mittels § 1 Abs 1 GSpG (idF Novelle 2008) erweiterte Glücksspielbegriff hinsichtlich der Unterwerfung unter das Glücksspielmonopol gem § 3 GSpG eingeschränkt werden.

⁵⁰⁶ Vgl *Schwartz/Wohlfahrt*, Komm GSpG § 1 Rz 25 f.

⁵⁰⁷ Vgl §§ 2 und 4 GSpG (idF Novelle 2008 vom 13. April 2010).

⁵⁰⁸ § 2 GSpG (idF Novelle 2008): „(1) Ausspielungen sind Glücksspiele,
1. die ein Unternehmer veranstaltet, organisiert, anbietet oder zugänglich macht und
2. bei denen Spieler oder andere eine vermögenswerte Leistung in Zusammenhang mit der Teilnahme am Glücksspiel erbringen (Einsatz) und

d. Rechtliche Behandlung von aktuell vorhandenen privaten Pokercasinos

Hinsichtlich Poker stellt sich die Frage wie sich die Änderung der rechtlichen Situation, dadurch, dass es nun gem § 1 Abs 2 GSpG (idF Novelle 2008) dezidiert als Glücksspiel bezeichnet wird, auf die Vielzahl von privaten Pokercasino-Betreiber auswirkt. Darüber soll § 60 Abs 24 (idF Novelle 2008) Aufschluss geben. Wie dort hinsichtlich § 2 GSpG (idF Novelle 2008) – hier wird wohl vorwiegend auf § 2 GSpG Abs 4⁵⁰⁹ Bezug genommen – festgehalten wird, steht dieser „dem Betrieb eines Pokersalons für Pokerspiele ohne Bankhalter im Lebendspiel dann nicht entgegen, wenn dieser Betrieb bereits auf Grundlage der Rechtslage zum 1. Jänner 2010 zulässig gewesen wäre und bereits vor dem 15. März 2010 auf Basis einer aufrechten gewerberechtlichen Bewilligung erfolgt ist.“ Da in der GSpG Novelle 2010 diesbezüglich eine weitere Änderung erfolgen wird und davon auszugehen ist, dass beide Novellen zeitgleich in Kraft treten werden, dh aller Voraussicht nach die Version des § 60 Abs 24 (idF Novelle 2008) defacto nie gültiges Recht sein wird, wird auf die Ausführungen zu § 60 Abs 24 (idF Novelle 2010) verwiesen.

3. bei denen vom Unternehmer, von Spielern oder von anderen eine vermögenswerte Leistung in Aussicht gestellt wird (Gewinn).

(2) Unternehmer ist, wer selbstständig eine nachhaltige Tätigkeit zur Erzielung von Einnahmen aus der Durchführung von Glücksspielen ausübt, mag sie auch nicht auf Gewinn gerichtet sein.

Wenn von unterschiedlichen Personen in Absprache miteinander Teilleistungen zur Durchführung von Glücksspielen mit vermögenswerten Leistungen im Sinne der Z 2 und 3 des Abs. 1 an einem Ort angeboten werden, so liegt auch dann Unternehmereigenschaft aller an der Durchführung des Glücksspiels unmittelbar beteiligten Personen vor, wenn bei einzelnen von ihnen die Einnahmenerzielungsabsicht fehlt oder sie an der Veranstaltung, Organisation oder dem Angebot des Glücksspiels nur beteiligt sind.

(3) Eine Ausspielung mit Glücksspielautomaten liegt vor, wenn die Entscheidung über das Spielergebnis nicht zentralseitig, sondern durch eine mechanische oder elektronische Vorrichtung im Glücksspielautomaten selbst erfolgt. Der Bundesminister für Finanzen ist ermächtigt, durch Verordnung bau- und spieltechnische Merkmale von Glücksspielautomaten näher zu regeln sowie Aufzeichnungs- und Aufbewahrungspflichten festzulegen.

(4) Verbotene Ausspielungen sind Ausspielungen, für die eine Konzession oder Bewilligung nach diesem Bundesgesetz nicht erteilt wurde und die nicht vom Glücksspielmonopol des Bundes gemäß § 4 ausgenommen sind.

⁵⁰⁹ § 2 Abs 4 GSpG (idF Novelle 2008): „Verbotene Ausspielungen sind Ausspielungen, für die eine Konzession oder Bewilligung nach diesem Bundesgesetz nicht erteilt wurde und die nicht vom Glücksspielmonopol des Bundes gemäß § 4 ausgenommen sind.“

2. Übersicht der in Hinblick auf Poker relevanten Änderungen durch die GSpG Novelle 2010

a. Erteilung einer speziellen Konzession für Pokercasinos

Da durch die Änderung des § 1 Abs 2 GSpG (idF Novelle 2008) Poker als Glücksspiel iSd § 1 Abs 1 GSpG (idF Novelle 2008) bezeichnet wird, werden alle Varianten dieses Kartenspiels aufgrund §§ 2, 3 und 4 GSpG (idF Novelle 2008 und 2010) vom Glücksspielmonopol des Bundes erfasst. Offenbar ist dem Gesetzgeber bewusst, dass der aktuelle Bedarf an der Vermittlung von Pokerspielen⁵¹⁰ vom bestehenden Konzessionär niemals gedeckt werden kann. Deshalb und höchstwahrscheinlich auch aus anderen rechtspolitischen Überlegungen wird durch den § 22 GSpG (idF Novelle 2010) dem BMF das Recht zur Erteilung einer weiteren Konzession, speziell für Pokersalons, eingeräumt. Der Gesetzestext soll wie folgt lauten: „Der Bundesminister für Finanzen kann das Recht zum Betrieb einer weiteren Spielbank durch Erteilung einer Konzession gemäß § 21 übertragen, wenn er diese zum ausschließlichen Betrieb eines Pokersalons für Pokerspiele ohne Bankhalter im Lebendspiel beschränkt. Dabei reduziert sich das erforderliche eingezahlte Grundkapital auf mindestens 5 Millionen Euro.“

b. Rechtliche Behandlung von aktuell vorhandenen privaten Pokercasinos

Durch die Neueinführung einer „Pokerkonzession“ kommt es wie bereits angedeutet zu einer Abänderung des § 60 Abs 24 (idF Novelle 2008).

§ 60 Abs 24 (idF Novelle 2010) besagt: „Bis zur Erteilung einer Konzession im Sinne des § 22 steht § 2 in der Fassung dieses Bundesgesetzes dem Betrieb eines Pokersalons für Pokerspiele ohne Bankhalter im Lebendspiel dann nicht entgegen, wenn dieser Betrieb bereits auf Grundlage der Rechtslage zum 1. Jänner 2010 zulässig gewesen wäre und bereits vor dem 15. März 2010 auf Basis einer aufrechten gewerberechtlichen Bewilligung erfolgt ist.“

Demnach liegt es tatsächlich im Ermessen des BMF wie lange aktuell behördlich genehmigte Anbieter von Kartenspielen Spiele der verschiedenen Varianten von Poker vermitteln dürfen. Sobald eine Konzession gem § 22 GSpG (idF Novelle 2010) erteilt werden wird, begründet die geschäftliche Tätigkeit aller übrigen Konkurrenten dieses

⁵¹⁰ 32 Mio. Euro geschätzter Jahresumsatz in Österreich; Vgl *Kilian*, Poker-Betreiber fühlen sich durch Poker-Konzession benachteiligt, <http://www.wirtschaftsblatt.at/home/oesterreich/wirtschaftspolitik/416520/index.do?from=rss> (19.04.2010).

einen Konzessionärs (ausgenommen natürlich Konzessionäre gem § 21 GSpG) einen Verstoß gegen das GSpG. Nachdem die Einführung dieser Konzession theoretisch mit sofortigem in Kraft treten der Novellen 2008 und 2010 möglich ist, ist diese Gesetzesformulierung nicht als entsprechende Übergangsfrist zu qualifizieren.

3. Verfassungsrechtliche Probleme iZm mit der Neuregelung hinsichtlich Poker im Rahmen der GSpG Novellen 2008 und 2010

Da wie bereits mehrfach angeführt das Kartenspiel Poker im letzten Jahrzehnt einen unglaublichen Boom erleben durfte, hat sich in diesem Bereich auch eine dementsprechende Wirtschafts- und Geschäftstätigkeit privater Unternehmer entwickelt und breit gemacht. Diese Anbieter vertreten den rechtlichen Standpunkt, dass die von ihnen angebotenen Pokervarianten gem der aktuellen Bestimmung des § 1 Abs 1 GSpG aufgrund des wissenschaftlich nachgewiesenen Überwiegens der Geschicklichkeitselemente nicht als Glücksspiele zu qualifizieren sind und deshalb auch nicht unter das Glücksspielmonopol des Bundes fallen. Mittlerweile wird in dieser Branche österreichweit ein jährlicher Umsatz von rund 32 Mio. Euro erwirtschaftet und die privaten Pokercasinobetreiber konnten aufgrund der gesetzlichen Situation (ausgenommen steuerrechtlicher Probleme) rund um die Uhr mit ihren unzähligen Beschäftigten dieses Kartenspiel organisieren und vermitteln.

Da im Zuge der GSpG Novellen 2008 und 2010 nun geplant ist „Poker“ gesetzlich als Glücksspiel zu definieren fürchten all jene Unternehmer, denen es nicht gelingen wird die gem § 22 GSpG (idF Novelle 2010) einzige „Pokerkonzession“ zu erhalten – sei es aufgrund der Entscheidung des BMF oder aber auch aufgrund des hohen Kapitalaufwandes idH v 5 Mio. Euro – um ihre wirtschaftliche Existenz. Mitunter auch aus diesem Grund werden im Rahmen der Diskussion zu den geplanten GSpG Novellen besonders seitens der privaten Pokeranbieter immer wieder Stimmen laut, die dieser Gesetzesänderung eine Verfassungswidrigkeit unterstellen. Im Folgenden soll untersucht werden ob durch die geplante Änderung des GSpG tatsächlich verfassungsrechtliche Probleme entstehen können.

a. Gleichheitsgrundsatz

aa. Allgemeines zum Gleichheitsgrundsatz und zur Entwicklung des Sachlichkeitsgebots

Der Gleichheitsgrundsatz ist als subjektives, verfassungsgesetzlich gewährleistetes Recht in Art 2 StGG und Art 7 B-VG verankert und stellt im Rahmen der Grundrechte die wichtigste und am häufigsten angewandte Bestimmung dar.⁵¹¹ Wesen des Gleichheitsgrundsatzes ist, dass er nicht nur die Verwaltungsbehörden und Gerichte in Hinblick auf eine gleiche Gesetzesanwendung bindet, sondern gem Rsp des VfGH sowohl an den einfachen Gesetzgeber, wie auch an den Verfassungsgesetzgeber adressiert ist.⁵¹²

Daher ist zu prüfen ob die Gesetzgebung im Rahmen der GSpG Novellen 2008 und 2010 mit dem verfassungsrechtlichen Gleichheitsgrundsatz in Einklang steht oder nicht. Die zentrale Bedeutung dieses Grundrechts idZ ist das an den Gesetzgeber gerichtete Verbot „Gleiches ungleich oder Ungleiches gleich zu behandeln“⁵¹³. Eine gesetzliche Ungleichbehandlung ist nur dann verfassungsrechtlich unbedenklich wenn sie auf „Unterschieden im Tatsächlichen“⁵¹⁴ gründet.⁵¹⁵ Dies ist auf die Unterscheidungsmerkmale des Art 7 BV-G zurückzuführen, die nur demonstrativ angeführt sind und welche zur Ableitung des sogenannten allgemeinen Differenzierungsverbot bzw des Differenzierungsgebot dienen.⁵¹⁶ Dh der „Gesetzgeber muss an gleiche Tatbestände gleiche Rechtsfolgen knüpfen, wesentlich ungleiche Tatbestände müssen zu entsprechend unterschiedlichen Regelungen führen.“⁵¹⁷

Darüber hinaus wurde im Laufe der Zeit gem der Rsp des VfGH aus Art 7 BV-G „ein allgemeines und umfassendes verfassungsrechtliches Sachlichkeitsgebot ab[ge]leitet, dem jedes Staatshandeln entsprechen muss.“⁵¹⁸ Während im Regelfall bei der Anwendung des Gleichheitsgrundsatzes hinsichtlich des Privilegierungs-, Diskriminierungs- und

⁵¹¹ *Walter/Meyer/Kucsko-Stadlmayer*, Grundriss des österreichischen Bundesverfassungsrechts¹⁰ VI (2007) Rz 1348 ff; *Grabenwarter/Holoubek*, Verfassungsrecht - Allgemeines Verwaltungsrecht (2009) Rz 566 ff; *Öhlinger*, Verfassungsrecht⁸ (2009) Rz 755 ff; *Berka*, Lehrbuch Verfassungsrecht: Grundzüge des österreichischen Verfassungsrechts für das juristische Studium² (2008) Rz 1626 ff.

⁵¹² *Walter/Meyer/Kucsko-Stadlmayer*, Bundesverfassungsrecht VI Rz 1349.

⁵¹³ *Berka*, Lehrbuch Verfassungsrecht Rz 1644.

⁵¹⁴ VfSlg 17.143/2004; vgl VfSlg 4392/1963; VfSlg 8169/1977.

⁵¹⁵ *Grabenwarter/Holoubek*, Verfassungsrecht / Verwaltungsrecht Rz 568.

⁵¹⁶ *Berka*, Lehrbuch Verfassungsrecht Rz 1638.

⁵¹⁷ *Berka*, Lehrbuch Verfassungsrecht Rz 1644.

⁵¹⁸ *Berka*, Lehrbuch Verfassungsrecht Rz 1639.

Differenzierungsverbots unterschiedliche gesetzliche Regelungen miteinander verglichen werden, prüft der VfGH im Rahmen des Sachlichkeitsgebots nur „ob eine einzelne Regelung für sich genommen sachlich ist.“⁵¹⁹

Eine gesetzliche Bestimmung wird vom VfGH als unsachlich qualifiziert wenn sie unverhältnismäßig ist.⁵²⁰ Dh es gilt zu überprüfen ob die rechtliche Formulierung hinsichtlich der Gleichbehandlung bzw Ungleichbehandlung von Individuen, unter Berücksichtigung der objektiven Umstände im Tatsächlichen, sachlich gerechtfertigt ist.⁵²¹

Dabei zeigt die aktuelle Jud, dass der VfGH davon abgegangen ist nur extreme Verstöße des Gesetzgebers als unsachlich zu qualifizieren („Exzess-Judikatur“), sondern durchaus auch eindeutig rechtspolitisch motivierte Regelungen des Gesetzgebers im Rahmen des Sachlichkeitsgebots als gleichheitswidrig bezeichnet.⁵²²

ab. Gleichbehandlung von Anbietern tatsächlich unterschiedlicher Spiele

Unterzieht man die beabsichtigte Änderung des § 1 GSpG einer genaueren Untersuchung, so fällt auf, dass § 1 Abs 2 GSpG (idF Novelle 2008) unter Bezugnahme auf § 1 Abs 1 GSpG und in Hinblick auf den Gleichheitsgrundsatz und das davon abgeleitete Sachlichkeitsgebot sehr wohl verfassungsrechtlich bedenklich sein kann.

Während § 1 Abs 1 GSpG die Bestimmung eines Glücksspiel von der Höhe des Einflussfaktors beliebiger Zufallselemente abhängig macht, bezeichnet § 1 Abs 2 GSpG (idF Novelle 2008) neun Spiele und deren Varianten dezidiert als Glücksspiele.

Bei intensiverer Analyse dieser einzelnen Spiele lässt sich erkennen, dass sie im Tatsächlichen in Bezug auf ihre Spielart und ihre Regeln äußerst verschieden sind. Nun ergibt sich zwar aus dem Gleichheitsgrundsatz, dass eine rechtliche Gleichbehandlung nur bei gleicher faktischer Ausgangslage zulässig ist, doch ist alleine daraus im konkreten Fall noch keine Verfassungswidrigkeit abzuleiten. Denn aufgrund des Umstandes, dass einzelne Sachverhalte „niemals gänzlich gleich, sondern immer unterschiedlich“⁵²³ sind, bedürfen sie stets einer genaueren Untersuchung und Abwägung. Es stellt sich somit vorerst die Frage welche Intention der Gesetzgeber bei der Formulierung dieser Norm hatte und auf welche Umstände im Tatsächlichen der Fokus der

⁵¹⁹ Grabenwarter/Holoubek, Verfassungsrecht / Verwaltungsrecht Rz 577.

⁵²⁰ Öhlinger, Verfassungsrecht Rz 765.

⁵²¹ Grabenwarter/Holoubek, Verfassungsrecht / Verwaltungsrecht Rz 578.

⁵²² Grabenwarter/Holoubek, Verfassungsrecht / Verwaltungsrecht Rz 578.

⁵²³ Berka, Lehrbuch Verfassungsrecht Rz 1646.

Verhältnismäßigkeitsprüfung zu richten ist. Aus § 1 Abs 2 Satz 2 GSpG ergibt sich, dass abgesehen von der Nennung dieser neun Spiele zusätzlich der BMF ermächtigt wird „aus Gründen der Rechtssicherheit durch Verordnung weitere Spiele als Glücksspiele im Sinne des Abs. 1 zu bezeichnen“.⁵²⁴ Auch die Erläuterungen zur GSpG Novelle 2008 führen iZm mit der Aufnahme dieser Legaldefinition die Rechtssicherheit und somit die Konkretisierung des § 1 Abs 1 GSpG als Zielsetzung des Gesetzgebers an.⁵²⁵

Nun ist zu klären ob die tatsächlich unterschiedlichen Spielregeln der demonstrativ angeführten Spiele auch zu gravierenden Abweichungen in den gem § 1 Abs 1 GSpG angeführten Maßstäben hinsichtlich der Gewichtung von Zufall und Geschick führen können. Dabei fällt auf, dass mit Ausnahme von Poker bei allen angeführten Spielen gem wissenschaftlichen Untersuchungen das Spielergebnis primär tatsächlich vom Zufall abhängig ist. Poker jedoch, wie zuvor mit Hilfe einer Reihe von ausführlichen Studien aufgezeigt wurde,⁵²⁶ vereint eine Summe an Geschicklichkeitselementen in sich. Vor allem die Studie der 103 Mio. überprüften Einzelspiele⁵²⁷ belegte eindeutig, dass das Spielergebnis in dreiviertel der Fälle nicht von den zufällig ausgeteilten Karten abhängig ist. Diese Feststellung führt uns zu dem Schluss, dass der Gesetzgeber im Rahmen seines Bemühens eine Konkretisierung des § 1 Abs 1 GSpG zur Erzielung der Rechtssicherheit vorzunehmen mit Poker auch ein Spiel erfasst hat, das im Tatsächlichen nicht nur von den Spielregeln sondern vor allem auch im Anteil des Zufallsfaktors gravierend von den übrigen normierten Spielen abweicht. Demnach nämlich ist dieses Spiel von der allgemeinen Definition des § 1 Abs 1 GSpG gar nicht erfasst. Eine Konkretisierung dieser Norm durch Aufzählung von Poker in Abs 2 ist in Wahrheit nicht mit der Legaldefinition des Abs 1 in Einklang zu bringen.

Hätte man das Spiel Poker mittels einer Verordnung gem § 1 Abs 2 GSpG als Glücksspiel definiert, wäre dadurch gegen das Legalitätsprinzip des Art 18 Abs 1 B-VG verstoßen worden. Da dieses Spiel nämlich nicht den Kriterien gem § 1 Abs 1 GSpG entspricht, würde diese Vorgangsweise „eine Ermächtigung zur formalgesetzlichen Delegation unterstellen und die Verordnung mit Verfassungswidrigkeit belasten“.⁵²⁸ Da die fälschliche

⁵²⁴ § 1 Abs 2 GSpG (idF Novelle 2008).

⁵²⁵ Vgl Erläuterungen zur GSpG Novelle 2008 vom 12.04.2010.

⁵²⁶ Siehe Kapitel II.E).

⁵²⁷ Vgl II.E.2.c); *Paco/McCulloch*, Statistical Analysis of Texas Hold'em, <http://www.cigital.com/resources/gaming/poker/100M-Hand-AnalysisReport.pdf> (04.04.2010).

⁵²⁸ *Schwartz/Wohlfahrt*, Komm GSpG § 1 Rz 29.

Zuordnung von Poker jedoch als Gesetzesbestimmung umgesetzt werden soll, ist der inhaltliche Widerspruch der Rechtsnormen keine Thematik des Legalitätsprinzips sondern mittels der juristischen Auslegungsregeln hinsichtlich Normenkonflikte zu behandeln. Dieser Konflikt lässt sich gem dem Grundsatz „lex specialis derogat legi generali“ lösen. Daher ist die neue Bestimmung zumindest aufgrund dieses einen Punktes mit keinem verfassungsrechtlichen Problem behaftet.

Problematisch ist die Legaldefinition gem § 1 Abs 2 GSpG (idF Novelle 2008) jedoch in Hinblick auf den verfassungsrechtlichen Gleichheitsgrundsatz.

Denn aus der Sicht einzelner Spieleanbieter führt diese Gesetzesbestimmung zu einer Gleichbehandlung von im Tatsächlichen völlig verschiedenen Sachverhalten. Denn wie darlegt, unterscheidet sich Poker von den übrigen acht gesetzlich als Glücksspiele definierten Spielen nicht nur in den Spielregeln, sondern weicht vor allem auch in der Gewichtung der Zufalls- und Geschicklichkeitselemente gravierend von den anderen ab. Da gerade diese Größen die kritischen Zuordnungsfaktoren gem § 1 Abs 1 GSpG darstellen, ist dieser Umstand in der Beurteilung der Verhältnismäßigkeit besonders streng zu werten. Daher führt die gesetzliche Bezeichnung von Glücksspielen iZm mit Poker zu einer sachlich nicht gerechtfertigten Gleichbehandlung von Anbietern tatsächlich unterschiedlicher Spiele. Es ist weder logisch erfassbar, sachlich gerechtfertigt noch vernünftig, weshalb ein Anbieter eines wissenschaftlich erwiesenen Geschicklichkeitsspiel⁵²⁹ mit dem gleichen rechtlichen Schicksal wie ein Veranstalter eines Spiels, welches gem eingehender Untersuchungen ebenso eindeutig als Glücksspiel (zB Roulette, Bingo...) ausgemacht wurde, konfrontiert werden soll. Dies ist vor allem in Hinblick auf die darauf aufbauende gesetzliche Einschränkung der Erwerbsfreiheit sehr beachtlich.⁵³⁰ Der VfGH hat mehrfach klargestellt,⁵³¹ dass wesentliche „Unterschiede im Tatsachenbereich ... zu entsprechend differenzierten Regelungen führen“⁵³² müssen, weshalb der § 1 Abs 2 GSpG (idF Novelle 2008) aus dargelegten Gründen gegen den Gleichheitsgrundsatz verstößt und somit verfassungswidrig ist. Denkbar, jedoch in rechtlicher Konsequenz dennoch unbeachtlich ist, dass der Gesetzgeber im Zeitpunkt der Formulierung dieser Gesetzesbestimmung noch nicht in voller Kenntnis über den

⁵²⁹ Vgl II.E)

⁵³⁰ Dazu mehr im nachfolgenden Kapitel II.F.3.c).

⁵³¹ VfSlg 8217, 8806, 13.558, 13.965.

⁵³² *Walter/Meyer/Kucsko-Stadlmayer*, Bundesverfassungsrecht VI Rz 1357.

aktuellen Stand der wissenschaftlichen Untersuchung zur Gewichtung des Zufalls- und Geschicklichkeitsfaktors in Pokerspielen⁵³³ war und sich fälschlicherweise von der inhaltlich mangelhaften Jud, die unter D) ausführlich behandelt wurde, leiten ließ. Weiters ist diesbezüglich anzuführen, dass bei der Prüfung eines Gesetzes durch den VfGH hinsichtlich des Gleichheitsgebots, nicht auf den Sachverhalt und die Tatsachen im „Zeitpunkt der Erlassung des G abzustellen, sondern auf den Zeitpunkt der Prüfung durch den VfGH“⁵³⁴ Bedacht zu nehmen ist. Dh gesetzliche Regelungen müssen jederzeit sachlich gerechtfertigt sein und können insofern auch erst im Laufe der Zeit durch die Änderung der faktischen Gegebenheiten bzw des Sachlichkeitsmaßstabes einer Regelung verfassungswidrig werden.⁵³⁵

ac. Vertrauensschutz und Gleichheitsgrundsatz

Im Hinblick auf das Vertrauen und den Schutz der Bürger hat der Gesetzgeber den rechtsstaatlichen Grundsatz der Rechtssicherheit zu gewährleisten. Der Bürger muss sich iZm mit seinen rechtlichen Dispositionen auf eine gewisse Kontinuität und Sicherheit der rechtlichen Gegebenheiten verlassen können.⁵³⁶ Freilich ist dies in einer sich weiterentwickelnden Gesellschaft nicht immer möglich, da neue Entwicklungen bzw Erkenntnisse vielfach auch neue gesetzliche Regelungen fordern, die den einen oder anderen in seinem Vertrauen auf die Beständigkeit der Rechtsordnung negativ beeinträchtigen. Da dieses Vertrauensschutzprinzip verfassungsrechtlich nicht verankert ist, wurde es vom VfGH aus dem allgemeinen Gleichheitsgrundsatz abgeleitet und soll dem Gesetzgeber hinsichtlich seiner Gesetzgebungskompetenz gewisse Schranken setzen.⁵³⁷

Diese umfassen folgende Problembereiche:

- Schutz vor rückwirkenden Gesetzen
- Eingriff in Rechtspositionen bzw rechtliche Anwartschaften
- Enttäuschung faktischer Dispositionen

⁵³³ Die letzte sehr aussagekräftige Studie mit einem Sample von 103 Mio. Einzelspielen stammt vom März 2009.

⁵³⁴ *Walter/Meyer/Kucsko-Stadlmayer*, Bundesverfassungsrecht VI Rz 1356.

⁵³⁵ *Öhlinger*, Verfassungsrecht Rz 789; vgl VfSlg 7974/1977, 12.735/1991.

⁵³⁶ *Berka*, Lehrbuch Verfassungsrecht Rz 1686.

⁵³⁷ *Thienel*, Vertrauensschutz und Verfassungsrecht (1990) 57 ff; *Berka*, Lehrbuch Verfassungsrecht Rz 1686 ff; *Grabenwarter/Holoubek*, Verfassungsrecht / Verwaltungsrecht Rz 586 ff; *Walter/Meyer/Kucsko-Stadlmayer*, Bundesverfassungsrecht VI Rz 1365 f; *Öhlinger*, Verfassungsrecht Rz 786 ff.

IZm § 1 GSpG (idF Novelle 2008) ist hier vor allem der dritte Punkt, die Enttäuschung faktischer Dispositionen, relevant. Gem der Jud des VfGH genießen derartige auf bestimmte Rechtslagen getroffene tatsächliche Dispositionen von Privaten einen (eingeschränkten) Vertrauensschutz.⁵³⁸ Der genaue Sachverhalt ist am Sachlichkeitsgebot zu messen. Stellt eine Abänderung der Rechtsnormen einen gravierenden Eingriff in die Rechtsposition von Privaten dar, so sind ausreichende Übergangsfristen notwendig, die es den Betroffenen ermöglichen sich entsprechend auf die neue rechtliche Situation einzustellen.⁵³⁹

Hinsichtlich der gesetzlichen Definition des Pokerspiels als Glücksspiel stellt sich die Situation nun wie folgt dar: Im Vertrauen auf die Rechtslage, dem Wissen des überwiegenden Geschicklichkeitsfaktors des Pokerspiels und somit in rechtlich richtiger Konsequenz haben viele privaten Unternehmer schwerwiegende finanzielle Dispositionen getroffen und ihre wirtschaftliche Existenz auf der Vermittlung von Pokerspielen aufgebaut. Indem Poker durch die GSpG Novellen 2008 und 2010 gesetzlich als Glücksspiel definiert werden soll, ist nach Inkrafttreten dieser Novellen, das legale Veranstellen von Pokerspielen nur mehr für einen einzigen gem § 22 GSpG (idF Novelle 2010) konzessionierten Anbieter möglich. Alle übrigen können ab diesem Zeitpunkt nicht mehr ihrer bisherigen Erwerbstätigkeit nachgehen und all ihre bis dorthin getroffenen und teilweise natürlich nur einseitig verwendbaren Investitionen gelten als frustriert. Dies stellt einen äußerst schwerwiegenden Eingriff in die Rechtsposition der Betroffenen dar und gilt mangels einer gesetzlichen Übergangsfrist⁵⁴⁰ als verfassungsrechtlich äußerst bedenklich.

b. Eingriff in das Recht auf Eigentum gem Art 5 StGG und Art 1 1. ZP-MRK

ba. Allgemeines zur Eigentumsgarantie

Gem dem in Art 5 StGG und Art 1 1. ZP-MRK verfassungsrechtlich verankerten Eigentumsschutz sind sämtliche vermögenswerte Privatrechte von allen in- und ausländischen, natürlichen und juristischen Personen geschützt.

Deshalb umfasst der Schutz abgesehen vom Eigentumsrecht an körperlichen Sachen⁵⁴¹ auch Rechte aus sämtlichen Schuldverhältnissen (Miet-, Pacht-, Kaufvertrag usw)⁵⁴² bzw

⁵³⁸ Öhlinger, Verfassungsrecht Rz 788.

⁵³⁹ Walter/Meyer/Kucsko-Stadlmayer, Bundesverfassungsrecht VI Rz 1366.

⁵⁴⁰ Vgl rechtliche Behandlung von aktuell vorhandenen privaten Pokercasinos: II.F.2.b).

⁵⁴¹ VfSlg 71, 3508.

andere zivilrechtliche Ansprüchen (Patent-, Immaterialgüter-, Markenrechte usw).⁵⁴³ Darüber hinaus wird nach aktueller Jud und herrschender Auffassung die Privatautonomie an sich und somit auch das Recht zum Abschluss privatrechtlicher Verträge verfassungsrechtlich geschützt.

Man unterscheidet zwischen zwei möglichen Eingriffsarten. Eine Variante besteht in Form einer Enteignung, welche vorliegt wenn unmittelbar kraft Gesetz bzw durch einen Verwaltungsakt einem Eigentümer seine Sache zwangsweise entzogen wird und dann auf ein anderes Rechtssubjekt (Staat, öffentliche Körperschaft, andere Person usw) übertragen wird.

Alle übrigen Eigentumseingriffe werden als Eigentumsbeschränkung bezeichnet. Unter welchen Bedingungen Eingriffe in das verfassungsrechtliche Grundrecht auf Eigentum zulässig sind wird unter Berücksichtigung der konkreten rechtlichen Situation iZm dem GSpG im Folgenden erörtert.

bb. Rechtfertigungsgründe für Eigentumsbeschränkungen

Da es sich bei den Änderungen durch die GSpG Novellen 2008 und 2010 mangels körperlicher Wegnahme von Eigentum keinesfalls um Eingriffe in Form von Enteignungen handeln kann, beschränkt sich die Prüfung hinsichtlich eines Verstoßes gegen Art 5 StGG auf das Vorliegen der rechtfertigenden Kriterien für Eigentumsbeschränkungen.

Gem VfGH gilt eine Eigentumsbeschränkung als gerechtfertigt, wenn sie einem öffentlichen Interesse⁵⁴⁴ dient und in einem verhältnismäßigen⁵⁴⁵ und nicht unsachlichen Ausmaß erfolgt. Die Verhältnismäßigkeit zeichnet sich dadurch aus, dass der Eingriff im Hinblick auf das Erreichen des öffentlichen Interesses ein geeignetes und erforderliches Mittel darstellen muss und das Interesse des einzelnen Betroffenen nicht überwiegen darf.

bc. Die Eigentumsgarantie iZm § 1 Abs 2 GSpG (idF Novelle 2008)

Im Fall der GSpG Novelle 2008 stellt die gesetzliche Definition von Poker als Glücksspiel insofern eine Eigentumsbeschränkung gem Art 5 StGG dar, weil dieses Kartenspiel aufgrund der beabsichtigten Gesetzesänderung nur mehr vom aktuellen Spielbanken

⁵⁴² VfSlg 1667, 5499, 7160.

⁵⁴³ VfSlg 7160, 9887, 11.946.

⁵⁴⁴ VfSlg 9911, 17.071.

⁵⁴⁵ VfSlg 13.659, 14.142, 17.817.

Konzessionsinhaber gem § 21 GSpG und einem weiteren noch zu bestimmenden Konzessionär für einen Pokersalon gem § 22 GSpG (idF Novelle 2010) angeboten werden darf. Dadurch wird die Privatautonomie aller übrigen, konzessionslosen Anbieter hinsichtlich des Vertragsabschlusses zur Vermittlung von Pokerspielen gänzlich beschränkt.

Wie unter bb) angeführt, ist zu prüfen ob für diese Eigentumsbeschränkung ein entsprechend großes öffentliches Interesse vorhanden ist und diese Maßnahme ein geeignetes und erforderliches Mittel darstellt um diesem Interesse zu dienen.

IdZ ist auf jene gesetzgeberische Intention zurückzugreifen von derer das GSpG generell getragen wird. Primäres Ziel des GSpG ist es Spieler vor der Spielsucht zu schützen. Wie bekannt ist gibt es in vielen Lebensbereichen die Möglichkeit, dass Menschen bedenkliche Süchte entwickeln. Insofern stellt sich die Frage, weshalb der Gesetzgeber gerade im Bereich des Glücksspiels vermeint, dass es notwendig sei zum Schutze der Bürger ein strenges Konzessionssystem einzuführen. Dafür gibt es folgende Gründe: So ist es in anderen Bereichen, die ebenfalls anfällig für Suchtverhalten sind (Ernährung, Alkohol, Sport usw) kaum möglich derart rapide (aufgrund der Möglichkeit um immens hohe Summen zu spielen bzw bei Automaten eine hohe Folge an Einzelspielen in sehr kurzer Zeit zu absolvieren) die eigene Existenz (zumindest die wirtschaftliche) wortwörtlich aufs „Spiel“ zu setzen. Meist gibt es natürliche (gesundheitliche, körperliche) Grenzen. Beim Glücksspiel kommt jedoch hinzu, dass mittels Krediten bzw anderen temporären Geldquellen der Spieler leicht und schnell in einen Strudel von Abhängigkeiten geraten kann. Mangels äußerer Erscheinungsformen (dh die Spielsucht ist einfacher vertuschbar als zB Alkoholsucht) tritt dieses Suchtverhalten oftmals auf ohne dass das soziale Umfeld des Spieler davon rechtzeitig Kenntnis erlangt um helfend eingreifen zu können. Aus diesen, aber auch aus fiskalischen Gründen, hat sich der Gesetzgeber dazu entschlossen in die Freiheit der wirtschaftlichen Handlungsfähigkeit der Menschen einzugreifen. Wie aus der Legaldefinition gem § 1 Abs 1 GSpG abzuleiten, ist das erklärte Ziel zumindest jene Spiele um Geld einer gewissen Kontrolle zu unterwerfen, bei denen es den Spielern aufgrund der Spielregeln und den daraus resultierenden Wahrscheinlichkeiten nicht möglich ist den Ausgang durch ihr persönliches Geschick soweit zu beeinflussen, dass sie damit eine ausreichende Verfügungsgewalt über ihren eingesetzten Vermögenswert haben. Spiele um Geld, deren Ausgang wesentlich vom Spielverhalten der Teilnehmer abhängig

sind,⁵⁴⁶ werden deshalb nicht vom GSpG erfasst und können jederzeit ohne Konzession gem § 21 GSpG abgehalten werden. Denn hat der Spieler die Entscheidung über die Gewinnzuteilung primär selbst in der Hand, wird er vom Gesetzgeber nicht für so schützenswert erachtet, da jeder in der Lage sein sollte, seine eigenen Fähigkeiten richtig einzuschätzen und sich in Hinblick darauf bei wirtschaftlichen Dispositionen über die Konsequenzen bewusst sein muss.

Dh ausgehend von diesen Umständen widerspricht die Tatsache Poker als Glückspiel zu definieren unter Berücksichtigung des Einflusses und Ausmaßes der Geschicklichkeitsfaktoren der Logik und Systematik des GSpG. Deshalb erscheint es sehr fragwürdig warum der Gesetzgeber versucht gerade dieses Spiel in das enge Korsett des GSpG zu zwingen. Der Schluss, dass die hohe Popularität von Poker und die damit erzielbaren Steuereinnahmen das Interesse des Gesetzgebers geweckt haben, liegt nahe.

Doch im Rahmen der Rechtfertigungsgründe für die Eigentumsbeschränkung ist nun primär der Fokus darauf zu richten ob die gesetzlichen Maßnahmen hinsichtlich der Verfolgung des öffentlichen Interesses, nämlich dem Schutz vor Spielsucht, überhaupt effektiv und geeignet sind. Unter I.B.3) wurde bereits angeführt in welcher Art und Weise der Spielerschutz gem GSpG ausgestaltet ist. Besonders hervorzuheben ist hier die Tatsache, dass der Gesetzgeber - nachdem der OGH den Konzessionär wegen Verstoßes gegen die Vorschriften des Spielerschutzes⁵⁴⁷ zu Schadenersatzzahlungen verurteilt hatte - durch die GSpG Novelle 2005 eine Haftungsbeschränkung einführte, die zurecht von mehreren anerkannten Autoren als ungerechtfertigtes Abweichen von zivilrechtlichen Standards kritisiert wurde.⁵⁴⁸ Diese anlassbezogene Gesetzgebung ist strikt abzulehnen, vor allem auch deswegen weil die dafür gelieferte Begründung absolut nicht nachvollziehbar und stichhaltig war. Wie unter I.B.3) erläutert kann nämlich die Möglichkeit über den Gerichtswege verlorene Spieleinsätze wieder „zurückzuholen“ für Spieler nie eine planbare Option sein, weil dieser Schadenersatzanspruch nämlich ein

⁵⁴⁶ So ist es keine Seltenheit, dass Golf-, Schach- und andere Spiele um vermögenswerte Einsätze gespielt werden.

⁵⁴⁷ IdZ stellt sich auch die Frage weshalb dieser mehrfach gerichtlich erwiesene Umstand für den Konzessionär ohne rechtliche Konsequenzen gem GSpG geblieben ist, wo solche doch in § 23 GSpG ausdrücklich normiert wären.

⁵⁴⁸ Vgl *Bydlinski*, Stellungnahme zum Entwurf einer Glücksspielgesetz-Novelle 2008, http://www.parlament.gv.at/PG/DE/XXIV/ME/ME_00003_01/fname_144419.pdf (05.05.2010); *Wilhelm*, Casino Royale vs Commission (oder umgekehrt), *ecolex* 2007, 313; *Vonkilch*, Rückforderung von Glücksspielverlusten nach dem "Ausspielungsbesteuerungsänderungsgesetz", *ÖJZ*, 30; *Kolonovits/Vonkilch*, Ist § 25 Abs 3 siebenter Satz Glücksspielgesetz verfassungswidrig?, *ÖZW* 2008, 12.

gesetzwidriges Verhalten des zum Spielerschutz verpflichteten Konzessionärs voraussetzt. Denn würde dieser pflichtgemäß agieren käme der Spieler niemals in die Situation von existenzbedrohenden Verlusten.

So führt die gesetzliche Regelung des Spielerschutzes viel eher zu dem kontraproduktiven Effekt, dass im Tatsächlichen die Motivation des Konzessionärs einen ordentlichen Spielerschutz durchzuführen stark gesenkt wird, weil die rechtlichen Konsequenzen in Form von Schadenersatzforderung relativ gering und vor allem kalkulierbar sind. Es liegt der Schluss nahe, dass die derartige gesetzlich normierte Konterkarierung des Spielerschutzes hauptsächlich aus fiskalpolitischen Überlegungen erfolgt ist und die Argumentation iSv öffentlichem Interesse in Form des Spielerschutzes primär als Deckmantel und vorgeschobenes Argument zur Aufrechterhaltung des steuerlich äußerst interessanten Monopolwesens Glücksspiel dient.

Jedenfalls ist unter diesen Voraussetzungen mE nicht von einem effektiven und nützlichen Spielerschutz auszugehen. Darüberhinaus gäbe es weitaus gelindere Mittel die aktuellen Vorschriften hinsichtlich des Spielerschutzes umzusetzen. So könnte mittels verwaltungsrechtlicher Bestimmungen jeder Inhaber von Gewerbeberechtigungen zur Abhaltung erlaubter Kartenspiele verpflichtet werden Hausordnungen mit expliziten Vorschriften zum Spielerschutz einzuführen und einzuhalten. Der mögliche Verlust der Gewerbeberechtigung bei Zuwiderhandeln und die strenge Überprüfung der Einhaltung dieser Bedingungen würde mindestens einen ebenso hohen Standard an Spielerschutz gewährleisten wie die aktuelle rechtliche Situation.

Aus diesen Gründen wird deutlich, dass der normierte Spielerschutz mit entscheidenden Mängeln, die sich vor allem aufgrund fehlender finanzieller Sanktionen bei Zuwiderhandeln im Praxisalltag ergeben, behaftet ist. Insofern ist mE nicht davon auszugehen, dass die Umsetzung der Erreichung im öffentlichen Interesse liegender Ziele durch den im GSpG normierten Spielerschutz ausreichend gewährleistet ist.

Daher sind diese Maßnahmen in Hinblick auf die Eigentumsbeschränkung des Art 5 StGG im speziellen iZm einem Spiel, welches wie angeführt aufgrund der Legaldefinition gem § 1 Abs 1 GSpG ohnehin systemwidrig erfasst ist, nicht als qualifizierend zu werten. Deshalb ist mE die neue Bestimmung des § 1 Abs 2 GSpG (idF Novelle 2008) mit dem

verfassungsrechtlichen Schutz des Eigentums gem Art 5 StGG nicht in Einklang zu bringen.

c. Eingriff in das Recht auf Freiheit der Erwerbstätigkeit gem Art 6 StGG

ca. Allgemeines zur Freiheit der Erwerbstätigkeit

So wie Art 5 StGG das Recht auf Eigentum schützt, so dient Art 6 StGG dem Schutze der Erwerbsfreiheit. Davon erfasst sind alle inländischen natürlichen und juristischen Personen und seit dem österreichischen Beitritt zur EU ist aufgrund des Diskriminierungsverbots der Anwendungsbereich auch auf Unionsbürger auszudehnen.⁵⁴⁹

Im Rahmen des sachlichen Schutzbereiches sind alle Formen von unselbständigen und selbständigen Tätigkeiten, die mit dem Fokus auf wirtschaftlichen Erfolg vorgenommen werden, geschützt. Man differenziert hier zwischen den beiden Kategorien Antritt und Ausübung einer Erwerbstätigkeit, wobei die Beschränkungen des Erwerbsantritts zusätzlich in objektive und subjektive Zutrittsbeschränkungen unterteilt werden.

Eine objektive Schranke für den Antritt einer Erwerbsbetätigung liegt vor wenn sie vom Betroffenen aus eigener Kraft, trotz Vorliegen aller subjektiven Erfordernisse, nicht überwunden werden kann (zB Konzession). Gem VfGH⁵⁵⁰ gilt dies als schwerwiegendster Eingriff in die verfassungsrechtlich geschützte Erwerbsfreiheit. Im Vergleich hierzu liegt der Grund für die Erwerbsverweigerung bei der subjektiven Antrittsbeschränkung in der Sphäre des Betroffenen (zB Befähigungsnachweis).⁵⁵¹

Dem gegenüber stehen die Ausübungsbeschränkungen. Diese reglementieren in Form von speziellen Ausübungsregeln (Öffnungszeiten, Werbeverbote, Verkaufsverbote usw) die Art und Weise der Erwerbstätigkeit.⁵⁵²

⁵⁴⁹ *Walter/Meyer/Kucsko-Stadlmayer*, Bundesverfassungsrecht VI Rz 1494; *Grabenwarter/Holoubek*, Verfassungsrecht / Verwaltungsrecht Rz 487; *Öhlinger*, Verfassungsrecht Rz 885; *Berka*, Lehrbuch Verfassungsrecht Rz 1557.

⁵⁵⁰ VfSlg 11.483, 15.103, 17.682.

⁵⁵¹ *Öhlinger*, Verfassungsrecht Rz 887; *Grabenwarter/Holoubek*, Verfassungsrecht / Verwaltungsrecht Rz 490 f; *Berka*, Lehrbuch Verfassungsrecht Rz 1559.

⁵⁵² *Walter/Meyer/Kucsko-Stadlmayer*, Bundesverfassungsrecht VI Rz 1499; *Grabenwarter/Holoubek*, Verfassungsrecht / Verwaltungsrecht Rz 492; *Berka*, Lehrbuch Verfassungsrecht Rz 1559.

cb. Rechtfertigung von Eingriffen

Art 6 StGG normiert einen formellen Gesetzesvorbehalt („unter den gesetzlichen Bedingungen“), welcher in den letzten Jahrzehnten vom VfGH differenzierter ausgelegt und zu einem materiellen Gesetzesvorbehalt weiterentwickelt wurde. Gem dieser neuen Jud ist die Zulässigkeit von gesetzlichen Beschränkungen der verfassungsrechtlich verankerten Erwerbsfreiheit von folgenden Faktoren abhängig:

Die Beschränkungen müssen dem Erreichen bestimmter öffentlicher Interessen dienen und darüberhinaus in Hinblick auf diese Zielerreichung hierfür geeignet, sachlich gerechtfertigt, erforderlich und in Summe adäquat sein.⁵⁵³

cc. Prüfung der Rechtfertigungsgründe für die objektive Zugangsbeschränkung für Anbieter von Pokerspielen aufgrund der GSpG Novellen 2008 und 2010

Da das Pokerspiel in Zukunft aufgrund der mehrfach erwähnten system- und gleichheitswidrigen gesetzlichen Definition als Glücksspiel gem § 1 Abs 2 GSpG (idF Novelle 2008) nur aufgrund einer Konzession gem § 21 respektive § 22 GSpG (idF Novelle 2010) angeboten werden darf, werden dadurch alle aktuell tätigen privaten Unternehmer im Bereich der Vermittlung von Pokerspielen ohne einer entsprechenden Konzession nicht mehr in der Lage sein ihren bisherigen Beruf auszuüben. Dh es liegt für diese Betroffenen plötzlich eine objektive Beschränkung des Erwerbsantritts vor. Dies ist gem VfGH der schwerwiegendste Eingriff in Art 6 StGG und bedarf insofern zur Rechtfertigung gewichtiger Argumente.⁵⁵⁴

Bei der Überprüfung ob ein öffentliches Interesse vorliegt ist wiederum auf den bereits unter bc) eingehend erörterten Spielerschutz zu verweisen. Hinsichtlich der Geeignetheit wurde dort bereits festgehalten, dass die im GSpG vorgesehenen Maßnahmen zur Erzielung eines effektiven Spielerschutzes im Tatsächlichen nicht wirklich geeignet sind. In diese Kerbe schlägt auch die Erforderlichkeit. Ein rigoroses Konzessionssystem ist mE nicht das gelindeste Mittel um die Ausprägung des aktuell gem § 25 GSpG für Konzessionäre verpflichtenden Spielerschutzes umzusetzen.

⁵⁵³ Grabenwarter/Holoubek, Verfassungsrecht / Verwaltungsrecht Rz 494 ff; Berka, Lehrbuch Verfassungsrecht Rz 1560 f; Walter/Meyer/Kucsko-Stadlmayer, Bundesverfassungsrecht VI Rz 1500.

⁵⁵⁴ Walter/Meyer/Kucsko-Stadlmayer, Bundesverfassungsrecht VI Rz 1499.

Im Rahmen der Adäquanzprüfung ist zu klären ob das öffentliche Interesse in Relation zum Eingriff in die Berufsfreiheit verhältnismäßig ist.⁵⁵⁵ Gem Jud des VfGH ist die Verfassungskonformität von gesetzlichen Antrittsregelungen nur bei Vorliegen schwerwiegender und durch aufschlussreiche Feststellungen belegter öffentlicher Interessen,⁵⁵⁶ gegeben. ME ist der Schutz vor Spielsucht durchaus als wichtiges öffentliches Interesse zu qualifizieren, da diese Sucht Bürger aller Bildungsschichten treffen kann und für diese und deren Umfeld sehr schnell dramatische und einschneidende Folgen haben kann. Doch wie bereits erwähnt wird diese Zielsetzung durch die aktuell vorhandenen gesetzlichen Vorschriften zum Spielerschutz nicht ordnungsgemäß und ausreichend genug verfolgt.⁵⁵⁷ Insofern ist sehr fraglich ob im Rahmen einer Gesamtabwägung auch in Hinblick auf die nicht vorhandene Übergangsfrist, der aktuell vorhandene Spielerschutz, dem im konkreten Fall durch den Eingriff in Art 6 StGG gedient werden soll, die Beschränkung des Erwerbsantritts und somit die Entziehung der wirtschaftlichen Basis der aktuellen privaten Anbieter von Pokerspielen, aber auch der unzähligen Beschäftigten in dieser Branche, tatsächlich rechtfertigt.

d. Fazit

Durch die Analyse der beabsichtigten Gesetzesänderung in Hinblick auf das Spiel Poker iZm einigen verfassungsrechtlichen Bestimmungen und unter Berücksichtigung der mehrfach wissenschaftlich nachgewiesenen Spieleigenschaften bzgl Geschicklichkeits- u Zufallsverteilung zeigt sich, dass dieses Vorhaben des Gesetzgebers wie dargelegt in mehrfacher Weise verfassungsrechtlich sehr bedenklich ist.

⁵⁵⁵ Öhlinger, Verfassungsrecht Rz 892; Grabenwarter/Holoubek, Verfassungsrecht / Verwaltungsrecht Rz 498.

⁵⁵⁶ VfSlg 12.310, 13.576.

⁵⁵⁷ Wie ein effektiver Spielerschutz tatsächlich aussehen könnte wird unter II.G.1.b) formuliert.

G. Überlegungen hinsichtlich einer gänzlichen Neuregelung des GSpG zur bestmöglichen Gewährleistung des Spielerschutzes unter Berücksichtigung des technischen Fortschritts und dem europäischen Zusammenschluss

Trotz häufiger Novellierungen des GSpG sind die zentralen Punkte dieses Gesetzes noch nicht wirklich optimal gelöst. Manche Gebiete im Glücksspiel, die vor allem aufgrund des technischen Fortschritts im letzten Jahrzehnt vehement an Bedeutung gewonnen haben, werden teilweise gar nicht behandelt (zB Onlinespiele).

Tatsache ist, dass bedauerlicherweise bisher das Zustandekommen eines wirklich effektiven Gesetzes durch zu viele entgegengesetzte Interessen verhindert wurde. Im Folgenden möchte ich meine rechtspolitischen Überlegungen hinsichtlich einer Neuregelung fundamentaler Bereiche des GSpG vorstellen.

1. Problembereiche des aktuellen GSpG

a. Abstellen auf das Verhältnis zw Zufall und Geschicklichkeit

Wie ausgiebig erläutert stellt § 1 Abs 1 GSpG bei der Qualifikation eines Spiels als Glücksspiel unter anderem auf die Gewichtung der Auswirkungen von Zufall und Geschicklichkeit auf Gewinn und Verlust bzw das Spielergebnis (gem der beabsichtigten Novelle 2008) ab.

Der Grund dafür ein Spiel mit vorwiegenden Geschicklichkeitselementen nicht als Glücksspiel zu bezeichnen liegt darin, dass der Gesetzgeber hier keinen erhöhten Schutzbedarf des Spieler erkennt, da dieser durch Maximierung seines Geschicks bzw durch eine raffiniertere Wahl seiner Gegner, selbst in der Lage ist den Spielausgang in seinem Sinne positiv zu beeinflussen.

Dieser Ansatz klingt grundsätzlich vernünftig, ist mE aber weder Garant noch Basis für einen wirkungsvollen Spielerschutz und darüberhinaus in der Praxis wie am Kartenspiel Poker bereits demonstriert oft äußerst schwierig und kompliziert umzusetzen.

Nun zu den einzelnen Kritikpunkten der Methode ein Glücksspiel anhand des Verhältnisses zw Zufall und Geschicklichkeit festzumachen. Da das zentrale Argument für die Monopolisierung des Glücksspielwesens der Spielerschutz ist, sollte mE der Fokus des

Gesetzes auch darauf gerichtet sein diesen bestmöglich zu gewährleisten. Ich finde die Überlegung einen Spieler vor drohenden Verlusten aus dem Spiel nur dann zu schützen wenn das Spiel primär vom Zufall dominiert wird, ist logisch nur bedingt nachvollziehbar und greift mE zu kurz. Angenommen ein Spieler ist süchtig nach einem Spiel, vermeint aber im Zuge seiner häufigen Spielpraxis eine gewisse Geschicklichkeit entwickelt zu haben. Spielt er nun ein unzweifelhaftes, klassisches Glücksspiel wie zB Roulette, so kann seine Einschätzung der eigenen Geschicklichkeit nur auf Einbildung basieren und er ist in Hinblick auf die wahrscheinlichkeitstheoretisch auf lange Sicht bestimmten eintretenden Verluste definitiv schützenswert. Hier sollte der aktuelle gesetzliche Spielerschutz bei ordnungsgemäßer Befolgung durch den Konzessionär auch tatsächlich funktionieren. Beteiligt sich dieser Süchtige jedoch hinsichtlich des gespielten Spiels geschickte Spieler nun an einem Geschicklichkeitsspiel mit vermögenswerten Einsätzen (Golf, Schach, Poker usw) so wird es ihm sofern er nicht regelmäßig gegen noch geschicktere Spieler (hier wird deutlich, dass die Geschicklichkeit immer nur relativ ist) spielt, gelingen ohne größere Verluste bzw sogar mit Gewinn die Spiele beenden zu können. In diesem Fall besteht offenbar kein Grund für einen Spielerschutz, denn abgesehen davon, dass das häufige Spielen möglicherweise zu einseitigen Verhaltensweisen bzw zu gesellschaftlicher Isolation führt, riskiert er dadurch kaum seine (wirtschaftliche) Existenz. Wie steht es nun um einen süchtigen, jedoch ungeschickten Spieler? Hinsichtlich klassischer Glücksspiele ändert sich aufgrund der Zufallsdominanz ohnehin nichts. Dort ist der Spielerschutz absolut notwendig und sollte in der aktuell vorhandenen Form auch tatsächlich greifen. Hingegen fällt auf, dass ein süchtiger Spieler bei der Beteiligung an einem Geschicklichkeitsspiel ebenso, wenn nicht sogar mehr, gefährdet ist, als würde er sich an einem klassischen Glücksspiel beteiligen. Mangels Können wird er nämlich regelmäßig verlieren. Bei deutlich überwiegender Geschicklichkeit seiner Gegner womöglich noch schneller als bei zufallsdominierten Spielen. Aufgrund seines Suchtverhaltens wird er jedoch in den seltensten Fällen selbst in der Lage sein sich vom Spiel fernzuhalten. Dh unter der Prämisse, dass sein Grad an Geschicklichkeit nicht wächst, gerät dieser süchtige Spieler auch bei 100%igen Geschicklichkeitsspielen unweigerlich in die Situation, dass er einen Großteil seines Vermögens riskiert. Insofern macht es für einen süchtigen und ungeschickten Spieler in erster Linie gar keinen Unterschied welches Spiel er mit vermögenswerten Einsätzen spielt. Aus meiner Sicht ist es nicht nachvollziehbar, warum ein ungeschickter und süchtiger weniger schutzbedürftig ist als ein geschickter und

süchtiger Spieler. Das Gesetz sollte als Ankerpunkt der Bekämpfung und Unterbindung der Spielsucht nicht die Geschicklichkeit sondern die Sucht selbst ins Zentrum rücken.

Der zweite vor allem rechtspraktisch sehr relevante Nachteil dieser Unterscheidung zw Spielen mit vorwiegenden Zufalls- oder Geschicklichkeitsfaktoren ist die Tatsache, dass diese Gewichtung oft nur äußerst schwer vorzunehmen ist. Wie am Beispiel Poker gezeigt, gibt es speziell bei Mischspielen mit inkompletten Informationen äußerst große Schwierigkeiten einen überzeugenden und vernünftigen Ansatz zur Überprüfung der besagten Gewichtung zu finden. Darüberhinaus gibt es auch keine allgemeinen Vorschriften wie diese Untersuchung bei in Frage kommenden Spielen vor sich zu gehen hat. Aufgrund der großen Unterschiede der Spielvarianten ist fast unmöglich einen derartig allgemeinen Überprüfungsmaßstab zu kreieren. Dh diese Situation führt dazu, dass fragliche Spiele immer in Form von Einzelüberprüfungen hinsichtlich § 1 GSpG untersucht werden müssen. Dies birgt erstens die Gefahr in sich, dass bei Vornahme dieser Feststellungen durch nicht ausreichend qualifizierte Gutachter die Rsp zu falschen Schlussfolgerungen kommt,⁵⁵⁸ die mitunter im Strafrecht gravierende Folgen haben können und zweitens aufgrund der unterschiedlichen Mess- und Analysemethoden innerhalb der Spiele niemals vergleichbare Ergebnisse erzielt werden können.

Aus diesen Gründen bin ich dafür alle Spiele – egal wie hoch der Geschicklichkeits- bzw Zufallsanteil ist – sobald sie um vermögenswerte Einsätze gespielt werden, einem Gesetz mit der Gewährleistung eines effektiven Spielerschutzes zu unterwerfen. Diese Methode mag auf den ersten Blick radikal klingen, ist jedoch mE die vernünftigste Lösung um den Spielerschutz, aber auch mögliche Kriminalitätstatbestände (Geldwäsche) tatsächlich effektiv zu gestalten. Selbstverständlich kann man sich noch spezielle Gedanken über bestimmte wertmäßige Grenzen machen und auch sollen vereinzelte sachlich begründbare Ausnahmen (zB Börsenhandel) möglich sein.

Klarerweise ist bei einer derartig breiten Erfassung die Aufrechterhaltung des aktuellen sehr beschränkten Konzessionswesens in Form von insgesamt nur 12 Spielbankenkonzessionen nicht mehr möglich. Denn vom neuen Tatbestand wären auch alle Sportwetten-, Pokeranbieter usw erfasst. Deshalb müsste das Konzessionswesen entsprechend erweitert werden. Mittels Nutzung modernster Technik ist es heutzutage auch möglich hier einen flächendeckenden und lückenlos nachvollziehbaren Spielablauf über unterschiedlichste Anbieter zu gewährleisten. Dazu mehr im nachfolgenden Kapitel.

⁵⁵⁸ Vgl II.D.1.d).

Die eben erörterte Erfassung aller Spiele mit vermögenswerten Einsätzen hätte zusätzlich den Vorteil, dass eine Bekämpfung des illegalen Glücksspiels insofern erleichtert werden würde, dass niemand mehr den erst über aufwendige Rechtsverfahren zu überprüfenden Standpunkt vertreten könnte, das von ihm angebotene Spiel würde aufgrund eines Überwiegens der Geschicklichkeitselemente kein vom GSpG erfasstes Spiel sein.

b. Spielerschutz durch zentrale Erfassung

Um bei einer Vielzahl von Anbietern und unterschiedlichster Spielformen einen lückenlosen Spielerschutz gewährleisten zu können, ist eine zentrale Erfassung aller Spieldaten unumgänglich. Aus diesem Grund sollte jeder Spielinteressierte verpflichtet werden einmalig an einer der dafür vorgesehenen Stellen (zB Behörde oder ausgewählte Spieleanbieter) eine sogenannte Spieler-ID (vergleichbar mit der Sozialversicherungsnummer) zu beantragen. Dabei ist seine Identität festzustellen. Diese ID sollte in einem zentralen Server erfasst werden, mit welchem alle lizenzierten Spieleanbieter permanent verbunden sind. Gleichzeitig sollte in diesem Spielerprofil ein bestimmtes Spiellimit definiert werden. Der Anfangswert (zB 200,- Euro Spielkapital pro Monat) sollte für alle Spieler gelten. Dieses Spiellimit steht dem Spieler einmalig pro Monat zur Verfügung. Unabhängig bei welchem Anbieter er spielt. Gewinnt der Spieler wird dieser Gewinn im Rahmen der folgenden Barauszahlung an ihn ebenso verbucht und erhöht (jedoch nur für den betreffenden Monat) sein Spiellimit.

Durch die zentrale Datenerfassung wird es daher nicht möglich sein, nach Sperre bei einem Anbieter bei einem anderen wiederholt Geld zu verlieren. Werden zB beim Spieleanbieter A 150,- Euro verspielt und wechselt der Spieler in weiterer Folge noch im gleichen Monat zu Spieleanbieter B, so wird dieser ähnlich der Beschränkung bei einem Bankomat, den Spieler darauf hinweisen, dass der maximal mögliche Spielbetrag zB in diesem Fall nur mehr 50,- Euro im aktuellen Monat beträgt. Dabei kann aus Datenschutzgründen kein Spieleanbieter nachvollziehen, wo der Spieler zuvor bereits gespielt hat, bzw wie hoch sein aktuelles Monatslimit in Summe ist.

Kann es sich ein Spieler aufgrund eines höheren Einkommens oder größerer Vermögenswerte leisten um höhere Summen zu spielen, so kann er bei der offiziellen Stelle, die für die ordnungsgemäße Verwaltung des Spielerprofils zuständig ist, mit entsprechenden Nachweisen hinsichtlich seiner finanziellen Möglichkeiten sein Spiellimit

erhöhen lassen. Indem diese Limiteingabe durch eine dritte unbeteiligte Stelle erfolgt ist außerdem kein Interessenskonflikt zu befürchten. Im Vergleich dazu hat zB gem der aktuellen Rechtslage der Konzessionsnehmer im eigenen Ermessen festzustellen ob der Spieler im Rahmen seiner finanziellen Verhältnisse spielt. Da ein allzu strenges Vorgehen im Hinblick auf den Spielerschutz gleichzeitig eine Einkommensminimierung des Konzessionärs bedeuten würde, befindet sich dieser hier in einem nicht vertretbaren Interessenskonflikt.

Aufgrund der EDV-mäßigen Datenerfassung ist es natürlich auch Voraussetzung, dass es in Zukunft nicht mehr möglich sein wird Bargeld direkt am Spieltisch beim Dealer zu wechseln. Dass diese Möglichkeit beim aktuellen Spielbankenkonzessionär heutzutage noch besteht ist ohne in Hinblick auf den Spielerschutz äußerst bedenklich. Denn aufgrund der Nähe zum Spielgeschehen ist es dem Spieler gar nicht möglich aus dem automatisierten suchtbedingten Spielverhalten zu entfliehen. Müsste er sich jedoch vom Spieltisch weg, zu einem neutralen Platz (Auszahlungskassa) bewegen, würde der Spielablauf unterbrochen werden und der Spieler könnte unter Umständen die emotional bedingte Spielleidenschaft durch das Aufkommen von rationalen Überlegungen stoppen. Jedenfalls wäre durch dieses zentrale Erfassungssystem gewährleistet, dass der Spieler nicht von einem Anbieter zum nächsten „flieht“. Außerdem wäre jeder Verstoß eines Anbieters gegen die Vorschriften (zB aufgrund Erreichen des Limits, nicht Erfassens des Geldwechsels) praktisch äußerst unwahrscheinlich, da er jedenfalls zu befürchten hätte, dass der Spieler in Folge eines Verlusts, diesen im Rahmen einer Schadenersatzforderung aufgrund Nichtbefolgung der Spielerschutzbestimmungen zurückfordert und idZ auch das Bestehen der Konzession in Frage stünde.

Indem es durch dieses System einer Vielzahl an Anbietern möglich wäre ihr Geschäft ordnungsgemäß und legal durchzuführen wird das illegale Glücksspiel vermehrt zurückgedrängt und somit sind auch steuerlichen Einnahmen (auch aufgrund der genauen EDV bedingten Datenaufzeichnungen) gesichert.

Ein weiterer Vorteil dieses Modells besteht darin, dass durch die streng einzuhaltenden Limits sehr schnell eine natürliche Sättigung des Markts seitens der Anbieter erreicht werden würde, weil eben in Summe auf alle Bürger bezogen nur ein bestimmter zu „verspielender“ Betrag pro Person zur Verfügung steht.

Darüberhinaus könnte man eine quartalsmäßige bzw halb- oder ganzjährige Kontoinformation an den Spieler einführen. Vergleichbar mit der seitens der

Krankenkassen jährlich verschickten Kontoaufzeichnungen hinsichtlich in Anspruch genommener ärztlichen Leistungen. Bekommt der Spieler regelmäßig einen Überblick über sein Spielverhalten (eingesetzte Vermögensmittel und investierte Nettospielzeit) zugeschickt, fällt es ihm leichter nachzuvollziehen und bewusst zu erfassen wie viel Geld er für vermögenswerte Spiele tatsächlich ausgegeben hat und wie viel Zeit er für diese Leidenschaft beansprucht hat.

c. Internetspiele

Im aktuellen GSpG gänzlich unberücksichtigt sind alle möglichen Formen der Internetspiele. Deshalb müsste in einem neuen Gesetz zukünftig auch dieser Bereich eindeutig geregelt werden. Auch hier wäre das System der Spieler-ID logisch fortzusetzen. Internetspiele um Geld wären auf österreichischem Bundesgebiet (technisch lässt sich eine Sperre bestimmter „illegaler“ Anbieter umsetzen) nur dann gestattet wenn die Software des Spieleanbieters mit oben beschriebenen Zentralserver kommuniziert und sich der Spieler online über seine eindeutige ID anmeldet. Dann wird auch jede online getätigte Einzahlung im Monatslimit berücksichtigt. Zusätzlich könnte man somit eine nachvollziehbare Steuerpflicht vom Ausland aus operierender Onlineplattform begründen.

d. Europarecht

Bedauerlicherweise konnten sich die Mitgliedsstaaten vorwiegend aus steuerlichen Eigeninteressen noch über kein einheitliches europäisches Glücksspielrecht einigen. Dies führt einerseits zu einer Entwicklung von unzähligen Rechtsverfahren in denen sich der EuGH immer wieder mit dem Spannungsfeld zwischen den nationalen Glücksspielmonopolen und den europäischen Grundfreiheiten auseinandersetzen muss und andererseits zu der negativen Begleiterscheinung, dass Anbieter von kaum regulierten Staatsgebieten aus operieren (vorwiegend über das Internet) bzw Spieler die Möglichkeit haben auf das benachbarte Ausland, mit weniger strengen Vorschriften hinsichtlich des Glücksspielrechts, ausweichen können.

Deshalb wäre es sehr zu begrüßen, würde man hier eine europaweite Lösung finden. Auch in diesem Zusammenhang könnte man das eben erwähnte System der eindeutigen Spieler-ID einführen und so einen flächendeckenden und lückenlosen Schutz vor Spielsucht, Geldwäsche und Betrug iZm illegalem Glücksspiel gewährleisten.

III. Anhang

A. Kartenkombinationen – „hand rankings“

Bei der gängigsten Pokervariante Texas Hold'em (in Summe 52 verschiedene Karten) gibt es basierend auf 5 Karten insgesamt 2.598.960 verschiedene Kombinationen.⁵⁵⁹

Untenstehend eine Auflistung der Grundzusammensetzung von zehn möglichen Kartenkombinationen,⁵⁶⁰ denen gem den Spielregeln eine besondere Gewichtung zukommt. Sie sind der Stärke nach aufsteigend sortiert.

Die erlangte Kartenkombination spielt nur im Rahmen eines „Showdowns“, also wenn alle noch im Spiel befindlichen verdeckten Karten regelbedingt aufgedeckt werden müssen, eine Rolle. Dabei ist es entgegen der Behauptung der Gutachterin im bekannten VwGH Verfahren⁵⁶¹ zu Poker nicht wesentlich und erforderlich die bestmögliche Kombination (Royal Flush) zu erzielen, sondern nur eine geringfügig bessere als der übrigbleibende Gegner.

Name	Bedeutung	Beispiel	Entscheidungskriterium	% bei 5 Karten	% bei 7 Karten
Höchste Karte (<i>High Card</i>)	Keine der unteren Kombinationen	A♠ K♦ J♠ 7♣ 4♣	Höhe der einzelnen Karten	50,12 %	17,41 %
Ein Paar (<i>One Pair</i>)	Zwei Karten gleichen Wertes	10♠ 10♥ J♦ 8♣ 6♥	Höhe des Paares und der Beikarten	42,26 %	43,83 %
Zwei Paare (<i>Two Pair</i>)	Zwei Paare	J♦ J♠ 8♣ 8♠ A♠	Höhe der Paare und der Beikarte	4,75 %	23,50 %
Drilling (<i>Three Of A</i>)	Drei Karten gleichen Wertes	Q♣ Q♥ Q♠	Höhe des Drillings und der	2,11 %	4,83 %

⁵⁵⁹ Vgl Alspach, 5-Card Poker Hands, <http://www.math.sfu.ca/~alspach/comp18/> (05.04.2010).

⁵⁶⁰ Wikipedia, Poker Kombinationen, Wikipedia: <http://de.wikipedia.org/wiki/Poker#Kombinationen>.

⁵⁶¹ VwGH 08.09.2005, 2000/17/0201.

<i>Kind</i>)		A♥ 4♣	Beikarten		
Straße (<i>Straight</i>)	Fünf Karten in einer Reihe	7♥ 8♣ 9♦ 10♥ J♠	Höchste Karte	0,392 %	4,62 %
Flush	Fünf Karten in einer Farbe	3♠ 5♠ 8♠ 9♠ K♠	Höhe der einzelnen Karten	0,197 %	3,03 %
Full House	Ein Drilling und ein Paar	K♥ K♣ K♦ 9♠ 9♦	Höhe des Drillings und Höhe des Pairs	0,144 %	2,60 %
Vierling (<i>Four Of A Kind</i>)	Vier Karten gleichen Wertes	A♣ A♦ A♥ A♠ 4♠	Höhe des Vierlings und der Beikarte	0,0240 %	0,17 %
Straight Flush	Straße in einer Farbe	8♣ 9♣ 10♣ J♣ Q♣	Höchste Karte	0,00139 %	0,028 %
Royal Flush	Straße in einer Farbe mit Ass als höchste Karte	10♦ J♦ Q♦ K♦ A♦	Split Pot	0,000154 %	0,0032 %

B. Ausformungen der Geschicklichkeit

Im Rahmen der Qualifikation der Spielzugehörigkeit diverser Pokervarianten wird der Begriff Geschicklichkeit häufig verwendet.

Dabei stellt sich unweigerlich immer wieder die Frage, auf welche Art und Weise sich diese relevante Geschicklichkeit nun tatsächlich auszeichnet. Welche Fertigkeiten machen einen erfolgreichen Pokerspieler aus und ermöglichen ihm auf Dauer trotz der zufälligen Kartenverteilung regelmäßig häufiger bzw mehr als seine Gegner zu gewinnen?

Der britische Universitätsprofessor Mark *Griffiths* hatte sich zusammen mit Adrian und Jonathan *Parke* dieser Frage angenommen.⁵⁶² Gemeinsam hatten sie wesentliche Geschicklichkeitsbereiche definiert und die notwendigen Eigenschaften formuliert. Sie gingen sogar soweit, zu behaupten, dass die meisten Fertigkeiten, die ein guter Pokerspieler mitbringen muss auf viele Bereiche des alltäglichen Lebens übertragbar sind und vor allem im Geschäfts- und Wirtschaftsleben unumgängliche Größen für dauerhaften Erfolg darstellen.

1. Die Fähigkeit der kritischen Bewertung

Bei Poker ist es eine grundlegende Notwendigkeit begrenze Informationen und Situationen richtig einschätzen und Probleme und Schwierigkeiten antizipieren zu können. Dazu gehört es auch in der Nachbetrachtung die eigenen Spielentscheidungen und jene der Gegner zu analysieren. Dieses Können und diese Vorgehensweise sind vor allem im Berufsleben, speziell im Management, unerlässlich.

2. Mathematisches Verständnis

Es gehört zum täglichen Brot eines erfolgreichen Spielers seine mathematische Kompetenz ständig unter Beweis zu stellen. Dies betrifft sowohl im Spiel, den Umgang mit Wahrscheinlichkeiten und Statistik, wie auch das Management und den verhältnismäßigen Einsatz des eigenen Spielkapitals. Während mathematisches Können nicht in jedem Beruf erforderlich ist, so ist es dennoch eine ganz alltägliche Angelegenheit

⁵⁶² *Parke/Griffiths/Parke*, Can playing poker be good for you? Poker as a transferable skill, Journal of Gambling Issues 2005.

Entscheidungen auf Basis gewisser Wahrscheinlichkeiten und Interpretationen bestimmter Situationen bzw Daten zu treffen.

3. Pragmatische Fähigkeiten

Sehr wesentlich ist es die Einsicht zu entwickeln bestimmte suboptimale, jedoch nicht veränderbare Situationen zu akzeptieren und das Beste daraus zu machen. So kann ein Pokerspieler die Zuteilung der Karten nicht beeinflussen, sondern muss sich damit abfinden und diese Situation bestmöglich nützen.

4. Zwischenmenschliches Verständnis

Das Verständnis der Abläufe sozialer Kommunikation und des zwischenmenschlichen Potentials können den Unterschied zwischen einem guten und einen großartigen Spieler ausmachen. Menschenkenntnis und die Fähigkeit spezifisches Verhalten des Gegenübers zu identifizieren und darauf angepasst richtige Schlussfolgerungen zu ziehen kann sich äußerst positiv auswirken. Das Vermögen auch abseits des Pokertisches auf verschiedene Menschen in verschiedenen Situationen angepasst zu reagieren ist eine wesentliche Fertigkeit, welche erfolgreiche Menschen auszeichnet.

5. Problemlösungsorientierte Fähigkeiten

Die Fertigkeit verschiedene Strategien und Ansätze zu identifizieren bringt im Pokerspiel einen enormen Nutzen. Problemlösungsorientiertes Vorgehen ist im täglichen Berufsleben eine enorm wichtige Komponente, die vor allem gepaart mit pragmatischem Verständnis zu großem Erfolg führen kann.

6. Zielorientiertes Vorgehen

Auch für einen Pokerspieler ist es essentiell sich Ziele zu setzen und Strategien zu formulieren, wie diese Ziele bestmöglich umgesetzt werden können. Dies ist wie viele andere Fähigkeiten nicht auf den Spielablauf einer einzelnen Runde zu beziehen sondern auf die grundsätzliche Einstellung mit der man sich dem Pokerspiel widmet.

Ziele zu haben ist quasi eine Zweckbestimmung und gibt Menschen Sinn Dinge zu bewältigen. Die Fähigkeit Ziele zu formulieren und das Bemühen, diese umzusetzen, zu entwickeln spielt auch im täglichen Berufsleben eine große Rolle.

7. Lernfähigkeiten

Die Fähigkeit ständig etwas Neues zu lernen und sich nicht auf Erreichtem auszuruhen ist eine lebenswichtige Voraussetzung für einen guten Pokerspieler. Hierzu gehört sich an besseren, erfahreneren Spielern zu orientieren und sich Fertigkeiten für die Zukunft abzuschauen. Lebenslanges Lernen und ständige Horizonterweiterung sind Grundpfeiler eines ausgiebigen Lebens.

8. Analytisches und strategisches Geschick

Die Fähigkeit grundsätzliche Prinzipien von unmittelbaren oder speziellen Situationen abzuleiten und darauf aufbauend eine angepasste Strategie zu entwickeln ist für erfolgreiches Pokerspiel sehr wichtig. Klare Parallelen hierzu gibt es am Arbeitsplatz, in der Politik und im Management.

9. Anpassungsfähigkeit

Das Vermögen flexibel auf gewisse Situationen zu reagieren und sich derer anzupassen sollte bei Poker mit der Erfahrung einhergehen. Damit zusammen hängt auch die Fähigkeit eine Situation aus mehreren Blickwinkeln zu betrachten und einen tieferen Denkprozess anzustrengen.

10. Das Geschick der Täuschung und Kontrolle der eigenen Körpersprache

Wie dem Begriff „Pokerface“ zu entnehmen ist, sollten erfolgreiche Spieler gewisse schauspielerische Fähigkeiten mit sich bringen. Dazu gehört es seine nonverbale Kommunikation bestmöglich zu kontrollieren. Dem Gegner sollte es nicht möglich sein den eigenen Standpunkt zu entlarven. IdZ spielt es auch eine Rolle oftmals ein bestimmtes nicht den Tatsachen entsprechendes Bild zu vermitteln. Wenn auch ethisch diskutabel, so spielen diese Faktoren auch im alltäglichen Privat- und Berufsleben eine nicht unbeachtliche Rolle. Sei es um mit Notlügen gewisse Problembereiche zu tarieren oder in Verhandlungen den Gegner zum eigenen Vorteil zu bluffen.

11. Die Fähigkeit der Disziplin und Selbstkontrolle

Eine der fundamentalsten und wichtigsten Waffen im Arsenal eines Pokerspielers ist Disziplin und Selbstkontrolle. Sie unterscheiden einen professionellen Spieler von einem Zocker.

So ist es unerlässlich in angespannten Drucksituationen mit kühlem Kopf, ohne Nerven zu zeigen, logische und nicht emotionelle Entscheidungen zu treffen. Ebenso beachtlich ist die Selbstdisziplin in Bezug auf die Auswahl der Gegner, Spiele und Limits. Die Triebfeder eines Profis sollte niemals die Aufholjagd durch sorgloses Spiel nach erlittenen Verlusten sein, sondern das Bestreben ruhig und überlegt auf Basis der vorliegenden Situation und nach Analyse diverser Faktoren die richtige Entscheidung zu treffen.

Gelingt das Management der Selbstdisziplin in Kombination mit den bereits erwähnten Geschicklichkeitsbereichen so ist es möglich eine dauerhafte Erfolgsbilanz vorweisen zu können. IdZ ist auf die Statistiken der unter C) angeführten Profispieler zu verweisen.

C. Statistiken von Profipokerspielern

Mittels Studien und primär theoretischen Erörterungen zu den verschiedensten Geschicklichkeitsfaktoren und Strategien wurde bewiesen, dass zumindest die am häufigsten gespielten Varianten des Kartenspiels Pokers aufgrund der dominierenden Geschicklichkeitselemente eindeutig als Geschicklichkeitsspiele zu qualifizieren sind. Um jenen, die bisher noch keine Erfahrung mit Poker gemacht haben, annähernd zu demonstrieren in welchen Sphären sich wirklich gute Spieler bewegen und dass ihnen bei diesem Spiel tatsächlich ihr Geschick zu Gute kommt, habe ich mehrere Internet Profipokerspieler (vorwiegend aus den USA) kontaktiert und sie gebeten mir Diagramme und Statistiken ihrer bisherigen selbst absolvierten Spiele zu übermitteln. Einige haben mir dankenswerterweise ihre persönlichen Spieldaten⁵⁶³ zur Veranschaulichung im Rahmen dieser Arbeit zur Verfügung gestellt.

Aus diesen Diagrammen ist eindeutig erkennbar, dass diese Spieler kontinuierliche Gewinne einfahren und dabei von Beginn an, nicht in die Verlustzone abgerutscht sind. Ich habe iZm meiner Anfrage hinsichtlich der Diagramme, an die Spieler auch ein paar persönliche Fragen gerichtet. Diese ergaben, dass der Altersdurchschnitt dieser Spieler zw 22 und 25 Jahre liegt, sie mit 0-400 \$ (0 \$ ist insofern möglich, als solche Spieler ihr erstes Spielkapital bei einem sogenannten „Freeroll“, also einem Gratisspiel des Anbieters, gewonnen haben) erstmalig zu spielen begonnen haben und sie seither nur auf den Gewinnen aufgebaut und nie wieder eigenes (dh nicht gewonnenes) Geld für das Pokerspiel verwendet haben. Die Frage, wie lange sie gebraucht haben um dauerhafte Gewinner zu werden wurde mit durchschnittlich einer Woche bis vier Monate beantwortet. Vor allem Lehrbücher und Spielpraxis waren für sie in Hinblick auf schnelle Lernfortschritte sehr hilfreich.

Hinweis zu den Diagrammen:

Zusätzlich zur Gewinnkurve, habe ich mit einer Ausnahme (mangels Info) die Daten zu den einzelnen gespielten Pokervarianten auf das Diagramm kopiert. Daraus ist ersichtlich

⁵⁶³ Es ist gängige Praxis, dass Profispieler im Internet ihr eigenes aber auch das gegnerische Spiel mit einer speziellen Software (Holdemmanager, Pokertracker usw) aufzeichnen. Dies erfolgt aus mehreren Gründen: So dient es der Nachbetrachtung und Analyse der eigenen Fehler und Schwächen, aber auch jener der Gegner um bei erneuten Spielen gegen die gleichen Gegner deren Spielverhalten besser einschätzen zu können. Darüberhinaus hilft es auch sehr bei der eigenen statistischen Auswertung von finanziellen Daten wie „Stundenlohn“ – monatlichen und jährlichen Gewinn/Verlustübersichten usw.

welche Spielart, welche Limits und wie viele Einzelspiele der jeweilige Spieler auf jedem einzelnen Limit gespielt hat und welche finanziellen Bilanzen er pro Spielart verbuchen konnte.

Die ausgewählten Graphen sollen nur aufzeigen, dass es trotz oder gerade wegen dieser immensen Zahl an gespielten Einzelspielen möglich ist auf Dauer erfolgreich zu sein und erhebliche Gewinne einzuspielen. Würde tatsächlich Zufall und nicht Geschick über (die Höhe von) Gewinn und Verlust dominieren, müsste die Kurve, vor allem bei dieser hohen Anzahl an Einzelspielen einer gewissen Normalverteilung ähneln. Die Tatsache, dass es ohne Probleme möglich war mehrere Spieler (es wäre gar kein Problem noch erheblich mehr Spieler mit ähnlichen Erfolgen anzuführen) mit derartigen Gewinnkurven zu präsentieren, ist ein weiteres Indiz für die Dominanz des Geschicklichkeitsfaktors iZm Poker.

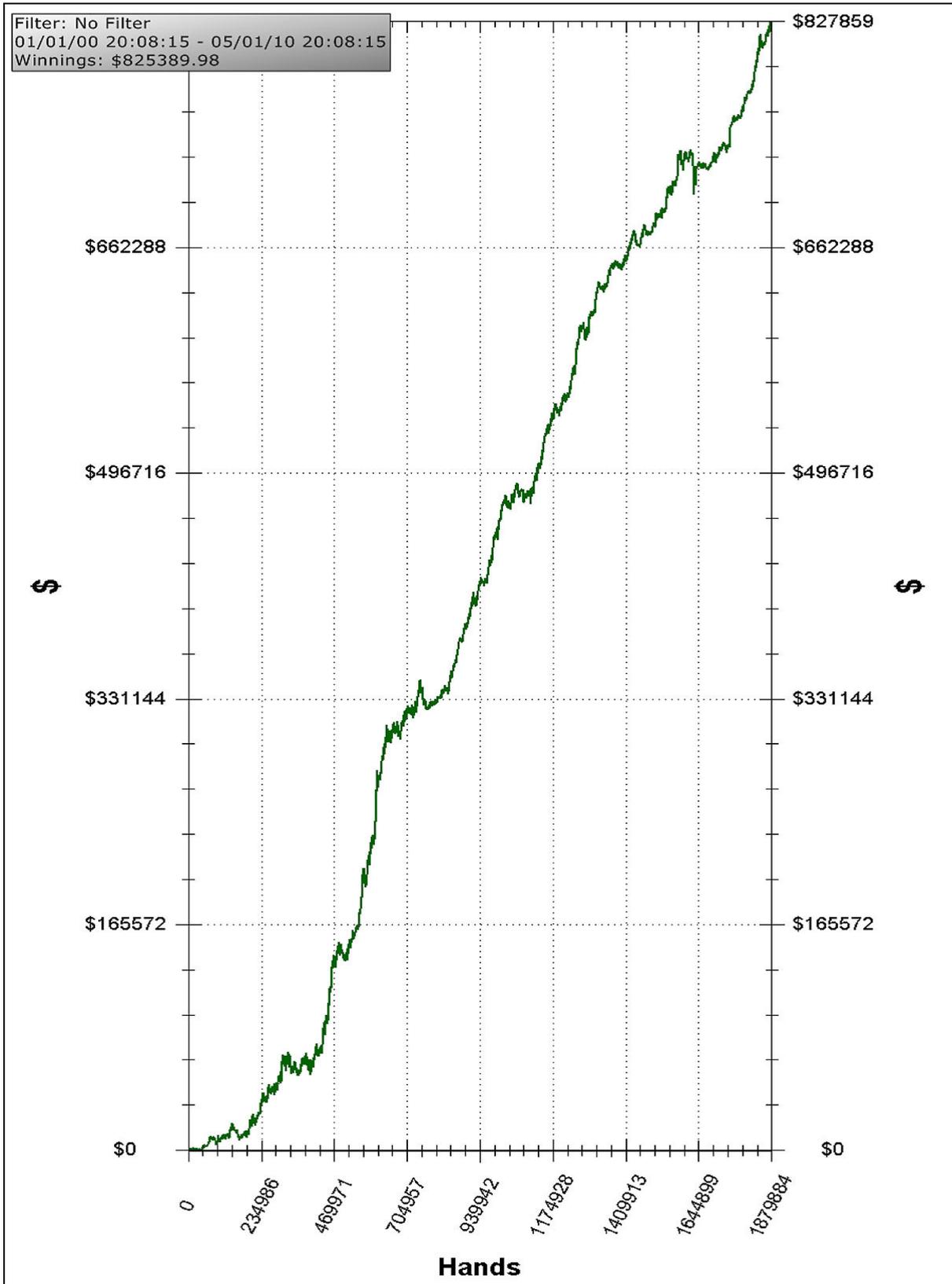
Der Kontakt zu den angeführten Spielern wurde über das größte Internetforum⁵⁶⁴ und Austauschplattform zum Thema Poker hergestellt. Da die rechtliche Situation zu Poker und zur Versteuerung von Pokergewinnen in den einzelnen Ländern teilweise noch ungeklärt ist, wurde auf Ersuchen der Spieler iS des Schutzes ihrer Identität auf die Nennung ihrer wirklichen Namen verzichtet. Es werden jedoch ihre Profilnamen des erwähnten Pokerforums genannt. Insofern kann mittels der „nicknames“ in diesem erwähnten Forum mit allen erwähnten Spielern Kontakt aufgenommen werden und die hier angeführten Daten verifiziert werden.

Alle unten angeführten Spieldaten stammen aus sogenannten Cash-Games. Dass Turniere mindestens genauso viel Geschick voraussetzen wurde sogar vom VwGH⁵⁶⁵ als auch vom UFS Wien⁵⁶⁶ bestätigt. Eine Rangliste der besten Spieler und häufigsten Gewinner aller online Pokerturniere ist unter <http://www.pocketfives.com> zu finden.

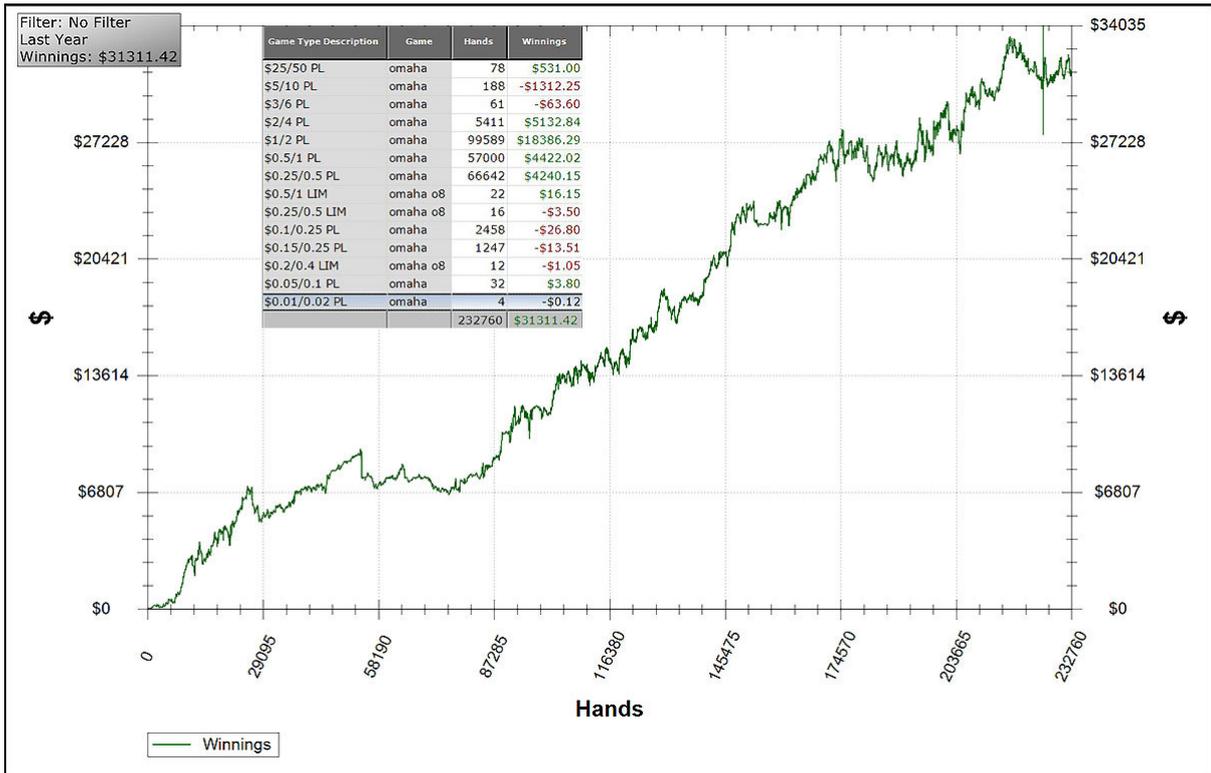
⁵⁶⁴ <http://www.twoplustwo.com>.

⁵⁶⁵ VwGH 08.09.2005, 2000/17/0201.

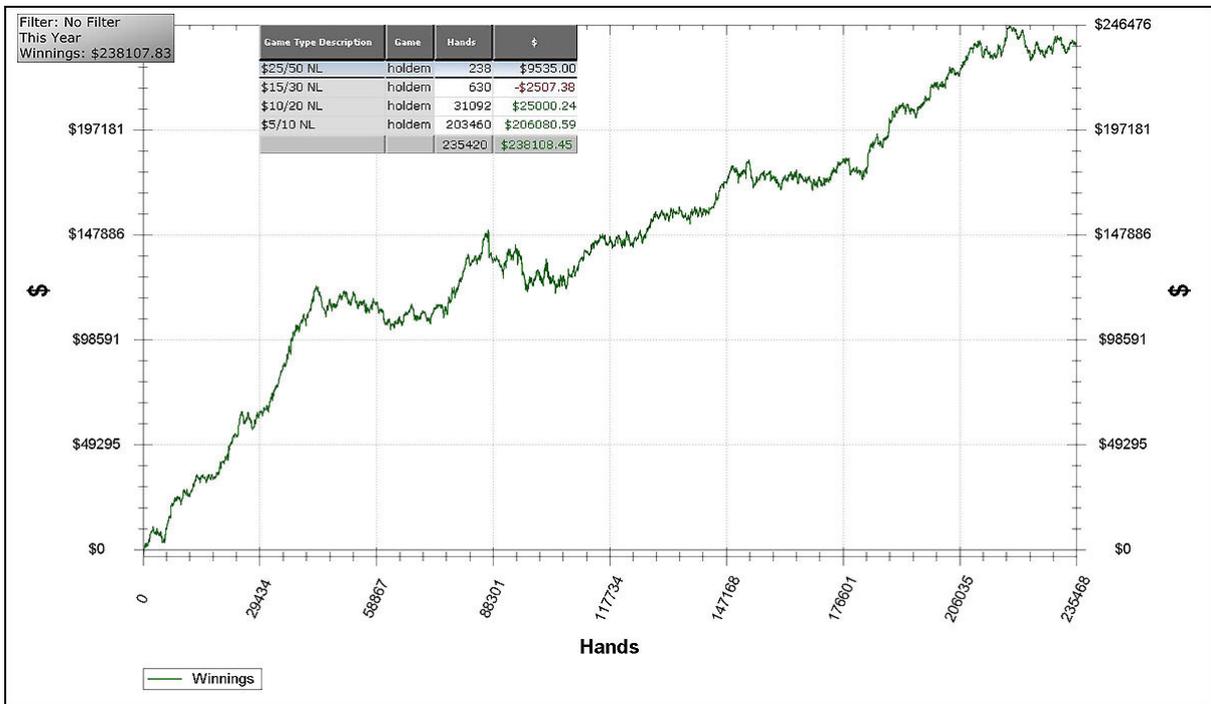
⁵⁶⁶ UFS Wien 05.04.2007, RV/1665-W/06.



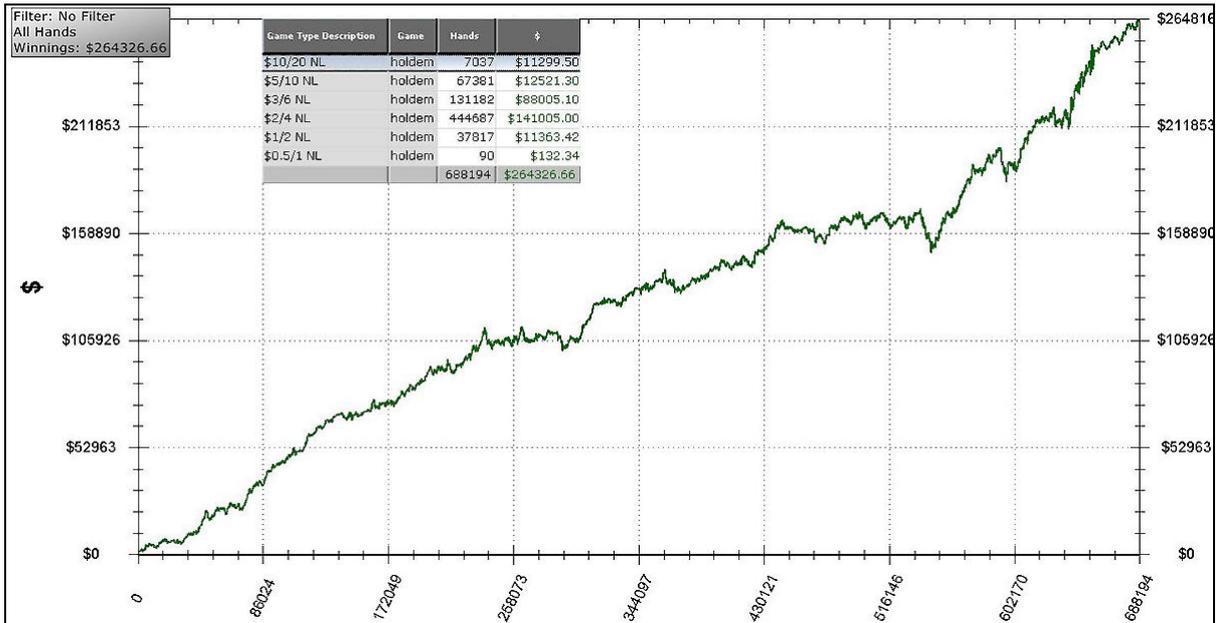
Spielername	gespielte Einzelspiele / Hände	Reingewinn insgesamt in \$
stigmata	1.878.884	825.390,-



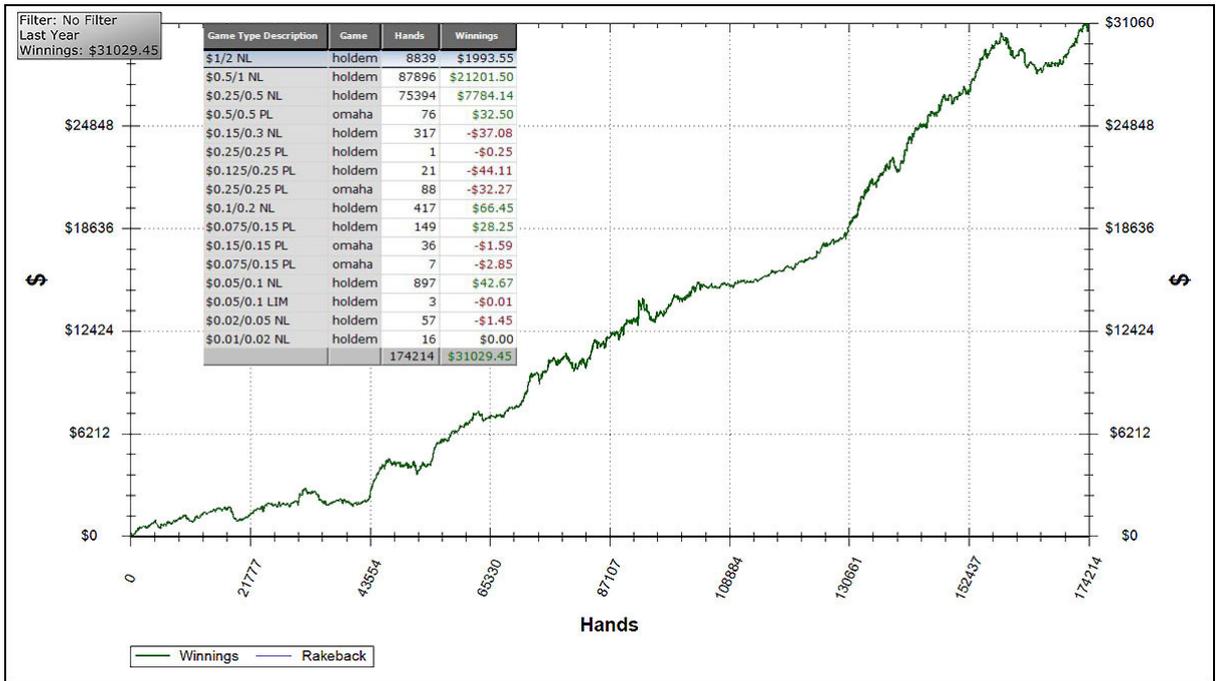
Spielername	gespielte Einzelspiele / Hände	Reingewinn insgesamt in \$
bert11	232.760	31.311,-



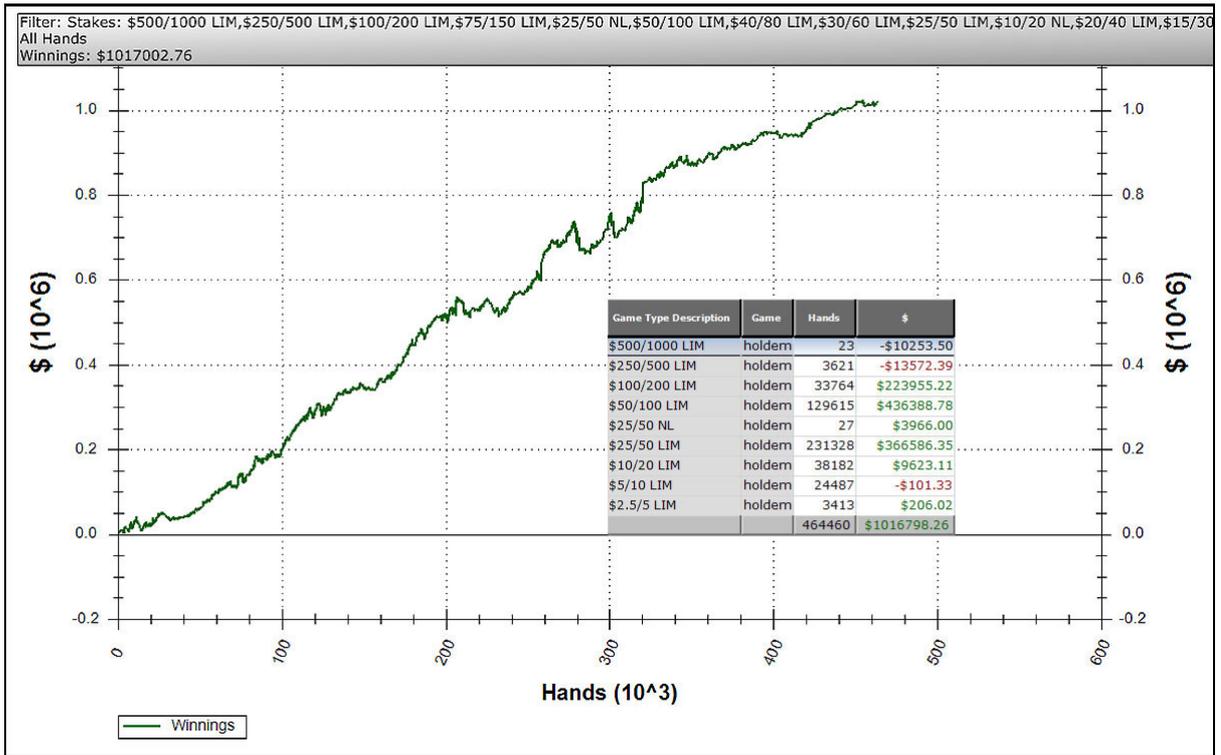
Spielername	gespielte Einzelspiele / Hände	Reingewinn insgesamt in \$
ginge	235.420	238.108,-



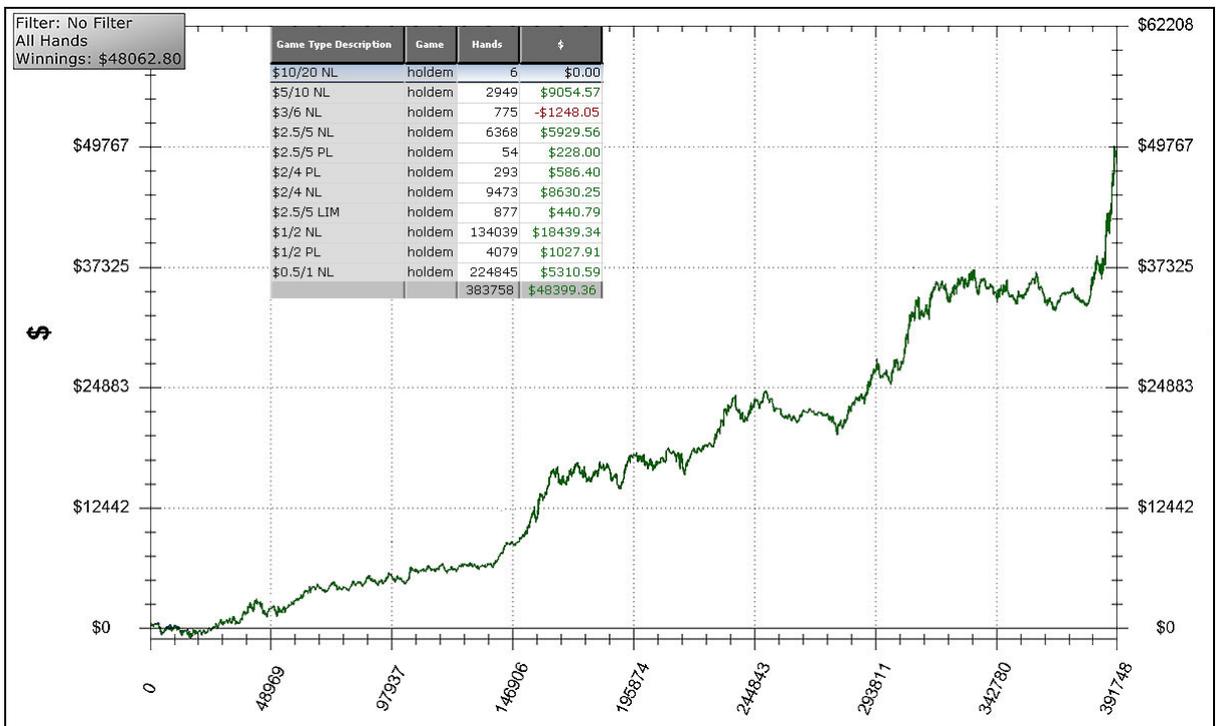
Spielername	gespielte Einzelspiele / Hände	Reingewinn insgesamt in \$
july1999	688.194	264.326,-



Spielername	gespielte Einzelspiele / Hände	Reingewinn insgesamt in \$
nickname	174.214	31.029,-



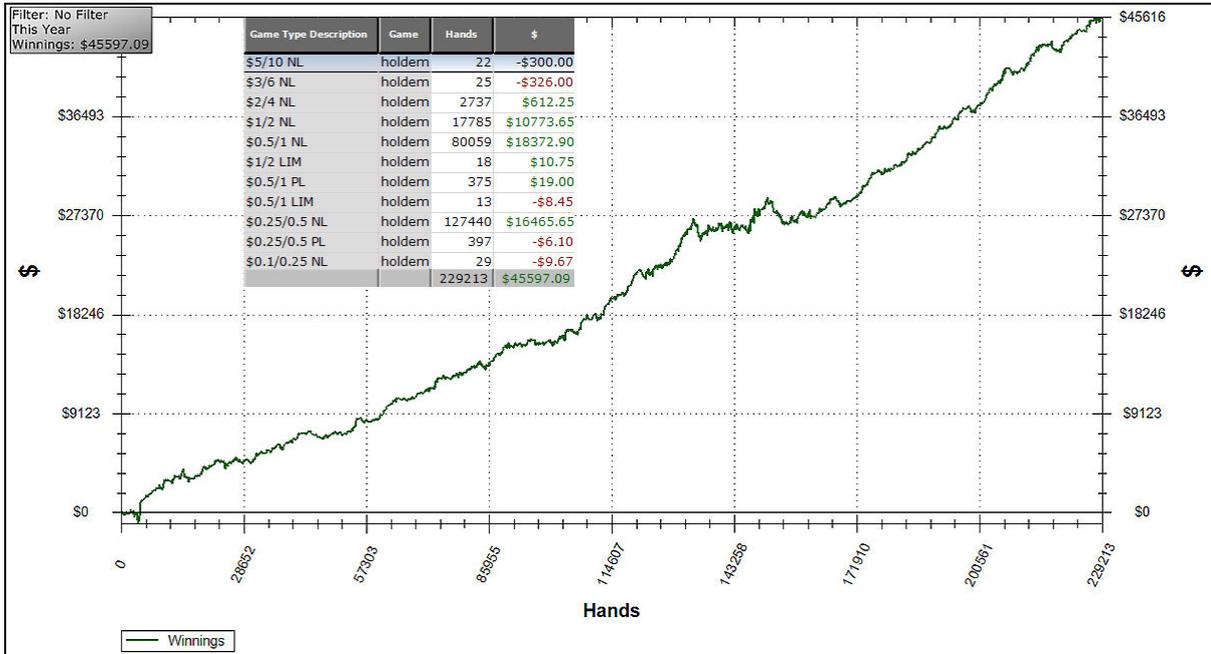
Spielername	gespielte Einzelspiele / Hände	Reingewinn insgesamt in \$
philnewall	464.460	1.016.798,-



Spielername	gespielte Einzelspiele / Hände	Reingewinn insgesamt in \$
rje8989	383.758	48.399,-



Spielername	gespielte Einzelspiele / Hände	Reingewinn insgesamt in \$
roblin	258.574	164.116,-



Spielername	gespielte Einzelspiele / Hände	Reingewinn insgesamt in \$
wachulala	229.213	45.597,-

IV.Literatur- und Quellenverzeichnis

Alspach, Brian, 5-Card Poker Hands, <http://www.math.sfu.ca/~alspach/comp18/> (05.04.2010)

Bader, Ursula, Tarock - Tarot (1994), Uni Innsbruck, Innsbruck

Bamberger, Johannes, Die beliebtesten Kartenspiele²¹, Perlen-Reihe (1998), Franz Deuticke Verlagsges.m.b.H., Wien – München

Berka, Walter, Lehrbuch Verfassungsrecht², Springers Kurzlehrbücher der Rechtswissenschaft (2008), Springer, Heidelberg

Bertel, Christian/Schwaighofer, Klaus/Venier, Andreas, Österreichisches Strafrecht¹¹, I (2010), Springer Wien New York, Innsbruck

Biever, Celeste, Poker looking more skilful by the day, New Scientist 2009, 10

Borm, Peter/van der Genugten, Ben, On a Relative Measure of Skill for Games with Chance Elements, Top 2001, 91

Breitwieser, Stefan, Das Glücksspiel in Österreich und seine ökonomischen Auswirkungen (1999), Linz

Bresich, Ronald, Wer darf Online-Poker anbieten?, ecolex 2008, 584

Brunson, Doyle, Super System II: Winning Strategies for Limit Holdem Cash Games and Tournament Tactics (2009), Cardoza Publishing

Burgstaller, Manfred, Grundfragen des Glücksspielstrafrechts, RZ 2004, 214

Bydlinski, Peter, Stellungnahme zum Entwurf einer Glücksspielgesetz-Novelle 2008, http://www.parlament.gv.at/PG/DE/XXIV/ME/ME_00003_01/fname_144419.pdf (05.05.2010)

Cabot, Anthony/Hannum, Robert, Poker : Public Policy, Law, Mathematics, and the Future of an American Tradition, Thomas M. Cooley Law Review 2005, 443

Caillois, Roger, Die Spiele und die Menschen, Langen-Müller-Paperbacks (1965), Langen-Müller, München

Caro, Mike, Caro's book of poker tells (2003), Cardoza Pub., New York NY

Casino Austria AG, Geschäftsbericht 2008 (2008)

Chen, Bill/Ankenman, Jerrod, The Mathematics of Poker (2009), ConJelCo LLC

Craig, Michael, The full tilt poker strategy guide (2007), Warner Books, New York

Daneshmandi, L./Schreiber, D./Weisbier, G., Lotto Rekordgewinn dank des Vaters, <http://kurier.at/nachrichten/1948964.php> (10.12.2009)

Dedonno, Michael A./Detterman, Douglas K., Poker Is A Skill, Gaming Law Review and Economics 2008, 31

Dreef, Marcel/Borm, Peter/van der Genugten, Ben, On Strategy and Relative Skill in Poker, International Game Theory Review 2003, 83

Eder, Markus/Hoscher, Dietmar, Rahmenbedingungen des Glücksspiels in Österreich in *Strejcek/Hoscher/ Eder* (Hrsg), Glücksspiel in der EU und in Österreich (2001), Linde Verlag Wien

Erlacher, Peter, Glücksspielgesetz² (1997), Verlag Österreich

Fiedler, Ingo C./Rock, Jan-Philipp, Quantifying Skill in Games - Theory and Empirical Evidence for Poker, Gaming Law Review and Economics 2009, 50

Foregger, Egmont/Fabrizy, Ernst Eugen (Hrsg), *Kurzkomentar zum Strafgesetzbuch*⁸ (2002), Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, Wien

Foregger, Egmont/Fabrizy, Ernst Eugen (Hrsg), *Kurzkomentar zum Strafgesetzbuch*⁹ (2006), Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, Wien

Grabenwarter, Christoph/Holoubek, Michael, *Verfassungsrecht - Allgemeines Verwaltungsrecht* (2009), facultas.wuv, Wien

Greenstein Barry, *Ace on the river* (2005), Last Knight Pub. Co., Fort Collins Colo.

Hambach, Wulf/Hettich, Michael/Kruis, Tobias, *Verabschiedet sich Poker aus dem Glücksspielrecht?*, *Medien und Recht - International Edition* 2009, 41

Harrington, Dan/Robertie, Bill, *Das Endspiel, Harrington on Hold'em* (2007a), Premium Poker Publ., Quickborn

Harrington, Dan/Robertie, Bill, *Strategisches Spiel, Harrington on Hold'em* (2007b), Premium Poker Publ., Quickborn

Harrington, Dan/Robertie, Bill, *Harrington on Cash Games I* (2008a), Premium Poker Publ., Quickborn

Harrington, Dan/Robertie, Bill, *Harrington on Cash Games II* (2008b), Premium Poker Publ., Quickborn

Hendrickx, Ruud/Borm, Peter/van der Genugten, Ben/Hilbers, Pim, *Measuring skill in more-person games with applications to Poker*, <http://arno.uvt.nl/show.cgi?fid=90312> (10.12.2009)

Heubeck, Steven, *Measuring Skill in Games: A Critical Review of Methodologies*, *Gaming Law Review and Economics* 2008, 231

Holznagel, Bernd, *Poker: Glücks- oder Geschicklichkeitsspiel?*, *Multimedia und Recht* 2008, 439

Höpfel, Frank, *Probleme des Glücksspielstrafrechts*, *ÖJZ* 1978, 421
168

Hornbanger, Kathrin/Pesendorfer, Wolfgang, Gutachten zur Frage der Qualifikation der Kartenspiele "7 Card Stud Poker", "Texas Hold'Em" und "5 Card Draw" als Geschicklichkeitsspiele oder als Glücksspiele im Sinne des Glücksspielgesetzes (2006)

Hoscher, Dietmar/Strejcek, Gerhard, Was ist Wette, was ist Spiel? in *Strejcek* (Hrsg), Lotto und andere Glücksspiele (2003), Linde Verlag Wien, Wien

Huizinga, Johan/Nachod, H./Flitner, Andreas, Homo ludens²¹, rororo Rowohlt's Enzyklopädie (2009), Rowohl Taschenbuch-Verl., Reinbek bei Hamburg

Iro, Gert, Erwerbsfreiheit für Berufsspieler!, *Recht der Wirtschaft* 1998, 592

Kastner, Hugo, Backgammon (2008), Humboldt, Hannover

Kastner, Hugo/Folkvord, Gerald Kador, Die große Humboldt-Enzyklopädie der Kartenspiele, Humboldt-Paperback (2005), Humboldt, Baden-Baden

Kilian, Brigitte, Poker-Betreiber fühlen sich durch Poker-Konzession benachteiligt, <http://www.wirtschaftsblatt.at/home/oesterreich/wirtschaftspolitik/416520/index.do?from=rss>

Kirchbacher, Kurt/Presslauer, Walter, § 168 in *Höpfel/Ratz*, Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch², Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, Wien

Kolonovits, Dieter/Vonkilch, Andreas, Ist § 25 Abs 3 siebenter Satz Glücksspielgesetz verfassungswidrig?, *ÖZW* 2008, 12

Koziol, Helmut/Welser, Rudolf, Grundriss des bürgerlichen Rechts¹², II (2001), Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, Wien

Kretschmer, Bernhard, Poker - ein Glücksspiel?, *Zeitschrift für Wett- und Glücksspielrecht* 2007, 93

Lauzon, Alex, Erfolgreich Bluffen in Texas Hold'em (2008), Riva Verlag, München

Ludewig, Bernard, Bridge für Einsteiger, Falken (2001), Falken-Verlag, Niedernhausen/Ts.

Markoff, John, In Poker Match Against a Machine,

<http://www.nytimes.com/2007/07/26/business/26poker.html?ex=1343102400&en=76a46ebf0e9bfa5c&ei=5090&partner=rssuserland&emc=rss> (04.04.2010)

Mayer, Heinz, Staatsmonopole (1974)

Mayerhofer, Christoph (Hrsg), Das österreichische Strafrecht⁵ I (2000), Verlag Österreich, Wien

Meyer, Gerhard/Hayer, Tobias, Poker - Glücksspiel mit Geschicklichkeitsanteil und Suchtpotential, Zeitschrift für Wett- und Glücksspielrecht 2008, 153

Moneymaker, Chris/Paisner, Daniel, How an Amateur Poker Player Turned \$ 40 into \$ 2.5 Million at the World Series of Poker¹ (2006), HarperEntertainment, New York

Noga, Alon, Poker, Chance and Skill, <http://www.math.tau.ac.il/~nogaa/PDFS/skill4.pdf> (10.12.2009)

Öhlinger, Theo, Verfassungsrecht⁸ (2009), facultas.wuv, Wien

Österreichische Lotterien Gesellschaft m.b.H., CSR Bericht 2008 (2008a)

Österreichische Lotterien Gesellschaft m.b.H., Geschäftsbericht 2008 (2008b)

Paco, Hope/McCulloch, Sean, Statistical Analysis of Texas Hold'em,

<http://www.cigital.com/resources/gaming/poker/100M-Hand-AnalysisReport.pdf> (04.04.2010)

Parke, Adrian/Griffiths, Mark/Parke, Jonathan, Can playing poker be good for you? Poker as a transferable skill, Journal of Gambling Issues 2005

Parlett, David, The Oxford Guide to Card Games (1990), Oxford Univ. Pr., Oxford

Parlett, David/McLeod, John, A History of Poker, <http://www.pagat.com/vying/pokerhistory.html>
(29.04.2010)

Parlett, David Sidney, A history of card games (1991), Oxford University Press, Oxford New York

Rock, Jan-Philipp/Fiedler, Ingo C., Die Empirie des Online-Pokers - Bestimmung des Geschicklichkeitsanteils anhand der kritischen Wiederholungshäufigkeit, ZfWG 2008, 412

Russell, Stuart/Norvig, Peter, Artificial intelligence³ (2009), Prentice Hall, London

Schoonmaker, Alan N., The Psychology of Poker (2002), Two Plus Two

Schwartz, Walter, Strukturfragen und ausgewählte Probleme des österreichischen Glücksspielrechts, Österreichische rechtswissenschaftliche Studien (1998), Manz, Wien

Schwartz, Walter/Wohlfahrt, Franz, Rechtsfragen der Sportwette, ÖJZ 1998, 601

Schwartz, Walter/Wohlfahrt, Franz, Kompetenzrechtliche Zuordnung von Gesellschaftswetten, ecolex 2002, 51

Schwartz, Walter/Wohlfahrt, Franz, Im Auslegen seid frisch und munter ..., ecolex 2003, 797

Schwartz, Walter/Wohlfahrt, Franz, Glücksspielgesetz², Manz'sche Kurzkommentare (2006), Manz, Wien

Seelig, Ernst, Das Glücksspielstrafrecht (1923), Verlag von Ulrich Mosers Buchhandlung, Graz

Sklansky, David, Sklansky on Poker: Including a Special Section on Tournament Play (1999), Two Plus Two

Sklansky, David, The Theory of Poker: A Professional Poker Player Teaches You How to Think Like One⁷ (2005), Two Plus Two

Sklansky, David, Tournament Poker: for Advanced Players (2007), Two Plus Two

Sklansky, David/Malmuth, Mason, Small Stakes Hold'em (2007), Premium Poker Publ., Quickborn

Sklansky, David/Miller, Ed, No Limit Hold'em (2007), Premium Poker Publishing

Spahr, Christian, 2,2 Millionen Deutsche wetten im Netz (10.06.2008)

Stig, Moen, Oh, to be 18 Again <http://www.cardplayer.com/cardplayer-magazines/65685-annette-obrestad-20-22/articles/17101-oh-to-be-18-again> (04.04.2010)

Strejcek, Gerhard, Der Standard, 26

Strejcek, Gerhard/Bresich, Ronald (Hrsg), Glücksspielgesetz - GSpG 1989 (2009), Verl. Österreich, Wien

Thienel, Rudolf, Vertrauensschutz und Verfassungsrecht, Juristische Schriftenreihe (1990), Verl. der Österr. Staatsdr., Wien

Vonkilch, Andreas, Rückforderung von Glücksspielverlusten nach dem "Ausspielungsbesteuerungsänderungsgesetz", ÖJZ, 30

Walter, Robert/Meyer, Heinz/Kucsko-Stadlmayer, Gabriele, Grundriss des österreichischen Bundesverfassungsrechts¹⁰, Manzsche Kurzlehrbuch-Reihe, VI (2007), Manz, Wien

Weiser, Erich, Begriff, Wesen und Formen des strafbaren Glücksspiels (1930), Verlag von Theodor Weicher, Leipzig

Weratschnig, Bernhard, Das Glücksspiel (2002), Graz

Wikipedia, Annette Obrestad, http://en.wikipedia.org/wiki/Annette_Obrestad (04.04.2010)

Wikipedia, Chris Moneymaker, http://de.wikipedia.org/wiki/Chris_Moneymaker (05.01.2010)

Wikipedia, Gesetz der großen Zahlen, http://de.wikipedia.org/wiki/Gesetz_der_großen_Zahlen (06.04.2010)

Wikipedia, Johan Huizinga, http://de.wikipedia.org/wiki/Johan_Huizinga (09.03.2010)

Wikipedia, MIT Blackjack Team, http://en.wikipedia.org/wiki/MIT_Blackjack_Team (08.04.2010)

Wikipedia, Poker Kombinationen, [Wikipedia: http://de.wikipedia.org/wiki/Poker#Kombinationen](http://de.wikipedia.org/wiki/Poker#Kombinationen)

Wilhelm, Georg, Casino Royale vs Commission (oder umgekehrt), *ecolex* 2007, 313

Wojnar, Petra, Poker - ein Glücksspiel in *Strejcek* (Hrsg), Glücksspiele, Wetten und Internet (2006), LexisNexis ARD ORAC, Wien

Wolf, Bernhard, Zur strafrechtlichen Problematik des Glücksspiels (1972), Hamburg

Wolff, Karl in *Klang/Gschnitzer*, Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch² (1954), Verlag der Österreichischen Staatsdruckerei, Wien

Zollinger, Manfred, Geschichte des Glücksspiels (1997), Böhlau, Wien

V. Abkürzungsverzeichnis

aA	anderer Ansicht
ABGB	Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch
Abs	Absatz
aF	alte Fassung
AG	Aktiengesellschaft
aM	anderer Meinung
Anm	Anmerkung
Arg	argumentum
Art	Artikel
BGBI	Bundesgesetzblatt
BlgNr	Beilage Nummer
BMF	Bundesminister für Finanzen / Bundesministerium für Finanzen
B-VG	Bundesverfassungsgesetz
bzgl	bezüglich
bzw	beziehungsweise
CRF	Critical Repitition Frequency = kritische Wiederholungshäufigkeit
dh	das heißt
dt	deutsch(er)
etc	et cetera
EU	Europäische Union
EuGH	Europäische Gerichtshof
ev	eventuell
EvBl	Evidenzblatt
f	folgende
ff	fortfolgende
FN	Fußnote
G	Gesetz
GebG	Gebührengesetz
gem	gemäß
GewO	Gewerbeordnung
GP	Gesetzgebungsperiode

GSpG	Glücksspielgesetz
hL	herrschende Lehre
Hrsg	Herausgeber
idF	in der Fassung
idH	in der Höhe
idZ	in diesem Zusammenhang
inkl	inklusive
insb	insbesondere
iS	im Sinne
iSd	im Sinne des / der
iSv	im Sinne von
iVm	in Verbindung mit
iZm	in Zusammenhang mit
JB1	Juristische Blätter
Jud	Judikatur
Komm	Kommentar
Lit	Literatur
lt	laut
max	maximal
mE	meines Erachtens
MIT	Massachusetts Institute of Technology
mM	meiner Meinung
mwN	mit weiteren Nennungen
NÖ	Niederösterreich
Nr	Nummer
OGH	Oberster Gerichtshof
ÖJZ	Österreichische Juristen-Zeitung
PhD	philosophiae doctor
RA	Rechtsanwalt / Rechtsanwältin
RL	Richtlinie
Rsp	Rechtsprechung
RZ	Österreichische Richterzeitung
Rz	Randzahl
Slg	Sammlung

StGB	Strafgesetzbuch
StGG	Staatsgrundgesetz
u	und
ua	unter andere
UFS	Unabhängiger Finanzsenat
usw	und so weiter
UVS	Unabhängiger Verwaltungssenat
VfGH	Verfassungsgerichtshof
VfSlg	Sammlung der Erkenntnisse und Beschlüsse des Verfassungsgerichtshofs
vgl	vergleiche
vs	versus (gegen)
VStG	Verwaltungsstrafgesetz
VwGH	Verwaltungsgerichtshof
Z	Ziffer
zB	zum Beispiel
ZfWG	Zeitschrift für Wett- und Glücksspiel
ZPMRK	Zusatzprotokoll Menschenrechtskonvention
zw	zwischen

VI. Lebenslauf

AUSBILDUNG	
10 / 2009 – 08 / 2010	Doktoratsstudium der Rechtswissenschaften, Universität Wien
09 / 2007	Konzession für das Immobilienmaklergewerbe, WK Wien
10 / 2003 – 10 / 2006	Studium der Rechtswissenschaften, Universität Wien - ausgezeichnet für überdurchschnittliche Studienleistung
09 / 2004 – 06 / 2005	Immobilienmakler und Verwalter Kurs, Wifi Wien
09 / 1994 – 06 / 2002	Benediktiner Stiftsgymnasium Seitenstetten (Matura), NÖ
BERUFSERFAHRUNG	
09 / 2008 – 11 / 2009	Raiffeisen-Holding NÖ-Wien, Wien Immobilienbeteiligungsmanager - operative Steuerung und Verwaltung von Immobilienbeteiligungen - Reporting und Controlling von Beteiligungen - Eigentümerversammlung und Prüfung neuer Immobilienprojekte - Unterstützung der Geschäftsleitung der Raiffeisen-Holding NÖ-Wien bei Sonderprojekten
11 / 2007 – 09 / 2008	ÖBB-Immobilienmanagement GmbH, Wien Assistent der Geschäftsführung - inhaltliche Vorbereitung von Aufsichtsrats- und Vorstandssitzungen sowie von diversen Terminen der Geschäftsführung - Organisationsaufbau und Betreuung des Immobilienbeteiligungsmanagements - begleitende Betreuung im Bereich der Projektentwicklung - Protokollführung bei Verhandlungen / Besprechungen der Geschäftsführung Sachbearbeiter in der Rechtsabteilung (ab 07/2008) - juristische Prüfung von Geschäftsführungsanträgen, Kaufverträgen und diverser Grundbuchansuchen
1999 – 11 / 2007	Richard Wagner Immobilien, Strengberg Immobilienmakler Assistent - Konzeption und Erstellung eigener Kundenverwaltungssoftware inkl. Datenbank - gesamte EDV Betreuung (inkl. Homepage Erstellung und Wartung) - Behandlung rechtlicher Fragen (allg. Zivilrecht, Maklerrecht, Arbeitsrecht, Steuerrecht ...) - Besichtigungen und Außendienst
02 / 2007 – 11 / 2007	Gerichtsjahr, Wien - Landesgericht für Zivilrechtssachen Wien (Richter Vizepräsident Dr. Peter Liehl) - Straflandesgericht Wien (Richterin Mag. Claudia Bandion-Ortner) - Bezirksgericht Innere Stadt Wien (Richterin Dr. Silvia Filip)
04 / 2004 – 02 / 2007	Österreichtelefon und Bürgerservice im Bundeskanzleramt, Wien Sachbearbeiter, später Teamleiter - telefonische und schriftliche Beantwortung inkl. Recherche von Bürgeranfragen/-anliegen zu diversen Rechtsgebieten und politischen Themen - Krisenhotlinebetreuung, Abwicklung von Informationskampagnen

	- ab 05 / 2005 Leitungsfunktion im Bürgerserviceteam mit zusätzlichem Aufgabenbereich: Koordination, Lohnverrechnung und Vertragsgestaltung
09 / 2002 – 04 / 2003	Präsenzdienst beim Österreichischen Bundesheer, Melk
07-09 / 2002	Praktikum in der Bauwirtschaft, Strengberg
08-09 / 2001	Praktikum bei Rechtsanwälte Dr. Riedl / Dr. Ludwig, Stadt Haag

VII. Abstract

Im letzten Jahrzehnt haben sich die Umsätze der Glücksspielindustrie von Jahr zu Jahr stets gesteigert. Immer mehr Spieler standen einem regelmäßig wachsenden Angebot dieser boomenden Branche gegenüber. Neue Spiele kamen hinzu, alte erlangten plötzlich eine noch nie dagewesene Popularität. Doch das Glücksspiel um Geld birgt gewisse Gefahren (Spielsucht, Geldwäsche, Beschaffungskriminalität) in sich. Daher unterliegen Glücksspiele aus ordnungs- und sozialpolitischen Gründen hinsichtlich Veranstaltung und Teilnahme bestimmten rechtlichen Rahmenbedingungen. Diese sind vorwiegend im österreichischen Glücksspielgesetz (GSpG) formuliert.

In diesem Zusammenhang ist eine sehr wesentliche Frage, auf welche Spiele denn das GSpG überhaupt anwendbar ist. Dazu findet sich im § 1 GSpG eine Legaldefinition zum Glücksspielbegriff. Wie sich jedoch in der Praxis zeigt, führt die Auslegung dieser gesetzlichen Regelung oftmals zu erheblichen Schwierigkeiten und somit hinsichtlich gewisser Spiele zu einer nicht erwünschten Rechtsunsicherheit.

Diese Dissertation widmet sich im Detail der Legaldefinition gemäß § 1 GSpG. Unter Berücksichtigung diverser strafrechtlicher Erkenntnisse (§ 168 StGB zum illegalen Glücksspiel bedient sich derselben Formulierung wie das Verwaltungsrecht) wird untersucht wie die einzelnen Tatbestandsmerkmale des § 1 GSpG auszulegen sind.

Nach den allgemeinen Ausführungen zum Glücksspielbegriff erfolgt die Anwendungsprüfung hinsichtlich dem mittlerweile äußerst populären, aber auch sehr kontrovers diskutierten Kartenspiel Poker. Es folgt eine ausgiebige Analyse und Auseinandersetzung mit der aktuellen Literatur und der einschlägigen und relevanten Judikatur.

Entscheidend ist in diesem Zusammenhang die Abwägung und Gewichtung von Geschicklichkeits- und Zufallskomponenten eines Spiels. Dazu werden unterschiedlichste mathematische Modellrechnungen und statistische Analysen von empirischen Studien angeführt und erörtert. Schließlich wird nachgewiesen, dass zumindest bei der momentan am weitesten verbreiteten Form von Poker, nämlich Texas Hold'em Poker, die

Geschicklichkeitselemente eindeutig überwiegen und daher dieses Spiel gemäß der aktuellen gesetzlichen Bestimmung nicht als Glücksspiel zu werten ist.

Weiters wird auf die beabsichtigten Novellen des GSpG eingegangen und aufgezeigt, weshalb diese aus verfassungsrechtlichen Gründen sehr bedenklich sind.

Abschließend erfolgt die Präsentation einiger Überlegungen wie eine gänzliche Neuregelung gewisser Bestimmungen des GSpG aussehen sollte. Hier wird der Fokus auf einen effektiven Spielerschutz gerichtet, der auch den Herausforderungen einer immer enger zusammenwachsenden Europäischen Union und den neuen Möglichkeiten im Bereich des Internets gerecht werden soll.