

Februar 2017

12. Jahrg.

71732

Seite 1-84

# ZfWVG

Zeitschrift für Wett- und Glücksspielrecht  
*European Journal of Gambling Law*

# 1

*Norbert Krewer*

- 1 „THINK BIG“ – Praktische Jurisprudenz im Jahr 4 des GlüStV 2012

*Prof. Dr. Tilman Becker*

- 2 Zur Weiterentwicklung der Glücksspielregulierung

*Prof. Dr. Florian Heinze*

- 13 Jahresrückblick: Das Recht des gewerblichen Geldgewinnspiels in den Jahren 2015 und 2016

*Dr. Marc Philipp Weber und Alexander Baum*

- 19 Vollzug des Glücksspielstaatsvertrags im Internet: Neue Entwicklungen in der niedersächsischen Rechtsprechung

*Robert Schippel*

- 25 Anforderungen an das Online-Spielerkonto unter Berücksichtigung des Glücksspielstaatsvertrages, des Geldwäschegesetzes und des Datenschutzrechts

- 31 Pferdewettenbezogene Vorschriften des Glücksspielstaatsvertrages sind verfassungskonform

VerfGH Bayern, Entsch. v. 23.11.2016 – Vf. 1-VII-15

- 58 Keine Strafbarkeit wegen Computerbetruges durch Ausnutzen eines Softwarefehlers von Geldspielautomaten

OLG Stuttgart, Urte. v. 12.5.2016 – 4 Ss 73/16

- 60 Anmerkung von Claus Hambach, LL.M., und Dr. Bernd Berberich

**Ausnutzen von Softwarefehler straffrei? – der Gesetzgeber ist gefragt!**

- 70 Keine Pflicht für Sportwettveranstalter zur Teilnahme am Duldungsverfahren in Hessen

VG Wiesbaden, Beschl. v. 9.11.2016 – 5 L 1609/16.WI

- 74 Gewinne aus Turnierpokerveranstaltungen und „Cash Games“ können steuerpflichtig sein

FG Münster, Urte. v. 18.7.2016 – 14 K 1370/12 E,G

- 80 Anmerkung von Dr. Stefan Bolay und Dr. Bernd Berberich

**FG Münster: Poker ist ein Geschicklichkeitsspiel – auch für den Durchschnittsspieler**

## Herausgeber

Prof. Dr. Johannes Dietlein

Prof. Dr. Jörg Ennuschat

Prof. Dr. Ulrich Haltern, LL.M.

RA Dr. Manfred Hecker

Prof. Dr. Christian Koenig, LL.M.

## Schriftleiter

RiVG Dr. Felix B. Hüsken

b) Hierauf wendet der Senat zur Abgeltung von Unsicherheiten einen Sicherheitszuschlag von 20 % an. Denn es ist nicht auszuschließen, dass der Kläger erzielte Spielgewinne ganz oder teilweise nicht auf sein Konto einzahlte.

c) Zu diesen Spielgewinnen aus der Teilnahme an Turnieren schätzt der Senat Gewinne aus solchen Spielen hinzu, die der Kläger in Spielcasinos außerhalb von Turnieren unternehmen hat („Cash Games“, u. a. „Black Jack“).

Insoweit berücksichtigt der Senat zunächst, dass der Kläger zwar noch bis September 2006 einer geregelten Arbeit als T nachging, jedoch bereits Anfang 2006 in der Lage war, seinen Geschwistern finanzielle Mittel in nennenswerter Höhe zur Verfügung zu stellen. Sodann hat der Senat berücksichtigt, dass der Kläger für neun Monate des Jahres 2006 weniger und anschließend mehr Zeit für die Teilnahme an Kartenspielen in Spielcasinos außerhalb von Turnieren gehabt haben dürfte. Ferner findet in die Hinzuschätzung des Senats für die „Cash Games“ Eingang, dass der Kläger aufgrund der Aufgabe seiner Tätigkeit als T mehr Zeit sowie wegen der höheren Spielgewinne – insbesondere seit dem von ihm in M am 00.00.0000 erzielten Spielgewinn – gerade im Jahr 2007 auch mehr finanzielle Mittel zur Verfügung hatte, um diese außerhalb von Turnieren in Spielcasinos einsetzen zu können. Hierdurch hat er zur Überzeugung des Senats mehr Erfahrungen gesammelt sowie seine spielerischen Fähigkeiten weiter verbessert und dadurch außerhalb von Turnierpokerspielen höhere Gewinne erzielt.

d) Die Einzelheiten hierzu ergeben sich aus folgender Berechnung:

2005 2006 2007 Ermittlung StrafaFA incl. Reisekosten lt. Anlage 3 zum Vermerk vom 10.02.2019 X € X € X € zzgl.

Sicherheitszuschlag für Gewinne aus Turnieren 20 % X € X € X € Summe Turniere geschätzt X € X € X € zzgl. „Cash Games“ X € X € X € Schätzung Gewinne lt. FG X € X € X € geschätzter Gewinn lt. Beklagtem X € X € X €

d) Da die Schätzung des Senats zu Beträgen führt, die sogar noch über den vom Beklagten geschätzten Beträgen liegen, hat es der Senat bei den streitbefangenen Festsetzungen zu belassen, da er nach dem sog. Verböserungsverbot daran gehindert ist, die streitbefangenen Einkommensteuerfestsetzungen zum Nachteil des Klägers zu ändern (vgl. § 96 Abs. 1 Satz 2 FGO).

IV. Die Ergebnisse der vorgenannten Schätzung waren auch bei den streitbefangenen Festsetzungen der Gewerbesteuer-Messbeträge zugrunde zu legen.

Denn nach § 7 Satz 1 des Gewerbesteuergesetzes (GewStG) ist Gewerbeertrag u. a. der nach den Vorschriften des EStG zu ermittelnde Gewinn aus dem Gewerbebetrieb, der bei der Ermittlung des Einkommens für den dem Erhebungszeitraum entsprechenden Veranlagungszeitraum zu berücksichtigen ist, vermehrt und vermindert um die – im Streitfall weder geltend gemachten noch sonst nicht ersichtlichen – in den §§ 8 und 9 GewStG bezeichneten Beträge.

V. Aus den vorgenannten Gründen scheidet auch der vom Kläger hilfsweise gestellte Antrag, die Einkünfte aus Gewerbebetrieb für die Jahre 2005 bis 2007 mit 0 € festzusetzen.

VI. Die Kostenentscheidung beruht auf § 135 Abs. 1 FGO.

VII. Die Revision war wegen grundsätzlicher Bedeutung der Rechtssache nach § 115 Abs. 2 Nr. 1 FGO zuzulassen.

[...]

# Anmerkung

Dr. Stefan Bolay und Dr. Bernd Berberich, München\*

## FG Münster: Poker ist ein Geschicklichkeitsspiel – auch für den Durchschnittsspieler

*Als weiteres Finanzgericht veröffentlichte der 14. Senat des FG Münster am 2.11.2016 ein Urteil zur Besteuerung von Pokergewinnen. Er hat entschieden, dass Gewinne aus der Teilnahme an Pokerturnieren zu gewerblichen Einkünften führen können. Anders jedoch als der 15. Senat des FG Münster sowie das FG Köln (bestätigt durch den BFH), die ebenfalls eine Besteuerung bejaht hatten, beantwortet der Senat vorliegend die entscheidende Frage, nämlich ob es sich bei der Tätigkeit des Pokerspielens um ein Geschicklichkeits- oder Glücksspiel handelt.*

### I. Einleitung

Seit Jahren besteht bzw. wächst die Rechtsunsicherheit zur Frage, ob es sich bei Poker um ein Geschicklichkeits- oder Glücksspiel handelt. Dabei ist diese Frage von entscheidender Bedeutung, sowohl für das Ordnungsrecht, als auch für das Steuerrecht. Die Behörden betrieben in den letzten Jahren – durch die Rechtsprechung bestätigt – ein rechtsstaat-

\* Anmerkung zu FG Münster, Urt. v. 18.7.2016 – 14 K 1370/12 E,G, ZfWG 2017, 74. Auf Seite III erfahren Sie mehr über die Autoren.

lich äußerst bedenkliches „Rosinenpicken“: Bei Poker soll es sich nach Ansicht der (Ordnungs-)Verwaltung um ein Glücksspiel handeln, dessen Veranstaltung privaten Anbietern untersagt werden soll. Aus Sicht der (Steuer-)Verwaltung wird dieselbe Tätigkeit hingegen für (erfolgreiche) Pokerspieler als Geschicklichkeitsspiel eingeordnet, sodass diese Steuern auf ihre Pokergewinne zahlen sollen.

## II. Definition von und Abgrenzung zwischen Glücks- und Geschicklichkeitsspiel

Nach § 3 Abs. 1 GlüStV liegt ein Glücksspiel vor, „wenn im Rahmen eines Spiels für den Erwerb einer Gewinnchance ein Entgelt verlangt wird und die Entscheidung über den Gewinn ganz oder überwiegend vom Zufall abhängt.“

Die „überwiegende“ Zufallsabhängigkeit wird bei Spielen mit Zufalls- und Geschicklichkeitselementen relevant, den sog. „gemischten Spielen“. Zu diesen gemischten Spielen gehört das Pokerspiel (und zwar in allen seinen Varianten). Anders als bei Lotterien oder Roulette hängt der Ausgang des Pokerspiels nicht allein vom Zufall ab. Es kommt auf das Kartenglück an, aber auch auf die Spielgeschicklichkeit.

Sofern sich bei gemischten Spielen die Geschicklichkeitselemente und Zufallselemente nicht gegenseitig bedingen, sondern in ihrer Wirkung voneinander getrennt beurteilt werden können, herrscht Einigkeit, dass ein Glücksspiel vorliegt, wenn der Zufallsanteil allein zu über 50 Prozent zum Spielausgang beiträgt.<sup>1</sup>

Umstritten ist dies jedoch gerade bei Kartenspielen wie Poker, da hier Geschicklichkeits- und Zufallsfaktoren typischerweise nicht nebeneinander stehen, sondern miteinander vermengt sind, bzw. sich gegenseitig bedingen.

Zur Beurteilung, ob ein Geschicklichkeitsspiel oder ein Glücksspiel vorliegt, werden nach der Rechtsprechung die Spielverhältnisse zugrunde gelegt, unter denen das Spiel gewöhnlich betrieben wird.<sup>2</sup> Abzustellen ist auf das Publikum, für welches das Spiel eröffnet ist, nicht auf den besonders geübten Spieler. Ein und dasselbe Spiel kann nicht zugleich Glücksspiel und (für den geübten Spieler) Geschicklichkeitsspiel sein. Der Spielcharakter kann nur einheitlich bestimmt werden. Entscheidend sind die Fähigkeiten und Erfahrungen des Durchschnittsspielers.<sup>3</sup>

## III. Die bisherige Rechtsprechung zu Poker und das FG Münster

Seit Jahren wird Poker in der Rechtsprechung überwiegend und ohne nähere Differenzierung als Glücksspiel eingeordnet.<sup>4</sup>

Maßgeblich für die Prüfung der Zufallsabhängigkeit soll dabei weder der professionell geübte Spieler noch der geübte Amateur sein, sondern die Geschicklichkeit und die Fähigkeit eines durchschnittlichen Spielers aus der spielinteressierten Bevölkerung im Sinne eines mittleren Maßstabs.<sup>5</sup> Wenn das Spiel für den Durchschnittsspieler ein Glücksspiel ist, dann ist und bleibt es für alle Spieler ein Glücksspiel.

Die Gerichte stellen hier teilweise recht lapidar fest, die Einordnung von Poker als Glücksspiel sei eine Art Abwä-

gungsfrage, die sie durch die „eigene Bewertung des Spielablaufs“ beantworten könnten.<sup>6</sup> Dabei wird verkannt, dass die Frage, ob ein Spiel, welches nach klaren, vordefinierten Regeln abläuft, im Spielausgang überwiegend zufallsabhängig ist oder nicht, zunächst eine Frage des revisiblen Rechts ist.<sup>7</sup>

Wegen der oben bereits dargestellten Schwierigkeiten der sich gegenseitig bedingenden Glücks- und Geschicklichkeitselemente bei gemischten Spielen und insbesondere strategischen Kartenspielen wie dem Pokerspiel wird zur Beantwortung der revisiblen Rechtsfrage regelmäßig ein Sachverständigengutachten erforderlich sein.<sup>8</sup>

Das FG Münster hat in seiner jetzigen Entscheidung zwar kein Sachverständigengutachten eingeholt, sich in der Entscheidungsfindung aber auf bereits existente, mathematische Auswertungen und Untersuchungen des Pokerspiels bezogen, nach denen ein Überwiegen des Geschicklichkeitsanteils ermittelt wurde.<sup>9</sup> Wörtlich führt das FG Münster aus:

„bei der Teilnahme an den vom Kläger auch unternommenen Pokerturnieren, die über mehrere Runden ohne die Möglichkeit des Abbruchs unter Mitnahme von Gewinnen gespielt werden, überwiegt zur Überzeugung des Senats die Geschicklichkeitskomponente.“<sup>10</sup>

„Seine Überzeugung stützt der Senat darauf, dass Turnierpokerspiele aufgrund wissenschaftlich-mathematischer Untersuchungen bzw. praktischer Tests – anders als der Kläger meint – schon bei einem Durchschnittsspieler als Spiele einzuordnen sind, bei denen nicht das Zufallsmoment überwiegt,

- weil beim hier relevanten Turnierpoker mit mehreren Runden ohne Möglichkeit des Abbruchs unter Mitnahme von Gewinnen die Geschicklichkeitskomponente überwiegt (Holznagel, MultiMedia und Recht -MMR-2008, 439, 444),
- weil in praktischen Tests Durchschnittsspieler die zufällig handelnden Spieler signifikant schlagen (Hambach/Hettich/Kruis, medien und recht – international edition -MR-Int- 2009, 41, 46),
- weil mehrere Studien ein wesentliches Geschicklichkeitsmoment eruieren [...] (Peren/Clement, Messung und Bewertung des Suchtgefährdungspotentials des On-

1 Bolay, Mehrwertgebührenpflichtige Gewinnspiele 2008, S. 95 m. w. N. Vgl. auch W. Hambach/Liesching, in: Streinz/Liesching/Hambach, Glücks- und Gewinnspielrecht in den Medien, 1. Aufl. 2014, § 284 StGB Rn. 41 ff.

2 RGSt 62, 163; BGHSt 36, 74, 80.

3 RGSt 41, 331, 333; RGSt 43, 155, 157; RGSt 62, 163, 166; BGHSt 2, 274, 276; BGHSt 36, 74, 80; BVerwG, GewArch 2002, 76, 78.

4 Vgl. nur BGH, Urt. v. 28.9.2011 – I ZR 93/10, Rn. 71 ff.; OLG Stuttgart, ZStW 44, 620 f.; OVG Münster, GewArch 2008, 407 ff.; VGH Kassel, NVwZ-RR 2009, 62; OVG Münster, MMR 2010, 350 ff.; zuletzt VG Karlsruhe, Urt. v. 12.2.2015 – 3 K 3872/13, ZfWG 2015, 257; a. A. aber LG Karlsruhe, Urt. v. 9.1.2009 – 10 AK 127/08.

5 Wie alle zuletzt VG Karlsruhe, Urt. v. 12.2.2015 – 3 K 3872/13, Rn. 29 (juris).

6 Vgl. etwa VG Düsseldorf, Urt. v. 21.6.2012 – 27 K 6586/08, Rn. 82 (juris).

7 So völlig zutreffend Weidemann/Schlarmann, NVwZ-Extra 20/2014, 3 unter Verweis auf § 33 GlüStV.

8 Weidemann/Schlarmann, NVwZ-Extra 20/2014, 4; Dickersbach, Wi-Verw 1985, 37.

9 Insbesondere die „Pokerstudie“ der TÜV Rheinland Secure iT GmbH, besprochen von Hambach/Hettich/Kruis, MR-Int 2/2009, 41 ff.

10 FG Münster, Urt. v. 18.7.2016 – 14 K 1370/12 E, G, Rn. 66 (juris).

- linepokerspiels Texas Hold'em No Limit, www.forschung-gluecksspiel.de/publikationen, S. 25; Kretschmer, Zeitschrift für Wett- und Glücksspielrecht -ZfWG-2007, 93, 96),
- weil aufgrund einer empirischen Untersuchung die „kritische Wiederholungshäufigkeit“ bestimmt werden kann, ab der das Geschick einen stärkeren Einfluss auf das Spielergebnis hat als der Zufall (Rock/Fiedler, ZfWG 2008, 412) und
  - weil auch der durchschnittliche Pokerspieler in der Variante Texas Hold'em in der Lage ist, seine Fähigkeiten und Kenntnisse so einzusetzen, dass sie vorrangig entscheidend für Sieg oder Niederlage sind (Koenig/Ciszewski, Gewerbearchiv 2007, 402).<sup>11</sup>

Erfreulich hieran ist, dass das FG Münster, anders als der 15. Senat<sup>12</sup> und anders als das FG Köln<sup>13</sup> (letzteres bestätigt durch den BFH<sup>14</sup>) in seinem Urteil „Farbe bekennt“. Das Gericht bejaht nicht nur die Besteuerung von Pokergewinnen für erfolgreiche Pokerspieler, sondern kommt zum Ergebnis, dass das Poker-Turnier für alle Spieler und auch für den Durchschnittsspieler ein Geschicklichkeitsspiel ist. Dies ist auch deshalb konsequent, weil nach der oben dargestellten, in der Rechtsprechung entwickelten Definition ein Spiel nicht zugleich Glücksspiel und Geschicklichkeitsspiel sein kann und die Frage des Glücksspiels keine Abwägungsfrage ist, sondern – mithilfe von Sachverständigen und mathematischen Modellen – mit „ja oder nein“ beantwortet werden kann.

Gegen eine Qualifikation als Glücksspiel spricht gerade auch der Umstand, dass es eine signifikante Anzahl von erfolgreichen Spielern gibt, die ihren Lebensunterhalt durch Poker verdienen und dadurch in den letzten Jahren in den Fokus der Finanzämter geraten sind. Einen anschaulicheren Beleg für die Einordnung als Geschicklichkeitsspiel kann es eigentlich nicht geben: Bei Spielen, bei denen das Zufallselement überwiegt, ist es gerade nicht möglich, durch einen überwiegend positiven Spielausgang konstant Einnahmen zu generieren. Insofern muss Poker denkwürdig als Spiel eingeordnet werden, bei dem der Geschicklichkeitsfaktor überwiegt.

#### IV. Fazit und Ausblick

Das jüngste Urteil des FG Münster trägt insoweit zur Rechtssicherheit bei, als dass es die Beurteilung der Frage, ob es sich bei Poker um ein Geschicklichkeits- oder Glücksspiel handelt, auf wissenschaftlich-mathematische Untersuchungen stützt. Es könnte der erste Schritt in die richtige Richtung sein, die das „Rosinenpicken“ des Staates in dieser Frage beendet. In Konsequenz des FG Münster, das ausdrücklich auf den Durchschnittsspieler abstellt, wäre auch im Ordnungsrecht das (Turnier-)Pokerspiel (wie beispielsweise das Kartenspiel „Skat“) als Geschicklichkeitsspiel einzuordnen. Dies würde nach der Diktion der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung, aus welcher das Abstellen auf den Durchschnittsspieler stammt, dann für das Spiel insgesamt und alle seine Teilnehmer gelten, und zwar unabhängig von ihren konkreten Fähigkeiten.

Dieses Ergebnis erscheint nicht nur im Hinblick auf den Grundsatz der Einheit der Rechtsordnung wünschenswert.

Nicht vergessen werden darf bei der Bewertung dieser Rechtsfrage auch, dass bei einer Teilnahme an Glücksspielen dies, jedenfalls von Gesetzes wegen, gemäß § 285 StGB strafbar ist.<sup>15</sup> Angesichts der vom FG Münster angeführten Erkenntnisse aus Studien und praktischen Tests erscheint es mit dem Bestimmtheitsgrundsatz kaum vereinbar, ohne hinreichende Belege bzw. Differenzierungsmerkmale länger von Gegenteiligem auszugehen. Es sollte deshalb nicht verwundern, wenn (wie häufig) über die finanzgerichtliche Rechtsprechung „Althergebrachtes“ aufgebrochen wird. Es erscheint nämlich anachronistisch, in der heutigen Zeit Millionen von (Online-)Pokerspielern potentiell zu inkriminieren.<sup>16</sup> Damit überzeugt der Ansatz des FG Münster nicht nur in der Sache, sondern führt auch zu einer längst überfälligen Anpassung an die stets im Wandel befindlichen gesellschaftlichen Anschauungen. Denn damit das Recht seine Funktion erfüllen kann, „zeitgemäß“ zu sein und in der Bevölkerung auf Akzeptanz zu stoßen, ist es gerade Aufgabe der Rechtsprechung, bei stark normativ überlagerten Rechtsfragen diesen Wandel zu berücksichtigen, erst recht wenn er auf neuere wissenschaftliche Erkenntnisse gestützt wird. Vor diesem Hintergrund bleibt es zu wünschen, dass die Bewertung des FG Münster von den Ordnungs- und Strafgerichten übernommen wird. In Konsequenz dessen wäre dann der Normgeber in der Pflicht, die Veranstaltung von bzw. Teilnahme am Pokerspiel gewerbe- bzw. wirtschaftsrechtlich sachgerecht zu regulieren und diesen Bereich zu „entkriminalisieren“.

#### Summary

*Referring to existing scientific studies and practical, mathematical tests, the Fiscal Court of Münster classified poker as a game of skill for the average player. Consequently, this fact-based approach of the fiscal court should also be applied in administrative and criminal law. This would oblige the legislator to „decriminalise“ poker and regulate it in a reasonable and contemporary manner.*

11 FG Münster, Urt. v. 18.7.2016 – 14 K 1370/12 E,G, Rn. 67 (juris).

12 FG Münster, Urt. v. 15.7.2014 – 15 K 798/11 U, ZfWG 2014, 429.

13 FG Köln, Urt. v. 31.10.2012 – 12 K 1136/11, ZfWG 2013, S. 51.

14 BFH, Urt. v. 16.9.2015 – X R 43/12, ZfWG 2016, 37 ff.

15 Zum Gebot einer unionsrechtskonformen Auslegung der §§ 284–287 StGB vgl. *Hambach/Berberich*, ZfWG 2016, 299 ff.

16 Nach allgemeiner Meinung in der Literatur ist die Legitimation von § 285 StGB zumindest fraglich, vgl. z.B. *Fischer*, StGB, 63. Auflage 2016, § 285 StGB Rn. 1.