



Geschicktes Glücksspiel

Die Sportwette als Grenzfall
des Glücksspielrechts

Andreas Glöckner
Emanuel Towfigh





Geschicktes Glücksspiel

Die Sportwette als Grenzfall des Glücksspielrechts

Andreas Glöckner / Emanuel Towfigh

August 2010

Geschicktes Glücksspiel

Die Sportwette als Grenzfall des Glücksspielrechts‡

Andreas Glöckner* und Emanuel Towfigh**

Das Glücksspielrecht hat in Deutschland zurzeit Konjunktur. Nicht zuletzt weil der Glücksspielstaatsvertrag bis 2011 befristet ist, wird über neue Regelungsmodelle diskutiert. Nach geltendem Recht hängt alles an der Unterscheidung zwischen Glücksspielen und Geschicklichkeitsspielen. Geschicklichkeitsspiele sind kaum reguliert. Glücksspiele sind nahezu vollständig in staatlicher Hand. Wenn man diese dogmatische Unterscheidung beim Wort nimmt, kommt es auf eine empirische Frage an: wie viel Geschick braucht man, um bei dem jeweiligen Spiel Erfolg zu haben? Diese Frage ist vor allem bei Sportwetten lebhaft umstritten: Sind Sportwetten entgegen der derzeit herrschenden Auffassung vielleicht nicht als Glücks-, sondern als Geschicklichkeitsspiel einzustufen und folglich aus der Regulierung des Glücksspielrechts herauszulösen? An der Entscheidung des Streits hängt, ob private Anbieter in den Markt eintreten dürfen.

Der vorliegende Beitrag untersucht empirisch, ob Sportwetten als Glücks- oder als Geschicklichkeitsspiel einzustufen sind und ob vor dem Hintergrund der empirischen Befunde die Differenzierung zwischen Glücks- und Geschicklichkeitsspiel mit Blick auf die Regelungszwecke des Glücksspielrechts – vor allem dem Schutz vor der Sucht und der Ausnutzung der menschlichen Spielleidenschaft – sinnvoll ist. Dazu wird zunächst kurz in die Thematik eingeführt (dazu I.), sodann wird die Forschungsfrage präzisiert (dazu II.) und erörtert, mit welchen Methoden dieser Frage nachzugehen ist (dazu III.). Es folgt eine überblicksartige Darstellung der empirischen Ergebnisse (dazu IV.), bevor abschließend die juristischen Implikationen für die Qualifikation der Sportwette und für die Dogmatik des Glücksspielrechts dargelegt werden (dazu V. und IV.). Abschließend wird ein möglicher Alternativweg zur gegenwärtigen Dogmatik skizziert (VII.).

‡ Für vielfältige Anregungen möchten wir danken: Dr. Felix Bierbrauer, Prof. Dr. Christoph Engel, Dr. Jan Klement, Dr. Stefan Korte, Prof. Dr. Sebastian Kube, Prof. Dr. Janbernd Oebbecke, Prof. Dr. Elinor Ostrom, Dr. Niels Petersen, Dr. Katharina Towfigh. Besonderer Dank gebührt Kristina Schönfeldt für wertvolle Unterstützung bei der Sichtung der umfangreichen rechtswissenschaftlichen Literatur zum Glücksspielrecht. Die verbleibenden Fehler sind natürlich unsere.

* Dr. phil., M.Sc., Leiter der Max-Planck-Forschergruppe „Intuitive Experts“ am Max-Planck-Institut zur Erforschung von Gemeinschaftsgütern, Bonn (gloeckner@coll.mpg.de).

** Dr. iur., wissenschaftlicher Referent am Max-Planck-Institut zur Erforschung von Gemeinschaftsgütern, Bonn (towfigh@coll.mpg.de). Korrespondenzanschrift: Kurt-Schumacher-Str. 10, 53113 Bonn.

I. Problem

Das Glücksspiel und insbesondere Sportwetten haben in den letzten Jahren im Besonderen Verwaltungsrecht große Aufmerksamkeit erfahren, sowohl aus rechtsdogmatischer wie aus rechtspolitischer Warte. Das hängt zusammen mit einer Reihe von Entwicklungen auf dem Glücksspielmarkt. So hat sich in den späten 1990er Jahren ein substantieller Markt für die Vermittlung von (v.a. Sport-)Wetten gebildet.¹ Parallel dazu wuchs auch der internationale Wettbewerb – ausländische Anbieter wollten in den attraktiven, da noch nicht voll entfaltenen deutschen Glücksspielmarkt eintreten. Dabei berufen sich die privaten Wettanbieter insbesondere auf ihre Berufsfreiheit nach Art. 12 I GG und auf ihre Grundfreiheiten.² Hinzu kam eine Reihe von kommerziellen Internet-basierten Glücksspielangeboten (etwa Sportwetten, Online-Pokerturniere), die mit der wachsenden Popularität des Internet schnell Marktanteile gewannen.³ Diese tatsächlichen Veränderungen haben vor dem Hintergrund des staatlichen Glücksspielmonopols eine Reihe von rechtlichen Entwicklungen nach sich gezogen. So gab es in der Folge ordnungsbehördlichen Einschreitens⁴ eine beachtliche Zahl instanz- und obergerichtlicher⁵ sowie höchstrichterlicher Entscheidungen auf Bundes-⁶ und auf europäischer⁷ Ebene. Vor allem von der europäischen Rechtsprechung ging ein erheblicher Liberalisierungsdruck aus. Diese Entwicklungen blieben in der rechtswissenschaftlichen Literatur nicht unkommentiert; vielfach wurde insbesondere das staatliche Glücksspielmonopol angeprangert.⁸ Die zuständigen

-
- 1 Zur älteren Geschichte des Glücksspielwesens insgesamt instruktiv *Zollinger*, Geschichte des Glücksspiels. Vom 17. Jahrhundert bis zum Zweiten Weltkrieg, Wien 1997; ferner *Kolb*, Die Veranstaltung von Glücksspielen, 26 ff. und *Ohlmann*, Lotterien und Glücksspiele in Deutschland. Schlaglichter der rechtshistorischen Entwicklung vom 18. – 20. Jahrhundert, ZfWG 2007, 101.
 - 2 Vgl. dazu *Brüning*, „Nichts geht mehr?“ – Zum grundrechtlichen Schutz der Berufsfreiheit vor staatlicher Wirtschaftstätigkeit, JZ 2009, 29. Eingehend auch *Voßkuhle/Bumke*, Rechtsfragen der Sportwette, 40 ff.; *Kolb*, Die Veranstaltung von Glücksspielen, 90 ff.; *Korte*, Das staatliche Glücksspielwesen, 212 ff.
 - 3 Zu den Wachstumsaussichten etwa Angaben in *Bieker/Haslauer*, „Ihr Einsatz, bitte!“, FOCUS Money Nr. 13/2006.
 - 4 Vgl. etwa *Diegmann/Hoffmann/Ohlmann*, Praxishandbuch für das gesamte Spielrecht, Rz. 89 und in der Folge die dazu ergangene Rechtsprechung. Außerdem *Arendts*, Einstweiliger Rechtsschutz bei gegen Sportwettenvermittler ergangene Untersagungsverfügungen, WuV 2008, 123.
 - 5 Für eine wohl erschöpfende Übersicht über die neuere Rechtsprechung zu Sportwetten in Deutschland siehe die im Auftrag der Europäischen Kommission 2006 erstellte Studie „Study of Gambling Services in the internal market of the European Union“ des Schweizerischen Instituts für Rechtsvergleichung (http://ec.europa.eu/internal_market/services/gambling_en.htm, abgerufen 17. Juli 2010), Länderbericht Deutschland (http://ec.europa.eu/internal_market/services/docs/gambling/study2_en.pdf, ab S. 265, abgerufen 17. Juli 2010), dort insbesondere S. 301 ff. Zahlreiche Nachweise finden sich auch bei *Diegmann/Hoffmann/Ohlmann*, Praxishandbuch für das gesamte Spielrecht, Rz. 107 mit Fn. 137.
 - 6 BVerfGE 115, 276 = NJW 2006, 1261; BVerfG, NVwZ 2001, 791; BGH, NStZ 2002, 39; BVerfG, NVwZ 2008, 1338 m. Anm. *Korte*, NVwZ 2009, 283.
 - 7 EuGH, GewArch 2000, 19 („Zenatti“); EuGH, DVBl. 2000, 111 („Läärä“); EuGH, NJW 2004, 139 („Gambelli“) m. Anm. *Korte*, NVwZ 2004, 1149; EuGH, NJW 2007, 1515 = JZ 2007, 782 („Placania“); EuGH, NJW 2009, 3221 = GewArch 2009, 444 („bwin“) m. Anm. *Dederer*, NJW 2010, 198 und *Rietorf*, GewArch 2009, 446.
 - 8 *Brüning*, „Nichts geht mehr?“ – Zum grundrechtlichen Schutz der Berufsfreiheit vor staatlicher Wirtschaftstätigkeit, JZ 2009, 29; *Dederer*, Stürzt das deutsche Sportwettenmonopol über das Bwin-Urteil des EUGH?, NJW 2010, 198; *Ennuschat* (Hg.), Aktuelle Probleme des Rechts der Glücksspiele. Vier Rechtsgutachten; *Fischer*, Das Recht der Glücksspiele im Spannungsfeld zwischen staatlicher Gefahrenabwehr und privatwirtschaftlicher Betätigungsfreiheit, 165 ff.; *Korte*, Die Veranstaltung und Vermittlung von Glücksspielen im Internet – zwei Seiten einer verbotenen Medaille?, NVwZ 2009, 283; *ders.*, Das staatliche Glücksspielwesen, 1 ff., 212 ff.; *Beckemper/Janz*, Rien ne va plus – Zur Strafbarkeit wegen des Anbietens von Sportwetten nach der Sportwettenentscheidung des BVerfG v. 28.3.2006, ZIS 2008, 31; *Grünwald/Koch*, Nichts geht mehr?

Landesgesetzgeber reagierten auf das Marktgeschehen und die Rechtsprechung (vor allem des Bundesverfassungsgerichts) durch einen eilig geschlossenen (aber kurzlebigen) Glücksspielstaatsvertrag (GlüStV),⁹ der bis zum 31.12.2011 befristet und zwischenzeitlich überdies bereits durch das Land Schleswig-Holstein gekündigt worden ist. Daher steht erneut die Neuordnung des Glücksspielwesens in Deutschland auf der politischen Agenda.

Doch warum soll das Glücksspiel überhaupt reguliert werden? Das Glücksspielrecht ist in der Ausprägung, die es durch die jüngere Rechtsprechung erfahren hat, und gemessen an den Zwecken, die es ausweislich von § 1 GlüStV verfolgt, klassisches Gefahrenabwehrrecht.¹⁰ Die Länder verfolgen – etwa ausweislich des Glücksspielstaatsvertrages – damit den Schutz verschiedener öffentlicher Interessen und der sozialen Ordnung:¹¹ Neben dem vordringlichen Kampf gegen die Glücksspielsucht¹² und die Begrenzung der Wettleidenschaft soll die Gesellschaft durch das Glücksspielmonopol auch vor spielbezogenen Begleit- und Folgestraftaten, vor allem vor Spielbetrug, geschützt werden.¹³ Die Regulierung des Glücksspiels hat aber auch eine Dimension, die stark an Verbraucherschutz-Motive erinnert:¹⁴ So sollen, durchaus mit einem paternalistischen Ansatz¹⁵, Spieler davor geschützt werden, dass ihr – aufgrund von in den Verhaltenswissenschaften etablierten kognitiven Effekten – bisweilen irrationales Verhalten von den Spielveranstaltern ausgenutzt wird.¹⁶ Das bezieht sich etwa auf Verhaltensmuster, die auf der Fehleinschätzung von Wahrscheinlichkeiten¹⁷, und auf der Berücksichtigung versunkener Kosten¹⁸ beruhen. In diese

Sportwetten im Internet, MMR 2008, 711; *Pestalozza*, Das Sportwetten-Urteil des BVerfG – Drei Lehren über den Fall hinaus, NJW 2006, 1711. Vgl. auch *Pieroth*, Gier nach Geld und Glück, F.A.Z. Nr. 284 v. 4.12.2008, S. 7. Als Beispiel für die umfangreiche Literatur zur europarechtlichen Bewertung nur *Kolb*, Die Veranstaltung von Glücksspielen, 131 ff.; *Korte*, Das staatliche Glücksspielwesen, 45 ff.; *Voßkuhle/Bumke*, Rechtsfragen der Sportwette, 79 ff.; *Wiring*, Das deutsche Glücksspielmonopol – politisch gewollt, gemeinschaftsrechtlich nicht haltbar?, ZfWG 2007, 203.

9 Für den genauen Wortlaut des Vertrages vgl. etwa Ratifizierung in Nordrhein-Westfalen durch Gesetz v. 30.10.2007 (GV. NRW. S. 445).

10 *Voßkuhle/Bumke*, Rechtsfragen der Sportwette, 23, weisen allerdings zurecht darauf hin, dass es vor dem Hintergrund der Gefahrenabwehr inkonsequent ist, Geldspielautomaten nicht zu verbieten. Vgl. dazu auch Fn. 73. Vgl. ferner *Pieroth*, Gier nach Geld und Glück, F.A.Z. Nr. 284 v. 4.12.2008, S. 7.

11 Zum Ganzen vgl. amtliche Erläuterungen zum Entwurf des GlüStV vom 14.12.2006, abgedruckt bei *Gebhardt/Grüsser-Sinopoli* (Hg.), Glücksspiel in Deutschland. Ökonomie, Recht, Steuern, 611.

12 Vgl. dazu die Ausführungen des BVerfG, NJW 2006, 1261 (1263), Rz. 99 ff. (m.w.N.).

13 Vgl. etwa § 1 GlüStV.

14 Dazu etwa BVerfG, NJW 2006, 1261 (1263), Rz. 103.

15 Kritisch dazu *Kühne*, Eine Bemerkung zu Fragen des Glücksspiels bei Sportwetten, in: *Hoyer et al.*, FS Schroeder, 545 (548).

16 Vgl. § 1 Nr. 3 des (alten) Lotteriestaatsvertrages und BVerfG, NJW 2006, 1261 (1264), Rz. 110. Das BVerfG stellt klar, dass dieses gesetzgeberische Ziel nur dann ein legitimes ist, wenn es nicht allein um den Ausschluss privaten Gewinnstrebens gehen sollte; die „Verhinderung der Ausnutzung des Spieltriebs“ ist demnach ein legitimer Zweck (im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung bei der Regulierung des Glücksspiels als Eingriff in Art. 12 I GG).

17 Menschen zeigen systematische Verzerrungen bei der Einschätzung von Wahrscheinlichkeiten, vgl. etwa *Tversky/Kahneman*, Judgment under uncertainty: Heuristics and biases, Science 185 (1974), 1124 – 1131. Einen direkten Bezug zwischen Informationsverzerrungen und Spielverhalten stellt auch das Modell von *Corney/Cummings*, Gambling behavior and information processing biases, Journal of Gambling Studies, 1 (1985), 111 – 118) her.

18 Versunkene Kosten bezeichnen Kosten, die bereits in ein Objekt investiert wurden. Es konnte beispielsweise gezeigt werden, dass Menschen zu lange versuchen an Projekten festzuhalten, in die sie bereits Kosten investiert haben (vgl. etwa *Garland*, Throwing good money after bad: The effect of sunk costs on the decision to escalate commitment to an ongoing project, Journal of Applied Psychology 75 (1990), 728 –731). Vgl. auch

Kategorie gehört auch der Schutz vor irreführender Werbung.¹⁹ Weitere Regelungsziele sind der Spieler- und Jugendschutz und die Eröffnung umfangreicher und intensiver Informations-, Kontroll- und Einwirkungsmöglichkeiten zur Verbesserung der Abwehr der Gefahren, die der Bevölkerung und den Spielteilnehmern durch das öffentliche Glücksspiel drohen.²⁰ Aus ökonomischer Sicht liegt ferner im Bereich des Glücksspiels ein Marktverzerrung vor: Die Wettteilnehmer bewerteten den Wert durch ihre Hoffnung falsch, und schlossen daher nicht marktgerechte – irrationale – Wetten ab.²¹ Dass man angesichts dieser Gefahren das Glücksspiel nicht rundheraus verbietet, wird damit begründet, dass sich die natürliche Spielneigung des Menschen doch ihre Bahnen brechen würde, und dann – ohne staatlich umhegt zu sein – im kriminellen Milieu weitaus größeren Schaden anrichten könne. Die Monopolisierung des Glücksspiels beim Staat habe daher Kanalisierungsfunktion.²²

Hinter der juristischen Aufregung stehen nicht zuletzt auch fiskalische Interessen: Etwa die Hälfte der erwachsenen Deutschen soll regelmäßig an Glücksspielen teilnehmen.²³ Am gesamten deutschen Glücksspielmarkt²⁴ mit einem Volumen von rd. 28 Mrd. Euro²⁵ (das entspricht rund 1,25 % des Bruttoinlandsproduktes des Jahres) und Gesamterlösen von 8,8 Mrd. Euro²⁶ partizipieren die Länder unmittelbar mit Einnahmen aus abgeführten Gewinnen und Steuern in Höhe von 4,25 Mrd. Euro²⁷. Der mit rd. 2 Mrd. Euro verhältnismäßig kleine Sportwettmarkt bringt den Ländern immerhin Gewinne in Höhe von 500 Millionen Euro ein.²⁸ Private Glücksspielveranstalter sind daher bemüht, in den – jedenfalls im internationalen Vergleich – noch als unterentwickelt²⁹ geltenden Markt einzudringen, während die Länder das Glücksspielmonopol zu halten versuchen.³⁰

Höffler, Why Humans Care about Sunk Costs While Animals Don't. An Evolutionary Explanation, Preprints of the Max Planck Institute for Research on Collective Goods 2005/17 (m.w.N.).

- 19 Zur Werbung für das staatliche Glücksspielwesen s. *Walz*, Nur wer mitspielt, kann gewinnen. Werbung für staatliche Glücksspielangebote als öffentliche Aufgabe?, Baden-Baden 2009.
- 20 BVerfG, NJW 2006, 1261 passim; vgl. *Diegmann/Hoffmann/Ohlmann*, Praxishandbuch für das gesamte Spielrecht, 28 ff. (mit Übersicht S. 31).
- 21 *Janssen/Rebeggiani*, Das staatliche Sportwettenmonopol in Deutschland – Fessel oder Schutzschild?, in: List Forum für Wirtschafts- und Finanzpolitik, Bd. 34 (2008), 175 (178).
- 22 Statt vieler vgl. amtliche Erläuterungen zum Entwurf des GlüStV vom 14.12.2006, abgedruckt bei *Gebhardt/Grüsser-Sinopoli* (Hg.), Glücksspiel in Deutschland. Ökonomie, Recht, Steuern, 611.
- 23 *Mintas*, Glücksspiele im Internet, 34 (m.w.N.).
- 24 Die hier genannten Umsatz- und Erlöszahlen beziehen sich auf das Jahr 2005.
- 25 *Albers*, Der Glücksspielmarkt – Potenzial und Risiken, in: *Gebhardt/Grüsser-Sinopoli* (Hg.), Glücksspiel in Deutschland. Ökonomie, Recht, Steuern, 56 (64).
- 26 A.a.O., 56 (63).
- 27 Auskunft des Statistischen Bundesamtes (VI C – 37114200 – SF); Höhepunkt 2002: 4,47 Mrd. Euro; Einnahmen 2009 (Haushaltsansätze): 3,43 Mrd. Euro.
- 28 *Albers*, Der Glücksspielmarkt – Potenzial und Risiken, in: *Gebhardt/Grüsser-Sinopoli* (Hg.), Glücksspiel in Deutschland. Ökonomie, Recht, Steuern, 56 (63 f.).
- 29 *Janssen/Rebeggiani*, Das staatliche Sportwettenmonopol in Deutschland – Fessel oder Schutzschild?, in: List Forum für Wirtschafts- und Finanzpolitik, Bd. 34 (2008), 175 (175 f.). Danach seien die Wettumsätze in angelsächsischen Ländern etwa zwanzig, in Hongkong sogar sechzig mal höher als in Deutschland. Vgl. dazu auch Angaben bei *Bieker/Haslauer*, „Ihr Einsatz, bitte!“, FOCUS Money Nr. 13/2006.
- 30 Das wohl nicht zuletzt auch deshalb, weil jene Einnahmen aus dem Glücksspiel, die nicht zum Steueraufkommen zählen, in manchen Ländern in privatrechtlichen Gesellschaften oder durch sondergesetzlich errichtete staatliche Stiftungen verwaltet werden, die zwar auf gemeinnützige Zwecke verpflichtet sind, finanzverfassungsrechtlich aber nicht der parlamentarischen Kontrolle unterliegen. Die Mittelverwendung durch

Solche fiskalischen Motive dürfen indessen nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts bei der Regulierung des Glücksspiels keine Berücksichtigung finden.³¹ Für eine verfassungsrechtlich nicht zu beanstandende Regulierung bedarf es also des Rückgriffs auf Gefahren für die genannten Rechtsgüter. Um die Differenzierung zwischen in diesem Sinne „gefährlichem“ und „harmlosem“ Spiel dogmatisch handhabbar zu machen, knüpfen die Landesgesetze und das Straf- und Gewerberecht des Bundes an eine Kaskade von Spielbegriffen an, in deren Zentrum die Unterscheidung zwischen Glücks- (*ludus fortunae*) und Geschicklichkeitsspiel (*ludus artis*) steht.³² Sowohl das Glücks- wie das Geschicklichkeitsspiel sind danach Spiele, bei denen die Gewinnmöglichkeit mit einem nicht unerheblichen monetären Einsatz erkaufte werden muss, der im Verlustfall verloren ist; vereinfacht gesprochen ist beim Glücksspiel für den Spielausgang (zumindest überwiegend) der Zufall entscheidend, während es beim Geschicklichkeitsspiel wesentlich auf die Fähigkeiten der Spieler ankommt.³³ Im Glücksspiel wird indessen eine Gefahr für die oben genannten Schutzgüter gesehen, weil der Spielausgang von der Geschicklichkeit des Spielers unabhängig und von diesem daher nicht zu beeinflussen sei; deshalb gibt es für derlei Spiele vielfache, über das Gewerberecht hinausgehende Sonderregeln. Implizit liegt dieser Auffassung die Annahme zugrunde, fehlender Einfluss auf das Spielgeschehen mache ein Spiel gefährlicher (ein Argument, das verführerisch einleuchtend, aber – wie wir zeigen werden – trotzdem falsch ist). Daher werden Glücksspiele der strengen Regulierung durch das Glücksspielrecht, insbesondere dem Glücksspielstaatsvertrag, unterworfen, durch den u.a. eine ausschließliche Monopolisierung der Sportwetten (mit Ausnahme der Pferdewetten³⁴) bei den Ländern verfügt wird (vgl. § 10 Abs. 5 GlüStV, für Nordrhein-Westfalen z.B. § 2 Abs. 1 GlüStV AG NRW). Die öffentliche Veranstaltung von Geschicklichkeitsspielen ist dagegen im Grundsatz frei und nur Gegenstand einer „milden“ Regulierung etwa durch das Gewerberecht. Vor diesem Hintergrund wird die Frage bedeutsam, in welche der beiden Kategorien von Spielen ein Angebot fällt: Ist es ein Geschicklichkeitsspiel, kann es grundsätzlich auch von Privaten öffentlich angeboten werden; ist es dagegen ein Glücksspiel, so ist seine öffentliche Veranstaltung verboten, und die Zuwiderhandlung strafbewehrt (§§ 284 ff. StGB). Für eine Reihe von Spielen wird mittlerweile diskutiert, ob die erforderliche Geschicklichkeit für ein Spiel und der Einfluss, den individuelle Geschicklichkeit auf den Spielausgang hat, gewichtig genug sind, als dass sie

solche Einrichtungen lässt der Exekutive über die (Besetzung der) jeweiligen Organe im Rahmen der Zweckbindung weite und nicht vollständig transparente Ermessensspielräume. Dies gilt bspw. für Nordrhein-Westfalen, Berlin und das Saarland, während etwa in Bayern die gesamten Einnahmen aus dem Glücksspiel in den Landeshaushalt eingestellt werden. Vgl. exemplarisch für Nordrhein-Westfalen §§ 20 ff. SpielbG NRW oder für Berlin §§ 10 ff. DKLB-Gesetz.

31 BVerfG, NJW 2006, 1261 (1263), Rz. 107 ff.

32 Die Begriffe des Glücks- und des Geschicklichkeitsspiel werden hier als allgemeine Begriffe gebraucht, wie sie auch dem Gesetzgeber vorgeschwebt haben mögen, auch wenn sie sich in den unterschiedlichen Rechtsgebieten in Nuancen unterscheiden. – Zu den Begriffen grundlegend statt vieler *Ennuschat*, Zur Unterscheidung der Glücksspiele von Geschicklichkeitsspielen, in: *Ennuschat et al.* (Hg.), GS Tettinger, 2007, 41 ff.; *Dickersbach*, Der Geschicklichkeitsautomat als Problem des gewerblichen Spielrechts, *GewArch* 1998, 265 (268); Diese Unterscheidung kennen auch andere Rechtsordnungen, etwa die US-amerikanische.

33 Zur genauen Abgrenzung unten II.1.

34 Aufgrund des Rennwett- und Lotteriegesetzes (RWG) von 1922 und den zugehörigen Ausführungsbestimmungen; vgl. dazu *Diegmann/Hoffmann/Ohlmann*, Praxishandbuch für das gesamte Spielrecht, Rz. 43 ff. m.w.N. Zur Inkohärenz der Regulierung von Pferde- und sonstigen Sportwetten vgl. auch *Korte*, Das staatliche Glücksspielwesen, 171 f., sowie *Pieroth*, Gier nach Geld und Glück, F.A.Z. Nr. 284 v. 4.12.2008, S. 7.

eine Qualifikation als Geschicklichkeitsspiel zu rechtfertigen vermögen (etwa für *Texas Hold'em Poker* als Turnierspiel).³⁵

II. Forschungsfragen

Bei der Regulierung des Glücksspielrechts und bei seiner konkreten Anwendung auf den Einzelfall werden implizit eine Reihe von empirischen Annahmen getroffen.

1. Sind Sportwetten Glücks- oder Geschicklichkeitsspiele?

Ein Glücksspiel liegt nach der Rechtsprechung³⁶ und im Anschluss an diese nach § 3 Abs. 1 GlüStV vor, wenn im Rahmen eines Spiels für den Erwerb einer Gewinnchance ein nicht nur unwesentliches Entgelt verlangt wird und die Entscheidung über Gewinn oder Verlust allein oder überwiegend vom Zufall, „d.h. vom Wirken unberechenbarer, dem Einfluss der Beteiligten entzogener Ursachen abhängt.“³⁷ Diese Qualifizierung soll jedenfalls dann gelten, wenn der ungewisse Eintritt oder Ausgang zukünftiger Ereignisse maßgeblich ist.³⁸ Dagegen liegt ein Geschicklichkeitsspiel vor, wenn der Spielausgang wesentlich von den geistigen oder körperlichen Fähigkeiten, den Kenntnissen, der Aufmerksamkeit oder der Übung des Spielers abhängt.³⁹ Abzustellen ist bei der Bewertung, ob es sich bei einem Spiel um ein Glücks- oder Geschicklichkeitsspiel handelt, auf den durchschnittlichen potenziellen Teilnehmer, also auf das Publikum, an das sich das Spiel richtet,⁴⁰ so dass der Charakter eines Spiels nur einheitlich beurteilt werden kann.⁴¹ Dem BVerwG zufolge soll ein Glücksspiel dann vorliegen, wenn der Durchschnittsspieler eine „Nichttrefferquote“ von über 50 % hat.⁴²

Diese etablierte Abgrenzung begegnet theoretischen Bedenken, namentlich bei Nullsummenspielen, bei denen die Spieler nur das gewinnen können, was andere Spieler verlieren (wie dies,

35 *Holznapel*, Poker – Glücks- oder Geschicklichkeitsspiel?, MMR 2008, 439; *Rock/Fiedler*, Die Empirie des Online-Pokers – Bestimmung des Geschicklichkeitsanteils anhand der kritischen Wiederholungshäufigkeit, ZfWG 2008, 412; *Fiedler/Rock*, Quantifying Skill in Games – Theory and Empirical Evidence for Poker, Gaming Law Review 13 (2009), 50. Vgl. auch *Schmidt/Wittig*, Poker: Alles nur Glück?, JR 2009, 45 (49). Ferner *Vec*, Glück im Spiel – Pech vor Gericht, F.A.Z. vom 8. Oktober 2008, S. N3 (dabei handelt es sich um den Beitrag, der für die Verfasser der erste Anstoß zu dieser empirischen Studie war).

36 BGHSt 34, 171 (176).

37 So schon RGSt 61, 12 (15).

38 § 3 Abs. 1 S. 1 GlüStV. Kritisch: *Kühne*, Eine Bemerkung zu Fragen des Glücksspiels bei Sportwetten, in: *Hoyer et al.*, FS Schroeder, 545 (551), der zurecht darauf hinweist, dass unter eine so gefasste Definition auch jede erwerbswirtschaftliche Geschäftstätigkeit fallen würde. Auch aus psychologischer Sicht ist eine solche Definition unsinnig, weil „postdiction“ zu noch größeren Urteilsverzerrungen führt als „prediction“, vgl. etwa *Harel/Guttel*, Uncertainty Revisited. Legal Prediction and Legal Postdiction, Michigan Law Review 107 (2008), 467 (m.w.N.).

39 RGSt 61, 12 (15); BGHSt 2, 274 (276); BGHSt 36, 74 (80); BGH, NStZ 2003, 372 ff.; vgl. ferner *Eser/Heine*, § 284, Rz. 5, in: *Schönke/Schröder*, StGB m.w.N. So ist einhellige Auffassung, dass Spiele wie Billard, Kegeln, Dart und Skat Geschicklichkeitsspiele sind. Zur Abgrenzung instruktiv: *Korte*, Das staatliche Glücksspielwesen, 31 ff.

40 RGSt 61, 12 (15); BGHSt 2, 274 (276); BGH, NStZ 2003, 372 ff.; s. auch *Hecker/Schmidt*, § 284 StGB, Rz. 11, in: *Dietlein/Hecker/Rutig*, Glücksspielrecht.

41 BGH, NStZ 2003, 372 ff.; LG Bochum, NStZ-RR 2002, 170; *Tröndle/Fischer*, StGB, § 284, Rz. 5 (m.w.N.).

42 BVerwG, NVwZ 2002, 862 (864).

wenn man von der Buchmachermarge absieht, bei Sportwetten der Fall ist): Stellt man auf den Durchschnittsspieler ab, dann ist dessen Gewinn aufgrund des Nullsummenspiel-Charakters der Wetten *per definitionem* 0 – es findet eine Umverteilung der Wetteinsätze von den unterdurchschnittlich befähigten oder glücklichen zu den überdurchschnittlich befähigten oder glücklichen Spielern statt. Im „Durchschnitt“ kann man den (Wett-)Markt eben schon prinzipiell nicht schlagen. Die Nichttrefferquote des Durchschnittsspielers liegt bei genau 50 %, das Kriterium des BVerwG vermag nicht zu einer Differenzierung zu verhelfen. Wollte man Nullsummenspiele allgemein als Glücksspiel einordnen, dann wäre auch ein Wett-Schachspiel zwischen Kramnik und Anand Glücksspiel, obwohl die beiden Schachweltmeister ohne jeden Zweifel über außerordentliches Geschick verfügen und dieses (wie die seit 2007 anhaltende Serie Anands zeigt) für den Spielausgang entscheidend ist – ein Ergebnis, das bei einer Gesamtschau von Rechtsprechung und Literatur nicht gewollt sein dürfte.⁴³ Sinnvollerweise ist bei Nullsummenspielen⁴⁴ vielmehr darauf abzustellen, ob bei dem Publikum, an das sich das Spielangebot richtet, ein höheres Geschick auch zu einer höheren Gewinnwahrscheinlichkeit führt⁴⁵ – ob mit anderen Worten die Umverteilung aufgrund höheren Geschicks erfolgt oder allein aufgrund Zufalls.⁴⁶

Für die Einordnung eines Spiels als Geschicklichkeits- oder Glücksspiel müssen Behörden und Gerichte zunächst einschätzen, ob bei einem Spiel das Geschicklichkeits- oder das Zufallsmoment überwiegt. Während die Rechtsprechung die Sportwette überwiegend als Glücksspiel qualifiziert, ist in der Literatur außerordentlich umstritten, wie Sportwetten einzustufen sind.⁴⁷ Im Folgenden soll am Beispiel von Fußballwetten (wie etwa der „Oddset-Wette“⁴⁸) untersucht werden, ob bei Sportwetten die Geschicklichkeit der Spieler einen entscheidenden Einfluss auf den Wetterfolg hat, und ob sie daher als Glücks- oder Geschicklichkeitsspiele einzustufen sind. Unsere Studie ist dabei unabhängig von der tatsächlichen Ausspielform oder den Spielregeln und fragt nur, inwiefern bei der Vorhersage von Spielergebnissen die Geschicklichkeit der Spieler einen Einfluss hat. Angesichts des Nullsummenspielcharakters der Sportwette soll die der Ein-

43 Gleiches gälte für vergleichbare Situationen mit den Spielen Billard, Kegeln, Dart und Skat, die nach soweit ersichtlich unbestrittener Auffassung Geschicklichkeitsspiele sind.

44 Ob dieser Ansatz auch auf Negativ- und Positivsummenspiele zu übertragen ist, mag hier dahinstehen. Auch wenn es bei Negativsummenspielen ein höheres Ausbeutungspotenzial gibt, muss dieses nicht per se auf Glückselemente zurückzuführen sein. Sieht der Gesetzgeber in Negativsummenspielen als solchen eine besondere Gefahr, muss er dies begründen und derlei Spiele aufgrund dieser Begründung verbieten.

45 Vgl. BGH JZ 2003, 858 ff. (m.w.N.).

46 Eine Umverteilung aufgrund höheren Geschicks gleicht prinzipiell der Funktionsweise jedes Gütermarktes.

47 *Voßkuhle/Bumke*, Rechtsfragen der Sportwette, 19. Exemplarisch: Glücksspiel: BVerwGE 96, 293 und BVerwGE 114, 92; BGH NJW 2002, 2175; BayVGH, GewArch 2001, 65; OLG Köln, GRUR 200, 533; LG München I, NJW 2002, 2656; *Bahr*, Glücks- und Gewinnspielrecht. Eine Einführung in die wichtigsten rechtlichen Aspekte (2007); *Kolb*, Die Veranstaltung von Glücksspielen, 44 ff.; *Korte*, Das staatliche Glücksspielwesen, 36; *Mintas*, Glücksspiele im Internet, 75 ff. (78) (speziell für die Oddset-Sportwette); *Rossen-Stadtfeld*, Sportwettenwerbung im Programm privater Fernsehveranstalter, ZUM 2006, 793; – Geschicklichkeitsspiel: AG Karlsruhe-Durlach, NStZ 2001, 254; LG Bochum NStZ-RR 2002, 170; *Kühne*, Eine Bemerkung zu Fragen des Glücksspiels bei Sportwetten, in: *Hoyer et al.*, FS Schroeder, 545 (insbesondere Fazit auf S. 553); – differenzierende Betrachtungsweise: *Ennuschat*, GS Tettinger, 41 (45); *Voßkuhle/Bumke*, Rechtsfragen der Sportwette, 24 f. (Oddset-Wette ist ihrer Auffassung zufolge Geschicklichkeitsspiel); vgl. auch *Pieroth*, Gier nach Geld und Glück, F.A.Z. Nr. 284 v. 4.12.2008, S. 7. Vgl. ferner VGH Kassel, GewArch 2005, 17 (18) und VG Dessau, GewArch 2003, 296.

48 Zu deren verschiedenen Aspekten eingehend *Mintas*, Glücksspiele im Internet.

fluss der Geschicklichkeit daran festgemacht werden, ob sich bei der Sportwette ein erhöhtes Geschick in einer erhöhten Erfolgswahrscheinlichkeit niederschlägt oder nicht.

2. Sind Sportwetten gefährlich?

Ferner geht der Gesetzgeber offenbar davon aus, dass vom „reinen“ Glücksspiel größere Gefahren für die Öffentlichkeit (etwa Glücksspielsucht, spielbezogene Begleit- und Folgestraftaten, Spielbetrug, Ausnutzung von Verhaltenseffekten bei Spielern, Gefahren für die Jugend) ausgehen, als vom Geschicklichkeitsspiel. Vor diesem Hintergrund soll untersucht werden, inwiefern bei Fußballwetten die Wetter hinsichtlich ihrer Vorhersagen einer Kontrollillusion unterliegen (sog. *illusion of control effect*⁴⁹), und ob bei den Versuchspersonen eine übersteigerte Selbstsicherheit festgestellt werden kann (sog. *over-confidence effect*⁵⁰). Beide Effekte sind in der Kognitionspsychologie etablierte Muster systematischen Fehlverhaltens; ersterer wird als ein eminent wichtiger vermittelnder Faktor für Spielsucht angesehen,⁵¹ letzterer könnte etwa von Glücksspielanbietern ausgenutzt werden, um die Spieler zu bewegen, mehr oder höhere Wetten abzuschließen, als dies angesichts ihrer tatsächlichen Geschicklichkeit vernünftig wäre. Rechtlich sind die Effekte folglich mit Blick auf die Eignung der gegenwärtigen Regulierung des Glücksspiels zur Gefahrenabwehr von Belang: Kann der gesetzliche Zweck der Eindämmung der Spielsucht erreicht werden, kann verhindert werden, dass die menschliche Spieleidenschaft ausgenutzt wird?

III. Methode

Ob das Glücksspiel als im Vergleich zum Geschicklichkeitsspiel gefährlichere Spielform einzustufen, oder ob ein Spiel konkret als Glücks- oder Geschicklichkeitsspiel einzuordnen ist, sind letztlich normative Wertungsfragen.⁵² Insofern dabei aber an konkrete Lebenssachverhalte angeknüpft wird, sind empirisch zu untersuchende Vorfragen außerhalb des Rechts bedeutsam und als Tatsachengrundlage vom Recht zu berücksichtigen.⁵³

49 Es handelt sich dabei um die übersteigerte Überzeugung in die eigene Fähigkeit, den Ausgang eines unsicheren Ereignisses beeinflussen bzw. kontrollieren zu können; s. *Langer*, *Illusion of control*, *Journal of Personality and Social Psychology* 32 (1975), 311 – 328.

50 Das Konzept beschreibt den Befund der übertriebenen Sicherheit in eigene Urteile, dass man sich also sicherer ist, als man eigentlich sein sollte (s. etwa *Dunning/Griffin/Milojkovic/Ross*, *The overconfidence effect in social prediction*, *Journal of Personality and Social Psychology* 58 (1990), 568 – 581).

51 Nach verschiedenen aktuellen Modellen ist Kontrollillusion ein wichtiger vermittelnder Faktor bei der Entstehung von Spielsucht, s. etwa *Blaszczynski/Nower*, *A pathways model of problem and pathological gambling*, *Addiction* 97 (2002), 487 – 499. Allerdings ist die Befundlage diesbezüglich nicht ganz eindeutig. Eine Mehrzahl der Studien weist Kontrollillusionen und verwandte Phänomene bei Spielern nach; andere Studien zeigten hingegen nur einen geringen bzw. keinen Zusammenhang zwischen wahrgenommener Kontrolle und Glücksspiel, dazu s. *Goodie*, *The role of perceived control and overconfidence in pathological gambling*, *Journal of Gambling Studies*, 21 (2005), 481 – 502.

52 *Voßkuhle/Bumke*, *Rechtsfragen der Sportwette*, 24.

53 Dazu eingehend *Petersen*, *Braucht die Rechtswissenschaft eine empirische Wende?*, Staat 2010 (im Erscheinen) = Preprints of the Max Planck Institute for Research on Collective Goods 2010/10 (http://www.coll.mpg.de/pdf_dat/2010_10online.pdf, abgerufen am 18.07.2010).

Die Prüfung der ersten Frage (sind Glücksspiele gefährlicher als Geschicklichkeitsspiele?) ist rechtsdogmatisch beim Übermaßverbot – in erster Linie bei der Prüfung der Geeignetheit einer staatlichen Maßnahme, daneben auch bei der Erforderlichkeitsprüfung – zu verorten. Die empirischen Erkenntnisse zum Regelungsgegenstand, zur Regelungswirkung allgemein und zur Effektivität der Regelung im Besonderen bilden gleichsam den Maßstab, an dem sich die rechtliche Regulierung messen lassen muss. Wie das Bundesverfassungsgericht unterstreicht, gilt dies namentlich für die Monopolisierung des Glücksspiels, die dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz genügen muss;⁵⁴ auch die Europäische Kommission hat die fehlende empirische Grundlage für die Regulierung des Glücksspielwesens in Deutschland bemängelt.⁵⁵ Dass dem Gesetzgeber vor allem bei der Prüfung der Geeignetheit und Erforderlichkeit eine Einschätzungsprärogative und damit ein weiter Beurteilungs- und Prognosespielraum zusteht,⁵⁶ entbindet ihn nicht von der Pflicht, seine Entscheidungen empirisch zu fundieren. Denn dem verfassungsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsgrundsatz genügt es nicht, dass der Gesetzgeber zur Rechtfertigung seiner Freiheitseingriffe eine plausible Geschichte erzählt, vielmehr muss die konkrete rechtliche Regelung tatsächlich geeignet sein, die vom Gesetzgeber in den Blick genommenen Normzwecke zu erreichen. Bei der Frage der Eignung einer staatlichen Eingriffsmaßnahme begegnen sich also rechtliche Konstruktion und soziale Wirklichkeit. Dies gilt in besonderem Maße für das Gefahrenabwehrrecht, zu dem auch das Glücksspielrecht zu zählen ist.

Die zweite Frage (welcher Kategorie ist ein Spiel zuzuordnen?) stellt sich bei der teleologischen Auslegung der anwendbaren Normen. Auch hier muss etwa bei Auslegung und Subsumtion an Tatsachen angeknüpft werden, auch hier darf eine Zuordnung nicht willkürlich sein, müssen Norm und Wirklichkeit übereingebracht werden.⁵⁷ Das wiederum bedingt eine genaue Kenntnis der Tatsachen, und damit eine empirische Fundierung der normativen Wertungen.

Allerdings folgt aus den empirischen Einsichten allein für das Recht noch nichts. Sie helfen vielmehr nur dabei, im Rahmen der Subsumtion tatsächlich fundierte, an der Lebenswirklichkeit orientierte normative Aussagen zu treffen, die wiederum als dogmatische oder systematische Argumente in den rechtlichen Diskurs eingeführt werden können. In der Literatur wurde verschiedentlich angemahnt, dass der juristische Diskurs besserer empirischer Grundlagen bedürfe;⁵⁸ nach wie vor gibt es aber – mit Ausnahme einiger weniger klinischer Studien⁵⁹ – solch em-

54 BVerfG, NJW 2006, 1261 (1263), Rz. 94 und 97 ff. Vgl. auch zu dieser Fragestellung sehr eingehend *Fischer*, Das Recht der Glücksspiele im Spannungsfeld zwischen staatlicher Gefahrenabwehr und privatwirtschaftlicher Betätigungsfreiheit, 165 ff., 174 ff.

55 Siehe dazu Antwort der Bundesregierung vom 24.4.2007 im Notifizierungsverfahren Nr. 2006/65D – Staatsvertrag zum Glücksspielwesen.

56 BVerfG, NJW 2006, 1261 (1264), Rz. 115 f.; vgl. auch *Becker/Dittmann*, Gefährdungspotenziale von Glücksspielen und regulatorischer Spielraum des Gesetzgebers (Gutachten), in: *Ennuschat* (Hg.), Aktuelle Probleme des Rechts der Glücksspiele. Vier Rechtsgutachten, 113 (139 ff.).

57 Dazu eingehend *Petersen*, Braucht die Rechtswissenschaft eine empirische Wende?, Staat 2010 (im Erscheinen), unter II. 2. a) = Preprints of the Max Planck Institute for Research on Collective Goods 2010/10 (http://www.coll.mpg.de/pdf_dat/2010_10online.pdf, abgerufen am 18.07.2010). Vgl. auch *Towfigh/Petersen*, Ökonomische Methoden im Recht, Tübingen 2010 (im Erscheinen), § 1 IV. 1.

58 Etwa Anm. *Beckemper* zu BGH, NStZ 2003, 372, NStZ 2004, 39 (40). *Tolkemitt*, Die deutsche Glücksspielindustrie. Eine wirtschaftswissenschaftliche Analyse mit rechtspolitischen Schlussfolgerungen (2002), S. 73 ff. *Beckemper* führt a.a.O. aus: „Es bleibt also abzuwarten, dass der Wert der Informationen bei einer Sportwette empirisch untersucht wird. Die Ergebnisse der Informationsökonomie, nach denen die erzielten

pirische Evidenz nicht. Vor diesem Hintergrund haben wir die oben unter II. beschriebenen Forschungsfragen einer empirischen Untersuchung unterzogen.

1. Sind Sportwetten Glücks- oder Geschicklichkeitsspiele?

Dafür haben wir eine Online-Befragung unter insgesamt 214 Personen durchgeführt,⁶⁰ die auf den Ausgang realer Fußballspiele (Partien jeweils eines Spieltages der 1. Fußball-Bundesliga) wetten konnten: Beispielsweise lautete eine Frage, ob beim am 12. Spieltag der 1. Fußball-Bundesliga (Saison 2009/2010) zwischen Bayer Leverkusen und Eintracht Frankfurt in Leverkusen ausgetragenen Spiel Bayer Leverkusen gewinnen, das Spiel unentschieden ausgehen oder Eintracht Frankfurt gewinnen werde. Bei einer zutreffenden Vorhersage konnten die Teilnehmer 5 € gewinnen, verlieren konnten sie durch die Wette außer der aufgebrauchten Zeit nichts. Ferner wurde am Ende der Befragung auf zweierlei Weise die „Geschicklichkeit“ der Teilnehmer erhoben: Zum einen wurden die Teilnehmer um eine Selbsteinschätzung ihrer Fähigkeiten auf dem Gebiet Fußball gebeten, zum anderen mussten sie 20 Fragen eines Sport-Quiz beantworten.⁶¹ Die Verbindung der Daten von erhobener Geschicklichkeit und Wetterfolg soll Aussagen zum Einfluss von Geschicklichkeit auf den Spielausgang bei Sportwetten erlauben.

Die Versuchspersonen wurden in drei Gruppen befragt: Die erste Gruppe (95 Teilnehmer) hat die Wetten drei Wochen vor dem eigentlichen Spiel abschließen müssen (langer Vorhersagehorizont), die zweite Gruppe (74 Teilnehmer) drei Tage vor dem Spiel (kurzer Vorhersagehorizont), und eine dritte Gruppe (45 Teilnehmer) musste – für zwei unterschiedliche Spieltage – sowohl kurz- wie langfristige Vorhersagen abgeben.⁶²

Ergebnisse des einzelnen Spielers sich mit zunehmender Informationsdichte nicht verbessern, lassen aber vermuten, dass eine solche empirische Untersuchung den Glücksspielcharakter der Sportwette belegen würde.“ (Hervorhebung hier).

- 59 Siehe den Überblick bei *Meyer/Hayer*, Problematisches und pathologisches Spielverhalten bei Glücksspielen. *Epidemiologie und Prävention*, Bundesgesundheitsblatt 53 (2010), S. 295 ff.
- 60 Der Versuchsaufbau wird im Folgenden überblicksartig beschrieben; für Details sei auf die insofern ausführliche experimentalpsychologisch fokussierte Fassung der Studie verwiesen: *Towfigh/Glückner*, Game Over. Empirical Support for Soccer Bets Regulation, Preprints of the Max Planck Institute for Research on Collective Goods 2010/33.
- 61 Die Versuchsanordnung wurde nach der Erhebung mit der ersten Gruppe von Versuchspersonen (dazu sogleich im Text) noch verbessert, indem neben der selbsteingeschätzten (subjektiven) Geschicklichkeit für die zweite und dritte Gruppe zusätzlich ein Sportquiz als (objektive) Kontrolle der Selbsteinschätzung erhoben wurde. Selbsteinschätzung und Ergebnisse des Sportquiz waren hoch korreliert ($\text{corr} = 0.6$, $p < 0.0001$), die Teilnehmer schätzen mithin ihre Fähigkeiten gut ein. Für die folgenden Ergebnisse wird als Maß für die Geschicklichkeit daher die Selbsteinschätzung herangezogen. Nimmt man stattdessen die Werte des Sport-Quiz als Maßstab (dann aber eingeschränkt auf die zweite und dritte Gruppe von Probanden), verändern sich die Ergebnisse nicht nur unerheblich.
- 62 Um zu verhindern, dass ein einzelner ungewöhnlicher Spieltag Einfluss hat, wurden die Gruppen jeweils auf unterschiedliche Spieltage verteilt. Die erste Gruppe tippte auf die Partien am 26. Spieltag der Saison 2008/2009 (April 2009), die zweite Gruppe gab Vorhersagen für die Spiele am 12. Spieltag der Saison 2009/2010 ab (November 2009) und die dritte Gruppe wettete auf Spiele am 13. und 16. Spieltag der Saison 2009/2010 (November/Dezember 2009).

2. Sind Sportwetten gefährlich?

Außerdem wurden die Versuchspersonen gebeten, für jede abgegebene Wette jeweils mit Hilfe einer Skala anzugeben, zu welchem Grad die zutreffende Vorhersage des Spielausgangs vom Zufall oder vom eigenen Geschick abhängt, und wie sicher sie sich bei ihrer Vorhersage sind. Stellt man diese Angaben in Beziehung zu den Erkenntnissen dazu, ob Geschicklichkeit einen Einfluss auf den Wetterfolg hat, so lassen sich dadurch auf Kontrollillusion und (ggf. übermäßige) Selbstsicherheit Rückschlüsse ziehen – die wiederum Anhaltspunkte für die Gefährlichkeit von Sportwetten geben. Um feststellen zu können, wie sich die Gefährlichkeit von Sportwetten relativ zu der von (anerkannten) Glücksspielen verhält, wurden die Probanden überdies gebeten, Wetten zu den ersten bzw. letzten beiden Ziffern einer Ziehung der Lotterie „Spiel 77“ abzugeben, und auch hier anzugeben, zu welchem Grad die zutreffende Vorhersage des Spielausgangs vom Zufall oder vom Geschick abhängt, und wie sicher sie sich bei ihrer Vorhersage sind.⁶³

Die Versuchspersonen der dritten Gruppe wurden außerdem noch gebeten anzugeben, wie viele ihrer abgegebenen Voraussagen ihrer Einschätzung nach zutreffend sein werden; verglichen mit der tatsächlichen Anzahl richtiger Vorhersagen ergibt sich daraus ein präzises Maß für (übermäßige) Sicherheit.

IV. Empirische Ergebnisse⁶⁴

1. Sind Sportwetten Glücks- oder Geschicklichkeitsspiele?

Bei den Begriffen Glücks- und Geschicklichkeitsspiel handelt es sich um juristische Termini, die wie erwähnt per se keiner empirischen Beurteilung zugänglich sind. Es können aber empirische Anhaltspunkte gewonnen werden, die helfen, die dogmatisch-terminologische Frage zu klären. In unserer Studie ging es daher empirisch um die aus der juristischen Definition der Spielbegriffe abgeleitete Frage, ob sich bei Sportwetten das Geschick des Spielers in seinem Wetterfolg niederschlägt.

Die kurze Antwort auf diese erste Forschungsfrage lautet: Es kommt darauf an.

Bei Wetten mit einem kurzfristigen Vorhersagehorizont (drei Tage), lässt sich ein zwar kleiner, aber statistisch signifikanter positiver Einfluss von Geschicklichkeit auf korrekte Vorhersagen erkennen.⁶⁵ Unseren Daten zufolge ist beim kurzfristigen Vorhersagehorizont die Wahrschein-

63 Ferner wurden dieselben Probanden gebeten, Wetten auf die Entwicklung von Börsenwerten abzugeben, wie sie etwa bei Börsentermingeschäften denkbar sind. Methode der Erhebung und Ergebnisse dieser Wetten können nachgelesen werden bei *Towfigh/Glückner*, Game Over. Empirical Support for Soccer Bets Regulation, Preprints of the Max Planck Institute for Research on Collective Goods 2010/33.

64 Die Ergebnisse der Studie werden im Folgenden überblicksartig und v.a. ohne die erforderliche, aber für den rechtswissenschaftlichen Diskurs unnötig technische Statistik beschrieben; für Einzelheiten und die statistische Überprüfung sei der geneigte Leser daher auf die insofern ausführlichere experimentalpsychologische Fassung verwiesen (s. Nachweis in Fn. 63).

65 Der marginale Effekt für den Einfluss von Geschicklichkeit auf die Wahrscheinlichkeit einer korrekten Vorhersage wurde mittels einer logistischen Regression bestimmt und betrug 0,0013 ($p < 0,001$, $z = 3,33$). Ge-

lichkeit, dass ein Spieler mit dem maximalen Wert auf der Geschicklichkeitsskala gewinnt, 13 % höher als bei einem Spieler, der über gar kein Geschick verfügt.⁶⁶

Schon bei einem dreiwöchigen Vorhersagehorizont lässt sich indes nicht mehr zeigen, dass Geschicklichkeit einen Einfluss auf den Wetterfolg hat.⁶⁷ Einfach gesprochen: Beim kurzfristigen Vorhersagehorizont weisen Probanden mit höherer Geschicklichkeit häufiger Wetterfolge auf, während beim langfristigen Vorhersagehorizont zwischen den Probanden unterschiedlichen Geschicks hinsichtlich des Wetterfolgs kein Unterschied besteht.

Betrachtet man aber alle Daten im Aggregat (also ohne Differenzierung zwischen kurz- und langfristigen Wetten), so hat Geschicklichkeit keinen Einfluss auf den Wetterfolg, und zwar selbst obwohl unsere Versuchspersonen im Durchschnitt besser als der Zufall tippen.

Wie lässt sich dieses Ergebnis erklären? Nach unserem Dafürhalten kommt spezifisches Fußballwissen insbesondere bei einem kurzfristigen Vorhersagehorizont zum Tragen: Wenn ein „Fußballexperte“ weiß, dass das Spiel des FC Bayern München zu guten Teilen von Arjen Robben abhängt, dann nutzt ihm dieses Wissen vor allem dann etwas, wenn er am Mittwoch weiß, dass Robben aufgrund einer Knöchelverletzung am Samstag nicht wird spielen können. Bei einem längeren Vorhersagehorizont verliert dieses Sonderwissen insofern an Wert, als es sich beispielsweise auch im Rang des jeweiligen Vereins in der Tabelle der 1. Fußball-Bundesliga niederschlägt⁶⁸ – ein Hilfsmittel, das viele Versuchspersonen (54 %) bei der Tippabgabe zu Rate gezogen haben.⁶⁹

2. Sind Sportwetten gefährlich?

Wenn wir auf konkret vom Gesetzgeber in den Blick genommene Gefahren fokussieren, dann können wir Maßstäbe entwickeln, anhand derer sich die rechtliche relevante Gefährlichkeit mit empirischen Mitteln bewerten lässt. Konkret sollen die von Sportwetten ausgehenden Gefahren

schicklichkeit wurde auf einer Skala von 0 – 100 erhoben, so dass nach unseren Daten eine Erhöhung von 1 % auf der Geschicklichkeitsskala die Gewinnwahrscheinlichkeit um 0,13 % erhöht.

66 Nimmt man statt der Selbsteinschätzung das Sportquiz als Maßstab für Geschicklichkeit, so gibt sich

67 Der marginale Effekt für den Einfluss von Geschicklichkeit auf die Wahrscheinlichkeit betrug laut einer logistischen Regression $-0,0003$ ($z = -0,65$, $p = .52$).

68 Vgl. *Gröschner/Raab*, Vorhersagen im Fußball. Deskriptive und normative Aspekte von Vorhersagemodeln im Sport, *Zeitschrift für Sportpsychologie* 13 (2006), 23.

69 Auf die Bedeutung der Tabelle verweisen etwa schon VGH Kassel, *GewArch* 2005, 17 (18 f.) und Anm. *Beckemper* zu BGH, *NStZ* 2003, 372, *NStZ* 2004, 39 (40). – Wichtig ist festzuhalten, dass alle richtigen Tipps auch gewinnen (wenngleich die Gewinnsumme mit jedem richtigen Tipper sinkt); zu unterscheiden ist diese Situation also namentlich vom „doppelten Spiel“, bei dem unter den Spielern mit richtigen Antworten der Gewinner ausgelost wird: Nach diesem Prinzip verfahren oftmals TV-Quiz-Sender oder das bei Privatsendern populäre Anruf-Quiz in der Werbepause, das eine außerordentlich einfache, von jedermann zu beantwortende Frage stellt (etwa RTL, 26.7.2010, 21:32 Uhr: „Was stellt man in eine Vase? a) einen Blumenstrauß – b) einen Vogel-Strauss), deren Beantwortung unter einer kostenpflichtigen Hotline eine Gewinnchance (z.B. über 5.000,- €) verschafft. Da man bei diesen Rufnummern beliebig oft anrufen und damit auch die Bagatellschwelle des Wetteinsatzes überschritten werden kann, handelt es sich dogmatisch um genehmigungspflichtiges Glücksspiel. Vgl. zu diesem Problemkreis auch *Kolb*, Die Veranstaltung von Glücksspielen, 47 ff.; *Rossen-Stadtfeld*, Sportwettenwerbung im Programm privater Fernsehveranstalter, *ZUM* 2006, 793.

der Glücksspielsucht und der Ausnutzung von Verhaltensfehlern der Spieler untersucht werden. Für diese beiden Fragen scheinen, wie dargelegt, Kontrollillusion und übersteigerte Selbstsicherheit geeignete Indikatoren zu sein.

a) *Kontrollillusion*

In klinischen Studien wurde bereits ein im Vergleich etwa zum Zahlenlotto erheblich erhöhtes Suchtpotenzial von Sportwetten nachgewiesen.⁷⁰ Ein bedeutender Faktor für die Entstehung von Sucht bei Spielen ist die Kontrollillusion:⁷¹ Hat der Spieler den Eindruck, dass er Einfluss auf das Spielgeschehen hat, dann verleitet ihn dies dazu, verstärkt Wetten abzugeben, selbst wenn man die wahrgenommene Gewinnwahrscheinlichkeit konstant hält⁷²; wo ein solcher Einfluss tatsächlich aber nicht oder nicht in dem vom Spieler empfundenen Maße besteht, führt die Illusion – vor allem, wenn der Spieler anfänglich gewonnen hat – überzufällig häufig zu pathologischem Spielverhalten.⁷³ Um den Grad der Kontrollillusion bei den Probanden der Studie zu messen, wurden sie danach befragt, wie sehr nach ihrer Einschätzung die korrekte Vorhersage des konkreten Fußballspiels von ihrem persönlichen Geschick oder vom Zufall abhängt. Wüssten sich die Versuchspersonen gut einzuschätzen, dann ließe sich diese quantitative Einschätzung durch die tatsächlich korrekten Wetten erklären. Die Probanden würden also mit steigendem Geschick auch die Bedeutung des Einflusses ihres Geschicks auf den Wettausgang höher einschätzen, allerdings nur so weit, als das Geschick tatsächlich auch Einfluss auf den Wettausgang hat. Das ist bei Betrachtung auf individueller Ebene wohl ein übertriebener Anspruch, aber bei Aggregation der Daten aller Versuchspersonen und aller Spiele müssten sich Über- und Unterschätzung des Einflusses des eigenen Geschicks auf den Wettausgang die Waage halten, sofern es sich dabei nur um zufällige, nicht um systematische Effekte handelt.⁷⁴ Bei der Auswertung unserer Daten zeigt sich indessen, dass Probanden mit höherem Geschick annehmen, dass der Ausgang der Wetten stärker von ihrem Geschick abhängt; anders gesprochen: je mehr Geschick ein Proband aufweist, desto stärker schätzt er den Einfluss des Geschicks auf den Wettausgang ein. Auf eine Kontrollillusion kann man aber nur dann schließen, wenn die höhere Einschätzung des Einflusses des Geschicks auf den Wettausgang nicht durch tatsächlich bessere Wettergebnisse gerechtfertigt ist. Diese Frage lässt sich statistisch beantworten, indem man für die Richtigkeit

70 Ein guter Überblick findet sich bei *Meyer/Hayer*, Problematisches und pathologisches Spielverhalten bei Glücksspielen. *Epidemiologie und Prävention*, Bundesgesundheitsblatt 53 (2010), S. 295 ff., ferner bei *Becker*, Häufigkeit der Glücksspielsucht in Deutschland, <https://gluecksspiel.uni-hohenheim.de/fileadmin/einrichtungen/gluecksspiel/Sucht/Gluecksspielsucht.pdf> und im Abschnitt III des Handbuchs *Gebhardt/Grüsser-Sinopoli* (Hg.), Glücksspiel in Deutschland. *Ökonomie, Recht, Steuern*, 533 – 594. Siehe auch *Becker/Dittmann*, Gefährdungspotenziale von Glücksspielen und regulatorischer Spielraum des Gesetzgebers (Gutachten), in: *Ennuschat* (Hg.), Aktuelle Probleme des Rechts der Glücksspiele. Vier Rechtsgutachten.

71 Nachweise oben bei Fn. 51. Für Videolotterien etwa *Ladouceur/Sèvigny*, Structural Characteristics of Video Lotteries: Effects of a Stopping Device on Illusion of Control and Gambling Persistence, *Journal of Gambling Studies* 21 (2005), 117.

72 *Goodie*, The effects of control on betting: Paradoxical betting on items of high confidence with low value, *Journal of Experimental Psychology: Learning, Memory, and Cognition* 29 (2003), 598 – 610.

73 Diesen Effekt nutzen beispielsweise amerikanische Geldspielautomaten aus, die über zahlreiche Bedienelemente (Knöpfe, Räder, Schalter usw.) verfügen, die aber allesamt keinen Einfluss auf das Spielgeschehen haben: es läuft ein durch Zufallsroutinen gesteuertes Programm ab, das völlig unabhängig von äußeren Einwirkungen und dem Verhalten des Spielers ist.

74 Vgl. auch *Towfigh/Petersen*, *Ökonomische Methoden im Recht*, Tübingen 2010 (im Erscheinen), § 8 III. 2.

der Wetten „kontrolliert“ (untechnisch gesprochen: wenn man überprüft, ob der Effekt auch dann bestehen bleibt, wenn man statistisch auch die aufgrund des höheren Geschicks gestiegene Zahl der richtigen Wettergebnisse berücksichtigt). Auch bei dieser statistischen Kontrolle bleibt der Effekt indessen bestehen.⁷⁵ Dies lässt auf eine Kontrollillusion schließen, insbesondere bei Personen mit hoher selbsteingeschätzter Geschicklichkeit.⁷⁶ Vergleicht man die Kontrollillusion, der die Probanden bei Sportwetten unterliegen, schließlich mit jener bei Lotterien, so zeigt sich, dass sie im Aggregat über alle Versuchsgruppen bei Sportwetten stärker ausgeprägt ist.

b) *Übermäßige Sicherheit*

Ein ähnlicher Ansatz wurde für die Messung der Sicherheit bei der Antwort zur aktuellen Wette gewählt. Die Sicherheit wurde mit der einfachen Frage erhoben, wie sicher sich die Probanden bei der eben abgegebenen Vorhersage seien. Bei Probanden, die ihre Fähigkeit gut einzuschätzen wissen, müsste die so erhobene Sicherheit im selben Maße steigen wie die korrekten Vorhersagen der Ausgänge der Fußballspiele, d.h. die abhängige Variable „Sicherheit“ müsste sich hauptsächlich durch die unabhängige Variable „korrekte Vorhersagen“ erklären lassen. Dem ist indessen nicht so. Die korrekten Vorhersagen erklären wiederum nur einen Teil der Sicherheit, während ein erheblicher Teil sich durch das Geschick des Probanden erklären lässt.⁷⁷ Anders formuliert: Je mehr Geschick ein Proband aufweist, desto höher ist unseren Daten zufolge seine Sicherheit, richtig geantwortet zu haben, selbst wenn dafür kontrolliert wird, ob er oder sie bei der Entscheidung auch richtig liegt. Die Daten lassen also auf eine übersteigerte Sicherheit der Probanden bei der Abgabe ihrer Sportwetten schließen, speziell bei Personen mit hohem Geschick. Auch hier ergibt der Vergleich mit Wetten auf die Ziehung einzelner Zahlen im Rahmen einer Lotterie, dass die übersteigerte Sicherheit bei Sportwetten größer ist.

Um noch etwas konkreter zu untersuchen, ob in der Tat eine übersteigerte Sicherheit vorliegt, wurden die Versuchspersonen unserer dritten Versuchsgruppe direkt gefragt, wie viele ihrer Fußballwetten sie zu gewinnen glauben. Dies erlaubt den direkten Vergleich zwischen den als richtig eingeschätzten und den tatsächlich richtigen Wetten. Zieht man von ersteren die tatsächliche Anzahl korrekter Vorhersagen ab und setzt das Ergebnis ins Verhältnis zum Geschick, dann zeigt sich, dass jene Spieler mit geringem Geschick sich nur in geringem Maße überschätzen,

75 Eine lineare Regression mit dem „empfundene Einfluss von Geschicklichkeit“ als abhängige Variable zeigt, dass der empfundene Einfluss mit der eigenen Geschicklichkeit steigt ($b = 0,15$; $t = 5,64$, $p < 0,001$). Der Koeffizient bleibt stabil, wenn man für die durchschnittliche Richtigkeit der Entscheidungen korrigiert ($b = 0,15$; $t = 5,59$; $p < 0,001$). Bei einer linearen Regression gibt der Koeffizient an, um wie viel Einheiten die abhängige Variable steigt, wenn die unabhängige Variable um einen Punkt steigt. Unser Ergebnis besagt daher, dass mit jedem zusätzlichen Punkt auf der Skala der Geschicklichkeit (Skala von 0 – 100) 0,15 Punkte Steigerung auf der Skala des empfundenen Einflusses der Geschicklichkeit (Skala von 0 – 50) verbunden sind.

76 Zu ähnlichen Befunden gelangen auch *Cantinotti/Ladouceur/Jacques*, Sports Betting: Can Gamblers Beat Randomness?, *Psychology of Addictive Behaviors* 18 (2004), 143 und *Myrseth/Brunborg/Eidem*, Differences in Cognitive Distortions Between Pathological and Non-Pathological Gamblers with Preferences for Chance or Skill Games, *Journal of Gambling Studies*, online 19. Februar 2010 (DOI 10.1007/s10899-010-9180-6).

77 Wir analysierten die Daten wiederum mit einer linearen Regression. Die abhängige Variable „Sicherheit“ stieg mit steigender Geschicklichkeit ($b = .23$, $t = 11.83$, $p < .001$) und der Effekt blieb auch bestehen, wenn man für Richtigkeit der Aussagen kontrollierte ($b = .23$, $t = 11.54$, $p < .001$). Für eine Erklärung der Bedeutung der Koeffizienten sei (analog) auf Fn. 75 verwiesen.

während mit steigendem Geschick die Selbstüberschätzung überproportional wächst.⁷⁸ Teilt man die Personen nach ihrer Expertise am Median⁷⁹, ergibt sich für Probanden mit niedriger Expertise eine Überschätzung von lediglich 0,15 von 9 Spielen (2 %), wohingegen die Überschätzung bei den Personen mit hoher Expertise 1,33 beträgt (14 %).

3. Validität der Ergebnisse

Unter statistischen Gesichtspunkten genügt – vor allem aufgrund der zufälligen Auswahl der Probanden und des zentralen Grenzwerttheorems – auch die Größe der Stichprobe, um *statistisch valide* Aussagen zu treffen.⁸⁰ Die Versuchspersonen wurden über das verhaltenswissenschaftliche Experimentallabor („Decision Lab“) des Max-Planck-Instituts zur Erforschung von Gemeinschaftsgütern rekrutiert. Im Durchschnitt waren die Versuchspersonen 24 Jahre alt, 42 % der Teilnehmer waren männlich, 86 % Studenten; 11 % hatten bereits zuvor auf Sportereignisse gewettet, 28,45 % waren Fan eines Bundesliga-Vereins. Die Fußball-Expertise war über das gesamte Spektrum verteilt. Die Versuchspersonen können also allesamt als potenzielle Teilnehmer an Sportwetten angesehen werden, als Publikum an das sich das Spielangebot richtet.⁸¹ Die Durchführung als Online-Studie erlaubte den Versuchspersonen außerdem, alle Möglichkeiten der Informationsgewinnung zu nutzen, die ihnen auch zur Verfügung stünden, wenn sie herkömmliche Sportwetten abschlossen; auch zeitliche Restriktionen gab es (bis auf die Schließung der Studie drei Tage bzw. drei Wochen vor dem Spielereignis) nicht.⁸² Insofern wurde die Studie in einer natürlichen Umgebung durchgeführt. Damit ist auch die *externe Validität*, also die grundsätzliche Übertragbarkeit und Verallgemeinerbarkeit der Ergebnisse über die konkrete Befragungssituation und die einzelnen Probanden hinaus, gegeben.

78 Man könnte erwägen, ob der beobachtete Effekt möglicherweise endogen ist, d.h. ob Probanden, die ihre Fähigkeiten selbst höher einschätzen, möglicherweise auch zu höherer Sicherheit neigen, sich also auf beiden Skalen überschätzen. Allerdings ist zu bedenken, dass selbst eine Überschätzung auf beiden Skalen an der externen Validität der Ergebnisse nichts ändern würde, da sie auch realiter auftreten würde: denn die Spieler geben ihre Wetten allein aufgrund ihrer Selbsteinschätzung ab. Der beobachtete Effekt bleibt ferner auch dann statistisch signifikant, wenn man lediglich die zweite und dritte Gruppe von Probanden in den Blick nimmt und hier statt der Selbsteinschätzung die Ergebnisse des Sportquiz als erklärende Variable verwendet.

79 Ein Wert m ist Median (= Zentralwert) einer Stichprobe, wenn die Hälfte der Beobachtungen in der Stichprobe einen Wert $< m$ und die Hälfte einen Wert $> m$ hat.

80 *Towfigh/Petersen*, *Ökonomische Methoden im Recht*, Tübingen 2010 (im Erscheinen), § 8 I. 3. (m.w.N).

81 Siehe dazu schon oben bei Fn. 40. – Die Versuchspersonen stellen keinen repräsentativen Schnitt durch die tatsächliche Spielerpopulation dar; da sie aber zufällig ausgewählt wurden und keine Anhaltspunkte dafür bestehen, dass eine Stichprobe mit den angegebenen Eckdaten verzerrte Ergebnisse liefern könnte, kann mittels statistischer Prüfverfahren sichergestellt werden, dass die Ergebnisse robust sind. Im Übrigen wurde u.a. auch kontrolliert, ob Abweichungen zwischen Probanden, die zuvor bereits Sportwetten abgeschlossen hatten oder die Fan eines Bundesliga-Vereins waren, und der restlichen Stichprobe feststellen lassen; dies ist nicht der Fall.

82 Gleichzeitig wurde erhoben, welche Quellen die Versuchspersonen genutzt haben, und welchen Aufwand sie bei ihrer Vorhersage getrieben haben.

V. Implikationen für Sportwetten

Die empirischen Ergebnisse zeigen also, dass bei Sportwetten je nach Vorhersagehorizont das Geschick des Spielers Einfluss auf das Wettergebnis haben kann, und dass bei Betrachtung über alle Probanden hinweg Sportwetten Kontrollillusion und übersteigerte Sicherheit auslösen. Was bedeutet dies nun aus juristischer Warte für unsere Forschungsfragen?

1. Sind Sportwetten Glücks- oder Geschicklichkeitsspiele?

Zunächst einmal ergibt sich kein eindeutiger Befund für die Qualifikation der Sportwette.

a) *Gemischte Spiele*

Zum Einen scheint der Vorhersagehorizont einen erheblichen Einfluss zu haben, so dass sich bei kurzfristigen Wetten (wie etwa dem kurzfristigen Ergebnistippen in der Fußball-Bundesliga) das Geschick – mit geringem, aber statistisch signifikantem Effekt – positiv auf das Spielergebnis auswirkt. Diese Klasse von Spielen wäre als Geschicklichkeitsspiel zu qualifizieren. Andererseits ist dieser Effekt nicht stabil: Wird der Vorhersagehorizont verlängert (wie etwa beim Weltmeister-Tipp im Rahmen einer Fußball-Weltmeisterschaft⁸³), zeigten sich keine Auswirkungen des Geschicks mehr: Die Sportwette erscheint als „gemischtes Spiel“. Dies gilt umso mehr, als die Vorhersagehorizonte in unserer Studie willkürlich gewählt sind: Es ist ebenso wenig auszuschließen, dass sich das Geschick bei Wetten, die wenige Minuten vor Spielbeginn abgeschlossen werden, noch stärker im Wettergebnis zeigt, wie auszuschließen ist, dass sich der Geschicklichkeits-Effekt schon bei Wetten etwa mit einem Vier-Tages-Horizont nicht mehr zeigt; eine so feinstufige empirische Prüfung, die für jedes Spiel und jede Variante genaue dogmatische Grenzen ermittelt, ist indessen kaum praktikabel.

b) *Vergiftete Brunnen*

Daher stellt sich vor allem vor dem Hintergrund der gegenwärtigen apodiktisch-dichotomen Regelung „Glücksspiel – Geschicklichkeitsspiel“ die Frage, wie mit gemischten Spielen umzugehen ist. Das wiederum ist eine Frage normativer Wertung. Gerade weil die Grenze zwischen Glücks- und Geschicklichkeitsspiel empirisch nicht trennscharf zu ziehen und auch dogmatisch nicht angelegt ist, scheint es sachgerecht, das zu bewertende Spiel – hier also Sportwetten – ganzheitlich zu betrachten.⁸⁴ Dann würde – vor allem mit Blick auf die Befunde zur Gefährlichkeit der Sportwetten – Vieles dafür sprechen, ein Spiel schon dann als Glücksspiel zu qualifizieren, wenn nicht völlig unbedeutende Ausprägungen des Spiels als Glücksspiel zu bewerten sind. Bildlich gesprochen vergiftet also ein Tropfen Glücksspiel den Brunnen des Geschicklichkeitsspiels. Umgekehrt lässt sich ebenso vertreten, gleichsam „in dubio pro libertate“,

83 Vgl. *Gröschner/Raab*, Vorhersagen im Fußball. Deskriptive und normative Aspekte von Vorhersagemodellen im Sport, *Zeitschrift für Sportpsychologie* 13 (2006), 23.

84 Eine einheitliche Betrachtung wird – freilich nicht mit der hier ausgesprochenen Konsequenz – auch von der Rspr. befürwortet, vgl. Nachweise in Fn. 41.

gemischte Spiele als Geschicklichkeitsspiele von den engen Anforderungen der Glücksspielregulierung freizustellen.

2. Sind Sportwetten gefährlich?

Die präsentierte Erhebung zeigt, dass Sportwetten mit Blick auf ihr Suchtpotenzial gefährlich sind, weil sie eine Kontrollillusion erzeugen, die als suchtvermittelnder Faktor bekannt ist. Unsere Erkenntnisse bestätigen damit durch eine kognitive Erklärung klinische Befunde, denen zufolge das Suchtpotenzial von Sportwetten wohl etwa zehn mal so hoch ist wie das vom Lotto „6 aus 49“. ⁸⁵ Ferner sind Sportwetten auch insofern gefährlich im Sinne der Regelungsziele des Glücksspielrechts, als kognitive Schwächen der Spieler – insbesondere ihre systematische Selbstüberschätzung, die zu überhöhten Wetteinsätzen führt – ausgenutzt werden. Es ist daher zu konstatieren, dass Sportwetten als gefährlich im Sinne des Glücksspielrechts einzustufen sind, so dass ihre Regulierung angebracht scheint. ⁸⁶

VI. Implikationen für das Glücksspielrecht

Die Ergebnisse der empirischen Erhebung haben weitreichende Konsequenzen, und zwar ganz allgemein für das Glücksspielrecht. Sie zeigen nämlich auf, dass die Differenzierung zwischen Glücks- und Geschicklichkeitsspiel keineswegs geeignet ist, gefährliche von harmlosen Spielen zu scheiden. Im Gegenteil: Wäre kein Geschick erforderlich und der Spielausgang nur vom Zufall abhängig, dann bestünde kein Raum für eine Kontrollillusion. Zugespitzt könnte man daher formulieren, dass Sportwetten gerade durch die für das Spiel erforderliche Geschicklichkeit gefährlich werden. Nur weil Geschick überhaupt erforderlich ist, können die Teilnehmer einer Kontrollillusion erliegen, und nur weil es plausibel erscheint, dass ein gewisses Geschick sich auf den Wetterfolg auswirkt, überschätzen sich die geschickteren Spieler. Umgekehrt ist beim Zahlenlotto jedem Spieler klar, dass sein Erfolg allein vom Glück abhängt – für eine Selbstüberschätzung bleibt damit kaum Raum. Daraus folgt, dass die Differenzierung zwischen Glücks- und Geschicklichkeitsspiel etwa mit Blick auf die Einschränkung der Berufsfreiheit ⁸⁷ der privaten Wettanbieter ungeeignet im Sinne des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes ist, um jedenfalls die zwei in den Fokus genommenen Regelungsziele zu erreichen. Es sind willkürliche

85 Die Befunde sind uneinheitlich, stimmen aber in der Tendenz und in der Ordnung der Gefährlichkeit der verschiedenen Glücksspielformen überein. Ein guter Überblick findet sich etwa bei *Becker*, Häufigkeit der Glücksspielsucht in Deutschland, <https://gluecksspiel.uni-hohenheim.de/fileadmin/einrichtungen/gluecksspiel/Sucht/Gluecksspielsucht.pdf> (abgerufen 18.7.2010), dort finden sich auch zahlreiche weitere Nachweise. Vgl. einen Überblick über zahlreiche Studien auch bei *Grüsser-Sinopoli/Albrecht*, Glücksspielsucht: diagnostische und klinische Aspekte, in: *Gebhardt/Grüsser-Sinopoli* (Hg.), Glücksspiel in Deutschland. Ökonomie, Recht, Steuern, 538 (passim und 552 f.). Vgl. auch *Meyer/Hayer*, Problematisches und pathologisches Spielverhalten bei Glücksspielen. Epidemiologie und Prävention, Bundesgesundheitsblatt 53 (2010), S. 295 ff.

86 Zu einem ähnlichen Ergebnis kommt der EuGH in seiner Zenatti-Entscheidung (GewArch 2000, 19), in der er feststellt, dass Sportwetten zwar nicht mit Lotterien gleichzusetzen sind, wegen ihres hohen Gefährpotenzials aber jedenfalls also solches zu behandeln sind. Dabei lässt er letztlich offen, ob Sportwetten eine andere Form des Glücksspiels oder nur so wie Glücksspiel zu behandeln sind.

87 Vgl. dazu *Brüning*, „Nichts geht mehr?“ – Zum grundrechtlichen Schutz der Berufsfreiheit vor staatlicher Wirtschaftstätigkeit, JZ 2009, 29.

Grenzziehungen, weil die der rechtlichen Bewertung zugrunde liegenden empirischen Annahmen, wie die Ergebnisse unserer Studie zeigen, unzutreffend sind.

VII. Ausblick

Das hier geführte Argument versteht sich als *ein* Beitrag zu der großen und komplexen Diskussion um die Regulierung des Glücksspielwesens in Deutschland. Er will die für das Recht relevanten empirischen Aspekte des Glücksspiels stärker in das Blickfeld rücken. Allerdings wird nur an zwei der vielfältigen Regelungszwecke des Glücksspielrechts angeknüpft – namentlich an die Eindämmung der Spielsucht und an die Verhinderung der Ausnutzung der menschlichen Spielleidenschaft. Dass es neben der empirischen Dimension andere dogmatische, rechtssystematische und politische Erwägungen gibt, die ebenso wie die Fokussierung auf andere Schutzgüter zu anderen Ergebnissen führen können, sei ausdrücklich zugestanden.

Dennoch meinen wir, mit Blick auf die durch das Auslaufen des Glücksspielstaatsvertrags bevorstehende Neuordnung des deutschen Glücksspielrechts einige Empfehlungen aus unseren empirischen Ergebnissen ableiten zu können:

1. Sportwetten bergen für die zentralen Schutzgüter des Glücksspielrechts ein erhebliches Gefährdungspotenzial und sollten reguliert werden.
2. Die Differenzierung zwischen Glücks- und Geschicklichkeitsspiel ist nicht geeignet, zwischen gefährlichen und harmlosen Spielen zu unterscheiden. Die Kategorie des Geschicklichkeitsspiels sollte daher aufgegeben werden. Entweder ein Spiel ist gefährlich und kann daher als Glücksspiel qualifiziert werden – oder nicht.
3. Letztlich scheint es nicht möglich zu sein, anhand eines einzigen Kriteriums pauschal zwischen gefährlichen und harmlosen Spielen zu differenzieren. Stattdessen werden sich Landesgesetzgeber und (Ministerial-)Verwaltungen die Mühe machen müssen, aufgrund – oftmals bereits vorliegender oder von den Spielanbietern einzufordernder – unabhängiger empirischer Erkenntnisse das konkrete Gefährdungspotenzial eines Spiels und seiner Varianten zu bewerten.⁸⁸ Maßstab dieser Bewertung müssen ex ante festgelegte Schutzgüter und Ziele sein (das können durchaus die heutigen Regelungsziele des GlüStV sein). Aufgrund dieser Bewertung können die Verwaltungen dann entscheiden, ob ein Spiel von privaten Anbietern öffentlich veranstaltet werden darf. Regelungstechnisch ließe sich dies durch ein präventives Verbot mit Erlaubnisvorbehalt umsetzen.

88 Eine ähnlich differenzierte Betrachtungsweise vertreten etwa *Ennuschat*, GS Tettinger, 41 (45), *Korte*, Das staatliche Glücksspielwesen, 124 ff., insbes. 173 f. sowie *Vofßkuhle/Bumke*, Rechtsfragen der Sportwette, 24 f. (letzteren zufolge ist die Oddset-Wette allerdings ein Geschicklichkeitsspiel). Auch das BVerfG merkt an, dass unterschiedliche Spiele unterschiedliches Gefahren-, insbes. Suchtpotenzial haben und weist damit auf eine differenzierte Betrachtung hin, BVerfG, NJW 2006, 1261 (1263), Rz. 100. Vgl. auch *Pieroth*, Gier nach Geld und Glück, F.A.Z. Nr. 284 v. 4.12.2008, S. 7.

Preprints 2010

- 2010/31: Hellwig M., Capital Regulation after the Crisis: Business as Usual?
- 2010/30: Prantl S., The Impact of Firm Entry Regulation on Long-living Entrants
- 2010/29: Engel C., Kurschilgen M., Fairness Ex Ante & Ex Post – The Benefits of Renegotiation in Media Markets
- 2010/28: Goerg S. J., Walkowitz G., On the Prevalence of Framing Effects Across Subject-Pools in a Two- Person Cooperation Game
forthcoming in: Journal of Economic Psychology, In Press.
- 2010/27: Chmura T., Engel C., Englerth M., Pitz T., At the Mercy of the Prisoner Next Door. Using an Experimental Measure of Selfishness as a Criminological Tool
- 2010/26: Weinschenk P., Skill Formation under Incomplete Information
- 2010/25: Brilon S., Job Assignment with Multivariate Skills
- 2010/24: Lang M., Wambach A., The fog of fraud – mitigating fraud by strategic ambiguity
- 2010/23: Albanese G., Sorge M. M., The Role of the Judiciary in the Public Decision Making Process
- 2010/22: Bade S., Electoral Competition with Uncertainty Averse Parties
- 2010/21: Leifeld P., Haunss S., A Comparison between Political Claims Analysis and Discourse Network Analysis: The Case of Software Patents in the European Union
- 2010/20: Burhop C., Gelman S., Transaction costs, liquidity and expected returns at the Berlin Stock Exchange, 1892-1913
- 2010/19: Hellwig M., Finanzkrise und Reformbedarf [The Financial Crisis and Regulatory Reform], Bonn
- 2010/18: Bierbrauer F., Optimal Income Taxation and Public-Goods Provision with Preference and Productivity Shocks, Bonn
- 2010/17: Weinschenk P., Entry and Incumbent Innovation, Bonn
- 2010/16: Bierbrauer F., Boyer P. C., The Pareto-Frontier in a simple Mirrleesian model of income taxation
- 2010/15: Grechenig K., Sekyra M., No Derivative Shareholder Suits in Europe – A Model of Percentage Limits and Collusion
- 2010/14: Bierbrauer F., On the optimality of optimal income taxation
- 2010/13: Engel C., An Experimental Contribution to the Theory of Customary (International) Law
- 2010/12: Leifeld P., Schneider V., Institutional communication revisited: Preferences, opportunity structures and scientific expertise in policy networks
- 2010/11: Grechenig K., Nicklisch A., Thöni C., Punishment despite Reasonable Doubt – A Public Goods Experiment with Uncertainty over Contributions
- 2010/10: Petersen N., Braucht die Rechtswissenschaft eine empirische Wende?
forthcoming in: Der Staat, In Press.
- 2010/09: Bade S., Ambiguous Act Equilibria
- 2010/08: Lehmann S., Volckart O., The Political Economy of Agricultural Protection: Sweden 1887
- 2010/07: Engel C., Dictator Games: A Meta Study
- 2010/06: Engel C., Irlenbusch B., Turning the Lab into Jeremy Bentham's Panopticon. The Effect of Punishment on Offenders and Non-Offenders,
- 2010/05: Gropp R., Hakenes H., Schnabel I., Competition, Risk-Shifting, and Public Bail-out Policies
- 2010/04: Slemrod J., Traxler C., Optimal observability in a linear income tax
published in: Economics Letters, vol. 108, no. 2, pp. 105-108, 2010.
- 2010/03: Baumann, Florian; Friehe, Tim; Grechenig, Kristoffel: Switching Consumers and Product Liability: On the Optimality of Incomplete Strict Liability
- 2010/02: Bierbrauer F., Hellwig M., Public-Good Provision in a Large Economy
- 2010/01: Bierbrauer F., Incomplete contracts and excludable public goods