

RECHTSGUTACHTEN

ZUR BEWERTUNG DER VERPFLICHTUNG DER ZAHLUNGSDIENSTANBIETER ZUM FINANCIAL BLOCKING NACH § 4 ABS. 1 S. 2 HS. 2 GLÜSTV TROTZ ANSTEHENDER MARKTÖFFNUNG

BEAUFTRAGT VON

DVTM – DEUTSCHER VERBAND FÜR TELEKOMMUNIKATION UND MEDIEN

ERSTELLT VON

UNIV.-PROF. DR. IUR. CHRISTIAN KOENIG LL.M. (LSE)

DIREKTOR AM ZENTRUM FÜR EUROPÄISCHE INTEGRATIONSFORSCHUNG (ZEI) UND
MITGLIED DER RECHTS- UND STAATSWISSENSCHAFTLICHEN FAKULTÄT DER RHEINISCHEN
FRIEDRICH-WILHELMS-UNIVERSITÄT BONN

25. MAI 2020

Inhaltsverzeichnis

A. Executive Summary	3
B. Tatsächliche und rechtliche Ausgangslage	9
C. Rechtsgutachterliche Bewertung.....	13
I. Die unionsrechtliche Unanwendbarkeit des Online-Verbot nach § 4 Abs. 4 GlüStV entzieht auch dem Mitwirkungsverbot nach § 4 Abs. 1 S. 2 Hs. 2 GlüStV bis zum Inkrafttreten des GlüNeuRStV die Anwendungsgrundlage.....	13
1. Manifeste Unverhältnismäßigkeit der mit dem Online-Verbot einhergehenden inkohärenten Beschränkungen der Dienstleistungsfreiheit (Art. 56 AEUV).....	13
2. Das regulatorische Kanalisierungsversagen	17
3. Das Urteil des BVerwG vom 26. Oktober 2017 – 8 C 18.16 –	19
4. Leerlaufen des Mitwirkungsverbot nach § 4 Abs. 1 S. 2 Hs. 2 GlüStV bei unionsrechtlicher Unanwendbarkeit des Online-Verbotes	22
5. Unionsrechtliche Unanwendbarkeit des Mitwirkungsverbot nach § 4 Abs. 1 S. 2 Hs. 2 GlüStV, soweit den Zahlungsdienstleistern ein tatsächlich oder rechtlich unmögliches Verhalten abverlangt wird.....	22
II. Rechtsstaatliche und verfahrensrechtliche Anforderungen an den Vollzug des Mitwirkungsverbot (§ 9 Abs. 1 S. 3 Nr. 4 GlüStV)	25
III. Fazit	31

A. Executive Summary

I.

Mit der bevorstehenden Marktöffnung für Online-Glücksspiele durch den voraussichtlich zum 01. Juli 2021 in Kraft tretenden GlüNeuRStV hat sich die Einsicht durchgesetzt, dass sich das Online-Verbot nach § 4 Abs. 4 GlüStV in seiner praktischen Anwendung nicht als geeignet erwiesen hat, den bestehenden Spieltrieb in der Bevölkerung gemäß § 1 Nr. 2 GlüStV in geordnete und überwachte Bahnen zu lenken. Angesichts dieses Kanalisierungsversagens können auch die übrigen Ziele des GlüStV – insbesondere eine wirksame Suchtbekämpfung (§ 1 Nr. 1 GlüStV) sowie die Gewährleistung von Jugend- und Spielerschutz (§ 1 Nr. 3 GlüStV) – nur unzureichend erfüllt werden. Diese Einsicht wird durch die – trotz des eskalierten Streitstandes im Kreis der Länder erstaunlicherweise äußerst rasche – Beschlussfassung zum GlüNeuRStV-Entwurf durch die Regierungschefinnen und -chefs der Länder auf ihrer MPK am 12. März 2020 bestätigt.

Parallel zu dieser Entwicklung setzen Verwaltungsgerichte, wie der VGH Mannheim, vollzugsrechtliche Streitverfahren zum Online-Verbot angesichts der bevorstehenden Marktöffnung aus. Dies ist angesichts der nicht unerheblichen Zeitspanne bis zum Inkrafttreten des GlüNeuRStV am 01. Juli 2021 zu begrüßen. Zur Überbrückung des Übergangszeitraums und zur unionsrechtskonformen Ausgestaltung des regulatorischen Regime-Wechsels ist anzuraten, dass die Zeit effektiv genutzt wird und die zuständigen Aufsichtsbehörden und regulierungswilligen Anbieter nun wechselseitig Vertrauen aufbauen. Dies könnte etwa im Wege einer vergleichweisen Einigung geschehen, und zwar auf Basis einer Verständigung, dass bei Einhaltung bestimmter, in Orientierung an dem GlüNeuRStV entwickelten Spielerschutzvorschriften keine Untersagungsverfügungen mehr ergehen bzw. diese nicht vollzogen werden.

II.

Dass der unionsrechtlichen Unanwendbarkeit des Online-Verbotes nach § 4 Abs. 4 GlüStV im Übergangszeitraum bis zum Inkrafttreten des GlüNeuRStV am 1. Juli 2021 nicht – wie seitens des Niedersächsischen Innenministeriums vorgetragen – das Urteil des BVerwG vom 26. Oktober 2017 – 8 C 18.16 – entgegengehalten werden kann, bestätigt das manifeste regulatorische Kanalisierungsversagen im Lichte der vom Gerichtshof betonten mitgliedstaatlichen Aktualisierungspflicht im Rahmen einer umfassenden Datenerhebung, Datenauswertung und Kohärenzbeurteilung.

Der Gerichtshof verlangt eine die Datenerhebung, Datenauswertung und Tragfähigkeitsbeurteilung umfassende Aktualisierung, wenn er in seinem Urteil vom 30. Juni 2016 in der Rs. C-464/15 (Admiral Casinos & Entertainment AG) die mitgliedstaatliche Pflicht

betont, die tatsächlichen Gefahren-, Gefährdungs- und Risikolagen fortlaufend zu ermitteln und folgerichtig zu evaluieren.

III.

Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs (insbes. Rechtssache *Stanleybet*) sind die Mitgliedstaaten gerade auch in einer Übergangszeit verpflichtet, einen unionsrechtskonformen Zustand zu gewährleisten. Wenn zur Gewährleistung eines unionsrechtskonformen Zustandes in einer Übergangszeit sogar die Erteilung einer (nach nationalem Recht eigentlich zu versagenden) Erlaubnis geboten ist, muss nach Art. 56 AEUV a fortiori ein unionsprimärrechtliches Vollzugsverbot für die noch aktuelle, jedoch unionsrechtswidrige Gesetzeslage gelten. Dies hat der Gerichtshof in der Rechtssache *Ince* in einem die Strafverfolgung wegen einer Sportwettenveranstaltung ohne Erlaubnis betreffenden Fall bestätigt, nachdem sich das Konzessionsvergabeverfahren zu Online-Sportwetten im Rahmen der Experimentierklausel des GlüStV als nicht rechtmäßig umsetzbar und damit der Konzessionsvorbehalt als unanwendbar erwiesen hat.

IV.

Die seitens des Niedersächsischen Innenministeriums auch gegenwärtig noch aufrechterhaltene Berufung auf das Urteil des BVerwG vom 26. Oktober 2017 zur Begründung des Financial Blocking ist vor dem Hintergrund des manifesten regulatorischen Kanalisierungsversagens, der in der Rechtsprechung des Gerichtshofs betonten mitgliedstaatlichen Gewährleistungspflicht unionsrechtskonformer Übergangsphasen und der mitgliedstaatlichen Aktualisierungspflicht bei der Kohärenzbeurteilung nicht mehr nachvollziehbar. Noch weniger belastbar ist das Urteil des BVerwG für den Verzicht des Innenministeriums auf eine (vollstreckbare, aber erfolglose) Untersagungsverfügung gegenüber den jeweiligen Glücksspielanbietern, deren Angebote aufgrund der Blocking-Aufforderung an den Zahlungsdiensteanbieter sanktioniert werden sollen.

V.

Die Rechtskraft des Revisionsurteils des BVerwG bezieht sich *ratione temporis et inter partes* auf einen historischen Streitgegenstand, welcher bereits durch den Zeitlauf im Instanzenzug schon lange von den rasanten Entwicklungen auf den Online-Glücksspielmärkten, insbesondere in negativer Hinsicht von der weiter stark zunehmenden Nutzermigration in die Schwarzmärkte, und nun in regulatorisch positiver Hinsicht von der bevorstehenden Marktöffnung für Online-Glücksspiel durch den GlüNeuRStV, überholt worden ist.

Aufgrund der vom Gerichtshof betonten mitgliedstaatlichen Aktualisierungspflicht, im Rahmen einer umfassenden Datenerhebung, Datenauswertung und Kohärenzbeurteilung die auf die tatsächlichen Gefahren- und Risikolagen bezogenen regulatorischen Kanalisierungswirkungen fortlaufend zu ermitteln und immer wieder aktualisiert – zumindest turnusmäßig – folgerichtig zu evaluieren, ist das Urteil des BVerwG heute unionsrechtlich nicht mehr belastbar.

Dieser Ansicht folgen gegenwärtig auch immer mehr Verwaltungsgerichte, indem sie vollzugsrechtliche Streitverfahren zum Online-Verbot aussetzen. In den Gründen dieser verwaltungsgerichtlichen Beschlüsse, die der Unterzeichner gesichtet hat, spielt jedenfalls das Urteil des BVerwG vom 26. Oktober 2017 überhaupt keine Rolle.

VI.

Alleine aus dem Blickwinkel des deutschen Revisionsverfahrensrechts betrachtet hätte das BVerwG zu seinem Urteil allenfalls erst durch Nachholung der erforderlichen Tatsachenfeststellungen nach Zurückverweisung der Sache an den VGH Baden-Württemberg kommen dürfen. Unionsrechtlich hätte selbst im (hypothetischen) Fall einer nach § 144 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 VwGO erfolgten Zurückverweisung an das Tatsachengericht das Online-Verbot nach § 4 Abs. 4 GlüStV zwangsläufig vor dem BVerwG scheitern müssen. Denn im Fall einer Zurückverweisung an das Tatsachengericht – und dessen Befolgung der vom Gerichtshof betonten Nachweis- und Aktualisierungspflichten – stellt sich eine positive revisionsgerichtliche Kohärenzbeurteilung der auf die tatsächlichen Gefahren- und Risikolagen zu beziehenden regulatorischen Kanalisierungswirkungen zum Zeitpunkt des Urteilslasses am 26. Oktober 2017 im Lichte des damals schon manifesten Kanalisierungsversagens und des weitgehenden Vollzugsausfalls als ausgeschlossen dar. Dann hätte nämlich vor dem BVerwG die Tatsachensubsumtion unter den Tatbestand des unionsrechtlichen Schrankenvorbehaltes „*zwingender Erfordernisse des Allgemeinwohls*“ auf der Grundlage der tatsachengerichtlichen Feststellungen zum Kanalisierungsversagen und des weitgehenden Vollzugsausfalls in der Unverhältnismäßigkeit der mit dem Online-Verbot nach § 4 Abs. 4 GlüStV einhergehenden inkohärenten Beschränkungen der Dienstleistungsfreiheit (Art. 56 AEUV) resultieren müssen.

VII.

Wenn das Niedersächsische Innenministerium von den Zahlungsdiensteanbietern verlangt, eigenverantwortlich zu entscheiden, welche Maßnahmen diese ergreifen mögen, um dem Mitwirkungsverbot nach § 4 Abs. 1 S. 2 Hs. 2 GlüStV nachzukommen, so wird den Zahlungsdiensteanbietern ein technisch unmögliches und datenschutzrechtlich verbotenes, mithin auch rechtlich unmögliches Verhalten abverlangt.

Denn es ist den Zahlungsdiensteanbietern technisch unmöglich und nach Art. 5 Abs. 1 lit b) und lit. d), Art. 6 DS-GVO sowie im Auskunftsverfahren nach §§ 111-113 TKG verwehrt, die für

eine Einordnung des Online-Glücksspielangebots als legal oder illegal erforderlichen Standortdaten des Nutzers „ausreichend sicher“ zu ermitteln bzw. zu erhalten.

Nach dem allgemeinen Rechtsgrundsatz *ultra posse nemo obligatur* („über das Können hinaus wird niemand verpflichtet“) kann eine rechtliche Verpflichtung zu einer unmöglichen Leistung oder einem unmöglichen Verhalten *axiomatisch* nicht bestehen, so dass die Leistungs- oder Verhaltenspflicht – *impossibilium nulla est obligatio* („Nichts ist Pflicht bei Unmöglichkeit“) – *ipso iure* entfällt. Dieser auch ohne Kodifizierung (so im Zivilrecht nach § 275 Abs. 1 BGB oder im Verwaltungsrecht nach § 44 Abs. 2 Nr. 4 VwVfG) im nationalen oder supranationalen Recht wie auch im Völkerrecht geltende zwingende allgemeine Rechtsgrundsatz ist axiomatisch jeder zivilisierten Rechtsordnung immanent. Unionsrechtlich ist das Mitwirkungsverbot nach § 4 Abs. 1 S. 2 Hs. 2 GlüStV jedenfalls unanwendbar, soweit es den Zahlungsdienstleistern ein tatsächlich oder datenschutzrechtlich unmögliches Verhalten abverlangt. Ohnehin muss jede Anordnung eines unmöglichen Verhaltens durch eine mitgliedstaatliche Behörde, mit der Beschränkungen der Dienstleistungsfreiheit (Art. 56 AEUV) oder der Zahlungsverkehrsfreiheit (Art. 63 AEUV) einhergehen, wegen Verletzung des Verhältnismäßigkeits- und Kohärenzgrundsatzes unanwendbar bleiben.

VIII.

Die unionsrechtlichen und rechtsstaatlichen Verwerfungen durch das Financial Blocking offenbaren sich schließlich auch in der Außerachtlassung des im Glücksspielstaatsvertrag hierfür vorgesehenen Vollzugsverwaltungsverfahrens (§ 9 Abs. 1 S. 3 Nr. 4 GlüStV).

Die Missachtung der vom Niedersächsischen Innenminister am 7. September 2018 selbst im Landtag abgegebenen Zusicherung, dass vor einer (nachrangigen) Blocking-Aufforderung an den Zahlungsdienstleister stets eine in der verhältnismäßigen Störerauswahl (vorrangige) vollstreckbare, aber erfolglose Untersagung gegenüber dem Glücksspielanbieter vorliegen muss, offenbart die dem Vollzugsverwaltungsverfahren nach § 9 Abs. 1 S. 3 Nr. 4 GlüStV vorgelagerten unionsrechtlichen und rechtsstaatlichen Verwerfungen. In diesem Zusammenhang drängt sich der Verdacht auf, dass genau diese – in der unionsrechtlichen Unanwendbarkeit des Online-Verbotes nach § 4 Abs. 4 GlüStV resultierenden – Verwerfungen im Übergangszeitraum bis zum Inkrafttreten des GlüNeuRStV seitens des Niedersächsischen Innenministeriums so lange wie möglich ausgeblendet werden sollen.

IX.

Da Zahlungsdienstleister im Verhältnis zu den Glücksspielanbietern und -kunden lediglich *als Dritte handeln*, dürfen sie aufgrund des Mitwirkungsverbotes (§ 4 Abs. 1 S. 2 Hs. 2 GlüStV) im Rahmen des Vollzugs nach § 9 Abs. 1 S. 3 Nr. 4 GlüStV als verantwortliche Störer gesetzlich nur in die Pflicht genommen werden, wenn ihnen gegenüber die Mitwirkung gerade an

verbotenem Glücksspiel – unionsrechtskonform – festgestellt worden ist. Fehlt es an dieser Feststellung, entfällt nach ordnungsrechtlichen Grundsätzen die Störerverantwortung und die Zahlungsdienstleister könnten dann als Dritte noch nicht einmal im Wege der Nichtstörer-Inanspruchnahme in die Verantwortung genommen werden. Denn dann fehlt es aufgrund der unionsrechtlichen Unanwendbarkeit von § 4 Abs. 4 i.V.m. Abs. 1 S. 2 Hs. 1 GlüStV schon an der vorgelagerten Rechtsgutsgefährdung. Auch diese rechtsstaatliche Schranke aufgrund der ordnungsrechtlichen Grundsätze und des Unionsrechts übergeht das Niedersächsische Innenministerium.

X.

Die in der unionsrechtlichen Unanwendbarkeit des Online-Verbotese resultierenden Verwerfungen setzen sich akzessorisch in der Beurteilung des Mitwirkungsverbotese nach § 4 Abs. 1 S. 2 Hs. 2 GlüStV fort.

Daher ist das Mitwirkungsverbot nach § 4 Abs. 1 S. 2 Hs. 2 GlüStV entgegen der Auffassung des Niedersächsischen Innenministeriums auch im Übergangszeitraum bis zum Inkrafttreten des GlüNeuRStV insoweit unanwendbar, als es zum Financial Blocking gegen von der unionsrechtlichen Unanwendbarkeit des Online-Verbotese erfasste Glücksspielangebote eingesetzt wird. Aufgrund dieser Beurteilungsakzessorietät zum unverhältnismäßigen und inkohärenten Online-Verbot verletzt ebenso das Mitwirkungsverbot – die EU-Binnengrenzen überschreitend – sowohl die Dienstleistungsfreiheit (Art. 56 AEUV) der vom Financial Blocking betroffenen Glücksspielanbieter als auch die Zahlungsverkehrsfreiheit (Art. 63 AEUV) der Zahlungsdienstleister.

XI.

Auch das OLG München hat bestätigt, dass die Zahlungsdienstleister aufgrund des Mitwirkungsverbotese (§ 4 Abs. 1 S. 2 Hs. 2 GlüStV) nur im Rahmen des gestuften Vollzugs nach § 9 Abs. 1 S. 3 Nr. 4 GlüStV als verantwortliche Störer in die Pflicht genommen werden dürfen.

Die Feststellung des verbotenen Glücksspiels ist die notwendig vorgelagerte Voraussetzung des Vollzugs nach § 9 Abs. 1 S. 3 Nr. 4 GlüStV und nur dann im Sinne des rechtsstaatlichen Bestimmtheitsgebotes (§ 37 Abs. 1 VwVfG) ausreichend dargelegt, wenn dem Zahlungsdienstleister sowohl der jeweilige Glücksspielanbieter *ratione personae* als auch das konkret betroffene Glücksspielangebot *ratione materiae* mitgeteilt worden ist.

Wenn das Niedersächsische Innenministerium von den Zahlungsdienstleistern verlangt, selbst eigenverantwortliche Maßnahmen nach § 4 Abs. 1 S. 2 Hs. 2 GlüStV zu ergreifen, so wird diesen nicht nur ein technisch unmögliches und datenschutzrechtlich verbotenes (rechtlich unmögliches) Verhalten abverlangt; darüber hinaus wird damit auch unter

Umgehung des gestuften Vollzugsverfahrens nach § 9 Abs. 1 S. 3 Nr. 4 GlüStV das rechtsstaatliche Bestimmtheitsgebot verletzt.

Vielmehr hat die Behörde selbst die verbotenen Transaktionen im Rahmen des Bekanntgabeakts nach § 9 Abs. 1 S. 3 Nr. 4 GlüStV hinreichend bestimmt *ratione personae et materiae* zu konkretisieren, da es den Zahlungsdiensteanbietern weder technisch noch rechtlich möglich ist, die für eine Einordnung als legales oder illegales Glücksspielangebot erforderlichen Standortdaten des Nutzers ausreichend sicher zu ermitteln. Dies haben u.a. auch das LG Wuppertal sowie das LG München I bekräftigt und deshalb Spielerklagen gegen Zahlungsdiensteanbieter abgewiesen.

B. Tatsächliche und rechtliche Ausgangslage

Der gegenwärtig noch geltende Glücksspielstaatsvertrag (GlüStV) sieht in § 4 Abs. 4 ein Online-Verbot für Glücksspiele vor. Ausnahmen bestehen lediglich – aufgrund einer landesrechtlichen Sonderregelung – in Schleswig-Holstein sowie für Sportwetten und die staatlichen Lotterieangebote entsprechend der Regelung in § 4 Abs. 5 GlüStV. Um den – das Online-Totalverbot für Poker- und Casinospiele unüberwindbar sanktionierenden – Erlaubnisvorbehalt (§ 4 Abs. 1 S. 1 GlüStV) durchzusetzen, wird den Zahlungsdiensteanbietern akzessorisch zu dem Totalverbot sodann nach § 4 Abs. 1 S. 2 Hs. 2 GlüStV ein Mitwirkungsverbot auferlegt, ohne dabei einen bestimmten Verhaltensmodus der Zahlungsdiensteanbieter aufzugeben:

„Das Veranstalten und das Vermitteln ohne diese Erlaubnis (unerlaubtes Glücksspiel) sowie die Mitwirkung an Zahlungen im Zusammenhang mit unerlaubtem Glücksspiel sind verboten.“

Trotz des anstehenden neuen Staatsvertrages zur Neuregulierung des Glücksspielwesens in Deutschland¹ (GlüNeuRStV), den die Regierungschefinnen und -chefs der Länder auf ihrer Ministerpräsidentenkonferenz (MPK) am 12. März 2020 als Entwurf beschlossenen haben, mit dessen Inkrafttreten am 1. Juli 2021 eine Marktöffnung für Online-Glücksspiel erfolgen wird, erlässt das Innenministerium des Landes Niedersachsen als zuständige Glücksspielaufsichtsbehörde weiterhin Untersagungsverfügungen gegen Zahlungsdiensteanbieter. Damit setzt das Innenministerium des Landes Niedersachsen trotz des bevorstehenden regulatorischen Umbruchs seine Maßnahmen fort, um das – nach dem noch geltenden Glücksspielstaatsvertrag – vorgesehene Online-Totalverbot für Poker- und Casinospiele über das hierzu akzessorisch verknüpfte Verbot der Mitwirkung am Zahlungsverkehr im Zusammenhang mit unerlaubtem Glücksspiel durchzusetzen. Begründet wird dies mit dem Hinweis, dass das Mitwirkungsverbot nach § 4 Abs. 1 S. 2 Hs. 2 GlüStV gegenwärtig weiterhin gelte.²

Angesichts des Umstandes, dass der Gesetzgeber in § 4 Abs. 1 S. 2 Hs. 2 GlüStV den aufgegebenen Verhaltensmodus der Zahlungsdiensteanbieter vollständig offengelassen hat, also wie dieses Verbot – insbesondere unter Beachtung der datenschutzrechtlichen Gebote und Verbote – überhaupt durchgesetzt werden kann, betont der Niedersächsische Minister für Inneres und Sport, dass es den Zahlungsdiensteanbietern selbst überlassen bleibe, welche Maßnahmen sie zur Durchsetzung ebendieses Verbots ergreifen:

¹ Stand des Entwurfs nach der MPK am 12. März 2020.

² <https://www.mi.niedersachsen.de/startseite/aktuelles/presseinformationen/illegales-gluecksspiel-niedersachsen-verbietet-weiterem-internationalen-zahlungsdienstleister-die-mitwirkung-am-zahlungsverkehr-187810.html>.

„Die Zahlungsdienstleister müssen endlich ihrer gesetzlichen Verpflichtung nachkommen und Zahlungen im Zusammenhang mit unerlaubtem Glücksspiel unterbinden. Wie sie dabei vorgehen, bleibt ihnen überlassen.“³

Auffallend ist an dieser auf der Internetseite des Niedersächsischen Ministers für Inneres und Sport veröffentlichten Verlautbarung vom 27. April 2020, besonders angesichts des Fehlens einer Regelung in § 4 Abs. 1 S. 2 Hs. 2 GlüStV zum aufgegebenen Verhaltensmodus der Zahlungsdienstleister, dass in dieser Verlautbarung die Voraussetzungen der – zum Vollzug des materiellen Mitwirkungsverbot nach § 4 Abs. 1 S. 2 Hs. 2 GlüStV kodifizierten – Untersagungsermächtigung gemäß § 9 Abs. 1 Satz 3 Nr. 4 GlüStV nicht erwähnt werden. § 9 Abs. 1 Satz 3 Nr. 4 GlüStV sieht nämlich ein gestuftes Vollzugsverfahren vor, wonach die „zuständige Behörde“, d. h. die Glücksspielaufsicht des Landes Niedersachsen, „den am Zahlungsverkehr Beteiligten, insbesondere den Kredit- und Finanzdienstleistungsinstituten, nach vorheriger Bekanntgabe unerlaubter Glücksspielangebote die Mitwirkung an Zahlungen für unerlaubtes Glücksspiel (...) untersagen [kann].“

In der Verlautbarung des Niedersächsischen Ministeriums für Inneres und Sport vom 27. April 2020 wird mitgeteilt, dass das Ministerium

„als zuständige Glücksspielaufsichtsbehörde erneut einem international tätigen Zahlungsdienstleister die Mitwirkung am Zahlungsverkehr im Zusammenhang mit in Deutschland unerlaubtem Glücksspiel untersagt [hat]. Die Verfügung gilt bundesweit. Damit setzt Niedersachsen seine Maßnahmen weiter fort, um das staatsvertraglich geregelte Verbot der Mitwirkung am Zahlungsverkehr durchzusetzen. Im Juni vergangenen Jahres hatte das Niedersächsische Innenministerium eine erste Untersagungsverfügung gegenüber einem großen Unternehmen der Finanzbranche erlassen (siehe die Pressemitteilung des Nds. Ministeriums für Inneres und Sport vom 17.06.2019).“

Die Vorgehensweise des Niedersächsischen Innenministeriums, Aufforderungen nach § 4 Abs. 1 S. 2 Hs. 2 GlüStV an Zahlungsdienstleister (und nicht im Wege des gestuften Vollzugsverfahrens gemäß § 9 Abs. 1 Satz 3 Nr. 4 GlüStV) zu adressieren, die Zahlungen an die auf einer Liste aufgeführten Anbieter einzustellen, widerspricht der vom Innenminister im Niedersächsischen Landtag im Rahmen einer Kleinen Anfrage abgegebenen Erklärung vom 7. September 2018 (Antworten zu Fragen 16 und 19):

„Das Ministerium für Inneres und Sport leitet Maßnahmen zur Zahlungsunterbindung ausschließlich in konkreten Einzelfällen unerlaubter Glücksspielangebote ein. Zahlungsdienstleister sind dabei stets nachrangig

³ <https://www.mi.niedersachsen.de/startseite/aktuelles/presseinformationen/illegales-gluecksspiel-niedersachsen-verbietet-weiterem-internationalen-zahlungsdienstleister-die-mitwirkung-am-zahlungsverkehr-187810.html>.

betroffen. Maßnahmen zur Zahlungsunterbindung kommen erst in Betracht, wenn der verantwortliche Anbieter rechtswidriger Glücksspiele zuvor selbst vergeblich in Anspruch genommen wurde und die Vollstreckung, zumeist aufgrund der Ansässigkeit im Ausland, erfolglos geblieben ist.

(...)

Sofern ein Zahlungsdiensteanbieter dieser Verpflichtung nicht nachkommt und ein kooperatives Vorgehen scheitert, hat das Ministerium für Inneres und Sport als niedersächsische Glücksspielaufsichtsbehörde den Erlass einer Anordnung auf der Grundlage von § 9 Abs. 1 Satz 3 Nr. 4 i. V. m. § 9 a Abs. 2 Satz 2 GlüStV zu prüfen. Die Anforderungen an die Verhältnismäßigkeit werden gewahrt, indem zunächst gegen den Anbieter des unerlaubten Glücksspiels selbst vorgegangen wird und das Ministerium für Inneres und Sport nur dann, wenn eine Unterbindung des Glücksspielangebots wegen fehlender Vollstreckungsmöglichkeiten erfolglos bleibt, den Zahlungsdiensteanbieter nach dessen Anhörung in Anspruch nimmt.“⁴

In diametraler Abkehr von seiner im Landtag abgegebenen Erklärung, dass vor einer Blocking-Aufforderung an den Zahlungsdiensteanbieter stets eine (vollstreckbare, aber erfolglose) Untersagung gegenüber dem Glücksspielanbieter vorliegen muss, vertritt das Niedersächsische Ministerium für Inneres und Sport nun die Auffassung, dass die vorherige Untersagung gegenüber dem Glücksspielanbieter aufgrund des Urteils des BVerwG vom 26. Oktober 2017 – 8 C 18.16 – nicht mehr erforderlich sei. Diese Einlassung ist schon deshalb merkwürdig, da das Urteil des BVerwG dem Ministerium zum Zeitpunkt seiner im Landtag am 7. September 2018 abgegebenen Erklärung bereits ein knappes Jahr bekannt war.

In rechtsstaatlicher Hinsicht ebenso bemerkenswert ist in diesem Zusammenhang die Stellungnahme der Datenschutzbeauftragten des Landes Niedersachsen zum Mitwirkungsverbot nach § 4 Abs. 1 S. 2 Hs. 2 GlüStV:

„Gerade indem ein ausdrückliches Zahlungsverbot nur die Gesetzeslage abbildet, ist die Verhältnismäßigkeit gewahrt.“⁵

Nach dieser Logik würden sich so alle Anwendungen von gesetzlichen Verboten einer Verhältnismäßigkeitsprüfung entziehen mit der Folge, dass das Gesetz a priori einer verfassungskonformen Auslegung durch den Rechtsanwender entzogen wäre. Die Bindung der

⁴ Niedersächsischer Landtag – 18. Wahlperiode – Drucksache 18/1569; vgl: https://gluecksspiel.uni-hohenheim.de/fileadmin/einrichtungen/gluecksspiel/Parlamentsanfragen/2018_Niedersachsen_Grascha_Antwort_1.pdf.

⁵ Schreiben der Landesbeauftragten für Datenschutz Niedersachsen, Barbara Thiel, an DVTM vom 22.04.2020.

vollziehenden Gewalt an (höherrangiges) Recht und Gesetz nach Art. 20 Abs. 3 GG wird in der vorgenannten Stellungnahme grob verkannt.

In scharfem Kontrast zu der „harten Linie“ des Landes Niedersachsen werden in anderen Bundesländern Vollzugsverfahren zum Online-Verbot nach § 4 Abs. 4 GlüStV zunehmend ausgesetzt, gerade um eine Unverhältnismäßigkeit des Vollzugs besonders angesichts der bevorstehenden Marktöffnung durch den GlüNeuRStV abzuwenden. Prototypisch ist hierfür u.a. ein Verfahren vor dem VGH Mannheim, in welchem das Regierungspräsidium Karlsruhe mit Schriftsatz an den Verwaltungsgerichtshof vom 17. März 2020⁶ das Ruhen des Verfahrens beantragt und als Begründung erklärt hat:

„Dem Staatsvertrag zur Neuregulierung des Glückspielwesens haben die Vertreter der Bundesländer am 12.03.2020 zugestimmt. Danach ist damit zu rechnen, dass ab dem 01.07.2021 eine Öffnung des Marktes für Online-Glücksspiel erfolgt. Dem trägt der Antrag auf Ruhen des Verfahrens Rechnung.“

Daraufhin hat der VGH Mannheim mit Beschluss vom 26. März 2020⁷ auf Antrag der Beteiligten das Ruhen des Verfahrens angeordnet (§ 173 VwGO i.V.m. § 251 ZPO). Mit zusätzlichem Schriftsatz vom 17. April 2020 hat das Regierungspräsidium Karlsruhe gegenüber dem Verwaltungsgerichtshof sodann erklärt,

„dass die Vollstreckung aus der Untersagungsverfügung vom 18.01.2010 im Hinblick auf die zum 01.07.2021 zu erwartenden Rechtsänderungen durch den Staatsvertrag zur Neuregulierung des Glückspielwesens ausgesetzt wird.“

Ein anderer gangbarer, die Verhältnismäßigkeit wahrender Weg wäre es, dass Verwaltungsgerichte den Beteiligten angesichts der bevorstehenden Marktöffnung durch den GlüNeuRStV eine gütliche Einigung nahelegen. Prozessual könnte dies umgesetzt werden, indem die Gerichte in den anhängigen Verfahren jeweils einen Beschluss erlassen, wonach gemäß § 106 Satz 2 VwGO den Beteiligten angeraten wird, zur Beendigung des Rechtsstreites einen Vergleich abzuschließen. Darin könnte sich die Aufsichtsbehörde dazu verpflichten, die streitgegenständliche Untersagungsverfügung zurückzunehmen und bis zum Inkrafttreten des GlüNeuRStV wegen der danach in Deutschland zukünftig erlaubnisfähigen Glücksspielangebote keine Untersagungsverfügungen gegen den Anbieter mehr zu erlassen. Im Gegenzug würde sich dieser dazu verpflichten, nur noch solche Glücksspiele anzubieten, die in Deutschland nach dem GlüNeuRStV zukünftig erlaubnisfähig sein werden (Online-Automatenspiele, Online-Poker, Online- und Live-Tischspiele, insbes. Roulette, Baccarat, Blackjack), und auch zukünftig in Deutschland

⁶ Az. VGH 6 S 7/19.

⁷ Az. VGH 6 S 7/19.

nicht erlaubnisfähige Glücksspielangebote einzustellen bzw. diese auch unter der Geltung des GlüNeuRStV nicht mehr anzubieten (Online-Zweitlotterien, Online-Wetten auf Gesellschafts- und Unterhaltungsereignisse, Online-Wetten auf virtuelle Sportereignisse). Zusätzlich könnte sich der Anbieter mittels des Vergleichs dazu verpflichten, einschlägige Spieler- und Jugendschutzmaßnahmen umzusetzen (etwa: nur ein Spielerkonto pro Spieler und Webseite einzurichten etc.).

Eine solche Vergleichslösung hätte den Vorteil, dass im vertrauensvollen Einvernehmen zwischen den Aufsichtsbehörden einerseits und den regulierungswilligen Anbietern andererseits bis zum Inkrafttreten des GlüNeuRStV am 01. Juli 2021 ein unionsrechtskonformer Übergangszustand geschaffen und auf dieser Basis unmittelbar ein transparenter und effektiver Spieler- und Jugendschutz verwirklicht werden könnte. Dies wäre wegweisend und würde bestmöglich den im Folgenden zusammengefassten unionsrechtlichen Verhältnismäßigkeits- und Kohärenzmaßstäben der ständigen Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union gerade für den Übergangszeitraum bis zum Inkrafttreten des GlüNeuRStV am 1. Juli 2021 entsprechen.

C. Rechtsgutachterliche Bewertung

I. Die unionsrechtliche Unanwendbarkeit des Online-Verbotes nach § 4 Abs. 4 GlüStV entzieht auch dem Mitwirkungsverbot nach § 4 Abs. 1 S. 2 Hs. 2 GlüStV bis zum Inkrafttreten des GlüNeuRStV die Anwendungsgrundlage

1. Manifeste Unverhältnismäßigkeit der mit dem Online-Verbot einhergehenden inkohärenten Beschränkungen der Dienstleistungsfreiheit (Art. 56 AEUV)

Mit der bevorstehenden Marktöffnung für Online-Glücksspiele durch den voraussichtlich zum 01. Juli 2021 in Kraft tretenden GlüNeuRStV hat sich die Einsicht durchgesetzt, dass sich das Online-Verbot nach § 4 Abs. 4 GlüStV in seiner praktischen Anwendung nicht als geeignet erwiesen hat, den bestehenden Spieltrieb in der Bevölkerung gemäß § 1 Nr. 2 GlüStV in geordnete und überwachte Bahnen zu lenken. Angesichts dieses Kanalisierungsversagens können auch die übrigen Ziele des GlüStV – insbesondere eine wirksame Suchtbekämpfung (§ 1 Nr. 1 GlüStV) sowie die Gewährleistung von Jugend- und Spielerschutz (§ 1 Nr. 3 GlüStV) – nur unzureichend erfüllt werden.

Mit der politischen Einigung auf die bevorstehende Marktöffnung hat sich spätestens Ende 2019 im Kreis der Chefs der Staats- und Senatskanzleien der Länder (CdSK) die – in der Entwurfsfassung des GlüNeuRStV nach der Sonder-CdSK am 17./18. Januar 2020 objektiv manifestierte, wenngleich in den amtlichen Erläuterungen aus Rücksichtnahme gegenüber einigen Ländern nicht offen artikulierte – Einsicht durchgesetzt, dass das Online-Verbot nach § 4 Abs. 4 GlüStV unionsrechtlich nicht haltbar und wegen der Unverhältnismäßigkeit der

damit einhergehenden inkohärenten Beschränkungen der Dienstleistungsfreiheit (Art. 56 AEUV) unanwendbar ist. Diese Einsicht wird durch die – trotz des in den Jahren zuvor eskalierten Streitstandes im Kreis der Länder erstaunlicherweise äußerst rasche – Beschlussfassung zum GlüNeuRStV-Entwurf durch die Regierungschefinnen und -chefs der Länder auf ihrer MPK am 12. März 2020 bestätigt.

Parallel zu dieser Entwicklung setzen Verwaltungsgerichte, wie der VGH Mannheim, vollzugsrechtliche Streitverfahren zum Online-Verbot angesichts der bevorstehenden Marktöffnung aus. Dies ist angesichts der nicht unerheblichen Zeitspanne bis zum Inkrafttreten des GlüNeuRStV am 01. Juli 2021 zu begrüßen. Zur Überbrückung des Übergangszeitraums und zur unionsrechtskonformen Ausgestaltung des regulatorischen Regime-Wechsels ist anzuraten, dass die Zeit effektiv genutzt wird und die zuständigen Aufsichtsbehörden und regulierungswilligen Anbieter nun wechselseitig Vertrauen aufbauen. Dies könnte etwa im Wege einer gerichtlichen oder außergerichtlichen vergleichsweisen Einigung geschehen, nach der sich die Anbieter verpflichten, nur noch solche Glücksspiele anzubieten, die in Deutschland nach dem GlüNeuRStV zukünftig erlaubnisfähig sein werden (Online-Automatenspiele, Online-Poker, Online- und Live-Tischspiele, insbes. Roulette, Baccarat, Blackjack). Im Gegenzug sichert die Behörde in einem solchen Vergleich zu, dass bei Einhaltung bestimmter, in Orientierung an dem GlüNeuRStV entwickelten Spielerschutzvorschriften auch bis zum Inkrafttreten des GlüNeuRStV keine Untersagungsverfügungen mehr ergehen bzw. diese nicht vollzogen werden.

Jedenfalls haben die Entwicklungen für den Übergangszeitraum bis zum Inkrafttreten des GlüNeuRStV die – heute in den glücksspielrechtlichen Fachkreisen ganz überwiegend klar artikulierte⁸ – Rechtslage konsolidiert: Das Online-Verbot ist weder mit den in der ständigen Rechtsprechung des Gerichtshofs aufgestellten unionsrechtlichen (materiellen) Verhältnismäßigkeits- und Kohärenzmaßstäben vereinbar, wonach Art. 56 AEUV

„einer nationalen Regelung entgegensteht, sofern diese Regelung nicht tatsächlich dem Anliegen entspricht, in kohärenter und systematischer Weise die Gelegenheiten zum Spiel zu verringern oder die mit Spielen verbundene Kriminalität zu bekämpfen“⁹,

⁸ Hartmann/Barczak, Kanalisierungspflicht und Kohärenzgebot in Zeiten des Online-Glücksspiels, ZfWG 2020, S. 8 ff.; Becker/Häusler/Spitze, Online-Glücksspiele: Warum die Selbstreferenzialität der deutschen Rechtsprechung und die Regulierungsmechanik grundlegende Reformen verhindern, ZfWG 2020, S. 102 ff.; Hambach/Berberich, Eckpfeiler für Neuordnung des Internet-Glücksspiels auf Basis der EU-Kommission, ZfWG 2019, S. 463 ff.

⁹ Vgl. aus dieser ständigen Rechtsprechung nur EuGH, Urteil vom 30.06.2016, Rs. C-464/15, Rz. 33 – *Admiral Casinos & Entertainment AG*.

noch genügt es den strengen (prozeduralen) Nachweisanforderungen, die der *Gerichtshof* u.a. in den Rechtssachen *Online Games* und *Dickinger & Ömer* an die mitgliedstaatlichen Gerichte adressiert hat:

„[D]ie nationalen Gerichte [müssen] nach dem Unionsrecht eine Gesamtwürdigung der Umstände, unter denen eine restriktive Regelung erlassen worden ist und durchgeführt wird, auf der Grundlage der Beweise vornehmen, die die zuständigen Behörden des Mitgliedstaats vorgelegt haben, um das Vorliegen von Zielen, mit denen sich eine Beschränkung einer vom AEU-Vertrag gewährleisteten Grundfreiheit rechtfertigen lässt, und deren Verhältnismäßigkeit darzutun.“¹⁰

„In diesem Zusammenhang obliegt es dem Mitgliedstaat, der sich auf ein Ziel berufen möchte, mit dem sich eine Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs rechtfertigen lässt, dem Gericht, das über diese Frage zu entscheiden hat, alle Umstände darzulegen, anhand deren dieses Gericht sich vergewissern kann, dass die Maßnahme tatsächlich den sich aus dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ergebenden Anforderungen genügt.“¹¹

Selbst wenn es nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs im nichtharmonisierten Bereich wie der Regulierung des Glücksspiels grundsätzlich Sache der Mitgliedstaaten bleibt, das nationale Schutzniveau selbst zu bestimmen¹², wird der Beurteilungs- und Schutzgestaltungsspielraum der Mitgliedstaaten gleichwohl durch die aufgeführten Nachweisanforderungen begrenzt. Die Mitgliedstaaten und ihre Gerichte haben sich zu vergewissern, dass restriktive, in die Dienstleistungsfreiheit eingreifende Regelungen auch tatsächlich dem Anliegen entsprechen, die Gelegenheit zum Spiel „in geordnete und überwachte Bahnen“ zu kanalisieren und zwar in kohärenter und systematischer Weise.¹³

Zudem verlangt der Gerichtshof eine die Datenerhebung, Datenauswertung und Tragfähigkeitsbeurteilung umfassende Aktualisierung, wenn er in seinem Urteil vom 30. Juni 2016 in der Rs. C-464/15 (*Admiral Casinos & Entertainment AG*) die mitgliedstaatliche Pflicht betont, die tatsächlichen Gefahren-, Gefährdungs- und Risikolagen fortlaufend zu ermitteln und folgerichtig zu evaluieren:

¹⁰ EuGH, Urteil vom 14. Juni 2017, Rs. C-685/15, Rn. 65 – *Online Games*.

¹¹ EuGH, Urteil vom 15. September 2011, Rs. C-347/09, Rn. 54 – *Dickinger & Ömer*; vgl. auch EuGH, Urteil vom 12. Juni 2014, Rs. C-156/13, Rn. 40 – *Digibet und Albers*; EuGH, Urteil vom 08. September 2010, verb. Rs. C-316/07, C-409/07, C-410/07 und C-358/08, C-359/08, C-360/08, 2010 I-08069, Rn. 71, 88, 97 f. – *Markus Stoß u.a.*

¹² Vgl. EuGH, Urteile vom 8. September 2010, C-316/07 sowie C-46/08. Zum Sinngehalt der Begrifflichkeiten Konsistenz und Kohärenz vgl. auch *Liesching/Berberich*, in: Streinz/Liesching/Hambach, Glücks- und Gewinnspielrecht in den Medien, 1. Aufl., Art. 12 GG, Rn. 57 ff.

¹³ EuGH, Urteil vom 15. September 2011, Rs. C-347/09, Rn. 56 – *Dickinger & Ömer*.

„34. Aus dem Gebrauch der Wendung „in kohärenter und systematischer Weise“ geht unmittelbar hervor, dass die betreffende Regelung nicht nur im Moment ihres Erlasses, sondern auch danach dem Anliegen entsprechen muss, die Gelegenheiten zum Spiel zu verringern oder die mit Spielen verbundene Kriminalität zu bekämpfen.

(...)

36. Es bleibt hiernach festzuhalten, dass der Ansatz des vorliegenden Gerichts im Rahmen der Prüfung der Verhältnismäßigkeit nicht statisch sein darf, sondern dynamisch sein muss, so dass es die Entwicklung der Umstände nach dem Erlass der genannten Regelung berücksichtigen muss.“

Dass der unionsrechtlichen Unanwendbarkeit des Online-Verbotes nach § 4 Abs. 4 GlüStV im Übergangszeitraum bis zum Inkrafttreten des GlüNeuRStV am 1. Juli 2021 nicht – wie seitens des Niedersächsischen Innenministeriums vorgetragen – das Urteil des BVerwG vom 26. Oktober 2017 – 8 C 18.16 – entgegengehalten werden kann, bestätigt das manifeste regulatorische Kanalisierungsversagen im Lichte der vom Gerichtshof betonten mitgliedstaatlichen Aktualisierungspflicht im Rahmen einer umfassenden Datenerhebung, Datenauswertung und Kohärenzbeurteilung.

Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs (insbes. Rechtssache *Stanleybet*) sind die Mitgliedstaaten gerade auch in einer Übergangszeit verpflichtet, einen unionsrechtskonformen Zustand zu gewährleisten:

“Falls die innerstaatliche Regelung für die Veranstaltung von Glücksspielen mit den Vertragsbestimmungen über den freien Dienstleistungsverkehr und die Niederlassungsfreiheit nicht vereinbar ist, können die nationalen Behörden nicht während einer Übergangszeit davon absehen, Anträge wie die in den Ausgangsverfahren fraglichen, die die Erteilung von Genehmigungen im Glücksspielsektor betreffen, zu prüfen.”¹⁴

Wenn zur Gewährleistung eines unionsrechtskonformen Zustandes in einer Übergangszeit sogar die Erteilung einer (nach nationalem Recht eigentlich zu versagenden) Erlaubnis geboten ist, muss nach Art. 56 AEUV a fortiori ein unionsprimärrechtliches Vollzugsverbot für die noch aktuelle, jedoch unionsrechtswidrige Gesetzeslage gelten.

¹⁴ EuGH, Urteil vom 24. Januar 2013, Rs. C-186/11 und C-209/11, 2. Leitsatz – *Stanleybet*.

Dies hat der Gerichtshof in der Rechtssache *Ince*¹⁵ in einem die Strafverfolgung wegen einer Sportwettenveranstaltung ohne Erlaubnis betreffenden Fall bestätigt, nachdem sich das Konzessionsvergabeverfahren zu Online-Sportwetten im Rahmen der Experimentierklausel des GlüStV als nicht rechtmäßig umsetzbar und damit der Konzessionsvorbehalt als unanwendbar erwiesen hat.

Im Folgenden soll das gegenwärtige regulatorische Kanalisierungsversagen kurz dargestellt werden (2.), bevor vor diesem Hintergrund das Urteil des BVerwG vom 26. Oktober 2017 – 8 C 18.16 – entgegen der Auffassung des Niedersächsischen Innenministeriums für die Frage der unionsrechtlichen Anwendbarkeit des Online-Verbot nach § 4 Abs. 4 GlüStV als nicht belastbar einzuordnen ist (3.), so dass dem Mitwirkungsverbot nach § 4 Abs. 1 S. 2 Hs. 2 GlüStV auch bis zum Inkrafttreten des GlüNeuRStV die Anwendungsgrundlage entzogen bleibt (4.).

2. Das regulatorische Kanalisierungsversagen

Die empirische Kanalisierungsdaten- und -erkenntnislage zum regulierten Glücksspielsektor in Deutschland ist aufgrund mangelhafter Evaluierungssystematik äußerst defizitär.¹⁶

So hat sich die im geltenden GlüStV durch Evaluierungspflichten flankierte Zulassungsbefugnis zu Online-Sportwetten im Rahmen der Experimentierklausel mangels rechtmäßigem Konzessionsvergabeverfahren als nicht umsetzbar erwiesen, so dass keine systematischen Kanalisierungserkenntnisse im Verhältnis zwischen zugelassenen Online-Sportwetten und dem Verbot von Online-Casinospielen gewonnen werden konnten. Einhelligkeit besteht daher in der auf empirische Kanalisierungserkenntnisse abstellenden Literatur, dass der geltende GlüStV sein Kanalisierungsziel (§ 1 Nr. 2 GlüStV) angesichts eines stark wachsenden nicht-regulierten Marktes offensichtlich verfehlt hat.¹⁷ Selbst der Jahresbericht 2017 der Glücksspielaufsichtsbehörden der Länder räumt deutlich ein, dass die Spieler gerade auch solche kritischen Angebote des nicht-regulierten Marktes massiv nutzen, welche die anerkannten Jugend- und Spielerschutzstandards grob missachten.¹⁸

Eine gewisse empirisch basierte Dokumentation zu den Suchtgefährdungslagen und dem Fehlgehen der bisherigen Kanalisierungsregulierung in Bezug auf die Spielsuchtgefährdung hat das Land Hessen in seinem Endbericht zur Evaluierung des GlüStV am 10. April 2017

¹⁵EuGH, Urteil vom 4. Februar 2016, Rs. C-336/14, Ziffern 1 und 3 des Urteilstenors – *Ince*; vgl. die Urteilsanmerkung von *Kudlich/Berberich*, ZfWG 2016, 126 ff.

¹⁶ *Becker/Häusler/Spitze*, Online-Glücksspiele: Warum die Selbstreferenzialität der deutschen Rechtsprechung und die Regulierungsmechanik grundlegende Reformen verhindern, ZfWG 2020, S. 102 ff.

¹⁷ Vgl. für viele nur *Haucap/Nolte*, Faktenbasierte Evaluierung des Glücksspielstaatsvertrags, Deutsche Sporthochschule Köln, 2017, S. 108 ff.

¹⁸ Jahresreport 2017 der Glücksspielaufsichtsbehörden der Länder, endgültige Fassung vom 26. November 2018, S. 11 ff.

vorgelegt.¹⁹ Darin werden insbesondere die tatsächlichen Suchtgefährdungslagen zwischen onlinebasierten und stationären Glücksspielen verglichen. In dem Evaluierungsbericht des Landes Hessen sticht die auf Seite 38 aufgeführte, aufgrund wissenschaftlich-empirischer Erhebungen erstellte Vergleichstabelle 12 („ausgeübte Glücksspielart von Patienten/innen mit pathologischem Spielverhalten in stationärer Behandlung“) ins Auge, wonach sämtliche Online-Spielvarianten am unteren Ende der Tabelle stehen, während das stationäre Spiel offenbar deutlich gefährlicher ist.²⁰

Der Evaluierungsbericht des Landes Hessen übertrifft damit die Schlussfolgerungen der Kommission, die bereits 2011 (basierend auf dem Ergebnis eines Forschungsprojekts von 200 führenden Suchtwissenschaftlern aus 25 Mitgliedsstaaten) feststellte, dass Glücksspiele im Internet im Vergleich zu ähnlichen stationären Glücksspielen zumindest keine erhöhte Gefährlichkeit aufweisen.²¹

Die bisher aufgrund des geltenden GlüStV angestrebte Kanalisierung zu stationären Spielangeboten erfolgt damit nach dem Evaluierungsbericht Hessen in die falsche Richtung. Gerade terrestrische Spielhallen, Gaststätten und Spielbanken werden offenbar von Spielsüchtigen aufgesucht. Damit werden bisher nicht suchtkranke Spielinteressierte regulatorisch veranlasst, Orte aufzusuchen, in denen sie unmittelbar mit Spielsüchtigen sowie deren Spielverhalten in Kontakt geraten. Diese gesetzgeberisch fehlleitende Kanalisierungsrichtung begründet die Gefahr, dass durch den Kontakt mit Spielsüchtigen in Spielhallen und Gaststätten deren problematisches Spielverhalten adaptiert wird. Zudem zeigen die Zahlen auf, dass die gesetzgeberische Annahme, bei terrestrischem Glücksspiel finde eine „soziale Kontrolle“ statt, welche der Glücksspielsucht entgegenwirke, als empirisch widerlegt zu betrachten ist.

Des Weiteren zeigt der – in seiner endgültigen Fassung erst am 20. März 2018 vorgelegte – Jahresreport 2016 der Glücksspielaufsichtsbehörden der Länder, dass der deutsche Online-Glücksspielmarkt immer stärker wächst. Ungeachtet dessen ist nach diesem Bericht der Anteil der Umsätze, die durch das Internet eingenommen werden, im regulierten Markt weiterhin gering:

„Im Jahr 2016 wurden über diesen Vertriebskanal insgesamt 381 Mio. Euro an Bruttospielerträgen umgesetzt und somit um 83 Mio. Euro bzw. 28 % mehr als im

¹⁹ Endbericht des Landes Hessen zur Evaluierung des Glücksspielstaatsvertrages vom 10. April 2017, insb. S. 38.

²⁰ Auch die aktuelle Zusammenfassung von *Gerhard Meyer* im Jahrbuch Sucht 2020 belegt, dass gerade das terrestrische Automatenspiel besonders suchtgefährlich ist, vgl. S. 141-142: „In den Beratungsstellen bilden Spieler/-innen an Geldspielautomaten nach wie vor mit Abstand die größte Gruppe. Das Spiel an den Geräten in Spielhallen und Gaststätten nannten 70,0 % bzw. 7,6 % als Hauptspielform, gefolgt von terrestrischen Sportwetten mit 4,7 % (Online-Sportwetten: 4,3 %; Online-Automatenspielen: 4,2 %; Online-Casinospiele, ohne Poker: 2,0 %; Online-Poker 1,7 %).“

²¹ *European Commission*, Workshop on Online Gambling: Detection and Prevention of Problem Gambling and gambling Addiction, 2011.

*Jahr 2015. Im Verhältnis zu den gesamten Bruttospielerträgen hat der Online-Vertrieb somit einen Anteil von 3,5 %.*²²

Gänzlich umgekehrt verhält es sich beim nicht-regulierten Glücksspielmarkt. Der Marktanteil beim Online-Vertrieb lag nach dem Jahresreport der Glücksspielaufsichtsbehörden der Länder im Jahr 2016 bei rund 80 %.²³

Diese Befunde verdeutlichen, dass sich der prohibitive Ansatz des geltenden GlüStV als ungeeignet und nicht durchsetzbar erwiesen hat. Auch die Idee, spielinteressierte Personen auf das bestehende staatliche Angebot kanalisieren zu können, hat sich als unzutreffend erwiesen. An Online-Casino-Spielen Interessierte lassen sich – entgegen der gesetzgeberischen Annahme – ganz überwiegend gerade nicht auf die Produkte der Landeslotteriegesellschaften („6aus49“, „Eurojackpot“) kanalisieren.

Der grundsätzliche Reformansatz einer integralen Online-Offline-Regulierung von Glücksspielen im GlüNeuRStV ist jedenfalls insofern als ein wichtiger Schritt sowohl in Richtung Binnenkohärenz als auch in Richtung intersektoraler Kohärenz zu begrüßen, als damit vor dem Hintergrund der großen Mehrheit internationaler wissenschaftlicher Studien auf der Grundlage von in ausländischen Rechtsordnungen empirisch gewonnenen und evaluierten Daten²⁴ die unhaltbare Prämisse der spezifisch modalen Gefährlichkeit von Online-Glücksspielen aufgegeben wird.

3. Das Urteil des BVerwG vom 26. Oktober 2017 – 8 C 18.16 –

Die seitens des Niedersächsischen Innenministeriums auch gegenwärtig noch aufrechterhaltene Berufung auf das Urteil des BVerwG vom 26. Oktober 2017 zur Begründung des Financial Blocking ist vor dem Hintergrund des manifesten regulatorischen Kanalisierungsversagens, der in der Rechtsprechung des Gerichtshofs betonten mitgliedstaatlichen Gewährleistungspflicht unionsrechtskonformer Übergangsphasen und der mitgliedstaatlichen Aktualisierungspflicht

²² Jahresreport 2016 der Glücksspielaufsichtsbehörden der Länder, https://innen.hessen.de/sites/default/files/media/hmdis/jahresreport_2016_0.pdf, endgültige Fassung vom 20. März 2018, S. 8.

²³ Jahresreport 2016 der Glücksspielaufsichtsbehörden der Länder, https://innen.hessen.de/sites/default/files/media/hmdis/jahresreport_2016_0.pdf, endgültige Fassung vom 20. März 2018, S. 13.

²⁴ *Shaffer/Shaffer*, *Psychiatric Epidemiology, Nosology, and Treatment: Considering Internet Gambling*. *Psychiatric Annals*, 44, 2014, S. 371 ff.; *Gainsbury*, *Online Gambling Addiction: the Relationship Between Internet Gambling and Disordered Gambling*. *Current Addiction Reports*, 2, 2015, S. 185 ff.; *Philander/MacKay*, *Online gambling participation and problem gambling severity: is there a Causal relationship?* *International Gambling Studies*, 14, 2014, S. 214 ff.; *LaPlante/Nelson/LaBrie/Shaffer*, *Disordered gambling, type of gambling and gambling involvement in the British Gambling Prevalence Survey 2007*. *European Journal of Public Health*, 21, 2011, S. 532 ff.; *Shaffer/Martin*, *Disordered Gambling: Etiology, Trajectory, and Clinical Considerations*. *Annual Review of Clinical Psychology*, 7, 2011, S. 483 ff.; *Blaszczynski/Russell/Gainsbury/Hing*, *Mental Health and Online, Land-Based and Mixed Gamblers*. *Journal of Gambling Studies*, 32, 2016, S. 261 ff.; *European Commission*, *Workshop on Online Gambling: Detection and Prevention of Problem Gambling and gambling Addiction*, 2011.

bei der Kohärenzbeurteilung nicht mehr nachvollziehbar. Noch weniger belastbar ist das Urteil des BVerwG für den Verzicht des Innenministeriums auf eine (vollstreckbare, aber erfolglose) Untersagungsverfügung gegenüber den jeweiligen Glücksspielanbietern, deren Angebote aufgrund der Blocking-Aufforderung an den Zahlungsdienstleister sanktioniert werden sollen.

Die Rechtskraft des Revisionsurteils des BVerwG bezieht sich *ratione temporis et inter partes* auf einen historischen Streitgegenstand, welcher bereits durch den Zeitlauf im Instanzenzug schon lange von den rasanten Entwicklungen auf den Online-Glücksspielmärkten, insbesondere in negativer Hinsicht von der weiter stark zunehmenden Nutzermigration in die Schwarzmärkte, und nun in regulatorisch positiver Hinsicht von der bevorstehenden Marktöffnung für Online-Glücksspiel durch den GlüNeuRStV überholt worden ist.

Aufgrund der vom Gerichtshof betonten mitgliedstaatlichen Aktualisierungspflicht, im Rahmen einer umfassenden Datenerhebung, Datenauswertung und Kohärenzbeurteilung die auf die tatsächlichen Gefahren- und Risikolagen bezogenen regulatorischen Kanalisierungswirkungen fortlaufend zu ermitteln und immer wieder aktualisiert – zumindest turnusmäßig – folgerichtig zu evaluieren²⁵, ist das Urteil des BVerwG heute unionsrechtlich nicht mehr belastbar.

Dem folgen gegenwärtig auch Verwaltungsgerichte, indem sie vollzugsrechtliche Streitverfahren zum Online-Verbot angesichts der bevorstehenden Marktöffnung aussetzen oder die Beteiligten zu einer vergleichweisen Einigung bewegen, insbesondere mit der Verständigung darauf, dass bis zum Inkrafttreten des GlüNeuRStV wegen der danach künftig erlaubnisfähigen Glücksspielangebote keine Untersagungsverfügungen mehr ergehen. In den Gründen dieser verwaltungsgerichtlichen Beschlüsse, die der Unterzeichner gesichtet hat, spielt jedenfalls das Urteil des BVerwG vom 26. Oktober 2017 überhaupt keine Rolle.

Hinzu kommt, dass das BVerwG ausweislich der Urteilsgründe in Entsagung prüf- und subsumtionsfähiger Tatsachengrundlagen unter Verletzung der revisionsrechtlichen Zurückverweisungspflicht "durchentschieden" und sich damit über die dem Revisionsgericht nach § 144 VwGO gezogenen Kompetenzgrenzen hinweggesetzt hat.²⁶

Die Zurückverweisung der Sache an den VGH Baden-Württemberg zur Nachholung der erforderlichen Tatsachenfeststellungen, insbesondere hinsichtlich der faktischen Umstände des Online-Verbotes, war hier besonders geboten, da den nationalen Gerichten von der ständigen Rechtsprechung des EuGH ein tatsächlich, konkret und zumindest turnusmäßig aktualisiert auszurichtendes Kohärenzprüfungsprogramm aufgegeben worden ist. Diesbezüglich war dem

²⁵ Urteil vom 30. Juni 2016, Rs. C-464/15 – Admiral Casinos & Entertainment AG.

²⁶ *Berberich/Koenig*, Willkürliche Verletzung des Grundrechts auf den gesetzlichen Tatsachenrichter durch das Bundesverwaltungsgericht bei Bestätigung des Internetverbots?, ZfWG 2018, S. 153 ff.

BVerwG auch die Abgrenzung der gebotenen Tatsachenfeststellungen (nach Zurückverweisung) von der rechtlichen Würdigung in eindeutiger Weise möglich, so dass sich daher die Grenzen der Entscheidungsbefugnis der Revisionsinstanz gegenüber der Tatsacheninstanz sehr deutlich, also in keiner Weise als fließend darstellten.

Dabei fällt in den Urteilsgründen (Rz. 39) besonders auf, dass das BVerwG den unionsrechtlichen Prüfmaßstab viel zu abstrakt formuliert. Zwar zitiert das BVerwG hierzu noch die vom Gerichtshof in ständiger Rechtsprechung im Bereich des Glücksspielrechts aufgestellten prozeduralen Darlegungs- und Nachweisanforderungen an mitgliedstaatliche Beschränkungen der Dienstleistungsfreiheit in abstrakter Weise, leistet selbst aber offenkundig der vom Gerichtshof aufgegebenen konkreten und tatsächlichen Ausrichtung²⁷ des unionsrechtlichen Prüfmaßstabes, nämlich durch Zurückverweisung zur Nachholung der erforderlichen Tatsachenfeststellungen, keine Folge. Letzteres setzt sich dann im Fehlen einer konkreten Tatsachensubsumtion in den Rz. 40 ff. der Urteilsgründe fort. Das BVerwG beschränkt sich dagegen auf abstrakt-generelle Feststellungen, wie insbesondere im ersten Satz in Rz. 40 der Urteilsgründe:

„Ausgehend von diesen Maßstäben steht die Eignung des Internetverbots zur Verfolgung der legitimen Gemeinwohlziele des Glücksspielstaatsvertrages nicht in Zweifel.“

oder in Rz. 41 der Urteilsgründe:

„Die teilweise Zulassung der Veranstaltung und von Vermittlung von Glücksspielen im Internet widerspricht keiner konsequenten Eindämmung der den Glücksspielen immanenten Gefahren.“

Alleine aus dem Blickwinkel des deutschen Revisionsverfahrensrechts betrachtet hätte das BVerwG zu seinem Urteil allenfalls erst durch Nachholung der erforderlichen Tatsachenfeststellungen nach Zurückverweisung der Sache an den VGH Baden-Württemberg kommen dürfen. Unionsrechtlich hätte selbst im (hypothetischen) Fall einer nach § 144 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 VwGO erfolgten Zurückverweisung an das Tatsachengericht das Online-Verbot nach § 4 Abs. 4 GlüStV zwangsläufig vor dem BVerwG scheitern müssen. Denn im Fall einer Zurückverweisung an das Tatsachengericht – und dessen Befolgung der vom Gerichtshof betonten Nachweis- und Aktualisierungspflichten – stellt sich eine positive revisionsgerichtliche Kohärenzbeurteilung der auf die tatsächlichen Gefahren- und Risikolagen

²⁷ EuGH, Urteil vom 15.09.2011, Rs. C-347/09, Rn. 54 – *Dickinger & Ömer*; vgl. auch EuGH, Urteil vom 12.06.2014, Rs. C-156/13, Rn. 40 – *Digibet und Albers*; EuGH, Urteil vom 08.09.2010, verb. Rs. C-316/07, C-409/07, C-410/07 und C-358/08, C-359/08, C-360/08, *Markus Stoß u.a.*, 2010 I-08069, Rn. 71, 88, 97 f.

zu beziehenden regulatorischen Kanalisierungswirkungen zum Zeitpunkt des Urteilerlasses am 26. Oktober 2017 im Lichte des damals schon manifesten Kanalisierungsversagens und des weitgehenden Vollzugsausfalls als ausgeschlossen dar. Dann hätte nämlich vor dem BVerwG die Tatsachensubsumtion unter den Tatbestand des unionsrechtlichen Schrankenvorbehaltes „*zwingender Erfordernisse des Allgemeinwohls*“ auf der Grundlage der tatsächengerichtlichen Feststellungen zum Kanalisierungsversagen und des weitgehenden Vollzugsausfalls in der Unverhältnismäßigkeit der mit dem Online-Verbot nach § 4 Abs. 4 GlüStV einhergehenden inkohärenten Beschränkungen der Dienstleistungsfreiheit (Art. 56 AEUV) resultieren müssen.

4. Leerlaufen des Mitwirkungsverbot nach § 4 Abs. 1 S. 2 Hs. 2 GlüStV bei unionsrechtlicher Unanwendbarkeit des Online-Verbotes

Ist zur Gewährleistung eines unionsrechtskonformen Zustandes in einer Übergangszeit sogar die Erteilung einer (nach nationalem Recht eigentlich zu versagenden) Interimserlaubnis, zumindest aber eine Duldung geboten²⁸ und gilt damit zugleich nach Art. 56 AEUV a fortiori selbstverständlich auch ein unionsprimärrechtliches Vollzugsverbot für die gegenwärtig noch unionsrechtswidrige Gesetzeslage²⁹, so wird damit auch dem Mitwirkungsverbot nach § 4 Abs. 1 S. 2 Hs. 2 GlüStV bis zum Inkrafttreten des GlüNeuRStV die akzessorische Anwendungsgrundlage („*unerlaubtes Glücksspiel*“) wegen der unionsrechtlichen Unanwendbarkeit des Online-Verbotes nach § 4 Abs. 4 GlüStV entzogen.

5. Unionsrechtliche Unanwendbarkeit des Mitwirkungsverbot nach § 4 Abs. 1 S. 2 Hs. 2 GlüStV, soweit den Zahlungsdienstleistern ein tatsächlich oder rechtlich unmögliches Verhalten abverlangt wird

Selbst wenn Gegenstand dieses Rechtsgutachtens nicht die datenschutzrechtlichen Fragestellungen im Hinblick auf Financial Blocking sind, muss in diesem Zusammenhang auf das rechtsstaatliche wie unionsrechtliche Verbot hoheitlicher Anordnungen hingewiesen werden, welche auf ein tatsächlich und/oder rechtlich unmögliches Verhalten der Adressaten gerichtet sind. Der ehemalige Bundesbeauftragte für Datenschutz und die Informationsfreiheit, *Peter Schaar*, hat in seinem Kurzgutachten vom 17. März 2020 diese tatsächliche und rechtliche Unmöglichkeit der adressierten Zahlungsdienstleister wie folgt prägnant zusammengefasst:

„Zahlungsdienstleister sind aus tatsächlichen und rechtlichen Gründen daran gehindert, auf Grund der von ihnen rechtmäßig verarbeiteten personenbezogenen Daten Zahlungen im Zusammenhang mit der Unterbindung illegalen Glücksspiels

²⁸ EuGH, Urteil vom 24. Januar 2013, Rs. C-186/11 und C-209/11, 2. Leitsatz – *Stanleybet*.

²⁹ EuGH, Urteil vom 4. Februar 2016, Rs. C-336/14, Ziffern 1 und 3 des Urteilstenors – *Ince*; vgl. die Urteilsanmerkung von *Kudlich/Berberich*, ZfWG 2016, 126 ff.

*zu unterbinden, soweit der Zahlungsempfänger sowohl legale als auch andere, allein auf Grund des Aufenthaltsorts des Spielers, illegale Glücksspiele veranstaltet.*³⁰

Die Einordnung, ob ein Online-Glücksspielangebot legal oder illegal ist, hängt angesichts der uneinheitlichen Rechtslage innerhalb der EU und Deutschland (Schleswig-Holstein) insbesondere von der jeweiligen Glücksspiellizenz sowie dem Aufenthaltsort des Spielers zum Zeitpunkt der Spielteilnahme ab³¹. Nur über einen – praktisch wie datenschutzrechtlich unmöglichen – ausreichend sicheren Rückgriff auf die bei dem jeweiligen Anbieter gespeicherten Daten wäre es demnach möglich, zu ermitteln, ob dieser legales oder illegales Glücksspiel anbietet.

Dagegen verfügen die Zahlungsdiensteanbieter selbst nicht über eigene Datenerhebungsmöglichkeiten, um aufgrund der ihnen vorliegenden Daten den Aufenthaltsort eines Spielers ausreichend sicher (Art. 5 Abs. 1 lit d) DS-GVO) zu ermitteln.³² Denn die von den Kunden bei dem Zahlungsvorgang verwendeten IP-Adressen selbst sind technisch nicht geeignet, um den Ort der Nutzung und des Aufenthaltes des Nutzers ohne Mitwirkung seines Telekommunikationsdienstleisters ausreichend sicher zu identifizieren. Da Access Provider an Endkunden regelmäßig nur dynamische IP-Adressen aus einem Adresspool zuweisen, fehlt diesen Adressen ein ausreichend sicherer nationaler – geschweige denn hinsichtlich der Sonderregelung in Schleswig-Holstein ein ausreichend sicherer regionaler – Bezug zum Aufenthaltsort der Nutzer.

Unabhängig davon unterliegt die Datenerhebung (u.a. von IP-Adressen) durch den Zahlungsdiensteanbieter dem Grundsatz der Zweckbindung. Würde die Datenerhebung zum Zweck der Zahlungstransaktion nunmehr zur Standortbestimmung zwecks Kontrolle der Einhaltung des Glücksspielrechts eingesetzt, so wie seitens des Niedersächsischen Innenministeriums von den Zahlungsdiensteanbietern in deren Eigenverantwortung (!) verlangt, so wäre der Verbotstatbestand einer mit dem Erhebungszweck unvereinbaren Zweckänderung nach Art. 5 Abs. 1 lit b) DS-GVO erfüllt und zwar unabhängig von der weiteren Voraussetzung einer Erlaubnis zur Datenverarbeitung nach Art. 6 DS-GVO.

Eine dem Art. 5 Abs. 1 lit. d) DS-GVO entsprechende, ausreichend sichere Standortbestimmung wäre allenfalls unter Verwendung der Standortdaten des Nutzers möglich, die bei der Erbringung des Telekommunikationsdienstes erhoben worden sind, um dem Nutzer die Ausführung des Zahlungsdienstes im Internet übertragungstechnisch zu ermöglichen.³³ Dann aber müsste der Zahlungsdiensteanbieter diese Daten direkt vom

³⁰ Datenschutzrechtliches Kurzgutachten zur Verwendung von elektronischen Standortdaten für die Ermittlung des Aufenthaltsortes von Teilnehmern an Internet-Spielen, *Peter Schar*, 17.März.2020, S. 9.

³¹ *Peter Schar* (Fn. 30), S. 2.

³² *Peter Schar* (Fn. 30), S. 2.

³³ *Peter Schar* (Fn. 30), S. 4.

Telekommunikationsdienstleister erhalten können. Jedoch unterliegen die Standortdaten als „nähere Umstände der Telekommunikation“ dem verfassungsrechtlich durch Art. 10 GG sowie einfachgesetzlich durch § 88 Abs. 1 TKG geschützten und nach § 206 StGB strafrechtlich sanktionierten Telekommunikationsgeheimnis (Fernmeldegeheimnis). Letzteres erfasst nicht nur den Inhalt der Telekommunikation, sondern umfasst vielmehr auch ihre näheren Umstände, insbesondere die Tatsache, ob, wie und wo jemand an einem Telekommunikationsvorgang beteiligt war oder nicht (§ 88 Abs. 1 TKG, § 206 Abs. 5 S. 2 StGB). Standortdaten des Telekommunikationsvorganges dürften an Dritte, wie Zahlungsdienstleistern, nur aufgrund einer ausdrücklichen gesetzlichen Ermächtigung weitergegeben werden. Die Ermächtigungsnormen zur Weitergabe von Telekommunikationsdaten durch Telekommunikationsdienstleister aufgrund von Auskunftersuchen im automatisierten oder manuellen Verfahren nach §§ 111-113 TKG erlauben aber nur die Weitergabe der Standortdaten an die Sicherheitsbehörden, nicht aber an „nicht-öffentliche Stellen“ wie die Zahlungsdienstleister.³⁴

Wenn das Niedersächsische Innenministerium von den Zahlungsdienstleistern verlangt, eigenverantwortlich zu entscheiden, welche Maßnahmen diese ergreifen mögen, um dem Mitwirkungsverbot nach § 4 Abs. 1 S. 2 Hs. 2 GlüStV nachzukommen, so wird den Zahlungsdienstleistern ein technisch unmögliches und datenschutzrechtlich verbotenes, mithin auch rechtlich unmögliches Verhalten abverlangt.

Denn es ist den Zahlungsdienstleistern technisch unmöglich und nach Art. 5 Abs. 1 lit b) und lit. d), Art. 6 DS-GVO sowie im Auskunftsverfahren nach §§ 111-113 TKG verwehrt, die für eine Einordnung des Online-Glücksspielangebots als legal oder illegal erforderlichen Standortdaten des Nutzers „ausreichend sicher“ zu ermitteln bzw. zu erhalten.

Nach dem allgemeinen Rechtsgrundsatz *ultra posse nemo obligatur* („über das Können hinaus wird niemand verpflichtet“) kann eine rechtliche Verpflichtung zu einer unmöglichen Leistung oder einem unmöglichen Verhalten *axiomatisch* nicht bestehen, so dass die Leistungs- oder Verhaltenspflicht – *impossibilium nulla est obligatio* („Nichts ist Pflicht bei Unmöglichkeit“) – *ipso iure* entfällt. Dieser auch ohne Kodifizierung (so im Zivilrecht nach § 275 Abs. 1 BGB oder im Verwaltungsrecht nach § 44 Abs. 2 Nr. 4 VwVfG) im nationalen oder supranationalen Recht wie auch im Völkerrecht geltende zwingende allgemeine Rechtsgrundsatz ist axiomatisch jeder zivilisierten Rechtsordnung immanent. Unionsrechtlich ist das Mitwirkungsverbot nach § 4 Abs. 1 S. 2 Hs. 2 GlüStV jedenfalls unanwendbar, soweit es den

³⁴ Peter Schar (Fn. 30), S. 7.

Zahlungsdiensteanbietern ein tatsächlich oder datenschutzrechtlich unmögliches Verhalten abverlangt. Ohnehin muss jede Anordnung eines unmöglichen Verhaltens durch eine mitgliedstaatliche Behörde, mit der Beschränkungen der Dienstleistungsfreiheit (Art. 56 AEUV) oder der Zahlungsverkehrsfreiheit (Art. 63 AEUV) einhergehen, wegen Verletzung des Verhältnismäßigkeits- und Kohärenzgrundsatzes unanwendbar bleiben.

II. Rechtsstaatliche und verfahrensrechtliche Anforderungen an den Vollzug des Mitwirkungsverbotes (§ 9 Abs. 1 S. 3 Nr. 4 GlüStV)

Die unionsrechtlichen und rechtsstaatlichen Verwerfungen durch das Financial Blocking offenbaren sich auch in der Außerachtlassung des im Glückspielstaatsvertrag hierfür vorgesehenen Vollzugsverwaltungsverfahrens (§ 9 Abs. 1 S. 3 Nr. 4 GlüStV).

Die Rechtsgrundlage für den Vollzug des Mitwirkungsverbotes nach § 4 Abs. 1 S. 2 Hs. 2 GlüStV findet sich in § 9 Abs. 1 S. 3 Nr. 4 GlüStV, wonach die zuständige Glücksspielaufsichtsbehörde

„den am Zahlungsverkehr Beteiligten, insbesondere den Kredit- und Finanzdienstleistungsinstituten, nach vorheriger Bekanntgabe unerlaubter Glücksspielangebote die Mitwirkung an Zahlungen für unerlaubtes Glücksspiel und an Auszahlungen aus unerlaubtem Glücksspiel untersagen (kann).“

Die Zuständigkeit für das Financial Blocking liegt gemäß § 9a Abs. 2 S. 2 GlüStV ländereinheitlich bei der Glücksspielaufsichtsbehörde des Landes Niedersachsen, dem Niedersächsischen Innenministerium, wenn in mehr als einem Land unanfechtbar unerlaubte Glücksspiele festgestellt und untersagt wurden.

Aus dem Wortlaut („nach vorheriger Bekanntgabe“) und der systematischen Stellung des § 9 Abs. 1 S. 3 Nr. 4 GlüStV im Verhältnis zum materiellen Mitwirkungsverbot nach § 4 Abs. 1 S. 2 Hs. 2 GlüStV geht die Notwendigkeit der Durchführung eines mehrstufigen Vollzugsverfahrens hervor. Die Anwendung dieser Norm setzt zunächst voraus, dass unerlaubtes Glücksspiel – also Veranstaltung oder Vermittlung von öffentlichen Glücksspielen ohne Erlaubnis – nach § 4 Abs. 1 S. 2 Hs. 1 GlüStV durch die zuständige Glücksspielaufsichtsbehörde auf der ersten Stufe *bestandskräftig* festgestellt und dem Glücksspielanbieter untersagt worden ist. Erst auf dieser Grundlage darf das Niedersächsische Innenministerium auf der zweiten Stufe in den Vollzug des Mitwirkungsverbotes gegenüber

den Zahlungsdiensteanbietern aufgrund der Ermächtigungsgrundlage des § 9 Abs. 1 S. 3 Nr. 4 GlüStV eintreten.

Diese Voraussetzungen des mehrstufigen Vollzugsverfahrens werden nicht nur von den Erläuterungen zum Ersten Glücksspieländerungsstaatsvertrag bestätigt, wonach die Inanspruchnahme eines Zahlungsdiensteanbieters gemäß § 4 Abs. 1 S. 2 Hs. 2 i.V.m. § 9 Abs. 1 S. 3 Nr. 4 GlüStV voraussetzt,

„dass der Veranstalter oder Vermittler des unerlaubten Glücksspielangebotes zuvor vergeblich – insbesondere wegen eines Auslandsbezuges – in Anspruch genommen wurde³⁵.“

Vielmehr hat der Niedersächsische Innenminister im Landtag im Rahmen einer Kleinen Anfrage abgegebenen Erklärung vom 7. September 2018 selbst zugesichert, dass

*„Zahlungsdiensteanbieter dabei stets **nachrangig** betroffen [sind]. Maßnahmen zur Zahlungsunterbindung kommen erst in Betracht, wenn der verantwortliche Anbieter rechtswidriger Glücksspiele zuvor selbst vergeblich in Anspruch genommen wurde und die Vollstreckung, zumeist aufgrund der Ansässigkeit im Ausland, erfolglos geblieben ist. (...) Die Anforderungen an die Verhältnismäßigkeit werden gewahrt, indem zunächst gegen den Anbieter des unerlaubten Glücksspiels selbst vorgegangen wird und das Ministerium für Inneres und Sport nur dann, wenn eine Unterbindung des Glücksspielangebots wegen fehlender Vollstreckungsmöglichkeiten erfolglos bleibt, den Zahlungsdiensteanbieter nach dessen Anhörung in Anspruch nimmt.“³⁶*

Die Missachtung der vom Niedersächsischen Innenminister am 07. September 2018 selbst im Landtag abgegebenen Zusicherung, dass vor einer (nachrangigen) Blocking-Aufforderung an den Zahlungsdiensteanbieter stets eine in der verhältnismäßigen Störerauswahl (vorrangige) vollstreckbare, aber erfolglose Untersagung gegenüber dem Glücksspielanbieter vorliegen muss, offenbart die dem Vollzugsverfahren nach § 9 Abs. 1 S. 3 Nr. 4 GlüStV vorgelagerten unionsrechtlichen und rechtsstaatlichen Verwerfungen. In diesem Zusammenhang drängt sich der Verdacht auf, dass genau diese – in der unionsrechtlichen Unanwendbarkeit des Online-Verbotes nach § 4 Abs. 4 GlüStV resultierenden – Verwerfungen im Übergangszeitraum bis zum Inkrafttreten des GlüNeuRStV seitens des Niedersächsischen Innenministeriums so lange wie möglich ausgeblendet werden sollen.

³⁵ Erläuterungen zum GlüStV, Stand: 07.12.2011, S. 32.

³⁶ Niedersächsischer Landtag – 18. Wahlperiode – Drucksache 18/1569; vgl. https://gluecksspiel.uni-hohenheim.de/fileadmin/einrichtungen/gluecksspiel/Parlamentsanfragen/2018_Niedersachsen_Grascha_Antwort_1.pdf.

Da Zahlungsdienstleister im Verhältnis zu den Glücksspielanbietern und -kunden lediglich *als Dritte handeln*, dürfen sie aufgrund des Mitwirkungsverbotes (§ 4 Abs. 1 S. 2 Hs. 2 GlüStV) im Rahmen des Vollzugs nach § 9 Abs. 1 S. 3 Nr. 4 GlüStV als verantwortliche Störer gesetzlich nur in die Pflicht genommen werden, wenn ihnen gegenüber die Mitwirkung gerade an verbotenem Glücksspiel – unionsrechtskonform – festgestellt worden ist. Fehlt es an dieser Feststellung, entfällt nach ordnungsrechtlichen Grundsätzen die Störerverantwortung und die Zahlungsdienstleister könnten dann als Dritte noch nicht einmal im Wege der Nichtstörer-Inanspruchnahme in die Verantwortung genommen werden. Denn dann fehlt es aufgrund der unionsrechtlichen Unanwendbarkeit von § 4 Abs. 4 i.V.m. Abs. 1 S. 2 Hs. 1 GlüStV schon an der vorgelagerten Rechtsgutsgefährdung. Auch diese rechtsstaatliche Schranke aufgrund der ordnungsrechtlichen Grundsätze und des Unionsrechts übergeht das Niedersächsische Innenministerium.

Die Frage der Rechtmäßigkeit der Störerauswahl wird jüngst auch in den hierzu ergangenen Zivilgerichtsentscheidungen ins Visier genommen. So führt das OLG München mit Beschluss vom 28.02.2020 aus:

*„(...) Zwar stellt die Erweiterung in § 4 Abs. 1 S. 2 GlüStV klar, dass auch die Mitwirkung an Zahlungen in Zusammenhang mit unerlaubtem Glücksspiel verboten ist. Allerdings ist nach den Erläuterungen zum Glücksspielstaatsvertrag die **Regelung des § 4 Abs. 1 S. 2 im Zusammenhang mit den Überwachungsbefugnissen der Glücksspielaufsicht in § 9 zu sehen** und erweitert die Möglichkeiten der Inanspruchnahme Dritter als verantwortliche Störer, soweit sie **zuvor** auf die unerlaubte Mitwirkung an verbotenem Glücksspiel hingewiesen wurden (Erläuterungen zum GlüStV, Stand: 7. Dezember 2011, S. 17). Die Regelung in § 9 Abs. 1 Satz 3 Nr. 4 dient - so die Motive - der **Klarstellung und Konkretisierung** von § 4 Abs. 1 Satz 2. Danach können die am Zahlungsverkehr Beteiligten, insbesondere die Kredit- und Finanzdienstleistungsinstitute einschließlich E-Geld-Institute (Nr. 4) im Wege einer dynamischen Rechtsverweisung als verantwortliche Störer herangezogen werden, sofern ihnen zuvor die Mitwirkung an unerlaubten Glücksspielangeboten von der Glücksspielaufsichtsbehörde mitgeteilt wurde. Dies setzt voraus, dass der **Veranstalter oder Vermittler des unerlaubten Glücksspielangebotes zuvor vergeblich - insbesondere wegen eines Auslandsbezuges - in Anspruch genommen wurde.**“³⁷*

³⁷ OLG München, Beschluss vom 28.02.2020 – 8 U 5467/19, Rn. 27; vgl. ebenso: LG Hamburg (Zivilkammer 30), Urteil vom 03.01.2020 - 330 O 111/19, Rn. 11; LG Wuppertal, Urteil vom 30.10.2019 – 3 O 384/18, Rn. 24; LG Berlin (Zivilkammer 37), Urteil vom 16.04.2019 – 37 O 367/18, Rn. 25.

Auch das OLG München bestätigt damit den Rechtsbefund, dass die Zahlungsdiensteanbieter aufgrund des Mitwirkungsverbot (§ 4 Abs. 1 S. 2 Hs. 2 GlüStV) nur im Rahmen des gestuften Vollzugs nach § 9 Abs. 1 S. 3 Nr. 4 GlüStV als verantwortliche Störer in die Pflicht genommen werden dürfen.

Die Feststellung des verbotenen Glücksspiels ist die notwendig vorgelagerte Voraussetzung des Vollzugs nach § 9 Abs. 1 S. 3 Nr. 4 GlüStV und nur dann im Sinne des rechtsstaatlichen Bestimmtheitsgebotes (§ 37 Abs. 1 VwVfG) ausreichend dargelegt, wenn dem Zahlungsdiensteanbieter sowohl der jeweilige Glücksspielanbieter razione personae als auch das konkret betroffene Glücksspielangebot razione materiae mitgeteilt worden ist.

Wenn das Niedersächsische Innenministerium von den Zahlungsdiensteanbietern verlangt, selbst eigenverantwortliche Maßnahmen nach § 4 Abs. 1 S. 2 Hs. 2 GlüStV zu ergreifen, so wird diesen nicht nur ein technisch unmögliches und datenschutzrechtlich verbotenes (rechtlich unmögliches) Verhalten abverlangt, sondern darüber hinaus wird damit unter Umgehung des gestuften Vollzugsverfahrens nach § 9 Abs. 1 S. 3 Nr. 4 GlüStV das rechtsstaatliche Bestimmtheitsgebot verletzt.

Vielmehr hat die Behörde selbst die verbotenen Transaktionen im Rahmen des Bekanntgabeakts nach § 9 Abs. 1 S. 3 Nr. 4 GlüStV hinreichend bestimmt razione personae et materiae zu konkretisieren, da es den Zahlungsdiensteanbietern weder technisch noch rechtlich möglich ist, die für eine Einordnung als legales oder illegales Glücksspielangebot erforderlichen Standortdaten des Nutzers ausreichend sicher zu ermitteln.

Die Bezeichnung des Glücksspielanbieters allein genügt diesen Anforderungen nicht. Erst aus der Mitteilung des konkreten Angebots wird ersichtlich, ob dieses als unerlaubtes Glücksspiel einzustufen ist und damit seitens des Zahlungsdiensteanbieters eine Mitwirkung an Zahlungen unerlaubten Glücksspiels gegeben ist. Der Veranstalter oder Vermittler von Online-Glücksspielen kann nämlich neben unerlaubtem Glücksspiel auch erlaubte Dienste anbieten, die nicht dem Mitwirkungsverbot nach § 4 Abs. 1 S. 2 Hs. 2 GlüStV unterliegen.

Zwar hat das Niedersächsische Innenministerium die Notwendigkeit der Bekanntgabe des konkret unerlaubten Glücksspielangebots ausweislich der am 07. September 2018 im Landtag abgegebenen Erklärung erkannt:

*„Das Ministerium für Inneres und Sport teilt dazu in der aktuellen Praxis in den laufenden Verfahren den Zahlungsdiensteanbietern **konkrete vollziehbar untersagte Glücksspielangebote und deren Anbieter mit, die mit ihren Angeboten illegal auf dem deutschen Markt tätig sind und als Zahlungsweg für die***

Inanspruchnahme ihrer Angebote den betreffenden Zahlungsdienstleister nennen“.³⁸

Allerdings hält sich das Niedersächsische Innenministerium dort an anderer Stelle bereits die Option eines sogenannten „kooperativen Ansatzes“ offen:

„Bei den Maßnahmen zur Zahlungsunterbindung verfolgt das Ministerium für Inneres und Sport darüber hinaus bislang einen kooperativen Ansatz. Die betroffenen Zahlungsdienstleister sollen danach vorzugsweise im Rahmen ihrer eigenen Geschäftspolitik („compliance“) sicherstellen, dass ihr Zahlungsmittel nicht für unerlaubtes und bereits untersagtes Glücksspiel zur Verfügung steht.“³⁹

Dieser „kooperative Ansatz“ zielt nach den weiteren Erläuterungen auf die Umgehung des gestuften Vollzugsverfahrens und der Pflicht der Behörde, die verbotenen Glücksspieltransaktionen im Rahmen des Bekanntgabeakts nach § 9 Abs. 1 S. 3 Nr. 4 GlüStV hinreichend bestimmt *ratione personae et materiae* selbst zu konkretisieren:

*„Das grundlegende Verbot der Mitwirkung am Zahlungsverkehr im Zusammenhang mit unerlaubtem Glücksspiel folgt allerdings bereits unmittelbar aus § 4 Abs. 1 Satz 2 GlüStV und verpflichtet die Zahlungsdienstleister, **ohne dass es zuvor eines behördlichen Tätigwerdens bedarf**. Zahlungsdienstleister, die am Zahlungsverkehr mit unerlaubtem Glücksspiel mitwirken, handeln ihrerseits rechtswidrig. (...) Es ist gesetzliche Verpflichtung des Zahlungsdienstleisters, in eigener Verantwortung die Transaktionen im Zusammenhang mit unerlaubtem Glücksspiel zu identifizieren und zu unterbinden. Welche Kunden- und Geschäftsdaten er dazu intern wie verarbeitet, obliegt dem Unternehmen.“⁴⁰*

Diesem Fehlverständnis des Mitwirkungsverbots nach § 4 Abs. 1 S. 2 Hs. 2 GlüStV tritt das OLG München deutlich entgegen, indem es ausführt,

„(...) dass das (nachgelagerte) allgemeine Mitwirkungsverbot unabhängig von einem Einschreiten der Aufsichtsbehörden für alle Zahlungsdienstleister unmittelbar gelten sollte, dringt die Berufung in Anbetracht der klaren und eindeutigen Erläuterungen zur Neufassung des GlüStV (in der Fassung vom 15.12.2011) nicht durch (...)“.⁴¹

³⁸Niedersächsischer Landtag – 18. Wahlperiode – Drucksache 18/1569, S. 4; vgl. https://gluecksspiel.uni-hohenheim.de/fileadmin/einrichtungen/gluecksspiel/Parlamentsanfragen/2018_Niedersachsen_Grascha_Antwort_1.pdf.

³⁹Niedersächsischer Landtag – 18. Wahlperiode – Drucksache 18/1569, S. 3 (Fn. 38).

⁴⁰Niedersächsischer Landtag – 18. Wahlperiode – Drucksache 18/1569, S. 6 und 8 (Fn. 38).

⁴¹OLG München, Beschluss vom 28.02.2020 – 8 U 5467/19, Rn. 27.

Diese klare berufungsgerichtliche Diktion wird von weiteren Zivilgerichtsentscheidungen, insbesondere des LG Wuppertal und des LG München I, bekräftigt, die Spielerklagen gegen Zahlungsdienstleister abgewiesen haben, da es diesen weder möglich ist, die Legalität bzw. Illegalität des Glückspielangebots zu erkennen, noch sie verpflichtet sind, entsprechende Beurteilungen vorzunehmen:

„Darüber hinaus war die Beklagte nicht dazu verpflichtet, den Zahlungsvorgang des Klägers zu überprüfen oder zu überwachen. Irgendwie geartete Schutzpflichten gegenüber Kunden bestehen demnach erst dann, wenn die Bank ohne nähere Prüfung im Rahmen der normalen Bearbeitung eines Zahlungsverkehrsvorgangs aufgrund einer auf massiven Verdachtsmomenten beruhenden objektiven Evidenz Verdacht schöpfen muss. (...) Überdies erscheint eine Überprüfung für die Beklagte auch kaum möglich, da jedenfalls nicht erkennbar sein dürfte, ob jedes einzelne vom Kläger wahrgenommene Spiel tatsächlich unerlaubtes Glücksspiel darstellt.“⁴²

Die Gerichte erkennen zu Recht, dass in einer so komplexen Materie wie dem Glücksspielrecht, welches auf Landesrecht fußt und maßgeblich anhand des unionsrechtlichen Transparenz- und Kohärenzgebots nach der Rechtsprechung des EuGH zu beurteilen ist, die ordnungsrechtlichen Aufgaben nicht generalklauselartig und ohne nähere Umsetzungsdirektiven den Zahlungsdienstleistern einseitig und zu deren Lasten aufgebürdet werden können.

Sollte gegen einen Zahlungsdienstleister vorgegangen werden, ohne dass zuvor eine Untersagungsverfügung gegen den Glücksspielanbieter ergangen ist, so wäre die Bekanntgabe gemäß § 9 Abs. 1 S. 3 Nr. 4 GlüStV verfahrensrechtlich als selbstständiger feststellender Verwaltungsakt zu qualifizieren, da dann erstmals eine feststellende Einzelfallregelung in Bezug auf den damit jeweils erst individualisierten Glücksspielanbieter und das konkret als unerlaubtes Glücksspiel eingestufte Angebot im Sinne von § 35 S. 1 VwVfG erfolgt. Ist gegen den Glücksspielanbieter noch keine Untersagungsverfügung ergangen, stellt sich nämlich der Bekanntgabeakt gemäß § 9 Abs. 1 S. 3 Nr. 4 GlüStV nicht als eine lediglich vorbereitende behördliche Verfahrenshandlung nach § 44a VwGO dar, sondern greift bereits in materielle Rechte⁴³ des – zwar im Vollzugsverfahren gegen den Zahlungsdienstleister nicht adressierten, jedoch erstmals individualisiert sanktionierten – Glücksspielanbieters ein und ist auch von diesem nach § 42 Abs. 1 und 2 VwVfG als Drittbetroffenem selbständig anfechtbar. Der

⁴² LG Wuppertal, Urteil vom 30.10.2019 – 3 O 384/18, Rn. 30, 31; vgl. ebenso: LG München I (27. Zivilkammer), Schlussurteil vom 28.02.2018 – 27 O 11716/17, Rn. 26; zur BGH-Rechtsprechung: BGH, Urteil vom 6. 5. 2008 - XI ZR 56/07, Rn. 16.

⁴³ Hoppe, in: Eyer mann, Kommentar zur Verwaltungsgerichtsordnung, 15. Auflage 2019, § 44a, Rn. 6.

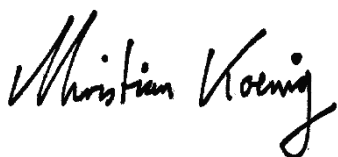
Bekanntgabeakt wäre dann also das Ergebnis des aufsichtsbehördlichen Subsumtionsvorganges nach § 4 Abs. 1 S. 2 Hs. 1 GlüStV, das rechtsverbindlich festschreibt, dass unerlaubtes Glücksspiel in diesem Einzelfall vorliegt; seine Bedeutung erschöpft sich nicht etwa in der bloßen Bekanntgabe eines Sachverhalts.

Schließlich bleibt festzuhalten, dass ein an die Zahlungsdienstleister gerichteter Verwaltungsakt, der von diesen verlangen würde, selbst eigenverantwortliche, aber datenschutzrechtlich verbotene Maßnahmen zu ergreifen, nach § 44 Abs. 2 Nr. 5 VwVfG nichtig wäre. Nur über einen Rückgriff auf die Standortdaten des jeweiligen Nutzers wäre es dem Zahlungsdienstleister möglich, zu identifizieren, ob legales oder illegales Glücksspiel vorliegt. Können diese – dem Fernmeldegeheimnis unterliegenden – Standortdaten aber nur vom Telekommunikationsdienstleister bezogen werden, würde die Behörde letztlich von den Zahlungsdienstleistern verlangen, die jeweiligen Telekommunikationsdienstleister zu einer strafbaren Handlung anzustiften. Denn die Telekommunikationsdienstleister würden sich bei einer Weitergabe dieser Daten, mangels einer hierzu bestehenden Befugnis, gemäß § 206 Abs. 1 i.V.m. Abs. 5 S. 2 StGB strafbar machen. Verwaltungsakte, welche die Begehung einer rechtswidrigen Tat verlangen, die einen Straf- oder Bußgeldtatbestand verwirklicht, werden in § 44 Abs. 2 Nr. 5 VwVfG mit der Nichtigkeitsfolge sanktioniert.

III. Fazit

Die in der unionsrechtlichen Unanwendbarkeit des Online-Verbotes nach § 4 Abs. 4 GlüStV resultierenden Verwerfungen setzen sich akzessorisch in der Beurteilung des Mitwirkungsverbotes nach § 4 Abs. 1 S. 2 Hs. 2 GlüStV fort.

Daher ist das Mitwirkungsverbot nach § 4 Abs. 1 S. 2 Hs. 2 GlüStV entgegen der Auffassung des Niedersächsischen Innenministeriums auch im Übergangszeitraum bis zum Inkrafttreten des GlüNeuRStV insoweit unanwendbar, als es zum Financial Blocking gegen von der unionsrechtlichen Unanwendbarkeit des Online-Verbotes erfasste Glücksspielangebote eingesetzt wird. Aufgrund dieser Beurteilungsakzessorietät zum unverhältnismäßigen und inkohärenten Online-Verbot verletzt ebenso das Mitwirkungsverbot – die EU-Binnengrenzen überschreitend – sowohl die Dienstleistungsfreiheit (Art. 56 AEUV) der vom Financial Blocking betroffenen Glücksspielanbieter als auch die Zahlungsverkehrsfreiheit (Art. 63 AEUV) der Zahlungsdienstleister.



(Univ.-Prof. Dr. Christian Koenig)