

Kommunikation & Recht



Betriebs-Berater für

● Medien ● Telekommunikation ● Multimedia

9
K&R

- Editorial: Big Data & Co – Neue Herausforderungen für das Informationsrecht · *Prof. Dr. Jürgen Taeger*
- 549 Big Data intelligent genutzt: Rechtskonforme Videoüberwachung im öffentlichen Raum
Prof. Dr. Indra Spiecker genannt Döhmann
- 556 Strategische Telekommunikationsüberwachung auf dem Prüfstand
Prof. Dr. Matthias Bäcker
- 562 Das neue Fernabsatzrecht 2014 (Teil 5) · *Dr. Felix Buchmann*
- 566 Nach dem Google-Urteil des EuGH: Analyse und Folgen für das Datenschutzrecht · *Dr. Carlo Piltz*
- 570 Aktuelle Entwicklungen im Online-Glücksspielrecht: Keine Ruhe für den GlüStV · *Dr. Wulf Hambach*
- 577 Länderreport Schweiz · *Dr. Ursula Widmer*
- 579 BGH: Betrugsstrafbarkeit bei „Abofallen“ mit Kommentar von *Dr. Simon Apel*
- 589 BGH: Internetportalbetreiber bei Persönlichkeitsrechtsverletzung nicht zur Herausgabe von Nutzerdaten befugt mit Kommentar von *Dr. Markus Robak*
- 601 BGH: Mängel-Darlegungslast bei Softwarevertrag mit Kommentar von *Jens Borchardt*
- 604 OLG Düsseldorf: Irreführung durch Werbung mit „unternehmenseigenen Servern“
- 607 LG Stuttgart: Impressumspflicht für Anwalts-Profil in sozialem Netzwerk mit Kommentar von *Dr. Martin Schirnbacher*
- 614 VG Berlin: Einholung einer Werbe-Einwilligung bei telefonischer Kundenzufriedenheitsabfrage unzulässig mit Kommentar von *Dr. Dennis Voigt*

17. Jahrgang

September 2014

Seiten 549 – 620

dfv Mediengruppe · Frankfurt am Main

2. Voraussetzungen

Einfachgesetzliche Grundlage des „Rechts auf Vergessen“ ist der Löschantrag in Art. 12 lit. b DS-RL.⁴³ Er besteht, wenn die Datenverarbeitung unzulässig ist (Grundbaustein). Die Unzulässigkeit kann sich daraus ergeben, dass eine Voraussetzung der Datenqualität des Art. 6 Abs. 1 DS-RL nicht erfüllt ist. Aus den in Art. 6 Abs. 1 lit. c bis e DS-RL enthaltenen Anforderungen ergibt sich für den EuGH, dass auch eine ursprünglich rechtmäßige Verarbeitung sachlich richtiger Daten im Laufe der Zeit nicht mehr den Bestimmungen der Richtlinie entsprechen kann, wenn die Daten für die Zwecke, für die sie erhoben oder verarbeitet worden sind, nicht mehr erforderlich sind.⁴⁴ Insbesondere stellt der EuGH dabei auf die verstrichene Zeit ab. Allein mit Blick auf diese kann sich die Unzulässigkeit der Verarbeitung nach Art. 6 Abs. 1 DS-RL ergeben,⁴⁵ unabhängig davon, ob die Datenverarbeitung auf der Originalseite weiterhin rechtmäßig erfolgt. Der Gerichtshof bezieht sich ausdrücklich auf ein Recht (!) des Betroffenen, dass die Information über ihn zum gegenwärtigen Zeitpunkt nicht mehr durch eine Ergebnisliste, die im Anschluss an eine anhand seines Namens durchgeführte Suche angezeigt wird, mit seinem Namen in Verbindung gebracht wird.⁴⁶ Es handelt sich für den EuGH also um ein Recht auf De-Assoziierung, welches seine einfachgesetzliche Grundlage in den Anforderungen des Art. 6 Abs. 1 DS-RL findet. Es geht um die Kappung von (nach einer Namenssuche in Form der Ergebnisliste generierten) Informationssträngen zwischen dem Namen einer Person und öffentlich abrufbaren Informationen im Internet.

Doch wann entsprechen die durch den Suchmaschinenbetreiber verarbeiteten Daten nicht mehr den Zwecken der durch ihn vorgenommenen Verarbeitung? Nach dem Gerichtshof ist dies anhand einer Prüfung der Informationen in Anbetracht aller Umstände des Einzelfalls festzustellen.⁴⁷ Verantwortlich für diese Abwägung soll der Suchmaschinenbetreiber sein, der freilich keine oder kaum Informationen zu den Umständen der Veröffentlichung der Daten auf der Originalseite haben wird. Für die Bestimmung der Erforderlichkeit der Verarbeitung, also der Verweisung auf die Originalseite, wäre diese Kenntnis

jedoch essentiell. Der EuGH schließt das „Schielen“ auf die Datenverarbeitung auf der Originalseite und deren Umstände jedoch zusätzlich mit der vorgegebenen strikten Trennung (vgl. oben III. 2.) der Datenverarbeitungen aus. Abzuwägen seien allein die bereits oben angesprochenen Grundrechte aus Art. 7 und 8 EU-Charta mit den Interessen des Suchmaschinenbetreibers und der Öffentlichkeit,⁴⁸ wobei der Gerichtshof auch hier verständlicherweise klarstellt, dass die Rechte der Betroffenen „grundsätzlich“ überwiegen. Das Recht auf De-Assoziierung besteht nur dann nicht, wenn sich aus besonderen Gründen (wie der Rolle der betreffenden Person im öffentlichen Leben) ergeben sollte, dass der Eingriff in die Grundrechte des Betroffenen durch das überwiegende Interesse der breiten Öffentlichkeit gerechtfertigt ist.⁴⁹ Dieses Recht auf De-Assoziierung besteht unabhängig davon, ob die betreffenden Informationen schädliche Auswirkungen für den Betroffenen haben.⁵⁰

V. Ausblick

Das EuGH-Urteil wird auch in Zukunft die Basis für Interpretationen und Diskussionen im geltenden Datenschutzrecht bilden. Fast in jeder Randnummer des Urteils steckt eine Aussage, die es zu analysieren gilt. Doch sollte die Entscheidung auch mit Blick auf die derzeit verhandelte Datenschutz-Grundverordnung Beachtung finden. Gerade im Rat der Europäischen Union wird man die teilweise apodiktisch anmutenden Aussagen des Gerichtshofs genau zu betrachten und ihren möglichen Einfluss auf bereits als sicher geltende Änderungsvorschläge zu prüfen haben.

43 EuGH, 13. 5. 2014 – C-131/12, K&R 2014, 502, Rn. 92. In seiner Antwort verweist der EuGH dann auch auf das Widerrufsrecht nach Art. 14 Abs. 1 lit. a DS-RL.

44 EuGH, 13. 5. 2014 – C-131/12, K&R 2014, 502, Rn. 93.

45 Vgl. auch *Caspar*, PinG 2014, 133, 137.

46 EuGH, 13. 5. 2014 – C-131/12, K&R 2014, 502, Rn. 96; *Boehme-Neßler*, NVwZ 2014, 825, 827, spricht von einem neuen europäischen Grundrecht auf Vergessenwerden.

47 EuGH, 13. 5. 2014 – C-131/12, K&R 2014, 502, Rn. 94.

48 EuGH, 13. 5. 2014 – C-131/12, K&R 2014, 502, Rn. 97.

49 EuGH, 13. 5. 2014 – C-131/12, K&R 2014, 502, Rn. 97.

50 EuGH, 13. 5. 2014 – C-131/12, K&R 2014, 502, Rn. 96.

RA Dr. Wulf Hambach, München*

Aktuelle Entwicklungen im Online-Glücksspielrecht: Keine Ruhe für den GlüStV

Zugleich Kommentar zu EuGH, Urteil vom 12. 6. 2014 – C-156/13,
K&R 2014, 579 (in diesem Heft)

Der EuGH hat sich in der Rs. C-156/13 – Digibet und Albers das erste Mal nach seinem Inkrafttreten mit dem neuen Glücksspielstaatsvertrag auseinandergesetzt. Der nachfolgende Beitrag ordnet den Bedeutungsgehalt dieser Entscheidung im Blickfeld der bisherigen glücksspielrechtlichen EuGH-Rechtsprechung ein und hinterfragt da-

bei die tatsächliche Vollziehbarkeit des Glücksspielstaatsvertrages.

* Der Autor bedankt sich bei seinem wissenschaftlichen Mitarbeiter Yannick Skulski für seine aktive Mitgestaltung dieses Aufsatzes. Mehr über den Autor erfahren Sie auf S. VIII.

I. Einleitung

Der neue Glücksspielstaatsvertrag (GlüStV) stand in unions- und verfassungsrechtlicher Hinsicht von Anfang an unter keinem guten Stern.¹ Bereits frühzeitig äußerte die europäische Kommission in ihren Stellungnahmen erhebliche Bedenken gegen das deutsche Regulierungssystem und verdeutlichte die Erforderlichkeit eines bis dato nicht geführten ordnungsgemäßen Nachweises der Geeignetheit bzw. der Verhältnismäßigkeit der regulatorischen Maßnahmen.² Ihren vorläufigen Verzicht auf die Einleitung eines Vertragsverletzungsverfahrens gegen den GlüStV stützte sie auf das Instrument einer zweijährigen Evaluationsphase,³ die zwischenzeitlich wohl aus politischen Gründen auf unbestimmte Laufzeit verlängert wurde. Noch kritischer fiel die Einschätzung der Monopolkommission aus. Die durch die Bundesregierung eingesetzte Kommission sprach sich im Juli 2012 in ihrem Gutachten klar gegen die vorgesehene Beschränkung der Anzahl möglicher Konzessionen im Sportwettenbereich aus. Zudem solle die Experimentierklausel auch auf andere Spielformen mit wachsenden Graumärkten wie Online-Poker und Online-Casinospiele ausgeweitet und mit entsprechenden Maßnahmen zur Bekämpfung der Spielsucht verbunden werden.⁴ Die ersten Länder zeigen sich vor dem Hintergrund dieser massiven Kritik bereits einsichtig. Jüngst hat gar das für die Erteilung der 20 Sportwettenkonzessionen zuständige Bundesland Hessen im Rahmen einer parlamentarischen Anfrage bestätigt, dass eines der wesentlichen Ziele des GlüStV schon durch die zahlenmäßige Begrenzung der Konzessionen verfehlt werde, weshalb man sich für deren Aufhebung einsetze.⁵ Die legislativen Unzulänglichkeiten deutscher Glücksspielregulierung verlangen ein judikatives Einschreiten nicht nur durch den EuGH. In jüngerer Zeit wurden bereits zahlreiche – zum Teil widersprüchliche – Entscheidungen zum aktuellen GlüStV getroffen.⁶ Ob die Digibet-Entscheidung in seinem Bedeutungsgehalt Letzteren gleichzusetzen ist, bleibt zu untersuchen. Es liegt in der Natur der Sache, dass die Interpretation von Gerichtsurteilen teilweise von Parteiinteressen geleitet ist. Einige Kommentare von Vertretern des staatlichen Lotteriemonopols dürften den rechtlichen und politischen Wertgehalt der Digibet-Entscheidung jedoch deutlich überdehnen. Denn der EuGH hat erkennbar mit seinem Urteil keine „eindeutige Bestätigung für den geänderten Glücksspielstaatsvertrag“ beabsichtigt.⁷ Dies wird insbesondere in den Ausführungen am Ende des Tenors der Entscheidung belegt, mit denen der EuGH klarstellt, dass der BGH noch zu überprüfen hat, ob der GlüStV überhaupt „den in der Rechtsprechung des Gerichtshofs aufgestellten Anforderungen an die Verhältnismäßigkeit genügt.“⁸ Im Rahmen von Vorträgen und Pressemitteilungen wird weniger durch die Länder als vielmehr durch die Lotteriegesellschaften verkündet, dass Deutschland mit seinem Regulierungsmodell auf einem guten Weg sei, und jetzt insbesondere vorhandene Vollzugsdefizite mit den durch den GlüStV implementierten Instrumenten – wie dem „Financial Blocking“ – beseitigt werden müssten.⁹ So titelte die Süddeutsche Zeitung am 31. 7. 2014 wie folgt: „Endspiel um den Jackpot – Die deutschen Staatslotterien fürchten die wachsende Konkurrenz privater Glücksspielanbieter. Nun soll den Banken der Geldtransfer zu solchen kommerziellen Gesellschaften verboten werden.“¹⁰ Daher muss auch das Vollzugsinstrument „Financial Blocking“ im Lichte der EuGH Rechtsprechung näher betrachtet werden.

II. Sachverhalt und Vorlagefragen des BGH

Die staatliche Lottogesellschaft von Nordrhein-Westfalen „Westdeutsche Lotterie GmbH“ (Westlotto) verklagte vor dem LG Köln den in Gibraltar lizenzierten Glücksspielanbieter Digibet Ltd. (Digibet) und seinen Direktor Gert Albers. Mit ihrer Klage wendete sich Westlotto gegen das auf dem deutschen Markt abrufbare Internetglücksspielangebot von Digibet (u. a. Sportwetten, Online-Casino Spiele inkl. Poker). Das Angebot sei mangels Erlaubnis deutscher Behörden wegen Verstöße gegen glücksspiel- und strafrechtliche Bestimmungen wettbewerbswidrig. Sowohl das LG Köln¹¹ als auch das Berufungsgericht OLG Köln¹² gaben dem klägerischen Begehren von Westlotto statt. Gegen die Entscheidung des Berufungsgerichts legten Digibet und Herr Albers Revision beim BGH ein. Der BGH setzte das Verfahren mit der Begründung aus, dass der „Erfolg der Revision [...] von der Auslegung des Art. 56 AEUV“ abhängt und „gemäß Art. 267 Abs. 1 Buchst. a, Abs. 3 eine Vorabentscheidung des Gerichtshofs der Europäischen Union einzuholen ist.“¹³

Die Vorlagepflicht gem. Art. 267 Abs. 3 AEUV stützt der BGH allein auf das mit 1. 1. 2012 in Kraft getretene schleswig-holsteinische „Gesetz zur Neuordnung des Glücksspiels“ (GlüG SchlH) und der dazugehörigen ab dem 27. 1. 2012 gültigen „Landesverordnung über die Genehmigung des Glücksspielbetriebs“. Der Erlass dieser Rechtsvorschriften hatte zur Folge, dass neben dem GlüStV der Länder eine deutlich liberalere gesetzliche Regelung innerhalb Deutschlands geschaffen wurde. Bei-

- 1 Vgl. allgemein dazu *Streinz/Michl*, Gutachten zur Vereinbarkeit des Entwurfs für einen ersten Staatsvertrag zum Glücksspielwesen in Deutschland mit dem Unionsrecht, 2011; *Grzeszick*, Verfassungs- und unionsrechtliche Bewertung des Entwurfs des Ersten Glücksspieländerungsstaatsvertrags, 2011; *Koenig/Bovelet-Schober*, ZfWG 2012, 164 ff.; *Koenig/Bovelet-Schober*, GewArch 2013, 59 ff.; *Hecker*, WRP 2012, 523 ff.; *Haltern*, ZfWG 2011, 13 ff., 77 ff.; *Heeg/Levermann*, MMR 2012, 20 ff.; aus rein verfassungsrechtlicher Perspektive *Papier/Krönke*, Sportwetten und Verfassungsrecht, Verfassungsmäßigkeit der Einführung eines Konzessionsystems für das Veranstalten von Sportwetten in Deutschland, 2012.
- 2 Reaktion der Kommission zur Notifizierung 2011/0188/D, 20. 3. 2012, SG(2012) D/50777, 2.
- 3 Reaktion der Kommission zur Notifizierung 2011/0188/D, 20. 3. 2012, SG(2012) D/50777, 3.
- 4 Monopolkommission, 20. 7. 2012, BT-Drs. 17/10365, 61, Rn. 54 sowie Pressebericht <http://www.isa-guide.de/isa-gaming/articles/43989.html>.
- 5 Hessischer Landtag DS 19/446 vom 28. 7. 2014.
- 6 Z. B. StGH Baden-Württemberg, 17. 6. 2014 – 1 VB 15/13: Feststellung, dass Teile des Landesglücksspielgesetzes Baden-Württemberg verfassungswidrig sind; BVerwG, 9. 7. 2014 – 8 C 7.13: Wette auf das Wetter kein erlaubnispflichtiges Glücksspiel i. S. d. des GlüStV; BVerwG, 16. 10. 2013 – 8 C 21.12, K&R 2014, 217 ff.: Bundesligamanagerspiel ist kein Glücksspiel i. S. d. GlüStV und Bestätigung des einheitlichen Glücksspielbegriffs, so schon *Bolay*, MMR 2009, 669, 671; BVerwG, 22. 1. 2014 – 8 C 26.12; VG Mainz, 19. 5. 2014 – 6 K 17/13.MZ: Feststellung, dass Vertrieb von Los-Gutscheinen (hier Aktion Mensch) keine erlaubnispflichtige Vermittlung von Glücksspielen darstellt; OVG Rheinland-Pfalz, 10. 7. 2014 – 6 A 11312/13: unter Anknüpfung an höchstrichterliche Rspr. zur Binnenkohärenz stellt das Gericht eine systematische Missachtung der Grenzen zulässiger Werbung für staatlich monopolisierte Glücksspielangebote fest; OVG Nordrhein-Westfalen, 25. 2. 2014 – 13 A 2018/11: Gericht erachtet den Erlaubnisvorbehalt gem. § 4 Abs. 1 GlüStV in der aktuellen Fassung für verfassungs- und unionsrechtskonform und bewertet die normative Ausgestaltung des Konzessionsverfahrens in den §§ 4 a bis 4 e GlüStV als eine ausreichende gesetzliche Grundlage für die Durchführung des Konzessionsverfahrens.
- 7 So die Geschäftsführerin von Lotto Baden-Württemberg *Caspers-Merk*, isa-guide v. 14. 7. 2014.
- 8 EuGH, 12. 6. 2014 – C-156/13, K&R 2014, 579, Rn. 39 – Digibet und Albers.
- 9 So *Michael Burkert*, Geschäftsführer Saarland-Sporttoto GmbH auf einem Vortrag v. 24. 7. 2014, 9. FORUM-Jahresfachtagung „Sportwetten & Glücksspiel 2014“.
- 10 Wirtschaftsteil der Süddeutschen Zeitung vom 31. 7. 2014, Seite 26.
- 11 LG Köln, 22. 10. 2009 – 31 O 552/08, BeckRS 2010, 05174.
- 12 OLG Köln, 3. 9. 2010 – 6 U 196/09, BeckRS 2011, 01038.
- 13 BGH, 24. 1. 2013 – I ZR 171/10, K&R 2013, 344, Rn. 7 – Digibet.

spielsweise führte das GlüG SchlH ein in der Anzahl unbeschränktes Erlaubnismodell für Online-Casino-Anbieter (inkl. Poker) ein, währenddessen der GlüStV für diesen Bereich ein Online-Totalverbot vorsieht. Für den BGH war nicht ausgeschlossen, dass sich aus dem Umstand unterschiedlicher Regulierungsansätze in den Ländern die Unanwendbarkeit von Veranstaltungs-, Vertriebs- und Werbebeschränkungen im Internet für Glücksspiele ergeben könnte mit der Folge, dass für die gegen Digibet geltend gemachten Verbote keine Rechtsgrundlage mehr bestünde.¹⁴

Dem Vorlagebeschluss des BGH ist jedoch kein Rechtfertigungsnachweis zur Verhältnismäßigkeit des staatlichen Eingriffs selbst zu entnehmen. Zur Rechtfertigung verwies der BGH lediglich auf frühere Urteile. Die Fragen setzen sich also nicht mit der aktuellen staatlichen Vollzugspraxis im Bereich Glücksspiel auseinander, was aber für eine lückenlose Beurteilung einer mit EU-Recht in Einklang stehenden Rechtslage unerlässlich gewesen wäre. Die folgenden Vorlagefragen des BGH an den Gerichtshof sind demzufolge vor diesem Hintergrund einzuordnen: Während der BGH mit seiner ersten Frage klären lassen wollte, ob es sich grundsätzlich um eine inkohärente Beschränkung handeln würde, wenn in der Mehrheit der Gliedstaaten eines Mitgliedstaates im Vergleich mit einem anderen Gliedstaat ein deutlich restriktiveres Regulierungsmodell herrscht, wollte er mit seiner zweiten Frage wissen, ob für die Beantwortung der ersten Frage auch auf das Maß der Beeinträchtigung i. S. e. Erheblichkeitsschwelle abzustellen wäre. Die dritte und vierte Frage konzentrieren sich auf den tatsächlich sodann eingetretenen Umstand der Rücknahme des GlüG SchlH.

III. Rechtlicher Bedeutungsgehalt der Digibet-Entscheidung und seine Folgen

1. Vorabentscheidung des EuGH

Aufgrund der zwischenzeitlich eingetretenen Gesetzesänderungen in Form des Beitritts des Landes Schleswig-Holstein zum GlüStV und der Aufhebung des GlüG SchlH deutet der EuGH zunächst die Vorlagefragen um¹⁵ und zeigt mit Bezug zu seiner bisherigen Rechtsprechung auf, dass eine mitgliedstaatliche Maßnahme, wie im Ausgangsverfahren (Verbot der Veranstaltung und Vermittlung von Glücksspielen im Internet sowie die Werbung) eine rechtfertigungsbedürftige¹⁶ Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit nach Art. 56 AEUV darstellt.¹⁷

Schon der Tenor enthält zur Kohärenzfrage eine wesentliche Bedingung. Zunächst stellt der EuGH zwar fest, „dass Art. 56 AEUV dahin auszulegen ist, dass er einer der Mehrheit der Gliedstaaten eines föderal strukturierten Mitgliedstaats gemeinsamen Regelung, die die Veranstaltung und die Vermittlung von Glücksspielen im Internet grundsätzlich verbietet, während ein einzelner Gliedstaat für einen begrenzten Zeitraum neben den restriktiven Rechtsvorschriften der übrigen Gliedstaaten bestehende weniger strenge Rechtsvorschriften beibehalten hat“,¹⁸ nicht entgegenstehen müsse. Allerdings schränkt er im selben Satz die Feststellung insoweit ein, dass dies nur „DANN“ der Fall sei, „wenn diese gemeinsame Regelung den in der Rechtsprechung des Gerichtshofs aufgestellten Anforderungen an die Verhältnismäßigkeit genügt, was das vorliegende Gericht zu prüfen hat.“¹⁹

Zur Begründung wird aufgeführt, dass die Mitgliedstaaten aufgrund des besonderen Bereichs des Glücksspiels ein weites Ermessen dahingehend haben, ihre Regulierungsinstrumente anhand des Schutzniveaus und der Zielvorgaben festzulegen.²⁰ Zudem stellt der EuGH erneut klar, „dass in einem Staat wie der Bundesrepublik Deutschland der Gesetzgeber die Auffassung vertreten darf, dass es im Interesse aller Betroffenen Sache der Länder und nicht des Bundes ist, bestimmte Vorschriften zu erlassen.“²¹ Nach Ansicht des EuGH kann „im vorliegenden Fall [...] die Verteilung der Zuständigkeiten zwischen den Ländern nicht in Frage gestellt werden, da sie unter dem Schutz von Art. 4 Abs. 2 EUV steht, nach dem die Union verpflichtet ist, die jeweilige nationale Identität der Mitgliedstaaten zu achten [...].“²² Insoweit gehe es vorliegend nicht wie in der Rechtssache *Carmen-Media* „um das Verhältnis und die etwaige Pflicht zur vertikalen Koordinierung zwischen den Behörden des betroffenen Bundeslands und den Bundesbehörden [...], sondern um das horizontale Verhältnis zwischen den Bundesländern mit eigenen Gesetzgebungsbefugnissen im Rahmen eines föderal strukturierter Mitgliedstaats.“²³

Selbst wenn man eine die Inkohärenz auslösende Beeinträchtigung in den unterschiedlichen Regulierungsansätzen annehmen wollte, wäre eine Inkohärenz jedenfalls deshalb zu verneinen, weil die Beeinträchtigung vorliegend zeitlich und räumlich beschränkt wäre.²⁴ Anknüpfungspunkt für den EuGH sind an dieser Stelle die schriftlichen Erklärungen der deutschen Regierung und der Westdeutschen Lotterie. Aus ihnen geht hervor, dass die vom Land Schleswig-Holstein im Bereich der Glücksspiele verabschiedete weniger strenge Regelung vom 1. 2. 2012 bis 8. 2. 2013 in Kraft war. Danach hat Schleswig-Holstein die restriktiveren Regeln des bereits in den anderen Ländern in Kraft befindlichen GlüStV 2012 angewandt.²⁵ Unter diesem Gesichtspunkt könne die Rechtsprechung des EuGH in den Rechtssachen *Carmen-Media* sowie *Winner Wetten* nicht mit der Folge zur Anwendung gelangen, dass eine Anpassung des Verbraucherschutzniveaus zu Lasten der 15 Gliedstaaten vorgenommen werden müsse.²⁶

14 Im Ergebnis aber ablehnend BGH, 24. 1. 2013 – I ZR 171/10, K&R 2013, 344, Rn. 17 – Digibet.

15 EuGH, 12. 6. 2014 – C-156/13, K&R 2014, 579, Rn. 19 f. – Digibet und Albers; dies entspricht der Lebenswirklichkeit und den Vorgaben der ZPO, nach der der BGH das aktuelle Recht seiner Entscheidung zugrundezulegen hat, *Krüger*, in: *MüKo ZPO*, 4. Aufl. 2012, § 545, Rn. 9 unter Berufung auf BGH, 17. 12. 1981 – III ZR 72/80, WM 1982, 299, 300.

16 Der EuGH verweist ausdrücklich darauf, dass seitens des BGH keine Fragen zur Rechtfertigung gestellt wurden.

17 EuGH, 12. 6. 2014 – C-156/13, K&R 2014, 579, Rn. 21 – Digibet und Albers.

18 EuGH, 12. 6. 2014 – C-156/13, K&R 2014, 579, Tenor – Digibet und Albers.

19 EuGH, 12. 6. 2014 – C-156/13, K&R 2014, 579, Tenor – Digibet und Albers.

20 EuGH, 12. 6. 2014 – C-156/13, K&R 2014, 579, Rn. 31 ff. – Digibet und Albers.

21 EuGH, 12. 6. 2014 – C-156/13, K&R 2014, 579, Rn. 33 – Digibet und Albers unter Berufung auf EuGH, 21. 7. 2011 – C-159/10 und C-160/10, Slg. 2011, I-06919, Rn. 55 – Fuchs und Köhler und EuGH, 21. 7. 2009 – C-428/07, Slg. 2009, I-06355, Rn. 49 – Horvath.

22 EuGH, 12. 6. 2014 – C-156/13, K&R 2014, 579, Rn. 34 – Digibet und Albers.

23 EuGH, 12. 6. 2014 – C-156/13, K&R 2014, 579, Rn. 35 – Digibet und Albers.

24 EuGH, 12. 6. 2014 – C-156/13, K&R 2014, 579, Rn. 36 – Digibet und Albers.

25 EuGH, 12. 6. 2014 – C-156/13, K&R 2014, 579, Rn. 37 – Digibet und Albers.

26 EuGH, 12. 6. 2014 – C-156/13, K&R 2014, 579, Rn. 38 – Digibet und Albers.

2. Rechtliche Bewertung der Entscheidung

Schon der Tenor des EuGH stellt klar, dass der gegenständliche Sachverhalt alles andere als rechtlich entschieden ist. Zwar greift der EuGH im Rahmen seiner Rechtsprechung auf „Altbewährtes“ zurück. Danach sind glücksspielrechtliche Beschränkungen rechtfertigungsbedürftige Eingriffe in Grundfreiheiten, wobei der Mitgliedstaat zunächst frei ist, sein Regulierungsmodell selbst zu wählen. Dieser Spielraum wird allerdings durch einen hohen Anspruch an die Darlegungs- und Beweislast der Handelnden relativiert, die entsprechenden Nachweise für die Verhältnismäßigkeit und damit auch der Kohärenz der regulatorischen Maßnahmen zu liefern. Insoweit kann der Tenor mit seiner „Nur-Dann-Forderung“ nach Einhaltung des Verhältnismäßigkeitsmaßstabs durchaus als Aufforderung an deutsche Gerichte und Behörden verstanden werden, sich äußerst kritisch mit den einschränkenden Regelungen des GlüStV zu befassen.

Die Ausführungen des EuGH zur horizontalen Kohärenz²⁷ sind zuerst einmal in weiten Teilen nachvollziehbar. Zunächst sind unterschiedliche Regelungen in den Gliedstaaten eines Mitgliedstaates keine Seltenheit. In Deutschland ergibt sich dies aus der grundgesetzlich verankerten Kompetenzverteilung zwischen Bund und den Ländern.²⁸ Auf Länderebene sind Gesetzgebungsakte wie auch solche auf mitgliedstaatlicher Ebene innerhalb der Union territorial beschränkt. Im Bereich der deutschen Spielbanken führt das beispielsweise dazu, dass sich im Detail durchaus sehr unterschiedliche Regelungen in den einzelnen Ländern zu den möglichen Konzessionsnehmern finden.²⁹

Grundsätzlich ist es für das Unionsrecht unerheblich, welche speziellen Regelungen auf Länder- bzw. Bundesebene innerhalb eines Mitgliedstaates getroffen werden, solange diese in sich kohärent sind. Insoweit greift der Schutz der nationalen Identität über Art. 4 Abs. 2 EUV, der allerdings seine Grenze in der praktischen Wirksamkeit des Unionsrechts gem. § 4 Abs. 3 EUV finden sollte. Entsprechend stellt sich die Frage nach der horizontalen Kohärenz immer dann, wenn Regelungen der Gliedstaaten eines Mitgliedstaates untereinander geeignet sind, eine kohärente Ausgestaltung des Regulierungssystems zu konterkarieren. Dies kann aber nur dann der Fall sein, wenn die Regulierungsmodelle der einzelnen Gliedstaaten rechtlich oder tatsächlich Ausstrahlungswirkung aufeinander haben.³⁰

Vorliegend ist die Frage der Ausstrahlungswirkung von Seiten des EuGH nicht vollumfänglich thematisiert worden. Denn auf mögliche Vollzugsdefizite im Zusammenhang von über die Ländergrenzen hinausgehenden Werbemaßnahmen oder dem Vertrieb über das Internet wurde beispielsweise gar nicht eingegangen.³¹ Indes dürfte dem EuGH im konkreten Fall eine Beurteilung schon wegen mangelnder Erfüllung mitgliedstaatlicher Darlegungspflichten unmöglich gewesen sein.

Es ist schwer nachvollziehbar, warum der EuGH offenbar allein aufgrund seiner Feststellung, dass das GlüG SchIH zeitlich nur „vom 1. 1. 2012 bis 8. 2. 2013 in Kraft“ war, eine Inkohärenz verneinte.³² Denn es hat den Anschein, als ob der EuGH eine (zeitliche) Erheblichkeitsschwelle zugrunde legt, die er vorliegend nicht überschritten sieht.³³ Ausführungen zu den Anforderungen an eine solche unterbleiben indes. Jedenfalls findet das GlüG SchIH nach Art. 4 des Gesetzes zur Änderung glücksspielrechtlicher Gesetze

(mit wenigen Ausnahmen) für die bereits erteilten Genehmigungen – in der Anzahl 48 – weiterhin Anwendung für die Dauer ihrer Laufzeit, also bis 2019. Wertungen diesbezüglich finden in der EuGH-Entscheidung keinen Niederschlag. Im Übrigen soll noch auf Folgendes hingewiesen werden: Innerhalb von zehn Jahren haben die Länder bereits den dritten Staatsvertrag zur Regulierung des Glücksspielwesens aufgesetzt. Angesichts dieser „Halbwertszeit“ der Staatsverträge ist nur schwerlich von einer unerheblichen Übergangszeit bei noch fünf ausstehenden Jahren zu sprechen.

3. Bedeutungsgehalt der Entscheidung und seine praktischen Folgen

a) Keine abschließende unionsrechtliche Beurteilung des GlüStV

„Gefangen“ in den Vorlagefragen und dem tatsächlichen Vorbringen hat der EuGH ausschließlich auf die horizontale Kohärenzproblematik Bezug genommen. Die Chance einer zeitnahen umfassenden unionsrechtlichen Beurteilung des GlüStV wurde nicht genutzt. Den Ausführungen des BGH zu seinen Bewertungen der Rechtmäßigkeit der deutschen Glücksspielregulierung muss wohl entnommen werden, dass dies auch so gewollt war.³⁴ Ungewöhnlich deutlich stellte der EuGH fest, dass der BGH keine Fragen vorgelegt hat, „die die Rechtfertigung der in Rede stehenden Beschränkungen des freien Dienstleistungsverkehrs betreffen“,³⁵ und erteilte dem BGH nicht nur im Tenor der Entscheidung den klaren Handlungsauftrag, als zuständiges Gericht zu prüfen, ob die Regelungen des GlüStV den in der Rechtsprechung des Gerichtshofs aufgestellten Anforderungen an die Verhältnismäßigkeit genügen.³⁶ Unter die Verhältnismäßigkeitsprüfung fällt, wie dargestellt, aber auch eine umfassende vertikale Kohärenzprüfung bzw. ganz grundsätzlich die Frage der Erforderlichkeit (und Angemessenheit) mitgliedstaatlicher Regulierungsmaßnahmen. Wesentliche Fragen,³⁷ die zu einer

27 Ausführlich zu den einzelnen Ebenen der Kohärenz mit entsprechender Würdigung der deutschen Sportwettregulierung *Bolay/Pfütze*, in: Streinz/Liesching/Hambach, Glücksspielrecht in den Medien, 2014, § 10 a GlüStV, Rn. 12 ff.

28 Vgl. etwa zur Möglichkeit des Bundes, die Gesetzgebungskompetenz im Glücksspielbereich an sich zu ziehen, *Bolay/Pfütze*, in: Streinz/Liesching/Hambach (Fn. 27), Vorb. §§ 4 a - e GlüStV, Rn. 12 ff.

29 Näher zur Ausgestaltung etwa *Dietlein*, in: ders./Hecker/Ruttig, Glücksspielrecht, 2. Aufl. 2012, § 20 GlüStV, Rn. 2.

30 Vgl. zur horizontalen Kohärenzproblematik *Streinz/Michel*, in: Streinz/Liesching/Hambach (Fn. 27), AEUV, Rn. 73 ff.; *W. Hambach/Riege*, in: Streinz/Liesching/Hambach (Fn. 27), §§ 1-3 GlüG SchlH, 73 ff.; *Dietlein/Peters*, ZfWG 2013, 229 ff.; *Koenig/Meyer*, ZfWG 2013, 153 ff.; *Bolay/Pfütze*, in: Streinz/Liesching/Hambach (Fn. 27), § 10 a GlüStV, Rn. 132 ff.

31 M.w.N. *Bolay/Pfütze*, in: Streinz/Liesching/Hambach (Fn. 27), § 10 a GlüStV, Rn. 149.

32 EuGH, 12. 6. 2014 – C-156/13, K&R 2014, 579, Rn. 37 – Digibet und Albers.

33 Eine solche hatte auch schon der BGH in seinem Vorabentscheidungsersuchen impliziert; BGH, 24. 1. 2013 – I ZR 171/10, K&R 2013, 344.

34 BGH, 24. 1. 2013 – I ZR 171/10, K&R 2013, 344, Rn. 12 – Digibet.

35 EuGH, 12. 6. 2014 – C-156/13, K&R 2014, 579, Rn. 25 – Digibet und Albers.

36 EuGH, 12. 6. 2014 – C-156/13, K&R 2014, 579, Tenor, Rn. 25, 39, 40, 41 – Digibet und Albers.

37 In nicht abschließender Aufzählung sind beispielhaft die zahlenmäßige Begrenzung auf 20 Konzessionen für Sportwetten, der Erhalt des staatlichen Lotteriemonopols trotz liberaler Regulierung von privatem Automatenenspiel und Friktionen bei Werbemaßnahmen (z. B. Darstellung von Lotto als „Gut des täglichen Lebens“, die selbst nach der „weitherzigen“ Werberichtlinie für den staatlichen Monopolisten eigentlich nicht zulässig sein dürften) zu nennen. Verfassungsrechtlich dürfte auch ein näheres Beleuchten der kompetenzrechtlichen Zuweisungen an das Glücksspielkolleg interessant sein.

abschließenden Klärung der Unionsrechtskonformität deutscher Glücksspielregulierung entscheidungserheblich sind, sind damit weiterhin offen.

b) *Das Beispiel des Verbots von Online-Casinospielen (inkl. Poker) bei Zulassung von Online-Sportwetten*

Zu diesen zählt auch die Frage, warum es i. S. e. äußeren Kohärenz verhältnismäßig sein soll, für Online-Sportwetten ein in der Anzahl beschränktes Konzessionsmodell einzuführen und Online-Casino-Spiele inkl. Poker mit einem Totalverbot zu belegen.³⁸ Nicht umsonst sieht sowohl die Monopolkommission³⁹ als auch die europäische Kommission⁴⁰ mit guten Argumenten eine Experimentierklausel beschränkt auf Sportwetten äußerst kritisch.

Obwohl es empirisch belegt wurde, dass sich der deutsche Markt trotz Verbots zum zweitwichtigsten Online-Pokermarkt weltweit entwickeln konnte,⁴¹ entschied sich der Gesetzgeber dennoch gegen eine Regulierung von Casino- und Pokerspielen. Hieraus folgen eine beschränkte Zulassung im terrestrischen Bereich und ein Internettotalverbot für diese Art von Spielen. Zur Begründung verweist der Gesetzgeber ohne nähere Angaben schlicht auf die angeblich existierende „hohe Manipulationsanfälligkeit“, das „herausragende Suchtpotential“ sowie die „Anfälligkeit für eine Nutzung zu Zwecken der Geldwäsche“.⁴²

Aus Kohärenzgesichtspunkten ist bisher kein den unionsrechtlichen Darlegungslasten entsprechender Nachweis vorgelegt worden, warum die erhebliche Differenzierung im Schutzniveau zwischen Online-Casino/Poker (Totalverbot) und Sportwetten (zahlenmäßig beschränktes Erlaubnismodell) gerechtfertigt sein soll. Unter Bezugnahme auf die Studie der BZgA zeigt nicht nur die Monopolkommission auf, dass „für Sportwetten ein höheres Suchtrisiko als für Casinospiele“ besteht.⁴³ Auch der deutsche Lotto- und Tottoblock legt dar, dass pathologische und problematische Glücksspieler bei Wetten prozentual höher sind als bei Casino-Spielen.⁴⁴ Unter Aspekten der Geldwäsche und der Manipulationsanfälligkeit ist die rechtlich so signifikant unterschiedliche Regulierung ebenfalls nicht begründbar.⁴⁵ Im Bereich regulierter Märkte gibt es keine griffigen Anhaltspunkte einer erhöhten Geldwäschegefahr sowohl für Sportwetten als auch für Online-Casino-Spiele inkl. Poker.⁴⁶ Das Argument der Manipulationsgefahr gilt grds. im Online-Bereich für Casino/Poker und Sportwetten gleichermaßen. Im regulierten Bereich sind lizenzierte Anbieter (Casino/Poker und Sportwetten) zudem hohen Sicherungsanforderungen unterstellt, nicht zuletzt im Bereich der IT-Security.⁴⁷ Die Kohärenzproblematik spiegelt sich nicht nur im Verhältnis Casino/Poker zu Sportwetten wider, sondern u. a. im Verhältnis Casino/Poker und gewerblichem Automatenpiel. Dementsprechend sieht die Monopolkommission auch „keine stichhaltigen Gründe, die gegen eine Öffnung der Casinomärkte für private Anbieter im Rahmen einer Konzessionierung sprechen.“⁴⁸ Zur Erforderlichkeit des Online-Totalverbots sei schließlich erwähnt, dass das GlüG SchlH verdeutlicht, dass mit einer angemessenen Regulierung ein milderer, aber gleich geeignetes Mittel zur Zielerreichung zur Verfügung steht.

Entsprechend hat die Europäische Kommission am 14. 7. 2014 eine Empfehlung zu Online-Glücksspielen abgegeben. Darin fordert sie die Mitgliedstaaten auf, durch die Annahme von Grundsätzen für Online-Glücksspieldienstleistungen und verantwortungsvolle Werbe- und Sponso-

ringpraktiken für ein hohes Maß an Schutz für Verbraucher, Spieler und Minderjährige zu sorgen. Ziel ist es, so die EU-Kommission, die Gesundheit zu schützen und die wirtschaftlichen Folgen, die durch zwanghaftes oder übermäßiges Spielen entstehen können, so gering wie möglich zu halten.⁴⁹ Die umfangreiche Liste von Schutzmaßnahmen spiegelt sich bereits in den Vorgaben wider, die das Innenministerium von Schleswig-Holstein den Online-Sportwetten-, Casino- und Pokeranbietern abverlangt und die von Anbietern wie Online Casino Deutschland durch eine aktiviert genutzte Lizenz umgesetzt werden. Von Verboten als Verbraucherschutzmaßnahme spricht die EU Kommission nicht, was als warnender Fingerzeig Richtung Glücksspielstaatsvertrag gedeutet werden muss.

IV. Drohender Vollzugskollaps des GlüStV – Financial Blocking als Instrument zur Bekämpfung von Vollzugsdefiziten

Die Fragen nach einer kohärenten Ausgestaltung der mitgliedstaatlichen Glücksspielregulierung umfasst auch jene nach Stimmigkeit in der konkreten Rechtsanwendung. Es darf folglich kein strukturelles Vollzugsdefizit entstehen (sog. tatsächliche Kohärenz⁵⁰).

Einleitend wurde dargestellt, dass der staatliche Monopolist die Auffassung vertritt, etwaige Vollzugsdefizite u. a. durch das Instrument des Financial Blockings beheben zu wollen. Bezug genommen wird hierbei unter anderem auf Norwegen.⁵¹ Ähnlich formuliert es auch die Landesregierung Nordrhein-Westfalen, nach der es in Zukunft darum gehen wird, „mit den Instrumenten des neuen Staatsvertrages, wie dem Unterbinden der Zahlungsströme zwischen Kunden und Glücksspielanbietern, die [...] Hürden“ von Vollzugs- und Kontrolldefiziten zu nehmen.⁵² Sofern Financial Blocking als Instrument zur Wahrung kohärenter Ausgestaltung herangezogen werden soll, muss dieses aus Grundfreiheits- (und grundrechtlicher) Perspektive nicht nur selbst unionskonform (und verfassungskonform) aus-

38 Ausführlich zu dieser Frage *Bolay/Pfütze*, in: Streinz/Liesching/Hambach (Fn. 27), § 4 GlüStV, Rn. 37, 114 ff. und § 10 a GlüStV, Rn. 96 ff.

39 Die Monopolkommission sieht „keine stichhaltigen Gründe, die gegen eine Öffnung der Casinomärkte für private Anbieter im Rahmen einer Konzessionierung sprechen“, Monopolkommission, BT-Drs. 17/10365, 58, Rn. 45.

40 Ausführliche Stellungnahme der Kommission im Notifizierungsverfahren v. 18. 7. 2011, C (2011) 5319, 4 f.; Reaktion der Kommission zur Notifizierung 2011/0188/D v. 20. 3. 2012, SG (2012) D/50777, S. 3 f.

41 Vgl. *Fiedler/Wilcke*, ZfWG 2011, 243, 247 mit Verweis auf die Studie „Der Markt für Onlinepoker: Spielerherkunft und Spielerverhalten“.

42 Erläuterungen zum GlüStV v. 7. 12. 2011, 12.

43 Monopolkommission, BT-Drs. 17/10365, 58.

44 Unter Bezugnahme auf die aktuelle BZgA-Studie *Burkert* (Fn. 9). Die TÜV Austria TRUST IT sieht das Suchtrisiko der Sportwette im Vergleich zu Online-Poker auf dem gleichen Level: <http://www.isa-guide.de/isa-gaming/articles/35332.html>.

45 Allgemein *Bovelet-Schober/Meyer*, K&R 1/2013, 17 ff.; Streinz/Liesching/Hambach (Fn. 27), § 1 GlüStV, Rn. 87.

46 Vgl. *Levi*, Money Laundering Risks and E-Gaming, A European Overview and Assessment, 2009, 4.

47 Bezugnehmend auf Dänemark m. w. N. *Heeg/Levermann*, MMR 2012, 726, 728; vgl. zum TÜV Katalog „Sicherungsmaßnahmen bei Online-Poker: <http://www.it-tuv.com/news/studie-geldwaescherisiko-bei-online-poker.html>“.

48 Näher hierzu Monopolkommission, BT-Drs. 17/10365, 58.

49 http://europa.eu/rapid/press-release_IP-14-828_de.htm.

50 Zu den Begriffen „tatsächliche“ und „rechtliche“ Kohärenz vgl. *Bolay/Pfütze*, in: Streinz/Liesching/Hambach (Fn. 27), § 10 a GlüStV, Rn. 21.

51 So *Burkert* (Fn. 9).

52 Ob dies indes gelingen würde, wäre sodann anhand einer späteren Evaluierung zu bemessen, Antwort der Landesregierung auf die kleine Anfrage 2144 vom 28. 3. 2014, LT-Drucksache 16/5686, 3.

gestaltet, sondern darüber hinaus auch tatsächlich umsetzbar sein. In Norwegen jedenfalls hat Financial Blocking deutlich die Erwartungshaltung verfehlt. So wurde seitens der norwegischen Glücksspielaufsichtsbehörde formuliert: „this payment ban has had less impact than expected. It's not been a success“ und ergänzt: „There are too many ways around the ban. It's easier than we thought to set up solutions where banks and financial institutions aren't involved.“⁵³

1. Verbotstatbestand und Ermächtigungsgrundlage für ordnungsrechtliche Untersagungsverfügungen

§ 4 Abs. 1 S. 2 GlüStV verbietet „die Mitwirkung an Zahlungen im Zusammenhang mit unerlaubtem Glücksspiel“. Nach § 9 Abs. 1 Nr. 4 GlüStV kann die Glücksspielaufsicht (gemäß dem länder einheitlichen Verfahren nach § 9 a Abs. 2 S. 2 GlüStV die Glücksspielaufsichtsbehörde 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.“

Im Bereich des automatisierten Massenzahlungsverkehrs könnten daher theoretisch eine Vielzahl von Beteiligten am Zahlungsverkehr als ordnungsrechtlich verantwortlich Handelnde eingeordnet werden.⁵⁴ Neben Kreditkartenzahlungen,⁵⁵ Überweisungen oder Lastschriften könnten also auch reine Internet-Bezahldienste (Elektronisches Geld – E-Geld)⁵⁶ wie PayPal betroffen sein. Darüber hinaus steht hinter einer Kreditkartenzahlung ein komplexes Verfahren mit zahlreichen Beteiligten.⁵⁷

Unter Verzicht auf eine tiefergehende juristische Prüfung⁵⁸ soll angemerkt werden, dass durch § 4 Abs. 1 S. 2 i. V. m. § 9 Abs. 1 S. 3 Nr. 4 GlüStV Zahlungsinstitute als Störer im sicherheitsrechtlichen Sinne angesehen werden.⁵⁹ Durch das gesetzliche Verbot verkürzt der Gesetzgeber das dienstleistungs-⁶⁰ bzw. zahlungsverkehrsbezogene⁶¹ Verhalten der davon betroffenen Marktteilnehmer, indem er gewisse Transaktionstätigkeiten als Verwaltungsrechtsverstoß einordnet. Der Gesetzgeber geht aber davon aus, dass die Inanspruchnahme der Zahlungsanbieter voraussetzt, „dass der Veranstalter oder Vermittler des unerlaubten Glücksspielangebots zuvor vergeblich in Anspruch genommen wurde.“⁶² Dabei sehen die bezeichneten Regelungen des GlüStV zum Financial Blocking – anders als bspw. im Geldwäscherecht⁶³ oder bei der Terrorismusbekämpfung⁶⁴ – keinen notwendigen Ausgleich vor, der mit einer zu hoheitlichen Zwecken vorgenommenen Inpflichtnahme der Privatwirtschaft verbunden ist. Es findet vielmehr eine vollständige Abwälzung des Haftungsrisikos auf die Verfügungsadressaten für „Fehlunterbrechungen“ statt. Im Übrigen sei erwähnt, dass aus einer Unvereinbarkeit einer gesetzlichen Regelung mit Unionsrecht notwendigerweise auch die Unanwendbarkeit entsprechender, auf sie gestützter Durchsetzungsmaßnahmen wie die der Zahlungsunterbrechungen folgt.

2. Konkrete Umsetzungsprobleme und Datenschutzaspekte beim Financial Blocking

Im Übrigen muss es den am Zahlungsverkehr Beteiligten auch tatsächlich möglich sein, den ordnungsbehördlichen Vorgaben zum Financial Blocking zu entsprechen. Um ein wirksames Blocking-Verfahren durchführen zu können sowie ein sog. Over-Blocking zu vermeiden, müsste der Zahlungsanbieter aus Vollstreckbarkeitsgründen nicht nur

in Deutschland ansässig sein, sondern gleichzeitig über alle notwendigen Informationen und entsprechende „Infrastruktur“ verfügen. Ein führendes Consulting-Unternehmen im Bereich Compliance elektronischer Zahlungsdienstleistungen untersuchte 2013 die technische Machbarkeit zum Unterbrechen von Zahlungsströmen. Dieses Gutachten kommt zu dem Ergebnis, dass sich aufgrund der Internationalität des Zahlungsverkehrs ohne eine (zumindest) europaweite Harmonisierung der technischen Abläufe aller Zahlungsmittel unüberwindbare (technische) Hürden zur Durchsetzung nationaler oder gar regionaler Glücksspielregulierungen ergeben. Daher lasse sich feststellen, dass nach heutigem Stand im Hinblick auf die aktuelle technische Situation und die den an der Zahlung beteiligten Parteien zur Verfügung stehenden Daten ein effektives Financial Blocking unmöglich ist.⁶⁵ Dies deckt sich mit der Beurteilung der Gesetzgeber, die teilweise sogar selbst davon ausgehen, dass Blockingmaßnahmen bei involvierten ausländischen Zahlungsanbietern keinen Erfolg versprechen,⁶⁶ sondern dadurch vielmehr Zahlungen an legale Glücksspielanbieter beeinträchtigt werden dürften.⁶⁷

Bereits die Unterscheidung zwischen erlaubtem und unerlaubtem Glücksspiel gestaltet sich schon aufgrund unterschiedlicher innerdeutscher Regelungen juristisch als schwierig. Die praktische Umsetzung dürfte sogar in weiten Teilen vollständig scheitern. Denn zunächst müsste den Empfängern derartiger Untersagungen erkennbar sein, ob es sich tatsächlich um ein Glücksspielangebot handelt. Zweitens müsste sich im territorialen Blickfeld erschließen lassen, ob das konkrete Spielangebot bzw. die konkrete Spielteilnahme an diesem Ort erlaubt ist. Lizenzbezogen würde sich drittens auch die Notwendigkeit ergeben, konkret für jeden Einzelfall zu bewerten, ob das angebotene Glücksspiel tatsächlich unter den Lizenzrahmen fällt.

Um all das leisten zu können, müssten die Zahlungsanbieter einen erheblichen Umfang von Informationen zur Ver-

53 Auszug aus dem Regulatory Report vom 11. 6. 2014, abrufbar unter: www.gamblingcompliance.com.

54 Zu verfassungsrechtlichen Bedenken vgl. *Bolay/Pfütze*, in: Streinz/Liesching/Hambach (Fn. 27), § 4 GlüStV, Rn. 38 ff.

55 Zur Abwicklung einer Zahlung im Bereich des Online-Glücksspiels: *Rock/Seifert*, ZBB 2009, 377, 378 f.

56 Vgl. die Legaldefinition in § 1 a Abs. 3 ZAG.

57 *Brugger*, Abbruch der Zahlungsströme als Mittel zur Bekämpfung unerlaubter Internetglücksspiele, 2013, 4.

58 M.w.N. hierzu *Bolay/Pfütze*, in: Streinz/Liesching/Hambach (Fn. 27), § 4 GlüStV, Rn. 38 ff. und *C. Hambach/Brenner*, in: Streinz/Liesching/Hambach (Fn. 27), § 9 GlüStV, Rn. 57 ff.

59 Die grundsätzliche gesetzgeberische Entscheidung für eine Verhaltensverantwortlichkeit der am Zahlungsverkehr Beteiligten kann nicht isoliert anhand des § 4 Abs. 1 S. 2 Alt. 2 betrachtet werden, sondern muss zugleich auch die nach Aussage des Gesetzgebers in § 9 Abs. 1 S. 3 Nr. 4 enthaltene „Klarstellung und Konkretisierung“ der erstgenannten Vorschrift berücksichtigen; vgl. Erläuterungen zum GlüStV v. 7. 12. 2011, 32.

60 In diese Richtung *Brugger* (Fn. 57), 224 ff., die insbes. bei Kreditkartenzahlungen, aber auch bei anderen Zahlungsarten den sachlichen Anwendungsbereich der Zahlungsverkehrsfreiheit nur sehr eingeschränkt auf der Valutaebene eröffnet sieht und ansonsten eher die Dienstleistungsfreiheit als einschlägig erachtet.

61 Vgl. Stellungnahme der EU-Kommission v. 14. 5. 2007, 2.

62 Vgl. Erläuterungen zum GlüStV v. 7. 12. 2011, 32; so auch *Oldag*, in: DHR, § 9 Rn. 37.

63 Vgl. dort Art. 26 der RL 2005/60/EG (dritte Geldwäsche-RL).

64 Vgl. dort Art. 6 VO (EG) Nr. 881/2002 und Art. 7 VO (EG) Nr. 1148/2005.

65 Gutachten „Der Zahlungsabwicklungsprozess für Online-Glücksspielanbieter und Möglichkeiten des Financial Blockings für illegale Glücksspieltransaktionen in Deutschland“ vom 28. 5. 2013, erstellt von Webshield Ltd. (London).

66 Vgl. Landtag von Baden-Württemberg, Drs. 15/1707 v. 11. 5. 2012, S. 11. Wörtlich wird die Große Anfrage von der Landesregierung diesbezüglich wie folgt beantwortet: „Das ganze Verfahren funktioniert zudem nicht, wenn das Finanzinstitut seinen Sitz im Ausland hat.“

67 Vgl. Landtag von Baden-Württemberg, Drs. 15/1707 v. 11. 5. 2012, S. 12.

fügung haben. Allerdings verfügt jeder Zahlungsanbieter nur über diejenigen Daten, die er für seine Funktion im Zahlungsprozess unmittelbar benötigt (sog. zweckgebundene Datenverarbeitung). Um die „Zusatzfunktion“ Financial Blocking umsetzen zu können, müssten die am Zahlungsverfahrensprozess Beteiligten oftmals in Abhängigkeit von der jeweiligen Zahlungsart zusätzliche Daten wie z. B. den Namen des Senders, Kontodaten des Senders, Name des Empfängers, Kontodaten des Empfängers, Zahlungsbeschreibung (Überweisungstext oder Merchant Descriptor) oder auch den Merchant Category Code (lediglich bei Kreditkartenzahlungen) erheben. Das Erheben dieser (zusätzlichen) Daten sowie die Verwendung von bereits erhobenen Daten zu anderen Zwecken als der Zahlungsausführung selbst sind im Blickfeld datenschutzrechtlicher Vorgaben nicht ohne Weiteres möglich,⁶⁸ was sogar der Gesetzgeber selbst erkennt.⁶⁹ Denn nach dem im Datenschutz geltenden Verbot mit Erlaubnisvorbehalt, braucht es für solche Datenverarbeitungen der Zahlungsanbieter eine ausreichende gesetzliche Erlaubnis. Eine solche gesetzliche Grundlage existiert im geltenden Recht nicht. Daraus folgt, dass auf Grundlage von § 4 Abs. 1 S. 2 Alt. 2 i.V.m. § 9 Abs. 1 S. 3 Nr. 4 GlüStV erlassenen behördlichen Anordnungen zum Financial Blocking nicht Folge geleistet werden kann, ohne dass die verpflichteten Unternehmen gegen deutsches Datenschutzrecht verstoßen. Insofern lässt sich zusammenfassen, dass sich bestehende strukturelle Vollzugsdefizite nicht durch Maßnahmen des Financial Blockings umsetzen lassen.

3. Ausblick: Adäquater Verbraucherschutz über europäische Zusammenarbeit

Hinter staatlicher Glücksspielregulierung steht im Besonderen das Bestreben, die Verbraucher und die soziale Ordnung zu schützen. Dass dies in enger Abstimmung zwischen dem staatlichen Regulierer und privaten Anbietern erfolgreich mit einem hohen Schutzstandard umgesetzt werden kann, wird derzeit in Schleswig-Holstein oder aber auch Dänemark bewiesen. So hat es Dänemark geschafft, durch eine umfassende Regulierung des Online-Glücksspielmarktes, inkl. Sportwetten, Poker und Online-Casinospielen 95 % der Kundennachfrage in den regulierten Markt zu überführen.⁷⁰ Voraussetzung dafür war ein an den tatsächlichen Gegebenheiten des Internets und den Spielgewohnheiten des Spielers ausgerichtetes Regulierungssystem.⁷¹ Nichts anderes haben kürzlich mehrere Glücksspielanbieter in einem Brief an die Ministerpräsidenten der deutschen Bundesländer gefordert und ihre Bereitschaft zum Dialog über die regulatorischen Rahmenbedingungen unterstrichen.⁷²

Die Forderung nach adäquatem Verbraucherschutz findet ihre sinnvolle Ausprägung in strengen, aber zeitgemäßen Zulassungsregeln, nicht in Pauschalverboten. Entsprechend schlug die EU-Kommission bereits in ihrem „Grünbuch zum Online-Glücksspiel im Binnenmarkt“⁷³ sowie ihrer Mitteilung vom 23. 10. 2012⁷⁴ verschiedene Maßnahmen zur Bewältigung der rechtlichen, gesellschaftlichen und technischen Herausforderungen des Online-Glücksspiels vor. Mittlerweile ist die Kommission auch vom Europäischen Parlament⁷⁵ und vom Europäischen Sozial- und Wirtschaftsausschuss⁷⁶ aufgefordert worden, u. a. den Verbraucherschutz im Online-Glücksspielbereich zu stärken, was sie in ihrem aktuellen Aufruf zum harmonisierten Verbraucherschutz beim gesamten Online-Glücksspiel (nicht nur der Sportwette) getan hat.

V. Fazit

In der Digibet-Entscheidung wiederholt der EuGH gebetsmühlenartig seine bisherige Rechtsprechung zu rechtfertigungsbedürftigen Eingriffen in Grundfreiheiten im Bereich des Glücksspielrechts unter Bezugnahme auf die Schutzniveaualonomie und die daraus resultierende Darlegungs- und Beweislast der Mitgliedstaaten, insbesondere zur Verhältnismäßigkeit und Kohärenz. Wesentliche neue Aussagen zur deutschen Glücksspielregulierung, die dem Urteil aus diesem Grund nennenswerten Bedeutungsgehalt beimessen, sind nicht ersichtlich. So bleibt als wesentliche Erkenntnis dieses Urteils, dass aufgrund des auf die horizontale Kohärenz der deutschen Glücksspielregulierung beschränkten Vorabentscheidungsersuchens des BGH weiterhin viele offene Fragen zum Regulierungsansatz des GlüStV bestehen.

Jedenfalls soweit auf der Basis des Glücksspielstaatsvertrags weiterhin mit weitumfassenden Verboten gegen Verbraucher und Glücksspielanbieter vorgegangen wird, ist nicht zu erwarten, dass die juristischen Diskussionen um den GlüStV zur Ruhe kommen.⁷⁷ Erst recht, da bezweifelt werden darf, wie diese Verbote in der heutigen digitalen Welt umgesetzt werden können. Am Ende droht dem Glücksspielstaatsvertrag eine weitere Klagewelle und Deutschland ein erneutes Vertragsverletzungsverfahren vor dem EuGH. Dieser rechtliche Schwebezustand kann weder im Interesse der staatlichen Aufsichtsbehörden noch der regulierungswilligen Glücksspielanbieter oder Sportvereine sein.⁷⁸ Am allerwenigsten aber ist er im Sinne der Bürgerinnen und Bürger, die von Zeit zu Zeit mit ihren Freunden eine Runde pokern oder eine Wette auf ihren favorisierten Fußballverein abschließen wollen, oder jenen, die tatsächlich einer funktionierenden staatlichen Aufsicht bedürfen.

68 Vgl. für das Gewicht individueller Beeinträchtigungen bei informationsbezogenen Maßnahmen beispielhaft auch BVerfG, 13. 6. 2007 – 1 BvR 1550/03, NJW 2007, 2464, 2469.

69 Vgl. Landtag von Baden-Württemberg, Drs. 15/1707 v. 11. 05. 2012, S. 12.

70 Gambling Compliance analysierte die Auswirkungen unterschiedlicher Regelungssysteme auf die Größe des Schwarzmarktes und kam zu folgendem Ergebnis: „A black market of just 5 percent would be much smaller than estimates for other regulated European markets. As much as 50 percent of French and Italian online gambling, and an eye-watering 95 percent of German sports betting, could be illegal, according to industry research“, so Daniel Macadam, in „Danish Online Firms Query 5 Percent Black Market Estimate“ vom 25. 9. 2012, abrufbar auf www.gamblingcompliance.com.

71 Für das kleine Bundesland Schleswig-Holstein wurden allein 48 Online-Casino- und Sportwettenlizenzen vergeben: http://www.schleswig-holstein.de/IM/DE/Service/Gluecksspiel/Gluecksspiel_node.html.

72 FOCUS-Link zu Industriebrief: http://www.focus.de/sport/diverses/rechtsprechung-deutsche-spieler-tippen-zur-fussball-wm-in-rechtlicher-grauzone_id_3913433.html.

73 Grünbuch Online-Gewinnspiele im Binnenmarkt, KOM (2011) 128 endg.

74 Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen „Ein umfassender europäischer Rahmen für das Online-Glücksspiel“ v. 23. 10. 2012 – COM(2012) 596 final.

75 Entschließung des Europäischen Parlaments vom 10. 9. 2013 über Online-Glücksspiele im Binnenmarkt (2012/2322(INI)), P7_TA-PROV(2013)0348.

76 Stellungnahme des Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschusses zu der Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen: Ein umfassender europäischer Rahmen für das Online-Glücksspiel COM(2012) 596 final, INT/671.

77 Siehe jüngste Vorlage zum deutschen Glücksspielrecht durch das AG Sonthofen an den EuGH: Ince C-336/14.

78 DFB-Pressemitteilung, abrufbar unter <http://www.dfb.de/news/de/d-dfb-allgemein/dfb-landesverbaende-beklagen-stillstand-beim-gluecksspielstaatsvertrag/60983.html>.