

#### HERAUSGEBER

**Dietrich Beese**, Rechtsanwalt, Hamburg – **Dorothee Belz**, Director Legal & Corporate Affairs, Microsoft Deutschland GmbH, Unterschleißheim – **Dr. Michael Bertrams**, Präsident VerfGH und OVG für das Land Nordrhein-Westfalen, Münster – **Georg M. Bröhl**, Leiter der UA Informationsgesellschaft, Medien, Rechtsangelegenheiten IKT, Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie, Berlin – **Prof. Dr. Herbert Burkert**, Forschungsstelle für Informationsrecht, Universität St. Gallen – **RA Prof. Dr. Oliver Castendyk**, Universität Potsdam/ Erich Pommer Institut, Potsdam – **Jürgen Doetz**, Präsident Verband Privater Rundfunk und Telemedien e.V. (VPRT), Berlin/Präsident der Fernsehakademie Mitteldeutschland, Leipzig – **Prof. Dr. Carl-Eugen Eberle**, Justiziar ZDF, Mainz – **Prof. Dr. Reto M. Hilty**, Direktor am Max-Planck-Institut für Geistiges Eigentum, Wettbewerbs- und Steuerrecht, München/Ordinarius an der Universität Zürich – **Prof. Dr. Thomas Hoeren**, Direktor der Zivilrechtlichen Abteilung des Instituts für Informations-, Telekommunikations- und Medienrecht, Universität Münster – **Prof. Dr. Bernd Holznapel**, Direktor der Öffentlich-rechtlichen Abteilung des Instituts für Informations-, Telekommunikations- und Medienrecht, Universität Münster – **Prof. Dr. Günter Knieps**, Direktor des Instituts für Verkehrswissenschaft und Regionalpolitik, Universität Freiburg – **Wolfgang Kopf**, Leiter des Zentralbereichs Politische Interessenvertretung und Regulierung, Deutsche Telekom AG, Bonn – **Christopher Kuner J.D., LL.M.**, Attorney at Law, Hunton & Williams, Brüssel – **Matthias Kurth**, Präsident der Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen, Bonn – **Prof. Dr. Wernhard Möschel**, Vorsitzender des Wissenschaftlichen Beirats beim BMWi/Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Handels- und Wirtschaftsrecht, Universität Tübingen – **Dr. Bernd Pili**, Düsseldorf – **Robert Queck**, Maître de Conférences, Centre de Recherches Informatique et Droit (CRID), Universität Namur, Belgien – **RA Prof. Dr. Peter Raue**, Hogan & Hartson Raue L.L.P. Berlin – **RA Dr. Wolfgang von Reinersdorff**, Justiziar Deutsche Netzmarketing GmbH, Köln/Heuking Kühn Lüer Wojtek, Hamburg – **Prof. Dr. Alexander Roßnagel**, Universität GH Kassel/wissenschaftlicher Direktor des Instituts für Europäisches Medienrecht (EMR), Saarbrücken – **RA Prof. Dr. Joachim Scherer**, Baker & McKenzie, Frankfurt a.M. – **RA Dr. Raimund Schütz**, Loschelder Rechtsanwälte, Köln – **Prof. Dr. Ulrich Sieber**, Direktor und Leiter der strafrechtlichen Abteilung des Max-Planck-Instituts für ausländisches und internationales Strafrecht, Freiburg / Honorarprofessor und Leiter des Rechtsinformatikzentrums an der Ludwig-Maximilians-Universität, München – **RA Dr. Axel Spies**, Bingham McCutchen, Washington DC – **Prof. Dr. Gerald Spindler**, Universität Göttingen – **Prof. Dr. Eike Ullmann**, Vors. Richter des I. Zivilsenats am BGH a.D., Karlsruhe

#### REDAKTION

**Anke Zimmer-Helfrich**, Chefredakteurin – **RAin Ruth Schrödl**, Redakteurin – **Marianne Gerstmeyr**, Redaktionsassistentin Wilhelmstr. 9, 80801 München

## EDITORIAL

### Offline mit dem Onlineverbot nach den Glücksspielurteilen des EuGH!

Der *EuGH* hat in den am 8.9.2010 verkündeten Glücksspielurteilen in den Rs. C-46/08, C-316/07, C-409/07, C-410/07, C-358/07, C-359/07 und C-360/07 (MMR wird die Entscheidungen in der nächsten Ausgabe veröffentlichen) wahrhaft revolutionär entschieden: Die vorliegenden Verwaltungsgerichte können „berechtigten Anlass zu der Schlussfolgerung haben, dass ein solches Monopol nicht geeignet ist, die Erreichung des mit seiner Errichtung verfolgten Ziels, Anreize zu übermäßigen Ausgaben für das Spielen zu vermeiden und die Spielsucht zu bekämpfen, (...) zu gewährleisten“.

Gleichzeitig bejahte der *EuGH* aber in der Rs. C-46/08 (Carmen Media, Rdnr. 111) die „abstrakte“ Möglichkeit, dass ein Onlineverbot „grundsätzlich als zur Verfolgung solcher legitimen Ziele geeignet angesehen werden kann“. Der *EuGH* war gehalten, die vierte abstrakt gestellte Onlinefrage des vorliegenden VG Schleswig in der Rs. C-46/08 ebenso abstrakt zu beantworten, da er an den Gegenstand des Vorlagebeschlusses gebunden ist. Deshalb beschränkt sich der *EuGH* strikt auf die abstrakte Eignungsebene und sieht gezielt von einer konkreten Überprüfung des Onlineverbots nach § 4 Abs. 4 des Glücksspielstaatsvertrages (GlüStV) in seiner Einbindung in das konkrete Offline-Regulierungsumfeld der deutschen Rechtsordnung anhand der Kohärenz- und Eignungsmaßstäbe ab, die er in den Urteilen v. 8.9.2010 auf den stationären Offlinebetrieb angewandt hat.

Dies ist nun die Aufgabe der deutschen Gerichte und Aufsichtsbehörden: „Daher haben die nationalen Gerichte zu prüfen, ob eine von einem Mitgliedstaat beschlossene Beschränkung geeignet ist, die Verwirklichung eines oder mehrerer der von ihm geltend gemachten Ziele auf dem von ihm angestrebten Schutzniveau zu gewährleisten, und ob sie nicht über das hinausgeht, was zu dessen Erreichung erforderlich ist.“ (*EuGH*, U. v. 8.9.2010 – verb. Rs. C-316/07, C-409/07, C-410/07 u. C-358/08 – C-360/08, Rdnr. 78).

Auch werden die deutschen Aufsichtsbehörden und Gerichte die Fortführung des gegen Deutschland eingeleiteten Vertragsverletzungsverfahrens Nr. 2007/4866 aufmerksam beobachten. In ihrem Aufforderungsschreiben v. 31.1.2008 in diesem Vertragsverletzungsverfahren hat die *EU-Kommission* u.a. beanstandet, dass die Aufsichtsbehörden die Gefahr der Spielsucht im Internet trotz des Onlineverbots nach § 4 Abs. 4 GlüStV nicht tatsächlich wirksam bekämpfen.



Prof. Dr. Christian Koenig

Der *Gerichtshof* hat in anderem Zusammenhang verlangt, dass der betreffende Mitgliedstaat i.R.d. Rechtfertigung von Beschränkungen der Vertragsfreiheiten bei der Ermittlung von Gefahren eine Risikobewertung auf der Grundlage der zuverlässigsten wissenschaftlichen Informationen und Daten vorzunehmen hat (*EuGH*, U. v. 23.9.2003 – Rs. C-192/01, Slg. 2003, S. I-9693, Rdnr. 48).

Diese wissenschaftlich zu fundierende mitgliedstaatliche Rechtfertigungsobliegenheit gilt beim Onlineverbot nach § 4 Abs. 4 GlüStV umso mehr, als mit Verkündung der Urteile am 8.9.2010 feststeht, dass der staatliche Monopolvorbehalt beim stationären (offline) Glücksspielbetrieb in der regulatorischen Gestaltung des GlüStV unionsrechtswidrig ist. Denn die staatlichen Monopolanbieter haben ihre stationäre Betriebsinfrastruktur (Annahmestellennetz etc.) aus den Monopoleinnahmen – also auf Grund von unionsrechtswidrigen Regulierungsbedingungen – finanziert. Gegen diese aus unionsrechtswidrigen Regulierungsbedingungen hervorgegangenen stationären Betriebsinfrastrukturen müssten die bisher rechtswidrig von einer Zulassung ausgeschlossenen Anbieter nun konkurrieren.

Ein staatlich regulierter Online-Markteintritt ist gegenüber den hohen fixen (sunk costs) und variablen Kosten des Aufbaus einer neuen oder des Anschlusses an bereits etablierte stationäre Infrastrukturen regelmäßig die einzig realistische Zugangsoption für Anbieter aus anderen Mitgliedstaaten.

Damit entfaltet das Onlineverbot eine faktisch diskriminierende Beschränkungswirkung auf den Marktzugang von Newcomern und selbst von etablierten Anbietern aus anderen Mitgliedstaaten, wenn es nicht auf der Grundlage der zuverlässigsten wissenschaftlichen Erkenntnisse und Daten in tatsächlicher, systematischer, kohärenter, geeigneter und erforderlicher Weise an den spezifischen Gefährdungswirkungszusammenhängen der Spielsucht, der Jugendgefährdung und von Betrugsstrategien ansetzt. Wissenschaftliche Erkenntnisse und technisch sofort umsetzbare Optionen hat der *TÜV Rheinland* in einer Studie zum Online-Glücksspiel aufgezeigt:

- Im Rahmen des Onlinebetriebs werden alle Aktionen, aber auch Pausen und Unterlassungen, des Spielers digital aufgezeichnet. Das Spielerverhalten kann damit anhand bestimmter Parameter auf Auffälligkeiten überprüft werden. Auffälligkeiten, die auf Betrug, Geldwäsche oder Spielsucht hindeuten, kann in digitaler Echtzeit zumindest aber sehr zeitnah effektiv begegnet werden, z.B. durch einen sofort wirksamen Ausschluss des betreffenden Spielers.

- Im Gegensatz zu stationären Wettbüros oder Casinos werden auffällige Faktoren wie Dauer und Häufigkeit der Spielaktivitäten, Anzahl der Einsätze pro Zeiteinheit sowie Spielintervalle, Höhe der Einsätze oder das Hinterherjagen von Verlusten digital aufgezeichnet, auffällige Spielverhalten identifiziert und gleichzeitig werden so auch wertvolle Beiträge zur Spielsuchtforschung geliefert.

- Ein anonymes Spielen mit Auszahlung von Gewinnen ist nicht möglich. Die Onlineanbieter können regulatorisch verpflichtet werden, durch die Verwendung von Datenbanken ex-

terner Dienstleister zur Identifizierung von Kunden in Echtzeit zu prüfen, ob die von einem Kunden angegebenen Daten korrekt sind. Falsche Angaben lassen sich auf diese Weise umgehend identifizieren und die betreffenden Spielerkonten sperren. Spätestens zur Auszahlung von Spiel- und Wettgewinnen muss ein Spieler eine gültige deutsche Bankverbindung und damit seine Identität preisgeben.

- Informationsdienstleister bieten bereits Dienstleistungen zur zuverlässigen Personen- und Altersverifikation an, sodass eine effektive Gewährleistung des Jugendschutzes umsetzbar ist.

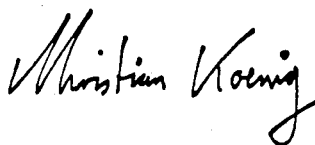
- Auffällige Spieler können nach Einrichten einer eigenen Sperrdatei für Onlinespiele und -wetten durch Deaktivieren auffällig gewordener Benutzerkonten gesperrt werden. Noch effektiver wäre – unter Beachtung datenschutzrechtlicher Bestimmungen – die Einrichtung einer branchenübergreifenden und gemeinsamen Datenbank durch alle Anbieter analog zu denen der Wirtschaftsauskunftsdienste und der *Schufa*.

Auf Grund der *TÜV Rheinland*-Studie steht mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit fest, dass der Online- dem Offlinebetrieb technisch tatsächlich weit überlegen ist, um problematisches Spielverhalten wirksam zu bekämpfen. Aus der sachverständigen Quintessenz folgt, dass das Onlineverbot nach § 4 Abs. 4 GlüStV keinen kohärenten, geeigneten und erforderlichen Fortbestand haben kann, wenn nach den Urteilen v. 8.9.2010 das staatliche Monopol im stationären (offline) Betrieb fällt. Mit dem Fall des staatlichen Offline-Monopols bricht die „regulatorische Geschäftsgrundlage“ für das Onlineverbot in sich zusammen.

Dann dürfen die Aufsichtsbehörden bis zu einer Neuregelung der regulatorischen Bedingungen und Auflagen des Online-Glücksspielbetriebs gegenüber bisher ausgeschlossenen Anbietern aus anderen Mitgliedstaaten, deren Angebot in Deutschland die nicht zulassungsgebundenen Rechts- und Schutzvorschriften einhält, keine auf das konkret unionsrechtswidrige Onlineverbot nach § 4 Abs. 4 GlüStV gestützten Untersagungsverfügungen erlassen.

Denn nun greift auch online der offline aufgestellte *Placanica*-Sanktionsschutz ein: Gegenüber unionsrechtswidrig von einer Zulassung ausgeschlossenen Anbietern darf der „Umstand, dass sie keine Konzession besitzen, nicht zum Anlass für die Verhängung einer Sanktion gegen sie genommen werden.“ (*EuGH* MMR 2007, 300 m. Anm. *Arendts* – *Placanica*, Rdnr. 63).

Bonn, im Oktober 2010



**Univ.-Prof. Dr. iur. Christian Koenig, LL.M. (LSE)**

ist Direktor am Zentrum für Europäische Integrationsforschung der Universität Bonn. Der Verfasser war Prozessbevollmächtigter der Carmen Media Group Ltd. in dem Vorabentscheidungsverfahren vor dem EuGH in der Rs. C-46/08.