

Univ.-Prof. Dr. iur. Christian Koenig, LL.M. (LSE) und Matti Meyer, Bonn*

E-Geldwäscherecht – Online-Glücksspiel an vorderster Regulierungsfront

Während die juristischen Schlachten um die Online-Verbote nach dem Staatsvertrag der Länder zur Änderung des Staatsvertrages zum Glücksspielwesen in Deutschland (GlüÄndStV) noch geschlagen werden, stehen die Marktteilnehmer vor einer neuen Regulierungsfront, dem elektronischen (E-)Geldwäscherecht. Nach § 9 c Abs. 4 des neuen Ergänzungsgesetzes zum Geldwäschegesetz (GwGErgG) sind Online-Glücksspielanbieter verpflichtet, zu überprüfen und sicherzustellen, dass ein Zahlungsdiensteanbieter, der seinen Sitz nicht im Geltungsbereich des Gesetzes hat, dem deutschen „Identifizierungsstandard“ genügt. Nur in einem solchen Fall wird es dem Online-Glücksspielanbieter gestattet, diesen Zahlungsanbieter in die Vertragserfüllung einzubinden. Die Abhandlung legt dar, dass europäische Anbieter von E-Geldprodukten, die in anderen EU-Mitgliedstaaten niedergelassen sind und in diesen die dortigen rechtlichen Geldwäscheregulierungs-

erfordernisse erfüllen, selbstverständlich auch ohne die zusätzliche Erfüllung der Spieleridentifizierungsvorgaben nach § 9 c Abs. 4 GwGErgG als Zahlungsdiensteanbieter für das Online-Spiel in Deutschland aufgrund einer europarechtskonformen Auslegung zuzulassen sind.

I. Die Novelle zum E-Geldwäscherecht

Anlass für die Novelle ist die streng regulierte Marktöffnung durch den GlüÄndStV, der u. a. die Möglichkeit geschaffen hat, in begrenztem Umfang private (Online-)Sportwettenanbieter zuzulassen. Das Bundesfinanzministerium hat in der Folge einen Entwurf für ein Ergän-

* Der Erstautor ist Direktor am Zentrum für Europäische Integrationsforschung (ZEI) der Universität Bonn, der Zweitautor ist wissenschaftlicher Referent am ZEI. Der Beitrag beruht auf einem Rechtsgutachten im Auftrag der eBay GmbH. Mehr über die Autoren erfahren Sie auf S. VIII.

zungsgesetz zum Geldwäschegesetz (GwGergG) vorgelegt, der insbesondere Geldwäschevorschriften für den Online-Bereich enthält. Zentraler Regelungsinhalt des GwGergG ist die Erweiterung des Verpflichtetenkreises des Geldwäschegesetzes (GwG) um Veranstalter und Vermittler von Glücksspielen im Internet, flankiert von konkretisierten und auf die Risiken dieses Sektors zugeschnittenen straf- und bußgeldbewehrten Sorgfalts- und Organisationspflichten. Darauf aufbauend werden für die Glücksspielaufsichtsbehörden der Länder als nach § 16 Abs. 2 Nr. 9 GwG zuständige Behörden die für eine geldwäscherechtliche Überwachung von Glücksspielen im Internet notwendigen Aufsichtsbefugnisse geschaffen. Das GwGergG sieht – insbesondere in den §§ 9 a-d – die Kodifizierung besonderer Pflichten für Online-Glücksspielanbieter vor. Während der erste Referentenentwurf E-Geldprodukte gänzlich von der Zahlungsabwicklung ausgeschlossen hatte, wird nach dem GwGergG eine Verwendung von E-Geld, das einem Zahlungskonto gutgeschrieben wird, unter strengen Voraussetzungen ermöglicht. Insbesondere enthält § 9 c Abs. 4 S. 1 GwGergG eine Überprüfungs- und Sicherstellungspflicht für Glücksspielanbieter. Nach dieser Norm sind diese verpflichtet, zu überprüfen und sicherzustellen, dass ein Zahlungsdiensteanbieter dem deutschen „Identifizierungsstandard“ genügt. Nur in einem solchen Fall wird es dem Online-Glücksspielanbieter nach § 9 c Abs. 4 S. 2 GwGergG gestattet, diesen Zahlungsanbieter in die Vertragserfüllung einzubinden.

Würde man den Wortlaut des § 9 c Abs. 4 GwGergG auf den Buchstaben („seinen Sitz nicht im Geltungsbereich dieses Gesetzes hat“) beschränkt auslegen, wäre es europäischen Anbietern von E-Geldprodukten – obwohl sie in anderen EU-Mitgliedstaaten niedergelassen sind und in diesen die dortigen rechtlichen Geldwäscheregulierungserfordernisse erfüllen – faktisch kaum möglich, als Bezahlmethode für das Online-Spiel in Deutschland zugelassen zu werden, da insbesondere die Identifizierungsverpflichtungen nach dem GwG kaum Internet-praxistauglich sind. Als nach dem GwGergG mögliche Bezahlmethoden wären dann nur die ebenso für das Internet kaum tauglichen und wenig attraktiven Methoden der Überweisung und die Verwendung der Kreditkarte (mit geringer Marktpenetration) möglich.

Um den Weg für eine europarechtskonforme Auslegung des § 9 c Abs. 4 GwGergG aufzuzeigen, führt der Bericht der parlamentarischen Berichterstatter zutreffend zum Status eines ordnungsgemäß identifizierten Zahlungskontos des Spielers i. S. d. Gesetzes aus:

„Davon könne bei der Führung eines Zahlungskontos durch einen lizenzierten Zahlungsdienstleister mit Sitz in einem Mitgliedsstaat der Europäischen Union ausgegangen werden, der den Kundensorgfaltspflichten nach den Regeln des Sitzlandes unter Umsetzung der EU-Vorgaben der RL 2007/64/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. 11. 2007 über Zahlungsdienste im Binnenmarkt sowie der RL 2005/60/EG zur Verhinderung der Nutzung des Finanzsystems zum Zwecke der Geldwäsche und der Terrorismusfinanzierung („3. Geldwäsche-Richtlinie“) genüge.“¹

Die vorliegende Abhandlung untermauert diese Begründung der Berichterstatter, indem sie die Unionsrechtswidrigkeit einer auf den Buchstaben („seinen Sitz nicht im Geltungsbereich dieses Gesetzes hat“) beschränkten Wortlautauslegung des § 9 c Abs. 4 GwGergG darlegt.

II. Vereinbarkeit mit dem EU-Sekundärrecht

1. Vorgaben der Dritten EG-Geldwäscherichtlinie (2005/60/EG)²

Das nationale Geldwäscherecht ist durch internationale Vorgaben wie den Empfehlungen der Financial Action Task Force (FATF), einem bei der OECD angesiedelten zwischenstaatlichen Gremium, und durch die Umsetzung der Dritten EG-Geldwäscherichtlinie geprägt, die ihrerseits auf den FATF-Empfehlungen basiert. Neben zwingenden Vorgaben für eine wirksame Geldwäscheprävention ist es den Staaten – gemäß Art. 5 Abs. 1 der Dritten EG-Geldwäscherichtlinie – in bestimmten Punkten überlassen, strengere Regelungen zu erlassen; eine Vollharmonisierung wird durch die Dritte EG-Geldwäscherichtlinie nicht bewirkt.

§ 9 c Abs. 4 S. 1 GwGergG postuliert für Zahlungsdiensteanbieter, die ihren „Sitz nicht im Geltungsbereich dieses Gesetzes“ haben, die Einhaltung des deutschen Standards – namentlich der §§ 4 Abs. 3 und 4 GwG sowie des § 6 Abs. 2 Nr. 2 S. 1 GwG – bei der Identifizierung von Personen, indem von diesen die Anwendung „gleichwertige[r] Maßnahmen“ bei der Identifizierung von Personen gefordert wird.

Eine genaue Untersuchung der einzelnen Bestimmungen der Dritten EG-Geldwäscherichtlinie, die den vorliegenden Aufsatzrahmen allerdings sprengt, ergibt, dass die Primärverpflichtung der Glücksspielanbieter einerseits und die hiermit korrespondierende Beschränkung derjenigen Zahlungsdiensteanbieter, die hinter dem deutschen oder einem gleichwertigem Standard zurückbleiben, andererseits, als national strengere Maßnahmen im Sinne von Art. 5 der Dritten EG-Geldwäscherichtlinie anzusehen sind; Art. 5 enthält für den teilharmonisierten Bereich der Geldwäscheprävention die explizite Ermächtigung der Mitgliedstaaten zum Erlass strengerer Maßnahmen.

2. Anforderungen der E-Geld Richtlinie (2009/110/EG)³

§ 9 c Abs. 3 Nr. 2 GwGergG schließt Transaktionen von E-Geld-Instituten aus, die nicht über ein Zahlungskonto vorgenommen werden. Dies könnte einen Verstoß gegen Art. 6 Abs. 1 lit. a) der E-Geld Richtlinie begründen, der auf die „Erbringung der im Anhang der RL 2007/64/EG genannten Zahlungsdienste“ verweist. Im Anhang der RL 2007/64/EG⁴ finden sich auch Zahlungsdienste, bei denen die Zahlung nicht von einem Zahlungskonto erfolgt. Wenn in Nr. 3, 2. Spiegelstrich der RL 2007/64/EG die „Ausführung von Zahlungsvorgängen mittels einer Zahlungskarte oder eines ähnlichen Instruments“ vorgesehen ist, so öffnet sich der Unionsgesetzgeber damit Produktinnovationen im Bereich des E-Geldes. Diesen Aspekt betont der Unionsgesetzgeber auch im 8. Erwägungsgrund (S. 2) der E-Geld Richtlinie:

1 BT-Drs. 17/11416, S. 5 und S. 10.

2 RL 2005/60/EG des Rates und des Europäischen Parlaments vom 26. 10. 2005 zur Verhinderung der Nutzung des Finanzsystems zum Zwecke der Geldwäsche und der Terrorismusfinanzierung, ABl. Nr. L 309 vom 25. 11. 2005, S. 15-36.

3 RL 2009/110/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. 9. 2009 über die Aufnahme, Ausübung und Beaufsichtigung der Tätigkeit von E-Geld-Instituten, ABl. Nr. L 267 vom 10. 10. 2009, S. 7-17.

4 RL 2007/64/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. 11. 2007 über Zahlungsdienste im Binnenmarkt, ABl. Nr. L 319 vom 5. 12. 2007, S. 1-36.

„Die Definition [des E-Geld Begriffs] sollte weit genug sein, um technologische Innovation nicht zu behindern und nicht nur alle schon heute im Markt verfügbaren E-Geld-Produkte, sondern auch solche Produkte zu erfassen, die in Zukunft noch entwickelt werden könnten.“

Im Binnenmarkt soll es den E-Geld Emittenten mithin gestattet sein, Zahlungsvorgänge auszuführen, die mittels Zahlungskarte oder eines ähnlichen Instruments initiiert wurden.

Der Unionsgesetzgeber verfolgt im Rahmen der E-Geldregulierung die Grundsätze der Produktneutralität und der Innovationsoffenheit. Indem § 9 c Abs. 3 GwGErgG nur solche Zahlungsströme von einem E-Geld-Emittenten an einen Glücksspielanbieter gestattet, die über ein Zahlungskonto initiiert werden, bleibt der deutsche Gesetzgeber hinter der Umsetzungsverpflichtung aus Art. 6 Abs. 1 lit. a) der E-Geld Richtlinie zurück.

3. Vorgaben einer Vierten Geldwäscherichtlinie de lege ferenda

Darüber hinaus legen die Anhörungen zum Entwurf der Vierten Europäischen Geldwäscherichtlinie (Stand November 2012) de lege ferenda einen tatsächlich risikoorientierten Regulierungsansatz nahe, der insbesondere die Etablierung elektronischer Verifizierungsverfahren fördert.

Als Grundlage sicherer elektronischer Verifizierungsverfahren wird die Vierte Europäische Geldwäscherichtlinie de lege ferenda, vergleichbar mit dem im Vereinigten Königreich und Gibraltar bereits erfolgreich implementierten Regulierungsansatz, auf das Online-Überwachungsmodell abstellen, bei dem jede einzelne Spieleraktivität digital transparent aufgezeichnet wird. Dies erlaubt es dem Glücksspielanbieter, Kundenprofile zu erstellen, kritische Verhaltensmuster zu definieren, zu erkennen, zur Anzeige zu bringen und letztlich zukünftig auch durch entsprechende Anpassungen der Digitaltechnik zu unterbinden.

Dieser Regulierungsansatz erlaubt es, die Kundenverifizierung in unterschiedliche Stufen zu unterteilen, je nachdem, wie umfangreich die Spieleraktivität ist bzw. wie hoch die potenzielle Gefährdung aussieht.

Indem der deutsche Gesetzgeber im Rahmen der Personennidentifizierung in § 6 Abs. 2 Nr. 2 S. 1 lit. c) GwG lediglich den elektronischen Identitätsnachweis nach § 18 des Personalausweisgesetzes und die elektronische Signatur im Sinne des § 2 Nr. 3 des Signaturgesetzes zulässt, und ein praxistaugliches elektronisches Verifizierungsverfahren à la Gibraltar oder Vereinigtem Königreich nicht normiert ist, läuft er in Anbetracht der Vierten Europäischen Geldwäscherichtlinie Gefahr, sich von dem künftigen europäischen Regulierungsstandard weiter zu entfernen.

Zwar würde der deutsche Gesetzgeber erst nach in Kraft treten der Vierten Geldwäscherichtlinie und mit Ablauf der Umsetzungsfrist in nationales Recht ein Vertragsverletzungsverfahren in Bezug auf diese Richtlinie in Kauf nehmen. Der Grundsatz der Unionstreue auch gegenüber Rechtsangleichungsmaßnahmen de lege ferenda gebietet aber zumindest rechtspolitisch, dass der deutsche Gesetzgeber nicht dem bereits sekundärrechtlich in dem 24. Erwägungsgrund der E-Geld Richtlinie normierten Anpassungsbedarf entgegenhandelt.

III. Vereinbarkeit mit dem EU-Primärrecht

1. Eingriff in den Schutzbereich der Dienstleistungsfreiheit nach Art. 56 AEUV

Bei der Primärverpflichtung der Glücksspielanbieter nach § 9 c Abs. 4 S. 1 GwGErgG und der aus der Rechtsfolge des § 9 c Abs. 4 S. 2 GwGErgG resultierenden tatsächlichen Beschränkung der Zahlungsdienstleister bei grenzüberschreitenden Bezahlungen handelt es sich um Maßnahmen im nichtharmonisierten Bereich. Solche strengen nationalen Regelungen im nichtharmonisierten Bereich müssen sich an den Grundfreiheiten messen lassen.

Sowohl die grenzüberschreitenden Online-Angebote der Glücksspielanbieter als auch die grenzüberschreitenden Bezahlungen der Zahlungsdienstleister fallen als sog. „Korrespondenzdienstleistungen“⁵ in den Schutzbereich der Dienstleistungsfreiheit nach Art. 56 AEUV. Zahlungsdienstleister, die ein micropaymentfähiges Zahlungssystem im Internet betreiben, ermöglichen es ihren Kunden, dass getätigte Zahlungen sofort dem Zahlungsempfänger gutgeschrieben werden und somit beispielsweise die sonst übliche Bankenlaufzeit einer Überweisung entfällt. Der Schwerpunkt der Tätigkeit dieser Zahlungsdienstleister liegt folglich nicht in der grenzüberschreitenden Übertragung von Zahlungsmitteln um einer bloßen Gegenleistung (Warenlieferung, Dienstleistung) willen im Sinne der Zahlungsverkehrsfreiheit nach Art. 63 Abs. 2 AEUV,⁶ sondern in der Bereitstellung eines eigenständigen Dienstleistungsangebots, das Kunden eine schnelle Begleichung von Verpflichtungen aus Onlinetransaktionen ermöglicht. Mithin ist im Hinblick auf diese Zahlungsdienstleister der Schutzbereich der Dienstleistungsfreiheit (Art. 56 AEUV) und nicht der der Zahlungsverkehrsfreiheit (Art. 63 Abs. 2 AEUV) eröffnet.

Vorliegend wirken die mit den spezifischen Vorgaben zur Spieleridentifizierung in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht einhergehenden Beschränkungen der Dienstleistungsfreiheit nach Art. 56 AEUV sowohl zulasten der zurechnungsrechtlich unmittelbar in Anspruch genommenen Normadressaten des § 9 c Abs. 4 S. 1 GwGErgG, nämlich der verpflichteten Veranstalter und Vermittler von Glücksspielen (Glücksspielanbieter), als auch *tatsächlich* zulasten der aufgrund der vorgenannten Primärverpflichtung in ihren grenzüberschreitend erbrachten Bezahlungen beschränkten Zahlungsdienstleister.

Denn die durch § 9 c Abs. 4 S. 1 GwGErgG angeordneten Vorgaben zur Spieleridentifizierung bewirken, dass der Kunde von einer dergestalt eng regulierten (grenzüberschreitenden) Online-Transaktion regelmäßig Abstand nimmt, da er sehr häufig einem spontanen Transaktionsimpuls folgt. Dieser Transaktionsimpuls ist meistens klar auf eine bestimmte Transaktion, häufig von geringerem Wert, eingegrenzt. Deshalb will der Kunde in dem Momentum der Transaktion die Handlungsfreiheit in einem für ihn klar definierten Transaktionsumfang erhalten. Dagegen eröffnet ein Kunde bei einer Bank nur dann ein Konto, wenn er sich auf einen weiteren Handlungsrahmen vorbereitet, nicht aber, wenn er einem spontanen Transaktionsimpuls folgt, wie bei E-Geld Transaktionen unter Verfügung regelmäßig geringer Beträge. Damit wird eine

⁵ EuGH, 30. 4. 1974 – Rs. 155/73, Rn. 6 – Sacchi; EuGH, 18. 3. 1980 – Rs. 52/79, Rn. 8 – Debaue; EuGH, 10. 5. 1995 – C-384/93, Rn. 1 ff. – Alpine Investments; EuGH, 8. 9. 2010 – C-46/08, Rn. 100 ff. – Carmen Media Group.

⁶ Vgl. Haratsch/Koenig/Pechstein, Europarecht, 8. Aufl. 2012, Rn. 1010.

Erfüllung der Vorgaben zur Spieleridentifizierung nach § 9 c Abs. 4 S. 1 GwGErgG die vom Tatbestand erfassten grenzüberschreitenden Online-Transaktionen regelmäßig vereiteln, zumal die Identifizierung anhand von Identifizierungsinstrumenten erfolgen soll, die für das Internet überhaupt nicht praxistauglich sind (z. B. anhand eines Personalausweises, einer beglaubigten Kopie des Personalausweises etc.).

Da sich weder der elektronische Personalausweis noch die elektronische Signatur durchgesetzt haben, verkennt § 9 c Abs. 4 S. 1 GwGErgG die Online-Marktrealität; die für praktisch wirksame (grenzüberschreitende) Online-Transaktionen unbedingt erforderliche Identifizierung in Echtzeit ist kaum möglich. Kann ein Kunde nicht gleich nach der Registrierung am Glücksspiel teilnehmen, stellt sich bei ihm ein starker Anreizimpuls ein, sich Online-Angeboten im unregulierten Schwarz- oder Graumarkt zuzuwenden, wo staatliche Geldwäschepräventionsmaßnahmen überhaupt nicht greifen.

2. Rechtfertigung der Beschränkungen der Dienstleistungsfreiheit

a) Die Rechtfertigungsmaßstäbe

Greift § 9 c Abs. 4 S. 1 GwGErgG in den Schutzbereich der Dienstleistungsfreiheit nach Art. 56 AEUV ein, so bedarf dieser mitgliedstaatliche Eingriff in den Schutzbereich der Dienstleistungsfreiheit einer Rechtfertigung nach Maßgabe der Cassis- bzw. der Gebhard-Formel „zwingender Erfordernisse“ des Allgemeinwohls.⁷

Auf der Rechtfertigungsebene von Beschränkungen der Dienstleistungsfreiheit aufgrund „zwingender Erfordernisse“ gilt es nach dem EuGH, eine mitgliedstaatsinterne, gleichwohl für den Gerichtshof nachvollziehbare, mithin empirisch und prozedural strukturierte Verhältnismäßigkeits- und Kohärenzprüfung anzustrengen.

Übertragen auf die unionsrechtliche Überprüfung des § 9 c Abs. 4 GwGErgG müsste der deutsche Gesetzgeber zur Rechtfertigung der Beschränkungen zu dem für den Gerichtshof nachvollziehbaren Ergebnis der Verhältnismäßigkeits- und Kohärenzprüfung gelangen, dass die Vorgaben zur Spieleridentifizierung die Erreichung des ihnen ausweislich der zum GwGErgG vorgebrachten Begründungen zugrundeliegenden Zieles, den mit dem Online-Glücksspiel verbunden erhöhten Geldwäscherisiken zu begegnen, effektiv, kohärent und systematisch gewährleisten.

Im Zuge der Konkretisierung des Kohärenzgebots als Rechtfertigungsmaßstab definierte der EuGH in den Urteilen Carmen Media und Markus Stoß⁸ zunächst die materiellen Anforderungen an die Kohärenz, welche in der Interkohärenz und der Intrakohärenz ausdifferenzieren sind. Mit der Intrakohärenzprüfung verlangt der Gerichtshof eine Kontrolle der inneren Stimmigkeit der Beschränkungsmaßnahmen bezogen auf die empirisch ermittelten Gefährlichkeitsdaten der jeweils isoliert untersuchten Glücksspielgattung (z. B. der [Online-]Sportwetten).

Demgegenüber besteht die Interkohärenzprüfung in einer Gesamtkohärenzkontrolle bezogen auf empirisch ermittelte Vergleichsdaten im Gefährlichkeitsvergleich zwischen den verschiedenen Glücksspielgattungen (z. B. zwischen Online-Poker- oder Online-Casinospielen und anderen Glücksspielgattungen im Online- und stationären Modus).

Die Intrakohärenz einer Beschränkung setzt danach voraus, dass die Beschränkungsmaßnahme eine regulatorisch effektive Wirkung hat,⁹ wobei für jeden Glücksspielbereich eine konkrete Betrachtungsweise „gesondert für jede mit den nationalen Rechtsvorschriften auferlegte Beschränkung“ durchzuführen ist:

„Der Gerichtshof hat im Übrigen darauf hingewiesen, dass im Bereich der Glücksspiele grundsätzlich gesondert für jede mit den nationalen Rechtsvorschriften auferlegte Beschränkung namentlich zu prüfen ist, ob sie geeignet ist, die Verwirklichung des Ziels oder der Ziele zu gewährleisten, die von dem fraglichen Mitgliedstaat geltend gemacht werden, und ob sie nicht über das hinausgeht, was zur Erreichung dieses Ziels oder dieser Ziele erforderlich ist.“¹⁰

Danach muss jeweils „gesondert für jede mit den nationalen Rechtsvorschriften auferlegte Beschränkung“ aufgrund der Vorgaben zur Spieleridentifizierung nach § 9 c Abs. 4 S. 1 GwGErgG sowohl zulasten der zurechnungsrechtlich unmittelbar in Anspruch genommenen Normadressaten, nämlich der Glücksspielanbieter, als auch zulasten der in ihren grenzüberschreitend erbrachten Bezahlungen tatsächlich beschränkten Zahlungsdienstleister der gleiche Prüfungsmaßstab der Eignung, Erforderlichkeit und der Kohärenz angelegt werden. Die Interkohärenz setzt voraus, dass sich die Vorgaben zur Spieleridentifizierung nach § 9 c Abs. 4 S. 1 GwGErgG ohne tatsächliche Systembrüche in die übergeordneten Rahmen sowohl der nationalen Regelungen zur Geldwäscheprävention als auch des deutschen Glücksspielrechts einfügen und zwar kohärent und systematisch auf die jeweiligen Regelungsziele ausgerichtet.

In dem Urteil Dickinger & Ömer konkretisiert der Gerichtshof den Maßstab der Kohärenz in prozessrechtlicher Hinsicht dahingehend, dass sowohl bezüglich der Interkohärenz als auch der Intrakohärenz eine mitgliedstaatliche Darlegungslast besteht:

„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.“

„In diesem Zusammenhang ist insbesondere zu beachten, dass eine nationale Regelung nur dann geeignet ist, die Verwirklichung des geltend gemachten Ziels zu gewährleisten, wenn sie dem Anliegen gerecht wird, es in kohärenter und systematischer Weise zu erreichen. Daher ist es Sache des vorlegenden Gerichts, sich im Licht insbesondere der konkreten Anwendungsmodalitäten der betreffenden restriktiven Regelung zu vergewissern, dass sie tatsächlich dem Anliegen entspricht, die Gelegenheiten zum Spiel zu verringern und die Tätigkeiten in diesem

7 EuGH, 20. 2. 1979 – Rs. 120/78, Slg. 1979, S. 649, Rn. 8 – Cassis de Dijon; EuGH, 10. 11. 1995 – C-55/94, Rn. 37 – Gebhard.

8 EuGH, 8. 9. 2010 – C-46/08, Rn. 55 ff. – Carmen Media; EuGH, 8. 9. 2010 – verb. Rs. C-316/07, C-409/07, C-410/07 und C-358/08, C-359/08, C-360/08, Rn. 93 ff. – Markus Stoß u. a.

9 EuGH, 8. 9. 2010 – C-46/08, Rn. 105 – Carmen Media.

10 EuGH, 8. 9. 2010 – verb. Rs. C-316/07, C-409/07, C-410/07 und C-358/08, C-359/08, C-360/08, K&R 2010, 721 ff., Rn. 93 – Markus Stoß u. a.; vgl. auch EuGH, 16. 2. 2012 – verb. Rs. C-72/10 und C-77/10, Rn. 62 – Costa & Cifone.

Bereich in kohärenter und systematischer Weise zu begrenzen.“¹¹

Die den Mitgliedstaaten auferlegte Darlegungslast bezüglich der Interkohärenz und der Intrakohärenz baut auf den bereits in der Lindman-Rechtsprechung aufgestellten prozeduralen Beschränkungsanforderungen auf, wonach „die Rechtfertigungsgründe, die von einem Mitgliedstaat geltend gemacht werden können, von einer Untersuchung zur Zweckmäßigkeit und zur Verhältnismäßigkeit der von diesem Staat erlassenen beschränkenden Maßnahme begleitet werden müssen“.¹² Dabei muss der Mitgliedstaat „genaue Angaben zur Stützung seines Vorbringens machen“¹³ und „konkrete Anhaltspunkte“ dafür liefern, dass die Beschränkung „unabdingbar“ ist.¹⁴

Wenn der Gerichtshof in dem Urteil Dickinger & Ömer verlangt, dass das vorliegende Gericht, „sich im Licht insbesondere der konkreten Anwendungsmodalitäten der betreffenden restriktiven Regelung zu vergewissern [hat], dass sie tatsächlich dem Anliegen entspricht, die Gelegenheiten zum Spiel zu verringern und die Tätigkeiten in diesem Bereich in kohärenter und systematischer Weise zu begrenzen“,¹⁵ so erfordert dies, dass die Untersuchungsmaßnahmen und die von wissenschaftlich anerkannten Methoden getragene Evaluierung der Untersuchungsergebnisse vor der Implementierung der Regulierungsmaßnahme durchgeführt worden sind. Vergewisserung setzt (vorgelagert) eine gesicherte Erkenntnisgrundlage voraus, mithin geht die Erfüllung der Darlegungs- und Nachweisobliegenheiten der Mitgliedstaaten logisch der Beschränkungsimplementierung voraus.

Auch aus systematischer Sicht stellen die Darlegungs- und Nachweisobliegenheiten prozedurale Anforderungen auf der Tatbestandsseite der Beschränkungsgrundlage, nämlich der Cassis-Rechtfertigungsformel „zwingender Erfordernisse“ des Allgemeinwohls,¹⁶ auf. Diese prozeduralen Darlegungs- und Nachweisanforderungen umreißen dann den Beurteilungsspielraum eines Mitgliedstaats. Der im nichtharmonisierten Bereich des Glücksspielrechts den Mitgliedstaaten zustehende Beurteilungsspielraum bezeichnet den Grad mitgliedstaatlicher Erkenntnis- und Einschätzungsautonomie in Bezug auf die Annahme von Gefahren-, Gefährdungs- sowie Risikolagen, die zur Rechtfertigung der Beschränkung herangezogen werden, und ist von dem auf Rechtsfolgenreise zu verortenden Ermessens- und Gestaltungsspielraum der Mitgliedstaaten im Rahmen der Rechtfertigung von Beschränkungen der Grundfreiheiten abzugrenzen.¹⁷ Voraussetzung für die Ausübung der mitgliedstaatlichen Autonomie im Rahmen der Festlegung des Schutzniveaus auf der Rechtsfolgenreise ist, dass der Mitgliedstaat *zuvor* auf der Tatbestandsseite die Gefahren-, Gefährdungs- und Risikolagen ermittelt und beurteilt hat. Die zu untersuchenden Gefahren-, Gefährdungs- und Risikolagen müssen sich vorliegend auf den Zielrahmen der Geldwäscheprevention im Online-Glücksspielsektor beziehen. Danach ergibt sich im Rahmen der Intrakohärenzprüfung das folgende Beurteilungsprogramm:

1. Zur Beurteilung der geltend gemachten Gefährdungen, nämlich der Geldwäscheanfälligkeit im Online-Glücksspielsektor, müssen die zuverlässigsten verfügbaren wissenschaftlichen Informationen und Daten erhoben und herangezogen werden.¹⁸

2. Auf der Grundlage dieser Informationen und Daten muss eine Risikobewertung vorgenommen und der Wahr-

scheinlichkeitsgrad der schädlichen Auswirkungen beurteilt werden.¹⁹

3. Das zur Rechtfertigung nationaler Beschränkungen, vorliegend der Vorgaben zur Spieleridentifizierung nach § 9 c Abs. 4 S. 1 GwGErgG, beizubringende Informations- und Datenmaterial sowie die darauf aufbauende Risikobewertung müssen gerade die spezifischen Risikozusammenhänge in Bezug auf den Zielrahmen der Geldwäscheprevention im Online-Glücksspielsektor tragen.²⁰

Je unberechenbarer die Gefährdungs- und Risikozusammenhänge nach Durchlaufen dieses Beurteilungsprogramms trotzdem bleiben, umso weiter ist der mitgliedstaatliche Beurteilungsspielraum zur Bewertung der Gefährdungen und Risiken anzusetzen. Der Mitgliedstaat darf dann nach dem Vorsorgeprinzip Schutzmaßnahmen treffen, ohne abwarten zu müssen, dass das Vorliegen und die Größe der Gefährdungen klar nachgewiesen sind.²¹ Es verbietet sich allerdings, die Risikobewertung auf rein hypothetische Erwägungen zu stützen.²²

Dementsprechend gab die Kommission den Ländern im Rahmen des Notifizierungsverfahrens für technische Vorschriften betreffend Dienste der Informationsgesellschaft nach der RL 98/34/EG in ihrer Stellungnahme vom 20. 3. 2012²³ zu dem notifizierten Entwurf des GlüÄndStV einen konkret formulierten Prüfungsauftrag an die Hand, wonach zunächst in Bezug auf den Zielrahmen nach § 1 GlüÄndStV zu ermitteln ist, ob betrügerische und kriminelle Handlungen im Zusammenhang mit Online-Glücksspielen tatsächlich auftreten, ob in Deutschland überhaupt eine signifikante online-spezifische Suchtproblematik besteht und ob diese Problematiken durch Verbote gelöst werden können.

b) Keine unionsrechtskonforme empirisch und prozedural strukturierte Intrakohärenzprüfung

Soweit aus der Begründung zum GwGErgG ersichtlich, sind die durchaus verfügbaren wissenschaftlichen Expertisen, Informationen und Daten zur Bewertung des online-glücksspielspezifischen – insbesondere den stationären Risikomodus übersteigenden – Geldwäschepotentials nicht in die Gesetzesfassung eingegangen. So sollen die Vorgaben zur Spieleridentifizierung nach § 9 c Abs. 4 S. 1 GwGErgG ausweislich der Begründung der Bundesregierung zum GwGErgG mit dem Hinweis auf eine Studie von Professor Dr. *Michael Levi*²⁴ den erhöhten Geldwäscherrisiken begegnen. Diese Studie von *Levi* ist aber dahingehend missverstanden worden, dass es erforderlich sei, die Präventionsregeln des Geldwäschegesetzes im Hinblick

11 EuGH, 15. 9. 2011 – C-347/09, K&R 2011, 719, Rn. 54, 56 – Dickinger & Ömer (eigene Hervorhebung).

12 EuGH, 13. 11. 2003 – C-42/02, Rn. 25 – Lindman.

13 EuGH, 7. 7. 2005 – C-147/03, Rn. 63 – Kommission/Österreich.

14 EuGH, 18. 3. 2004 – C-8/02, Rn. 46 – Leichte.

15 EuGH, 15. 9. 2011 – C-347/09, K&R 2011, 719, Rn. 56 – Dickinger & Ömer (eigene Hervorhebung).

16 Vgl. EuGH, 20. 2. 1979 – Rs. 120/78, Rn. 8 – Cassis de Dijon.

17 Vgl. *Haratsch/Koenig/Pechstein* (Fn. 6), Rn. 804.

18 Vgl. EuGH, 23. 9. 2003 – C-192/01, Rn. 48 – Kommission/Dänemark.

19 Vgl. EuGH, 23. 9. 2003 – C-192/01, Rn. 48 – Kommission/Dänemark.

20 Vgl. EuGH, 13. 11. 2003 – C-42/02, Rn. 26 – Lindman; EuGH, 3. 4. 2008 – C-346/06, Rn. 42 – Ruffert; EuGH, 15. 9. 2011 – C-347/09, K&R 2011, 719, Rn. 56 – Dickinger & Ömer. Vgl. dazu ausführlich: *Haratsch/Koenig/Pechstein* (Fn. 6), Rn. 806.

21 Vgl. EuGH, 23. 9. 2003 – C-192/01, Rn. 49 – Kommission/Dänemark.

22 Vgl. EuGH, 23. 9. 2003 – C-192/01, Rn. 49 – Kommission/Dänemark.

23 Az. SG (2012) D/50777.

24 *Levi*, Money Laundering Risks and E-Gaming: A European Overview and Assessment, Cardiff 2009.

auf die von den teilliberalisierten Onlineglücksspielmärkten ausgehenden Gefahren zu verschärfen. Gegen dieses Missverständnis hat sich *Levi* mit seiner dem Gesetzgeber vor der 2. und 3. Lesung bekanntgemachten Stellungnahme vom 18. 10. 2012 wie folgt gewandt:

„What I meant to communicate in that section of my report was that there is a risk of money laundering in e-gaming, as there is in almost every transaction that we undertake. However that risk is significantly less than the risks from off-line gambling because it is extremely difficult to launder more than a thousand euros in this way without disproportionate effort, and moreover, there is more traceability in such transactions than there is in many other mechanisms by which one could launder money. I was using this to dispel the myth that e-gambling was particularly risky, especially in Europe where there are stronger controls over e-wallets and cards than in America, where it is easier to use these as a method of laundering.“

Der von *Levi* betonte, von anderen Glücksspielexperten wissenschaftlich bestätigte Befund, dass die Geldwäschrisiken im Offline-Spielmodus viel akuter als beim Online-Glücksspiel auftreten und die digitale Nachvollziehbarkeit jeder (auch grenzüberschreitenden) Online-Transaktion das wirksamste Präventionsinstrument darstellt, widerlegt den in § 9 c Abs. 4 S. 1 GwGErgG kodifizierten Mythos, dass Online-Glücksspielen ein gerade onlinespezifisches – den stationären Risikomodus übersteigendes – Geldwäschepotential innewohnt. Dies bestätigen auch die am 31. 8. 2011 von der Europäischen Kommission veröffentlichten Schlussfolgerungen des Workshops europäischer Experten zum Online-Glücksspiel, wonach die glücksspielbedingten Sucht- und Kriminalitätsproblematiken nicht durch Online-Angebote verschärft werden. Im Gegenteil arbeiten die Schlussfolgerungen des Workshops die Erkenntnis heraus, dass das Internet digitaltechnische Möglichkeiten zur Echtzeit-Überwachung, effektiven Spielersperren, Einsatzgrenzen und gezielten Präventionsmaßnahmen bietet, um präzise ohne Zeitverzug (möglichst in Echtzeit) an den spezifischen Gefährdungswirkungszusammenhängen anzusetzen:

„Overall, the access to online gambling products does not appear to have given rise to problem development or addiction at a higher rate than in the offline environment. At the same time, online gambling provides good opportunities for close monitoring of individual gambling behaviour and early detection of problem development.“²⁵

Die meisten vorhandenen wissenschaftlichen Expertisen zu den Gefahren von Online-Glücksspielen belegen, dass ein faktisch kaum regulierbares Totalverbot die Spieler in den Schwarzmarkt mit erhöhtem Geldwäschepotential drängt. Damit können auffällige Transaktionsverläufe nicht identifiziert und nicht präventiv kontrolliert werden, obwohl durch faktisch nicht überwacht Glücksspiel nachhaltige, gesellschaftliche schwarzmarktbedingte Schäden verursacht werden.²⁶ Selbst die online-kritischen Studien schlussfolgern aus den „offensichtlichen Schwierigkeiten in der Umsetzung und Kontrolle des Verbots“ dessen regulatorische Ineffizienz,²⁷ die gerade aufgrund der restriktiven, aber unwirksamen Verbotsregulierung das Ausweichen auf den Schwarzmarkt – und damit das erhöhte Geldwäschepotential – mit dem online-ubiquitärem Zwang geradezu provoziere.²⁸

Diese Zusammenhänge sind ausweislich der Begründung der Bundesregierung zum GwGErgG nicht untersucht, geschweige denn berücksichtigt worden. Damit erweisen sich die Vorgaben zur Spieleridentifizierung nach § 9 c Abs. 4 S. 1 GwGErgG, die mit dem Verbot nach S. 2 sanktioniert werden, weder als geeignet und erforderlich noch als intrakohärent.

c) Untauglicher Interkohärenzansatz

Auch eine unionsrechtlich tragfähige Gesamtkohärenzüberprüfung der Vorgaben zur Spieleridentifizierung nach § 9 c Abs. 4 S. 1 GwGErgG im Hinblick auf einen Gefährdungsvergleich der Geldwäschepotentiale zwischen kontenbasiertem E-Geld und anderen Zahlungsarten (Barzahlung, Kreditkarte oder Überweisung) ergibt nach bisherigem Erkenntnisstand, dass das Risiko der Geldwäsche bei kontenbasiertem E-Geld deutlich geringer als bei den anderen Zahlungsarten ist. Denn sowohl der Sender als auch der Empfänger des E-Gelds besitzen ein Konto bei dem E-Geld ausgebenden Dienstleister. Die E-Geld-Transaktion erweist sich somit als transparent, personenbezogen, registriert und nachvollziehbar. Alle Geldflüsse lassen sich digitaltechnisch lückenlos nachvollziehen und bei der Vorhaltung technischer geeigneter Überwachungsinstrumente auch in Echtzeit kontrollieren.

Die Begründung zum GwGErgG entspricht schon aufgrund dieser offensichtlichen digitaltechnischen Zusammenhänge nicht den unionsrechtlichen Anforderungen der Interkohärenz (Gesamtkohärenz) im sektorenübergreifenden Vergleich zwischen E-Zahlungssystemen und konventionellen Zahlungsarten. Deshalb konnte auch die Bundesregierung überhaupt keine Belege aus der Marktpraxis für die § 9 c Abs. 4 S. 1 GwGErgG zugrundeliegende regulatorische Hypothese vorlegen, dass E-Geld-Produkten im Vergleich zu anderen Zahlungsarten, insbesondere der Barzahlung, Kreditkarte oder Überweisung, erhöhte Geldwäschepotentiale innewohnen.

IV. Fazit

Damit manifestiert sich in dieser Inkohärenz die mangelnde Eignung und Erforderlichkeit der Vorgaben zur Spieleridentifizierung nach § 9 c Abs. 4 GwGErgG und damit eine Verletzung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes.

Die Dienstleistungsfreiheit nach Art. 56 AEUV gebietet eine – auch von den parlamentarischen Berichterstellern²⁹ aufgezeigte – unionsrechtskonforme Auslegung von § 9 c Abs. 4 GwGErgG, wonach europäische Anbieter von E-Geldprodukten, die in anderen EU-Mitgliedstaaten niedergelassen sind und in diesen die dortigen rechtlichen Geldwäscheregulierungserfordernisse erfüllen, auch ohne die zusätzliche Erfüllung der Spieleridentifizierungsvorgaben dieser Norm als Zahlungsdienstleister für das Online-Spiel in Deutschland zuzulassen sind.

25 Conclusions Workshop on online gambling: detection and prevention of problem gambling and gambling addiction, 25. 5. 2011 in Barcelona, S. 2; http://ec.europa.eu/internal_market/services/docs/gambling/workshops/workshop-ii-conclusions_en.pdf.

26 Vgl. *Peren/Clement*, Gutachten zur Messung und Bewertung des Suchtgefährdungspotentials des Onlinepokerspiels Texas Hold'em No Limit, Hochschule Bonn-Rhein-Sieg, Februar 2012, S. 72 ff.

27 Vgl. *Meyer/Hayer*, ZfWG 2008, 153, 160.

28 Vgl. *Meyer/Hayer*, ZfWG 2008, 153, 159 f.

29 BT-Ds. 17/11416, S. 5 und S. 10.