

Univ.-Prof. Dr. iur. Christian Koenig LL.M. (LSE) / Dr. iur. Caroline Bovelet-Schober, Bonn\*

## Zur Anwendbarkeit des Glücksspieländerungsstaatsvertrages (GlüÄndStV), insbesondere des Internetverbotes, auf Online-Games

### I. Systematische Einordnung von Online-Games in das Regulierungsregime des GlüÄndStV

Nach § 3 Abs. 1 Glücksspieländerungsstaatsvertrag (GlüÄndStV) ist der Glücksspieltatbestand des Regulierungsregimes des GlüÄndStV erfüllt, „wenn im Rahmen eines **Spiele**s für den Erwerb einer Gewinnchance ein **Entgelt** verlangt wird und die Entscheidung über den Gewinn ganz oder überwiegend vom **Zufall** abhängt. Die Entscheidung über den Gewinn hängt in jedem Fall vom Zufall ab, wenn dafür der ungewisse Eintritt oder Ausgang zukünftiger Ereignisse maßgeblich ist. Wetten gegen Entgelt auf den Eintritt oder Ausgang eines zukünftigen Ereignisses sind Glücksspiele [...]“<sup>1</sup>.

Maßgebliche Kriterien für die systematische Einordnung von Online-Games sind damit der Spielcharakter, die Entgeltlichkeit und das Zufallselement zum Zeitpunkt der tatsächlichen Gewinnermittlung. Reine Geschicklichkeitsspiele, deren Ausgang ausschließlich von den Fähigkeiten des Spielers abhängt, unterfallen nicht dem Regulierungsregime des GlüÄndStV<sup>2</sup>. Hinsichtlich des Kriteriums der Entgeltlichkeit ist – in Anlehnung an §§ 284 ff. StGB<sup>3</sup> – eine gewisse Erheblichkeit erforderlich<sup>4</sup>. Dieses Kriterium soll das Glücksspiel

vom bloßen Unterhaltungsspiel abgrenzen. Die Grenze, ab wann ein Einsatz als erheblich anzusehen ist, wird unterschiedlich beurteilt<sup>5</sup>. Diese Erheblichkeitsgrenze ist bei „*Mikrowetten*“ und „*Mikrospielen*“ jedenfalls dann nicht erreicht, wenn der Einsatz die üblichen medialen Übermittlungskosten (Entgelte für Telekommunikations- und Mehrwertdienste)

\* Der Erstautor ist Direktor am Zentrum für Europäische Integrationsforschung (ZEI) der Universität Bonn, die Zweitautorin ist wissenschaftliche Referentin am ZEI. Der Beitrag beruht auf einem Rechtsgutachten.

<sup>1</sup> Vgl. BayGVBl 2012, Nr. 12, B 1612, 317, 2187-4-I, eigene Hervorhebung.

<sup>2</sup> Vgl. BGHSt 2, 274 (276); 29, 152 (157); 36, 74 (80); 11, 209; Holznapel/Jahn in Spindler/Schuster, Recht der elektronischen Medien, 2. Aufl. 2011, § 8a RStV, Rn 9; Holznapel, MMR 2008, 439; Eichmann/Sörup, MMR 2002, 142 (143).

<sup>3</sup> In der Gesetzesbegründung zum GlüStV wird mit keinem Wort darauf eingegangen, dass der Begriff des Glücksspiels i.S.v. § 3 Abs. 1 GlüÄndStV anders zu verstehen sei als in § 284 StGB, vgl. Bolay, MMR 2009, 669 (671).

<sup>4</sup> Vgl. Goldmedia-Studie 2010, S. 4, 44; BGH, NJW 1987, 851 (852); Heine in Schöнке/Schröder, § 284, Rn. 6; Beckemper in Beck'scher Online-Kommentar StGB, § 284, Rn 11 f.; Holznapel/Jahn in Spindler/Schuster, Recht der elektronischen Medien, 2. Aufl. 2011, § 8a RStV, Rn. 11; Hartstein/Ring/Kreile/Dörr/Stettner, RStV, Bd. I, § 8?a, Rn 5; Hecker/Ruttig, GRUR 2005, 393 (397); Bolay, MMR 2009, 669 (670).

<sup>5</sup> Vgl. Hecker/Ruttig, GRUR 2005, 393 (397); Beckemper in Beck'scher Online-Kommentar StGB, § 284, Rn. 11 f.; Zu den unterschiedlichen Ansätzen vgl. Brandl, Spielleidenschaft und Strafrecht, 2003, S. 42 ff.; Kleinschmidt, MMR 2004, 654 (656 ff.); Bolay, MMR 2009, 669 (670).

nicht übersteigt<sup>6</sup>. Zur Beurteilung der Erheblichkeit ist des Weiteren die allgemeine gesellschaftliche Anschauung maßgeblich, soweit der Teilnehmerkreis konkretisierbar ist. Andernfalls ist ein objektiver Verhältnismaßstab anzulegen<sup>7</sup>. Dieser hat sich angesichts des Unterhaltungscharakters der Online-Games an alternativ in Betracht kommenden Unterhaltungsmöglichkeiten zu orientieren<sup>8</sup>. Kommen Mehrwertdienste-Rufnummern zum Einsatz, ist die Erheblichkeitsschwelle überschritten, sobald die Dauer oder die Häufigkeit der Telefonverbindung unüblich hohe Kosten verursacht<sup>9</sup>.

Bei einer Beschränkung der Teilnahmemöglichkeit auf eine einmalige Teilnahme pro Spieler und Event und einer entsprechenden Deckelung der Einsätze in Höhe der Kosten eines Anrufs einer Mehrwertdienste-Rufnummer oder entsprechend § 8a Abs. 1 S. 6 RStV auf max. 50 Cent, ist das Überschreiten der Erheblichkeitsschwelle unwahrscheinlich.

Aufgrund der divergierenden Rechtsprechung deutscher Gerichte bzgl. der Höhe der Erheblichkeitsschwelle<sup>10</sup> kann keine absolut gültige Aussage darüber getroffen werden, ab welcher Entgelthöhe Online-Games dem Regulierungsregime des GlüÄndStV unterfallen. Insbesondere bedingt der weite richterliche Wertungsspielraum hinsichtlich des für reine Unterhaltungsspiele sozialüblichen Einsatzes eine nicht unerhebliche Rechtsunsicherheit, die mit den unionsrechtlichen Anforderungen an Beschränkungen der Dienstleistungsfreiheit (Art. 56 AEUV) kaum vereinbar ist. Nach der Rechtsprechung des EuGH wird die Verpflichtung der nationalen Gerichte zur unionsrechtskonformen Rechtsfindung durch die allgemeinen Rechtsgrundsätze und insbesondere durch den Grundsatz der Rechtssicherheit geprägt<sup>11</sup>.

Nachfolgende Ausführungen beziehen sich auf Online-Games, für die ein „erhebliches“ Entgelt anfällt. Dem Begriff der Online-Games kommt eine Auffangfunktion zu, er beschreibt Online-Gaming Produkte und mobile Spiele, für welche vergleichsweise niedrige Spieleinsätze charakteristisch sind<sup>12</sup>. Die GOLDMEDIA-Studie differenziert innerhalb dieser *Online-Games* weiter nach *Massive Multiplayer Online Games* (MMOG), bei welchen eine Vielzahl von Spielern gegeneinander antreten, leicht bedienbaren *Casual Games*, *Social Games*, bei denen mehrere Personen gleichzeitig miteinander spielen, und *Skill Games*<sup>13</sup>.

## II. Problemaufriss: normative Perpetuierung eines Vollzugsdefizits

Der Online-Games Markt weist trotz seiner verhältnismäßig geringen Umsatzvolumen gemessen an der Compound Annual Growth Rate (CAGR) relativ gesehen das stärkste Wachstumspotential der Glücksspielmärkte auf<sup>14</sup>. Nach der GOLDMEDIA-Studie, welche die wirtschaftlichen Daten des deutschen Glücksspielmärktes in den Jahren 2005 bis 2009 empirisch darstellt, wies der Online-Games Markt in Deutschland im Jahr 2009 im Rahmen eines stetig wachsenden Trendes 153 Millionen Euro Marktvolumen auf, für das Jahr 2013 wird ein Marktvolumen von 245 Millionen Euro prognostiziert<sup>15</sup>. Der Bruttospielertrag der Online-Games im Jahr 2009 betrug 30 Millionen Euro und stellte den niedrigsten Wert im Vergleich zu anderen Glücksspielmärkten dar, für das Jahr 2013 wird ein Bruttospielertrag von 40 Millionen Euro und für das Jahr 2015 ein Bruttospielertrag von 100 Millionen Euro prognostiziert<sup>16</sup>. Die Studie legt dar, dass der Bruttospielertrag der Online-Games zwischen den Jahren 2005 und 2009 um jährlich durchschnittlich 36,1 % von 8,3 Mio. Euro auf rund 29 Mio. Euro anstieg, wobei die

Spieleinsätze 2009 rund 477 Millionen Euro betragen und die Rohertragsmarge damit bei rund sechs Prozent lag<sup>17</sup>.

In diesen Zahlen offenbart sich das bereits unter der Geltung des § 4 Abs. 4 GlüStV a.F. manifeste Vollzugsversagen bei dem Online-Verbot, das angesichts seines Ausmaßes und des beständigen Marktwachstums nicht lediglich einen (punktuellen) Vollzugsfehler darstellt, sondern einem Vollzugstotalausfall gleichkommt. Die Realität des Glücksspielmarktes im Allgemeinen und das Wachstum des Online-Games Marktes im Besonderen verweisen die regulatorischen Verbote des am 01.07.2012 in Kraft getretenen GlüÄndStV, welche – abgesehen von dem nun geltenden Konzessionsmodell für Sportwetten – die fehlgeschlagenen Regulierungsansätze des GlüStV a.F. nahtlos fortsetzen, und deren technische Implementierung auf absehbare Zeit an den fehlenden Grenzen der digitalen Kommunikationswelt, des Internets wie der mobilen Telekommunikation, in tatsächlicher Hinsicht scheitert, in das Reich der gesetzgeberischen Utopie<sup>18</sup>. Insbesondere das kategorische Internetverbot des § 4 Abs. 4 GlüÄndStV negiert damit sowohl die Interkohärenz, da es zu einer inkongruenten Regulierung der unterschiedlichen Glücksspielarten bzw. der Online- und der Offline-Spielmodi kommt, als auch die Intrakohärenz des Verbotes der Online-Games, da der Vollzugsausfall dieses – ohne Konzessionierungsmöglichkeit – spezifische Totalverbot ad absurdum führt.

Obwohl die Europäische Kommission im Rahmen des Notifizierungsverfahrens für technische Vorschriften betreffend Dienste der Informationsgesellschaft nach der Richtlinie 98/34/EG in ihrer Stellungnahme vom 20.03.2012<sup>19</sup> zu dem notifizierten Entwurf des GlüÄndStV-E in diplomatischem, gleichwohl klarem Ton auch unionsrechtliche Insuffizienzen hinsichtlich der mitgliedstaatlichen Darlegungs- und Nachweispflicht zur Erforderlichkeit und Kohärenz eines kategorischen Internetverbotes festgestellt hat<sup>20</sup>, ist dieses ohne einen diesbezüglichen empirischen Gefährlichkeitsnachweis am 01.07.2012 in Kraft getreten.

## III. Defizitäre empirische und prozedural strukturierte Kohärenzprüfung

Prüfungstechnisch lässt sich die mitgliedstaatliche Untersu-

<sup>6</sup> Vgl. Hecker/Ruttig, GRUR 2005, 393 (397); Beckemper in Beck'scher Online-Kommentar StGB, § 284, Rn 11 f.; Kühn in Lackner/Kühl, 27. Aufl. 2011, § 284, Rn. 2; Tröndle/Fischer, StGB und Nebengesetze, 52. Aufl., 2004, § 284 StGB Rn. 3a; Eichmann/Sörup, MMR 2002, 142 (143); Bolay, MMR 2009, 669 (670).

<sup>7</sup> Vgl. Heine in Schönke/Schröder, § 284, Rn. 6 mit Verweis auf: OLG Köln, 19.02.1957 – Ss 417/56 –; Wohlers in Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, Strafrechtbuch, 3. Aufl. 2010, § 284, Rn. 13.

<sup>8</sup> So: Groeschke/Hohmann in MüKo, 1. Aufl. 2006, § 284, Rn. 8.

<sup>9</sup> Vgl. Hecker/Ruttig, GRUR 2005, 393 (397); BT-Dr 15/1487, S. 21; BGH, NJW 2002, 3415 unter Verweis auf OLG Frankfurt a.M., 13.11.1998 – 6 W 163-98 –; Eichmann/Sörup, MMR 2002, 142 (144 f.).

<sup>10</sup> Vgl. eine Übersicht zu dieser Kasuistik: Heine in Schönke/Schröder, § 284, Rn. 7. EuGH – C-212/04 –, Slg. 2006, S. I-6057, Rn. 110 – Adeneler.

<sup>11</sup> Vgl. Goldmedia-Studie 2010, S. 23, 41, 45 f.

<sup>12</sup> Vgl. Goldmedia-Studie 2010, S. 42 ff.

<sup>13</sup> Vgl. Goldmedia (Hrsg.), Studie Glücksspielmarkt Deutschland 2015, April 2010 (Goldmedia-Studie 2010), S. 89.

<sup>14</sup> Vgl. Goldmedia-Studie 2010, S. 42, 62, 83.

<sup>15</sup> Vgl. Goldmedia-Studie 2010, S. 42, 62, 82 f., 87.

<sup>16</sup> Vgl. Goldmedia-Studie 2010, S. 44.

<sup>17</sup> Insbesondere funktioniert derzeit die Geolokalisierung nicht effektiv. In dem Sinne bereits: Meyer/Hayer, ZFWG 2008, 153 (160). Zur Problematik von Vollzugsdefiziten vgl. BVerwG – 8 C 5.10 –; VGH München, 10.03.2008 – 7 BV 07.765 –, EuGH, 18.01.2001 – C-162/99 – (Kommission der EG/Italienische Republik) und Koenig, Rechtsgutachten: Unionsrechtliche Einordnung und Folgen der Urteile des Bundesverwaltungsgerichtes vom 01.06.2011 – BVerwG – 8 C 5.10 – und des BGH v. 28.09.2011 – I ZR 92/09 u.a. – im Hinblick auf die Anwendbarkeit des Internetverbotes nach § 4 Abs. 4 GlüStV in Verfahren vor Zivil- und Strafgerichten sowie Verwaltungsgerichten vom Oktober 2011.

<sup>18</sup> Az. SG (2012) D/50777.

<sup>19</sup> Vgl. dazu ausführlich: Koenig/Bovelet, ZFWG 3/2012, 164 ff.

chungs-, Darlegungs- und Nachweispflicht in Bezug auf das Kohärenzgebot systematisieren, indem der materielle Interkohärenznachweis auf einer vorgelagerten empirisch und prozedural strukturierten Interkohärenzprüfung (der empirisch ermittelten Vergleichsdaten im Gefährlichkeitsvergleich zwischen Online-Games und anderen Glücksspielen im Online- und stationären Modus) aufbaut. Dem ist die materielle Intrakohärenzbewertung vorgelagert, die ihrerseits auf einer empirisch und prozedural strukturierten Intrakohärenzprüfung (der empirisch ermittelten Gefährlichkeitsdaten der isoliert untersuchten Online-Games) ruht. Alle Kohärenzprüfungsebenen stehen auf dem Fundament der Festlegung des jeweils zu regulierenden Marktes als Bezugsgegenstand jeder Kohärenzprüfung<sup>21</sup>.

Soweit aus der amtlichen Begründung<sup>22</sup> sowie der Entstehungsgeschichte des GlüÄndStV ersichtlich, sind die durch aus verfügbaren wissenschaftlichen Expertisen, Informationen und Daten zur Messung und Bewertung des online-spezifischen – den stationären Risikomodus übersteigenden – Suchtgefährdungspotentials der verschiedenen Online-Glücksspiele nicht in systematischer Weise in die Verabschiedung des kategorischen Internetverbotes eingegangen. Online-Games werden in der amtlichen Begründung zu § 4 Abs. 4 GlüÄndStV überhaupt nicht berücksichtigt. Unbeachtet bleiben auch die am 31.08.2011 von der Europäischen Kommission veröffentlichten Schlussfolgerungen des Workshops europäischer Suchtexperten zum Online-Glücksspiel, wonach die glücksspielbedingte Suchtproblematik nicht durch Online-Angebote verschärft wird, und die Erkenntnis, dass das Internet digitaltechnische Möglichkeiten zu effektiven Spielersperren, Einsatzgrenzen und gezielten Maßnahmen des Jugendschutzes bietet, um präzise an den spezifischen Gefährdungswirkungszusammenhängen der Spielsucht, der Jugendgefährdung und von Betrugsstrategien anzusetzen<sup>23</sup>. Dieser Präventionsgesichtspunkt greift angesichts der digital-mobilfunktechnischen Kontrolloptionen besonders im Hinblick auf Games, die über Quick Tipp (via SMS oder mobilen Applikationen) gespielt werden.

Das kategorisch, ohne jede systematische Differenzierung nach (technologisch-ubiquitärer) Maßgabe der verschiedenen Glücksspielarten gefasste Internetverbot nach § 4 Abs. 4 GlüÄndStV muss in Bezug auf die Sucht- und Kriminalitätsbekämpfung geradezu zwangsläufig zu einem Vollzugsausfall führen. Die meisten vorhandenen wissenschaftlichen Expertisen zu den Suchtgefahren von Online-Glücksspielen – für Online-Games fehlen solche bisher – belegen, dass ein hinsichtlich des Vollzugsausfalls faktisch unreguliertes Totalverbot die Spieler in den Schwarzmarkt drängt und zudem kriminalisiert. Damit können pathologische Spieler nicht identifiziert und nicht suchtpreventiv kontrolliert werden, obwohl pathologische Spieler einen nachhaltigen, gesellschaftlichen schwarzmarktbedingten Schaden verursachen<sup>24</sup>. Selbst Studien, wie zum Online-Poker, die aufgrund des Zusammenwirkens der situationalen und spielmedienbezogenen Charakteristika Verfügbarkeit, Vermarktung, Ereignisdichte, variable Einsatzhöhe und Gewinnmöglichkeiten, Fast-Gewinne und Wettbewerbskomponenten<sup>25</sup> ein potentiell verhältnismäßig hohes Suchtpotenzial<sup>26</sup> attestieren, befürworten „die Bereitstellung eines sozial verantwortlichen Angebots mit adäquaten Maßnahmen des Spielerschutzes, [welches] zu einer Reduzierung der schädlichen Auswirkungen des Pokerspiels führen kann“<sup>27</sup>. Da eine zu restriktive Regulierung das Ausweichen auf den Schwarzmarkt mit dem online-ubiquitären Zwang geradezu provoziere<sup>28</sup>, schlussfolgern selbst die online-kriti-

schen Studien aus den „*offensichtlichen Schwierigkeiten in der Umsetzung und Kontrolle des Verbots*“ dessen regulatorische Ineffizienz<sup>29</sup>. Dieser online- bzw. mobilfunk-ubiquitäre Zwang zum Ausweichen auf den faktisch völlig unregulierten Markt besteht umso mehr bei Online-Games über das Internet bzw. Quick Tipp (via SMS oder mobilen Applikation) mit den im Vergleich zu anderen Online-Glücksspielen, z.B. Poker, verhältnismäßig geringen Einsätzen. Diese Zusammenhänge sind ausweislich der amtlichen Begründung zu § 4 Abs. 4 GlüÄndStV von den Ländern nicht untersucht, geschweige denn berücksichtigt worden.

So drängt sich für Online-Games mit verhältnismäßig geringen Spieleinsätzen die bisher – soweit ersichtlich – nicht untersuchte Frage auf, ob mit diesen Spielen überhaupt ein signifikantes Spielsuchtpotenzial verbunden ist, das über anderes (nicht Glücksspielrelevantes) Internet-Entertainment, reine SMS- oder mobile Unterhaltungsapplikationen messbar hinausgeht. Wenn etwa die empirische Studie „*The Gambling Habits of Online Poker Players*“ von Fiedler<sup>30</sup> nach einer sechsmonatigen Analyse des Spielverhaltens von 2,127,887 Spieleraccounts sogar ein signifikantes Suchtpotenzial von Online-Poker verneint, so dürfte bei Online-Games a maiore ad minus kaum ein Totalverbot rechtfertigendes Suchtpotenzial nachweisbar sein. Selbst wenn Online-Games bisher nicht separat in wissenschaftlichen Expertisen ausgewiesen werden, so lassen sich doch bei aller methodischen Vorsicht insbesondere in Bezug auf Multiplayer Online Games, Casual Games, Social Games und Skill Games gewisse Ableitungen a maiore ad minus aus den folgenden empirischen Studienergebnissen von Fiedler bilden, zumal beim Online-Poker die Multiplayer- und Skill-Interaktionsfaktoren bezogen auf die Suchtstimulatoren (situationaler spielmedienbezogene Verfügbarkeit, Vermarktung, Ereignisdichte, variable Einsatzhöhen und Gewinnmöglichkeiten, Fast-Gewinne und Wettbewerbskomponenten) noch viel ausgeprägter sind als bei Online-Games.

Unter Berücksichtigung der Anzahl der Einzelspiele, deren Dauer, der Gesamtspielzeit und des stündlichen Geldeinsatzes<sup>31</sup>, kommt die empirische Studie „*The Gambling Habits of Online Poker Players*“ zu dem Ergebnis, dass der Großteil der Spieler nur selten und unter Einsatz geringer finanzieller Mittel Online-Poker spielt<sup>32</sup>. Die durchschnittliche Anzahl an Ein-

<sup>21</sup> Vgl. dazu ausführlich: *Koenig/Bovelet-Schober*. Das für Poker- und Casinospiele nach dem am 01.07.2012 in Kraft getretenen Glücksspieländerungsstaatsvertrag (GlüÄndStV) geltende Internetverbot auf dem EU-rechtlichen Prüfstand in einer der nächsten ZfWG 2012 Ausgaben.

<sup>22</sup> Vgl. Landtag NRW, Drs. 16/17 vom 01.06.2012, abrufbar unter: <http://www.landtag.nrw.de/portal/WWW/dokumentenarchiv/Dokument/MMD16-17.pdf?von=1&bis=0>; sowie für die übrigen Bundesländer unter <https://gluecks-spiel.uni-hohenheim.de/ausfuhrung0>.

<sup>23</sup> Conclusions Workshop on online gambling: detection and prevention of problem gambling and gambling addiction, 25.05.2011 in Barcelona, S. 2; [http://ec.europa.eu/internal\\_market/services/docs/gambling/workshops/workshop-ii-conclusions\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/internal_market/services/docs/gambling/workshops/workshop-ii-conclusions_en.pdf). Gleichzeitig folgt aus den Erkenntnissen des Workshops, dass deutsche Gerichte, solange die Länder diese Erkenntnisse nicht zu widerlegen vermögen, eine Gesamtkohärenzprüfung des Glücksspielsektors vornehmen müssen. Vgl. EuGH, Urt. v. 15.09.2011 – C-347/09 –, Rn. 56 – *Dickinger & Ömer*.

<sup>24</sup> Vgl. *Peren/Clement*, Gutachten zur Messung und Bewertung des Suchtgefährdungspotentials des Onlinepokerspiels Texas Hold'em No Limit, Hochschule Bonn-Rhein-Sieg, Hochschule Bonn-Rhein-Sieg, Februar 2012 (im Folgenden: *Peren/Clement*), S. 72 ff.

<sup>25</sup> Vgl. *Meyer/Hayer*, ZfWG 2008, 153 (158 f.).

<sup>26</sup> Vgl. *Meyer/Hayer*, ZfWG 2008, 153 (157, 160), m.w.N.

<sup>27</sup> *Meyer/Hayer*, ZfWG 2008, 153 (158).

<sup>28</sup> Vgl. *Meyer/Hayer*, ZfWG 2008, 153 (159 f.).

<sup>29</sup> Vgl. *Meyer/Hayer*, ZfWG 2008, 153 (160).

<sup>30</sup> *Fiedler*, *The Gambling Habits of Online Poker Players*, Universität Hamburg, September 2011.

<sup>31</sup> Vgl. *Fiedler*, S. 7, 25.

<sup>32</sup> Vgl. *Fiedler*, S. 10 ff., 25.



zelspielen eines Spielers in sechs Monaten betrug danach sieben Spiele<sup>33</sup>, mit einem durchschnittlichen Einsatz von je US\$ 0,87<sup>34</sup> und einer Dauer von je 50, 27 Minuten (in sechs Monaten insgesamt 4,88 Stunden)<sup>35</sup>. Bemerkenswert im Hinblick auf das Suchtpotential ist laut Fiedler, dass die meisten Spieler nicht die Möglichkeit nutzen, mehrere Online-Poker Spiele parallel zu spielen<sup>36</sup>. Der durchschnittliche Spieler hat in den sechs Monaten der Studie weniger als US\$ 4,86 verspielt<sup>37</sup>. Da Online-Games über das Internet bzw. Quick Tipp (via SMS oder mobiler Applikation) im Vergleich zum Online-Poker nicht nur verhältnismäßig geringe Einsätze, sondern auch viel enger vorformatierte Aktions- und Interaktionsspieloptionen aufweisen, reduziert dies bei Online-Games ganz erheblich die Suchtstimulatoren der situationalen Verhaltensvariabilität, Ereignisdichte, variablen Einsatzhöhen und Gewinnmöglichkeiten, Fast-Gewinne und der Wettbewerbskomponenten. Jedenfalls hätte es den Ländern angesichts dieser methodischen Zusammenhänge obliegen, eine spezifische Intrakohärenzprüfung bezogen auf die empirisch ermittelten Gefährlichkeitsdaten gerade für Online-Games sowie eine darauf aufbauende Interkohärenzprüfung vor dem Inkrafttreten des GlüÄndStV – und zwar auf der Grundlage einer eigens in Auftrag zu gebenden wissenschaftlichen Studie zu Online-Games – durchzuführen.

#### IV. Keine Nachweise zur Intrakohärenz

Es obliegt den Ländern, das spezifische Risikopotential von Online-Games nachzuweisen<sup>38</sup>. Dies dürfte derzeit mangels auswertbarer wissenschaftlicher Daten auch unter Zugrundelegung des modifizierten AsTERiG-Tools (Assessment Tool to Measure and Evaluate the Risk Potential of Gambling Products) nach Franz W. Peren und Reiner Clement<sup>39</sup> nicht möglich sein. Anhand dieses Tools lässt sich mithilfe von Punktwerten (Scores) darstellen, wie groß das Gefährdungspotential eines Glücks- oder Geschicklichkeitsspiels sein kann. Danach kann ein unmittelbarer Vergleich der Suchtpotentiale zwischen verschiedenen Glücksspielprodukten vorgenommen werden. Darüber hinaus zeigt AsTERiG auf, wo konkret die Gefährdungspotentiale einzelner Glücks- oder Geschicklichkeitsspiele im Rahmen der Intrakohärenzprüfung liegen. Aufgrund der Tatsache, dass der Online-Games Markt ausweislich der GOLDMEDIA-Studie<sup>40</sup> in den letzten Jahren gemessen an der Compound Annual Growth Rate (CAGR) unter der Geltung des Online-Verbot nach § 4 Abs. 4 GlüStV a.F. das stärkste Wachstum im Vergleich zu den anderen Glücksspielmärkten aufweist und die Wachstumskurve – nun unter der Geltung des § 4 Abs. 4 GlüÄndStV – tendenziell in den nächsten Jahren sogar noch ansteigen soll, so manifestiert sich hierin nicht nur ein tatsächliches Vollzugsversagen. Vielmehr kann dann dem Mitgliedstaat der rechtlich gebotene, in dem Urteil *Dickinger & Ömer* herausgearbeitete Intrakohärenznachweis kaum noch gelingen, dass nämlich die Beschränkungsmaßnahme „tatsächlich dem Anliegen entspricht, die Gelegenheiten zum Spiel zu verringern und die Tätigkeiten in diesem Bereich in kohärenter und systematischer Weise zu begrenzen“. Dies setzt zumindest verfahrenstechnisch voraus, dass „die staatlichen Kontrollen (...) wirksam durchgeführt (...) werden“<sup>41</sup>. Obwohl den Mitgliedstaat hierfür die konkret und tatsächlich ausgerichtete Untersuchungs-, Darlegungs- und Nachweislast trifft, haben die Länder noch nicht einmal in Ansatz diesbezügliche Anfangsschritte zum Intrakohärenznachweis für die Verbote von Online-Games eingeleitet.

#### V. Untauglicher Interkohärenzansatz

Auch eine unionsrechtlich tragfähige Gesamtkohärenzprü-

fung im Hinblick auf das Totalverbot von Online-Games, für die es im Gegensatz zu dem nun geltenden Konzessionsmodell für Sportwetten nach dem GlüÄndStV (§§ 4a, 10 Abs. 6, 10a GlüÄndStV) überhaupt keine Konzessionierungsmöglichkeit gibt, hat ganz offensichtlich nicht stattgefunden. Dies legt zum einen die fehlende Bereitstellung der kohärenzrelevanten Informationen durch die Länder nahe. Zum anderen kann die unionsrechtlich erforderliche Gesamtkohärenz eines kategorischen Internetverbotes nach § 4 Abs. 4 GlüÄndStV im Sinne der pyramidal aufgebauten Kohärenzprüfungsebenen nicht auf die Fundamente regulatorischer Effektivität der Intrakohärenz aufsetzen.

Das gewerbliche Automatenglücksspiel wird weiterhin ungleich weniger restriktiv reguliert als die dem Totalverbot – ohne eine Konzessionierungsmöglichkeit – unterliegenden Online-Games. Das gewerbliche Automatenglücksspiel ist lediglich strukturellen Regulierungsmaßnahmen unterworfen (§ 33c GewO), während für Online-Games ein Totalverbot gilt, obwohl Online-Games über das Internet bzw. Quick Tipp (via SMS oder mobiler Applikation) im Vergleich zum Automatenglücksspiel nicht nur erheblich geringere Einsätze, sondern auch viel enger vorformatierte Aktions- und Interaktionsspieloptionen aufweisen, die wiederum ganz erheblich die Suchtstimulatoren reduzieren. Die Ereignisdichte, die (variablen) Einsatzhöhen und die Gewinnmöglichkeiten weisen bei Automatenglücksspielen regelmäßig eine erheblich höhere Intensität in der Suchtstimulation als bei Online-Games auf. Solange Online-Games, denen nach den vorhandenen wissenschaftlichen Basiskenntnissen, die aus den empirischen Untersuchungen anderer Glücksspielarten gewonnen worden sind, bereits *prima facie* eine wesentlich geringere Suchtgefährlichkeit als dem gewerblichen Automatenglücksspiel attestiert werden muss, trotzdem strenger reguliert werden, ist die vom EuGH geforderte Interkohärenz der Glücksspielregulierung unerreichbar.

#### VI. Fazit

Soweit das Entgelt für Online-Games die Erheblichkeitsschwelle überschreitet und diese gem. § 3 Abs. 1 GlüÄndStV dem Regulierungsregime des GlüÄndStV unterfallen, sind die regulatorischen Beschränkungsmaßnahmen für Online-Games nach dem GlüÄndStV, insbesondere das kategorische Internetverbot nach § 4 Abs. 4 GlüÄndStV, unionsrechtswidrig und aufgrund des Anwendungsvorranges des Unionsrechts für deutsche Behörden und Gerichte nicht anwendbar.

Die Länder haben für Online-Games überhaupt keine Nachweise über messbare spezifische Risikopotentiale erbracht, welchen mit den regulatorischen Beschränkungsmaßnahmen nach dem GlüÄndStV, insbesondere mit dem kategorischen Internetverbot nach § 4 Abs. 4 GlüÄndStV, abgeholfen werden könnte.

<sup>33</sup> Vgl. Fiedler, S. 10 ff., 25.

<sup>34</sup> Vgl. Fiedler, S. 14, 25.

<sup>35</sup> Vgl. Fiedler, S. 11, 25.

<sup>36</sup> Vgl. Fiedler, S. 12, 25.

<sup>37</sup> Vgl. Fiedler, S. 14 f., 25.

<sup>38</sup> Vgl. EuGH, – C-42/02 –, Slg. 2003, S. I-13519, Rn 26 – *Lindman*; EuGH, – C-346/06 –, Slg. 2008, S. I-1989, Rn 42 – *Ruffert*; EuGH, Urteil vom 15.09.2011 – C-347/09 –, *Dickinger & Ömer*, Rn 56. Vgl. dazu ausführlich: *Haratsch/Koenig/Pechstein*, Europarecht, 2010, 7. Aufl. Rn. 806.

<sup>39</sup> Vgl. Peren/Clement, S. 72 ff.

<sup>40</sup> Vgl. Goldmedia-Studie 2010, S. 42, 62, 83.

<sup>41</sup> EuGH, Urteil vom 30.06.2011 – C-212/08 –, *Zeturf*, Rn 47, 50, 62, eigene Hervorhebung. Vgl. in diesem Sinne EuGH, 03.06.2010, *Ladbrokes* – C-258/08 –, Rn. 37.