

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

## Totalverbote von Online-Poker und -Casinospielen

### Was nun nach Digibet und Albers?

#### I. Digibet und Albers

Der Gerichtshof hat in seinem Urteil in der Rechtssache C-156/13 („Digibet und Albers“)<sup>1</sup> zwar entschieden, dass Art. 56 AEUV

„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,“

nicht entgegenstehen muss.

Weiter betont der Gerichtshof im Urteilstenor aber, dass diese regulatorische Disparität in einem föderal strukturierten Mitgliedstaat der Dienstleistungsfreiheit nur

„dann nicht entgegensteht, wenn diese gemeinsame Regelung den in der Rechtsprechung des Gerichtshofs aufgestellten Anforderungen an die Verhältnismäßigkeit genügt, was das vorlegende Gericht zu prüfen hat.“

Dieser im Urteilstenor klargestellte Vorbehalt des Gerichtshofs (nur „dann nicht entgegensteht“) gewinnt durch den Umstand eine besondere Bedeutung, dass der Gerichtshof aufgrund unzureichender Klarstellung durch die deutschen

Verfahrensbeteiligten ausweislich der Urteilsbegründung fälschlicherweise davon ausging, dass sich die Geltungsreichweite der schleswig-holsteinischen Genehmigungen auf das Gebiet des Landes Schleswig-Holstein beschränke. Richtigerweise gelten die schleswig-holsteinischen Genehmigungen gerade auch für Online-Poker und Online-Casinospiele aber bundesweit und kollidieren dabei mit den diesbezüglichen Totalverboten nach § 4 Abs. 4 GlüÄndStV. Darüber hinaus irrt der Gerichtshof, wenn er diese Kollision nur als eine von 2012 bis 2013 vorübergehende Rechtslage ausweislich der Begründung seiner Vorabentscheidung zugrunde legte. Diese fehlerhaft seitens des Gerichtshofs sowohl *ratione loci* als auch *ratione temporis* zugrunde gelegten regulatorischen Prämissen werden in den Randziffern 36 und 37 der Urteilsbegründung deutlich.

Die 23 erteilten schleswig-holsteinischen Genehmigungen gelten aber richtigerweise mit bundesweiter Geltungsreichweite bis zum Ende ihrer regulären Laufzeit, also regelmäßig bis Dezember 2018, und nicht nur „während einer Übergangszeit“ (Randziffer 10) bis zum 8.2.2013, wie der

\* Der Beitrag beruht auf einem Rechtsgutachten. Der Autor dankt Frau Clara Senk für ihre wertvollen Hinweise und die redaktionelle Bearbeitung des Beitrags. Auf Seite III erfahren Sie mehr über den Autor.  
1 EuGH, 12.6.2014 – C-156/13, ZfWG 2014, 193 – Digibet und Albers.

Gerichtshof aus den Erklärungen der deutschen Regierung und der Westdeutschen Lotterie ableitete.

Der territoriale Geltungsbereich der 23 durch das Land Schleswig-Holstein erteilten Genehmigungen ist nicht „allein“ (Randziffer 27) auf das Land Schleswig-Holstein beschränkt. Die Genehmigungen gelten gerade auch für Online-Poker und Online-Casinospiele bundesweit und kollidieren dabei mit den diesbezüglichen Totalverboten nach § 4 Abs. 4 GlüÄndStV.

Die bundesweite Geltungsbereichweite der vom Land Schleswig-Holstein erteilten Genehmigungen ergibt sich aus der Anknüpfung des schleswig-holsteinischen Gesetzgebers an das Personalprinzip: Anders als § 3 Abs. 4 GlüÄndStV, der auf den Aufenthalt des Spielers abstellt, knüpft § 3 Abs. 9 S. 4 des schleswig-holsteinischen Glücksspielgesetzes wegen der technischen Schwierigkeiten, den Aufenthalt des Spielers festzustellen,<sup>2</sup> nicht an den tatsächlichen Aufenthalt, sondern an den Wohnsitz oder den gewöhnlichen Aufenthalt des Spielers an. Damit normiert der schleswig-holsteinische Gesetzgeber als Anknüpfungspunkt eben gerade nicht das *Territorialitätsprinzip*, sondern das *Personalprinzip*.

Es folgt daraus, dass der schleswig-holsteinische Gesetzgeber in dem dargestellten beschränkten Umfang eine bundesweite Geltung seiner Genehmigungen für sich in Anspruch nimmt.

Verfassungsrechtlich ist diese Handhabung unbedenklich. Schleswig-Holstein wählt ein Prinzip der Rechtsgeltung, das im Bundesstaat zulässig ist. Das gilt umso mehr, als die Länder gerade im Glücksspielrecht das Prinzip des Wohnsitzes seit vielen Jahren praktizieren und deshalb untereinander gegen sich gelten lassen müssen. So wurde aus Gründen der Praktikabilität bei der Zurechnung der von länderübergreifend tätigen Lotterievermittlern eingesammelten Lotterielose als Grundlage der Regionalisierung der Wohnsitz zugrunde gelegt, was im Regionalisierungsstaatsvertrag<sup>3</sup> sogar eine gesetzliche Grundlage gefunden hat.<sup>4</sup> Diese Übung ist allgemeine Praxis der Länder auch im Onlinebereich. Sie hat ferner in manchen Ausführungsgesetzen Niederschlag gefunden.<sup>5</sup>

Wegen dieses anderen (zulässigen) Anknüpfungspunkts darf ein Spieler mit Wohnsitz oder gewöhnlichem Aufenthalt in Schleswig-Holstein auch dann bei genehmigten Anbietern spielen, wenn er sich im Zeitpunkt der Spielteilnahme im übrigen Bundesgebiet befindet.

Diese Zusammenhänge verstärken den im Urteilstenor vom Gerichtshof klargestellten Vorbehalt, wonach das Totalverbot nach § 4 Abs. 4 GlüÄndStV der Dienstleistungsfreiheit nur „dann nicht entgegensteht“, wenn es „den in der Rechtsprechung des Gerichtshofs aufgestellten Anforderungen an die Verhältnismäßigkeit genügt“. Denn wäre der Gerichtshof richtigerweise sowohl *ratione loci* als auch *ratione temporis* von der wesentlich weiteren, nämlich bundesweiten Geltungsbereichweite der 23 erteilten schleswig-holsteinischen Genehmigungen bis zum Ende ihrer Laufzeit im Dezember 2018 (und nicht nur bis zum 8.2.2013) bei gleichzeitigem Fortbestand des Glücksspielgesetzes<sup>6</sup> für alle 23 Erlaubnisinhaber, die den gesamten Markt abdecken, ausgegangen, so hätte sich ihm ein deutlicheres Bild der in Deutschland vorherrschenden regulatorischen Friktionen eröffnet.

Sind aber die in Deutschland vorherrschenden regulatorischen Friktionen in Wahrheit *ratione loci et temporis* viel größer als vom Gerichtshof angenommen, so muss die im Urteilstenor verlangte vollumfängliche Verhältnismäßigkeits- und Kohärenzprüfung von den mit § 4 Abs. 4 GlüÄndStV befassten deutschen Gerichten umso konsequenter vorgenommen werden. Und hierbei sind gerade auch die empirischen Erfahrungen mit den regulierten Systemen in Schleswig-Holstein sowie in Dänemark im Hinblick auf die Schwarzmarkt- und Geldwäschebekämpfung tatsächlich zu berücksichtigen; das Land Schleswig-Holstein orientierte sich seinerseits eng an dem Erlaubnissystem Dänemarks.

Hinzu kommt, dass der BGH seine Vorlagefragen auf die Regulierung der Sportwette beschränkt hat. Nur die Regulierung der Sportwette, nicht aber diejenige des Online-Casinospiels stellt er in seiner ersten (zentralen) Vorlagefrage der Regulierung durch den GlüÄndStV gegenüber. Das hat Auswirkungen auf die Kohärenzfrage. Denn die Unterschiede zwischen einer Sportwetten-Interneterlaubnis des Landes Schleswig-Holstein und einer Sportwetten-Konzession nach dem GlüÄndStV, der nach § 10 a Abs. 4 ohne weiteres den Internetvertrieb zulässt, sind sehr viel geringer als bei der Betrachtung des Online-Casinospiels in Schleswig-Holstein und nach dem GlüÄndStV. Hier stehen sich ein Erlaubnissystem einerseits und ein Totalverbot andererseits gegenüber. Mit dieser qualitativ deutlich größeren Inkohärenz geht ein erhöhter Rechtfertigungsaufwand einher. Hierzu kann der Gerichtshof aber schon deshalb nichts beitragen, weil der BGH sich in seiner Vorlage auf die Sportwette beschränkt hat.

Nach welchen Verhältnismäßigkeits- und Kohärenzmaßstäben die empirischen Erfahrungen mit regulierten Erlaubnissystemen für Online-Poker und Online-Casinospiele zu berücksichtigen sind, spricht der Gerichtshof in der Rechtssache „Digibet und Albers“ unter Rn. 40 der Urteilsbegründung aus, nämlich nach den in seinem Urteil „Dickinger und Ömer“ aufgestellten Maßstäben:

„Jedenfalls ist darauf hinzuweisen, dass das vorlegende Gericht unter Berücksichtigung der Hinweise des Gerichtshofs zu prüfen hat, ob die durch den betreffenden Mitgliedstaat auferlegten Beschränkungen den sich aus der Rechtsprechung des Gerichtshofs ergebenden Anforderungen an ihre Verhältnismäßigkeit genügen.“<sup>7</sup>

2 Vgl. Bayerisches Verwaltungsgericht Ansbach, 28.1.2014 – AN 4 K 12.00777, 21 f.

3 Staatsvertrag über die Regionalisierung von Teilen der von den Unternehmen des Deutschen Lotto- und Totoblocks erzielten Einnahmen vom 18. Dezember 2003 bis 13. Februar 2004, GVBl. M-V 2004, 264.

4 Siehe nur BGH, 14.8.2008 – KVR 54/07, ZfWG 2008, 359, Entscheidungstenor; die Regionalisierung war indes kartellrechtswidrig, ebenso wie insoweit der Regionalisierungsstaatsvertrag.

5 Siehe etwa § 9 Abs. 3 HGlüG; hierzu VG Wiesbaden, 17.2.2011 – 5 K 122/09.WI, ZfWG 2011, 150, juris Rn. 84.

6 Vgl. Gesetz zur Aufhebung des Glücksspielgesetzes: „§ 31 Glücksspielgesetz gilt fort. Das Glücksspiel findet mit Ausnahme der § 20 Abs. 7 und § 23 Abs. 7 S. 4 und 5 weiter Anwendung, soweit auf seiner Grundlage bereits Genehmigungen erteilt worden sind. Ansonsten wird das Glücksspielgesetz aufgehoben.“

7 Vgl. EuGH, 15.9.2011 – C-347/09, ZfWG 2011, 403, Rn 50 – Dickinger & Ömer.

## II. Bewertung der Totalverbote von Online-Poker und Online-Casinospielen

Die zur Bewertung der Totalverbote von Online-Poker und Online-Casinospielen anzulegenden Verhältnismäßigkeits- und Kohärenzmaßstäbe, auf die der Gerichtshof in der Rechtssache „Digibet und Albers“ verweist, sind insbesondere in dem Urteil „Dickinger & Ömer“ herausgearbeitet worden, das seinerseits einer konsequenten Rechtsprechungslinie<sup>8</sup> folgt. Die Kohärenzprüfung ist danach einem *konkret und tatsächlich* auszurichtenden Kontrollmaßstab unterworfen. Das Kohärenzgebot manifestiert sich nach den – vom Gerichtshof in der Rechtssache „Digibet und Albers“ (Rn. 40) in Bezug genommenen – Urteilsmaßstäben in der Rechtssache „Dickinger & Ömer“ nicht nur in der mitgliedstaatlichen Untersuchungs- und Darlegungspflicht, sondern vielmehr in dem Gebot,

„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 Bereich in kohärenter und systematischer Weise zu begrenzen“.<sup>9</sup>

*Vergewisserung* setzt (vorgelagert) eine gesicherte Erkenntnisgrundlage voraus, mithin geht die Erfüllung der Darlegungs- und Nachweisobliegenheiten der Mitgliedstaaten logisch der Beschränkungsimplementierung voraus. Die Darlegungs- und Nachweisobliegenheiten stellen damit als Vergewisserungsgrundlage hohe prozedurale Anforderungen auf der Tatbestandsseite der Beschränkungsgrundlage, nämlich der „Cassis“-Rechtfertigungsformel zwingender Erfordernisse des Allgemeinwohls,<sup>10</sup> auf. Diese prozeduralen Darlegungs- und Nachweisforderungen 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 Rechtsfolgenseite zu verortenden Ermessens- und Gestaltungsspielraum der Mitgliedstaaten im Rahmen der Rechtfertigung von Beschränkungen der Grundfreiheiten abzugrenzen.<sup>11</sup>

Voraussetzung für die Ausübung der mitgliedstaatlichen Autonomie im Rahmen der Festlegung des Schutzniveaus auf der Rechtsfolgenseite ist, dass der Mitgliedstaat *zuvor* auf der Tatbestandsseite die Gefahren-, Gefährdungs- und Risikolagen ermittelt und folgerichtig beurteilt hat. Danach ergibt sich im Rahmen der Kohärenzprüfung das folgende Beurteilungsprogramm:

1. Zur Beurteilung der geltend gemachten Gefährdungen durch Online-Poker- und Online-Casinospiele müssen die zuverlässigsten *verfügbaren wissenschaftlichen Informationen und Daten* erhoben und herangezogen werden.<sup>12</sup>
2. Auf der Grundlage dieser Informationen und Daten muss eine *Risikobewertung* vorgenommen und der Wahrscheinlichkeitsgrad der schädlichen Auswirkungen beurteilt werden.<sup>13</sup>
3. Das zur Rechtfertigung nationaler Beschränkungen, insbesondere von Totalverboten wie im Falle der Online-Poker- und -Casinospiele, beizubringende Informations- und Datenmaterial sowie die darauf aufbauende Risikobewer-

tung müssen gerade die geltend gemachten spezifischen – den stationären Risikomodus übersteigenden – Online-Gefährdungs- und Risikozusammenhänge tragen.<sup>14</sup>

Im Hinblick auf das Verbot von Online-Casinospielen und -Poker hat sich die Kommission in ihrer Stellungnahme vom 20. März 2012 nicht auf Fragen zum Vorgehen der Länder beschränkt, die, ohne der Kommission ersichtliche Nachweise für die Existenz von spezifischen Online-Risiken zu erbringen, mit dem notifizierten § 4 Abs. 4 GlüÄndStV-E ein Totalverbot normierten. Die Kommission gab den Ländern in ihrer Stellungnahme vom 20. März 2012 vielmehr einen konkret formulierten Prüfungsauftrag an die Hand, wonach zunächst zu ermitteln ist:

1. ob betrügerische und kriminelle Handlungen im Zusammenhang mit Online-Glücksspielen allgemein und Online-Poker im Besonderen tatsächlich auftreten,
2. ob in Deutschland überhaupt eine signifikante Suchtproblematik in diesen Online-Bereichen besteht und
3. ob diese Problematiken durch das Totalverbot gelöst werden können.

Auch die Monopolkommission hat in ihrem Hauptgutachten vom 20. Juli 2012<sup>15</sup> zu den Totalverboten von Online-Poker und Online-Casinospielen Stellung genommen und setzt bei deren wettbewerbs- und ordnungspolitischer Beurteilung am Inhalt des Kohärenzgebots an:

„Dabei sind kohärente Rahmenbedingungen nicht als identische Regelungen für alle Glücksspielformen zu verstehen, sondern im Gegenteil als eine geeignete Differenzierung zwischen Spielen mit unterschiedlichen Suchtrisiken und damit einhergehend unterschiedlichen Regulierungsanforderungen.“<sup>16</sup>

Im Rahmen der vorzunehmenden Kohärenzkontrolle gilt es somit, anhand empirischer Untersuchungen die bestehende differenzierende Behandlung des Online-Poker und der Online-Casinospiele auf den Prüfstand zu stellen. Nur wenn gerade diese Spiele unterschiedliche Suchtrisiken beinhalten, ist auf Rechtsfolgenseite eine unterschiedliche Regulierung geboten:

„[f]ür Spiele mit vergleichbaren Suchtrisiken sollten jedoch entsprechend vergleichbare Rahmenbedingungen geschaffen werden.“<sup>17</sup>

8 Vgl. Entscheidungsformel in dem Urteil des EuGH, 8.9.2010 – C-409/06, ZfWG 2010, 407 – Winner Wetten; EuGH, 8.9.2010 – C-316/07, C-409/07, C-410/07 und C-358/08, C-359/08, C-360/08, Slg. 2010, S. I-08069, ZfWG 2010, 332, Rn. 115 – Markus Stoß u. a.; EuGH, 15.9.2011 – C-347/09, ZfWG 2011, 403, Rn. 32 – Dickinger & Ömer; EuGH, 7.3.2007 – C-338/04, C-359/04 und C-360/04, ZfWG 2007, 125, Rn. 63 – Placania.

9 EuGH, 15.9.2011 – C-347/09, ZfWG 2011, 403, Rn. 56 – Dickinger & Ömer, eigene Hervorhebung.

10 Vgl. EuGH, 20.2.1979 – 120/78, Slg. 1979, S. 649, Rn. 8 – Cassis de Dijon.

11 Vgl. Haratsch/Koenig/Pechstein, Europarecht, 2014, 9. Auflage, Rn. 804.

12 Vgl. EuGH, 23.9.2003 – C-192/01, Slg. 2003, S. I-09693, Rn. 48 – Kommission/Dänemark.

13 Vgl. EuGH, 23.9.2003 – C-192/01, Slg. 2003, S. I-09693, Rn. 48 – Kommission/Dänemark.

14 Vgl. EuGH, 13.11.2003 – C-42/02, Slg. 2003, S. I-13519, Rn. 26 – Lindman; EuGH, 3.4.2008 – C-346/06, Slg. 2008, S. I-1989, Rn. 42 – Ruffert; EuGH, 15.9.2011 – C-347/09, ZfWG 2011, 403, Rn. 56 – Dickinger & Ömer; vgl. dazu ausführlich: Haratsch/Koenig/Pechstein, Europarecht, 2014, 9. Auflage, Rn. 806.

15 Monopolkommission, BT-Drs. 17/10365.

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

17 Monopolkommission, BT-Drs. 17/10365, 58, Rn. 44.

Eine im Vergleich zum Suchtrisiko bei Sportwetten tragfähige Differenzierung des Online-Pokers und der Online-Casinospiele kann die Monopolkommission jedoch nicht feststellen. Vielmehr hebt sie hervor, dass Studien sogar entgegengesetzte Rangfolgen im Bereich des Suchtrisikos attestieren:

„Die Bundeszentrale für gesundheitliche Aufklärung (BzgA), [2012], erkennt für Sportwetten ein höheres Suchtrisiko als für Casinospiele, während Bühringer, G. u. a., [2007], und Buth, S./Stöver, H., [2008], die umgekehrte Rangfolge finden. Aus der daraus folgenden Ambivalenz der wissenschaftlichen Ergebnisse zum Suchtrisiko lässt sich jedenfalls nicht die Teilliberalisierung der einen und das Verbot der anderen Spielart ableiten.“<sup>18</sup>

Vor dem Hintergrund einer effektiven Suchtprävention und -bekämpfung positioniert sich die Monopolkommission deutlich gegen die Aufrechterhaltung des Totalverbots:

„Auch weil der Markt für Online-Casinospiele inklusive Poker deutlich größer ist als der für Online-Sportwetten, sind dort Maßnahmen zur Suchtprävention durch die Kanalisierung der Einsätze in den regulierten Markt erforderlich.“ [...]

„Die Monopolkommission spricht sich daher für die Ausweitung der Experimentierklausel auch auf Online-Poker und Online-Casinospiele mit entsprechenden Maßnahmen zur Bekämpfung der Spielsucht aus.“<sup>19</sup>

Sogar der deutsche Lotto- und Tottoblock legte dar, dass pathologisches Glücksspielverhalten bei Wetten messbar häufiger vorkommt als bei (Online-)Casinospielen.<sup>20</sup> Ein „herausragendes Suchtpotential“ von Casino- und Pokerspielen, auf welches der Gesetzgeber die derartig differenzierten Regulierungen stützt,<sup>21</sup> ist empirisch nicht erkennbar und damit regulatorisch auch nicht tragfähig. Denn regulatorisch tragfähig wäre die Rechtsfolgenunterscheidung zwischen Totalverbot und einem Konzessionssystem nach den Verhältnismäßigkeits- und Kohärenzmaßstäben, auf die der Gerichtshof in der Rechtssache „Digibet und Albers“ unter Rn. 40 der Urteilsbegründung verweist, nur, wenn die vorhandenen empirisch gewonnenen Erkenntnisse aus Erfahrungen mit regulierten Konzessionssystemen auch berücksichtigt werden und zwar nach Maßgabe der in „Digibet und Albers“ in Bezug genommenen mitgliedstaatlichen Vergewisserungspflicht („Dickinger und Ömer“). Dasselbe gilt für eine angeblich „hohe Manipulationsanfälligkeit“ sowie für eine „Anfälligkeit für eine Nutzung zu Zwecken der Geldwäsche“<sup>22</sup>, Manipulationsgefahren bestehen im Online-Modus gleichermaßen für Sportwetten wie für Casinospiele inklusive Poker.<sup>23</sup>

Im Bereich regulierter Märkte unterliegen lizenzierte Anbieter jedoch hohen Sicherheitsanforderungen.<sup>24</sup> Wie die mittlerweile empirisch unterlegten Erfahrungen mit den regulierten Systemen in Schleswig-Holstein sowie in Dänemark im Hinblick auf die Schwarzmarkt- und Geldwäschebekämpfung belegen, bestehen gerade im regulierten Bereich keine Anhaltspunkte einer erhöhten Geldwäschegefahr für Online-Poker und Online-Casinospielen im Vergleich zu Sportwetten.<sup>25</sup>

Angesichts der mitgliedstaatlichen Autonomie im Rahmen der Festlegung des Schutzniveaus im nichtharmonisierten Bereich des Glücksspielrechts müssen sich die Mitgliedstaaten grundsätzlich nicht die Regulierungsmodelle anderer Mitgliedstaaten als regulatorischen Benchmark vorhalten

lassen. Indes lehnt sich das regulierte offene Erlaubnissystem nach dem Glücksspielgesetz des Landes Schleswig-Holstein bis zum Beitritt zum GlüÄndStV der übrigen Bundesländer sehr eng an das dänische Regulierungsmodell der offenen Konzessionierung von Online-Sportwetten, -Poker- und -Casinospielen an. Wie eng diese Anlehnung an das dänische Regulierungsmodell erfolgt ist, wird durch einen Abgleich folgender Regelungen des offenen Erlaubnissystems Schleswig-Holsteins mit denen Dänemarks deutlich:

- Erhalt des staatlichen Lotteriemonopols zur Manipulations- und Betrugsprävention,
- regulierte Zulassung von (Online-)Sportwettenanbietern ohne eine Erlaubniskontingentierung,
- kontrollierte Zulassung von Online-Casinospielen ohne Bankhalter und Online-Poker,
- Begrenzung des Angebotes von Casinospielen mit Bankhalter (Baccara, Black Jack, Roulette) auf die Landes-spielbanken,
- Werbung für erlaubtes Glücksspiel unter strenger Regulierung und
- Konzessionsabgabe von 20 Prozent auf den Rohertrag.

Aufgrund dieser engen „regulatorischen Verwandtschaft“ des offenen Erlaubnissystems Schleswig-Holsteins mit dem Dänemarks können auch die dort empirisch mittlerweile abgesicherten Erfahrungen bei der Anwendung der – in „Digibet und Albers“ (Rn. 40) in Bezug genommenen – Kohärenzmaßstäbe nicht mehr ignoriert werden, insbesondere nicht im Hinblick auf den Maßstab „sich [zu] vergewissern ...“, dass die Maßnahme *tatsächlich* den sich aus dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ergebenden Anforderungen genügt“ („Dickinger & Ömer“).<sup>26</sup>

Da Schleswig-Holstein – dem Mitgliedstaat Deutschland unionsrechtlich zurechenbar – das offene Erlaubnissystem Dänemarks und damit auch die entsprechende Konkretisierung des Schutzkonzeptes übernommen hat, sind deutsche Gerichte und Behörden nunmehr auch gehalten, die in Dänemark empirisch abgesicherten Erfahrungen im Rahmen der deutschen Konkretisierung des Schutzniveaus zu berücksichtigen.

In Dänemark verzeichnet die Glücksspielaufsichtsbehörde Skat mittlerweile eine Quote von etwa 95 Prozent aller Spieler, die nicht mehr auf dem grauen oder schwarzen Markt spielen. Der Anteil derjenigen Online-Spieler, die nicht regulierte Online-Glücksspiele in Anspruch nehmen, ist nach Angaben der dänischen Glücksspielaufsichtsbehörde auf weit unter fünf Prozent gesunken.<sup>27</sup> Aufgrund

18 Monopolkommission, BT-Drs. 17/10365, 58, Rn. 44, Fn. 43.

19 Monopolkommission, BT-Drs. 17/10365, 58, Rn. 44; vgl. auch 61, Rn. 54.

20 *Hambach*, K&R 2014, 570, 574.

21 Erläuterungen zum GlüStV v. 7.12.2011, 12.

22 Erläuterungen zum GlüStV v. 7.12.2011, 12.

23 *Hambach*, K&R 2014, 570, 574.

24 *Hambach*, K&R 2014, 570, 574.

25 *Hambach*, K&R 2014, 570, 574.

26 EuGH, 15.9.2011 – C-347/09, ZfWG 2011, 403, Rn. 54 – Dickinger & Ömer, eigene Hervorhebung; vgl. auch EuGH, 8.9.2010 – C-316/07, C-409/07, C-410/07 und C-358/08, C-359/08, C-360/08, Slg. 2010, S. I-08069, ZfWG 2010, 332–343, Rn. 71, 88, 97 f. – Markus Stoß u. a.

27 Vgl. die Stellungnahme der dänischen Glücksspielaufsichtsbehörde vom 26. Juni 2013 auf einer gemeinsam von der Europäischen Kommission, Danske Spil und IRIS veranstalteten Konferenz: „The Danish Regulatory Authority explains all the work achieved within a specific document sent after the meeting. Today, the illegal online gambling

der Lizenzierung von derzeit 31 Anbietern für Online-Sportwetten und Online-Casino-Spiele (einschließlich Poker) ist der Bruttospielumsatz in Dänemark von 2012 bis heute von 274 Millionen Euro auf 319 Millionen im legalen Bereich gestiegen und in entsprechender reziproker Korrelation in den relevanten Schwarzmarktbereichen abgesunken bzw. eingebrochen. Freilich ist dabei einzuräumen, dass empirische Datenerhebungen in Schwarzmärkten und darauf aufbauend zur Nachfragemigration, mithin zur Kanalisierung in die regulierten und überwachten Märkte, von spezifischen Ungenauigkeiten belastet sind. Jedenfalls wird eine erhebliche Kanalisierung in die regulierten und überwachten Märkte auch durch den Anstieg von Steuereinnahmen bestätigt. So stiegen die dänischen Steuereinnahmen aus den lizenzierten Angeboten von 55 Millionen Euro im Jahr 2012 um 17 Prozent auf 64 Millionen Euro im Jahr 2013.<sup>28</sup>

Alle internationalen empirischen Erfahrungswerte und insbesondere die aus Dänemark belegen darüber hinaus ein wesentlich geringeres Geldwäscherisiko bei reguliertem Online-Glücksspiel. Dabei wirkt sich die Art des Online-Glücksspiels, gleich ob Sportwetten, Casinospiele oder Poker, nicht messbar auf das Geldwäscherisiko aus. Maßgeblich für das Geldwäscherisiko sind die Kategorien regulierter oder unregulierter Glücksspielangebote.<sup>29</sup>

Die Erkenntnis, dass regulierte Online-Glücksspiele kaum relevant für Geldwäscheaktivitäten sind, hatte zunächst *Levi* in seiner Studie „Money Laundering Risks and E-Gaming: A European Overview and Assessment“ (2009) untermauert, in der online-spezifische Geldwäscherisiken gerade unter regulierten Bedingungen als Mythos entlarvt werden.<sup>30</sup> Eindeutig sind auch die empirisch gewonnenen Erkenntnisse aus den im Auftrag der TÜV Austria Trust IT GmbH erstellten Studien „Online Poker: Mögliche Geldwäsche und deren Prävention“ von Prof. Dr. Dr. Schneider sowie Prof. Dr. Dr. Peren und Prof. Dr. Clement aus dem Jahr 2013: Geldwäsche ist im regulierten Online-Glücksspielbereich aufgrund der digitalen Sicherheitshürden derart aufwendig, dass sie sich schon aus krimineller Perspektive ökonomisch als sehr unattraktiv erweist.<sup>31</sup> Gerade im regulierten Online-Bereich sind Bargeldtransaktionen ausgeschlossen und die überwachte Verwendung von Banküberweisungen oder elektronischen Zahlungsmitteln gewährleistet die Einhaltung des gesetzlichen Schwellenwertes bei Ein- und Auszahlungen viel wirksamer als im terrestrischen Bereich. Kriminelle Taktiken zur Zerstückelung (Smurfing) von Geldbeträgen zur Umgehung des Schwellenwertes sind im regulierten Online-Glücksspielbereich viel komplizierter und ökonomisch aufwendiger und vor allem durch die Digitalüberwachung viel leichter ermittelbar als im terrestrischen Bereich. Den verbleibenden Restrisiken kann wirksam durch ein – von Peren/Clement im Rahmen eines 10 Punkte-Plans vorgeschlagenes – technisches und regulatorisches Maßnahmenpaket begegnet werden.<sup>32</sup>

Gerade beim regulierten Online-Glücksspiel kann das anonyme Einbringen gewaschener Gelder in den regulären Wirtschaftskreislauf aufgrund behördlich überwachter anbieterinterner Sicherungsmaßnahmen, der Beschränkung der zulässigen Ein- und Auszahlungsbeträge und vor allem aufgrund der vollständigen Identifizierung des Kunden im Moment des Auszahlungsverlangens faktisch verhindert werden. Anbieterinterne Sicherungsmaßnahmen können regulatorisch so zuverlässig angeordnet werden, dass alle

Transaktionssummen und verwendeten Zahlungsmittel registriert sowie sämtliche Spielvorgänge gespeichert und in Echtzeit auf Auffälligkeiten digital durchforstet werden. Dementsprechend ordnen die §§ 5 ff. der schleswig-holsteinischen Glücksspielgenehmigungsverordnung (GGVO) anbieterinterne Sicherungsmaßnahmen an. So muss jeder in Schleswig-Holstein überwachte Anbieter einen speziell hierfür konfigurierten Server einrichten, der alle spiel- und transaktionsrelevanten Daten speichert und für die zuständigen Aufsichtsbehörden zugänglich macht.<sup>33</sup>

Zusammenfassend ist auf der Grundlage der empirisch gesicherten Erkenntnisse festzuhalten, dass den für Glücksspiele spezifischen Gefahren und Risiken in Bezug auf den Spieler- und Minderjährigenschutz, die Suchtprävention und die Geldwäsche- und Kriminalitätsbekämpfung ausschließlich in regulierten und überwachten Märkten wirksam entgegengewirkt werden kann. Dafür ist die Kanalisierung der Kundennachfrage in die regulierten und überwachten Märkte unstreitig die Grundbedingung, von der auch der GlüÄndStV – allerdings selektiv beschränkt auf Sportwetten – ausgeht. Diese selektive Beschränkung der Kanalisierung der Kundennachfrage in die regulierten und überwachten Märkte auf den Bereich der Sportwetten und die Aufrechterhaltung der Totalverbote von Online-Poker sowie Online-Casinospielen sind indes bei Anlegung der vom Gerichtshof auch in der Rechtssache „Digibet und Albers“ vorausgesetzten Verhältnismäßigkeits- und Kohärenzmaßstäbe nicht haltbar. Denn alle empirisch ausgewerteten Erfahrungswerte belegen, dass sich die Art des Online-Glücksspiels, gleich ob Sportwetten, Casinospiele oder Poker, nicht messbar auf das Geldwäsche- und Manipulationsrisiko auswirkt; maßgeblich hierfür sind alleine die Kategorien regulierter oder unregulierter Glücksspielangebote.

Entsprechendes gilt in Bezug auf das Ziel der Suchtprävention, wenn die wissenschaftlichen Studien überwiegend dafür sprechen, dass gerade bei reguliertem und überwachtem Online-Poker sowie Online-Casinospielen zumindest keine höheren Suchtrisiken als bei Sportwetten nachweisbar sind.

Bei Aufgabe des Totalverbots nach § 4 Abs. 4 GlüÄndStV könnten Online-Poker sowie Online-Casinospiele ohne weiteres dem bundesweiten Spielersperrsystem OASIS (Onlineabfrage Spielerstatus nach Glücksspielstaatsvertrag) angeschlossen werden, das am 1. Juli 2013 an das Netz gegangen ist.<sup>34</sup> Es sind keine Gründe erkennbar, warum

market can be estimated under 5% of the total“; abrufbar unter: [http://www.iris-france.org/docs/kfm\\_docs/docs/obs-geostrategique-sport/synthesis-denmark-26.06.2013.pdf](http://www.iris-france.org/docs/kfm_docs/docs/obs-geostrategique-sport/synthesis-denmark-26.06.2013.pdf), S. 2.

28 Quellen abrufbar unter: <http://www.freiewelt.net/wenn-ein-gesetz-die-realität-verkennt-gluecksspielanbieter-warten-seit-sommer-2012-auf-lizenzen-in-deutschland-10028521/>.

29 Riege/Hambach, in: Streinz/Liesching/Hambach, Kommentar zum Glücks- und Gewinnspielrecht, 2014, Vorb. GWG, Rn. 8 ff.

30 Levi, Money Laundering Risks and E-Gaming (2009), S. 26.

31 Schneider, Online Poker: Mögliche Geldwäsche und deren Prävention (2013), 8.

32 Peren/Clement, Online Poker: Mögliche Geldwäsche und deren Prävention (2013), 125.

33 Hambach/Riege, in: Streinz/Liesching/Hambach, Kommentar zum Glücks- und Gewinnspielrecht, 2014, §§ 4, 5 GlüG SchlH, Rn. 53 f.

34 Das Land Hessen, vertreten durch das Hessische Ministerium des Innern und für Sport (HMdIS), ist gemäß § 23 Abs. 1 S. 1 i. V. m. § 8 Abs. 1 GlüÄndStV mit der Errichtung und Unterhaltung des bundesweiten Spielersperrsystem OASIS zum Schutz der Spieler und zur Bekämpfung der Glücksspielsucht beauftragt; abrufbar unter: [http://verwaltung.hessen.de/irj/HMdl\\_Internet?cid=95c32dc6ddbe890583d7cf79047237ce](http://verwaltung.hessen.de/irj/HMdl_Internet?cid=95c32dc6ddbe890583d7cf79047237ce).

das bundesweite Spielersperrsystem OASIS nicht bei Online-Poker und Online-Casinospielen genauso effektiv zur Suchtprävention wie bei Sportwetten eingesetzt werden könnte.

### III. Inkohärenz im Verhältnis zur liberalen Regulierung der Automatenspiele

Der Europäische Gerichtshof stellt in Rn. 35 des Urteils „Digibet und Albers“ noch einmal explizit klar, dass er sich nur mit der horizontalen Kohärenz auseinandersetzt, sich aber nicht zu der vertikalen Koordinierung zwischen den Bundesländern und dem Bund äußert. Die vertikale Kohärenz betrifft das Verhältnis der bundesrechtlich geregelten Automatenspiele und der landesrechtlich geregelten Casinospiele.

Entgegen den eindeutigen wissenschaftlichen Erkenntnissen aus allen bisher durchgeführten Therapie- und Prävalenzstudien, wonach das Automatenglücksspiel die stärksten Suchtgefahren in sich birgt, wird das gewerbliche Automatenglücksspiel auch weiterhin bloß recht liberalen strukturellen Regulierungsmaßnahmen unterworfen, während für Online-Poker- und Online-Casinospiele das Totalverbot nach § 4 Abs. 4 GlüÄndStV gilt.

Solange Glücksspielformen, denen keine höhere Gefährlichkeit als dem gewerblichen Automatenglücksspiel attestiert werden kann, trotzdem wie Online-Poker- und Online-Casinospiele dem Totalverbot nach § 4 Abs. 4 GlüÄndStV unterworfen werden, ist die vom Europäischen Gerichtshof in seiner ständigen Rechtsprechung – zuletzt in der Rechtsache „Digibet und Albers“ (im Urteilstenor und Rn. 40) – geforderte Verhältnismäßigkeit und Kohärenz der Glücksspielregulierung unerreichbar. In praktischen Worten: Die Verletzung unionsrechtlicher Verhältnismäßigkeits- und Kohärenzanforderungen bleibt solange offenkundig, solange stationär aufgestellte Slot-Maschinen in Spielhallen nur durch die Begrenzung der Einsätze und Gewinne reguliert

werden, während eine baugleiche Slot-Maschine im Internetbetrieb durch das Totalverbot nach § 4 Abs. 4 GlüÄndStV sanktioniert wird.

### IV. Fazit

Die Totalverbote von Online-Poker und Online-Casinospielen (§ 4 Abs. 4 GlüÄndStV) verletzen weiterhin die vom Europäischen Gerichtshof in seiner ständigen Rechtsprechung – zuletzt in der Rechtsache „Digibet und Albers“ (im Urteilstenor und Rn. 40) – gestellten Anforderungen an die Verhältnismäßigkeit und Kohärenz der Glücksspielregulierung.

### Summary

*In its preliminary ruling of 12 June 2014 in case C-156/13 (Digibet and Albers) the Court of Justice of the European Union decided that „Article 56 TFEU must be interpreted as meaning that it does not preclude legislation common to the majority of the federal entities of a Member State [i.e. the German Länder] having a federal structure which prohibits, in principle, the organisation and facilitation of games of chance via the internet, where, for a limited period, a single federal entity [i.e. the Land Schleswig-Holstein] has maintained in force more liberal legislation coexisting with the restrictive legislation of the other federal entities, provided that such legislation is able to satisfy the conditions of proportionality laid down by the case-law of the Court, which is for the national court to ascertain.“*

*The article will demonstrate that the restriction on the freedom to provide services constituted by the German legislation on games of chance with regard to the total prohibition of online poker and online casino games does not satisfy the requirements of proportionality and coherency as laid down in the case-law of the Court, especially in Dickinger and Ömer.*