

Aufsätze

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

Einbindung des Glücksspielkollegiums in die ordnungsrechtlichen Sanktionsverfahren der Länder und andere unionsrechtliche Stolpersteine beim Financial Blocking gegen Online-Casinospiele

I. Einbindung des Glücksspielkollegiums in die ordnungsrechtlichen Sanktionsverfahren gegen Veranstalter von Online-Casinospielen

1. Das Online-Casinospiele betreffende Totalverbot nach § 4 Abs. 4 GlüÄndStV

Für Online-Casinospiele ordnet der am 1.7.2012 in Kraft getretene Glücksspieländerungsstaatsvertrag (GlüÄndStV)¹ ein Internet-Totalverbot an (§ 4 Abs. 4 GlüÄndStV). Demgegenüber ist im Bereich der Online-Sportwetten aufgrund der Experimentierklausel des § 10a GlüÄndStV i. V. m. §§ 4 a ff. GlüÄndStV ein – das staatliche Veranstaltungsmonopol ablösendes – restriktives Konzessionsmodell eingeführt worden, welches für sieben Jahre erprobt werden soll. Gegen diese regulatorische Ungleichbehandlung zwischen Online-Sportwetten und Online-Casinospielen hat bereits die Europäische Kommission in ihrer Stellungnahme vom 20.3.2012² zu dem notifizierten Entwurf des GlüÄndStV erhebliche unionsrechtliche Bedenken angemeldet und zwar wegen der offenkundigen Insuffizienzen hinsichtlich der Erfüllung der mitgliedstaatlichen Darlegungs- und Nachweispflicht zur Erforderlichkeit und Kohärenz eines Totalverbots von Online-Casinospielen (und Online-Poker) ohne einen diesbezüglichen empirischen Gefährlichkeitsnachweis. In der Literatur ist dieser Inkohärenzvorwurf der Europäischen Kommission weiter vertieft und dargelegt worden, dass Online-Casinospiele (und Online-Poker) nach inzwischen gesicherten wissenschaftlichen Erkenntnissen aus Therapie- und Prävalenzstudien kein dem gewerberechtlich zugelassenen Automaten-glücksspiel zukommender Suchtgefährlichkeitsgrad attestiert werden kann und dass damit das Online-Casinospiele betreffende Totalverbot nach § 4 Abs. 4 GlüÄndStV die vom Europäischen Gerichtshof³ aufgestellten Verhältnismäßigkeits- und Kohärenzmaßstäbe verletzt.⁴

Im Sommer 2015 hat die Europäische Kommission unter dem Az. 7625/15/GROW ein sog. EU-Pilotverfahren gegen Deutschland eingeleitet.⁵ Pilotverfahren gehen einem förmlichen Vertragsverletzungsverfahren voraus und stellen die letzte Möglichkeit dar, ein solches zu verhindern. Die Kommission beanstandet in dem Pilotverfahren das Fehlen der Gesamtschlüssigkeit und damit die Unverhältnismäßigkeit der deutschen Glücksspielregulierung.⁶ Deziert wird die Kommission den deutschen Ländern vor, dass sie ohne Erhebung und Auswertung von belastbarem Datenmaterial zu den jeweiligen Suchtpotentialen, den Manipulations- sowie

Geldwäschegefahren gravierende Rechtsfolgenunterscheidungen zwischen Totalverboten (Online-Casinospiele/Poker), einem Konzessionssystem (Sportwetten) und der gewerberechtlichen Zulassung (Automaten-glücksspiel) getroffen haben. Die Kommission erachtet solche gravierenden Rechtsfolgenunterscheidungen im Rahmen von Beschränkungen der Dienstleistungsfreiheit nur dann gemäß den Verhältnismäßigkeits- und Kohärenzmaßstäben des Gerichtshofs für regulatorisch tragfähig, wenn – wie in der Rechtssache *Digibet und Albers*⁷ betont – die vorhandenen empirisch gewonnenen Erkenntnisse aus Erfahrungen mit regulierten Erlaubnissystemen auch berücksichtigt werden und zwar nach Maßgabe der mitgliedstaatlichen Vergewisserungspflicht (Rechtssache *Dickinger und Ömer*⁸).

Auch belegen die mittlerweile empirisch unterlegten Erfahrungen mit den regulierten Systemen, insbesondere in Schleswig-Holstein sowie in Dänemark, im Hinblick auf die Schwarzmarkt- und Geldwäschebekämpfung, dass gerade im regulierten Bereich keine Anhaltspunkte einer erhöhten Geldwäschegefahr für Online-Casinospiele im Vergleich zu Sportwetten bestehen. Vielmehr können anbieterinterne Sicherungsmaßnahmen regulatorisch so zuverlässig angeordnet werden, dass alle Transaktionen und Zahlungsvorgänge registriert sowie sämtliche Spielvorgänge gespeichert und in Echtzeit auf Auffälligkeiten digital durchforstet werden und den Aufsichtsbehörden diesbe-

* Auf Seite III erfahren Sie mehr über den Autor.

1 Vgl. BayGVBl 2012, Nr. 12, B 1612, 317, 2187-4-1.

2 Im Rahmen des Notifizierungsverfahrens für technische Vorschriften betreffend Dienste der Informationsgesellschaft nach der Richtlinie 98/34/EG; Az. SG (2012) D/50777.

3 Vgl. nur EuGH, Urt. v. 8.9.2010 – C-409/06, ZfWG 2010, 407 – *Winner Wetten*; EuGH, Urt. v. 8.9.2010 – C-316/07, C-409/07, C-410/07 und C-358/08, C-359/08, C-360/08, ZfWG 2010, 332 – *Markus Stoß u. a.*, 2010 I-08069, Rn. 115; EuGH, Urt. v. 15.9.2011 – C-347/09, ZfWG 2011, 403 – *Dickinger & Ömer*, Rn. 32; EuGH, Urt. v. 7.3.2007, verb. Rs. C-338/04, C-359/04 und C-360/04, ZfWG 2007, 125 – *Placanica*, Rn. 63.

4 *Koenig*, ZfWG 2015, 10 ff.; *Koenig/Bovelet*, ZfWG 2012, 164 ff.

5 EU PILOT 7625/15/GROW – Deutsche Glücksspielgesetzgebung; hierzu instruktiv *Willmroth*, „Alles auf null“, *Süddeutsche Zeitung* vom 7.7.2015, abrufbar unter: <http://www.sueddeutsche.de/wirtschaft/glu-ecksspiel-alles-auf-null-1.2554751>.

6 Schreiben der EU-Kommission an die Bundesrepublik Deutschland im EU PILOT 7625/15/GROW vom 29.6.2015, S. 4 ff.

7 EuGH, Urt. v. 12.6.2014 – C-156/13, ZfWG 2014, 193 – *Digibet und Albers*, Rn. 40.

8 EuGH, Urt. v. 15.9.2011 – C-347/09, ZfWG 2011, 403 – *Dickinger & Ömer*, Rn. 56.

zügliche Zugriffsmöglichkeiten auf diese Daten eingeräumt werden können.

An dieser Stelle sei daher die Prognose erlaubt, dass im Zuge eines – dem Pilotverfahren folgendem und gegebenenfalls gerichtlich vor dem EuGH von der Kommission weiterverfolgten – Vertragsverletzungsverfahrens die selektive Beschränkung der Kanalisierung der Kundennachfrage in die regulierten und überwachten Märkte auf den Bereich der Sportwetten und die Aufrechterhaltung des Totalverbotes für Online-Casinospiele (und Online-Poker) als Verletzung der Dienstleistungsfreiheit von den deutschen Ländern aufgegeben und eine integrale, in sich schlüssige Regulierung aller vergleichbaren Online-Glücksspiele kodifiziert werden muss.

Diese Erkenntnis setzt sich nun auch immer mehr bei den Verwaltungsgerichtshöfen der Länder durch. So hat der Verwaltungsgerichtshof Baden-Württemberg (VGH Baden-Württemberg) mit Urteil vom 8.9.2015⁹ eine Untersagungsverfügung gegen einen privaten Onlineanbieter von Casinospielen, Poker und Sportwetten wegen mangelnder Bestimmtheit aufgehoben. Dabei bezweifelt der VGH Baden-Württemberg ganz grundsätzlich die Unionsrechtskonformität des Online-Totalverbotes nach § 4 Abs. 4 GlüÄndStV, da dieses für Sportwetten und Lotterien in einer die Verhältnismäßigkeits- und Kohärenzmaßstäbe verletzenden Weise durchbrochen werde. Zudem betont der VGH Baden-Württemberg die erhöhten Anforderungen an die Bestimmtheit von Untersagungsverfügungen mit Blick auf sich daran anschließende Maßnahmen des Financial Blocking sowie eine mögliche Strafbarkeit.¹⁰

Nun baut sich eine neue Front der rechtlichen Unhaltbarkeit der nach dem GlüÄndStV vorgesehenen Sanktionsverfahren, insbesondere des Financial Blocking, gegen Veranstalter von Online-Casinospielen auf, nämlich die Verfassungs- und Unionsrechtswidrigkeit der Einbindung des Glücksspielkollegiums in das ordnungsrechtliche Aufsichtsverfahren. Das Glücksspielkollegium ist nach § 9a Abs. 2 Nr. 4 i. V. m. Abs. 5 GlüÄndStV sogar in das ordnungsrechtliche Sanktionsverfahren, insbesondere auch zum Vollzug des Financial Blocking, eingebunden.

Mit dem Beschluss des Hessischen Verwaltungsgerichtshofs (VGH Hessen) vom 16.10.2015,¹¹ mit dem die Beschwerde des Landes Hessen gegen den Beschluss des Verwaltungsgerichts Wiesbaden vom 5.5.2015¹² zurückgewiesen wird, hat der VGH Hessen nicht nur die Vergabe von (Online-)Sportwetten-Konzessionen aufgrund von § 10a GlüÄndStV i. V. m. §§ 4 a ff. GlüÄndStV verworfen. Vielmehr hat der VGH Hessen die Einbindung des Glücksspielkollegiums in die Entscheidungsfindungsprozesse nach dem GlüÄndStV als verfassungswidrig verworfen.

2. Sanktionsverfahren zum Financial Blocking gegen Online-Casinospiele nach dem GlüÄndStV

Auf der Grundlage des Internet-Totalverbotes nach § 4 Abs. 4 GlüÄndStV werden Online-Casinospiele im Rahmen der Glücksspielaufsicht (§ 9 GlüÄndStV) als „unerlaubtes Glücksspiel“ behandelt. § 9 Abs. 1 Satz 3 Nr. 4 GlüÄndStV ermächtigt dann die von den Ländern nach § 9a Abs. 2 Nr. 4 Satz 2 GlüÄndStV einheitlich betraute niedersächsische Glücksspielaufsichtsbehörde, im sog. ländereinheitlichen Verfahren gegen unerlaubte Glücksspiele, die in mehr

als einem Land angeboten werden, Maßnahmen des Financial Blocking durchzuführen und zu vollstrecken.

Nach § 9 Abs. 1 Satz 3 Nr. 4 GlüÄndStV kann die betraute niedersächsische Glücksspielaufsichtsbehörde die erforderlichen ordnungsrechtlichen Anordnungen zum Financial Blocking im Einzelfall erlassen, sie kann:

„den am Zahlungsverkehr Beteiligten, insbesondere den Kredit- und Finanzdienstleistungsinstituten, nach vorheriger Bekanntgabe unerlaubter Glücksspielangebote die Mitwirkung an Zahlungen für unerlaubtes Glücksspiel und an Auszahlungen aus unerlaubtem Glücksspiel untersagen.“

Die mit der Umsetzung des Financial Blocking im ländereinheitlichen Verfahren betraute niedersächsische Glücksspielaufsichtsbehörde, nämlich das Innenministerium des Landes Niedersachsen, hat bereits erhebliche Schwierigkeiten bei der rechtlichen und verfahrenstechnischen Ausgestaltung des Financial Blocking zu erkennen gegeben.¹³ Das Innenministerium des Landes Niedersachsen hat unter Ausschluss der Öffentlichkeit an dessen Umsetzung gearbeitet. Rechtliche und verfahrenstechnische Schwierigkeiten bei der Ausgestaltung des Financial Blocking ergeben sich bei den im Wesentlichen genutzten Bezahlmethoden insbesondere im Hinblick auf das Datenschutzrecht sowie die Unverhältnismäßigkeit der konkreten Gefahr des Financial Overblocking.

Datenschutzrechtlich fehlt es bisher an einer ausreichenden gesetzlich bestimmten, dem grundrechtlichen Wesentlichkeitsgrundsatz genügenden Gesetzesgrundlage, da den Zahlungsdienstleistern Daten von Grundrechtsträgern in einem erheblichen und über den für die Durchführung des Zahlungsverfahrens erforderlichen Umfang hinaus zur Verfügung zu stellen sind, welche z. B. Rückschlüsse auf die Beurteilung der Kreditwürdigkeit eines Spielers erlauben würden. So müssten Schutzvorkehrungen gegen Datenzweckentfremdungen in den wesentlichen Grundzügen für das Financial Blocking eigens gesetzlich geregelt werden. So hat auch der ehemalige Landesbeauftragte für Datenschutz und Leiter des Unabhängigen Landeszentrums für Datenschutz Schleswig-Holstein, Dr. Thilo Weichert, deutlich dargelegt, dass eine effektive Durchsetzung des Financial Blocking unter Beachtung des Datenschutzrechtes nicht möglich ist.¹⁴

9 VGH Baden-Württemberg, Ur. v. 8.9.2015 – 6 S 1426/14, ZfWG 2016, 50.

10 Dazu *Feuerhake*, VGH Baden-Württemberg: Untersagungsverfügung wegen Onlinecasino, Poker und Sportwetten aufgehoben, isa-guide vom 15.10.2015, abrufbar unter: <http://www.isa-guide.de/isa-law/articles/131851.html>.

11 VGH Hessen, Beschl. v. 16.10.2015 – 8 B 1028/15, ZfWG 2015, 478.

12 VG Wiesbaden, Beschl. v. 5.5.2015 – 5 L 1453/14.WI, ZfWG 2015, 276.

13 Der Gesetzgeber des GlüÄndStV hat sich mit der Ausgestaltung des Verfahrens, das zu einer Untersagungsverfügung führt, und insbesondere auch mit der rechtlichen und verfahrenstechnischen Ausgestaltung des Financial Blocking ausweislich der Erläuterungen zum GlüÄndStV lediglich sehr beiläufig befasst; vgl. die Erläuterungen zum 1. Glücksspieländerungsstaatsvertrag vom 7. Dezember 2011, S. 32 ff.

14 Rechtsgutachterliche Stellungnahme des Unabhängigen Landeszentrums für Datenschutz Schleswig-Holstein (ULD) vom 16.1.2015 – Datenschutzrechtliche Bewertung der Regelung zum „Financial Blocking“ zur Verhinderung illegalen Glücksspiels, ZfWG 2015, 121 ff.; vgl. auch in diesem Sinne die Antwort der Baden-Württembergischen Landesregierung auf eine Große Anfrage der Landtagsfraktion der SPD (11.5.2012, Drs. 15/1707), S. 12.

Darüber hinaus besteht die konkrete Gefahr des unverhältnismäßigen Financial Overblocking, also des Unterbindens auch erlaubter Zahlungsströme. Denn ein effektives Financial Blocking ist technisch ohne die Beeinträchtigung legaler Glücksspielanbieter und Spieler kaum möglich.¹⁵ Das Financial Overblocking greift dann aber unverhältnismäßig in die Grundrechte legaler Glücksspielanbieter (Art. 12 Grundgesetz) und Spieler (Art. 2 Abs. 1 Grundgesetz) ein, und zwar nach dem Verletzungsmuster, welches in Bezug auf das ISP-Blocking (Sperranordnungen gegenüber Internet Service) erfolgreich von den Providern gerichtlich angefochten worden ist.¹⁶

Aufgrund der – dem Innenministerium des Landes Niedersachsen bewusst¹⁷ – hochproblematischen Rechtslage bei der Ausgestaltung des Financial Blocking und angesichts drohender Staatshaftungsklagen zeichnet sich ab, dass das Innenministerium gegenüber hoheitlichen Verfügungen gegen Finanzdienstleister ein „informelles Verfahren“ im Wege der „informellen Zusammenarbeit“ mit den am Zahlungsverkehr beteiligten Finanzinstituten bevorzugt, die sich zum Financial Blocking „selbst verpflichten“ sollen. Grundlage dieser „informellen Zusammenarbeit“ mit den Finanzinstituten sind dabei (nach Auskünften von Marktbeteiligten) vom Innenministerium des Landes Niedersachsen geführte sog. geheime „Anbieterdossiers“ und „schwarze Listen“.¹⁸

3. Einbindung des Glücksspielkollegiums in das ordnungsrechtliche Sanktionsverfahren zum Vollzug des Financial Blocking

Aufgrund der Verweisungskette von § 9a Abs. 5 GlüÄndStV:

das Glücksspielkollegium „dient den nach den Absätzen 1 bis 3 zuständigen Behörden als Organ bei der Erfüllung ihrer Aufgaben“

auf § 9a Abs. 2 Nr. 4 GlüÄndStV:

„Bei unerlaubten Glücksspielen, die in mehr als einem Land angeboten werden, ist für Maßnahmen nach § 9 Abs. 1 Satz 3 Nr. 4 die Glücksspielaufsichtsbehörde des Landes Niedersachsen zuständig“

und schließlich auf § 9 Abs. 1 Satz 3 Nr. 4 GlüÄndStV:

„den am Zahlungsverkehr Beteiligten, insbesondere den Kredit- und Finanzdienstleistungsinstituten, nach vorheriger Bekanntgabe unerlaubter Glücksspielangebote die Mitwirkung an Zahlungen für unerlaubtes Glücksspiel und an Auszahlungen aus unerlaubtem Glücksspiel untersagen“

ist das Glücksspielkollegium nach § 9a Abs. 2 Nr. 4 i. V. m. Abs. 5 GlüÄndStV in das ordnungsrechtliche Sanktionsverfahren zum Vollzug des Financial Blocking eingebunden.

§ 9a Abs. 5 bis Abs. 8 GlüÄndStV regelt die Aufgaben, die Stellung des Glücksspielkollegiums in den unterschiedlichen Entscheidungsfindungsprozessen, dessen Zusammensetzung und Beschlussfassungsmechanismen wie folgt:

„(5) Zur Erfüllung der Aufgaben nach den Absätzen 1 bis 3 besteht das Glücksspielkollegium der Länder. Dieses dient den nach den Absätzen 1 bis 3 zuständigen Behörden als Organ bei der Erfüllung ihrer Aufgaben.“

(6) Das Glücksspielkollegium der Länder besteht aus 16 Mitgliedern. Jedes Land benennt durch seine

oberste Glücksspielaufsichtsbehörde je ein Mitglied sowie dessen Vertreter für den Fall der Verhinderung. Das Glücksspielkollegium gibt sich einvernehmlich eine Geschäftsordnung. § 9 Abs. 6 gilt entsprechend.

(7) Die Länder bilden für das Glücksspielkollegium eine Geschäftsstelle im Land Hessen. Die Finanzierung der Behörden nach Absatz 2, des Glücksspielkollegiums und der Geschäftsstelle sowie die Verteilung der Einnahmen aus Verwaltungsgebühren nach § 9a werden in einer Verwaltungsvereinbarung der Länder geregelt.

(8) Das Glücksspielkollegium fasst seine Beschlüsse mit einer Mehrheit von mindestens zwei Drittel der Stimmen seiner Mitglieder. Die Beschlüsse sind zu begründen. In der Begründung sind die wesentlichen tatsächlichen und rechtlichen Gründe mitzuteilen. Die Beschlüsse sind für die nach den Absätzen 1 bis 3 zuständigen Behörden und die Geschäftsstelle bindend; sie haben die Beschlüsse innerhalb der von dem Glücksspielkollegium gesetzten Frist zu vollziehen.“

II. Verfassungswidrigkeit der Einbindung des Glücksspielkollegiums in das ordnungsrechtliche Sanktionsverfahren gegen Veranstalter von Online-Casinospielen

In seinem Beschluss vom 16.10.2015 hat der VGH Hessen¹⁹ die Einbindung des Glücksspielkollegiums in die Entscheidungsfindungsprozesse nach dem GlüÄndStV als verfassungswidrig verworfen. Zwar ist das Hessische Innenministerium die bundesweit zentral zuständige Behörde für das Konzessionsverfahren zur Veranstaltung von Sportwetten nach § 9a Abs. 2 Nr. 3 GlüÄndStV. Der VGH Hessen beanstandet, dass jedoch das Glücksspielkollegium intern die Entscheidung trifft, welche Bewerber eine Konzession erhalten sollen, und die Beschlüsse des Glücksspielkollegiums für das Hessische Innenministerium nach § 9a Abs. 8 Satz 4 GlüÄndStV bindend sind. Die Übertragung verbindlicher Entscheidungsgewalt bei der Vergabe der Konzessionen, also im grundrechtssensiblen Bereich (Art. 12 GG), auf das Glücksspielkollegium widerspreche dem Grundsatz klarer Verwaltungszuständigkeitsaufteilung zwischen dem Bund und den Ländern nach dem Bundesstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 1 Grundgesetz). Das hoheitliche Handeln des Glücksspielkollegiums, das weder dem Bund noch einem der Länder zurechenbar sei, verstoße gegen das Bundesstaatsprinzip, wonach es neben der Bundes- und der Lan-

15 Vgl. dazu das Gutachten von *Webshield Ltd.* (London): „Der Zahlungsabwicklungsprozess für Online-Glücksspielanbieter und Möglichkeiten des Financial Blockings für illegale Glücksspieltransaktionen in Deutschland“ vom 28.5.2013, S. 51 und die Antwort der Baden-Württembergische Landesregierung auf eine Große Anfrage der Landtagsfraktion der SPD (11.5.2012, Drs. 15/1707), S. 12 f.

16 So waren z. B. die Klagen der Vodafone D2 GmbH (VG Düsseldorf, Urt. v. 29.11.2011 – 27 K 5887/10, ZfWG 2012, 50) und der Deutschen Telekom AG (VG Köln, Urt. v. 15.12.2011 – 6 K 5404/10, ZfWG 2012, 56) gegen die Sperranordnungen erfolgreich.

17 Vgl. die Anfrage der Landtagsabgeordneten Christian Dürr, Jörg Bode und Jan-Christoph Oetjen an die Niedersächsische Landesregierung (28.4.2015, Drs. 17/3412) und die Antwort des Niedersächsischen Ministeriums für Inneres und Sport (11.6.2015, Drs. 17/3683).

18 Diese Sachverhaltsangabe beruht auf Auskünften, die der Verfasser von mehreren Marktbeteiligten eingeholt hat, die um Wahrung ihrer Anonymität gebeten haben.

19 VGH Hessen, Beschl. v. 16.10.2015 – 8 B 1028/15, ZfWG 2015, 478.

desebene keine dritte Ebene staatlicher Gewalt geben dürfe. Zudem verletze die Ausübung von Hoheitsgewalt durch das Glücksspielkollegium das Demokratieprinzip (Art. 20 Abs. 2 Grundgesetz). Dem Glücksspielkollegium, das als Gesamtheit weder der Aufsicht des Bundes noch der eines Landes unterliege, fehle eine ausreichende demokratische Legitimation. Darüber hinaus werde die Antragstellerin in ihrem durch § 4b des Glücksspielstaatsvertrages gewährleisteten Recht auf Durchführung eines transparenten und diskriminierungsfreien Auswahlverfahrens verletzt.²⁰

Zwar erkannte der Bayerische Verfassungsgerichtshof in seiner Entscheidung vom 25.9.2014 bei der Ausübung von Hoheitsgewalt durch das Glücksspielkollegium nicht die im Beschluss des VGH Hessen vom 16.10.2015 dargelegten Verletzungen des Bundesstaatsprinzips und des Demokratieprinzips. Allerdings entschied der Bayerische Verfassungsgerichtshof, dass

„die dem Glücksspielkollegium durch § 5 Abs. 4 GlüStV erteilte Ermächtigung zum Erlass einer Werberrichtlinie mit dem Rechtsstaatsprinzip (Art. 3 Abs. 1 Satz 1 BV) nicht vereinbar [ist].“²¹

Vor dem Beschluss des VGH Hessen vom 16.10.2015 haben bereits die Staatsrechtslehrer *Hans D. Jarass*²² und *Gregor Kirchhoff*²³ in ihren Rechtsgutachten dargelegt, dass wesentliche Teile des Glücksspielstaatsvertrags, insbesondere die Einbindung des Glücksspielkollegiums in die Entscheidungsfindungsprozesse der Länder, unionsrechts- bzw. verfassungswidrig sind. *Kirchhoff*²⁴ hat dies in seiner jüngsten Veröffentlichung, die im Wesentlichen den tragenden Begründungselementen des Beschlusses des VGH Hessen entspricht, bekräftigt. Dabei akzentuiert *Kirchhoff* – stärker als der VGH Hessen –, das nicht öffentliche Verfahren der Entscheidungsfindung des Glücksspielkollegiums, das selbst nicht gegenüber den von der Entscheidung betroffenen Grundrechtsträgern auftritt.²⁵ Mit dem Verstoß gegen das Gebot eines transparenten Verfahrens bei der Einbindung des Glücksspielkollegiums in die Entscheidungsfindungsprozesse der Länder schließt sich auch der Kreis von der Verfassungswidrigkeit zur Unionsrechtswidrigkeit (unten III.).

Der Verfasser schließt sich den überzeugenden Begründungen des VGH Hessen und von *Kirchhoff* zur Verfassungswidrigkeit der Einbindung des Glücksspielkollegiums in die Entscheidungsfindungsprozesse der Länder an. Danach sind sämtliche Beschlüsse, die das Glücksspielkollegium getroffen hat oder an denen das Glücksspielkollegium beteiligt war, verfassungsrechtswidrig zustande gekommen, sodass diese Beschlüsse unwirksam sind und damit keine Grundlage für Aufsichtsverfügungen und sonstige Maßnahmen der im ländereinheitlichen Verfahren jeweils ermächtigten Landesaufsichtsbehörden bilden dürfen, wie etwa für Maßnahmen des Financial Blocking der nach § 9a Abs. 2 Nr. 4 Satz 2 GlüÄndStV betrauten niedersächsischen Glücksspielaufsichtsbehörde. Dies betrifft auch Beschlüsse, die bestimmte Glücksspielanbieter auf die vom Innenministerium des Landes Niedersachsen geführten (geheimen) „schwarzen Listen“ oder „Anbieterdossiers“ setzen, welche als Grundlage für das Financial Blocking dienen, gleich ob die „schwarzen Listen“ oder „Anbieterdossiers“ im hoheitlichen Aufsichtsverfahren oder im Rahmen einer „informellen Zusammenarbeit“ mit den Finanzinstituten eingesetzt werden.

III. Unionsrechtswidrigkeit der Einbindung des Glücksspielkollegiums in das ordnungsrechtliche Sanktionsverfahren und die Unanwendbarkeitsfolgen nach dem Placanica-Grundsatz

Der Gerichtshof hat in seiner Placanica-Entscheidung den Grundsatz der Unanwendbarkeit mitgliedstaatlicher Sanktionsverfahren im Falle eines unionsrechtswidrigen Konzessionsverfahrens betont. Danach darf das Fehlen einer Konzession nicht zum Anlass für die Verhängung von mitgliedstaatlichen Sanktionen genommen werden:

„Es ist jedoch in jedem Fall festzustellen, dass in Ermangelung eines Verfahrens der Konzessionsvergabe, das auch den bei der letzten Ausschreibung rechts-widrig von einem möglichen Konzessionserhalt ausgeschlossenen Wirtschaftsteilnehmern offensteht, der Umstand, dass sie keine Konzession besitzen, nicht zum Anlass für die Verhängung einer Sanktion gegen sie genommen werden darf.“²⁶

Diesen Grundsatz der Unanwendbarkeit mitgliedstaatlicher, straf- wie ordnungsrechtlicher Sanktionen, die auf einem unionsrechtswidrigen Verfahren beruhen, hat jüngst Generalanwalt *Szpunar* in seinen Schlussanträgen vom 22.10.2015 in der Rechtssache C-336/14 (*Sebat Ince*) angenommen und dem Gerichtshof unter Ziffer 75 als Antwort auf die dritte Frage im Vorabentscheidungsersuchen des Amtsgerichts Sonthofen (in einer Strafsache nach § 284 StGB) vorgeschlagen,

„dass Art. 56 AEUV der Sanktionierung der Vermittlung von Sportwetten ohne innerstaatliche Erlaubnis an einen in einem anderen Mitgliedstaat lizenzierten Wettveranstalter entgegensteht, wenn ein nationales Gericht festgestellt hat, dass ein Konzessionsverfahren, in dem höchstens 20 Konzessionen für Wettveranstalter vergeben werden, nicht mit allgemeinen Grundsätzen wie dem Gleichheitsgrundsatz, dem Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit und dem Transparenzgrundsatz in Einklang steht.“

Nachdem Generalanwalt *Szpunar* unter Ziffer 16 des Schlussantrages das in der Vorlagefrage des Amtsgerichts Sonthofen thematisierte Problem referiert, dass

„die Konzessionsstelle und das über die Vergabe von Konzessionen entscheidende Glücksspielkollegium, das aus Vertretern der Bundesländer besteht, von der Möglichkeit der Konzessionsvergabe an private Wettveranstalter keinen Gebrauch machen“,

20 VGH Hessen, Beschl. v. 16.10.2015 – 8 B 1028/15, ZfWG 2015, 478; Pressemitteilung vom 19.10.2015, abrufbar unter <https://vgh-kassel-justiz.hessen.de/>.

21 VerfGH Bayern, Entsch. v. 25.9.2015 – 9-VII-13, 4-VII-14 und 10-VII-14, ZfWG 2015, 457; Pressemitteilung vom 30.9.2014, abrufbar unter <http://www.bayern.verfassungsgerichtshof.de/9-VII-13%20-0u.a.-Pressemittlung.htm>.

22 *Jarass*, EU-rechtliche Probleme der Vorgaben für die Veranstaltung von Lotterien nach dem neuen Glücksspielstaatsvertrag.

23 *Kirchhoff*, Das Glücksspielkollegium – eine verfassungswidrige Kooperation zwischen den Ländern.

24 *Kirchhoff*, Das Glücksspielkollegium verletzt das Grundgesetz, ZfWG 2015, 301 ff.

25 *Kirchhoff*, Das Glücksspielkollegium verletzt das Grundgesetz, ZfWG 2015, 301 ff. (302).

26 EuGH, Urt. v. 7.3.2007, verb. Rs. C-338/04, C-359/04 und C-360/04, ZfWG 2007, 125 – Placanica, Rn. 63.

erläutert der Generalanwalt unter Ziffer 69 (sowie Ziffer 73), dass

„öffentliche Stellen, die Lizenzen erteilen, [...] die Grundregeln des Vertrags, insbesondere [...] das daraus folgende Transparenzgebot zu beachten [haben]. Die Mitgliedstaaten müssen insoweit einen angemessenen Grad an Öffentlichkeit sicherstellen, der eine Öffnung der Dienstleistungskonzessionen für den Wettbewerb und die Nachprüfung ermöglicht, ob die Vergabeverfahren unparteiisch durchgeführt wurden“.

Dies im konkreten Einzelfall nach nationalem (deutschen) Recht zu überprüfen, überlässt der Generalanwalt (unter Ziffer 74 des Schlussantrages) freilich dem vorliegenden Gericht, das

„im Licht der vorstehenden Ausführungen zu ermitteln [hat], ob das laufende Konzessionsverfahren mit den allgemeinen Grundsätzen in Einklang steht und damit eine gerechtfertigte Einschränkung von Art. 56 AEUV darstellt.“

Und hier schließt sich der Kreis zum Beschluss des VGH Hessen vom 16.10.2015,²⁷ der die Einbindung des Glücksspielkollegiums in die Entscheidungsfindungsprozesse nach dem GlüÄndStV als verfassungswidrig verworfen hat. Sind danach sämtliche Beschlüsse, die das Glücksspielkollegium getroffen hat oder an denen das Glücksspielkollegium beteiligt war, verfassungsrechtswidrig zustande gekommen, sodass diese Beschlüsse unwirksam sind und damit keine Grundlage für Aufsichtsverfügungen und sonstige Maßnahmen, wie etwa zum Financial Blocking, bilden dürfen, so können diese schon nach nationalem Recht unwirksamen Maßnahmen erst gar keine tragfähige Grundlage für Beschränkungen der aktiven und passiven Dienstleistungsfreiheit nach Art. 56 AEUV begründen.

Zudem greift der Placania-Grundsatz der Unanwendbarkeit mitgliedstaatlicher, straf- wie ordnungsrechtlicher Sanktionen durch, da das nicht öffentliche Entscheidungsverfahren des Glücksspielkollegiums, das selbst nicht gegenüber den von der Entscheidung Betroffenen auftritt,²⁸ auch gegen das unionsrechtliche Gebot eines transparenten Verfahrens verstößt.

Zwingende Folge der Verfassungs- und Unionsrechtswidrigkeit der Einbindung des Glücksspielkollegiums in das Aufsichtsverfahren ist damit, dass alle bisherigen Maßnahmen, Beschlüsse oder Entscheidungen, an denen das Glücksspielkollegium mitgewirkt hat, unwirksam, also nichtig, und unanwendbar sind.

Die mit Maßnahmen des Financial Blocking nach § 9a Abs. 2 Nr. 4 Satz 2 GlüÄndStV betraute niedersächsische Glücksspielaufsichtsbehörde darf bis zu einer verfassungs- und unionsrechtskonformen Neuregelung weder diesbezügliche (sofort vollziehbare) Aufsichtsverfügungen erlassen, noch „schwarze Listen“, „Anbieterdossiers“ oder sonstige Instrumente, an denen das Glücksspielkollegium mitgewirkt hat, im Rahmen einer „informellen Zusammenarbeit“ mit den Finanzinstituten einsetzen.

IV. Konkrete Gefahr des Financial Overblocking als Verstoß gegen das unionsrechtliche Verhältnismäßigkeits- und Kohärenzgebot

Ist ein effektives Financial Blocking technisch ohne die Beeinträchtigung legaler Glücksspielanbieter und Spieler kaum möglich,²⁹ so besteht die höchst konkrete Gefahr des unverhältnismäßigen Financial Overblocking, also des Unterbindens auch erlaubter Zahlungsströme. Damit kann ein Financial Overblocking im Rahmen des SEPA-Zahlungsverkehrssystems sowie der Europäischen Banklizenzen auch zu einer unverhältnismäßigen Beschränkung der EU-Grundfreiheiten, insbesondere der Dienstleistungs- (Art. 56 AEUV) und Zahlungsverkehrsfreiheit (Art. 63 AEUV), führen.

Im Hinblick auf die aktive und passive Dienstleistungsfreiheit (Art. 56 AEUV) von Anbietern bzw. Spielern können sich zudem aus dem Aufenthaltsort des Spielers in einem anderem Mitgliedstaat, in dem das jeweilige Online-Glücksspiel erlaubt ist, unionsrechtswidrige Beschränkungen ergeben. Der Spieler muss sich gerade im Zeitpunkt der Spielteilnahme an dem Ort aufhalten, wo das Glücksspiel für ihn unerlaubt ist (§ 3 Abs. 4 GlüÄndStV). Unerlaubt ist dabei nicht der Einzahlungsvorgang selbst, sondern erst das Setzen eines Geldbetrags beim späteren Spielvorgang. Je nach dem Aufenthaltsort des Spielers kann sich damit ein und dasselbe Angebot als erlaubt oder unerlaubt darstellen. Transaktionen für ein und denselben Anbieter können somit nicht eindeutig innerhalb der EU als unerlaubt qualifiziert werden.

Auch ganz praktisch besteht die höchst konkrete Gefahr des unverhältnismäßigen Financial Overblocking, da die meisten Anbieter Sportwetten und Casinospiele parallel anbieten. Bei Kreditkartenzahlungen wird aber nur ein MCC Code (Merchant Category Code, i.e. a four-digit number assigned to a business by credit card companies) eingesetzt. Dies bedeutet, dass das Financial Blocking auch die nicht zu untersagende Sportwette treffen könnte, wenn der MCC code „gebannt“ würde.

Diese Umstände begründen die folgende unionsrechtliche Schlussfolgerung: Die sowohl im ordnungsrechtlichen Untersagungsverfahren nach § 9 Abs. 1 Satz 3 Nr. 4 GlüÄndStV als auch bei einer „informellen Zusammenarbeit“ mit den Finanzinstituten auf Grundlage der vom niedersächsischen Innenministerium geführten „Anbieterdossiers“ und „schwarzen Listen“ verursachte höchst konkrete Gefahr des Financial Overblocking, das Unterbinden auch erlaubter Zahlungsströme, ist mit den vom Europäischen Gerichtshof³⁰ für Beschränkungen der aktiven und passi-

27 VGH Hessen, Beschl. v. 16.10.2015 – 8 B 1028/15, ZfWG 2015, 478.

28 Kirchhoff, Das Glücksspielkollegium verletzt das Grundgesetz, ZfWG 2015, 301 ff. (302).

29 Vgl. dazu das Gutachten von *Webshield Ltd.* (London): „Der Zahlungsabwicklungsprozess für Online-Glücksspielanbieter und Möglichkeiten des Financial Blockings für illegale Glücksspieltransaktionen in Deutschland“ vom 28.5.2013, S. 51 und die Antwort der Baden-Württembergische Landesregierung auf eine Große Anfrage der Landtagsfraktion der SPD (11.5.2012, Drs. 15/1707), S. 12 f.

30 Vgl. nur EuGH, Urt. v. 8.9.2010 – C-409/06, ZfWG 2010, 407 – Winner Wetten; EuGH, Urt. v. 8.9.2010, verb. Rs. C-316/07, C-409/07, C-410/07 und C-358/08, C-359/08, C-360/08, ZfWG 2010, 332 – Markus Stoß u. a., 2010 I-08069, Rn. 115; EuGH, Urt. v. 15.9.2011 – C-347/09, ZfWG 2011, 403 – Dickinger & Ömer, Rn. 32; EuGH, Urt. v. 7.3.2007, verb. Rs. C-338/04, C-359/04 und C-360/04, ZfWG 2007, 125 – Placania, Rn. 63.

ven Dienstleistungsfreiheit aufgestellten Verhältnismäßigkeits- und Kohärenzmaßstäben nicht zu vereinbaren.

V. Fazit

Die Einbindung des Glücksspielkollegiums in das ordnungsrechtliche Sanktionsverfahren gegen Veranstalter von Online-Casinospielen nach dem GlüÄndStV ist verfassungswidrig. Die Übertragung verbindlicher Entscheidungsgewalt auf das Glücksspielkollegium widerspricht dem Grundsatz klarer Verwaltungszuständigkeitsaufteilung zwischen dem Bund und den Ländern nach dem Bundesstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 1 Grundgesetz). Zudem verletzt die Ausübung von Hoheitsgewalt durch das Glücksspielkollegium das Demokratieprinzip (Art. 20 Abs. 2 Grundgesetz). Dem Glücksspielkollegium, das als Gesamtheit weder der Aufsicht des Bundes noch der eines Landes unterliegt, fehlt eine ausreichende demokratische Legitimation.

Danach sind sämtliche Beschlüsse, die das Glücksspielkollegium getroffen hat oder an denen das Glücksspielkollegium beteiligt war, verfassungswidrig zustande gekommen, sodass diese Beschlüsse unwirksam sind und damit keine Grundlage für Aufsichtsverfügungen und sonstige Maßnahmen der im ländereinheitlichen Verfahren jeweils ermächtigten Landesaufsichtsbehörden bilden dürfen, wie etwa für Maßnahmen des Financial Blocking der nach § 9a Abs. 2 Nr. 4 Satz 2 GlüÄndStV betrauten niedersächsischen Glücksspielaufsichtsbehörde. Dies betrifft auch Beschlüsse, die bestimmte Glücksspielanbieter auf die vom Innenministerium des Landes Niedersachsen geführten (geheimen) „schwarzen Listen“ oder „Anbieterdossiers“ setzen, welche als Grundlage für das Financial Blocking dienen, gleich ob die „schwarzen Listen“ oder „Anbieterdossiers“ im hoheitlichen Aufsichtsverfahren oder im Rahmen einer „informellen Zusammenarbeit“ mit den Finanzinstituten eingesetzt werden. Diese schon nach nationalem Recht unwirksamen Maßnahmen zum Financial Blocking können erst gar keine tragfähige Grundlage für Beschränkungen der aktiven und passiven Dienstleistungsfreiheit nach Art. 56 AEUV begründen.

Zudem greift der Placencia-Grundsatz der Unanwendbarkeit mitgliedstaatlicher, straf- wie ordnungsrechtlicher Sanktionen durch, da das nicht öffentliche Entscheidungsverfahren des Glücksspielkollegiums auch gegen das unionsrechtliche Gebot eines transparenten Verfahrens verstößt.

Zwingende Folge der Verfassungs- und Unionsrechtswidrigkeit der Einbindung des Glücksspielkollegiums in das Aufsichtsverfahren ist damit, dass alle bisherigen Maßnahmen, Beschlüsse oder Entscheidungen, an denen das Glücksspielkollegium mitgewirkt hat, unwirksam, also nichtig, und unanwendbar sind.

Die mit Maßnahmen des Financial Blocking nach § 9a Abs. 2 Nr. 4 Satz 2 GlüÄndStV betraute niedersächsische Glücksspielaufsichtsbehörde darf bis zu einer verfassungs- und unionsrechtskonformen Neuregelung weder diesbezügliche (sofort vollziehbare) Aufsichtsverfügungen erlassen, noch „schwarze Listen“, „Anbieterdossiers“ oder sonstige Instrumente, an denen das Glücksspielkollegium mitgewirkt hat, im Rahmen einer „informellen Zusammenarbeit“ mit den Finanzinstituten einsetzen.

Die sowohl im ordnungsrechtlichen Untersagungsverfahren nach § 9 Abs. 1 Satz 3 Nr. 4 GlüÄndStV als auch bei einer „informellen Zusammenarbeit“ mit den Finanzinstituten auf Grundlage der vom niedersächsischen Innenministerium geführten „Anbieterdossiers“ und „schwarzen Listen“ verursachte höchst konkrete Gefahr des Financial Overblocking, das Unterbinden auch erlaubter Zahlungsströme, ist mit den vom Europäischen Gerichtshof für Beschränkungen der aktiven und passiven Dienstleistungsfreiheit aufgestellten Verhältnismäßigkeits- und Kohärenzmaßstäben nicht zu vereinbaren.

Summary

The article will demonstrate that the entrustment of the Gambling Council (Glücksspielkollegium) of the German Länder with decision-making, in particular with regard to financial blocking of online casino & poker, under the German Interstate Treaty on Gambling (Glücksspielstaatsvertrag) is unconstitutional and furthermore infringes the requirements of proportionality and coherency as laid down in the case-law of the Court of Justice of the European Union. The author agrees entirely with the arguments put forward by Kirchhoff (in: ZfWG 2015, pp. 301, "Das Glücksspielkollegium verletzt das Grundgesetz"), and in particular with the decision of the Higher Administrative Court of Hesse (Hessischer Verwaltungsgerichtshof) of 16 October 2015 (8 B 1028/15), both qualifying the entrustment of the German Gambling Council as unconstitutional. The article will close the circle from German constitutional law to EU law.