

Dr. Bernd Berberich, München, und Prof. Dr. Christian Koenig, LL.M., Bonn\*

## Unverhältnismäßiges Financial Blocking angesichts anstehender Marktöffnung

*Die Ministerpräsidentenkonferenz hat sich am 12.3.2020 wegweisend darauf geeinigt, den Markt für bislang verbotene Online-Glücksspiele zu öffnen. Der Entwurf des Staatsvertrages zur Neueregulierung des Glücksspielwesens in Deutschland (GlüNeuRStV) wurde am 18.5.2020 bei der EU-Kommission notifiziert. Ungeachtet dessen treibt das Land Niedersachsen Financial Blocking-Maßnahmen voran, um ein Verbot durchzusetzen, welches sich als nicht geeignet erwiesen hat, den bestehenden Spieltrieb auf in Deutschland lizenzierte Angebote zu kanalisieren.*

### I. Ausgangslage

Der gegenwärtig noch geltende Glücksspielstaatsvertrag („GlüStV“) sieht in § 4 Abs. 4 ein weitreichendes Online-Verbot für Glücksspiele wie Online-Casino- und Online-Pokerspiele vor. Mangels Erlaubnisfähigkeit zählen diese Spielformen zu „unerlaubtem Glücksspiel“, für welches § 4 Abs. 1 S. 2 Hs. 2 GlüStV ein Mitwirkungsverbot der Zahlungsdienstleister vorsieht, ohne dabei diesen einen bestimmten Verhaltensmodus aufzugeben.

Trotz des anstehenden GlüNeuRStV, mit dessen Inkrafttreten am 1.7.2021 eine Marktöffnung für virtuelles Automatenpiel, Online-Casino- und Online-Pokerspiele vorgesehen ist, erlässt das Innenministerium des Landes Niedersachsen als zuständige Glücksspielaufsichtsbehörde nach eigenem Bekunden weiterhin Untersagungsverfügungen gegen Zahlungsdienstleister. Damit setzt das Innenministerium trotz des bevorstehenden regulatorischen Umbruchs seine Maßnahmen fort. Begründet wird dies mit dem Hinweis, dass das Mitwirkungsverbot nach § 4 Abs. 1 S. 2 Hs. 2 GlüStV gegenwärtig weiterhin gelte.<sup>1</sup>

Angesichts des Umstandes, dass der Gesetzgeber in § 4 Abs. 1 S. 2 Hs. 2 GlüStV vollständig offengelassen hat, wie dieses Verbot – insbesondere unter Beachtung der datenschutzrechtlichen Ge- und Verbote – überhaupt durchgesetzt werden kann, betont der Niedersächsische Minister für Inneres und Sport, dass es den Zahlungsdienstleistern selbst überlassen bleibe, welche Maßnahmen sie zur Durchsetzung ebendieses Verbots ergreifen.<sup>2</sup>

Auffallend hieran ist, dass in dieser Verlautbarung die Voraussetzungen der spezielleren Untersagungsermächtigung gemäß § 9 Abs. 1 S. 3 Nr. 4 GlüStV nicht erwähnt werden. § 9 Abs. 1 S. 3 Nr. 4 GlüStV sieht nämlich ein gestuftes Vollzugsverfahren vor, wonach die zuständige Behörde „den am Zahlungsverkehr Beteiligten, insbesondere den Kredit- und Finanzdienstleistungsinstituten, nach vorheriger Bekanntgabe unerlaubter Glücksspielangebote die Mitwirkung an Zahlungen für unerlaubtes Glücksspiel untersagen [kann].“

Die Vorgehensweise des Niedersächsischen Innenministeriums, allgemeine Aufforderungen nach § 4 Abs. 1 S. 2 Hs. 2 GlüStV an Zahlungsdienstleister zu adressieren, ohne zuvor erfolglos gegen die Anbieter selbst vorgegangen zu sein, widerspricht der vom Innenminister im Niedersächsi-

schen Landtag im Rahmen einer Kleinen Anfrage abgegebenen Erklärung vom 7.9.2018 (Antworten zu Fragen 16 und 19):

„Das Ministerium für Inneres und Sport leitet Maßnahmen zur Zahlungsunterbindung ausschließlich in konkreten Einzelfällen unerlaubter Glücksspielangebote ein. Zahlungsdienstleister sind dabei stets nachrangig betroffen. Maßnahmen zur Zahlungsunterbindung kommen erst in Betracht, wenn der verantwortliche Anbieter rechtswidriger Glücksspiele zuvor selbst vergeblich in Anspruch genommen wurde und die Vollstreckung, zumeist aufgrund der Ansässigkeit im Ausland, erfolglos geblieben ist.“<sup>3</sup>

In diametraler Abkehr von seiner im Landtag abgegebenen Erklärung vertritt das Niedersächsische Ministerium für Inneres und Sport nun die Auffassung, dass die vorherige Untersagung gegenüber dem Glücksspielanbieter aufgrund des Urteils des BVerwG vom 26.10.2017 (Az. 8 C 18.16) nicht mehr erforderlich sei. Diese Einlassung ist schon deshalb merkwürdig, da das Urteil des BVerwG dem Ministerium zum Zeitpunkt seiner im Landtag am 7.9.2018 abgegebenen Erklärung bereits ein knappes Jahr bekannt gewesen sein muss.

In rechtsstaatlicher Hinsicht ebenso bemerkenswert ist die Stellungnahme der Datenschutzbeauftragten des Landes Niedersachsen zum Mitwirkungsverbot nach § 4 Abs. 1 S. 2 Hs. 2 GlüStV: „Gerade indem ein ausdrückliches Zahlungsverbot nur die Gesetzeslage abbildet, ist die Verhältnismäßigkeit gewahrt.“<sup>4</sup> Nach dieser Logik würden sich so alle Anwendungen von gesetzlichen Verboten einer Verhältnismäßigkeitsprüfung entziehen mit der Folge, dass das Gesetz a priori einer verfassungskonformen Auslegung durch den Rechtsanwender entzogen wäre. Die Bindung der vollziehenden Gewalt an (höherrangiges) Recht und Gesetz nach Art. 20 Abs. 3 GG wird in der vorgenannten Stellungnahme grob verkannt.

In scharfem Kontrast zu der „harten Linie“ des Landes Niedersachsen werden in anderen Bundesländern Vollzugsverfahren zum Online-Verbot nach § 4 Abs. 4 GlüStV zunehmend ausgesetzt, gerade um eine Unverhältnismäßigkeit des Vollzugs angesichts der bevorstehenden Marktöffnung durch den GlüNeuRStV abzuwenden. Prototypisch ist hierfür ein Verfahren vor dem VGH Mannheim, in welchem das Regierungspräsidium Karlsruhe mit Schriftsatz vom

\* Auf Seite III erfahren Sie mehr über die Autoren.

1 <https://www.mi.niedersachsen.de/startseite/aktuelles/presseinformationen/illegales-gluecksspiel-niedersachsen-verbietet-weiterem-internationalen-zahlungsdienstleister-die-mitwirkung-am-zahlungsverkehr-187810.html>.

2 <https://www.mi.niedersachsen.de/startseite/aktuelles/presseinformationen/illegales-gluecksspiel-niedersachsen-verbietet-weiterem-internationalen-zahlungsdienstleister-die-mitwirkung-am-zahlungsverkehr-187810.html>.

3 Nds. Landtag, Drs. 18/1569; vgl. [https://gluecksspiel.uni-hohenheim.de/fileadmin/einrichtungen/gluecksspiel/Parlamentsanfragen/2018\\_Niedersachsen\\_Grascha\\_Antwort1.pdf](https://gluecksspiel.uni-hohenheim.de/fileadmin/einrichtungen/gluecksspiel/Parlamentsanfragen/2018_Niedersachsen_Grascha_Antwort1.pdf).

4 Schreiben der Landesbeauftragten für Datenschutz Nds. vom 22.4.2020.

17.3.2020 an das Gericht das Ruhen des Verfahrens beantragt hat:

„Dem Staatsvertrag zur Neuregulierung des Glücksspielwesens haben die Vertreter der Bundesländer am 12.3.2020 zugestimmt. Danach ist damit zu rechnen, dass ab dem 1.7.2021 eine Öffnung des Marktes für Online-Glücksspiel erfolgt. Dem trägt der Antrag auf Ruhen des Verfahrens Rechnung.“

Daraufhin hat der VGH Mannheim mit Beschluss vom 26.3.2020 (Az. VGH 6 S 7/19) auf Antrag der Beteiligten das Ruhen des Verfahrens angeordnet. Mit zusätzlichem Schriftsatz vom 17.4.2020 hat das Regierungspräsidium Karlsruhe gegenüber dem Verwaltungsgerichtshof sodann erklärt,

„dass die Vollstreckung aus der Untersagungsverfügung vom 18.1.2010 im Hinblick auf die zum 1.7.2021 zu erwartenden Rechtsänderungen durch den Staatsvertrag zur Neuregulierung des Glücksspielwesens ausgesetzt wird.“

## II. Unanwendbarkeit des Online-Verbotes nach § 4

### Abs. 4 GlüStV entzieht dem Mitwirkungsverbot die Anwendungsgrundlage

Das Mitwirkungsverbot gem. § 4 Abs. 1 S. 2 Hs. 2 GlüStV setzt „unerlaubtes Glücksspiel“ voraus. Für gem. § 4 Abs. 4 GlüStV verbotene Glücksspiele mutiert der allgemeine Erlaubnisvorbehalt gem. § 4 Abs. 1 S. 1 GlüStV so zu einer unüberwindbaren rechtlichen Hürde. Die Anwendbarkeit des Mitwirkungsverbots für Finanzdienstleister hängt aufgrund dieses systematischen Kontexts somit von der Frage ab, ob das Online-Verbot gem. § 4 Abs. 4 GlüStV trotz der jüngeren Erkenntnisse und Entwicklungen Anwendung finden kann.

#### 1. Unverhältnismäßigkeit der mit dem Online-Verbot einhergehenden inkohärenten Beschränkungen der Dienstleistungsfreiheit (Art. 56 AEUV)

Mit der bevorstehenden Marktöffnung für bislang verbotene Online-Glücksspiele hat sich die Einsicht durchgesetzt, dass sich das Online-Verbot nach § 4 Abs. 4 GlüStV in seiner praktischen Anwendung nicht als geeignet erwiesen hat, den bestehenden Spieltrieb in der Bevölkerung gemäß § 1 Nr. 2 GlüStV in geordnete und überwachte Bahnen zu lenken. Angesichts des bisherigen Kanalisierungsversagens können auch die übrigen Ziele des GlüStV – insbesondere eine wirksame Suchtbekämpfung (§ 1 Nr. 1 GlüStV) sowie die Gewährleistung von Jugend- und Spielerschutz (§ 1 Nr. 3 GlüStV) – nur unzureichend erfüllt werden.

Mit der politischen Einigung auf die bevorstehende Marktöffnung hat sich spätestens Ende 2019 im Kreis der Chefs der Staats- und Senatskanzleien der Länder (CdSK) die – in der Entwurfsfassung des GlüNeuRStV nach der Sonder-CdSK am 17./18.1.2020 objektiv manifestierte, wenngleich in den amtlichen Erläuterungen aus Rücksichtnahme gegenüber einigen Ländern nicht offen artikuliert – Einsicht durchgesetzt, dass das Online-Verbot nach § 4 Abs. 4 GlüStV unionsrechtlich nicht haltbar und wegen der Unverhältnismäßigkeit der damit einhergehenden inkohärenten Beschränkungen der Dienstleistungsfreiheit (Art. 56 AEUV) unanwendbar ist.

Parallel zu dieser Entwicklung setzen Verwaltungsgerichte, wie der VGH Mannheim, vollzugsrechtliche Streitverfahren

zum Online-Verbot angesichts der bevorstehenden Marktöffnung aus. Dies ist angesichts der nicht unerheblichen Zeitspanne bis zum Inkrafttreten des GlüNeuRStV am 1.7.2021 zu begrüßen. Zur Überbrückung des Übergangszeitraums und zur unionsrechtskonformen Ausgestaltung des regulatorischen Regime-Wechsels ist anzuraten, dass die verbleibende Zeit effektiv genutzt wird und die zuständigen Aufsichtsbehörden und regulierungswilligen Anbieter nun wechselseitig Vertrauen aufbauen. Dies könnte etwa im Wege einer gerichtlichen oder außergerichtlichen vergleichsweisen Einigung geschehen, nach der sich die Anbieter verpflichten, nur noch solche Glücksspiele anzubieten, die in Deutschland nach dem GlüNeuRStV zukünftig erlaubnisfähig sein werden. Im Gegenzug sichert die Behörde in einem solchen Vergleich zu, dass bei Einhaltung bestimmter, in Orientierung an dem GlüNeuRStV entwickelten Spielerschutzvorschriften auch bis zum Inkrafttreten des GlüNeuRStV keine Untersagungsverfügungen mehr ergehen bzw. diese nicht vollzogen werden.

Jedenfalls haben die Entwicklungen für den Übergangszeitraum bis zum Inkrafttreten des GlüNeuRStV die – heute in den glücksspielrechtlichen Fachkreisen ganz überwiegend klar artikulierte<sup>5</sup> – Rechtslage konsolidiert: Das Online-Verbot ist weder mit den in der ständigen Rechtsprechung des Gerichtshofs aufgestellten unionsrechtlichen (materiellen) Verhältnismäßigkeits- und Kohärenzmaßstäben vereinbar, wonach Art. 56 AEUV „einer nationalen Regelung entgegensteht, sofern diese Regelung nicht tatsächlich dem Anliegen entspricht, in kohärenter und systematischer Weise die Gelegenheiten zum Spiel zu verringern oder die mit Spielen verbundene Kriminalität zu bekämpfen“<sup>6</sup>, noch genügt es den strengen (prozeduralen) Nachweisforderungen, die der Gerichtshof u. a. in den Rechtssachen *Online Games* und *Dickinger & Ömer* an die mitgliedstaatlichen Gerichte adressiert hat.<sup>7</sup>

Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs sind die Mitgliedstaaten gerade auch in einer Übergangszeit verpflichtet, einen unionsrechtskonformen Zustand zu gewährleisten.<sup>8</sup> Wenn zur Gewährleistung eines unionsrechtskonformen Zustandes in einer Übergangszeit sogar die Erteilung einer (nach nationalem Recht eigentlich zu versagenden) Erlaubnis geboten ist, muss nach Art. 56 AEUV a fortiori ein unionsprimärrechtliches Vollzugsverbot für die noch aktuelle, jedoch unionsrechtswidrige Gesetzeslage gelten.

#### 2. Mangelhafte Evaluierungssystematik

Die empirische Kanalisierungsdaten- und -erkenntnislage zum Glücksspielsektor in Deutschland ist aufgrund mangelhafter Evaluierungssystematik äußerst defizitär.<sup>9</sup> Eine gewisse empirisch basierte Dokumentation zu den Suchtgefährdungslagen und dem Fehlgehen der bisherigen Kanalisierungsregulierung in Bezug auf die Spielsuchtgefähr-

<sup>5</sup> Hartmann/Barczak, ZfWG 2020, 8 ff.; Becker/Häusler/Spitze, ZfWG 2020, 102 ff.; Hambach/Berberich, ZfWG 2019, 463 ff.

<sup>6</sup> Vgl. aus dieser ständigen Rechtsprechung nur EuGH, Ur. v. 30.6.2016 – C-464/15, Rn. 33 = ZfWG 2016, 329.

<sup>7</sup> EuGH, Ur. v. 14.6.2017 – C-685/15, Rn. 65, ZfWG 2017, 382; EuGH, Ur. v. 15.9.2011 – C-347/09, Rn. 54, ZfWG 2011, 403; vgl. auch EuGH, Ur. v. 12.6.2014 – C-156/13, Rn. 40, WRP 2014, 1172; näher hierzu m. w. N. vgl. Becker/Häusler/Spitze, ZfWG 2020, 102.

<sup>8</sup> EuGH, Ur. v. 24.1.2013 – C-186/11 und C-209/11, 2. Leitsatz, ZfWG 2013, 95.

<sup>9</sup> Ausführlich hierzu Becker/Häusler/Spitze, ZfWG 2020, 102 ff.

dung hat das Land Hessen in seinem Endbericht zur Evaluierung des GlüStV am 10.4.2017 vorgelegt.<sup>10</sup> Darin werden insbesondere die tatsächlichen Suchtgefährdungslagen zwischen onlinebasierten und stationären Glücksspielen verglichen. In dem Evaluierungsbericht des Landes Hessen sticht die auf Seite 38 aufgeführte, aufgrund wissenschaftlich-empirischer Erhebungen erstellte Vergleichstabelle 12 („ausgeübte Glücksspielart von Patienten/innen mit pathologischem Spielverhalten in stationärer Behandlung“) ins Auge, wonach sämtliche Online-Spielvarianten am unteren Ende der Tabelle stehen, während das stationäre Spiel offenbar deutlich gefährlicher ist.<sup>11</sup>

Der Evaluierungsbericht des Landes Hessen übertrifft damit die Schlussfolgerungen der Kommission, die bereits 2011 (basierend auf dem Ergebnis eines Forschungsprojekts von 200 führenden Suchtwissenschaftlern aus 25 Mitgliedstaaten) feststellte, dass Glücksspiele im Internet im Vergleich zu ähnlichen stationären Glücksspielen zumindest keine erhöhte Gefährlichkeit aufweisen.<sup>12</sup> Der Reformansatz einer integralen Online-Offline-Regulierung von Glücksspielen im GlüNeuRStV ist insofern als ein wichtiger Schritt sowohl in Richtung Binnenkohärenz als auch in Richtung intersektoraler Kohärenz zu begrüßen.

### 3. Urteil des BVerwG vom 26.10.2017 (Az. 8 C 18.16)

Die seitens des Niedersächsischen Innenministeriums auch gegenwärtig noch aufrechterhaltene Berufung auf das Urteil des BVerwG vom 26.10.2017 zur Begründung des Financial Blocking ist vor dem Hintergrund des manifesten regulatorischen Kanalisierungsversagens, der in der Rechtsprechung des Gerichtshofs betonten mitgliedstaatlichen Gewährleistungspflicht unionsrechtskonformer Übergangsphasen und der mitgliedstaatlichen Aktualisierungspflicht bei der Kohärenzbeurteilung nicht mehr nachvollziehbar. Noch weniger belastbar ist das Urteil des BVerwG für den Verzicht des Innenministeriums auf eine (vollstreckbare, aber erfolglose) Untersagungsverfügung gegenüber den jeweiligen Glücksspielanbietern, deren Angebote aufgrund der Blocking-Aufforderung an den Zahlungsdienstleister sanktioniert werden sollen.

Die Rechtskraft des Revisionsurteils des BVerwG bezieht sich *ratione temporis et inter partes* auf einen historischen Streitgegenstand, welcher bereits durch den Zeitlauf im Instanzenzug schon lange von den rasanten Entwicklungen auf den Online-Glücksspielmärkten, insbesondere in negativer Hinsicht von der weiter stark zunehmenden Nutzermigration in die Schwarzmärkte, und nun in regulatorisch positiver Hinsicht von der bevorstehenden Marktöffnung für Online-Glücksspiel durch den GlüNeuRStV überholt worden ist.

Aufgrund der vom EuGH betonten mitgliedstaatlichen Aktualisierungspflicht, im Rahmen einer umfassenden Datenerhebung, Datenauswertung und Kohärenzbeurteilung die auf die tatsächlichen Gefahren- und Risikolagen bezogenen regulatorischen Kanalisierungswirkungen fortlaufend zu ermitteln und – zumindest turnusmäßig – folgerichtig zu evaluieren<sup>13</sup>, ist das Urteil des BVerwG heute unionsrechtlich nicht mehr belastbar.<sup>14</sup> Erste Verwaltungsgerichte ziehen hieraus die Konsequenzen, indem sie vollzugsrechtliche Streitverfahren zum Online-Verbot angesichts der bevorstehenden Marktöffnung aussetzen oder eine vergleichsweise Einigung vorschlagen.

### 4. Folge: Mitwirkungsverbot nach § 4 Abs. 1 S. 2 Hs. 2 GlüStV unanwendbar

Ist zur Gewährleistung eines unionsrechtskonformen Zustandes in einer Übergangszeit sogar die Erteilung einer (nach nationalem Recht eigentlich zu versagenden) Interimserlaubnis, zumindest aber eine Duldung geboten<sup>15</sup> und gilt damit zugleich nach Art. 56 AEUV selbstverständlich auch ein unionsprimärrechtliches Vollzugsverbot für die gegenwärtig noch unionsrechtswidrige Gesetzeslage<sup>16</sup>, so wird damit auch dem Mitwirkungsverbot nach § 4 Abs. 1 S. 2 Hs. 2 GlüStV bis zum Inkrafttreten des GlüNeuRStV die akzessorische Anwendungsgrundlage („unerlaubtes Glücksspiel“) wegen der unionsrechtlichen Unanwendbarkeit des Online-Verbotes nach § 4 Abs. 4 GlüStV entzogen.

### III. Unanwendbarkeit des Mitwirkungsverbotes, soweit ein tatsächlich oder rechtlich unmögliches Verhalten abverlangt wird

Der ehemalige Bundesbeauftragte für Datenschutz und die Informationsfreiheit, *Peter Schaar*, hat in einem Kurzgutachten vom 17.3.2020 die tatsächliche und rechtliche Unmöglichkeit des von den adressierten Zahlungsdienstleistern abverlangten Verhaltens wie folgt prägnant zusammengefasst:

„Zahlungsdienstleister sind aus tatsächlichen und rechtlichen Gründen daran gehindert, auf Grund der von ihnen rechtmäßig verarbeiteten personenbezogenen Daten Zahlungen im Zusammenhang mit der Unterbindung illegalen Glücksspiels zu unterbinden, soweit der Zahlungsempfänger sowohl legale als auch andere, allein auf Grund des Aufenthaltsorts des Spielers, illegale Glücksspiele veranstaltet.“<sup>17</sup>

Die Einordnung, ob ein Online-Glücksspielangebot legal oder illegal ist, hängt angesichts der uneinheitlichen Rechtslage innerhalb der EU und Deutschland (vgl. Schleswig-Holstein) insbesondere von der jeweiligen Glücksspiel-Lizenz sowie dem Aufenthaltsort des Spielers zum Zeitpunkt der Spielteilnahme ab. Nur über einen ausreichend sicheren Rückgriff auf die bei dem jeweiligen Anbieter gespeicherten Daten wäre es demnach möglich, zu ermitteln, ob dieser legales oder illegales Glücksspiel anbietet.

10 Endbericht des Landes Hessen zur Evaluierung des Glücksspielstaatsvertrages vom 10.4.2017, insb. Seite 38.

11 Auch die aktuelle Zusammenfassung von Gerhard Meyer im Jahrbuch Sucht 2020 belegt, dass gerade das terrestrische Automaten-Spiel besonders suchtgefährlich ist, vgl. Seiten 141–142: „In den Beratungsstellen bilden Spieler/-innen an Geldspielautomaten nach wie vor mit Abstand die größte Gruppe. Das Spiel an den Geräten in Spielhallen und Gaststätten nannten 70,0 % bzw. 7,6 % als Hauptspielform, gefolgt von terrestrischen Sportwetten mit 4,7 % (Online-Sportwetten: 4,3 %; Online-Automaten-Spielen: 4,2 %; Online-Casinospiele, ohne Poker: 2,0 %; Online-Poker 1,7 %).“

12 European Commission, Workshop on Online Gambling: Detection and Prevention of Problem Gambling and gambling Addiction, 2011.

13 EuGH, Ur. v. 30.6.2016 – C-464/15, ZfWG 2016, 329.

14 Zur willkürlichen Verletzung des Grundrechts auf den gesetzlichen Tatrichter, vgl. Anm. Koenig/Berberich, ZfWG 2018, 153 ff.

15 EuGH, Ur. v. 24.1.2013 – C-186/11 und C-209/11, 2. Leitsatz, ZfWG 2013, 95.

16 EuGH, Ur. v. 4.2.2016 – C-336/14, Ziff. 1 und 3 des Urteilstenors; vgl. die Urteilsanmerkung von Kudlich/Berberich, ZfWG 2016, 126 ff.

17 *Peter Schaar*, Datenschutzrechtliches Kurzgutachten zur Verwendung von elektronischen Standortdaten für die Ermittlung des Aufenthaltsortes von Teilnehmern an Internet-Spielen, 17.3.2020.

Dagegen verfügen die Zahlungsdienstleister selbst nicht über eigene Datenerhebungsmöglichkeiten, um aufgrund der ihnen vorliegenden Daten den Aufenthaltsort eines Spielers „ausreichend sicher“ (Art. 5 Abs. 1 lit. d) DS-GVO) zu ermitteln. Denn die von den Kunden bei dem Zahlungsvorgang verwendeten IP-Adressen sind technisch nicht geeignet, um den Ort der Nutzung und des Aufenthaltes des Nutzers ohne Mitwirkung seines Telekommunikationsdienstleisters ausreichend sicher zu identifizieren. Da Access Provider an Endkunden regelmäßig nur dynamische IP-Adressen aus einem Adresspool zuweisen, fehlt diesen Adressen ein ausreichend sicherer nationaler Bezug zum Aufenthaltsort der Nutzer.

Unabhängig davon unterliegt die Datenerhebung durch den Zahlungsdienstleister dem Grundsatz der Zweckbindung. Würde die Datenerhebung zum Zweck der Zahlungstransaktion nunmehr zur Standortbestimmung zwecks Kontrolle der Einhaltung des Glücksspielrechts eingesetzt, so wäre der Verbotstatbestand einer mit dem Erhebungszweck unvereinbaren Zweckänderung nach Art. 5 Abs. 1 lit. b) DS-GVO erfüllt und zwar unabhängig von der weiteren Voraussetzung einer Erlaubnis zur Datenverarbeitung nach Art. 6 DS-GVO.

Eine dem Art. 5 Abs. 1 lit. d) DS-GVO entsprechende, ausreichend sichere Standortbestimmung wäre allenfalls unter Verwendung der Standortdaten des Nutzers möglich, die bei der Erbringung des Telekommunikationsdienstes erhoben worden sind, um dem Nutzer die Ausführung des Zahlungsdienstes im Internet übertragungstechnisch zu ermöglichen. Dann aber müsste der Zahlungsdienstleister diese Daten direkt vom Telekommunikationsdienstleister erhalten können. Jedoch unterliegen die Standortdaten als „nähere Umstände der Telekommunikation“ dem verfassungsrechtlich durch Art. 10 GG sowie einfachgesetzlich durch § 88 Abs. 1 TKG geschützten und nach § 206 StGB strafrechtlich sanktionierten Telekommunikationsgeheimnis. Letzteres erfasst nicht nur den Inhalt der Telekommunikation, sondern umfasst auch ihre näheren Umstände, insbesondere die Tatsache, ob, wie und wo jemand an einem Telekommunikationsvorgang beteiligt war oder nicht (§ 88 Abs. 1 TKG, § 206 Abs. 5 S. 2 StGB). Standortdaten des Telekommunikationsvorganges dürften an Dritte, wie Zahlungsdienstleister, nur aufgrund einer ausdrücklichen gesetzlichen Ermächtigung weitergegeben werden. Die Ermächtigungsnormen zur Weitergabe von Telekommunikationsdaten durch Telekommunikationsdienstleister aufgrund von Auskunftersuchen im automatisierten oder manuellen Verfahren nach §§ 111–113 TKG erlauben nur die Weitergabe der Standortdaten an die Sicherheitsbehörden, nicht aber an „nicht-öffentliche Stellen“ wie die Zahlungsdienstleister.<sup>18</sup>

Hieraus folgt: Wenn das Niedersächsische Innenministerium von den Zahlungsdienstleistern verlangt, „eigenverantwortlich“ zu entscheiden, welche Maßnahmen diese ergreifen mögen, um dem Mitwirkungsverbot nach § 4 Abs. 1 S. 2 Hs. 2 GlüStV nachzukommen, so besteht für diese aus datenschutzrechtlicher Sicht überhaupt nicht die Möglichkeit, sachgerecht und zulässig zwischen erlaubtem und unerlaubtem Glücksspiel zu differenzieren. Jede Anordnung eines unmöglichen Verhaltens durch eine mitgliedstaatliche Behörde, mit der Beschränkungen der Dienstleistungsfreiheit (Art. 56 AEUV) oder der Zahlungsverkehrsfreiheit (Art. 63 AEUV) einhergehen, muss wegen Verletzung des

Verhältnismäßigkeits- und Kohärenzgrundsatzes unanwendbar bleiben.

#### IV. Rechtsstaatliche und verfahrensrechtliche Anforderungen an den Vollzug des Mitwirkungsverbot (§ 9 Abs. 1 S. 3 Nr. 4 GlüStV)

Die unionsrechtlichen und rechtsstaatlichen Verwerfungen durch das Financial Blocking offenbaren sich auch in der Außerachtlassung des im GlüStV hierfür vorgesehenen Vollzugsverwaltungsverfahrens (§ 9 Abs. 1 S. 3 Nr. 4 GlüStV). Aus dem Wortlaut („nach vorheriger Bekanntgabe“) und der systematischen Stellung des § 9 Abs. 1 S. 3 Nr. 4 GlüStV im Verhältnis zum materiellen Mitwirkungsverbot nach § 4 Abs. 1 S. 2 Hs. 2 GlüStV geht die Notwendigkeit der Durchführung eines mehrstufigen Vollzugsverfahrens hervor. Die Anwendung dieser Norm setzt zunächst voraus, dass unerlaubtes Glücksspiel nach § 4 Abs. 1 S. 2 Hs. 1 GlüStV durch die zuständige Glücksspielaufsichtsbehörde auf der ersten Stufe festgestellt worden ist. Erst auf dieser Grundlage darf das Niedersächsische Innenministerium auf der zweiten Stufe in den Vollzug des Mitwirkungsverbot gegenüber den Zahlungsdienstleistern aufgrund der Ermächtigungsgrundlage des § 9 Abs. 1 S. 3 Nr. 4 GlüStV eintreten.

Diese Voraussetzungen des mehrstufigen Vollzugsverfahrens werden nicht nur von den Erläuterungen zum GlüStV bestätigt, wonach die Inanspruchnahme eines Zahlungsdienstleisters gemäß § 4 Abs. 1 S. 2 Hs. 2 i. V. m. § 9 Abs. 1 S. 3 Nr. 4 GlüStV voraussetzt, „dass der Veranstalter oder Vermittler des unerlaubten Glücksspielangebotes zuvor vergeblich – insbesondere wegen eines Auslandsbezuges – in Anspruch genommen wurde.“<sup>19</sup>

Vielmehr hat der Niedersächsische Innenminister im Landtag im Rahmen einer Kleinen Anfrage abgegebenen Erklärung vom 7.9.2018 selbst zugesichert, dass „Zahlungsdienstleister dabei stets nachrangig betroffen [sind]. Maßnahmen zur Zahlungsunterbindung kommen erst in Betracht, wenn der verantwortliche Anbieter rechtswidriger Glücksspiele zuvor selbst vergeblich in Anspruch genommen wurde und die Vollstreckung, zumeist aufgrund der Ansässigkeit im Ausland, erfolglos geblieben ist.“<sup>20</sup>

Die Missachtung der vom Niedersächsischen Innenminister am 7.9.2018 selbst im Landtag abgegebenen Zusicherung, dass vor einer (nachrangigen) Blocking-Aufforderung an den Zahlungsdienstleister stets eine in der verhältnismäßigen Störerauswahl (vorrangige) vollstreckbare, aber erfolglose Untersagung gegenüber dem Glücksspielanbieter vorliegen muss, offenbart die dem Vollzugsverwaltungsverfahren nach § 9 Abs. 1 S. 3 Nr. 4 GlüStV vorgelagerten unionsrechtlichen und rechtsstaatlichen Verwerfungen. In diesem Zusammenhang drängt sich der Verdacht auf, dass genau diese – in der unionsrechtlichen Unanwendbarkeit des Online-Verbotes nach § 4 Abs. 4 GlüStV resultierenden – Verwerfungen im Übergangszeitraum bis zum Inkrafttreten des GlüNeuStV seitens des Niedersächsischen

18 Peter Schaar, Datenschutzrechtliches Kurzgutachten zur Verwendung von elektronischen Standortdaten für die Ermittlung des Aufenthaltsortes von Teilnehmern an Internet-Spielen, 17.3.2020, Seite 7.

19 Erläuterungen zum GlüStV, Stand: 7.12.2011, Seite 32.

20 Nds. Landtag, Drs. 18/1569; vgl. [https://gluecksspiel.uni-hohenheim.de/fileadmin/einrichtungen/gluecksspiel/Parlamentsanfragen/2018\\_Niedersachsen\\_Grascha\\_Antwort1.pdf](https://gluecksspiel.uni-hohenheim.de/fileadmin/einrichtungen/gluecksspiel/Parlamentsanfragen/2018_Niedersachsen_Grascha_Antwort1.pdf).

Innenministeriums so lange wie möglich ausgeblendet werden sollen.

Die Frage der Rechtmäßigkeit bei der Störerauswahl wird mittlerweile auch in Zivilgerichtsentscheidungen ins Visier genommen. So führt das OLG München mit Beschluss vom 28.2.2020 aus:

„In der genannten Erläuterung zum GlüStV wird ausgeführt, dass die Regelung in § 9 Abs. 1 Satz 3 Nr. 4 GlüStV der Klarstellung und Konkretisierung von § 4 Abs. 1 Satz 2 GlüStV diene und dass die am Zahlungsverkehr Beteiligten [...] als verantwortliche Störer herangezogen werden könnten, sofern ihnen zuvor die Mitwirkung an unerlaubten Glücksspielangeboten von der Glücksspielaufsichtsbehörde mitgeteilt worden sei. Eine Inanspruchnahme von Kredit- und Finanzdienstleistungsinstituten setzt mithin voraus, dass der Veranstalter bzw. Vermittler des unerlaubten Glücksspielangebotes zuvor vergeblich – insbesondere wegen Auslandsbezuges – in Anspruch genommen worden ist.“<sup>21</sup>

Dieser Konkretisierungspflicht kann sich das Niedersächsische Innenministerium nicht entledigen, indem es von den Zahlungsdienstleistern verlangt, selbst eigenverantwortliche Maßnahmen nach § 4 Abs. 1 S. 2 Hs. 2 GlüStV zu ergreifen. Die Gerichte erkennen zu Recht, dass in einer so komplexen Materie wie dem Glücksspielrecht, welches auf Landesrecht fußt und maßgeblich anhand des unionsrechtlichen Transparenz- und Kohärenzgebots zu beurteilen ist, die ordnungsrechtlichen Aufgaben nicht generalklauselartig und ohne nähere Umsetzungsrichtlinien den Zahlungsdienstleistern einseitig und zu deren Lasten aufgebürdet werden können.

## V. Fazit

Die in der unionsrechtlichen Unanwendbarkeit des Online-Verbot nach § 4 Abs. 4 GlüStV resultierenden Verwerfungen setzen sich akzessorisch in der Beurteilung des Mitwirkungsverbot nach § 4 Abs. 1 S. 2 Hs. 2 GlüStV fort. Dies ist das Mitwirkungsverbot nach § 4 Abs. 1 S. 2 Hs. 2 GlüStV entgegen der Auffassung des Niedersächsischen Innenministeriums auch im Übergangszeitraum bis zum Inkrafttreten des GlüNeuRStV insoweit unanwendbar, als es die Financial Blocking gegen von der unionsrechtlichen Anwendbarkeit des Online-Verbot erfasste Glücksspielangebote eingesetzt wird. Aufgrund dieser Beurteilungssakrosanctität zum unverhältnismäßigen und inkohärenten Online-Verbot verletzt ebenso das Mitwirkungsverbot – EU-Binnengrenzen überschreitend – sowohl die Dienstleistungsfreiheit (Art. 56 AEUV) der vom Financial Blocking betroffenen Glücksspielanbieter als auch die Zahlungsfreiheit (Art. 63 AEUV) der Zahlungsdienstleister.

## Summary

*The State of Lower Saxony has repeatedly violated the law by its financial blocking actions against payment service providers by ignoring the procedural requirements of the In-state Treaty on Gambling, the Telecommunications Act, General Data Protection Regulation and European Union law.*

<sup>21</sup> OLG München, Beschl. v. 28.2.2020 – 8 U 5467/19, Rn. 27, JZfWG 2020, 289; vgl. ebenso: LG Hamburg, Urt. v. 3.1.2020, 330 O 111/19, Rn. 11, juris, ZfWG 2020, 296; LG Wuppertal, Urt. v. 30.10.2019 – 3 O 384/18, Rn. 24, ZfWG, 2020, 70; LG Berlin, Urt. v. 16.4.2019 – 37 O 367/18, Rn. 25, juris.