

Univ.-Prof. Dr. iur. Christian Koenig, RA Dr. iur. Nik Sarafi und Krisztina Mezey\*

## Ultra posse nemo obligatur – Verwaltungsvollzug durch Payment-Blocking?

Gegen aufsichtsrechtliche Maßnahmen des sogenannten Payment-Blocking sind schon mehrfach Zweifel im Hinblick auf ihre Vereinbarkeit mit den Grundfreiheiten und dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz angemeldet worden.<sup>1</sup> In diesem Beitrag werden die in diesem Zusammenhang vorgebrachten technischen und (datenschutz-)rechtlichen Bedenken im Hinblick auf die Durchsetzbarkeit einer entsprechenden Untersagungsverfügung vertieft und um ausgewählte Aspekte des Zahlungsdienstaufsichtsrechts, insbesondere die vor dem Hintergrund des verfassungsrechtlichen Mischverwaltungsverbotes zweifelhafte Parallelzuständigkeit der Gemeinsamen Glücksspielbehörde der Länder (GGL) und der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin), ergänzt.

### I. Der Rechtsgrundsatz „ultra posse nemo obligatur“ in der Verwaltungspraxis

Die Grenzen der menschlichen Handlungsfähigkeit anerkennend, besagt der römische Rechtsgrundsatz „ultra posse nemo obligatur“, dass Unmögliches zu leisten niemand verpflichtet ist. Während dieser Grundsatz im Zivilrecht die Leistungspflicht des Schuldners ipso iure ausschließt<sup>2</sup> – „impossibilium nulla est obligatio“ bzw. „Nichts ist Pflicht bei Unmöglichkeit“ – und im Strafrecht rechtfertigend in Bezug auf Pflichtenkollisionen wirkt,<sup>3</sup> begründet er in der Verwaltungspraxis die Unwirksamkeit einer Anordnung, durch die dem Normadressaten ein unmögliches Verhalten abverlangt wird. So gehen die Verwaltungsgerichte in ständiger Rechtsprechung davon aus, dass „das Gesetz einer Person nicht rechtmäßig ein Verhalten abverlangen [kann], das dieser unmöglich ist“.<sup>4</sup>

Vor diesem Hintergrund gebietet sich eine nähere Betrachtung der tatsächlichen und rechtlichen Durchsetzbarkeit einer glücksspielaufsichtsrechtlichen Verfügung, durch die Zahlungsdienstleistern (Payment-Providern) die Mitwirkung an Zahlungen für unerlaubtes Glücksspiel untersagt wird.

### II. Das glücksspielrechtliche Mitwirkungsverbot im Verwaltungsvollzug

Eine wesentliche Neuerung des am 1.7.2021 in Kraft getretenen Staatsvertrages zur Neuregulierung des Glücksspielwesens in Deutschland (Glücksspielstaatsvertrag 2021; „GlüStV 2021“) gegenüber der bisherigen Glücksspielregulierung stellt die – bislang nur unzureichend vollzogene – Öffnung des Online-Glücksspielmarktes, insbesondere für das Online-Casinospiel („Großes Spiel“) nach § 22 c GlüStV 2021, dar.

Die Teilnahme am Glücksspiel im Internet darf nur über ein anbieterbezogenes, hinsichtlich der Einzahlungshöhe mit einem individuellen Limit versehenes Spielkonto erfolgen (§§ 6a bis 6 c GlüStV 2021). Die Einzahlungen auf dieses Spielerkonto werden in der Regel über externe Zahlungs-

dienstleister abgewickelt: Der Spieler (Anweisender) weist den Zahlungsdienstleister (Angewiesener) an, von seinem Konto Geld auf sein Spielerkonto bei dem Online-Casino (Anweisungsempfänger) einzuzahlen, um dieses Geld für Online-Casinospiele einsetzen zu können.

§ 4 Abs. 1 S. 2 GlüStV 2021 verbietet die Vermittlung und Veranstaltung öffentlicher Glücksspiele ohne Glücksspiel-erlaubnis nach deutschem Recht (unerlaubtes Glücksspiel) sowie die Mitwirkung an Zahlungen im Zusammenhang mit unerlaubtem Glücksspiel. Die Durchsetzung des in der zweiten Variante verankerten Mitwirkungsverbot erfolgt nach § 9 Abs. 1 S. 3 Nr. 4 GlüStV 2021 in einem gestuften Vollzugsverfahren: Sofern die am Zahlungsverkehr Beteiligten, insbesondere die Kredit- und Finanzdienstleistungsinstitute, dem Mitwirkungsverbot nicht nachkommen, kann die zuständige Behörde ihnen gegenüber nach vorheriger Bekanntgabe unerlaubter Glücksspielangebote eine Untersagungsverfügung aussprechen (sogenanntes Payment-Blocking). Beachtenswert ist, dass hierzu keine vorherige ordnungsrechtliche Inanspruchnahme des Veranstalters oder Vermittlers von unerlaubten Glücksspielen durch die Glücksspielaufsicht erforderlich ist. Nach den Erwägungen zum GlüStV 2021 sollen durch das Payment-Blocking die für die Abwicklung unerlaubten Glücksspiels maßgeblichen Zahlungsströme unterbrochen werden.<sup>5</sup>

### III. Das Tatbestandsmerkmal der Unerlaubtheit

Die Teilnahme bzw. Beteiligung an Glücksspielen eines Glücksspielanbieters ohne deutsche Erlaubnis von deutschem Boden aus ist nicht erlaubt (§ 4 Abs. 1 S. 1 GlüStV 2021) und wird nach § 285 StGB strafrechtlich sanktioniert.<sup>6</sup> Dementsprechend dürfen Payment Provider eine auf § 9 Abs. 1 S. 3 Nr. 4 i. V. m. § 4 Abs. 1 S. 2 Var. 2 GlüStV 2021 gestützte Untersagungsverfügung nur in Bezug auf Zahlungen für unerlaubtes Glücksspiel ausführen. Ob es sich um unerlaubtes Glücksspiel handelt oder nicht, hängt entscheidend von der jeweiligen Glücksspiellizenz sowie dem Aufenthaltsort des Spielers zum Zeitpunkt der Spielteilnahme ab.<sup>7</sup>

\* Der Beitrag beruht auf einem Rechtsgutachten. Auf Seite III erfahren Sie mehr über die Autoren.

1 Rossi/Sandhu, ZD 2018, 151; Berberich/Koenig, ZfWG 2020, 200.

2 § 275 Abs. 1 BGB.

3 Hierzu in Bezug auf strafrechtliche Fragen im Zusammenhang mit der Covid-19-Pandemie: Hoven/Hahn, JA 2020, 481.

4 OVG Münster, Beschl. v. 27.9.2010 – 1 E 940/10, BeckRS 2010, 145745 Rn. 8, beck-online; so auch VGH München, Beschl. v. 30.6.2005 – 22 CE 05.1194, NVwZ 2005, 1094, 1095.

5 Erläuterungen zum GlüStV 2021, S. 84, abrufbar unter: [https://mi.sachsen-anhalt.de/fileadmin/Bibliothek/Politik\\_und\\_Verwaltung/MI/MI/3\\_Themen/Gluecksspiel/201029\\_Gluecksspielstaatsvertrag\\_2021\\_endgueltig\\_Erlaeuterungen.pdf](https://mi.sachsen-anhalt.de/fileadmin/Bibliothek/Politik_und_Verwaltung/MI/MI/3_Themen/Gluecksspiel/201029_Gluecksspielstaatsvertrag_2021_endgueltig_Erlaeuterungen.pdf) (zuletzt abgerufen am: 25.5.2023).

6 Nur der Vollständigkeit halber sei darauf hingewiesen, dass zahlreiche Stimmen in der Literatur wegen Zweifeln an der Verfassungsmäßigkeit für die Abschaffung des § 285 StGB plädieren, vgl. Gaede, in: NK-StGB, 5. Aufl. 2017, StGB § 285 Rn. 1 m. w. N.; Sarafi, ZfWG 2019, 469, 473 m. w. N.

7 Berberich/Koenig, ZfWG 2020, 200, 202.

Befindet sich der Spieler in Deutschland und nimmt an Glücksspielen eines Glücksspielanbieters etwa mit Sitz in Malta und einer Glücksspielerlaubnis nach maltesischem Recht teil, so handelt es sich hierbei um nach deutschem Recht unerlaubtes Glücksspiel. Befindet sich der Spieler demgegenüber in Malta, stellt sich das Glücksspiel bei diesem Glücksspielanbieter als nach maltesischem Recht erlaubt dar. Ein angewiesener Payment-Provider darf Zahlungen demnach nur dann rechtmäßig unterbinden, wenn sich der Spieler in Deutschland befindet und am Spiel eines Glücksspielanbieters ohne Erlaubnis nach deutschem Recht teilnimmt. Um im Einzelfall eine entsprechende Untersagungsverfügung der Glücksspielaufsichtsbehörde ausführen zu können, muss dem Payment-Provider daher der geografische Standort des Spielers zum Zeitpunkt der Spielteilnahme bekannt sein.

Im Folgenden wird aufgezeigt, dass sich der Spielerstandort weder technisch zuverlässig noch datenschutzrechtskonform ermitteln lässt mit der Konsequenz, dass den Payment-Providern als den Verpflichtungsadressaten des Mitwirkungsverbot ein unmögliches Verhalten abverlangt wird.

#### IV. Unmöglichkeit der technisch zuverlässigen und datenschutzrechtskonformen Standortermittlung

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 Payment-Providern abverlangten Verhaltens wie folgt prägnant zusammengefasst:

„Zahlungsdiensteanbieter 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>8</sup>

##### 1. Tatsächliche Unmöglichkeit der technisch zuverlässigen Standortermittlung

In der Regel verfügen die Payment-Provider schon nicht über die technischen Möglichkeiten, auf Grundlage der ihnen vorliegenden Daten den Aufenthaltsort eines Spielers entsprechend den Vorgaben der Datenschutz-Grundverordnung („DSGVO“) „ausreichend sicher“ (Art. 5 Abs. 1 lit. d) DSGVO) zu ermitteln. Denn die von den Kunden bei dem Zahlungsvorgang verwendeten IP-Adressen sind technisch nicht geeignet, den Ort der Nutzung und des Aufenthaltes des Nutzers ohne Mitwirkung seines Telekommunikationsdienstleisters (Access-Provider) ausreichend sicher zu identifizieren. Da Access-Provider an Endkunden regelmäßig nur dynamische IP-Adressen aus einem Adresspool zuweisen und der Zeitpunkt der Zahlungsanweisung und der Spielteilnahme auseinanderfallen können, fehlt diesen Adressen ein ausreichend sicherer nationaler Bezug zum Aufenthaltsort der Nutzer im Zeitpunkt der Spielteilnahme.<sup>9</sup>

##### 2. Rechtliche Unmöglichkeit der datenschutzrechtskonformen Standortermittlung

Nach Art. 4 Nr. 1 DSGVO sind „personenbezogene Daten“ alle Informationen, die sich auf eine identifizierte oder identifizierbare natürliche Person beziehen. Betreffend die Identifizierung werden „Standortdaten“ ausdrücklich als Zuordnungsfaktor in Bezug genommen, sodass es sich hierbei allgemein um personenbezogene Daten handelt. Payment-Provider sind bei ihrer Verarbeitung daher an die besonderen datenschutzrechtlichen Vorgaben des Zahlungsdienstenaufsichtsgesetzes (ZAG; hierzu unter a)) und die allgemeinen Datenschutzbestimmungen der DSGVO (hierzu unter b)) gebunden.

###### a) Besondere Vorgaben an die Datenverarbeitung durch Zahlungsdiensteanbieter

Gemäß § 59 Abs. 2 ZAG dürfen Zahlungsdiensteanbieter die für die Erbringung ihrer Zahlungsdienste notwendigen personenbezogenen Daten nur mit der ausdrücklichen Einwilligung des Zahlungsdienstnutzers verarbeiten. Soll eine Datenverarbeitung hingegen nicht zur Erbringung eines Zahlungsdienstes, sondern zu anderen Zwecken, beispielsweise – wie hier – zur Umsetzung glücksspielaufsichtlicher Bestimmungen, erfolgen, sind die Grenzen nach § 59 Abs. 1 und 3 ZAG zu beachten. § 59 Abs. 1 ZAG bestimmt, dass Zahlungsdienstleister personenbezogene Daten verarbeiten dürfen, soweit dies zur Verhütung, Ermittlung und Feststellung von Betrugsfällen im Zahlungsverkehr notwendig ist. Systematisch handelt es sich hierbei um die gesetzliche Kodifikation eines berechtigten Interesses i. S. v. Art. 6 Abs. 1 lit. f) DSGVO.<sup>10</sup> Die allgemeinen datenschutzrechtlichen Vorschriften der DSGVO über die Verarbeitung personenbezogener Daten bleiben daneben anwendbar (§ 59 Abs. 3 ZAG).

###### b) Allgemeine datenschutzrechtliche Bestimmungen der DSGVO

Jede Verarbeitung personenbezogener Daten muss kumulativ den in Art. 5 DSGVO aufgestellten Grundsätzen in Bezug auf die Qualität der Daten und einem der in Art. 6 DSGVO geregelten Erlaubnistatbestände in Bezug auf die Verarbeitung von Daten genügen.<sup>11</sup>

###### aa) Grundsatz der Zweckbindung (Art. 5 Abs. 1 lit. b) DSGVO)

Die Datenverarbeitung durch den Zahlungsdiensteanbieter unterliegt dem Grundsatz der Zweckbindung, wonach personenbezogene Daten nur für *festgelegte* und *eindeutige* Zwecke erhoben werden dürfen (Art. 5 Abs. 1 lit. b) DSGVO). Würden die zum Zweck der Zahlungstransaktion erhobenen Daten nunmehr zur Standortbestimmung zwecks Kontrolle der Einhaltung der Bestimmungen des

<sup>8</sup> Schaar, Datenschutzrechtliches Kurzgutachten zur Verwendung von elektronischen Standortdaten für die Ermittlung des Aufenthaltsorts von Teilnehmern an Internet-Spielen, 17.3.2020, im Auftrag des Deutschen Verbandes für Telekommunikation und Medien, S. 9; dazu auch Berberich/Koenig, ZfWG 2020, 200, 203.

<sup>9</sup> Berberich/Koenig, ZfWG 2020, 200, 203.

<sup>10</sup> Bitter, in: Hoeren/Sieber/Holznapel, Handbuch Multimedien-Recht, 58. EL März 2022, Teil 15.4 Big Data im Finanz- und Versicherungswesen, Rn. 14. Zu den weiteren Rechtfertigungsgründen noch unten unter IV.2.b)cc).

<sup>11</sup> EuGH, Urt. v. 20.5.2003 – C-465/00, C-138/01 und C-139/01, EuR 2004, 276 – Österreichischer Rundfunk; EuGH, Urt. v. 16.12.2008 – C-524/06, NVwZ 2009, 379 – Huber zu den entsprechenden Vorschriften der alten Datenschutz-Richtlinie 95/46/EG.

Glücksspielrechts eingesetzt, so wäre der Verbotstatbestand einer mit dem Erhebungszweck grundsätzlich unvereinbaren Zweckänderung erfüllt. Wegen der völlig unterschiedlichen Zielsetzungen könnte das Zweckbindungspostulat in der Regel nur dadurch gewahrt werden, dass der Betroffene über die Weiterverarbeitung seiner Daten zu einem anderen als dem ursprünglichen Erhebungszweck gemäß Art. 13 Abs. 3, Art. 14 Abs. 4 DSGVO informiert wird und auf dieser Grundlage gemäß Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 lit. a) DSGVO seine Einwilligung in die Weiterverarbeitung zu dem geänderten (neuen) Zweck erklärt. Die Payment-Provider lassen sich aber keine solche Einwilligung für die Erhebung von Standortdaten erteilen.<sup>12</sup>

*bb) Grundsatz der Datenrichtigkeit (Art. 5 Abs. 1 lit. d) DSGVO)*

Personenbezogene Daten müssen nach Art. 5 Abs. 1 lit. d) DSGVO sachlich richtig sein. Eine dieser Vorgabe 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 gewährleisteten und nach § 206 StGB auch strafrechtlich geschützten 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 den §§ 111 bis 113 TKG erlauben nur die Weitergabe der Standortdaten an die Sicherheitsbehörden, nicht aber an „nicht-öffentliche Stellen“ wie die Zahlungsdienstleister.<sup>13</sup>

*cc) Rechtmäßigkeit der Datenverarbeitung*

Unabhängig von den Grundsätzen des Art. 5 DSGVO ist die Verarbeitung personenbezogener Daten nur rechtmäßig, wenn mindestens einer der in Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 lit. a) bis f) DSGVO abschließend aufgezählten Erlaubnistatbestände einschlägig ist („Die Verarbeitung ist nur rechtmäßig, wenn [...]“).

*(1) Einwilligung (Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 lit. a) DSGVO)*

Als Ausdruck des informationellen Selbstbestimmungsrechts (Art. 1 Abs. 1 i. V. m. Art. 2 Abs. 1 GG) ist die Datenverarbeitung rechtmäßig, wenn die betroffene Person in die Verarbeitung der sie betreffenden personenbezogenen Daten einwilligt.<sup>14</sup> Dies setzt voraus, dass die betroffene Person (hier der Spieler) vor oder spätestens bei der Einholung der Einwilligung über den Verwendungszweck der Daten informiert wurde.<sup>15</sup> Eine Rechtfertigung nach Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 lit. a) DSGVO scheidet schon daran, dass sich Pay-

ment-Provider keine Einwilligung der Zahlungsdienstnutzer für die Erhebung von Standortdaten erteilen lassen.

*(2) Erfüllung einer rechtlichen Verpflichtung (Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 lit. c) DSGVO)*

Die Datenverarbeitung ist nach Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 lit. c) DSGVO ferner rechtmäßig, wenn sie zur Erfüllung einer rechtlichen Verpflichtung des Verarbeitenden erforderlich ist. Diese kann sich gemäß Art. 6 Abs. 3 S. 1 DSGVO aus dem Unionsrecht oder dem Recht des Mitgliedstaates, dem der Verantwortliche unterliegt, ergeben. Vor diesem Hintergrund wäre zu erwägen, aus dem Mitwirkungsverbot (§ 4 Abs. 1 S. 2 Var. 2 GlüStV 2021) und der entsprechenden Vollzugsvorschrift (§ 9 Abs. 1 S. 3 Nr. 4 GlüStV 2021) eine rechtliche Verpflichtung der Payment-Provider abzuleiten, die eine Datenverarbeitung rechtfertigt. Allerdings legt Art. 6 Abs. 3 S. 2 DSGVO einschränkend fest, dass für die Begründung einer rechtlichen Verpflichtung i. S. v. Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 lit. c) DSGVO nur eine Rechtsgrundlage herangezogen werden darf, die den Zweck der Datenverarbeitung festlegt. Der GlüStV 2021 enthält aber keine solche Zweckbestimmung.

Darüber hinaus scheint die Datenverarbeitung durch die Zahlungsanbieter auch nicht zur Unterbindung unerlaubten Glücksspiels erforderlich zu sein. Wenngleich eine Anordnung gegenüber Payment-Providern nach § 9 Abs. 1 S. 3 Nr. 4 GlüStV 2021 keine vorherige ordnungsrechtliche Inanspruchnahme des Veranstalters oder Vermittlers von unerlaubten Glücksspielen durch die Glücksspielaufsicht voraussetzt, dürfte die mit den starken Vollzugsmitteln, insbesondere nach § 9 Abs. 1 S. 3 Nr. 3, Abs. 3 und Abs. 3a GlüStV 2021, ausgestattete Möglichkeit, den ordnungsrechtlich primärverantwortlichen Glücksspielanbietern die Veranstaltung, Durchführung und Vermittlung unerlaubter Glücksspiele zu untersagen, die Erforderlichkeit einer Datenerhebung durch den Payment-Provider aus dem Blickwinkel des Datenschutzrechts ausschließen.

*(3) Wahrnehmung einer im öffentlichen Interesse liegenden Aufgabe (Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 lit. e) DSGVO)*

Nach Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 lit. e) Var. 1 DSGVO ist die Datenverarbeitung rechtmäßig, wenn sie der Wahrnehmung einer im öffentlichen Interesse liegenden Aufgabe dient. Der 45. Erwägungsgrund zur DSGVO stellt klar, dass es sich hierbei um keinen eigenständigen Erlaubnistatbestand handelt, sondern dass für die Verarbeitung eine konkrete Rechtsgrundlage im Unionsrecht oder im Recht eines Mitgliedstaates bestehen muss, die den Anforderungen von Art. 6 Abs. 3 DSGVO genügt.<sup>16</sup>

*Ratione personae* erfasst Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 lit. e) DSGVO nur Datenverarbeitungen durch die öffentliche Hand<sup>17</sup> und kann daher für die Datenverarbeitung durch private Payment-Provider nicht als Erlaubnistatbestand herangezogen werden.

<sup>12</sup> Hierzu auch unter IV.2.b)cc)1).

<sup>13</sup> Berberich/Koenig, ZfWG 2020, 200, 203.

<sup>14</sup> Volenti non fit iniuria oder dem Einwilligenden geschieht kein Unrecht.

<sup>15</sup> Schulz, in: Gola/Heckmann, DS-GVO, 3. Aufl. 2022, Art. 6 Rn. 21.

<sup>16</sup> Schulz, in: Gola/Heckmann, DS-GVO, 3. Aufl. 2022, Art. 6 Rn. 51.

<sup>17</sup> Schulz, in: Gola/Heckmann, DS-GVO, 3. Aufl. 2022, Art. 6 Rn. 51.

#### (4) Berechtigtes Interesse (Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 lit. f) DSGVO)

Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 lit. f) DSGVO erklärt die Verarbeitung personenbezogener Daten für rechtmäßig, sofern sie zur Wahrung der berechtigten Interessen des Verantwortlichen oder eines Dritten erforderlich ist und die datenschutzbezogenen Interessen, Grundrechte und Grundfreiheiten des Betroffenen nicht überwiegen. Es handelt sich um die zentrale Interessenabwägungsklausel der DSGVO,<sup>18</sup> im Rahmen derer die berechtigten Interessen des Verantwortlichen mit den sich gegebenenfalls gegen die Verarbeitung richtenden Interessen der betroffenen Person abzuwägen sind.

Als berechtigtes Interesse des Verantwortlichen kommt grundsätzlich jedes rechtliche, wirtschaftliche oder ideelle Interesse in Betracht.<sup>19</sup> Einschränkend stellt der EuGH klar, dass das rein kommerzielle Interesse, durch den Einsatz von Analysecookies das Internetangebot auf den Verbraucher zuzuschneiden und zielgerichtete Werbung schalten zu können, kein hinreichendes berechtigtes Interesse i. S. v. Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 lit. f) DSGVO darstellt, wenn er in seiner neueren Rechtsprechung für die Speicherung von und den Zugriff auf Informationen mittels Cookies eine ausdrückliche Einwilligung des Nutzers verlangt.<sup>20</sup> Als Beispiele für berechnete Interessen des Verantwortlichen nennt die DSGVO die Betrugsprävention, die Verarbeitung zu Zwecken der Direktwerbung<sup>21</sup> sowie Maßnahmen zur Verbesserung der Sicherheit von IT-Systemen.<sup>22</sup> Die Payment-Provider könnten geltend machen, zur Unterbrechung der für die Abwicklung unerlaubten Glücksspiels maßgeblichen Zahlungsströme auf die Standortdaten der Zahlungsanweisenden angewiesen zu sein und deshalb an der Datenerhebung und -verarbeitung ein berechtigtes, auch im Interesse der Glücksspielaufsicht und der Öffentlichkeit liegendes Interesse zu haben.

Eine Rechtfertigung nach Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 lit. f) DSGVO setzt daneben stets die Erforderlichkeit der Datenverarbeitung sowie eine Abwägung mit den Interessen des Betroffenen im Einzelfall voraus. An der Erforderlichkeit der Datenverarbeitung sind bereits Zweifel geäußert worden.<sup>23</sup> Im Rahmen der Interessenabwägung ist die besondere Schutzwürdigkeit von Standortdaten zu berücksichtigen. Das Wissen, wer sich wann wo aufhält, lässt weitreichende Rückschlüsse auf Lebensgewohnheiten und die Persönlichkeit des Betroffenen zu (Stichwort „Bewegungsprofil“).<sup>24</sup> Erst kürzlich hat der EuGH in einem viel beachteten Urteil die allgemeine und unterschiedslose Vorratsdatenspeicherung in Deutschland für rechtswidrig erklärt und in diesem Zusammenhang festgestellt, dass „angesichts des sensiblen Charakters der Informationen, die sich aus den Verkehrs- und Standortdaten ergeben können, [...] deren Vertraulichkeit [...] von entscheidender Bedeutung für das Recht auf Achtung des Privatlebens“ ist.<sup>25</sup>

Vor diesem Hintergrund normiert das Telekommunikationstelemedien-Datenschutz-Gesetz (TTDSG) für den Umgang mit Standortdaten, die in Bezug auf die Nutzer von öffentlichen Telekommunikationsnetzen oder -diensten verarbeitet werden, hohe datenschutzrechtliche Anforderungen. Gemäß § 13 Abs. 1 TTDSG dürfen Standortdaten nur in dem zur Bereitstellung von Diensten mit Zusatznutzen erforderlichen Umfang und innerhalb des dafür erforderlichen Zeitraums verarbeitet werden, wenn sie anonymisiert wurden oder wenn der Nutzer vom Anbieter des Dienstes mit Zusatznutzen gemäß der DSGVO informiert wurde und eingewilligt hat.

Für die im Rahmen von Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 lit. f) DSGVO vorzunehmende Abwägung folgt daraus, dass das Interesse der Payment-Provider an der Durchsetzung einer Untersagungsverfügung das Interesse des Spielers an der Wahrung der Vertraulichkeit seiner Standortdaten nur in absoluten Ausnahmefällen überwiegen kann. Zwar dient die Ermittlung der Standortdaten durch die Payment-Provider der Wahrnehmung einer auch im öffentlichen Interesse liegenden Aufgabe, namentlich der Unterbrechung der Zahlungsströme für unerlaubtes Glücksspiel. Der Unionsgesetzgeber geht in den Erwägungsgründen zur DSGVO aber davon aus, dass in einem solchen Fall das Unionsrecht oder das Recht der Mitgliedstaaten „die Aufgaben und Zwecke bestimmt und konkretisiert [...], für die eine Weiterverarbeitung als vereinbar und rechtmäßig erachtet wird.“<sup>26</sup> Eine solche Zweckbestimmung für die Verwendung und Weiterverarbeitung der durch die Telekommunikationsdienstleister erhobenen (Standort-)Daten durch Zahlungsdienstleister findet sich im GlüStV 2021 nicht. Vielmehr ist die Zulässigkeit des Datenaustauschs ausdrücklich nur im Verhältnis der Glücksspielaufsicht zu den Ländern und den zuständigen Aufsichtsbehörden anderer EU-Mitgliedstaaten (§ 9 Abs. 3 GlüStV 2021) sowie zu anderen nationalen Aufsichtsbehörden (§ 9 Abs. 3a GlüStV 2021) anerkannt.

### 3. Zwischenergebnis

Zahlungsdienstleister haben aus technischer und datenschutzrechtlicher Sicht überhaupt nicht die Möglichkeit, sachgerecht und zuverlässig zwischen erlaubtem und unerlaubtem Glücksspiel zu differenzieren und auf dieser Grundlage Zahlungen zum Zwecke des unerlaubten Glücksspiels zu unterbinden. So ist schon zweifelhaft, ob es einem Payment-Provider technisch überhaupt gelingen kann, den Standort des Spielers hinreichend sicher zu ermitteln. Selbst wenn technisch eine zuverlässige Standortermittlung in Betracht käme, so wären die Zahlungsanbieter jedenfalls (datenschutz-)rechtlich an der Erhebung und Verarbeitung der Standortdaten gehindert. Durch eine auf § 9 Abs. 1 S. 3 Nr. 4 i. V. m. § 4 Abs. 1 S. 2 Var. 2 GlüStV 2021 gestützte Untersagungsverfügung wird dem Payment-Provider daher ein Verhalten abverlangt, welches dieser weder technisch noch rechtlich erfüllen kann.

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

18 Albers/Veit, in: Wolff/Brink, BeckOK Datenschutzrecht, 42. Ed. Stand 11/2021, DSGVO Art. 6 Rn. 63.

19 Schulz, in: Gola/Heckmann, DS-GVO, 3. Aufl. 2022, Art. 6 Rn. 61.

20 EuGH, Urt. v. 1.10.2019 – C-673/17 – planet49.

21 Erwägungsgrund 47 zur DSGVO.

22 Erwägungsgrund 49 zur DSGVO.

23 Siehe oben unter IV.2.c)cc)2).

24 Timnefeld/Buchner, in: Wolff/Brink, BeckOK Datenschutzrecht, 42. Ed. Stand 11/2021, I. Datenschutz in Medien und Telekommunikation, Rn. 128.

25 EuGH, Urt. v. 20.9.2022 – C-793/19 u. C-794/19, BB 2022, 2177 Rn. 74 – SpaceNet und Telekom Deutschland.

26 Erwägungsgrund 50 zur DSGVO.

von den Internet-Service-Providern erfolgreich gerichtlich angefochten worden ist.<sup>27</sup>

Jede Anordnung eines unmöglichen Verhaltens durch eine mitgliedstaatliche Behörde, mit der Beschränkungen der Dienstleistungs- (Art. 56 AEUV) oder Zahlungsverkehrsfreiheit (Art. 63 AEUV) einhergehen, muss jedenfalls wegen Verletzung des Verhältnismäßigkeits- und Kohärenzgrundsatzes unanwendbar bleiben.<sup>28</sup>

## V. Überdies: Föderale Unzuständigkeit der Gemeinsamen Glücksspielbehörde der Länder für das Payment-Blocking

Die Wirksamkeit einer auf § 9 Abs. 1 S. 3 Nr. 4 i. V. m. § 4 Abs. 1 S. 2 Var. 2 GlüStV 2021 gestützten Untersagungsverfügung wird überdies durch erhebliche Zweifel an der föderalen Zuständigkeit der Gemeinsamen Glücksspielbehörde der Länder (GGL) für das Payment-Blocking in Frage gestellt.

### 1. Fehlende Gesetzgebungskompetenz der Bundesländer in Bezug auf die Überwachung von Zahlungsströmen

Bei dem GlüStV 2021 handelt es sich um einen Länderstaatsvertrag zwischen den 16 deutschen Bundesländern. Anders als völkerrechtliche Verträge i. S. v. Art. 32 Abs. 3 und Art. 59 GG sind Länderstaatsverträge in die föderale Struktur der Bundesrepublik Deutschland eingebunden, sodass die Bundesländer nur solche Vereinbarungen treffen dürfen, für die ihnen nach dem Grundgesetz die Gesetzgebungskompetenz zusteht.<sup>29</sup>

Art. 70 Abs. 1 GG verleiht den Ländern das Recht der Gesetzgebung, soweit das Grundgesetz nicht dem Bund Gesetzgebungsbefugnisse verleiht. Die Abgrenzung der Zuständigkeit zwischen Bund und Ländern bemisst sich nach den Vorschriften über die ausschließliche und die konkurrierende Gesetzgebung (Art. 71 ff. GG).

Aus Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG (Recht der Wirtschaft) in Verbindung mit Art. 72 Abs. 1 GG ergibt sich die Gesetzgebungskompetenz des Bundes für Maßnahmen der Finanzmarktstabilisierung. Zur Wahrung der Wirtschaftseinheit im gesamtwirtschaftlichen Interesse ist eine bundesgesetzliche Regelung auch erforderlich i. S. v. Art. 72 Abs. 2 GG. Denn die Finanzmarktstabilisierung und Abwicklung betrifft potentiell Institute mit Sitz im gesamten Bundesgebiet und kann wirksam nur über das gesamte Bundesgebiet hinweg einheitlich geregelt werden, so dass eine bundeseinheitliche Überwachung im Inland erforderlich ist.<sup>30</sup>

Auf dieser Grundlage wurde zum 1.5.2002 im Geschäftsbereich des Bundesministeriums der Finanzen die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin) als bundeseinheitliche, rechtsfähige Anstalt des öffentlichen Rechts errichtet (§ 1 Abs. 1 S. 1 FinDAG). Nach § 4 Abs. 1 ZAG übt die BaFin u. a. die Aufsicht über die Zahlungsdienstleister und E-Geld-Emittenten nach den Vorschriften dieses Gesetzes aus. Im Rahmen dieser gesetzlich zugewiesenen Aufgabe verleiht § 4 Abs. 2 ZAG der BaFin die Befugnis, gegenüber den Instituten und ihren Geschäftsleitern die Anordnungen zu treffen, die geeignet und erforderlich sind, um Verstöße gegen aufsichtsrechtliche Bestimmungen zu verhindern oder zu unterbinden oder um Missstände in einem Institut zu verhindern oder zu beseitigen, die die Sicherheit der dem Institut anvertrauten Vermögenswerte gefährden können oder die ordnungsgemäße Durchführung

der Zahlungsdienste oder E-Geld-Geschäfte beeinträchtigen (Allgemeine Missstandsaufsicht).

Die Untersagung der Mitwirkung an Zahlungen für unerlaubtes Glücksspiel und an Auszahlungen aus unerlaubtem Glücksspiel erscheint als geeignete und erforderliche Anordnung i. S. v. § 4 Abs. 2 ZAG, um Missstände zu beseitigen, die die ordnungsgemäße Durchführung der Zahlungsdienste beeinträchtigen. In der finanzmarktrechtlichen Literatur ist anerkannt, dass der BaFin aus dieser generalklauselartigen Ermächtigungsgrundlage Eingriffskompetenzen gegenüber Zahlungsdienstleistern im Zusammenhang mit Zahlungen für das (illegale) Online-Glücksspiel erwachsen. So geht *Findeisen* davon aus, dass „[d]ie Mitwirkung an Zahlungen für das Online-Glücksspiel [...] im Rahmen der Missstandsaufsicht auch Eingriffskompetenzen der BaFin gegenüber Zahlungsdienstleistern [berührt].“<sup>31</sup>

Auch die Bundesregierung stellt fest, dass „für die BaFin [...] Verstöße von Zahlungsdienstleistern gegen Untersagungen nach den landesrechtlichen Regelungen des Staatsvertrags zum Glücksspielwesen in Deutschland und den dazugehörigen Landesgesetzen im Rahmen der allgemeinen Missstandsaufsicht nach Maßgabe der Finanzaufsichtsgesetze Bedeutung haben [können] – wie im Falle sonstiger Verstöße gegen geltendes Recht.“<sup>32</sup>

Wenn Verstöße von Zahlungsdienstleistern gegen glücksspielrechtliche Untersagungsverfügungen ein Vorgehen im Rahmen der allgemeinen Missstandsaufsicht auszulösen vermögen, so hat der Bund, indem er die Überwachung über die ordnungsgemäße Durchführung der Zahlungsdienste der BaFin zuschreibt, von seiner konkurrierenden Gesetzgebungskompetenz in Bezug auf das Recht der Wirtschaft (Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG) Gebrauch gemacht.

### 2. Verbot der Mischverwaltung

In Bezug auf die Verwaltungstätigkeit folgt aus dem Normengefüge der Art. 83 ff. GG, insbesondere Art. 87 Abs. 1 S. 1 GG, der eine (bundes-)eigene Verwaltung mit eigenem Verwaltungsunterbau vorschreibt, der Grundsatz, dass die Verfassung eine Kombination der vom Bund geführten Verwaltung mit einem Unterbau nachgeordneter Landesbehörden – sogenannte *Mischverwaltung* – ausschließt. Nach diesem Grundsatz des *Mischverwaltungsverbotes* müssen Bund und Länder die ihnen durch das Grundgesetz zugewiesenen Aufgaben eigenverantwortlich mit eigenem Personal, eigenen Sachmitteln und eigener Organisation wahrnehmen.<sup>33</sup>

Das Verbot der Mischverwaltung ist insbesondere im Zusammenhang mit den sich funktional als besonders scharfes und eingriffsintensives Schwert darstellenden Instrumenten der Eingriffsverwaltung zu wahren, sodass sich die Eingriffsbefugnis der handelnden Behörde angesichts der Grundrechtsbindung und des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit keinen Zuständigkeitszweifeln ausgesetzt sehen darf. Insbesondere darf es im Rahmen der Eingriffsver-

27 VG Düsseldorf, Urt. v. 29.11.2011 – 27 K 5887/10, ZfWG 2012, 50; VG Köln, Urt. v. 15.12.2011 – 6 K 5404/10, ZfWG 2012, 56; hierzu *Koenig*, ZfWG 2016, 2, 4.

28 *Berberich/Koenig*, ZfWG 2020, 200.

29 Wissenschaftliche Dienste des Deutschen Bundestages, Nr. 48/07 v. 19.9.2007, S. 1.

30 Deutscher Bundestag, Drs. 18/9530, S. 33.

31 *Findeisen*, ZfWG 2021, 32.

32 Deutscher Bundestag, Drs. 19/18823, S. 5.

33 *Ibler*, in: *Dürig/Herzog/Scholz*, Grundgesetz-Kommentar, 99. EL September 2022, Art. 87 GG Rn. 195 m. w. N.

waltungskompetenzen im Verhältnis der Länder zum Bund keine Kompetenzverlagerungen und auch keine Kompetenzüberlagerungen geben.<sup>34</sup>

Die Bundesländer können daher Kompetenzen, die einer Bundesanstalt – hier der BaFin – zugeschrieben sind, nicht auf Grundlage eines Länderstaatsvertrages, der in die föderale Struktur der Bundesrepublik Deutschland eingebunden ist und deshalb zwingend die durch das Grundgesetz vorgegebene Kompetenzverteilung wahren muss, an sich ziehen. Selbst wenn man – entgegen der hier vertretenen Auffassung – aus Gründen eines effektiven Vollzuges gewisse Kompetenzüberlagerungen zulassen und damit das Mischverwaltungsverbot verfassungsrechtlich relativieren wollte, so müsste zumindest das Bundesgesetz eine entsprechende explizite Öffnungsklausel zugunsten eines residualen Landesvollzuges enthalten. Eine solche fehlt aber im ZAG.

Danach erweisen sich die landesrechtlichen Bestimmungen, welche ebenjene schon der Bundesbehörde BaFin zugewiesenen Kompetenzen im Zusammenhang mit der Aufsicht über Zahlungsdienstleister einer Landesbehörde, hier der GGL, zuweisen, als unwirksam (Art. 31 GG: „Bundesrecht bricht Landesrecht.“). Für ein Einschreiten der GGL gegenüber Zahlungsdienstleistern besteht mithin schon keine wirksame Ermächtigungsgrundlage aufgrund von § 9 Abs. 1 S. 3 Nr. 4 GlüStV 2021.

## VI. Ergebnis: Nichtigkeit der Payment-Untersagungsverfügungen

Sollte die Glücksspielaufsichtsbehörde entgegen der hier vertretenen Auffassung durch § 9 Abs. 1 S. 3 Nr. 4 GlüStV 2021 – nämlich entgegen dem verfassungsrechtlichen Mischverwaltungsverbot – in Parallelzuständigkeit mit der BaFin wirksam zum Erlass einer Untersagungsverfügung gegenüber den Zahlungsdienstleistern ermächtigt sein,

so erweisen sich solche Payment-Untersagungsverfügungen in der Regel schon wegen der tatsächlichen Unmöglichkeit der technisch zuverlässigen Standortermittlung gemäß § 44 Abs. 2 Nr. 4 VwVfG, jedenfalls wegen der rechtlichen Unmöglichkeit der datenschutzrechtskonformen Standortermittlung nach dem Grundsatz „ultra posse nemo obligatur“ als nichtig. Da das Ziel, Zahlungen zum Zwecke der Teilnahme am unerlaubten Glücksspiel zu unterbinden, wegen entgegenstehender datenschutzrechtlicher Vorgaben schlechthin nicht erreicht werden kann, sind die Payment-Untersagungsverfügungen gegen die Zahlungsdienstleister im Sinne der Rechtsprechung des BVerwG<sup>35</sup> offensichtlich mit einem besonders schwerwiegenden Fehler i. S. v. § 44 Abs. 1 VwVfG behaftet, der zu ihrer Nichtigkeit führt. Unmögliches zu leisten ist niemand verpflichtet – auch Payment-Provider nicht!

## Summary

*The article illustrates practical effects of the legal principle „ultra posse nemo obligatur“ with regard to payment blocking under German gambling law. Due to this principle, German administrative courts are required to declare prohibition orders issued against payment service providers on the basis of the regulatory provisions of the German State Treaty on Gaming 2021 (GlüStV 2021) null and void, as their enforcement is technically and legally impossible, in particular under data protection laws. In addition, there are concerns under German constitutional law with regard to the competence of the Joint Gambling Supervisory Authority of the German Länder.*

<sup>34</sup> BVerfGE 87, 181, Rn. 65.

<sup>35</sup> BVerwG, Urt. v. 7.10.1964 – VI C 59.63, BeckRS 1964, 30423990, beck-online.

Prof. Dr. Marc Liesching, Leipzig\*

# Exterritoriale Geltung verwaltungsrechtlicher Normen am Beispiel des glücksspielrechtlichen Zahlungsverbot

*Der Ausgriff des Geltungsanspruchs nationalen Verwaltungsrechts auf Normadressaten und Handlungen im Ausland ist insbesondere in der Landesgesetzgebung zur Medienregulierung (MStV, JMStV) grundsätzlich etabliert. Er findet seine Grenzen in den allgemeinen Anforderungen des internationalen Verwaltungsrechts einschließlich völkerrechtlicher Grundsätze. Die verwaltungsgerichtliche Rechtsprechung leitet hieraus besondere Voraussetzungen für Verwaltungsnormen nach dem Gesetzesvorbehalt und dem Bestimmtheitsgebot ab. Der nachfolgende Beitrag stellt die wesentlichen Auslegungsgrundsätze vor und subsumiert hiernach den Geltungsbereich des Zahlungsverbot nach § 4 Abs. 1 S. 2 GlüStV 2021, auf dessen Grundlage Aufsichtsmaßnahmen des Payment-Blockings in § 9 Abs. 1 S. 3 Nr. 4 GlüStV 2021 vorgesehen sind.*

## I. Einleitung

Während die Frage der tatsächlichen und rechtlichen Möglichkeit der Umsetzung von Anordnungen des Payment-Blockings bereits eine (teils kritische) Behandlung im Schrifttum erfahren hat,<sup>1</sup> scheint bisher – soweit ersichtlich – weniger im Mittelpunkt der rechtswissenschaftlichen Betrachtung zu stehen, ob Verfügungen nach § 9 Abs. 1 S. 3 Nr. 4 GlüStV 2021 grundsätzlich auch gegenüber Kreditin-

\* Auf Seite III erfahren Sie mehr über den Autor.

<sup>1</sup> Vgl. Berberich/Koenig, ZfWG 2020, 200, insb. 202; Rossi/Sandu, ZD 2018, 151, insb. 154; Schaar, Datenschutzrechtliches Kurzgutachten zur Verwendung von elektronischen Standortdaten für die Ermittlung des Aufenthaltsortes von Teilnehmern an Internet-Spielen, 17.3.2020; Stellungnahme des Unabhängigen Landeszentrums für Datenschutz Schleswig-Holstein (ULD) vom 16.1.2015, ZfWG 2015, 121 ff.; s.a. OLG München, 28.2.2020 – 8 U 5467/19, Rn. 11.