

Oktober 2023

18. Jahrg.

71732

Seite 333-468

ZfWVG

Zeitschrift für Wett- und Glücksspielrecht
European Journal of Gambling Law

5

- Dr. Lennart Brüggemann*
333 **Laissez-faire als Unruhepol in der Glücksspielregulierung**
Prof. Dr. Johannes Dietlein und Sascha D. Peters
- 334 **Die unionsrechtliche Bewertung von „Chargeback“-Klagen gegen Sportwettenanbieter**
Prof. Dr. Stefan Korte
- 347 **Das Glücksspiel- als Markt- oder Ordnungsrecht?**
Prof. Dr. Heiko Lesch
- 355 **Aktuelle Rechtsprechung und Gesetzgebung im Glücksspielstrafrecht**
Dr. Lennart Brüggemann
- 356 **Online-Glücksspiel im Jahr 2022**
Dr. Hugo Godschalk
- 364 **§ 16 Abs. 6 Geldwäschegesetz (GwG) – Exegetische Widersprüche**
Carsten Bringmann und Fabian Löcken
- 370 **Die Auswahl zwischen konkurrierenden Spielhallen**
Susanne Heimerl und Andreas Schumacher
- 377 **(K)ein Paradigmenwechsel im Bereich der Werberegulierung durch den GlüStV 2021 – Influencer-Marketing erlaubt?**
Raphael Merz
- 383 **Geldspielgesetz – Aktuelle Entwicklungen in der Schweiz**
Konstantin Schönleber
- 387 **Die Behandlung eingezogener Glücksspielerlöse im Strafverfahren**
- 393 **Besteuerung von Gewinnen aus Online-Poker**
BFH, Ur. v. 22.2.2023 – X R 8/21
- 399 *Anmerkung von Prof. Dr. Jens M. Schmittmann*
- 415 **Zur Rechtmäßigkeit verschiedener Nebenbestimmungen einer Erlaubnis zur Veranstaltung virtueller Automaten Spiele**
OVG Sachsen-Anhalt, Beschl. v. 24.4.2023 – 3 M 6/23
- 415 **Gesetzlicher Ausschluss von Wettvermittlungsstellen in bestimmten Baugebieten ist rechtmäßig**
OVG Hamburg, Beschl. v. 25.4.2023 – 4 Bs 144/22
- 425 **Kriterien bei der Auswahlentscheidung zwischen konkurrierenden Spielhallen**
VGH Baden-Württemberg, Beschl. v. 29.6.2023 – 6 S 416/23
- 428 **Neue Beschränkungen für Spielhallen in Niedersachsen sind verfassungskonform**
OVG Niedersachsen, Beschl. v. 5.7.2023 – 11 ME 120/23
- 437 **Spieler hat Anspruch auf Rückzahlung getätigter Spieleinsätze gegen Anbieter von Online-Glücksspielen**
OLG Hamm, Ur. v. 21.3.2023 – 21 U 116/21
- 451 **GlüStV 2021 normiert eigenständigen ordnungsrechtlichen Glücksspielbegriff**
VG Köln, Beschl. v. 31.8.2022 – 24 L 1095/22
- Sonderbeilage 1/2023:**
Wissenschaftliche Studie zur Spielmotivation und Spielfreude an Geldspielgeräten – wesentliche Ergebnisse

Herausgeber

Prof. Dr. Johannes Dietlein

Prof. Dr. Jörg Ennuschat

Prof. Dr. Ulrich Haltern, LL.M.

Prof. Dr. Christian Koenig, LL.M.

RA Prof. Dr. Markus Ruttig

Schriftleiter

RiVG Dr. Felix B. Hüsken

Funktion der Kanalisierung, die auf Schleswig-Holstein lokal begrenzt sei, werde gesprengt, wenn außerhalb dieses Gebiets geworben und so außerhalb Schleswig-Holsteins ein dort nicht zulässiges Glücksspielangebot angepriesen werde.¹¹³

Die Beklagte sei in Bezug auf das Werbeverbot passivlegitimiert.¹¹⁴ Der Verstoß gegen die Werbevorschriften sei so offensichtlich, dass die Beklagte ihn bemerken musste. Sie habe nicht hinreichend dargelegt, dass sie im Konzern für die Vermeidung solcher Verstöße nicht zuständig war.¹¹⁵ Das Gericht bejahte schließlich eine Wiederholungsgefahr für den noch anhängigen Unterlassungsanspruch, da auch nach der Abmahnung des Klägers im Juli 2019 kerngleiche Werbespots für die streitgegenständlichen Glücksspielangebote ausgestrahlt wurden.¹¹⁶

XII. Verbot zur Teilnahme an Glücksspielen im Rahmen einer Weisung nach § 56 c StGB

Gemäß § 56 c Abs. 1 StGB erteilt ein Gericht einem Verurteilten für die Dauer der Bewährungszeit Weisungen, wenn er dieser Hilfe bedarf, um keine Straftaten zu begehen. Unzumutbare Anforderungen an die Lebensführung des Verurteilten dürfen dabei nicht gestellt werden. Auf Grundlage dessen erweiterte das Oberlandesgericht Hamm in einem Beschwerdeverfahren gegen die Reststrafenaussetzung zur Bewährung den Beschluss der Vollstreckungskammer am Landgericht Essen dahingehend, dass es dem Verurteilten die Weisung erteilte, während der Bewährungszeit keine Spielcasinos, Spielhallen o.ä. aufzusuchen und sich auch sonst nicht an Glücksspiel (auch nicht im Internet) zu beteiligen.¹¹⁷ Mit ihr könne der Rückfallgefahr, die aus der prekären finanziellen Situation des Verurteilten resultiere, begegnet werden, da diese Situation in der Vergangenheit im Wesentlichen auf die Beteiligung an Glücksspielen zurückzuführen und zugleich Anlass für die Begehung von Straftaten war. Insofern sollte die Weisung das Risiko des Abrutschens des Verurteilten in finanzielle Notsituationen vermeiden.¹¹⁸

XIII. Ausblick

Mit großer Spannung wird im Jahr 2023 zu beobachten sein, wie sich der Glücksspielmarkt gerade bei den neu zugelassenen Glücksspielformen (virtuelle Automatenspiele, Online-Poker, Online-Casinospiele) entwickeln wird. Gleiches gilt für tradierte Formen wie Sportwetten, nachdem sich der Markt im Jahr 2022 im Vergleich zum Vorjahr rückläufig entwickelt hat. Zugleich lassen die intensiven Bemühungen der Gemeinsamen Glücksspielbehörde der

Länder bei der Bekämpfung des unerlaubten Glücksspiels interessante Entscheidungen der Verwaltungsgerichte erwarten, die die Auslegung des Glücksspielstaatsvertrages 2021 betreffen.¹¹⁹ Jüngstes Beispiel sind Untersagungsverfügungen gegen Access-Provider zur Unterbindung unerlaubten Glücksspiels¹²⁰ oder das Verhältnis vom Glücksspielbegriff des § 3 Abs. 1 S. 1 GlüStV 2021 zum strafrechtlichen Glücksspielbegriff¹²¹.

Summary

In 2022, the market for online gambling continued to develop, although not always with the necessary speed. The first permits for virtual slot machines and online poker were issued. However, all of the permit procedures could not be completed. In the meantime, only a few of the 16 federal states took up the issue of online casino games and made regulations for their territory as to who should be allowed to organize online casino games. The Administrative Court of Hamburg dealt with advertising by third parties for online gambling and emphasized, among other things, that a blanket ban on influencer marketing is unlawful. At the same time, the Saxon Fiscal Court determined that there are no Union or constitutional objections to the newly introduced tax on virtual slot machine games. The Federal Fiscal Court ruled that virtual slot machine gaming and terrestrial slot machine gaming do not constitute similar types of services and that there is no need for equal treatment under VAT law. In civil law jurisdiction, 2022 saw a continuation of the line already discernible in the previous year of awarding players claims against gambling operators for the repayment of stakes in unauthorized games of chance.

113 Zum Ganzen OLG Köln, 3.6.2022 – I-6 U 47/20, ZfWG 2022, 471, 473 f.

114 Dazu und zum Folgenden OLG Köln, 3.6.2022 – I-6 U 47/20, ZfWG 2022, 471, 474.

115 Ausführlich OLG Köln, 3.6.2022 – I-6 U 47/20, ZfWG 2022, 471, 474 f.

116 OLG Köln, 3.6.2022 – I-6 U 47/20, ZfWG 2022, 471, 475.

117 OLG Hamm, 18.1.2022 – 5 Ws 387/21, BeckRS 2022, 1865.

118 Zum Ganzen OLG Hamm, 18.1.2022 – 5 Ws 387/21, BeckRS 2022, 1865 Rn. 2.

119 Siehe auch den Zwischenbericht der GGL bei der Bekämpfung des unerlaubten Glücksspiels im Internet *Schwanke/Wierzejewski*, ZfWG 2023, 150.

120 BayVGH, 23.3.2023 – 23 CS 23.195 juris; OVG Rheinland-Pfalz, 31.1.2023 – 6 B 11175/22.OVG, ZfWG 2023, 197; VG Köln, 15.2.2023 – 24 L 1718/22, juris; VG Düsseldorf, 3.2.2023 – 3 L 2261/22, ZfWG 2023, 181 m. Anm. *Anstötz/Tautz*, ZfWG 2023, 183; VG München, 10.1.2023 – M 27 S 22. 5246, juris. Zur Thematik siehe auch *Liesching*, ZfWG 2022, 404.

121 VG München, 7.2.2023 – M 27 K 22.3269, juris.

Dr. Hugo Godschalk, Frankfurt am Main*

§ 16 Abs. 6 Geldwäschegesetz (GwG) – Exegetische Widersprüche

Aus § 16 Abs. 6 GwG ergibt sich die Zulässigkeit von weiteren nicht-anonymen Zahlungsinstrumenten zur Aufladung des Spielerkontos neben der im Absatz 4 genannten zahlungskontobezogenen Überweisung, Lastschrift und Kartenzahlung. Die verwirrenden und inkonsistenten Aussagen

in der damaligen Gesetzesbegründung (2012) und deren entsprechenden Übernahme in den betreffenden behördlichen Auslegungs- und Anwendungshinweisen schaffen Rechts-

* Auf Seite III erfahren Sie mehr über den Autor.

unsicherheit. Weitere Widersprüche entstehen durch die Verwaltungspraxis der BaFin zum ZAG.

I. Einleitung

§ 16 GwG enthält besondere Vorschriften für das Glücksspiel im Internet vor allem in Bezug auf das hierfür erforderliche Spielerkonto und die hierauf und hiervon erfolgenden monetären Zu- und Abflüsse. § 16 Abs. 4 GwG verpflichtet den Internet-Glücksspielanbieter (oder -vermittler) zur Sicherstellung, dass Zahlungen auf das Spielerkonto „nur“ bargeldlos mittels der Zahlungsinstrumente Lastschrift, Überweisung oder Karte erfolgen, die über ein Zahlungskonto des Spielers bei einem Kredit-, Zahlungs- oder E-Geld-Institut abgewickelt werden. Offensichtlich ist diese Auflistung trotz der Verwendung des Adverbs „nur“ nicht abschließend, denn § 16 Abs. 6 GwG eröffnet eine weitere Einzahlungsmöglichkeit auf das Spielerkonto. Diese zusätzliche Option beinhaltet die Zahlung mittels der Übertragung monetärer Werte, die auf Instrumenten gespeichert sind, die unter eine der in § 2 Abs. 1 Nr. 10 ZAG genannten Bereichsausnahme fallen.

§ 16 Abs. 6 GwG bezieht sich auf Instrumente nach § 2 Abs. 1 Nr. 10 ZAG, die für Transaktionen des Spielers auf seinem Spielerkonto genutzt werden. Aufgrund dieses Gesetzesverweises sind die Bestimmungen des ZAG, das BaFin-Merkblatt „Hinweise zum Zahlungsdiensteaufsichtsgesetz“ (Stand: 14.2.2023; im Folgenden „ZAG-Merkblatt“ genannt) und die derzeitige Verwaltungspraxis der BaFin relevant.

Zudem sind die Auslegungs- und Anwendungshinweise (im Folgenden AuA genannt) zum Geldwäschegesetz (GwG) der Obersten Aufsichtsbehörden der Länder im Glücksspielsektor (im Folgenden OGLüA genannt) ein Leitfaden für die Auslegung und Anwendung von § 16 GwG (Stand: November 2020; im Folgenden AuA (2020) genannt).

In der Praxis führen die Aussagen beider Behörden zu exegetischen Widersprüchen, die Rechtsunsicherheit schaffen. Im Folgenden wird auf das Missverständnis der AuA (2020) und ihrer Vorgängerversionen (2014, 2019) eingegangen, die davon ausgehen, dass sich § 16 Abs. 6 GwG auf sog. zweiseitige Instrumente, die allerdings nicht vom ZAG erfasst werden, bezieht. Aus diesem Grund ist eine Klärung erforderlich.

Zuerst wird § 16 Abs. 6 GwG ohne Berücksichtigung existierender behördlicher AuA auf Basis des Wortlauts, Kontextes, Zielsetzung und damaliger Begründung ausgelegt. Anschließend werden die Widersprüche zu und in den behördlichen Auslegungen dargestellt.

§ 16 Abs. 6 GwG wurde 2018 mit der Umsetzung der Vierten EU-Geldwäscherichtlinie eingeführt. Es handelt sich um eine Übernahme des ursprünglichen § 9c Abs. 5 GWG a.F.¹, der 2013 im Rahmen der Einführung besonderer Vorschriften für das Glücksspiel im Internet in das GwG Eingang fand. Im Rahmen dieser Überführung wurde der Text des § 9c Abs. 5 GwG a.F. nur redaktionell überarbeitet. Aus diesem Grund wird im Folgenden nicht zwischen beiden inhaltlich gleichen Gesetzestexten differenziert.

II. Auslegung nach dem Wortlaut

Ein monetärer Wert, der auf einem Instrument nach § 2 Abs. 1 Nr. 10 ZAG gespeichert ist, ist gemäß § 1 Abs. 2 Satz 3 ZAG kein E-Geld. Solche monetären Werte erfüllen zwar die in § 2 Abs. 1 Satz 2 ZAG enthaltenen Tatbestandsvoraussetzungen von E-Geld, stellen aber wegen des Vorliegens einer der Bereichsausnahmen gemäß § 2 Abs. 1 Nr. 10 ZAG kein E-Geld dar. Bei diesen Bereichsausnahmen (im Folgenden LNE – Limited Network Exclusion – genannt²) handelt es sich demnach um Instrumente, auf denen monetäre Werte gespeichert sind, die

- „für den Erwerb von Waren oder Dienstleistungen in den Geschäftsräumen des Emittenten oder innerhalb eines begrenzten Netzes von Dienstleistern im Rahmen einer Geschäftsvereinbarung mit einem professionellen Emittenten eingesetzt werden können,
- für den Erwerb eines sehr begrenzten Waren- oder Dienstleistungsspektrums eingesetzt werden können, oder
- beschränkt sind auf den Einsatz im Inland und auf Ersuchen eines Unternehmens oder einer öffentlichen Stelle für bestimmte soziale oder steuerliche Zwecke nach Maßgabe öffentlich-rechtlicher Bestimmungen für den Erwerb der darin bestimmten Waren oder Dienstleistungen von Anbietern, die eine gewerbliche Vereinbarung mit dem Emittenten geschlossen haben, bereitgestellt werden“.

Im Hinblick auf den für § 16 GwG relevanten Wirtschaftssektor (Glücksspiel im Internet) ist davon auszugehen, dass in der Praxis vor allem die unter § 2 Abs. 1 Nr. 10 ZAG Bst. a) und b) ZAG genannten Fallgruppen relevant sind.

§ 16 Abs. 6 GwG bezieht sich aus drei Gründen unmittelbar ausschließlich auf sog. dreiseitige Systeme, in denen der Emittent des Instruments und zumindest einer der Leistungserbringer (Akzeptanzstelle) zwei voneinander getrennte Parteien sind. Im Gegensatz hierzu sind bei sog. zweiseitigen Systemen beide Parteien (Emittent und Leistungserbringer) stets identisch (keine Drittakzeptanz).³ Wie vorhin erläutert, setzt erstens § 16 Abs. 6 GwG Produkte voraus, die die Kriterien der E-Geld-Legaldefinition erfüllen müssen. § 2 Absatz 1 Satz 2 ZAG setzt die Dreiseitigkeit als Tatbestandsvoraussetzung des E-Geldes voraus (Annahme der monetären Werteinheiten „auch von anderen natürlichen oder juristischen Personen als dem Emittenten“).

Zweitens findet die ZAG-LNE aufsichtsrechtlich nur Anwendung auf dreiseitige Systeme, auch wenn es sich nicht um E-Geld, sondern um andere Zahlungsinstrumente handelt.⁴ Diese aufsichtsrechtliche Auslegung der LNE ist aller-

1 § 9c Abs. 4 GwG a.F. lautete: „Soweit der Verpflichtete oder ein anderer Emittent monetäre Werte ausstellt, die auf Instrumenten im Sinne des § 1 Absatz 10 Nummer 10 des Zahlungsdiensteaufsichtsgesetzes gespeichert sind und für Transaktionen auf ein Spielerkonto genutzt werden sollen, hat der Verpflichtete gegenüber der zuständigen Behörde sicherzustellen, dass der Inhaber des monetären Werts mit dem Inhaber des Spielerkontos identisch ist.“

2 Diese mittlerweile in der europäischen Regulierung übliche Bezeichnung deckt alle drei Fallgruppen gemäß Art. 3 (k) der PSD2 ab, auch wenn im Wortlaut nur die erste Fallgruppe („begrenzte Netzwerke“) zum Ausdruck kommt.

3 Siehe zu den Kriterien von zwei- und dreiseitigen Systemen BT-Drs. 13/7142, S. 64.

4 Auch die neuen Leitlinien der EBA zur LNE (Final Report, Guidelines on the limited network exclusion under PSD2 vom 24.2.2022) setzen ein dreiseitiges Verhältnis zwischen Emittenten, Akzeptanzstelle und Inhaber des Zahlungsinstruments zur Anwendung der LNE voraus.

dings nicht zwingend. Bedingt durch § 8 Abs. 1 Satz 3 EStG, der ebenfalls auf die LNE gemäß § 2 Abs. 1 Nr. 10 ZAG verweist, folgt das Bundesministerium der Finanzen derzeit einer lohn- und einkommenssteuerrechtlichen Auslegung, wonach zweiseitige Systeme die LNE-Kriterien auch erfüllen.⁵ Die Gründe für eine geldwäscherechtl. Auslegung, die von der aufsichtsrechtlichen abweicht, sind aber nicht ersichtlich.

Drittens setzt die Anwendung des § 16 Abs. 6 GwG „monetäre Werteinheiten“ voraus. Auch wenn man dem offensichtlichen Verweis auf die E-Geld-Kriterien nicht folgen würde, schließt diese Voraussetzung bedingt durch das Adjektiv „monetär“ die Nur-Anwendung in einem Zwei-Parteien-System aus.⁶ Das Adjektiv bedingt zumindest eine gewisse Geldfunktionalität⁷, die gemäß Auffassung der BaFin⁸ gegebenenfalls begrenzt sein kann.

Vom Wortlaut her gibt es demnach für § 16 Abs. 6 GwG nur zwei Anwendungsfälle:

1. Der Verpflichtete nach § 2 Abs. 1 Nr. 15 GwG („Veranstalter und Vermittler von Glücksspielen“) ist Emittent der monetären Werteinheiten, die (auch) von Dritten akzeptiert werden, oder
2. ein anderer Emittent (Nicht-Verpflichteter) gibt die monetären Werteinheiten heraus, die beim Verpflichteten und bei Dritten akzeptiert werden.

Die Akzeptanz bezieht sich gemäß § 16 Abs. 6 GwG nur auf „Transaktionen auf einem Spielerkonto“, wobei der jeweilige Emittent sicherstellen muss, „dass der Inhaber des monetären Werts mit dem Inhaber des Spielerkontos identisch ist.“ Aufgrund der engen Begrenzung der Verwendung der monetären Einheiten zum Zwecke der Aufladung von Spielerkonten bezieht sich die LNE in der Regel auf die zweite Fallgruppe, in der die monetären Werteinheiten für den Erwerb eines sehr begrenzten Waren- oder Dienstleistungsspektrums (hier: Aufladung eines Spielerkontos zur Durchführung des Glücksspiels) eingesetzt werden können. Mit dem Instrument (z. B. einer Karte) kann der Inhaber demnach seine Spielerkonten aufladen, die bei unterschiedlichen Glücksspielanbietern auf seinen Namen geführt werden.

III. Systematische Auslegung

§ 16 Abs. 6 GwG regelt offensichtlich eine zusätzliche Option zur Aufladung des Spielerkontos, die von den Bestimmungen des § 16 Abs. 4 GwG nicht abgedeckt wird. Gemäß § 16 Abs. 4 GwG soll der Verpflichtete sicherstellen, dass die Transaktionen des Spielers auf das Spielerkonto mittels Lastschrift, Überweisung oder Zahlungskarte von einem Zahlungskonto des Spielers (nach § 1 Abs. 17 ZAG) erfolgen soll. Diese drei im § 16 Abs. 4 GwG genannten Optionen, die einen Geldtransfer vom Zahlungskonto des Spielers auf das Zahlungskonto des Verpflichteten bewirken, sind nicht abschließend, da sonst § 16 Abs. 6 GwG, der weitere Optionen vorsieht, keinen Anwendungsfall hätte. Der Wortlaut des § 16 Abs. 4 Satz 1 GwG besagt allerdings, dass Transaktionen auf das Spielerkonto „nur“ mittels Lastschrift, Überweisung oder Zahlungskarte erfolgen dürfen. Das Adverb „nur“ kann hier nicht im Sinne von „ausschließlich“ oder „einzig und allein“ verstanden werden, da sonst § 16 Abs. 6 GwG leerlaufen würde.⁹ Es ist hier fehl am Platz.

§ 16 Abs. 6 GwG beinhaltet – im Gegensatz zu der Ausnahmeregelung für Zahlungen in geringer Höhe gemäß § 16

Abs. 4 Satz 2 GwG – keine Ausnahmeregelung in Bezug auf § 16 Abs. 4 GwG. Es handelt sich demnach um eine weitere, von § 16 Abs. 4 GwG unabhängige Option zur Aufladung des Spielerkontos. Daher stellt sich die Frage, ob in § 16 Abs. 4 und 6 GwG sämtliche Optionen zur Aufladung des Spielerkontos abschließend erwähnt werden oder ob weitere Möglichkeiten gesetzlich zulässig sind. Ausgehend von der damaligen Begründung des Entwurfs zur Ergänzung des Geldwäschegesetzes (GwGErgG) der Bundesregierung vom 24.9.2012¹⁰ zu den Bestimmungen des mit dieser Ergänzung eingeführten § 9c GwG a. F. sprechen überwiegende Argumente dafür, dass es weitere zulässige Aufladoptionen gibt.

In der Gesetzesbegründung werden die drei Zahlungswege über das Zahlungskonto des Spielers (gemäß § 16 Abs. 4 GwG (bzw. § 9c Abs. 3 GwG a. F.)) zwar als „ausschließlich“ bezeichnet. Weiter heißt es: „Andere Zahlungsmethoden wie Barzahlung oder sonstige Geldtransfers sind ausgeschlossen.“¹¹ Anschließend werden aber zusätzlich und ausführlich mehrere alternative Zahlungsmethoden spezifisch genannt, die erlaubt oder auch nicht erlaubt sind. Als nicht erlaubte Zahlungsinstrumente bzw. -wege werden genannt:

- Barzahlung am Schalter eines Kreditinstituts zugunsten des Zahlungskontos des Verpflichteten und
- (anonymes) E-Geld.¹²

Gemäß der Leitlinie 1.13 gelten die LNE-Bestimmungen allerdings auch für die Transaktionen, die der Emittent (als eine der Akzeptanzstellen) als Zahlungsmittel akzeptiert. Siehe auch Comment Nr. 47, S. 61.

- 5 Siehe Schreiben des BMF an die Obersten Finanzbehörden der Länder in Bezug auf die Abgrenzung zwischen Geld- und Sachleistung vom 15.3.2022, Rn. 9. Der Verweis im EStG bezieht sich auf die Kriterien der LNE, die erfüllt sein müssen, damit Gutscheine und Geldkarten als Sachbezug anerkannt werden können. Die vom BMF festgelegten Kriterien orientieren sich zwar an dem Kriterienkatalog, den die BaFin gemäß des ZAG-Merkblatts (Stand 2023) in ihrer Verwaltungspraxis anwendet, sind aber zum Teil enger gezogen. Steuerrechtlich gesehen beinhaltet ein zweiseitiges System die maximal mögliche Begrenzung und erfüllt damit sui generis die Kriterien der LNE-Begrenzung.
- 6 Bereits im ersten Entwurf der Europäischen Kommission für eine Richtlinie zur aufsichtsrechtlichen Regulierung des E-Geldes (Vorschlag vom 21.9.1998 (98/C 317/06)) wurde das Adjektiv „monetary“ für die Werteinheiten, die definitorisch als E-Geld bezeichnet werden, verwendet. Auch die EZB prägt kurz davor in ihrem Report on Electronic Money (August 1998) für E-Geld den definitorischen Begriff „monetary value“ (S. 7), schließt aber Werteinheiten in zweiseitigen Systemen wegen der mangelnden Geldfunktion aus (S. 31).
- 7 Siehe ausführlich Godschalk, ZdiW, Heft 9 (2021), 348 f.
- 8 „Ein monetärer Wert ist jede Art von Zahlungsmittel. Der Begriff des monetären Werts erfasst neben gesetzlichen Zahlungsmitteln jede Art von Tauschmittel, das allgemein oder auch nur in einem bestimmten soziokulturellen Umfeld oder auch nur von den Parteien einer multilateralen Rahmenvereinbarung als Bezahlung für bestimmte Waren oder Dienstleistungen akzeptiert wird.“ (ZAG-Merkblatt der BaFin – Stand 2023)
- 9 Dieser wortlautbedingte innerparagrafliche Widerspruch wurde bislang – soweit bekannt – in den einschlägigen Rechtskommentaren sowie in den AuA der Obersten Glücksspielaufsichtsbehörden nicht diskutiert.
- 10 Siehe BT-Drs. 17/10745 vom 24.9.2012 (im Folgenden zitiert als Gesetzesbegründung 2012).
- 11 Gesetzesbegründung 2012, S. 16.
- 12 „Die Entgegennahme von elektronischem Geld nach Maßgabe des § 1a Absatz 3 des Zahlungsdiensteaufsichtsgesetzes ist ebenfalls nicht gestattet“. § 1a Abs. 3 ZAG a. F. bezieht sich auf die unveränderte Legaldefinition des E-Geldes gemäß § 2 Absatz 1 Satz 2 ZAG. Der Bundesregierung geht aber in dieser Begründung irrtümlicherweise davon aus, dass sämtliches E-Geld anonym herausgegeben wird: „Die Produktformen des elektronischen Geldes hinterlassen aufgrund ihrer von den Emittenten und dem Vertrieb gerade im Onlineglücksspiel offensiv beworbenen Anonymität keinerlei Papierspur.“ (S. 16). In den Beispielen verweist sie nur auf die monetären Werteinheiten, die im Chip einer Karte gespeichert sind (wie die sog. GeldKarte als Applikation der Debitkarte des deutschen Kreditgewerbes), die zu diesem Zeitpunkt (2012) in der Regel für Kleingeldzahlungen anonym genutzt

Ausdrücklich als mögliche Form der Aufladung von Spielerkonten genannt ist dagegen – mit einem indirekten Verweis auf den hier zur Diskussion stehenden § 9c Abs. 5 GwG a. F. (§ 16 Abs. 6 GwG) – die Verwendung monetärer Werte, die auf Instrumenten gemäß § 1 Abs. 10 Nr. 10 ZAG a. F. (§ 2 Abs. 1 Nr. 10 ZAG) gespeichert sind. Diese zusätzliche Option widerspricht dem in der Begründung ausdrücklich postulierten Ausschließlichkeitsprinzip des § 16 Abs. 4 GwG, da diese Option nicht die Voraussetzungen von § 16 Abs. 4 GwG erfüllt und demnach nicht als Unterfall dieses Absatzes verstanden werden kann. Die Zahlungsvorgänge gemäß § 16 Abs. 6 GwG erfolgen in der Regel nicht von einem Zahlungskonto des Spielers und werden auch nicht mittels Lastschrift, Überweisung oder Zahlungskarte entsprechend der jeweiligen ZAG-Definitionen ausgeführt.

Besonders aufschlussreich für das sonst nicht nachvollziehbare Verständnis der AuA bezüglich der Relevanz des § 16 Abs. 6 GwG (bzw. § 9c Abs. 5 GwG a. F.) und damit des ZAG für zweiseitige Instrumente ist der folgende Abschnitt der damaligen Gesetzesbegründung (2012), in dem die Bundesregierung mit Bezug auf diesen Absatz möglicherweise zwei Produktvarianten darlegen möchte (S. 16–17):

1. „Soweit der Verpflichtete oder ein Anderer monetäre Werte emittiert, die die Voraussetzungen der Definition des E-Gelds nach § 1a Absatz 3 des Zahlungsdiensteaufsichtsgesetzes durch das Vorliegen eines negativen Tatbestands nach § 1a Absatz 5 des Zahlungsdiensteaufsichtsgesetzes¹³ nicht erfüllen, hat der Verpflichtete nach Absatz 5 gegenüber der zuständigen Behörde gleichwohl technisch oder organisatorisch sicherzustellen, dass der Inhaber des monetären Werts mit dem Inhaber des Spielerkontos identisch ist. Dies setzt beispielsweise voraus, dass der Emittent einer Prepaid-Karte, die ausschließlich in einem zweiseitigen System für das Glücksspiel im Betrieb des Verpflichteten genutzt werden kann, diese nur an den Spieler gegen Zahlung eines Geldbetrages vertreiben darf.“
2. „Soweit der Anbieter oder ein Dritter monetäre Werte, die auf Instrumenten im Sinne des § 1 Absatz 10 Nummer 10 des Zahlungsdiensteaufsichtsgesetzes gespeichert sind, ausstellt, um damit dem Spieler gegen einen von diesem hingebenen Geldbetrag die Teilnahme am Onlineglücksspiel zu ermöglichen, wird zwar nach § 1a Absatz 5 Nummer 1 Zahlungsdiensteaufsichtsgesetz kein E-Geld generiert, weil es sich insoweit um so genannte zweiseitige Systeme handelt, die von der Richtlinie 2009/110/EG ausgenommen sind und auf die das Geldwäschegesetz insoweit keine Anwendung findet. Um einer Umgehung bei der konsequenten Einhaltung des Transparenzgebots von Zahlungsströmen beim Onlineglücksspiel entgegenzuwirken, sieht Absatz 5 vor, dass der Verpflichtete gegenüber der zuständigen Behörde mit angemessenen Maßnahmen sicherstellt, dass der Inhaber des monetären Werts mit dem Inhaber des Spielerkontos identisch ist.“

Inhaltlich handelt es sich hier aber um unterschiedliche Beschreibungen eines identischen Sachverhalts als Begründung des § 16 Abs. 6 GwG. Der Sinn ist nicht ersichtlich. Möglicherweise handelt es sich um einen redaktionellen Fehler. In beiden Fällen wird auf „zweiseitige Systeme“¹⁴ Bezug genommen, die – wie vorhin dargelegt – für die Anwendung des § 16 Abs. 6 GwG im Gegensatz zu dreisei-

tigen Systemen grundsätzlich keine Relevanz haben. Schon die Erwähnung der Option eines Drittemittenten, der nicht mit dem Verpflichteten identisch ist, schließt die Zweiseitigkeit der Systeme aus.¹⁵

Im ersten Fall wird ein zweiseitiges System allerdings als Beispiel genannt. Hieraus könnte man noch schließen, dass die Bundesregierung *auch* zweiseitige Systeme unter die LNE subsumieren möchte. Im zweiten Fall wird behauptet, dass die Zweiseitigkeit die Bereichsausnahme für das E-Geld begründet. Dieser Gedanke ist völlig abwegig, da zweiseitige Systeme wegen eines fehlenden Tatbestands der E-Geld-Legaldefinition gar kein E-Geld darstellen können und demnach in der zweiten E-Geld-Richtlinie (2009/110/EG) nicht ausgenommen sind, sondern ihr erst gar nicht unterliegen.

Aufgrund dieser inhaltlichen Unklarheiten ist es eine anspruchsvolle Aufgabe den Willen der Bundesregierung zu destillieren, der dem § 16 Abs. 6 GwG zugrunde lag. Wille (Zulässigkeit von zweiseitigen Systemen) und Wortlaut (Zulässigkeit von dreiseitigen Systemen) sind zumindest nicht deckungsgleich.

Bedingt durch die Hinweise auf „zweiseitige Systeme“ und auf den Verpflichteten, der als Emittent eines Instruments auftritt, kann man davon ausgehen, dass die Zulassung zweiseitiger Systeme als weitere Option in § 16 Abs. 6 GwG zur Aufladung des Spielerkontos im Gesetzentwurf neben § 16 Abs. 4 GwG bezweckt wurde. Sie werden nur nicht vom Wortlaut des Gesetzestextes erfasst. Auch der Verweis auf die LNE gemäß ZAG ist unklar, da zweiseitige Systeme nicht unter das ZAG fallen. Die im Gesetzestext und der -begründung ausdrückliche Erwähnung eines Drittemittenten, der nicht mit dem Verpflichteten identisch ist, lässt nur den Schluss zu, dass dreiseitige Systeme ausdrücklich ebenfalls als zugelassene Option im Gesetzesentwurf beabsichtigt wurden. Für diese Systeme ist der Verweis auf die LNE des ZAG im § 16 Abs. 6 GwG allerdings wirksam.

Da die Bundesregierung in der Gesetzesbegründung in Bezug auf § 16 Abs. 6 GwG offensichtlich zwei unterschiedliche Fälle beschreiben wollte, ist es durchaus denkbar, dass im Fall 1 die zweiseitigen und im Fall 2 die dreiseitigen Systeme erörtert werden sollten. Ebenfalls plausibel ist die Annahme, dass § 16 Abs. 6 GwG – entsprechend dem Wortlaut – nur auf dreiseitige Systeme angewendet werden soll, in der Gesetzesbegründung jedoch zusätzlich auf die zweiseitigen Systeme als zusätzliche Option hingewiesen werden sollte.

Mit dieser Annahme stellt sich die Frage, ob § 16 GwG in den Absätzen 4 und 6 sämtliche zulässige Optionen abschließend erwähnt. Unter Berücksichtigung der Gesetzesbegründung 2012 muss die Frage verneint werden, da die

wurden. Sie übersieht das E-Geld, das an identifizierte Inhaber herausgegeben wird und deren Verwendung inhaberbezogen nachvollziehbar ist (z. B. PayPal).

¹³ Verweis auf die LNE („Kein E-Geld ist ein monetärer Wert, der auf Instrumenten im Sinne des § 1 Abs. 10 Nr. 10 gespeichert ist [...]“).

¹⁴ Es ist davon auszugehen, dass in der Gesetzesbegründung das übliche Verständnis eines zweiseitigen Systems zugrunde gelegt wurde. In der ersten Beschreibung wird dargelegt, dass die Karte für das Glücksspiel ausschließlich im Betrieb des Verpflichteten genutzt werden kann.

¹⁵ In den meisten Kommentaren wird die vermeintlich ausschließliche Relevanz des § 16 Abs. 6 GwG für zweiseitige Systeme kritiklos übernommen. Siehe z. B. Lang, in: Zentes/Glaab, GwG, 2. Auflage 2020, § 16 Rn. 18, *Achtelik*, in: Herzog, Geldwäschegesetz, 4. Auflage 2020, § 16 Rn. 10, *Ennuschai/Güldner*, in: Frey/Pelz, BeckOK, GwG, 10. Edition, Stand 1.6.2022, § 16, Rn. 30 und *Häberle*, in: Erbs/Kohlhaas, Strafrechtliche Nebengesetze, Stand 240. EL April 2022, § 16, Rn. 8.

Zulässigkeit zweiseitiger Systeme aus diesen Absätzen nicht abgeleitet werden kann. Die Verneinung lässt sich allerdings auch teleologisch begründen.

IV. Teleologische Auslegung

Zur Vermeidung von Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung soll die Identität des Spielerkontoinhabers und desjenigen, der das das Spielerkonto durch einen Geldtransfer auflädt, identisch sein. In beiden Fällen sollen die jeweiligen Identitäten vorher durch entsprechende Dokumente überprüft worden sein. Da die Identität des Spielers bei Aufladung seines Spielerkontos in der Regel im Onlineglücksspiel nicht vom Glücksspielanbieter oder -vermittler überprüft werden kann, wenn in einem Non-Face-to-Face-Umfeld die Zahlung in der Regel bargeldlos ohne unmittelbaren Kontakt zwischen Einzahler und Verpflichteten erfolgt, soll der Verpflichtete sich auf eine Identitätsprüfung des Zahlers durch Dritte verlassen.

Diese Voraussetzung ist bei ordnungsgemäß identifizierten Zahlungskonten gemäß § 1 Abs. 17 ZAG gegeben. Damit ist gewährleistet – so der Finanzausschuss des Deutschen Bundestages in seinem Bericht zum damaligen Gesetzentwurf (GwGErgG) vom 8.11.2012¹⁶ – dass „alle verbreiteten unbaren Zahlungsmethoden (Überweisung, Lastschrift, Kartenzahlung) einschließlich der Nutzung von E-Geld für Zahlungen auf ein Spielerkonto zulässig seien“¹⁷. Im Gegensatz zum Gesetzesentwurf der Bundesregierung hat der Bundestag rechtzeitig erkannt, dass auch E-Geld (mit Ausnahme des anonymen E-Geldes) in der Regel diese Voraussetzungen erfüllt.¹⁸

Aufgrund der Prüfung der Identität des Spielerkontoinhabers und des Geldeinzahlers und deren Übereinstimmung können „Zahlungsströme nachverfolgt und einer bestimmten Person (dem Spieler) zugeordnet werden“.¹⁹ Bei einer unmittelbaren anonymen Einzahlung mittels Bargeldes oder anonymen E-Geld-Produkte auf das Zahlungskonto des Verpflichteten zugunsten des Spielerkontos ist die Identität des Einzahlers für den Verpflichteten unbekannt und damit nicht zulässig.

Das einzige Kriterium in Bezug auf eine bestimmte Zahlungsmethode ist die systemimmanente Offenlegung der Identität des Einzahlers, damit die mit der des Spielerkontoinhabers abgeglichen werden kann. Wenn dieses Kriterium erfüllt ist, zeigt sich der Gesetzgeber „agnostisch“ bezüglich des jeweiligen Instrumentes. So wird pragmatisch das nicht-anonyme E-Geld entgegen der ursprünglichen Intention der Bundesregierung und ohne Änderung des Gesetzesentwurfs zu den zulässigen Zahlungsmethoden hinzugefügt.

§ 16 Abs. 4 GwG gewährleistet damit die Nutzung der gängigsten unbaren Zahlungsmethoden (inkl. E-Geld), die sich bereits durch eine systemische Identitätsprüfung des Einzahlers kennzeichnen. Bei anderen Zahlungsmethoden, wie den im Absatz 6 genannten LNE-Instrumenten auf Basis monetärer Werteinheiten, muss diese Identitätsprüfung gewährleistet sein, damit diese zulässig sind: „der Verpflichtete oder ein anderer Emittent (hat) sicherzustellen, dass der Inhaber des monetären Werts mit dem Inhaber des Spielerkontos identisch ist.“ Man könnte bei einer teleologischen Perspektive hinzufügen: „Dies gilt auch für zweiseitige Instrumente (wie eine Kundenkarte des Glücksspielanbieters) oder sonstige bargeldlose Zahlungsmethoden.“

V. AuA der OGlüA (2020)

Die ersten AuA der OGlüA (Stand 11.6.2014) wurden noch zusammen mit dem BMF erstellt. Die derzeit gültige Version (Stand November 2020) wird als „Gemeinsame Hinweise der Obersten Aufsichtsbehörden der Länder im Glücksspielsektor“ ohne BMF als Mitautor oder einen Hinweis auf Abstimmung mit dem BMF gekennzeichnet. Das gilt auch für die Vorgängerversion aus 2019 (Stand 1.2.2019).

Der hier relevante Abschnitt 4.4. (Besondere Vorschriften für das Glücksspiel im Internet – § 16 GwG) entspricht weitgehend dem Wortlaut des Abschnitts IV der AuA (2014) (Sicherungsmaßnahmen und Sorgfaltspflichten nach § 9 GwG und §§ 9a bis 9c GwG), der ursprünglich aus der Feder des BMF stammt. Inhaltliche Änderungen gegenüber den AuA (2014) werden im Folgenden gegebenenfalls gekennzeichnet.

Die AuA (2020) stellen ausdrücklich fest, dass „die Aufzählung in § 16 Abs. 4 GwG abschließend ist“²⁰. Auch eine Zahlung mittels E-Geld, die gegebenenfalls als eine Überweisung gemäß § 1 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 Bst. c ZAG aufgefasst werden kann, wird unter bestimmten Voraussetzungen als zulässig erklärt. „Davon erfasst ist auch elektronisches Geld (E-Geld), soweit dieses auf einem vollidentifizierten Konto nach den Maßgaben des ZAG gespeichert ist (wie z. B. Paypal).“²¹ Davon ausgenommen sind gemäß AuA allerdings Zahlungen mittels Prepaid-Kreditkarten (die monetären Werteinheiten auf dem Verrechnungskonto sind ebenfalls E-Geld), wenn kein vorgeschaltetes, vollidentifiziertes Zahlungskonto existiert.²² Vollidentifizierte Prepaid-Karten ohne ein derartiges zusätzliches Zahlungskonto sind demnach ausgeschlossen, obwohl sie der Intention des § 16 Abs. 4 GwG („den Zahlungsstrom in dem Moment, in dem er in den Kreislauf des Glücksspielveranstalters oder -vermittlers eintritt, einem konkreten Spieler zuzuordnen“²³) voll entsprechen. Außerdem ist es nicht ersichtlich, warum das E-Geld-Konto (Verrechnungskonto) einer girokontoungebundenen vollidentifizierten Prepaid-Kreditkarte kein zulässiges Zahlungskonto darstellen würde. Die Kriterien für diese Produktauswahl werden demnach nicht konsequent und nachvollziehbar gehandhabt.

Auf den offensichtlichen Widerspruch von § 16 Abs. 6 GwG zu § 16 Abs. 4 GwG unter der Annahme, § 16 Abs. 4 GwG sei abschließend, wird auch in der Erläuterung der „zweiseitigen Kundenkarten“ (ohne Erwähnung weiterer Optionen) als Anwendung des § 16 Abs. 6 GwG nicht eingegan-

16 Bericht des Finanzausschusses zu dem Gesetzesentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 17/11416 vom 8.11.2012

17 BT-Drs. 17/11416, S. 3 (eine nahezu identische Formulierung auf S. 7).

18 Ein ordnungsgemäß identifiziertes E-Geld-Konto erfüllt nach Ansicht des Bundestages die Voraussetzungen eines Zahlungskontos gemäß der ZAG-Definition. Siehe BT-Drs. 17/11416, S. 7

19 BT-Drs. 17/11416, S. 8

20 AuA (2020), S. 49.

21 AuA (2020), S. 48. Es ist verwunderlich, dass in der Literatur die Verwendung von (nicht-anonymem) E-Geld zur Aufladung des Spielerkontos gemäß Art. 16 Abs. 4 GwG trotz des ausdrücklichen Hinweises des Gesetzgebers (BT-Drs. 17/11416, S. 3 und 7) und der entsprechenden Aussagen in den AuA seit 2014 bis heute, weiterhin als nicht zulässig dargestellt wird. Siehe z. B. *Findeisen*, ZfWG 2021, 32, Fn. 4 und 18 sowie *Häberle*, in: Erbs/Kohlhaas, Strafrechtliche Nebengesetze, Werkstand: 240. EL April 2022, § 16 GwG, Rn. 5 und 6. Zu diesem Widerspruch, siehe auch *Ennuschat/Güldner*, in: Frey/Pelz, BeckOK GwG, 10. Edition, Stand 1.6.2022, § 16, Rn. 16–19.

22 Vgl. AuA (2020), S. 51.

23 AuA (2020), S. 49.

gen. Zum Schluss der AuA zum § 16 Abs. 4 GwG wird auf die zweiseitige Kundenkarte gemäß § 16 Abs. 6 GwG als zusätzliche Option zur Aufladung hingewiesen.²⁴ Es wird nur festgestellt, dass eine zweiseitige Kundenkarte keine Zahlungskarte im Sinne des ZAG ist. Damit fällt die Karte nicht unter die vorhin noch als abschließend bezeichnete Auflistung gemäß § 16 Abs. 4 GwG.

An dieser Stelle enthielten die AuA (2014) eine bemerkenswerte Aussage, die noch in den AuA (2019), aber nicht länger in der 2020-Version enthalten ist:

„Hierbei handelt es sich um nicht vom ZAG erfasste zweiseitige Systeme, in denen die Kundenkarte nur gegenüber einem bestimmten Veranstalter bzw. Vermittler (Akzeptanzstelle) als Zahlungsmittel eingesetzt werden kann.“²⁵

Dieser ursprünglichen Aussage ist ohne Einschränkung zuzustimmen, sie widerspricht allerdings dem Wortlaut des § 16 Abs. 6 GwG, in dem der Einsatz von Instrumenten der LNE gemäß ZAG (mit Speicherung monetärer Werte) vorausgesetzt wird.

Ergänzend wird als Kriterium hinzugefügt:

„Je nach der Breite der angebotenen Produktpalette muss die Karte zudem einem klaren Spielsegment zugeordnet sein (geschlossenes Netz).“²⁶

An dieser Stelle wird offensichtlich auf die zweite Fallgruppe der LNE gemäß § 2 Abs. 1 Nr. 10 Bst. b ZAG hingewiesen (Instrumente, die „für den Erwerb eines sehr begrenzten Waren- oder Dienstleistungsspektrums eingesetzt werden können“). Die Kennzeichnung „geschlossenes Netz“ wäre für ein zweiseitiges System gegebenenfalls noch angebracht, nicht dagegen für die „Breite der angebotenen Produktpalette“. Außerdem können die monetären Werte gemäß § 16 Abs. 6 GwG nur für „Transaktionen auf einem Spielerkonto“ (Aufladung) genutzt werden. Damit ist der Hinweis auf eine „Breite der angebotenen Produktpalette“ sinnlos und zudem irreführend, da mit dem Instrument keine Produkte erworben werden können.

In Bezug auf die zweiseitige Karte wird zwischen zwei Fällen differenziert: Erwerb mittels einer bargeldlosen Transaktion (Überweisung, Debit- oder Kreditkarte) oder am physischen POS mittels Barzahlung. Im ersten Fall ist analog den Vorschriften in § 16 Abs. 4 GwG eine Überprüfung der Übereinstimmung zwischen dem genutzten Konto erforderlich. Im zweiten Fall muss die Identität des Barzahlers mit der Identität des Inhabers des Spielerkontos abgeglichen werden.²⁷ Seit der Version 2019 wird hinzugefügt, dass im Fall der Bargeldeinzahlung einer zweiseitigen Karte am POS zusätzlich sichergestellt werden soll, dass die erworbene Karte auch nur für dieses Spielerkonto einsetzbar ist.²⁸ Diese Anforderung könnte auch bei der in den AuA nicht erwähnten dreiseitigen Karte umgesetzt werden.

VI. Erwerb von Waren und Dienstleistungen gemäß § 2 Abs. 1 Nr. 10 ZAG (LNE)

Gemäß § 2 Abs. 1 Nr. 10 ZAG dienen sämtliche Zahlungsinstrumente der LNE zum „Erwerb von Waren und Dienstleistungen“, deren Spektrum in der zweiten Fallgruppe („limited range“) „sehr begrenzt“ bzw. in der dritten Fallgruppe „für bestimmte soziale oder steuerliche Zwecke“ gestaltet sein soll. Das ZAG-Merkblatt der BaFin verzichtet auf eine Definition der Begriffe „Waren“ und „Dienstleistungen“. Es stellt sich die Frage, ob mit den LNE-Instrumenten

z.B. auch Devisen, Berechtigungsscheine, Gutscheine (zweiseitige oder andere LNE-Gutscheine) erworben werden können, die ihrerseits wieder für den Erwerb weiterer Waren und Dienstleistungen genutzt werden können.

In der Verwaltungspraxis der BaFin wird derzeit die Auffassung vertreten, dass die LNE-Instrumente nur unmittelbar zum Erwerb von Waren und Dienstleistungen verwendet werden können.²⁹ Gemäß dem neuen Formular für die Neuanzeigespflicht für Anzeigen nach § 2 Absatz 2 ZAG³⁰ wird unter Abschnitt E.6 verlangt, dass das Zahlungsinstrument „unmittelbar für den Waren-/Dienstleistungserwerb verwendet“ wird mit folgendem Hinweis: „Die bloße Befüllung eines anderen Instruments/Kontos ist nicht unmittelbar!“.

Diese Restriktion führt nicht nur zum Ausschluss des Erwerbs bestimmter Berechtigungsscheine durch LNE-Instrumente, die im ZAG-Merkblatt als Beispiele ausdrücklich erwähnt sind (z. B. ÖPNV-, Kino- und Freizeitparkkarten³¹), sondern auch zum Ausschluss der (dreiseitigen) Kundenkarten, die gemäß § 16 Abs. 6 GwG ausschließlich für Transaktionen auf einem Spielerkonto herausgegeben werden. Demnach setzt § 16 Abs. 6 GwG die Existenz eines spezifischen LNE-Instruments nach § 2 Abs. 1 Nr. 10 ZAG zur Aufladung des Spielerkontos voraus, das aber von der BaFin aufgrund dieser Kontobefüllung nicht als LNE-Instrument anerkannt wird.

Bedingt durch die derzeitige BaFin-Verwaltungspraxis bezüglich der Anforderung des *unmittelbaren* Erwerbs von Waren und Dienstleistungen mittels LNE-Instrumenten könnte § 16 Abs. 6 GwG demnach nicht angewendet werden. Dieser Zirkelschluss lässt sich dadurch auflösen, dass die BaFin ihre Verwaltungspraxis, zumindest für LNE-Produkte, die im Onlineglücksspiel gemäß § 16 Abs. 6 GwG zum Aufladen eines Spielerkontos genutzt werden, revidiert.

VII. Regelung im Glücksspielstaatsvertrag 2021

Die glücksspielrechtlichen Regelungen im Glücksspielstaatsvertrag (GlüStV 2021) bieten hinsichtlich der oben genannten Widersprüche leider keine Lösungsansätze. Der GlüStV 2021 übernimmt in § 6b Abs. 4, Satz 1 GlüStV 2021 nur die entsprechende Vorgabe des § 16 Abs. 4 Satz 1 Nr. 2 GwG, wonach Einzahlungen auf das Spielkonto „ausschließlich“ (statt „nur“) von einem auf den Namen des Spielers errichteten Zahlungskonto nach § 1 Abs. 17 ZAG³² geleistet werden dürfen. Auf die Auflistung der Zahlungs-

24 Vgl. AuA (2020), S. 49. Dieser Satz als Bindeglied zwischen den Absätzen 4 und 6 fehlt in den ursprünglichen vom BMF formulierten AuA (2020).

25 AuA (2014), S. 35.

26 AuA (2014), S. 52 bzw. AuA (2020), S. 52.

27 Vgl. AuA (2020), S. 52 f.

28 AuA (2019), S. 53 bzw. AuA (2020), S. 53. Im Original ist dieser hinzugefügte Satz unterstrichen.

29 Vgl. *Tiemann*, Die Zeit läuft, BaFinJournal vom April 2022, S. 18.

30 Anzeigepflicht für Emittenten von LNE-Instrumenten mit einem Zahlungsvolumen über 1 Mio. EUR; https://www.bafin.de/SharedDocs/Downloads/DE/Formular/A/dl_formular_anzeigen_nach_para_2_abs_2_zag.html

31 Mit diesen „unmittelbaren“ LNE-Instrumenten können Fahr- und Eintrittskarten erworben werden, die erst in einem nächsten Schritt (also mittelbar) zum Erwerb einer Dienstleistung berechtigen.

32 Das Zahlungskonto soll gemäß § 6b Abs. 4 Satz 1 GlüStV bei einem Verpflichteten nach § 2 Abs. 1 Nr. 1 (Kreditinstitute) oder Nr. 3 (E-Geld- und Zahlungsinstitute) GWG eingerichtet werden. Die Erläuterungen zum GlüStV nennt entgegen dieser Vorgabe auch die Nutzung eines Zahlungskontos bei einem Finanzdienstleistungsinstitut, das ein Verpflichteter gemäß § 2 Abs. 1 Nr. 2 ist.

methoden (Lastschrift, Überweisung, Karte) gemäß § 16 Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 GwG sowie auf die Nennung der Option der Nutzung eines LNE-Instruments gemäß § 16 Abs. 6 GwG wird verzichtet. In den Erläuterungen zum GlüStV 2021 wird in diesem Zusammenhang darauf hingewiesen, dass die geldwäscherechtlichen Vorgaben „jedoch unberührt“ bleiben (S. 57). Satz 2 des § 6b Abs. 4 GlüStV 2021 enthält die Vorgabe, dass „Ein- oder Auszahlungen über anonyme Zahlungsmittel im Fernbetrieb nicht zulässig“ sind. Dieser Satz ist strenggenommen überflüssig, da Satz 1 wegen der „ausschließlichen“ Verwendung eines identifizierten Zahlungskontos diese Vorgabe bereits implizit enthält. Der GlüStV 2021 perpetuiert damit den Widerspruch des § 16 GwG, der sich aus dem Wortlaut der Absätze 4 und 6 ergibt. Gemäß Aussagen von Marktteilnehmern wandte die bis Ende 2022 zuständige oberste Glücksspielbehörde (Landesverwaltungsamt in Halle) eine Verwaltungspraxis an, die eine teleologisch geprägte Interpretation des § 16 Abs. 6 GwG bzw. des § 6b Abs. 4 GlüStV 2021 verfolgte. Demnach können auch (dreiseitige) LNE-Produkte zum Aufladen des Spielerkontos verwendet werden, wenn sichergestellt ist, dass der Inhaber des Produktes (z. B. Spielerkarte) mit dem Inhaber des Spielerkontos identisch ist. Das identifizierte Konto, das dem LNE-Produkt zugrunde liegt, wird pragmatisch mit einem Zahlungskonto nach § 1 Abs. 17 ZAG gleichgestellt. Bis zu einer entsprechenden Änderung des GwG bzw. des GlüStV 2021 zur Beseitigung der Widersprüche sollte wenigstens in den AuA (2020) bzw. in den Erläuterungen zum GlüStV 2021 diese Auffassung kundgetan werden.

VIII. Fazit

§ 16 GwG regelt in den Absätzen 4 und 6 die zulässigen Zahlungsmethoden für das Aufladen eines Spielerkontos für das Glücksspiel im Internet. Demnach sind nicht nur die ZAG-definierten Überweisung, Lastschrift und Zahlungskarte, die Zahlungsvorgänge von einem Zahlungskonto des Spielers auslösen, zulässig, sondern auch Aufladungen mittels monetärer Werteinheiten, die auf Instrumenten gemäß § 2 Abs. 1 Nr. 10 ZAG (LNE) gespeichert sind.

Unter diese LNE-Instrumente gemäß § 16 Abs. 6 GwG, deren Gestaltung und Einsatzmöglichkeiten dem ZAG unterliegen, fallen gemäß dem Wortlaut des betreffenden Absatzes ausschließlich Instrumente in sog. dreiseitigen Systemen (Existenz von Leistungserbringern, die nicht mit dem Emittenten identisch sind).

Eine systematische und teleologische Auslegung des § 16 GwG zeigt, dass darüber hinaus auch zweiseitige Zahlungsmethoden (Emittent des Instruments ist identisch mit dem Leistungserbringer) zur Aufladung des Spielerkontos als zulässig betrachtet werden können. Vermutlich aufgrund redaktioneller Fehler wurden diese zweiseitigen Zahlungsmethoden in der damaligen Gesetzesbegründung der Bundesregierung (2012) versehentlich unter § 16 Abs. 6 GwG subsumiert. Dieses Missverständnis wurde in den AuA der Obersten Aufsichtsbehörden der Länder im Glücksspielsektor bis heute beibehalten und leider auch in den meisten Gesetzeskommentaren kritiklos übernommen. Zweiseitige Systeme unterliegen – im Gegensatz zu dreiseitigen Systemen – nicht den LNE-Anforderungen des ZAG und damit nicht der diesbezüglichen Verwaltungspraxis der BaFin.

In Bezug auf (dreiseitige) LNE-Instrumente regelt die derzeitige Verwaltungspraxis der BaFin, dass diese Instrumente nur unmittelbar für den Erwerb von Waren und Dienstleistungen genutzt werden dürfen. Das Befüllen eines Kontos ist gemäß BaFin ausdrücklich nicht zulässig. Dies steht im eklatanten Widerspruch zu der Anforderung des § 16 Abs. 6 GwG, dass diese LNE-Instrumente im Internetglücksspiel explizit zum Aufladen des Spielerkontos einsetzbar sind.

In der Praxis können die Missverständnisse zu zweiseitigen Instrumenten in den AuA (2020) und die zum GwG widersprüchliche Verwaltungspraxis der BaFin bezüglich dreiseitiger Instrumente eine erhebliche Barriere für eine gesetzeskonforme Produktgestaltung durch die jeweiligen Emittenten dieser Instrumente im Onlineglücksspielsektor führen.

Summary

Both the wording and the systematic and teleological interpretation of Section 16 (6) of the German Anti-Money Laundering Act (GwG) lead to the result that the three-sided, non-anonymous instruments subject to limited network exclusion (LNE) pursuant to the ZAG can be used for topping up the player account in internet gaming. This result does not exclude that, in addition, the two-sided instruments exclusively mentioned in the regulatory AuA (2020) in connection with this paragraph are also permissible. BaFin's stipulation that LNE instruments may not be used to fill an account as a matter of principle is contrary to the GwG and should be revised, at least for player accounts.

RA Carsten Bringmann und Wiss. Mit. Fabian Löcken, Düsseldorf*

Die Auswahl zwischen konkurrierenden Spielhallen

Das Transparenzgebot als materiell-rechtliche Schranke behördlicher Auswahlentscheidungen

Im Falle mehrerer, das Mindestabstandsgebot des Glücksspielstaatsvertrags verletzender Spielhallen muss die Behörde eine Auswahlentscheidung treffen. Die hierbei anzuwendenden Auswahlkriterien und der behördliche Gestal-

tungsspielraum unterscheiden sich im Ländervergleich erheblich. Dieser Beitrag setzt sich mit der Frage auseinander,

* Auf Seite III erfahren Sie mehr über die Autoren.