

EC-Cash-Terminals: Der Spuk des Verfalls ist vorbei

Ein Beitrag von Rechtsanwalt Rolf Karpenstein

In einem zusammen mit dem Strafrechtler Sören Keck betriebenen „Vorlage-

Verfahren“: <https://www.isa-guide.de/isa-law/articles/165653.html> hat der EuGH Klartext gesprochen. Selbstredend verbietet EU-Recht deutschen staatlichen Stellen, von einem Spielhallenbetreiber, der ein EC-Cash-Terminal bereithält, eine Erlaubnis der BaFin zu verlangen und ihn wegen des Fehlens dieser Erlaubnis zu schikanieren.

Diese Selbstverständlichkeit folgt in Beantwortung des hier vorformulierten Vorlagebeschlusses schon daraus, dass die Bereitstellung und Befüllung eines EC-Cash-Terminals kein „Zahlungsdienst“ im Sinne der Richtlinie 2007/64/EG ist, sondern nur eine vorbereitende Tätigkeit. Die erlaubnispflichtige Finanzdienstleistung erbringe der externe Dienstleister (Netzbetreiber). Der Gerichtshof folgt damit unserer Sicht der vorrangigen unionsrechtlichen Rechtslage.

Der Gerichtshof stellt in C-568/16 darauf ab, dass der Spielhallenbetreiber nicht die für die Führung eines Zahlungskontos erforderlichen Vorgänge durchführt und deshalb keine Barabhebungen von einem Zahlungskonto ermöglicht. Die Annahme eines „Zahlungsdienstes“ im Sinne der Richtlinie sei nicht gerechtfertigt, weil der Spielhallenbetreiber keine die Konten der Kunden betreffenden Vorgänge abwickelt. Eine Erlaubnispflicht könne nicht mit den Erfordernissen des Schutzes der Verbraucher als Dienstleistungsempfänger legitimiert werden.

Der Gerichtshof hat die absehbare Klarstellung, dass die These, ein Spielhallenbetreiber erbringe mit einem EC-Cash-

Terminal einen erlaubnispflichtigen Zahlungsdienst, unionsrechtswidrig ist, also nicht auf die in der Richtlinie vorgesehenen Ausnahmen von ihrem Anwendungsbereich gestützt, sondern die Vorlagefragen 1 und 2 unbeantwortet gelassen. Der Gerichtshof setzt eine Stufe vor den Ausnahmen von der Richtlinie an und folgt unserer Auffassung, dass schon kein „Zahlungsdienst“ im Sinne der Richtlinie vorliegt.

Die skurrilen Maßnahmen, die von Netzbetreibern und Spielhallenbetreibern vorgenommen wurden, um unter die Ausnahmen vom Anwendungsbereich der Richtlinie zu gelangen, waren mithin überflüssig und der Missachtung des Unionsrechts durch Staatsanwälte und deutsche Gerichte geschuldet. Die Bereithaltung eines EC-Cash-Terminals durch ein Spielhallenbetreiber ist auch dann **kein** Zahlungsdienst gemäß der Richtlinie, wenn der Spielhallenbetreiber ein Entgelt bekommt.

Die Maßnahmen der Spielhallenbetreiber und ihrer Netzbetreiber, um in die Anwendungsbereiche der Ausnahmen vom Anwendungsbereich der Richtlinie gem. Art. 3 lit. e (*„Dienste, bei denen der Zahlungsempfänger dem Zahler Bargeld im Rahmen eines Zahlungsvorgangs aushändigt“*) oder Art. 3 lit. o (*„Dienste von Dienstleistern, die keinen Rahmenvertrag mit dem Geld von einem Zahlungsskonto abhebenden Kunden geschlossen haben, bei denen für einen oder mehrere Kartenemittenten an multifunktionalen Bankautomaten Bargeld abgehoben wird“*) waren allerdings nicht nur überflüssig. Vielmehr können durch diese Maßnahmen entstandene Schäden vom deutschen Staat nach dem unionsrechtlichen Staatshaftungsanspruch zurückverlangt werden. Auch die Schäden, die durch Straf- oder Bußgeldverfahren einschließlich der Anordnung des Verfalls entstanden sind, können nach dem unionsrechtlichen Staatshaftungsanspruch zurückverlangt werden. Diesen Gang sollten Geschädigte auch gehen, gegebenenfalls gegenüber derjenigen Körperschaft, die für die qualifizierte Verletzung der Vorlagepflicht durch die letzte Instanz haftet.

Nach der Entscheidung des EuGH in der Sache Rasool steht einmal mehr fest, dass deutsche Behörden und Gerichte das Unionsrecht insbesondere im Bereich der die öffentliche Aufgabe der Kanalisierung erfüllenden Spielhallen nicht frei von Willkür falsch anwenden und Schaden billigend in Kauf nehmen, obwohl das Unionsrecht den Eingriffen schon auf den ersten Blick (und erst recht auf den zweiten Blick, den man von einem deutschen Amtswalter/Richter erwarten kann) entgegensteht.

Erschreckend auch die fehlende Bereitschaft der Gerichte, effektiven Rechtsschutz zu gewähren, indem der Gerichtshof zur Auslegung des EU-Rechts angerufen wird. Obwohl die Anrufung des EuGH ihre höherrangige Pflicht gem. Artikel 267 III AUEV ist, hatten weder der zweite Strafsenat beim OLG Stuttgart (2 Ss 268/15) noch der vorlagepflichtige BGH (1 StR 368/14) eine Vorlage nach Luxemburg überhaupt erwogen.

Kontakt:

Blume Ritscher Nguyen Rega Rechtsanwälte

Rechtsanwalt Rolf Karpenstein

Gerhofstraße 38

20354 Hamburg

Tel.: 0171/8503528

eMail:

„karpenstein@raeblume.de“:mailto:karpenstein@raeblume.de

Online: „www.raeblume.de“:http://www.raeblume.de