
Datum:	08.06.2007
Gericht:	Oberlandesgericht Düsseldorf
Spruchkörper:	Kartellsenat
Entscheidungsart:	Beschluss
Aktenzeichen:	VI-Kart 15/06 (V)
ECLI:	ECLI:DE:OLGD:2007:0608.VI.KART15.06V.00

Tenor:

I. Die sofortigen Beschwerden der Beteiligten gegen den Beschluss des Bundeskartellamts vom 23. August 2006 (Az.: B 10–92713–Kc–148/05) werden mit der Maßgabe zurückgewiesen, dass der Beschlusstenor im Ausspruch zu A. bis C. wie folgt neu gefasst wird:

A. Die am 25./26. April 2005 beschlossene Aufforderung des Rechtsausschusses des Deutschen Lotto- und Totoblocks an alle Gesellschaften des Deutschen Lotto- und Totoblocks, durch terrestrische Vermittlung gewerblicher Spielvermittler erzielte Spielumsätze generell nicht anzunehmen, hat gegen Art. 81 EG und § 1 GWB sowie gegen § 21 Abs. 1 GWB und Art. 82 EG verstoßen.

1. Den Beteiligten zu 1. bis zu 16. und zu 18. wird daher nach § 32 GWB untersagt, die Gesellschaften des Deutschen Lotto- und Totoblocks aufzufordern, Spielumsätze gewerblicher Spielvermittler ausschließlich deshalb nicht anzunehmen, weil sie durch terrestrische Vermittlung erzielt worden sind.

2. Den Beteiligten zu 2. bis zu 18. wird nach § 32 GWB untersagt, den unter A. 1. bezeichneten Beschluss des Rechtsausschusses des Deutschen Lotto- und Totoblocks weiter umzusetzen und ihn bei ihrer Geschäftstätigkeit zu beachten, d.h. Spielumsätze gewerblicher Spielvermittler alleine deshalb zurückzuweisen, weil diese auf einer terrestrischen Vermittlung beruhen.

3. Den Beteiligten zu 2. bis zu 18.

a) werden nach § 32 GWB ferner alle gegen gewerbliche Spielvermittler gerichteten Maßnahmen - wie insbesondere Abmahnungen oder Vertragskündigungen - untersagt, die von ihnen (den Beteiligten zu 2. bis zu 18.) ausschließlich deshalb ergriffen werden, weil der betreffende gewerbliche Spielvermittler ordnungsbehördlich zugelassene Glücksspiele über terrestrische Vermittlungsstellen vermittelt, und die mit dem Argument begründet werden, die terrestrische Vermittlung verstoße gegen das Ordnungsrecht, es sei denn, eine Ordnungsbehörde hat diesen reklamierten Ordnungsrechtsverstoß zuvor bestandskräftig festgestellt oder ein Gericht hat im Falle der Einlegung von Rechtsmitteln rechtskräftig eine dahingehende Feststellung getroffen;

b) wird überdies untersagt, gewerbliche Spielvermittler ohne sonstigen Anlass allein wegen der terrestrischen Vermittlung zu Zusagen zu veranlassen, die terrestrische Spielvermittlung in einer bestimmten Art und Weise zu unterlassen oder nicht aufzunehmen, es sei denn, die Unvereinbarkeit der betreffenden terrestrischen Spielvermittlung mit ordnungsrechtlichen Vorschriften ist in einem ordnungsbehördlichen Verfahren bestandskräftig festgestellt oder im Falle der Einlegung von Rechtsmitteln von einem Gericht rechtskräftig festgestellt worden.

4. Den Beteiligten zu 2. bis zu 18. wird außerdem nach § 32 GWB untersagt, sich bis zu einer Neuregelung des staatlichen Lotterierechts im Rahmen ihrer Geschäftstätigkeit an alle künftigen staatlichen Maßnahmen wie Gesetze, Verordnungen, Verwaltungsakte und Weisungen zu halten, wonach Spielumsätze gewerblicher Spielvermittler ausschließlich deshalb nicht anzunehmen sind, weil sie durch terrestrische Vermittlung erzielt worden sind.

5. Nach § 65 Abs. 1 GWB wird die sofortige Vollziehung der Untersagungen nach A. 1 bis 4. angeordnet, soweit sie auf § 32 GWB i.V.m. § 21 Abs. 1 GWB gestützt sind.

B. § 2 des Blockvertrages der Deutschen Lotto- und Totounternehmen verstößt gegen Art. 81 EG, soweit sich die Gesellschafter des Deutschen Lotto- und Totoblocks darin geeinigt haben, Lotterien und Sportwetten wie Lotto 6 aus 49, Spiel 77, Super 6, Fußballtoto, Oddset und Glücksspirale jeweils nur in dem Bundesland zu vertreiben, in dem sie eine Genehmigung für die von ihnen angebotenen Glücksspiele besitzen. § 5 Abs. 3 des Staatsvertrages zum Lotteriewesen in Deutschland

(Lotteriestaatsvertrag) und die Landesgesetze zum Glücksspielwesen verstoßen gegen Art. 10 EG i.V.m. Art. 81 EG, soweit sie es ermöglichen, die Tätigkeit der Gesellschaften des Deutschen Lotto- und Totoblocks auch aus fiskalischen Gründen auf das Gebiet ihres jeweiligen Bundeslandes zu beschränken.

1. Den Beteiligten zu 2. bis zu 18. wird daher nach § 32 GWB untersagt, ihr jeweiliges Vertriebsgebiet für Lotterien und Sportwetten in Befolgung von § 2 Blockvertrag sowie § 5 Abs. 3 Lotteriestaatsvertrag und den Landesgesetzen zum Glücksspielwesen auf das Gebiet ihres jeweiligen Bundeslandes zu beschränken.

2. Den Beteiligten zu 2. bis zu 18. wird insbesondere untersagt, ihren Internetvertrieb aus diesem Grund auf Spielteilnehmer des Bundeslandes zu beschränken, die ihren Wohnsitz im Land der Lottogesellschaft haben.

3. Den Beteiligten zu 2. bis zu 18. wird darüber hinaus untersagt, in Befolgung von § 2 Blockvertrag sowie § 5 Abs. 3 Lotteriestaatsvertrag und den Landesgesetzen Spielverträge mit Spielinteressenten aus anderen Mitgliedsstaaten der Europäischen Union, die ihnen von gewerblichen Spielvermittlern vermittelt werden, zurückzuweisen, sofern die Spielteilnahme und die Vermittlung nach dem Recht des Staates, in dem die betreffenden Spielinteressenten ihren Spielschein abgeben, zulässig ist.

C. Der „Staatsvertrag über die Regionalisierung von Teilen der von den Unternehmen des Deutschen Lotto- und Totoblocks erzielten Einnahmen“ verstößt gegen Art. 10 EG i.V.m. Art. 81 EG.

Den Beteiligten zu 2. bis zu 18. wird daher nach § 32 GWB untersagt, den „Staatsvertrag über die Regionalisierung von Teilen der von den Unternehmen des Deutschen Lotto- und Totoblocks erzielten Einnahmen“ durchzuführen, soweit sie

a) den Bundesländern den von den gewerblichen Spielvermittlern stammenden Anteil an der Summe der Spieleinsätze und der vereinnahmten Bearbeitungsgebühren getrennt für jede gemeinsame Veranstaltung von Glücksspielen des Deutschen Lotto- und Totoblocks sowie die auf diesen Anteil entfallende Gewinnausschüttung und das Bearbeitungsentgelt für die Zwecke der Regionalisierung nach § 3 des genannten Staatsvertrages mitteilen,

b) die Pauschalen gemäß § 4 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 und 3 des Staatsvertrages über die Regionalisierung von Teilen der von den Unternehmen des Deutschen Lotto- und Toto-blocks erzielten Einnahmen bei den Provisionsverhandlungen mit den gewerblichen Spielvermittlern berücksichtigen.

II. Der Senatsbeschluss vom 23. Oktober 2006 wird nicht abgeändert.

III. Der Antrag, dem Bundeskartellamt die Kosten des kartellbehördlichen Verfahrens aufzuerlegen, wird abgelehnt.

IV. Die Beteiligten haben die gerichtlichen Kosten des Beschwerdeverfahrens zu tragen; sie haben darüber hinaus dem Bundeskartellamt und den Beigeladenen ihre in der Beschwerdeinstanz entstandenen notwendigen Auslagen zu erstatten.

V. Der Wert der Beschwerden wird folgendermaßen festgesetzt:

Für das Rechtsmittel der Beteiligten zu 1. auf 500.000 €, für das Rechtsmittel der Beteiligten zu 17. und 18. (zusammen) auf 15 Mio. €, für das Rechtsmittel der Beteiligten zu 4., zu 5., zu 6., zu 8., zu 11., zu 12., zu 13., zu 14. und zu 16. auf jeweils 15 Mio. €, für das Rechtsmittel der Beteiligten zu 7., zu 10. und zu 15. auf jeweils 40 Mio. €, gemäß § 39 Abs. 2 GKG allerdings gesetzlich begrenzt jeweils auf einen Betrag von 30 Mio. €, und für das Rechtsmittel der Beteiligten zu 2., zu 3. und zu 9. auf jeweils 70 Mio. €, gemäß § 39 Abs. 2 GKG allerdings jeweils gesetzlich begrenzt auf einen Betrag von 30 Mio. €.

VI. Die Rechtsbeschwerde wird hinsichtlich des Ausspruchs zu I. zugelassen.

Gründe

I. 1

In Deutschland ist die Veranstaltung und Durchführung von Sportwetten und Lotterien, deren Ziehungsergebnisse öfter als zwei Mal pro Woche erfolgen und deren Hauptgewinn den Betrag von 1 Mio. Euro übersteigt oder die einen planmäßigen Jackpot ausspielen, nach dem "Staatsvertrag zum Lotteriewesen in Deutschland" (Lotteriestaatsvertrag) den von den Bundesländern kontrollierten Lottogesellschaften vorbehalten. Bei den Beteiligten zu 2. bis zu 16. und zu 18. handelt es sich um jene Lottogesellschaften. Sie führen im Gebiet ihres Bundeslandes das Sportwetten- und Lotteriegeschäft durch. Die Beteiligten zu 2. und zu 5. 3

bis zu 16. sind dabei als juristische Personen des Privatrechts organisiert, die Beteiligte zu 3. ist eine dem Bayerischen Staatsministerium der Finanzen nachgeordnete Mittelbehörde und die Beteiligte zu 4. eine rechtsfähige Anstalt des öffentlichen Rechts. Die Beteiligte zu 17. schließlich wickelt mit ihrem Personal für die Freie und Hansestadt Hamburg (Beteiligte zu 18.) das dort als selbständiges, nicht rechtsfähiges Treuhandvermögen geführte Lottogeschäft ab. Die Beteiligten zu 2. bis zu 18. (nachfolgend: Lottogesellschaften) vertreiben die Sportwetten und Lotterien ausschließlich im Gebiet ihres jeweiligen Bundeslandes, und zwar vorrangig im Wege der sog. terrestrischen Vermittlung über insgesamt rund 25.000 Lottoannahmestellen und daneben im Direktvertrieb über Internet sowie teilweise auch über SMS. Aus Gründen der Gewinnpoolung und zur Vereinheitlichung des Spielangebots haben die Lottogesellschaften die Beteiligte zu 1. (nachfolgend: DLTB) in der Rechtsform einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts gegründet. Die Zusammenarbeit der Lottogesellschaften im DLTB ist im Blockvertrag geregelt.

Die Beigeladenen sind gewerbliche Spielvermittler. Die Beigeladene zu 1. (nachfolgend: Jaxx) - ein Tochterunternehmen der Fluxx AG - vermittelt sowohl über Internet als auch im Direktvertrieb und über Telemarketing bundesweit insbesondere die Lotterien und Sportwetten der Lottogesellschaften. Sie beabsichtigt, ihre Geschäftstätigkeit auf die terrestrische Vermittlung von Spieleinsätzen über die Filialen großer Handelsunternehmen und Tankstellen zu erweitern, wobei auf diesem neuen Vertriebsweg nur die - von den Gesellschaften des DLTB gemeinsam durchgeführten - Lotterien "6 aus 49", "Spiel 77" und "Super 6" vermittelt werden sollen. Mit ihrem Konzept ist Jaxx Anfang 2005 an die Lottogesellschaften herangetreten und betreibt seit Mitte 2005 den Aufbau eines bundesweiten Netzes terrestrischer Vermittlungsstellen. Die Spieleinsätze sollen dabei über das Fluxx-Tochterunternehmen "Anybet" mit Hilfe einer elektronischen Schnittstelle direkt in das Lotteriezentralsystem der Lottogesellschaften eingespielt werden. 4

Die Beigeladene zu 2. (nachfolgend: Faber) vermittelt Spielgemeinschaften an die Lottogesellschaften. Seit Mai 2005 können sich Spieler den von Faber organisierten Spielgemeinschaften nicht nur auf dem Postweg und über Call-Center, sondern auch über die Filialen der "Deutschen Post Retail GmbH" anschließen. 5

Die Beigeladene zu 3. (nachfolgend: Tipp24) generiert für die Lottogesellschaften vornehmlich Spielumsätze über das Internet. Auch sie beabsichtigt, ihre Geschäftstätigkeit auf die terrestrische Vermittlung zu erweitern. 6

Der Rechtsausschuss des DLTB hat sich in seinen Sitzungen vom 4./5. Oktober 2004, 24./25. Januar 2005 und 25./26. April 2005 mit der terrestrischen Vermittlung von Spieleinsätzen durch gewerbliche Spielvermittler befasst. Auf seiner Sitzung vom 25./26. April 2005 hat er den Lottogesellschaften empfohlen, sich bei den jeweiligen Innen- und Finanzminister der Länder mit einem Musterschreiben für die Einleitung ordnungsrechtlicher Maßnahmen gegen den terrestrischen Vertrieb der gewerblichen Spielvermittler einzusetzen. Darüber hinaus hat der Rechtsausschuss den folgenden Beschluss gefasst: 7

"Der Rechtsausschuss fordert die Gesellschaften des Deutschen Lotto- und Totoblocks aufß Umsätze, die auf diese – nach seiner Auffassung rechtswidrige – Art und Weise durch terrestrischen Vertrieb Gewerblicher erzielt worden sind, nicht anzunehmen ..."

Das Bundeskartellamt hält diesen Beschluss für kartellrechtswidrig. Mit der angefochtenen Entscheidung hat es folgende Feststellungen und Anordnungen getroffen: 9

A. Die am 25./26. April 2005 beschlossene Aufforderung des Rechtsausschusses des Deutschen Lotto- und Totoblocks an alle Gesellschaften des Deutschen Lotto- und Totoblocks, durch terrestrische Vermittlung gewerblicher Spielvermittler erzielte Spielumsätze generell nicht anzunehmen, hat gegen Art. 81 EG und § 1 GWB sowie gegen § 21 Abs. 1 GWB und Art. 82 EG verstoßen.

1. Den Beteiligten zu 1. bis zu 18. wird daher nach § 32 GWB untersagt, die Gesellschaften des Deutschen Lotto- und Totoblocks aufzufordern, durch terrestrische Vermittlung gewerblicher Spielvermittler erzielte Spielumsätze generell nicht anzunehmen.

12

2. Den Beteiligten zu 2. bis zu 18. wird nach § 32 GWB untersagt, den unter 1. bezeichneten Beschluss des Rechtsausschusses des Deutschen Lotto- und Totoblocks weiter umzusetzen und sich bei ihrer Geschäftstätigkeit daran zu halten.

13

3. Ferner werden den Beteiligten zu 2. bis zu 18. nach § 32 GWB alle gegen gewerbliche Spielvermittler gerichteten Maßnahmen, wie insbesondere Abmahnungen oder Vertragskündigungen, untersagt, die von den Beteiligten zu 2. bis zu 18. deshalb ergriffen werden, weil die gewerblichen Spielvermittler ordnungsbehördlich zugelassene Glücksspiele über terrestrische Vermittlungsstellen vermittelt, und die auf die Behauptung von Verstößen der gewerblichen Spielvermittler gegen das Ordnungsrecht gestützt werden, ohne dass eine Ordnungsbehörde diesen Verstoß zuvor bestandskräftig festgestellt hat, oder im Falle der Einlegung von Rechtsmitteln ein Gericht diesen Verstoß rechtskräftig festgestellt hat. Ferner wird den Beteiligten zu 2. bis zu 18. untersagt, gewerbliche Spielvermittler zu Zusagen zu veranlassen, die terrestrische in einer bestimmten Art und Weise zu unterlassen oder nicht aufzunehmen, deren Unvereinbarkeit mit ordnungsrechtlichen Vorschriften nicht in einem behördlichen Verfahren bestandskräftig festgestellt ist, oder im Falle der Einlegung von Rechtsmitteln von einem Gericht rechtskräftig festgestellt wurde.

14

4. Den Beteiligten zu 2. bis zu 18. wird außerdem nach § 32 GWB untersagt, sich im Rahmen ihrer Geschäftstätigkeit an alle staatlichen Maßnahmen, wie Gesetze, Verordnungen, Verwaltungsakte und Weisungen, zu halten, die dazu dienen, dem unter 1. bezeichneten Beschluss des Rechtsausschusses des Deutschen Lotto- und Totoblocks weitere Wirksamkeit zu verschaffen.

15

5. Nach § 65 Abs. 1 GWB wird die sofortige Vollziehung der Untersagungen nach A. 1 bis 4. angeordnet, soweit sie auf § 32 GWB i.V.m. § 21 Abs. 1 GWB gestützt sind.

16

Das Bundeskartellamt hat überdies die Vereinbarung, die die Lottogesellschaften in § 2 des Blockvertrages i.d.F. vom 22. Mai 2000 getroffen haben, als kartellrechtswidrig beanstandet. Die zitierte Vertragsbestimmung lautet:

17

"(1) Da die Lotteriehochheit jedes Landes auf das Hoheitsgebiet beschränkt ist, kann jeder Blockpartner aufgrund der Erlaubnis des Landes Lotterien und Sportwetten nur innerhalb des jeweiligen Landesgebiets veranstalten und durchführen. (2) Auch bei den in § 1 Abs. 1 genannten Veranstaltungen (lies: Lotto am Samstag und Lotto am Mittwoch, Ergebnis- und Auswahlwette im Fußballtoto) ist daher die Tätigkeit eines jeden Blockpartners auf das Gebiet des jeweiligen Landes beschränkt.

18

.....

19

20

(3) Die Veranstaltung von Lotterien und Sportwetten, die Gegenstand dieses Vertrages sind, ist aufgrund einer Konzession in einem Land außerhalb der Bundesrepublik nur mit Zustimmung des Blocks zulässig."

Das Bundeskartellamt ist der Auffassung, dass das in § 2 des Blockvertrages vereinbarte Regionalitätsprinzip gegen Art. 81 EG verstößt und die Beschränkung des Spielbetriebs auf das eigene Bundesland auch nicht durch § 5 Abs. 3 des Lotteriestaatsvertrages legalisiert wird. § 5 des Lotteriestaatsvertrages lautet:

(1) Die Länder haben im Rahmen der Zielsetzungen des § 1 die ordnungsrechtliche Aufgabe, ein ausreichendes Glücksspielangebot sicherzustellen.

(2) Auf gesetzlicher Grundlage können die Länder diese Aufgabe selbst, durch juristische Personen des öffentlichen Rechts oder durch privatrechtliche Gesellschaften, an denen juristische Personen des öffentlichen Rechts unmittelbar oder mittelbar maßgeblich beteiligt sind, erfüllen.

(3) Den in Absatz 2 Genannten ist ein Tätigwerden als Veranstalter oder Durchführer (...) in dem Land gestattet, in dem sie ihre Aufgabe nach Absatz 2 wahrnehmen. Sie dürfen Glücksspiele nur in diesem Land vertreiben oder vertreiben lassen. In einem anderen Land dürfen sie Glücksspiele nur mit Zustimmung dieses Landes ver-anstalten oder durchführen. Auf die Erteilung der Zustimmung besteht kein Rechtsanspruch.

In Bezug auf § 2 Blockvertrag und § 5 Abs. 3 Lotteriestaatsvertrag hat das Bundeskartellamt die folgenden Feststellungen und Anordnungen getroffen:

B. § 2 des Blockvertrages der Deutschen Lotto- und Totounternehmen verstößt gegen Art. 81 EG, soweit sich die Gesellschafter des DLTB darin geeinigt haben, Lotterien und Sportwetten wie Lotto 6 aus 49, Spiel 77, Super 6, Fußballtoto, Oddset und Glücksspirale jeweils nur in dem Bundesland zu vertreiben, in dem sie eine Genehmigung haben. § 5 Abs. 3 des Lotteriestaatsvertrages und die Landesgesetze zum Glücksspielwesen verstoßen gegen Art. 10 EG i.V.m. Art. 81 EG, soweit sie die Tätigkeit der Gesellschaften des Deutschen Lotto- und Totoblocks auf das Gebiet des Bundeslandes beschränken, in dem diese über eine Genehmigung für die von ihnen angebotenen Glücksspiele verfügen.

1. Den Verfahrensbeteiligten zu 2. bis zu 18. wird daher nach § 32 GWB untersagt, ihr jeweiliges Vertriebsgebiet für Lotterien und Sportwetten in Beachtung von § 2 Blockvertrag und § 5 Abs. 3 Lotteriestaatsvertrag und den Landesgesetzen zum Glücksspielwesen auf das Gebiet des Bundeslandes zu beschränken, in dem sie über eine Genehmigung für die von ihnen angebotenen Glücksspiele verfügen.

2. Insbesondere wird den Verfahrensbeteiligten zu 2. bis zu 18. untersagt, ihren Internetvertrieb aus diesem Grund auf Spielteilnehmer des Bundeslandes zu beschränken, die ihren Wohnsitz im Land der Lottogesellschaft haben.

3. Ferner wird den Verfahrensbeteiligten zu 2. bis zu 18. untersagt, Maßnahmen gegen gewerbliche Spielvermittler zu ergreifen, die Spielverträge mit Spielinteressenten aus anderen Mitgliedsstaaten der Europäischen Union an die Verfahrensbeteiligten zu 2. bis zu 18. vermitteln, soweit die Spielteilnahme und die Vermittlung nach dem Recht des Staates, in dem die Spielinteressenten ihren Spielschein abgeben, zulässig ist.

Das Amt hält schließlich die im "Staatsvertrag über die Regionalisierung von Teilen der von den Unternehmen des Deutschen Lotto- und Totoblocks erzielten Einnahmen" (nachfolgend: Regionalisierungsstaatsvertrag) vorgesehene Verteilung der von gewerblichen Spielvermittlern vermittelten Lottereeinnahmen für kartellrechtswidrig. Dieser Vertrag sieht in § 4 vor, jene Lottereeinnahmen nach einem bestimmten Verteilungsschlüssel zu regionalisieren, d.h. auf die einzelnen Bundesländer unter Berücksichtigung der von ihnen jeweils im Übrigen generierten Spieleinsätze zu verteilen. Zweck der Regelung ist es, die gewerblich vermittelten Spielerlöse unabhängig davon auf die Länder zu verteilen, bei welcher Lottogesellschaft die Spielvermittler die von ihnen gesammelten Spieleinsätze platzieren. Um diese Regionalisierung zu ermöglichen, normiert § 3 des Staatsvertrages Mitteilungspflichten der Länder (u.a.) in Bezug auf den von gewerblichen Spielvermittlern stammenden Anteil an der Summe ihrer Spieleinsätze und der vereinnahmten Bearbeitungsgebühren.

Das Bundeskartellamt hat zu diesem Komplex folgende Entscheidung getroffen: 31

C. Der Staatsvertrag über die Regionalisierung von Teilen der von den Unternehmen des Deutschen Lotto- und Totoblocks erzielten Einnahmen verstößt gegen Art. 81 Abs. 1 EG i. V. m. Art. 10 EG.

Den Beteiligten zu 2. bis 18. wird daher nach § 32 GWB untersagt, den Staatsvertrag über die Regionalisierung von Teilen der von den Unternehmen des Deutschen Lotto- und Totoblocks erzielten Einnahmen durchzuführen, soweit sie

34

- *den Bundesländern den von gewerblichen Spielvermittlern stammenden Anteil an der Summe der Spieleinsätze und der vereinnahmten Bearbeitungsgebühren getrennt für jede gemeinsame Veranstaltung von Glücksspielen des Deutschen Lotto- und Totoblocks sowie die auf diesen Anteil entfallende Gewinnausschüttung und Bearbeitungsentgelt für die Zwecke der Regionalisierung nach § 3 des Staatsvertrages mitteilen,*

35

- die Pauschalen gem. § 4 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 und 3 des Staatsvertrages über die Regionalisierung von Teilen der von den Unternehmen des Deutschen Lotto- und Totoblocks erzielten Einnahmen bei den Provisionsverhandlungen mit gewerblichen Spielvermittlern berücksichtigen.

36

Die Beteiligten zu 1. bis zu 18. haben gegen den Amtsbeschluss fristgerecht Beschwerde eingelegt. Mit umfangreichen Rechtsausführungen wenden sie sich gegen die vom Amt angenommene Kartellrechtswidrigkeit. Außerdem - so meinen sie - sei der Untersagungsanspruch zu A. 1. zu Unrecht erfolgt, weil es an der nötigen Wiederholungsgefahr fehle. Der in Rede stehende Beschluss des Rechtsausschusses des DLTB vom 25./26. April 2005 sei im Juli 2006 aufgehoben worden und alle Beteiligten hätten dem Bundeskartellamt erklärt, künftig weder eine gleichlautende noch eine ähnliche Beschlussfassung zu beabsichtigen.

37

Die Beteiligten zu 1. bis zu 18. beantragen sinngemäß, 38

1. den Beschluss des Bundeskartellamtes vom 23. August 2006 (B 10-92713-Kc-148/05) aufzuheben,

39

40

hilfsweise für den Fall, dass einzelne Untersagungsverfügungen nicht vollinhaltlich aufgehoben werden:

1. die Untersagungsverfügung zu A.2. aufzuheben, soweit Zurückweisungen von Spielumsätzen betroffen sind, die nicht ausschließlich mit der Tatsache der terrestrischen Vermittlung begründet werden, 41
 2. die Untersagungsverfügung zu A.3. erster Teil aufzuheben, soweit sich die Verfügung auf Maßnahmen bezieht, die von den Beteiligten zu 2. bis zu 18. nicht ohne sonstigen Anlass allein deshalb ergriffen werden, weil die gewerblichen Spielvermittler ordnungsbehördlich zugelassene Glücksspiele über terrestrische Vermittlungsstellen vermitteln, 42
 3. die Untersagungsverfügung zu A.3. zweiter Teil aufzuheben, soweit sich die Verfügung nicht auf die Veranlassung von Zusagen zur Unterlassung der terrestrischen Spielvermittlung in bestimmter Art und Weise bezieht, die von den Beteiligten zu 2. bis zu 18. ohne sonstigen Anlass allein deshalb verlangt werden, weil die gewerblichen Spielvermittler ordnungsbehördlich zugelassene Glücksspiele über terrestrische Vermittlungsstellen vermitteln, 43
 4. die Untersagungsverfügung zu B.1. wird aufgehoben, soweit sich die Untersagung der Beschränkung des Vertriebsgebiets auf das Gebiet des Bundeslandes, in dem die Beteiligten über eine Genehmigung für die von ihnen angebotenen Glücksspiele verfügen, nicht nur auf eine Beschränkung mit Rücksicht auf § 2 Blockvertrag und § 5 Abs. 3 LotStV bezieht, 44
 5. die Untersagungsverfügung zu B.3. wird aufgehoben, soweit sich die Untersagung von Maßnahmen gegen gewerbliche Spielvermittler nicht nur auf die Fälle bezieht, in denen die Annahme von Spielumsätzen von Spielinteressenten aus anderen EU-Mitgliedsstaaten ausschließlich mit Rücksicht auf § 2 Blockvertrag und § 5 Abs. 3 LotStV verweigert werden soll, 45
 6. die Untersagungsverfügung zu C.2. Teil wird aufgehoben, soweit nicht nur eine Verweigerung von Provisionen in bestimmter Höhe unter Bezugnahme auf den Regionalisierungsstaatsvertrag untersagt ist. 46
 2. dem Bundeskartellamt die Kosten des kartellbehördlichen Verfahrens aufzuerlegen. 47
- Darüber hinaus regen sie an, 48
- den im Eilverfahren ergangenen Senatsbeschluss vom 23. Oktober 2006 gemäß § 65 Abs. 5 49
GWB abzuändern, soweit die Anträge zu A.2. und 3., B 1. bis 3. sowie C. 1 und 2. auf Anordnung bzw. Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung zurückgewiesen worden sind.
- Das Bundeskartellamt und die Beigeladenen beantragen sinngemäß, 50
- die Beschwerden zurückzuweisen und der Anregung nach § 65 Abs. 5 GWB nicht zu entsprechen, 51
- sowie das Amt außerdem, 52
- den Antrag auf Kostenerstattung abzulehnen. 53

Sie verteidigen den angefochtenen Beschluss und treten dem Vorbringen der Beteiligten im Einzelnen entgegen.	54
Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf den angefochtenen Amtsbeschluss sowie auf die Schriftsätze der Verfahrensbeteiligten nebst Anlagen Bezug genommen.	55
II.	56
Die Beschwerden der Beteiligten haben nur zu einem ganz geringen Teil Erfolg.	57
Das Bundeskartellamt hat mit Recht die Kartellrechtswidrigkeit der von ihm beanstandeten Verhaltensweisen und Vereinbarungen festgestellt und gegen die Beteiligten entsprechende Untersagungsverfügungen erlassen. Die Aussprüche zu B. waren lediglich insoweit abzuändern, als der Spielbetrieb einer "fremden" Lottogesellschaft nicht - wie vom Amt angenommen - erst nachträglich ordnungsrechtlich beanstandet, sondern - wie mit der Beschwerde reklamiert - von der vorherigen Zustimmung des betreffenden Bundeslandes abhängig gemacht werden darf, wobei diese Zustimmung allerdings nur aus ordnungsrechtlichen Gründen verweigert werden darf. Außerdem war mangels Begehungsfahr das in Ziffer A. 1 des kartellbehördlichen Beschlusstextes (auch) gegen die Beteiligte zu 17. ausgesprochene Verbot, die Gesellschaften des DLTB zu einer Zurückweisung der terrestrisch erzielten Umsätze der gewerblichen Spielvermittler aufzufordern, aufzuheben. Im Übrigen hat der Senat die in den Beschlussaussprüchen zu A. bis C. tenorierten Unterlassungsgebote nur aus Gründen der Klarstellung sprachlich neu gefasst; ein Teilunterliegen des Amtes ist damit nicht verbunden (nachfolgend: A. bis C.). In vollem Umfang unbegründet sind die Einwendungen, die die Beschwerde gegen die Anordnung der sofortigen Vollziehung erhebt (nachfolgend: D.) Die Anregung der Beteiligten, den Senatsbeschluss vom 23. Oktober 2006 gemäß § 65 Abs. 5 GWB abzuändern, soweit dort der Antrag auf Anordnung bzw. Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde abgelehnt worden ist, bleibt ebenfalls erfolglos (nachfolgend: E.). Nicht zu entsprechen ist schließlich dem Antrag, dem Bundeskartellamt die Kosten des Amtsverfahrens aufzuerlegen. Dieses Begehren ist bereits unzulässig (nachfolgend: F.).	58
<u>A. Beschluss des Rechtsausschusses des DLTB vom 25./26. April 2005</u>	59
1. Mit Beschluss vom 25./26. April 2005 hat der Rechtsausschuss des DLTB die ihm angeschlossenen Lottogesellschaften aufgefordert, diejenigen Umsätze, die die gewerblichen Spielvermittler durch terrestrischen Vertrieb erzielt haben, nicht anzunehmen. Das Bundeskartellamt hat diese Beschlussfassung als Entschließung einer Unternehmensvereinigung und als Vereinbarung zwischen miteinander in Wettbewerb stehenden Unternehmen bewertet, die darauf gerichtet gewesen sei und auch bewirkt habe, dass sowohl der Wettbewerb der Lottogesellschaften als Anbieter von zugelassenen Lotterien und Sportwetten als auch deren Wettbewerb als Nachfrager für die bundesweite gewerbliche Vermittlung von Lotterien und Sportwetten spürbar beschränkt werde (§ 1 GWB). Es hat darüber hinaus angenommen, dass die Aufforderung zur Zurückweisung terrestrisch vermittelter Spielumsätze geeignet gewesen sei, den zwischenstaatlichen Handel spürbar zu beeinträchtigen, weshalb die Beschlussfassung des Rechtsausschusses auch den kartellrechtlichen Verbotstatbestand des Art. 81 EG und des Art. 82 EG verwirklicht habe. Schließlich hat das Amt den Beschluss des Rechtsausschusses als einen Boykottaufruf im Sinne von § 21 Abs. 1 GWB gewertet.	60
Die hiergegen gerichteten Beschwerdeangriffe greifen nicht durch.	61

a) Die Lottogesellschaften werden bei der Veranstaltung und Durchführung von Lotterien und Sportwetten als Unternehmen im kartellrechtlichen Sinne und nicht als Träger hoheitlicher Gewalt tätig. Ungeachtet ihrer jeweiligen privatrechtlichen oder öffentlich-rechtlichen Organisationsform veranstalten sie die angebotenen Glücksspiele, um im geschäftlichen Verkehr mit den Mitteln des Marktes Einnahmen zu erzielen. Dass sie dabei von den Bundesländern mit der ordnungsrechtlichen Zielsetzung betraut sind, der Bevölkerung ein staatlich kontrolliertes Glücksspielangebot zur Verfügung zu stellen, um die Spielsucht zu begrenzen und etwaigen Spielmanipulationen vorzubeugen, ist rechtlich ohne Belang. Hierdurch werden die Lottogesellschaften nicht selbst zum Träger dieser Gefahrenabwehr, sondern sind allenfalls das Mittel zur Erledigung der ordnungsrechtlichen Aufgabe (vgl. zu allem: BVerfG, Urt. v. 28.3.2006 - 1 BvR 1054/01 Rdnr. 88 a.E. - abgedr. in NJW 2006, 1261 ff.; BGH, WuW/E DE-R 289, 292 – *Lottogemeinschaft*!).

Demzufolge handelt es sich bei dem DLTB auch um eine Unternehmensvereinigung im kartellrechtlichen Sinne. Der Begriff der Unternehmensvereinigung in Art. 81 EG und § 1 GWB ist im Interesse einer wirksamen und umfassenden Durchsetzung des kartellrechtlichen Verbots weit auszulegen. Zweck und Organisation der Vereinigung sind ebenso wenig entscheidend wie ihre Rechtsform oder ihr Sitz. Nicht erforderlich ist ebenso, dass der Zusammenschluss über eine eigene Rechtspersönlichkeit verfügt. Maßgebend ist vielmehr alleine, dass es sich um einen - beliebig strukturierten - Zusammenschluss mehrerer Unternehmen handelt, dessen Zweck darin besteht, die Interessen seiner Mitglieder wahrzunehmen (vgl. Emmerich in Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht EG/Teil 1, 4. Aufl., Art. 81 Abs. 1 EGV Rdnr. 42 m.w.N.). Dabei reicht es aus, dass entweder die eigene Tätigkeit der Vereinigung oder diejenige der in ihr zusammengeschlossenen Unternehmen auf die Folgen abzielt, die Art. 81 EG unterbinden will (EuGH, Rechtssache C-96 ff./82, Slg. 1983, 3369 Rdnr. 20). An diesen Anforderungen gemessen - die gleichermaßen auch für § 1 GWB gelten (vgl. Zimmer in Immenga/Mestmäcker, GWB Kommentar zum Kartellgesetz, 3. Aufl., § 1 Rdnr. 78, 79 m.w.N.) - erfüllt der DLTB die Voraussetzungen einer Unternehmensvereinigung. Zwar dient der DLTB in erster Linie dem Zweck, die bundesweite Auspielung von Lotterien und Sportwetten zu koordinieren (vgl. Abschnitt III der Präambel und § 1 des Blockvertrages). Insbesondere dem Rechtsausschuss und dem Ausschuss für Strategie und Planung kommen aber auch darüber hinausgehende Aufgaben zu. Nach den Feststellungen des Amtes (vgl. Rdnr. 105 des angefochtenen Beschlusses) hat sich der Rechtsausschuss mit allen Angelegenheiten von rechtlicher Relevanz zu befassen, den deutschen Glücksspielmarkt zu beobachten, um den lotterierechtlichen Anforderungen nicht genügende Angebote aufzuspüren, sowie Rechtsfragen mit internationaler Auswirkung zu bearbeiten. Dem Ausschuss für Strategie und Planung obliegt die Beobachtung der allgemeinen Entwicklungen auf dem Glücksspielmarkt und auf dem Gebiet der gewerblichen Spielvermittlung; er hat hierzu Stellungnahmen und Empfehlungen abzugeben. Angesichts dieser breit gefächerten Interessenwahrnehmung steht die rechtliche Einordnung des DLTB als eine Unternehmensvereinigung außer Frage.

b) Die Entschließung des Rechtsausschusses vom 25./26. April 2005 zu terrestrisch vermittelten Spieleinsätzen stellt auch einen Beschluss des DLTB im Sinne von Art. 81 EG und § 1 GWB dar. Zutreffend ist das Bundeskartellamt von einem weiten Begriffsverständnis ausgegangen und hat angenommen, dass damit alle Rechtsakte gemeint sind, durch die eine Unternehmensvereinigung ihren Willen bildet. Für die rechtliche Qualifizierung kommt es auf das Verfahren der Willensbildung nicht an. Unerheblich ist ebenso, ob der Beschluss unter Einhaltung der üblicherweise vorgesehenen Entscheidungsprozesse zustande gekommen ist und ob das handelnde Organ die Grenzen seiner Befugnisse eingehalten hat. Erforderlich, aber auch ausreichend ist alleine, dass der Beschluss den Willen der Vereinigung zum

Ausdruck bringt, das Verhalten seiner Mitglieder zu koordinieren (vgl. Gippini-Fournier in Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, Kartellrecht, Band 1, Art. 81 Abs. 1 Rdnr. 103; Zimmer, a.a.O. Rdnr. 129). Diese Voraussetzungen sind vorliegend erfüllt.

65

aa) Die Beschlussfassung des Rechtsausschusses war - entgegen der Ansicht der Beschwerde - nicht nur ein Beitrag zur internen Willensbildung des DLTB. Sie war vielmehr selbst und unmittelbar darauf gerichtet, das Verhalten der im DLTB zusammengeschlossenen Lottogesellschaften dahin zu koordinieren, dass terrestrisch generierte Spielumsätze der gewerblichen Spielvermittler zurückgewiesen werden. Dies ist bereits dem Wortlaut der EntschlieÙung zu entnehmen. Die Formulierung "*Der Rechtsausschuss fordert die Gesellschaften des Deutschen Lotto- und Totoblocks auf (Unterstreichung hinzugefügt)*" ist eindeutig und geht über eine bloÙ intern beratende Stellungnahme des Rechtsausschusses weit hinaus. Die Beschlussfassung enthält vielmehr selbst den Aufruf an die im DLTB organisierten Lottogesellschaften, die auf einem terrestrischen Vertrieb der gewerblichen Spielvermittler beruhenden Spieleinsätze abzulehnen. Dementsprechend hat der Rechtsausschuss seinen Appell direkt an die Lottogesellschaften gerichtet und sich nicht - wie es im Falle einer bloÙen Empfehlung zur weiteren internen Willensbildung geboten gewesen wäre - an die Blockversammlung als Beschlussorgan des DLTB gewandt. Auch von den angesprochenen Lottogesellschaften ist die EntschlieÙung des Rechtsausschusses als Aufforderung zur Zurückweisung terrestrisch vermittelter Spielumsätze und nicht lediglich als dessen MeinungsäuÙerung zur Willensbildung innerhalb des DLTB verstanden und behandelt worden. Nach den Feststellungen des Bundeskartellamtes ist die ganz überwiegende Zahl der Lottogesellschaften der Aufforderung des Rechtsausschusses gefolgt. Das betrifft zum einen die Versendung des Musterschreibens an die zuständigen Innenbehörden. Die Beteiligten zu 6. (Bremen) und zu 15. (Niedersachsen) haben bereits im Mai 2005 das vom Rechtsausschuss empfohlene Musterschreiben versandt. Folge geleistet wurde auch der Aufforderung, terrestrisch erzielte Spielumsätze zurückzuweisen. Die Beteiligte zu 11. (Saarland) hat mit Schreiben vom 31. August 2005 die Bitte von Anybet abgelehnt, an ihr Lotteriezentralsystem angeschlossen zu werden. Am gleichen Tag hat auch die Beteiligte zu 12. (Sachsen) die elektronische Anbindung von Anybet an das Lotteriezentralsystem mit dem Hinweis verweigert, dass man derzeit keinen Spielraum für eine Kooperation sehe. Unter dem 5. Oktober 2005 hat ebenso die Beteiligte zu 15. (Niedersachsen) an Jaxx mitgeteilt, dass sie die Aufnahme eines terrestrischen Vertriebs im Bundesland Niedersachsen nicht dulden werde. Denselben Standpunkt haben auch weitere Lottogesellschaften gegenüber Jaxx vertreten. Die Beteiligte zu 8. (Mecklenburg-Vorpommern) hat Anybet mit Schreiben vom 6. Oktober 2005 an die mündliche Versicherung erinnert, dass keine Umsätze aus dem terrestrischen Vertrieb eingespielt würden, und um eine schriftliche Bestätigung dieser Zusage gebeten. Die Beteiligte zu 5. (Brandenburg) hat unter dem 16. November 2005 ebenfalls gegenüber Anybet bekräftigt, keine Umsätze aus dem terrestrischen Vertrieb anzunehmen. Die Beteiligte zu 13. (Schleswig-Holstein) hat Anybet unter dem 6. Dezember 2005 aufgefordert, zukünftig keine Umsätze mehr anzunehmen, die Jaxx auf dem terrestrischen Vertriebsweg generiert habe. Die Beteiligte zu 3. (Bayern) hat Jaxx unter dem 21. Dezember 2005 abgemahnt und den Vorwurf erhoben, dass die bundesweite Akquisition von Spielaufträgen auf terrestrischem Wege den BuÙgeldtatbestand des Art. 3 Abs. 2 des bayerischen Staatslotteriegesetzes erfülle. Eine Weigerungshaltung haben gleichermaßen die Beteiligten zu 7. (Hessen), zu 16. (Sachsen-Anhalt), zu 18. (Hamburg) eingenommen. Sie haben die Ende Dezember 2005 unterbreitete Bitte von Anybet, an das Zentralsystem der jeweiligen Lottogesellschaft angeschlossen zu werden, um Spielumsätze aus dem terrestrischen Vertrieb von Jaxx einspielen zu können, abgelehnt.

66

bb) Die Beschlussfassung des Rechtsausschusses ist dem DLTB zuzurechnen. Dabei kann es auf sich beruhen, ob "bindungsrelevante" Beschlüsse grundsätzlich von der Blockversammlung - und nicht vom Rechtsausschuss - zu treffen sind. Über die Behandlung terrestrisch generierter Spielumsätze der gewerblichen Spielvermittler hat der DLTB nämlich am 25./26. April 2005 durch seinen Rechtsausschuss entschieden. Das belegen die Umstände des Falles. Mit Ausnahme der Beteiligten zu 8. (Mecklenburg-Vorpommern) haben alle im DLTB zusammengeschlossenen Lottogesellschaften an der Sitzung des Rechtsausschusses teilgenommen. Sämtliche Teilnehmer waren dabei hochrangig vertreten, die Beteiligten zu 3. bis zu 7. (Bayern, Berlin, Brandenburg, Bremen, Hessen), zu 9. (Nordrhein-Westfalen), zu 11. (Saarland) und zu 15. (Niedersachsen) als stimmberechtigte Mitglieder des Rechtsausschusses sowie die Beteiligten zu 2. (Baden-Württemberg) und zu 18. (Hamburg) als nicht stimmberechtigte Teilnehmer sogar durch ihren jeweiligen Geschäftsführer bzw. Präsidenten. Dass - wie die Beschwerde reklamiert - die Geschäftsführer der Beteiligten zu 2. (Baden-Württemberg) und zu 7. (Hessen) erst am 25. April 2005 ab 15.00 Uhr an der Sitzung des Rechtsausschusses teilgenommen haben, ist in diesem Zusammenhang ohne Bedeutung. Denn es ist weder vorgetragen worden noch sonst ersichtlich, dass der in Rede stehende Beschluss zum terrestrischen Vertrieb der gewerblichen Spielvermittler schon vorher gefasst worden ist. Aufgrund der nahezu vollständigen und hochrangigen Besetzung war der Rechtsausschuss in der Lage, die Problematik der terrestrisch vermittelten Spieleinsätze für den DLTB abschließend zu erörtern und zu entscheiden. Dies ist sodann auch geschehen. Der Rechtsausschuss hat die Lottogesellschaften des DLTB durch förmlichen Beschluss aufgefordert, terrestrisch vermittelte Spielumsätze der gewerblichen Spielvermittler abzulehnen, und die Lottogesellschaften sind - wie ausgeführt - diesem Aufruf auch gefolgt, ohne dass nur eine Lottogesellschaft zuvor die bestätigende Beschlussfassung der Blockversammlung gefordert hätte. Dies belegt das Einvernehmen aller im DLTB organisierten Lottogesellschaften, dass der Rechtsausschuss die Position des DLTB zum terrestrischen Vertrieb der gewerblichen Spielvermittler erarbeitet hat und seine diesbezügliche EntschlieÙung vom 25./26. April 2005 den Standpunkt des DLTB wiedergibt. Darin fügt sich ein, dass - wie der Verfahrensbevollmächtigte der Lottogesellschaften auf Befragen im Senatstermin klargestellt hat - die Blockversammlung des DLTB mit der Angelegenheit tatsächlich auch nicht mehr befasst worden ist. Dies belegt, dass aus der übereinstimmenden Sicht aller Blockpartner bereits durch die EntschlieÙung des Rechtsausschusses der künftige Umgang der Lottogesellschaften mit den terrestrisch vermittelten Spielumsätzen der gewerblichen Spielvermittler geklärt war und darüber hinausgehend eine Befassung der Blockversammlung nicht für erforderlich erachtet wurde.

Im Ergebnis nichts anderes gilt, wenn man das ergänzende Vorbringen der Beschwerde im Schriftsatz vom 6. Juni 2007 berücksichtigt. Danach ist die EntschlieÙung des Rechtsausschusses vom 25./26. April 2005 in der Blockversammlung vom 6. bis 8. Juni 2005 referiert und sind sodann die Möglichkeiten erörtert worden, den terrestrischen Vertrieb der gewerblichen Spielvermittler zu unterbinden. In der Sitzungsniederschrift (Anlage Bf. 74, GA 1935 f.) werden diesbezüglich durchgreifende rechtliche Bedenken der Glücksspielreferenten und des Bundeskartellamts erwähnt. Die Niederschrift schließt mit der Beschlussfassung, dass die Blockversammlung den Bericht des Vorsitzenden des Rechtsausschusses zur Kenntnis nimmt. In der Folgezeit ist die Blockversammlung mit der Sache dann nicht mehr befasst worden. Bei dieser Sachlage hatte der Boykottaufruf des Rechtsausschusses auch nach der Blockversammlung unverändert Bestand. Die Blockversammlung hat sich in keiner Weise von der EntschlieÙung des Rechtsausschusses und dem darin enthaltenen Aufruf zum Boykott des terrestrischen Vertriebs der gewerblichen Spielvermittler distanziert.

67

68

c) Die EntschlieÙung des Rechtsausschusses war darauf gerichtet, sowohl den Wettbewerb der Lottogesellschaften als Anbieter von zugelassenen Lotterien und Sportwetten als auch deren Wettbewerb als Nachfrager für die bundesweite gewerbliche Vermittlung von Lotterien und Sportwetten zu beschränken. Die Zurückweisung von Spieleinsätzen, die die gewerblichen Spielvermittler auf dem Wege des terrestrischen Vertriebs erzielen, diene dem Ziel, die von den Lottogesellschaften bislang praktizierte Begrenzung des Spielbetriebs auf das eigene Bundesland aufrechtzuerhalten. Hierdurch sollte zum einen der nahezu wettbewerbslose Zustand zwischen den Lottogesellschaften beim Angebot von Lotterien und Sportwetten gesichert sowie zum anderen eine Ausweitung des derzeit nur eingeschränkt - nämlich bei der Vermittlung von Internet-Spieleinsätzen - vorhandenen Wettbewerbs der Lottogesellschaften bei der Nachfrage der gewerblichen Spielvermittlung verhindert werden. Es sollte der nahe liegenden (Wettbewerbs-)Gefahr vorgebeugt werden, dass die gewerblichen Spielvermittler ihre bundesweit generierten Spieleinsätze bei den Lottogesellschaften unabhängig vom Wohnsitz des betreffenden Spielinteressenten ausschließlich nach den Regeln des Marktes platzieren. Dabei war der terrestrische Vertriebsweg der Spielvermittler für die Lottogesellschaften deshalb von besonderer Bedeutung, weil nach den Feststellungen des Amtes der deutsche Spielinteressent für seine Lotterie- und Wettteilnahme den terrestrischen Vertrieb bevorzugt und dementsprechend die Lottogesellschaften über diesen Vertriebsweg den Großteil ihrer Spieleinsätze generieren. In einer Vorlage zur Sitzung des Rechtsausschusses vom 25./26. April 2005 wird der von Jaxx und Tipp24 geplante terrestrische Vertrieb aus diesem Grunde auch als ein Angriff auf den "*Lebensnerv der staatlichen Lotterieunternehmen*" bezeichnet, gegen den vorgegangen werden müsse. "*Es gilt daher*" - so heißt es in der Vorlage weiter - "*genau wie bei Tipp24 AG hier als Block geschlossen gegen die Besetzung dieses Vertriebswegs durch die gewerblichen Spielvermittler vorzugehen, ggfs. wie seinerzeit mit der Androhung der Beendigung jeglicher Zusammenarbeit*". Angesichts dessen ist die Darstellung der Beschwerde, der terrestrische Vertriebsweg der gewerblichen Spielvermittler sei nicht aus wettbewerbswidrigen Gründen, sondern ausschließlich deshalb abgelehnt worden, weil er mit der ordnungsrechtlichen Ausrichtung und Verantwortung der Lottogesellschaften unvereinbar sei, weder nachvollziehbar noch glaubhaft. Wie der Senat bereits in seinem Beschluss vom 23. Oktober 2006 (Umdruck Seite 10, 11/12) ausgeführt hat, lässt der Lotteriestaatsvertrag die gewerbliche Spielvermittlung ausdrücklich zu und beschränkt diese auch nicht auf bestimmte Vertriebswege. Dementsprechend begegnet der von Jaxx und Tipp24 geplante terrestrische Vertrieb von Spielumsätzen als solcher keinerlei rechtlichen Bedenken. Der gewerbliche Spielvermittler hat lediglich bei der Ausgestaltung und dem Betrieb seines Vermittlungsgeschäfts die ordnungsrechtlichen Vorgaben in § 4 und § 14 Abs. 2 des Lotteriestaatsvertrages (z.B. Einhaltung des Jugendschutzes, Verbot der übermäßigen und irreführenden Werbung, Bereitstellung von Informationen über Spielsucht, Prävention und Behandlungsmöglichkeiten) einzuhalten. Daraus lassen sich indes keine Einwände gegen die terrestrische Vermittlung selbst herleiten. Schon vor diesem Hintergrund erweist sich der Standpunkt der Lottogesellschaften, der terrestrische Vertrieb der gewerblichen Spielvermittler dürfe (und müsse) ohne Rücksicht auf die Ausgestaltung und Durchführung des einzelnen Geschäftsbetriebs aus ordnungsrechtlichen Gründen vollständig verhindert werden, als nicht haltbar. Er dient erkennbar bloß als Vorwand, um die mit der EntschlieÙung des Rechtsausschusses tatsächlich bezweckte Wettbewerbsbeeinträchtigung zu kaschieren.

Es kommt hinzu, dass die Lottogesellschaften ohnehin nicht Träger der Gefahrenabwehr sind und ihnen infolge dessen auch nicht die Überprüfung obliegt, ob die gewerblichen Spielvermittler mit dem von ihnen beabsichtigten terrestrischen Vermittlungssystem die einschlägigen ordnungsrechtlichen Vorgaben einhalten. Den Lottogesellschaften kann deshalb aus kartellrechtlicher Sicht allenfalls die Befugnis zugestanden werden, eine

Geschäftsbeziehung mit demjenigen gewerblichen Spielvermittler abzulehnen, der seinen terrestrischen Vertrieb unter Missachtung des einschlägigen Ordnungsrechts führt. Hieraus kann sich indes eine Rechtfertigung für die generelle Weigerungshaltung der Lottogesellschaften, terrestrisch vermittelte Spielumsätze der gewerblichen Spielvermittler anzunehmen, ersichtlich nicht ergeben.

Nicht plausibel ist gleichermaßen das Argument, der terrestrische Vertrieb der gewerblichen Spielvermittler heize das Lottogeschäft an, was der Zielsetzung des Lotteriestaatsvertrages widerspreche, den Spieltrieb der Bevölkerung zu kanalisieren und einzudämmen. Mit Recht hat das Bundeskartellamt darauf hingewiesen, dass die von den Ländern beherrschten Lottogesellschaften ihre Lotterien und Sportwetten selbst in erheblichem Umfang (2004: Werbeausgaben von 108 Mio. Euro) und - wie den Mitgliedern des Senats aus eigener Wahrnehmung dieser Werbemaßnahmen bekannt ist - in zuweilen massiver Form (z.B. bei einem hohen Jackpot) bewerben, und sie dem Spielinteressierten über rund 25.000 eigene Lotto-Annahmestellen und die Möglichkeit, sich per Internet oder - unter Einschaltung eines Spielvermittlers - auch auf dem Postweg, über Telefon sowie per SMS an den Lotterien zu beteiligen, überdies ein nahezu allgegenwärtiges Glücksspielangebot zur Verfügung stellen. Angesichts dessen ist weder plausibel dargelegt noch belegt, dass der terrestrische Vertrieb der gewerblichen Spielvermittler das Lottogeschäft darüber hinausgehend anheizt. Dabei ist auch zu berücksichtigen, dass die zuständigen Ordnungsbehörden gegenüber den gewerblichen Spielvermittlern die zur Einhaltung der Ziele des Lotteriestaatsvertrages erforderlichen Maßnahmen ergreifen (§ 14 Abs. 2 Nr. 1 Lotteriestaatsvertrag) und hierdurch ordnungsrechtliche Vorkehrungen gegen eine schädliche Steigerung des Lottovertriebs treffen können.

70

Die Lottogesellschaften können sich zur Rechtfertigung ihrer Weigerungshaltung auch nicht auf das Urteil des Bundesverfassungsgerichts zur Verfassungsmäßigkeit des bayerischen Wettmonopols bei Sportwetten (NJW 2006, 1261) berufen. Das gilt selbst dann, wenn man mit der Beschwerde die Rechtsgrundsätze der Entscheidung auf den Bereich des staatlichen Lotteriemonopols überträgt und dementsprechend davon ausgeht, dass den Lottogesellschaften bis zu einer Neuregelung des staatlichen Glücksspielrechts auch im Lotteriegeschäft eine Erweiterung ihres Angebots und eine gezielt zur Lotterieteilnahme auffordernde Werbung untersagt ist. Die Entgegennahme terrestrisch generierter Spielumsätze der gewerblichen Spielvermittler verletzt keines dieser Verbote. Der terrestrische Vertriebsweg der Spielvermittler führt weder zu einer Erweiterung des Lotterieangebots noch ist er zwangsläufig mit einer vorstoßenden, das Lotteriegeschäft anheizenden Werbung verbunden. Den Lottogesellschaften ist es vielmehr unbenommen, durch Vereinbarungen mit den betreffenden Spielvermittlern sicherzustellen, dass die vom Bundesverfassungsgericht gezogenen Grenzen beachtet und eingehalten werden.

71

Nicht stichhaltig ist ebenso der weitere Einwand der Beschwerde, dass auf den in Rede stehenden Märkten bisher kein oder nur ein eingeschränkter Wettbewerb stattfinde. Eine Wettbewerbsbeschränkung liegt nämlich schon dann vor, wenn - wie hier - nur der potenzielle Wettbewerb beeinträchtigt wird.

72

d) Die mit der Beschlussfassung des Rechtsausschusses bezweckte Wettbewerbsbeschränkung ist - ohne dass dies zur Verwirklichung des vom Amt angenommenen Kartellrechtsverstößes freilich noch erforderlich wäre - auch tatsächlich eingetreten. Wie dargestellt, hat die ganz überwiegende Zahl der im DLTB zusammengeschlossenen Lottogesellschaften die Aufforderung des Rechtsausschusses befolgt und es gegenüber Anybet bzw. Jaxx abgelehnt, terrestrisch vermittelte Spieleinsätze

73

anzunehmen.

e) Die Entschlieung des Rechtsausschusses war auf eine spürbare Wettbewerbsbeschränkung gerichtet und geeignet, den zwischenstaatlichen Handel spürbar zu beeinträchtigen.

74

Das folgt für die bundeslandweit abzugrenzenden Angebotsmrkte für Lotterien unmittelbar aus der Tatsache, dass die Lottogesellschaften nach den Ermittlungen des Amtes in ihrem Landesgebiet jeweils Marktanteile von über 80 % halten und die Aufforderung des Rechtsausschusses zur Ablehnung des terrestrischen Vertriebs der gewerblichen Spielvermittler flächendeckend an alle deutschen Lottogesellschaften gerichtet war. Die Entschlieung des Rechtsausschusses zielte mithin darauf ab, den gesamten nationalen Markt für die Veranstaltung von Lotterien gegen einen terrestrischen Vertrieb gewerblicher Spielvermittler abzuschotten. Bereits diese marktabschottende Wirkung genügt für die Eignung der Wettbewerbsbeschränkung, den Handel zwischen den Mitgliedsstaaten der Europäischen Union spürbar zu beeinträchtigen. Denn mit der Verhinderung inländischen Wettbewerbs wird auch der ausländische Wettbewerb und damit zugleich eine Durchdringung der Märkte in Europa verhindert (vgl. Reh binder in Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, EG/Teil 1, 4. Aufl., Art 81 Abs. EGV Rdnr. 288 m.w.N.). Horizontale Kartelle, die sich auf das gesamte Gebiet eines Mitgliedsstaates erstrecken, sind in der Regel geeignet, den Handel zwischen den Mitgliedsstaaten spürbar zu beeinträchtigen, weil sie ihrem Wesen nach die Wirkung haben, eine Marktaufteilung entlang nationaler Grenzen zu verfestigen (vgl. EuGH, Ur t. v. 19.2.99, Rs. C-35/99, Slg. 2002 I Seite 1529 Rn. 33 – "*Manuele Arduino*"). Ob - wie die Beschwerde behauptet - der konsolidierte Anteil der ausländischen Spieler in den Grenz-Bundesländern unter 1 % liegt, ist in diesem Zusammenhang nicht ausschlaggebend.

75

Die Eignung zu einer spürbaren Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels ist zudem für den Vermittlungsmarkt, auf dem sich die Lottogesellschaften als Nachfrager und die gewerblichen Spielvermittler als Anbieter gegenüber stehen, zu konstatieren. Da nach den Feststellungen des Amtes auf die Lottogesellschaften ein inlandsbezogener Nachfrageanteil von rund 98 % entfällt, wird auch dieser nationale Markt nahezu vollständig abgeschottet.

76

2. Das Bundeskartellamt hat die Entschlieung des Rechtsausschusses vom 25./26. April 2005 darüber hinaus als Boykottaufruf im Sinne von § 21 Abs. 1 GWB gewertet. Danach ist es Unternehmen und Unternehmensvereinigungen verboten, ein anderes Unternehmen in der Absicht, bestimmte Unternehmen unbillig zu beeinträchtigen, zu Liefer- oder Bezugssperren auffordern. Auch hiergegen wendet sich die Beschwerde vergeblich.

77

a) Die Aufforderung des Rechtsausschusses an die Lottogesellschaften, terrestrisch generierte Spielumsätze der gewerblichen Spielvermittler zurückzuweisen, war an ein "anderes Unternehmen" im Sinne der genannten Vorschrift gerichtet. Zwar sind die vom Rechtsausschuss angesprochenen Lottogesellschaften zugleich Mitglieder des DLTB. Das steht ihrer Adressateneigenschaft aber nicht entgegen. Der Tatbestand des Boykottaufrufs ist nur dann nicht verwirklicht, wenn Auffordernder und Aufgeforderter demselben Unternehmen angehören oder sie aufgrund eines Konzernverhältnisses eine unternehmerische Einheit bilden, so dass der Aufruf nur den Charakter einer internen Weisung hat. Anders liegt es, wenn - wie hier - ein Verband eine Sperraufforderung an seine Mitgliedsunternehmen richtet. Die Verbandsunternehmen sind in diesem Fall "andere Unternehmen" im Sinne des Boykotttatbestands (vgl. KG, WuW/E OLG 4108, 4110 – *Sportartikelhandel*; Markert in Immenga/ Mestmäcker, GWB Kommentar zum Kartellgesetz, 3. Aufl., § 21 Rdnr. 15).

78

79

b) Der Boykottaufruf des Rechtsausschusses richtete sich auch gegen ein bestimmtes Unternehmen, nämlich die Jaxx. Sie ist in dem Vorlagepapier vom 20. April 2005, das ausweislich der Protokollniederschrift vom Rechtsausschuss in seiner Sitzung am 25./26. April 2005 diskutiert worden ist, ausdrücklich als Anlass für die Beschlussfassung genannt. In der Vorlage heißt es insoweit:

"..... Die Firma fluxx.com AG (lies: deren Tochtergesellschaft Jaxx ist), die bereits für mehrere Blockgesellschaften den Auftritt im Internet betreibt, hat den Lotteriegesellschaften nunmehr das Angebot unterbreitet, Lotto auch über ein sog. One-Stop-Shopping in Supermärkten zu vertreiben....."

..... 81

..... 82

Durch die Aktivitäten der fluxx.com AG wird ebenfalls wie seinerzeit durch die Firma Tipp24 AG unmittelbar der terrestrische Vertrieb der Lottounternehmen tangiert. Hier wird der Lebensnerv der staatlichen Lotterieunternehmen angegriffen. Es gilt daher genau wie bei Tipp24 AG hier als Block geschlossen gegen die Besetzung dieses Vertriebswegs durch die gewerblichen Spielvermittler vorzugehen, ggfs. wie seinerzeit mit der Androhung jeglicher Zusammenarbeit".

c) Der Boykottaufruf hat auch zu einer unbilligen Wettbewerbsbehinderung von Jaxx aufgefordert. Es ist bereits ausgeführt worden, dass den Lottogesellschaften keine billigen Gründe zur Seite stehen, die terrestrisch erzielten Spielumsätze der gewerblichen Spielvermittler zurückzuweisen. 84

3. Die Beschlussfassung des Rechtsausschusses erfüllt schließlich den Tatbestand des Art. 82 EG. Nach dieser Vorschrift ist die missbräuchliche Ausnutzung einer beherrschenden Stellung verboten, die ein oder mehrere Unternehmen auf dem Gemeinsamen Markt oder auf einem wesentlichen Teil desselben innehaben, soweit hierdurch der Handel zwischen den Mitgliedstaaten beeinträchtigt werden kann. 85

a) Die Lottogesellschaften sind Normadressaten des Art. 82 EG. Sie besitzen - was für die Annahme einer beherrschenden Stellung auf einem wesentlichen Teil des Gemeinsamen Marktes im Sinne von Art. 82 EG genügt (vgl. Dirksen in Langen/ Bunte, Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, Band 2, 10. Aufl., Art. 82 Rdnr. 70 m.w.N.) - jedenfalls auf dem bundesdeutschen Nachfragemarkt für gewerbliche Spielvermittlung eine marktbeherrschende Position. Zwar veranstalten die Lottogesellschaften ihre Lotterien jeweils nur im Gebiet des eigenen Bundeslandes und fragen auch nur in diesem landesweiten Geschäftsbetrieb eine gewerbliche Spielvermittlung nach. Gleichwohl besitzen sie gemeinsam eine marktbeherrschende Stellung auf dem bundesweiten Vermittlungsmarkt. Diese gemeinsame Marktbeherrschung ergibt sich aus der besonderen Struktur des Vermittlungsmarktes. Jener Markt ist dadurch geprägt, dass auf die im DLTB organisierten Lottogesellschaften ein extrem hoher Nachfrageanteil von rund 98 % entfällt, gleichzeitig ein Wettbewerb der Lottogesellschaften bei der Nachfrage der gewerblichen Spielvermittlung praktisch nicht stattfindet, weil die von den gewerblichen Spielvermittlern generierten Lottereeinnahmen weitgehend regionalisiert, d.h. auf die einzelnen Bundesländer im Verhältnis der von ihnen im Übrigen vermittelten Spieleinsätze verteilen werden, und die Lottogesellschaften schließlich ihr Marktverhalten im DLTB in vielfacher Hinsicht abstimmen. Aus alledem hat das Bundeskartellamt mit Recht ein wettbewerbles Parallelverhalten der Lottogesellschaften hergeleitet und daraus zutreffend den weiteren Schluss gezogen, dass 86

die Lottogesellschaften gemeinsam den bundesdeutschen Nachfragemarkt für die gewerbliche Spielvermittlung beherrschen.

b) Indem die Lottogesellschaften die Aufforderung des Rechtsausschusses des DLTB befolgt und die terrestrisch erzielten Spielumsätze der gewerblichen Spielvermittler zurückgewiesen haben, haben sie ihre marktbeherrschende Position missbraucht. Anerkennenswerte Gründe stehen den Lottogesellschaften für ihr Verhalten nicht zur Seite. Es dient vielmehr alleine dem Ziel, einen - erstmals zu erwartenden - nennenswerten Wettbewerb auf dem Nachfragemarkt für die gewerbliche Spielvermittlung zu verhindern und widerspricht damit der auf die Freiheit des Wettbewerbs gerichteten Zielsetzung des Kartellgesetzes. 87

4. Die vom Bundeskartellamt getroffenen Feststellungen und Anordnungen finden ihre Grundlage in § 32 GWB. Danach kann die Kartellbehörde Unternehmen und Unternehmensvereinigungen verpflichten, eine Zuwiderhandlung gegen das nationale Kartellgesetz oder gegen Art. 81 oder Art. 82 EG abzustellen (Abs. 1) und ihnen alle Maßnahmen aufgeben, die für eine wirksame Abstellung der Zuwiderhandlung erforderlich und gegenüber dem festgestellten Verstoß verhältnismäßig sind (Abs. 2). Bei einem berechtigten Interesse kann die Kartellbehörde außerdem eine Zuwiderhandlung feststellen (Abs. 3). 88

a) Das Amt hat zu Recht festgestellt, dass die Aufforderung des Rechtsausschusses des DLTB vom 25./26. April 2005, terrestrisch vermittelte Spielumsätze der gewerblichen Spielvermittler zurückzuweisen, gegen Art. 81 und 82 EG sowie §§ 1 und 21 Abs. 1 GWB verstößt. 89

Das erforderliche Feststellungsinteresse ergibt sich zum einen aus der fortbestehenden ernsthaften Besorgnis einer Wiederholung des Kartellverstoßes. Zwar hat der Rechtsausschuss im Juli 2006 *"Rein vorsorglich - um die auf die Aufforderung vom 25./26. April 2005 gestützten Vorwürfe des BKartA zu entkräften - und ohne Anerkennung einer Rechtspflicht"* den in Rede stehenden Beschluss aufgehoben; außerdem haben die Lottogesellschaften dem Bundeskartellamt gegenüber erklärt, künftig weder eine gleich lautende noch eine ähnliche Beschlussfassung zu beabsichtigen. Hierdurch wird die sich aus der Zuwiderhandlung ergebende Wiederholungsgefahr indes nicht ausgeräumt. Die Aufhebung der streitbefangenen Beschlussfassung ist bloß vorsorglich und ausdrücklich ohne die Anerkennung einer dahingehenden Rechtspflicht erfolgt. Schon von daher trägt sie nicht die Annahme, dass der DLTB und die ihm angeschlossenen Lottogesellschaften ihre beanstandete Verhaltensweise ernsthaft und endgültig aufgeben wollen. Gleiches gilt im Ergebnis für die Erklärung der Lottogesellschaften, eine gleich lautende oder ähnliche Beschlussfassung künftig nicht zu beabsichtigen. Auch diese Erklärung besagt nicht, dass der Boykott terrestrisch erzielter Umsätze der gewerblichen Spielvermittler in der Sache aufgegeben wird und fortan nicht mehr praktiziert werden soll. Diesbezügliche Zweifel sind nicht zuletzt deshalb berechtigt, weil der DLTB und die Lottogesellschaften im Beschwerdeverfahren die Rechtmäßigkeit ihres Verhaltens dezidiert verteidigen und ausdrücklich für sich in Anspruch nehmen, terrestrisch erzielte Umsätze der gewerblichen Spielvermittler ablehnen zu dürfen. Sie resultieren überdies aus dem Umstand, dass - wie dem Senat aus den bei ihm geführten Beschwerdeverfahren VI-Kart 18/06 (V) und VI-Kart 19/06 (V) bekannt ist - zahlreiche Lottogesellschaften erst durch die Androhung eines Zwangsgeldes in Millionenhöhe zur Beachtung der kartellbehördlichen Verfügung angehalten werden mussten. Vor diesem Hintergrund bietet alleine die Behauptung der Lottogesellschaften, den festgestellten Kartellverstoß nicht mehr wiederholen zu wollen, keine hinreichende Gewähr für die Annahme, dass die in Rede stehende Verhaltensweise endgültig 90

und ernsthaft aufgegeben worden ist (vgl. Bornkamm in Langen/Bunte, Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, Band 1, 10. Aufl., § 32 Rdnr. 19 m.w.N.).

Die kartellbehördliche Feststellung der Kartellrechtswidrigkeit ist daneben im Interesse der betroffenen gewerblichen Spielvermittler gerechtfertigt, denen aufgrund des Kartellrechtsverstoßes Ersatzansprüche zustehen können (vgl. Bornkamm in Langen/Bunte, Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, Band 1, 10. Aufl., § 32 Rdnr. 37). 91

b) Rechtlich bedenkenfrei sind ganz überwiegend auch die Untersagungsanordnungen des Amtes. 92

aa) Der Ausspruch zu 1. verbietet im Sinne von § 32 Abs. 1 GWB eine Wiederholung des Kartellverstoßes. Er ist gegenüber der Beteiligten zu 1. (DLTB) gerechtfertigt, weil ihr Rechtsausschuss den kartellrechtswidrigen Beschluss gefasst hat, und er durfte gegen die Beteiligten zu 2. bis zu 16. und zu 18. (Lottogesellschaften) ergehen, weil diese als Mitglieder des DLTB den streitgegenständlichen Beschluss des Rechtsausschusses entweder selbst gefasst oder sein Zustandekommen zumindest unterstützt und sie ihn sodann auch umgesetzt haben. 93

Lediglich gegenüber der Beteiligten zu 17. (Nordwest Lotto und Toto Hamburg) erweist sich das kartellbehördliche Verbot als unberechtigt, weil es an der erforderlichen Begehungsgefahr fehlt. Nach dem unwidersprochen gebliebenen Vorbringen der Beschwerde ist die Beteiligte zu 17. weder Veranstalterin der Lotterien und Sportwetten in Hamburg noch Gesellschafterin des DLTB. Sie stellt lediglich ihr Personal zur Verfügung, damit das Lotterie- und Sportwettengeschäft der Beteiligten zu 18. (Freie und Hansestadt Hamburg) in deren Namen und auf deren Rechnung durchgeführt werden kann. Dass sie dabei Einfluss auf Inhalt, Art und Ausgestaltung des Lotterie- und Wettgeschäfts in Hamburg und die Zusammenarbeit der Beteiligten zu 18. mit den gewerblichen Spielvermittlern besitzt, ist weder festgestellt noch sonst ersichtlich. Ebenso wenig ist festgestellt, dass die Beteiligte zu 17. in irgendeiner Weise an der Beschlussfassung des Rechtsausschusses beteiligt war oder die Entscheidung der Beteiligten zu 18. zur Umsetzung des Beschlusses beeinflusst oder unterstützt hat. Damit fehlen hinreichende Anhaltspunkte für die Annahme, die Beteiligte zu 17. könne zukünftig an einer Verständigung der im DLTB zusammengeschlossenen Lottounternehmen mitwirken, den terrestrischen Vertrieb der gewerblichen Spielvermittler zu boykottieren. Die Feststellung einer Begehungsgefahr ist auch nicht - wie das Amt im Senatstermin geltend gemacht hat - aufgrund der Verbundklausel in § 36 Abs. 2 GWB entbehrlich, wonach verbundene Unternehmen im Sinne von § 17 oder 18 AktG als einheitliches Unternehmen anzusehen sind. Zwar gilt die Verbundklausel über den Bereich der Fusionskontrolle hinaus für den gesamten Anwendungsbereich des Kartellgesetzes. Ihr sachlicher Regelungsgehalt betrifft indes nicht die vorliegend zu entscheidende Frage. Die Verbundklausel ist Ausdruck der das gesamte Kartellrecht beherrschenden wirtschaftlichen Betrachtungsweise. Ihr Zweck ist es sicherzustellen, dass Unternehmen, die trotz ihrer juristischen Selbständigkeit infolge gegenseitiger Verflechtung oder einseitig bestehender Einflussmöglichkeiten eine wettbewerbliche Einheit bilden, kartellrechtlich auch als eine solche Wettbewerbseinheit behandelt werden. Darum geht es vorliegend nicht. Die Frage, ob eine hinreichende Begehungsgefahr besteht, lässt sich ausschließlich anhand der tatsächlichen Umstände des jeweiligen Falles beantworten. Nur sie geben Aufschluss darüber, ob die ernsthafte Besorgnis besteht, dass das betreffende Unternehmen in Zukunft einen bestimmten Kartellverstoß begehen oder wiederholen werde. Zwar ist in die Prüfung und Bewertung der Tatsachengrundlage auch eine bestehende Unternehmensverflechtung einzubeziehen, weil sie Rückschlüsse auf das zukünftige Verhalten des Unternehmens 94

zulassen kann. Aus der Unternehmensverflechtung als solche lässt sich eine Begehungsgefahr aber nicht herleiten.

bb) Mit dem Ausspruch zu 2. hat das Bundeskartellamt den Beteiligten zu 2. bis zu 18. im Sinne von § 32 Abs. 2 GWB eine weitere Umsetzung der kartellrechtswidrigen Aufforderung zum Boykott terrestrisch erzielter Spielumsätze untersagt. Das Verbot ist - und zwar auch gegenüber der Beteiligten zu 17. - bedenkenfrei. Die erforderliche Begehungsgefahr resultiert aus der Tatsache, dass sowohl die Beteiligten zu 2. bis zu 16. und zu 18. als im DLTB organisierte Lottogesellschaften als auch die Beteiligte zu 17. als von der Beteiligten zu 18. mit der Durchführung ihres Lottogeschäfts beauftragtes Unternehmen an der Umsetzung der kartellrechtswidrigen Aufforderung des Rechtsausschusses vom 25./26. April 2005 mitgewirkt haben. Lediglich aus Gründen der Klarstellung hat der Senat die Untersagungsaussprüche sprachlich neu gefasst, damit der vom Amt zugrunde gelegte Kartellverstoß deutlich hervortritt. Eine Teilaufhebung der kartellbehördlichen Anordnung ist damit nicht verbunden.

cc) Als Abstellmaßnahme berechtigt ist darüber hinaus das Verbot im Ausspruch zu 3., das lautet:

"Ferner werden den Beteiligten zu 2. bis zu 18. nach § 32 GWB alle gegen gewerbliche Spielvermittler gerichteten Maßnahmen, wie insbesondere Abmahnungen oder Vertragskündigungen, untersagt, die von den Beteiligten zu 2. bis zu 18. deshalb ergriffen werden, weil die gewerblichen Spielvermittler ordnungsbehördlich zugelassene Glücksspiele über terrestrische Vermittlungsstellen vermittelt, und die auf die Behauptung von Verstößen der gewerblichen Spielvermittler gegen das Ordnungsrecht gestützt werden, ohne dass eine Ordnungsbehörde diesen Verstoß zuvor bestandskräftig festgestellt hat, oder im Falle der Einlegung von Rechtsmitteln ein Gericht diesen Verstoß rechtskräftig festgestellt hat. Ferner wird den Beteiligten zu 2. bis zu 18. untersagt, gewerbliche Spielvermittler zu Zusagen zu veranlassen, die terrestrische in einer bestimmten Art und Weise zu unterlassen oder nicht aufzunehmen, deren Unvereinbarkeit mit ordnungsrechtlichen Vorschriften nicht in einem behördlichen Verfahren bestandskräftig festgestellt ist, oder im Falle der Einlegung von Rechtsmitteln von einem Gericht rechtskräftig festgestellt wurde."

Ausweislich der Beschlussbegründung des Amtes (vgl. Rdnr. 439, 440, 445 bis 448 des angefochtenen Beschlusses) soll die Untersagung Umgehungstatbestände erfassen und sicherzustellen, dass die Lottogesellschaften den Boykott der terrestrisch generierten Spielumsätze nicht unter dem Vorwand fortsetzen, jener Vertriebsweg der gewerblichen Spielvermittler verstoße gegen geltendes Ordnungsrecht. Vor diesem Hintergrund erfasst das ausgesprochene Verbot ausschließlich solche Maßnahmen gegen und Aufforderungen an die gewerblichen Spielvermittler, die alleine mit der angeblichen Ordnungswidrigkeit des terrestrischen Vertriebs begründet bzw. wegen der vorgeblichen Ordnungswidrigkeit dieses Vertriebswegs ergriffen werden. Mit Rücksicht auf die Bindungswirkung bestandskräftiger behördlicher und rechtskräftiger gerichtlicher Entscheidungen steht das ausgesprochene Verbot zudem unter dem Vorbehalt, dass der dem gewerblichen Spielvermittler gegenüber reklamierte Ordnungsrechtsverstoß nicht bestandskräftig durch eine Ordnungsbehörde oder rechtskräftig durch ein Gericht festgestellt worden ist.

Mit diesem - vom Bundeskartellamt im Beschwerdeverfahren bestätigten - Verständnis begegnet der Untersagungsausspruch keinen rechtlichen Bedenken. Soweit der Senat im Beschluss vom 23. Oktober 2006 (Umdruck Seite 14 ff.) aufgrund vorläufiger Beurteilung der Sach- und Rechtslage Zweifel an der Rechtmäßigkeit der Untersagung geäußert hat, hält er daran nicht fest. Die damaligen Bedenken beruhten auf der - nicht zutreffenden - Annahme, das Bundeskartellamt wolle den Lottogesellschaften generell den Einwand abschneiden,

dass der terrestrische Vertrieb ihres Spielvermittlers gegen (irgendwelche) ordnungsrechtlichen Bestimmungen verstoße.

Um Inhalt und Reichweite des Untersagungsausspruchs klarzustellen, hat der Senat den Ausspruch zu 3. nach Maßgabe der vorstehenden Ausführungen sprachlich neu gefasst. Eine Teilaufhebung des Verbotsausspruchs liegt darin nicht. 100

dd) Eine zulässige Abstellmaßnahme ist ebenso der Ausspruch zu 4. Er untersagt den Lottogesellschaften, 101

"sich im Rahmen ihrer Geschäftstätigkeit an alle künftigen staatlichen Maßnahmen - wie Gesetze, Verordnungen, Verwaltungsakte und Weisungen - zu halten, wonach Spielumsätze gewerblicher Spielvermittler ausschließlich deshalb nicht anzunehmen sind, weil sie durch terrestrische Vermittlung erzielt worden sind." 102

Auch mit dieser Untersagung will das Bundeskartellamt eine Umgehung des Boykottverbots verhindern und gewährleisten, dass den Lottogesellschaften nicht durch behördliche oder gesetzliche Anordnungen - vermeintlich - gestattet wird, Spielumsätze der gewerblichen Spielvermittler alleine deshalb zurückzuweisen, weil sie durch terrestrische Vermittlung erzielt worden sind (vgl. Rdnr. 449 bis 454 des angefochtenen Beschlusses). Dem Untersagungsausspruch liegt die nicht fern liegende Befürchtung zugrunde, dass die Bundesländer aus Rücksicht auf die von ihnen beherrschten Lottogesellschaften versuchen könnten, den vereinbarten Boykott des terrestrischen Vertriebswegs der gewerblichen Spielvermittler mit Hilfe entsprechender ordnungsbehördlicher Anordnungen ihrer Behörden oder gesetzgeberischer Maßnahmen aufrechtzuerhalten. Um dieser Umgehungsgefahr zu begegnen, ist die Untersagungsverfügung gerechtfertigt. 103

Allerdings hat der Senat bereits in seinem Beschluss vom 23. Oktober 2006 insoweit Zweifel an der Rechtmäßigkeit des kartellbehördlichen Verbots geäußert, als dem Gesetzgeber sowohl nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (a.a.O.) als auch nach der Judikatur des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften (vgl. Urt. v. 24.3.1994, Slg. 1994 I Seite 1039 – "Schindler"; Urt. v. 21.9.1999, Slg. 1999 I Seite 6067 – "Läära"; Urt. v. 21.10.1999, Slg. 1999 I Seite 7289 – "Zenatti"; Urt. v. 6.11.2003, Slg. I Seite 13031 – "Gambelli") Freiräume zur Verfügung stehen, um die Tätigkeit gewerblicher Vermittler einzuschränken. Derartige Beschränkungen kommen insbesondere in Betracht, wenn und soweit sie zur Bekämpfung der Spiel- und Wertsucht, dem Schutz der Spieler vor betrügerischen Machenschaften oder irreführender Werbung oder der Abwehr von Gefahren aus mit dem Glücksspiel verbundener Folge- und Begleitskriminalität erforderlich sind (vgl. BVerfG, a.a.O. Rdnr. 97 ff.; EuGH, a.a.O.; vgl. auch Europäische Kommission, "Stellungnahme zu dem notifizierten Entwurf für einen Staatsvertrag zum Glücksspielwesen", dort Seite 7/8, Anlage zum Sitzungsprotokoll vom 30.5.2007, GA 1896, 1899). Dass der Gesetzgeber zur Erreichung dieser Ziele (u.a.) den terrestrischen Vertrieb der gewerblichen Spielvermittler verbieten kann, ist weder rechtlich noch logisch ausgeschlossen. Aus diesem Grund darf den Lottogesellschaften nicht auf unbestimmte Zeit untersagt werden, staatlichen Maßnahmen (Gesetze, Verordnungen, Verwaltungsakte, Weisungen) Folge zu leisten, die den terrestrischen Vertrieb der gewerblichen Spielvermittler für rechtswidrig erklären. Als Umgehungsschutz ist eine dahingehende Untersagung rechtlich nur unter der Geltung des derzeitigen staatlichen Lotterierechts unbedenklich. Sobald der Gesetzgeber - voraussichtlich zum Jahresende - diesen Rechtsbereich unter besonderer Berücksichtigung der genannten ordnungsrechtlichen Ziele eines staatlichen Wett- und Lotteriemonopols neu geregelt hat, entfällt die Rechtfertigung für das Umgehungsverbot des Amtes. Ab diesem Zeitpunkt bedarf es vielmehr einer vollständig neuen kartellrechtlichen Prüfung des dann geltenden Wett- und 104

Der Senat hat den Untersagungsausspruch des Amtes zur Klarstellung neu gefasst und seine 105 Geltungsdauer auf den Fortbestand des derzeit geltenden Lotterierechts beschränkt. Ein Teilunterliegen des Amtes ist damit nicht verbunden. Angesichts des vom Amt erklärtermaßen beabsichtigten Umgehungsschutzes sollte den Lottogesellschaften mit der angefochtenen Verfügung lediglich unter der Geltung des aktuellen Lotterierechts die Befolgung der in Rede stehenden staatlichen Maßnahmen verboten werden. Den zuletzt vom Bundesverfassungsrecht bestätigten weiten Gestaltungsspielraum, den der Gesetzgeber zur Durchsetzung der vorerwähnten Gemeinwohlbelange bei der Regelung des bundesdeutschen Glücksspielwesens besitzt, hat das Bundeskartellamt in dem angefochtenen Beschluss ausdrücklich anerkannt.

B. Regionalitätsprinzip (§ 2 Blockvertrag, § 5 Abs. 3 Lotteriestaatsvertrag) 106

1. § 2 Abs. 1 Satz 2 des Blockvertrages vom 22. Mai 2000 sieht vor, dass die Gesellschaften 107 des DLTB aufgrund der ihnen erteilten Erlaubnis Lotterien und Sportwetten nur innerhalb ihres jeweiligen Landesgebiets veranstalten dürfen (Regionalitätsprinzip). Begründet wird dies in der genannten Vertragsbestimmung mit der Erwägung, dass die Lotteriehochheit jedes Landes auf sein Hoheitsgebiet beschränkt sei und deshalb die Blockpartner aufgrund der Erlaubnis ihres Landes nur innerhalb des eigenen Landesgebiets Glücksspiele veranstalten dürften. Eine ähnliche Aussage enthält § 5 Abs. 3 des Lotteriestaatsvertrages. Danach ist den Blockpartnern die Veranstaltung und Durchführung von öffentlichen Glücksspielen grundsätzlich nur im eigenen Land gestattet; die Betätigung in einem anderen Bundesland soll nur mit Zustimmung dieses Landes in Betracht kommen, wobei ein Rechtsanspruch auf diese Zustimmung ausgeschlossen ist. § 2 Abs. 3 des Blockvertrages bindet darüber hinaus die Betätigung der Lottogesellschaften außerhalb der Bundesrepublik Deutschland an die Zustimmung des DLTB.

Das Bundeskartellamt hält das in § 2 Abs. 1 Satz 2 des Blockvertrages vorgesehene 108 Regionalitätsprinzip für eine kartellrechtswidrige Gebietsabsprache im Sinne von Art. 81 Abs. 1 Nr. c) EG. Diese wettbewerbsbeschränkende Vereinbarung der im DLTB zusammengeschlossenen Lottogesellschaften werde - so das Amt weiter - auch nicht durch § 5 Abs. 3 des Lotteriestaatsvertrages gedeckt. Soweit diese Vorschrift die Betätigung der Lottogesellschaften im Grundsatz auf das Gebiet ihres jeweiligen Bundeslandes beschränke, festige und unterstütze sie den durch § 2 Abs. 1 Satz 2 des Blockvertrages geschaffenen kartellrechtswidrigen Zustand und dürfe deshalb gemäß Art. 10 EG i.V.m. Art. 81 EG nicht angewendet werden. Im Ergebnis sei § 5 Abs. 3 des Lotteriestaatsvertrages europarechtskonform dahin auszulegen, dass er den Bundesländern lediglich die Ermächtigung verschaffe, die Tätigkeit einer anderen Lottogesellschaft im eigenen Land nachträglich aus rein ordnungsrechtlichen Gründen zu begrenzen oder zu untersagen. Kartellrechtswidrig sei ebenso die wie eine Gebietsaufteilung wirkende Vereinbarung in § 2 Abs. 3 des Blockvertrages zur Betätigung einer Lottogesellschaft außerhalb des Bundesgebietes.

2. Gegen diese Beurteilung wendet sich die Beschwerde ganz überwiegend ohne Erfolg. 109

a) Mit Recht ist das Bundeskartellamt davon ausgegangen, dass sich das in § 2 Abs. 1 Satz 2 110 des Blockvertrages und § 5 Abs. 3 des Lotteriestaatsvertrages angesprochene Regionalitätsprinzip ungeachtet der den Bundesländern zustehenden Lotteriehochheit an den Bestimmungen des europäischen Kartellrechts messen lassen muss.

Die Lotteriehochheit weist den Bundesländern die Kompetenz zu, in ihrem Hoheitsgebiet die rechtlichen Rahmenbedingungen für die Veranstaltung und Durchführung von Lotterien und Sportwetten festzulegen (BGH, a.a.O. Rdnr. 27). Innerhalb dieser Normsetzungszuständigkeit können die Länder ein staatliches Glücksspielmonopol vorsehen und gewerbliche Lotterie- und Wettveranstaltungen privater Anbieter ausschließen. Von dieser Regelungsbefugnis haben die Bundesländer im Lotteriestaatsvertrag Gebrauch gemacht. Er sieht in § 5 Abs. 1 vor, dass Lotterien und Sportwetten ausschließlich durch die Länder selbst, durch juristische Personen des öffentlichen Rechts oder durch privatrechtliche Gesellschaften veranstaltet und durchgeführt werden dürfen, an denen juristische Personen des öffentlichen Rechts unmittelbar oder mittelbar maßgeblich beteiligt sind. Der damit verbundene Ausschluss privater Lotterie- und Sportwettenanbieter ist freilich nur verfassungsgemäß, wenn und soweit er zur Erreichung legitimer Gemeinwohlzwecke (namentlich der Bekämpfung der Spiel- und Wettsucht, dem Schutz der Spieler vor betrügerischen Machenschaften oder irreführender Werbung oder der Abwehr von Gefahren aus mit dem Glücksspiel verbundener Folge- und Begleitskriminalität) erforderlich ist (BVerfG, a.a.O. Rdnr. 88, 97 ff.). Nur unter dieser Maßgabe ist ein staatliches Glücksspielmonopol auch mit den europarechtlichen Bestimmungen zur Dienstleistungsfreiheit vereinbar (vgl. EuGH, a.a.O.).

Mit der gesetzgeberischen Entscheidung für ein staatliches Lotterie- und Wettmonopol zu Lasten privater Anbieter ist indes die vorliegend streitentscheidende Frage, ob nämlich die Bundesländer und die von ihnen kontrollierten Lottogesellschaften auch einen Wettbewerb untereinander ausschließen oder beschränken dürfen, noch nicht beantwortet (oder vorentschieden). Zu dieser Rechtsfrage verhalten sich weder die zitierte Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts noch die erwähnten Entscheidungen des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften. Auch das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts zur fehlenden Reichweite einer DDR-Sportwetten-erlaubnis für das Gebiet der alten Bundesländer (BVerwGE 126, 149 ff.) befasst sich mit dieser Problematik nicht. Das Bundeskartellamt hat deshalb richtigerweise die Frage, ob der Wettbewerb der staatlichen Lottogesellschaften unterbunden werden darf, eigenständig geprüft und die Beschränkung des Lotterieangebots auf das jeweilige Bundesland an den Bestimmungen des europäischen Kartellrechts, insbesondere an Art. 81 EG, gemessen. Diese Bestimmung ist nicht nur von den Lottogesellschaften als Unternehmen, sondern gleichermaßen auch von allen nationalen staatlichen Stellen einschließlich der Gesetzgebungsorgane zu beachten. Das folgt aus Art. 10 EG, wonach die Mitgliedstaaten alle geeigneten Maßnahmen allgemeiner oder besonderer Art zur Erfüllung der Verpflichtungen zu treffen haben, die sich (u.a.) aus diesem Vertrag ergeben (Abs. 1), und alle Maßnahmen unterlassen müssen, welche die Verwirklichung der Ziele dieses Vertrags gefährden könnten (Abs. 2). 112

b) Mit richtigen Erwägungen ist das Amt zu dem Ergebnis gelangt, dass das in § 2 Abs. 1 Satz 2 des Blockvertrages vorgesehene Regionalitätsprinzip gegen Art. 81 Abs. 1 Nr. c) EG verstößt und § 5 Abs. 3 des Lotteriestaatsvertrages einem Glücksspielangebot der Lottogesellschaften im Gebiet der anderen Bundesländer gemäß Art. 10 i.V.m. Art. 81 Abs. 1 Nr. c) EG nicht entgegensteht. 113

aa) § 2 Abs. 1 Satz 2 des Blockvertrages verletzt das kartellrechtliche Verbot des Art. 81 Abs. 1 Nr. c) EG. Danach sind (u.a.) alle Vereinbarungen von Unternehmen verboten, die eine Aufteilung der Märkte zum Gegenstand haben und geeignet sind, den zwischenstaatlichen Handel zu beeinträchtigen. 114

(1) Der Verbotstatbestand ist zum einen durch das in § 2 Abs. 1 Satz 2 des Blockvertrages vorgesehene Regionalitätsprinzip erfüllt.

(1.1) Die im DLTB zusammengeschlossenen Lottogesellschaften haben in § 2 Abs. 1 Satz 2 des Blockvertrages festgelegt, dass sich ihr Lotterie- und Sportwettenangebot auf das Gebiet des eigenen Bundeslandes beschränkt. Darin liegt eine Gebietsabsprache im Sinne von Art. 81 Abs. 1 Nr. c) EG. Zwar erweckt die Formulierung der Vertragsbestimmung auf erste Sicht den Eindruck, als glaubten sich die Lottogesellschaften aufgrund geltenden Rechts an einer geschäftlichen Betätigung außerhalb des eigenen Bundeslandes gehindert. Denn die räumliche Beschränkung des eigenen Glücksspielangebots wird in § 2 des Blockvertrages als notwendige Folge der Lotteriehochheit der Länder bezeichnet, die ihrerseits auf das Hoheitsgebiet des einzelnen Bundeslandes begrenzt sei. Träfe diese Prämisse zu oder fühlten sich zumindest die Blockpartner gesetzlich an einer Ausweitung ihres Geschäftsbetriebs auf andere Bundesländer gehindert, dürfte es an einer wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarung fehlen. Für die Anwendung des Art. 81 EG ist nämlich dann kein Raum, wenn dem Unternehmen ein bestimmtes Verhalten durch hoheitliche Maßnahmen verbindlich vorgeschrieben ist (vgl. Emmerich, a.a.O. Rdnr. 80 m.w.N.). So liegt der Fall hier indes nicht.

Weder die Tatsache, dass die Gesetzgebungskompetenz der Bundesländer (Lotteriehochheit) auf das jeweilige Hoheitsgebiet beschränkt ist, noch der Umstand, dass die von einer Landesbehörde erteilte Genehmigung zur Veranstaltung und Durchführung von Lotterien und Sportwetten ausschließlich für das betreffende Landesgebiet gilt (vgl. BVerwG, a.a.O.), hindert die Lottogesellschaften, ihren Geschäftsbetrieb auf andere Bundesländer auszudehnen und bei den dortigen Behörden um eine Glücksspielgenehmigung nachzusuchen. Auch der Lotteriestaatsvertrag steht einer solchen räumlichen Ausweitung des Glücksspielangebots nicht entgegen. § 5 Abs. 3 Satz 3 des Staatsvertrages lässt diese Möglichkeit im Gegenteil ausdrücklich zu. Zwar knüpft die Vorschrift die Betätigung einer fremden Lottogesellschaft an die Zustimmung des betreffenden Landes und schließt zugleich einen Rechtsanspruch auf Zustimmung aus. Dadurch wird den Lottogesellschaften indes eine räumliche Expansion nicht verwehrt. Diese können vielmehr um die Einwilligung des jeweiligen Landes nachsuchen und sich mit rechtlichen Argumenten oder wirtschaftlichen Angeboten (etwa der Offerte, dass das eigene Bundesland im Gegenzug auch die Betätigung der Lottogesellschaft dieses Landes gestatten werde) um die Einwilligung bemühen. Dass solche Anstrengungen von vornherein aussichtslos gewesen wären, ist nicht ersichtlich. Selbst bei wortlautgetreuer Auslegung des Lotteriestaatsvertrages stand den Lottogesellschaften somit für die Ausweitung ihres Geschäftsbetriebs auf andere Bundesländer ein wettbewerbslich relevanter Verhaltensspielraum zur Verfügung. Diesen Verhaltensspielraum haben die Blockpartner in § 2 Abs. 1 Satz 2 des Blockvertrages eingeschränkt. Die Vertragsbestimmung schreibt den Betätigungsbereich der Lottogesellschaften im Sinne einer Gebietsabsprache auf das eigene Bundesland fest und beseitigt hierdurch den dargestellten Spielraum der Blockpartner, sich um eine Zustimmung nach § 5 Abs. 3 Satz 3 des Lotteriestaatsvertrages zu bemühen.

Die Blockpartner haben die Rechtslage auch nicht verkannt und sich aufgrund eines Rechtsirrtums über die geltende Gesetzeslage an einer Ausweitung ihres Glücksspielangebots auf fremde Bundesländer gehindert gesehen. Der Bundesgerichtshof hat die Lottogesellschaften bereits vor Abschluss des Blockvertrages im Jahre 1999 (BGH, a.a.O. Rdnr. 28) darauf hingewiesen, dass ein Wettbewerb untereinander nicht ausgeschlossen ist. In dem Urteil heißt es dazu:

"Diese Regelungszuständigkeit (lies: aus der Lotteriehochheit) schließt einen Wettbewerb unter Anbietern von Spielmöglichkeiten bei Lotterien und insbesondere der Blockpartner untereinander weder rechtlich noch logisch aus. Dass die landesgesetzlichen Regelungen allein Veranstaltungen des Deutschen Lotto- und Totoblocks und seiner Gesellschafter zulassen, wird von der Rechtsbeschwerde nicht geltend gemacht. Ein so weitreichendes Verbot würde im übrigen im Hinblick auf den verfassungsrechtlichen Schutz der Berufs- und Gewerbefreiheit nach Art. 12 GG rechtlichen Bedenken begegnen..... Zwar ist eine Regelung nicht zu beanstanden, die sie (lies: die Veranstaltung von Lotterien) ... einem Verbot mit Erlaubnisvorbehalt unterstellt. Ein völliger Ausschluß der Genehmigung auch bei Sachverhalten, bei denen das öffentliche Interesse einen solchen Aus-schluß nicht verlangt, wäre jedoch mit dem Schutz des Grundrechts aus Art. 12 GG nicht zu vereinbaren."

Außerdem ist spätestens durch Inkrafttreten des Lotteriestaatsvertrages am 1. Juli 2004 120
klargestellt, dass sich die Lottogesellschaften um eine Ausweitung ihres Geschäftsbetriebs auf fremde Bundesländer bemühen dürfen. Indem die Blockpartner dessen ungeachtet strikt am Regionalitätsprinzip des § 2 Abs. 1 Satz 2 des Blockvertrages festhalten, praktizieren sie jedenfalls seit diesem Zeitpunkt einvernehmlich eine wettbewerbsbeschränkende Gebietsabsprache.

(1.2) Die Gebietsaufteilung ist auch geeignet, den Handel zwischen den Mitgliedstaaten der 121
Europäischen Union spürbar zu beeinträchtigen. Das gilt schon deshalb, weil horizontale Kartelle, die sich auf das gesamte Gebiet eines Mitgliedsstaates erstrecken, ihrem Wesen nach die Wirkung haben, eine Marktaufteilung entlang nationaler Grenzen zu verfestigen (vgl. EuGH, Ur. v. 19.2.99, Rs. C-35/99, Slg. 2002 I Seite 1529 Rn. 33 – "Manuele Arduino"; Zimmer, a.a.O. Rdnr. 314 m.w.N.).

(2) Die Blockpartner haben zum anderen gegen Art. 81 Abs. 1 Nr. c) EG verstoßen, indem sie 122
in § 2 Abs. 3 des Blockvertrages die Möglichkeit der Lottogesellschaften, sich außerhalb der Bundesrepublik Deutschland als Veranstalter von Lotterien und Sportwetten zu betätigen, von der Zustimmung des DLTB abhängig gemacht haben. Die Vereinbarung schränkt den wettbewerblichen Verhaltensspielraum der Blockpartner in massiver Weise ein und ist gleichfalls geeignet, den zwischenstaatlichen Handel spürbar zu beeinträchtigen. Die Regelung ist auch nicht zur Gewährleistung der technischen Funktionsfähigkeit der gemeinsamen Ausspielungen erforderlich und aus diesem Grund kartellrechtlich hinzunehmen. Das hat das Bundeskartellamt in dem angefochtenen Beschluss (dort Rdnr. 546) zutreffend ausgeführt. Der Senat nimmt zur Vermeidung von Wiederholungen hierauf Bezug.

(3) Die Lottogesellschaften sind nicht gemäß Art. 86 Abs. 2 Satz 1 EG von der Beachtung 123
des kartellrechtlichen Verbots von Gebietsabsprachen befreit. Nach der genannten Vorschrift gelten die Wettbewerbsregeln des Europäischen Vertrages für Unternehmen, die mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraut sind, nur insoweit, wie die Anwendung dieser Regeln nicht die Erfüllung der ihnen übertragenen besonderen Aufgabe rechtlich oder tatsächlich verhindert. Mit Recht hat das Bundeskartellamt die Voraussetzungen dieses Ausnahmetatbestands verneint. Dabei kann es auf sich beruhen, ob die Lottogesellschaften deshalb, weil sie von den Bundesländern zur Erfüllung ihrer ordnungsrechtlichen Aufgabe zur Bereitstellung eines ausreichenden, manipulationsfreien und der Spielsucht vorbeugenden Glücksspielangebots betrieben werden, im Sinne von Art. 86 Abs. 2 Satz 1 mit einer besonderen wirtschaftlichen Aufgabe "betraut" sind. Es bedarf insbesondere keiner Entscheidung, ob es hierzu einer Aufgabenübertragung durch Hoheitsakt bedarf (vgl. dazu: Mestmäcker/Schweitzer in Immenga/Mestmäcker,

Wettbewerbsrecht EG/Teil 1, Art. 31, 86 EGV Rdnr. 44 ff. zu Art. 86 Abs. 2 m.w.N.). Selbst wenn die Lottogesellschaften Normadressaten des Art. 86 Abs. 2 Satz 2 EG sein sollten, fehlt es an der weiteren tatbestandlichen Voraussetzung der Norm. Die Beschränkung des Lotterie- und Sportwettenangebots der Lottogesellschaften auf das eigene Bundesland ist nicht - wie es erforderlich wäre (vgl. EuGH, Urt. v. 18.6.1998, Slg. 1998 I Seite 3949, 3996 Rdnr. 42 – *Corsica Ferries II*; Mestmäcker/Schweitzer, a.a.O. Rdnr. 86 m.w.N.) - unverzichtbar, um die mit dem staatlichen Glücksspielmonopol verfolgten Gemeinwohlbelange zu erreichen. Zutreffend hat das Amt bereits in dem angefochtenen Beschluss darauf hingewiesen, dass alle Lottogesellschaften nach § 1 des Lotteriestaatsvertrages denselben Gemeinwohlbelangen verpflichtet sind. Aus diesem Grund ist es nicht vorstellbar, dass der Geschäftsbetrieb einer Lottogesellschaft zwar im eigenen Land den Gemeinwohlanforderungen genügt, in einem anderen Bundesland aber nicht. Denkbar sind allenfalls Unterschiede in den konkreten Einzelanforderungen, die die Bundesländer zur Umsetzung der Gemeinwohlbelange an ihre Lottogesellschaft stellen. Solche Abweichungen lassen sich indes durch entsprechende aufsichtsbehördliche Vorgaben an die "fremde" Lottogesellschaft ausgleichen. Es ist nicht darüber hinausgehend erforderlich, die geschäftliche Betätigung der Lottogesellschaften von vornherein auf das eigene Landesgebiet zu begrenzen.

bb) Die vorstehend erörterten Gebietsaufteilungen finden keine Stütze in § 5 Abs. 3 des Lotteriestaatsvertrages. 124

(1) Für die Übereinkunft der Blockpartner in § 2 Abs. 3 des Blockvertrages, ihre Lotterien und Sportwetten nur mit Zustimmung des Blocks im benachbarten Ausland anzubieten, gilt dies bereits deshalb, weil sich der Staatsvertrag mit einer geschäftlichen Betätigung der Lottogesellschaften außerhalb der Bundesrepublik Deutschland überhaupt nicht befasst. 125

(2) § 5 Abs. 3 des Lotteriestaatsvertrages legalisiert ebenso wenig das in § 2 Abs. 1 Satz 2 des Blockvertrages verabredete Regionalitätsprinzip. Der Staatsvertrag enthält - anders als § 2 Abs. 1 Satz 2 des Blockvertrages - in § 5 Abs. 3 Satz 3 kein striktes Verbot der Lottogesellschaften, über das Gebiet des eigenen Bundeslandes hinaus tätig zu werden. Er lässt im Gegenteil ein bundeslandüberschreitendes Lotterie- und Sportwettenangebot unter dem Vorbehalt der Zustimmung des betreffenden Landes ausdrücklich zu. § 5 Abs. 3 Satz 3 des Lotteriestaatsvertrages darf von den Bundesländern auch nicht dahin ausgelegt und angewendet werden, dass von der Erlaubnismöglichkeit kein Gebrauch gemacht und den Lottogesellschaften die Betätigung in einem anderen Bundesland generell verwehrt wird. Der in der Vorschrift enthaltene Zustimmungsvorbehalt - der nach seinem Wortlaut das Einverständnis in das freie Belieben des betreffenden Bundeslandes stellt und einen Rechtsanspruch auf Zustimmung ausdrücklich ausschließt - ist vielmehr europarechtskonform dahin auszulegen, dass die Zustimmung zu einer bundeslandübergreifenden Geschäftstätigkeit im eigenen Land nur aus rein ordnungsrechtlichen Gründen und nicht mit dem Ziel verweigert werden darf, aus fiskalischen Gründen einen Wettbewerb der Lottogesellschaften zu unterbinden. Alleine mit diesem Normverständnis ist Art. 10 EG i.V.m. Art. 81 Abs. 1 EG Genüge getan. Zutreffend hat das Bundeskartellamt angenommen, dass der nationale Gesetzgeber nach Art. 10 EG alle Maßnahmen zu unterlassen hat, die die praktische Wirksamkeit der für die Unternehmen geltenden Wettbewerbsregeln aufheben könnten, und dass jede nationale Rechtsvorschrift unangewendet bleiben muss, die einer Gemeinschaftsvorschrift (hier: Art. 81 Abs. 1 Nr. c) EG) entgegensteht (vgl. EuGH, Urt. v. 9.9.2003, Rs. C-198/01, Slg. 2003 I Seite 855 Rn. 48 f. - "*Consortio Industriale Fiammiferi*"). Richtig ist auch die vom Amt daraus gezogene Schlussfolgerung, dass der Lotteriestaatsvertrag den Wettbewerb der staatlichen 126

Lottogesellschaften nur beschränken darf, soweit dies zur Durchsetzung legitimer Gemeinwohlinteressen und unter Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes erforderlich ist (EuGH, Urt. v. 1.10.1998, Rs. C-38/97, Slg. 1998 I Seite 5972, 5983 Rdnr. 30 *Librandi*; Urt. v. 6.3.2007, Rs. C-395/05 - *D`Antonio*).

(2.1) Im Entscheidungsfall führt dies zu dem Ergebnis, dass die Bundesländer ihr Einverständnis nach § 5 Abs. 3 Satz 3 des Lotteriestaatsvertrages nicht verweigern dürfen, um aus rein fiskalischen Gründen einen Wettbewerb der Lottogesellschaften zu verhindern. In einem solchen Fall würde nämlich in Widerspruch zu Art. 81 EG Wettbewerb ausgeschlossen, ohne dass dies durch legitime Interessen des Gemeinwohls gerechtfertigt wäre. Bereits das Bundesverfassungsgericht hat in seinem Urteil zur Verfassungswidrigkeit des bayerischen Wettmonopols (a.a.O. Rdnr. 96 ff., 107 ff.) ausgeführt, dass als legitime Gemeinwohlziele zur Einschränkung der Berufs- und Gewerbefreiheit alleine die Bekämpfung der Spiel- und Wetsucht, der Schutz der Spieler vor betrügerischen Machenschaften oder irreführender Werbung und die Abwehr von Gefahren aus mit dem Glücksspiel verbundener Folge- und Begleitkriminalität anzuerkennen sind, nicht auch das fiskalische Interesse des Staates als solches, und zwar auch dann nicht, wenn die Erträge aus dem Glücksspiel für öffentliche Zwecke verwendet werden. Eine Abschöpfung von Mitteln aus dem Glücksspiel für Gemeinwohlzwecke ist - so das Bundesverfassungsgericht im Orientierungssatz 3 b. seiner Entscheidung - ausschließlich als Weg zur Suchtbekämpfung und als Konsequenz aus einem öffentlichen Monopolsystem hinzunehmen, nicht aber als selbständiges Ziel. Kein anderer Maßstab kann für die kartellrechtliche Beurteilung gelten. Auch das Verbot des Art. 81 EG hat lediglich hinter den gemeinwohlorientierten (ordnungsrechtlichen) Zielen des Lotteriestaatsvertrages, nicht aber hinter dem Interesse der Bundesländer zurückzutreten, einen Wettbewerb der staatlichen Lottogesellschaften aus rein fiskalischen Gründen zu unterbinden (vgl. Europäische Kommission, a.a.O.).

127

(2.2) Dass die Betätigung einer "fremden" Lottogesellschaften nach § 5 Abs. 3 Satz 3 des Lotteriestaatsvertrages von der vorherigen Zustimmung des betreffenden Bundeslandes abhängt, ist - entgegen der Ansicht des Amtes - kartellrechtlich nicht zu beanstanden. Auch wenn die Lottogesellschaften nach § 1 des Lotteriestaatsvertrages denselben Gemeinwohlbelangen verpflichtet sind, können Unterschiede in den Einzelanforderungen bestehen, die die Bundesländer zur Durchsetzung dieser Gemeinwohlbelange an die in ihrem Hoheitsgebiet tätigen Lottogesellschaften stellen. Die Bundesländer haben ein legitimes Interesse, die Einhaltung ihrer ordnungsrechtlichen Vorgaben schon in einem möglichst frühen Stadium sicherzustellen und nicht erst im Nachhinein gegen einen bereits laufenden Lotterie- und Wettbetrieb einschreiten zu müssen. Das Zustimmungserfordernis stellt dabei in besonderer Weise sicher, dass die zur Durchsetzung der legitimen Gemeinwohlbelange gestellten Anforderungen an den Lotterie- und Wettveranstalter möglichst umfassend zur Geltung gebracht werden können und nicht erst nachträglich gegen einen Veranstalter vorgegangen werden muss, der die zulässigerweise gestellten Anforderungen nicht einhält. Es bewahrt den Lotterie- und Wettveranstalter außerdem vor der Gefahr, mit einem Strafverfahren überzogen zu werden. Denn gemäß § 284 Abs. 1 StGB macht sich derjenige strafbar, der ohne behördliche Erlaubnis öffentlich ein Glücksspiel veranstaltet. Die in diesem Zusammenhang geäußerte Sorge des Amtes, dass sich das Zustimmungserfordernis in der Praxis nicht umsetzen lasse, weil in den meisten Ausführungsgesetzen zum Lotteriewesen keine Bestimmungen zur Zuständigkeit und zum Verfahren enthalten sind, zwingt nicht zu einer abweichenden Beurteilung. Um dem Gebot von Art. 10 EG i.V.m. Art. 81 EG zu genügen, werden die betreffenden Bundesländer umgehend das Verfahren zur Erteilung einer Zustimmung nach § 5 Abs. 3 Satz 3 des Lotteriestaatsvertrages diskriminierungsfrei zu regeln und anzuwenden haben. Sollten sie dieser Verpflichtung nicht nachkommen, dürften

128

Schadensersatzansprüche der hiervon benachteiligten Lottogesellschaften gegen das betreffende Bundesland in Betracht kommen (vgl. BGH, BGHZ 134, 30 m.w.N.).

Vor dem dargestellten Hintergrund sind die Länder berechtigt, die Aufnahme des Lotterien- und Sportwettengeschäfts durch die Lottogesellschaft eines anderen Bundeslandes von ihrer vorherigen Zustimmung abhängig zu machen. Diese darf allerdings - wie ausgeführt - nicht aus fiskalischen, sondern nur aus ordnungsrechtlichen Gründen abgelehnt werden. Die durch Art. 81 EG geschützte Wettbewerbsfreiheit der Lottogesellschaften wird durch das so verstandene Zustimmungserfordernis nicht über Gebühr eingeschränkt. 129

cc) Aus den vorstehenden Erwägungen lassen sich die in § 2 Abs. 1 Satz 2 und Abs. 3 des Blockvertrages vereinbarten Gebietsabsprachen ebenso wenig auf landesgesetzliche Bestimmungen stützen, die die Bundesländer Bayern, Brandenburg, Niedersachsen, Sachsen-Anhalt und Thüringen ergänzend zum Lotteriestaatsvertrag erlassen haben. Wegen der Einzelheiten der Begründung nimmt der Senat zur Vermeidung von Wiederholungen auf die diesbezüglichen Ausführungen in dem angefochtenen Beschluss (dort Rdnr. 612 bis 615, 617 bis 621) Bezug, denen er sich uneingeschränkt anschließt. 130

In gleicher Weise darf eine geschäftliche Betätigung der Lottogesellschaften im Gebiet der anderen Bundesländer nicht durch die Verweigerung entsprechender Konzessionen verhindert werden. Auch die für die Erlaubniserteilung zuständigen Landesbehörden unterliegen dem Gebot des Art. 10 EG und sind deshalb gleichermaßen gehindert, Erlaubnisse und Genehmigungen aus rein fiskalischen Gründen zu verweigern. Maßstab für die Prüfung der Anträge "fremder" Lottogesellschaften dürfen ausschließlich - an legitimen Gemeinwohlbelangen ausgerichtete - ordnungsrechtliche Gründe sein. 131

c) Die vom Bundeskartellamt getroffenen Feststellungen und Anordnungen finden ihre Grundlage in § 32 GWB. Ihnen steht nicht entgegen, dass das Amt den Blockpartnern mit Schreiben vom 17. Juli 1961 die Vereinbarkeit der Regelungen des Blockvertrages mit den kartellrechtlichen Bestimmungen mitgeteilt hat. Es kann auf sich beruhen, ob das Amt hierdurch überhaupt einen Vertrauenstatbestand geschaffen hat. Selbst wenn dies der Fall gewesen sein sollte, durften die Lottogesellschaften daraus redlicherweise nur herleiten, dass der Blockvertrag nach der damals geltenden Rechtslage keinen kartellrechtlichen Bedenken unterliegt. Ein berechtigtes Vertrauen in Bezug auf eine spätere Gesetzeslage war mit dem Schreiben des Amtes nicht verbunden. Ihm durfte deshalb auch nicht entnommen werden, dass das Amt - nachdem es erstmals durch § 47 GWB a.F. zum 1. Januar 1990 zur Anwendung des europäischen Kartellrechts berufen war - den Blockvertrag nicht erneut an diesem (neuen) rechtlichen Maßstab messen und die danach kartellrechtswidrigen Regelungen verwerfen werde. 132

aa) Das Amt hat zu Recht festgestellt, dass das in § 2 Abs. 1 Satz 2 des Blockvertrages vorgesehene Regionalitätsprinzip gegen Art. 81 EG verstößt und § 5 Abs. 3 des Lotteriestaatsvertrages und die Landesgesetze zum Glücksspielwesen Art. 10 i.V.m. Art. 81 EG verletzen, soweit sie die Tätigkeit der Lottogesellschaften auf das Gebiet des eigenen Bundeslandes beschränken. Um Inhalt und Reichweite des vom Bundeskartellamt zutreffend diagnostizierten Kartellverstoßes bereits im Tenor der Entscheidung zum Ausdruck zu bringen, hat der Senat den Feststellungsausspruch allerdings sprachlich dahin präzisiert, dass § 5 Abs. 3 des Lotteriestaatsvertrages und die Landesgesetze zum Glücksspielwesen insoweit unangewendet bleiben müssen, wie sie die Betätigung einer "fremden" Lottogesellschaft aus fiskalischen Gründen unterbinden. Eine Teilaufhebung der angefochtenen Entscheidung ist damit nicht verbunden. 133

Das für den Feststellungsausspruch nötige berechnigte Interesse (§ 32 Abs. 3 GWB) ergibt sich aus der hinreichenden Besorgnis, dass die Blockpartner den festgestellten Kartellverstoß wie bisher auch künftig begehen werden. Eine entgegenstehende Erklärung, die die Wiederholungsgefahr ausräumen könnte, haben die Lottogesellschaften nicht abgegeben. Sie verteidigen im Gegenteil die Rechtmäßigkeit des Regionalitätsprinzips und nehmen für sich in Anspruch, die in § 2 des Blockvertrages enthaltene kartellrechtswidrige Gebietsaufteilung unverändert praktizieren zu dürfen.

bb) Zur Abstellung des Kartellverstoßes (§ 32 Abs. 2 GWB) hat das Amt den Lottogesellschaften zu Recht untersagt, ihr Vertriebsgebiet für Lotterien und Sportwetten in Befolgung von § 2 des Blockvertrages und der - die dort vereinbarte Gebietsaufteilung stützenden - Regelungen in § 5 Abs. 3 des Lotteriestaatsvertrages sowie den Landesgesetzen zum Glückspielwesen auf das eigene Bundesland zu beschränken. 135

(1) Es hat dabei zutreffend sämtliche im DLTB zusammengeschlossenen Lottogesellschaften in Anspruch genommen. Die Blockpartner sind richtiger Adressat der Untersagungsverfügung, weil sie in § 2 des Blockvertrages die kartellrechtswidrige Gebietsabsprache getroffen und diese sodann auch praktiziert haben. Der Umstand, dass die Blockpartner von den Bundesländern kontrolliert werden und sie - wie die Beschwerde reklamiert - in zahlreichen Fällen (z.B. in Baden-Württemberg, Hessen, Mecklenburg-Vorpommern, Sachsen und Thüringen) überdies nicht selbst Veranstalter der Lotterien und Sportwetten, sondern lediglich von den Ländern vertraglich oder gesetzlich mit der Durchführung des Lotterie- und Sportwettengeschäfts beauftragt sind, ändert daran nichts. Es hat insbesondere nicht zur Konsequenz, dass - wie die Beschwerde meint - die genannten Blockpartner außer Stande seien, das vom Amt ausgesprochene Unterlassungsgebot zu befolgen. Denn entgegenstehende landesgesetzliche Vorgaben sind nach Art. 10 EG i.V.m. Art. 81 Abs. 1 Nr. c) EG unbeachtlich und anderslautende vertragliche Verabredungen gemäß Art. 81 Abs. 1 Nr. c), Abs. 2 EG nichtig. 136

Zur Unterlassung verpflichtet ist darüber hinaus auch die Beteiligte zu 17. (Nordwest Lotto und Toto Hamburg). Zwar ist sie selbst nicht Blockpartner und war dementsprechend auch nicht an der Gebietsabsprache beteiligt. Sie führt aber mit ihrem Personal vor Ort das Lotterie- und Sportwettengeschäft der Beteiligten zu 18. (Freie und Hansestadt Hamburg) durch und darf sich bei ihrer Betätigung ebenso wenig wie die anderen Lottogesellschaften an die kartellrechtswidrigen Gebietsabsprachen halten. 137

(2) Der Untersagungsanspruch war in der Sache geringfügig abzuändern, weil die Bundesländer sich nicht darauf verweisen lassen müssen, ihre gegen die Betätigung einer "fremden" Lottogesellschaft sprechenden ordnungsrechtlichen Gründe nachträglich geltend zu machen, sondern der Lotteriestaatsvertrag insoweit das Erfordernis einer vorherigen Zustimmung vorsehen darf. Das auszuspreekende Verbot hat sich folglich darauf zu beschränken, dass die Lottogesellschaften ihr jeweiliges Vertriebsgebiet für Lotterien und Sportwetten nicht in Befolgung von § 2 Blockvertrag sowie § 5 Abs. 3 Lotteriestaatsvertrag und den Landesgesetzen zum Glücksspielwesen auf das Gebiet ihres jeweiligen Bundeslandes beschränken dürfen. Der weitere Zusatz des Amtes "*in dem diese über eine Genehmigung für die von ihnen angebotenen Glücksspiele verfügen*", entfällt. 138

cc) Rechtlich nicht zu beanstanden ist das vom Amt ausgesprochene Verbot an die Lottogesellschaften, ihren Internetvertrieb in Befolgung von § 2 des Blockvertrages, § 5 Abs. 3 des Lotteriestaatsvertrages und der Landesgesetze zum Glücksspielwesen auf Spielteilnehmer aus dem eigenen Bundesland zu begrenzen. Nur scheinbar geraten die Lottogesellschaften hierdurch in einen unlösbaren Konflikt zwischen Kartellrecht und 139

Ordnungsrecht. Wie der Senat bereits in seinem Beschluss vom 23. Oktober 2006 klargestellt hat, verpflichtet die kartellbehördliche Anordnung die Lottogesellschaften nicht zu einer Expansion ihres Geschäftsbetriebs. Ihnen wird durch das kartellbehördliche Verbot - jedenfalls mit dem vom Senat bestätigten Inhalt - ebenso wenig aufgegeben, ihren Internetvertrieb unter Verstoß gegen strafrechtliche oder konzessionsrechtliche Bestimmungen auf das Gebiet eines anderen Bundeslandes zu erweitern, ohne über die hierfür erforderliche Genehmigung der betreffenden Landesbehörde zu verfügen. Untersagt wird den Lottogesellschaften alleine, ihren Internetbetrieb deshalb auf die Bürger des eigenen Bundeslandes zu beschränken, weil dies in § 2 des Blockvertrages verbotenerweise verabredet worden ist. Gefordert ist damit letztlich, dass jede Lottogesellschaft über die räumliche Ausdehnung ihres Internetvertriebs autonom aufgrund unternehmerischer Erwägungen entscheidet. Sofern sie sich danach für eine Betätigung außerhalb des eigenen Landesgebiets entscheidet, hat die Lottogesellschaft selbstverständlich das geltende Ordnungsrecht zu beachten und in diesem Zusammenhang insbesondere erforderliche Genehmigungen und Konzessionen bei den dafür zuständigen Landesbehörden einzuholen. Diese freilich dürfen die nachgesuchte Zulassung alleine aus ordnungsrechtlichen Gründen und nicht auch aus rein fiskalischen Erwägungen versagen (Art. 10 EG i.V.m. Art. 81 EG). Notfalls werden sich die Lottogesellschaften die erforderlichen Erlaubnisse gerichtlich erstreiten müssen. Bei dieser Sach- und Rechtslage ist der von der Beschwerde reklamierte Konflikt zwischen den wettbewerbsrechtlichen und den ordnungsrechtlichen Anforderungen nicht vorhanden. Die Lottogesellschaften sind auch nicht - wie sie meinen - faktisch gezwungen, ihren Internetvertrieb vollständig zu schließen.

dd) Das Bundeskartellamt hat den Lottogesellschaften ferner untersagt, Maßnahmen gegen gewerbliche Spielvermittler zu ergreifen, die Spielverträge mit Spielinteressenten aus anderen Mitgliedstaaten der Europäischen Union vermitteln, soweit die Spielteilnahme und die Vermittlung nach dem Recht des Staates, in dem die Spielinteressenten ihren Spielschein abgeben, zulässig ist. Wie sich aus Begründung der angefochtenen Verfügung (dort Rn. 676) entnehmen lässt, steht der Verbotsausspruch in direktem Zusammenhang mit der kartellrechtswidrigen Gebietsabsprache in § 2 Abs. 1 Satz 2 des Blockvertrages. Erklärtes Ziel der Anordnung ist es zu verhindern, dass die Lottogesellschaften die vereinbarte Gebietsaufteilung auch bei Spielumsätzen von Spielinteressierten aus anderen Mitgliedsstaaten der Europäischen Union praktizieren, die ihnen von gewerblichen Spielvermittlern vermittelt werden. Auch hiergegen wendet sich die Beschwerde ohne Erfolg. 140

(1) Die für den Untersagungsanspruch erforderliche Begehungsgefahr folgt aus der in § 2 des Blockvertrages vereinbarten umfassenden Gebietsabsprache. In § 2 Abs. 1 Satz 2 des Blockvertrages haben die Blockpartner den inländischen Markt aufgeteilt und eine Betätigung im Gebiet eines anderen Bundeslandes ausgeschlossen. In § 2 Abs. 3 des Blockvertrages haben sie darüber hinaus ihr Lotterie- und Sportwettenangebot im benachbarten Ausland koordiniert und festgelegt, dort nur mit Zustimmung des Blocks tätig zu werden. Diese mehr oder weniger lückenlose Gebietsaufteilung haben die Lottogesellschaften auch konsequent in die Tat umgesetzt. Sie haben sowohl ihren terrestrischen Vertrieb als auch den Internetvertrieb strikt auf das eigene Bundesland beschränkt und - wie das Bundeskartellamt im Einzelnen festgestellt hat (vgl. Rdnr. 547 bis 550 des angefochtenen Beschlusses) - auch ihre ausländischen Aktivitäten untereinander abgestimmt und einvernehmlich gestaltet. Es liegt auf dieser Linie, die Gebietsabsprache auch auf ausländische Spielumsätze anzuwenden. Bereits daraus resultiert die nahe liegende Gefahr, dass die Lottogesellschaften zur Wahrung und Unterstützung ihrer Gebietsabsprachen auch die gewerblich vermittelten Spielumsätze aus dem Ausland zurückweisen. 141

Im Übrigen haben die Blockpartner in ihrer Blockversammlung vom 3./4. November 1999 einstimmig beschlossen, *"bei der Zusammenarbeit mit gewerblichen Spielvermittlern sicherzustellen, dass Auslandsumsätze nicht getätigt werden"*. Der Einwand der Beschwerde, Ziel der Entschließung vom 3./4. November 1999 sei es lediglich gewesen, im Interesse der Funktionalität der im DLTB vereinbarten Poolung eine "beliebige" Ausweitung des Spielbetriebs in fremde Länder zu verhindern, wird bereits durch den entgegenstehenden Wortlaut der Beschlussfassung widerlegt. Der Beschluss vom 3./4. November 1999 ist in der Folgezeit auch nicht aufgehoben worden. Er ist insbesondere nicht durch Nr. 1.7 der *"Grundsätze der Unternehmen des Deutschen Lotto- und Totoblocks im Umgang mit gewerblichen Spielvermittlern"* gegenstandslos geworden, in der es heißt:

"Spelaufträge von gewerblichen Spielvermittlern aus den Ausland dürfen nur angenommen werden, wenn der Nachweis der Recht- und Ordnungsmäßigkeit der gewerblichen Betätigung im Herkunftsland erbracht wird und sich diese Spielvermittler zu den vorstehenden Grundsätzen bekennen."

Das Bundeskartellamt hat dazu unwidersprochen vorgetragen, dass es sich lediglich um ein internes Entwurfspapier ohne verbindlichen Regelungsgehalt handelt. 144

(2) Um den Inhalt und die Reichweite der vom Amt ausgesprochenen Untersagung klarzustellen, hat der Senat den Ausspruch sprachlich in zweierlei Hinsicht präzisiert. Er hat zum einen den vom Amt verwendeten Begriff der *"Maßnahmen gegen gewerbliche Spielvermittler"* dahin konkretisiert, dass es um die Zurückweisung von Spielumsätzen geht, die die gewerblichen Spielvermittler den Lottogesellschaften von Spielinteressenten aus anderen Mitgliedsstaaten der Europäischen Union vermitteln. Er hat zum anderen klargestellt, dass sich das Verbot auf die in Befolgung von § 2 des Blockvertrages, § 5 Abs. 3 des Lotteriestaatsvertrages und den Landesgesetzen zum Glücksspielwesen beruhende Zurückweisung dieser Spielumsätze beschränkt. 145

C. Regionalisierungsstaatsvertrag 146

Der Regionalisierungsvertrag regelt die Umverteilung der Einnahmen, die die Lottogesellschaften aus den gewerblich vermittelten Spieleinsätzen erzielen. Soweit vorliegend von Interesse, enthält der Staatsvertrag hierzu folgende Regelungen: 147

"§ 1 148

Grundsatz 149

Die Länder verpflichten sich, Einnahmen aus gewerblicher Spielvermittlung durch das in §§ 4 und 5 beschriebene Verfahren denjenigen Ländern zukommen zu lassen, denen sie wirtschaftlich zuzurechnen sind (Regionalisierung). 150

..... 151

§ 3 152

Mitteilungspflichten der Länder 153

Die Länder verpflichten sich, zum Zwecke der Regionalisierung der zuständigen Stellen jährlich bis zum 31. Januar für das Vorjahr mitzuteilen: 154

1. *getrennt für jede gemeinsame Veranstaltung von Glücksspielen des Deutschen Lotto- und Totoblocks die Summe der Spieleinsätze und die vereinnahmten Bearbeitungsgebühren der Unternehmen des Deutschen Lotto- und Totoblocks,*
2. *den von gewerblichen Spielvermittlern stammenden Anteil an den Summen nach Nummer 1,*
3. *die auf den Anteil nach Nummer 2 entfallende Gewinnausschüttung und Bearbeitungsgebühr.*

§ 4 156

Regionalisierungsmasse, Regionalisierungsmaßstab 157

(1) Regionalisiert werden die von den Ländern mitgeteilten Anteile nach § 3 Nr. 2, abzüglich 158

1. *der darauf entfallenden Gewinnausschüttung,* 159
2. *der Bearbeitungsgebühr bis zu einer Höhe von maximal 3 vom Hundert der Spieleinsätze nach § 3 Nr. 2 und*
3. *einer Pauschale von den Spieleinsätzen nach § 3 Nr. 2.*

Die Pauschale nach Satz 1 Nr. 3 beträgt bei einer Gewinnausschüttung von 50 vom Hundert und den Jahren bis Ende 2006 jeweils 9 vom Hundert und ab dem Jahr 2007 8,33 vom Hundert. 160

(2) Die Regionalisierung erfolgt nach dem Verhältnis der jeweiligen Summen nach § 3 Nr. 1 zur Gesamtsumme der von den Unternehmen des Deutschen Lotto- und Totoblocks erzielten Spieleinsätze, jeweils bereinigt um den gewerblichen Spielvermittlern stammenden Anteil. 161

Mit Recht hat das Bundeskartellamt angenommen, dass der Regionalisierungsstaatsvertrag die in § 2 des Blockvertrages vereinbarte Gebietsabsprache ergänzt und verstärkt und wie diese darauf gerichtet ist, einen Wettbewerb der Lottogesellschaften sowohl als Anbieter von Glücksspielen als auch als Nachfrager auf dem Markt der gewerblichen Spielvermittlung zu beschränken. Durch die Umverteilung der gewerblich vermittelten Spieleinnahmen nach dem Verhältnis der von den Lottogesellschaften im Übrigen - d.h. unter Anwendung der kartellrechtswidrigen Gebietsabsprachen in § 2 des Blockvertrages generierten - Einnahmen (vgl. § 4 Abs. 2 Satz 1 des Regionalisierungsstaatsvertrages) wird der Anreiz für die Lottogesellschaften weitgehend lahm gelegt, sich im gegenseitigen Wettbewerb um Spielinteressenten zu bemühen. Die Übereinkunft, den Lottogesellschaften höchstens 12 % der gewerblich vermittelten Umsätze als regionalisierungsfreie Einnahme zu belassen (vgl. § 4 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 und 3, § 4 Abs. 1 Satz 2 des Regionalisierungsstaatsvertrages), dämpft außerdem den Wettbewerb der Lottogesellschaften als Nachfrager auf dem Markt der gewerblichen Spielvermittlung. Denn sie hält die Lottogesellschaften dazu an, im eigenen wirtschaftlichen Interesse möglichst keine höheren Provisionen an die gewerblichen Spielvermittler zu zahlen. Diese wettbewerbsbeschränkenden Wirkungen des Regionalisierungsstaatsvertrages waren das erklärte Ziel der Bundesländer. Das ist beispielsweise durch die Erklärung des damaligen Ministerpräsidenten des Landes Baden-Württemberg in einer Mitteilung der Landesregierung vom 19. Dezember 2003 nachgewiesen, in der es heißt: 162

"Der Staatsvertrag soll bewirken, dass der Wettbewerb unter den Gesellschaften um die gewerblichen Spielvermittler eliminiert bzw. deutlich vermindert wird. Er stellt sicher, dass der weit überwiegende Teil des Reinertrages an die Herkunftsländer wieder zurückfließt." 163

In demselben Sinne hat sich auf der Sitzung der Blockgesellschaften zum Thema "Blockdienstleister" am 21. Februar 2005 ein Vertreter der Beteiligten zu 4. (Lotto Berlin) geäußert und ausgeführt:

"...dass der Regionalisierungsstaatsvertrag zum Ziel habe, die gewerblichen Spielvermittlung vom Markt zu verdrängen..." 165

Nichts anders besagt auch die - von der Beschwerde herangezogene - Stellungnahme der bayerischen Staatsregierung (Anlage Bf 42), in der es unter Abschnitt 2.1.1.2 zum Ziel des Regionalisierungsstaatsvertrages heißt: 166

"Die Pauschalierung durch § 4 Abs. 1 Nr. 3 Regionalisierungsstaatsvertrag dient lediglich dazu, dass das durch den Regionalisierungsstaatsvertrag verfolgte Ziel, der ungewollten Verschiebung der Einnahmen unter den Ländern durch die Ländergrenzen überschreitende, gewerbliche Spielvermittlung entgegenzuwirken, nicht dadurch unterlaufen wird, dass die zu regionalisierenden Einnahmen durch unbegrenzte Abzugsbeträge gemindert werden können." 167

Ebenso fügen sich auch die "Erläuterungen zum Staatsvertrag über die Regionalisierung von Teilen der von den Unternehmen des Deutschen Lotto- und Totoblocks erzielten Einnahmen" in dieses Bild ein. Zum Regelungsziel des Regionalisierungsstaatsvertrages wird dort in Abschnitt B. zu § 1 (Grundsatz) ausgeführt: 168

"Es sollen die Einnahmen ausgeglichen werden, die einzelnen Unternehmen des DLTB in den Ländern durch länderübergreifende Tätigkeiten gewerblicher Spielvermittler verloren gehen." 169

Zutreffend hat das Amt aus alledem die rechtliche Konsequenz gezogen, dass der Regionalisierungsstaatsvertrag gemäß Art. 10 EG i.V.m. Art. 81 EG unangewendet bleiben muss und die Lottogesellschaften dadurch, dass sie durch den im Staatsvertrag vorgesehenen Informationsaustausch die kartellrechtswidrige Umverteilung der gewerblich vermittelten Spieleinnahmen ermöglichen, im Sinne einer abgestimmten Verhaltensweise gegen das kartellrechtliche Verbot des Art. 81 EG verstoßen. Die von der Beschwerde hiergegen erhobenen Einwände sind nicht berechtigt. 170

1. Zu Unrecht vermissen die Lottogesellschaften Feststellungen des Amtes zu einer abgestimmten Verhaltensweise. 171

Der Begriff der abgestimmten Verhaltensweisen ist weit auszulegen. Er umfasst nach ständiger Rechtsprechung der Europäischen Gerichte jede Form der Koordinierung zwischen Unternehmen, die bewusst eine praktische Zusammenarbeit an die Stelle des mit Risiken verbundenen Wettbewerbs treten lässt und die zu nicht mehr wettbewerbsgerechten Marktbedingungen führt (vgl. EuGH, Urt. v. 28.5.1998, Slg. 1998 I Seite 3111, 3116 – *Deere*; Slg. 1975 Seite 1963, 1966 – *Zucker*; EuG, Slg. 1995 II Seite 1847 Rdnr. 76 – *ICI*). Verboten ist jede Fühlungnahme zwischen Unternehmen mit dem Ziel oder der Wirkung, andere über das eigene geplante Verhalten zu unterrichten oder dasjenige der anderen Unternehmen zu beeinflussen, um die Risiken des autonomen unternehmerischen Verhaltens im Wettbewerb auszuschalten. Die Mittel der Koordinierung und Fühlungnahme sind dabei beliebig (vgl. zu allem: Emmerich, a.a.O. Rdnr. 108, 110 m.w.N.). 172

Der einvernehmliche Informationsaustausch, den die Lottogesellschaften nach Maßgabe von § 3 des Regionalisierungsstaatsvertrages vorgenommen haben, erfüllt zwanglos die Anforderungen an eine verbotene abgestimmte Verhaltensweise. Denn er war darauf 173

angelegt und hat bewirkt, dass die im Staatsvertrag vorgesehene wettbewerbsbeschränkende Regionalisierung der gewerblich vermittelten Spieleinnahmen stattfinden konnte.

2. a) Die wettbewerbsbeschränkende Umverteilung der von den gewerblichen Spielvermittlern generierten Spielumsätze findet - entgegen der Ansicht der Beschwerde - ihre Rechtfertigung nicht in der Finanzhoheit der Länder. Zwar haben die Länder das verfassungsmäßig verbürgte Recht, autonom über die Verwendung ihrer Einnahmen zu entscheiden, woraus ihnen auch die Befugnis erwächst, in einem Länder-Finanzausgleich anderen Bundesländern einen Teil ihrer Einnahmen zukommen zu lassen. Dies gilt grundsätzlich auch für die Ländereinnahmen aus dem Lotterie- und Sportwettengeschäft. Die Länder (vgl. Art. 10 EG i.V.m. Art. 81 EG) und ihre Lottogesellschaften (vgl. Art. 81 EG) sind andererseits aber auch dem Verbot wettbewerbsbeschränkender Abreden und abgestimmter Verhaltensweisen unterworfen, so dass ihre Finanzhoheit durch die Bestimmungen des europäischen Kartellrechts begrenzt wird. Infolge dessen dürfen die Länder wettbewerbsbeschränkende Absprachen und abgestimmte Verhaltensweisen ihrer Lottogesellschaften nicht deshalb in Widerspruch zu Art. 10 EG i.V.m. Art. 81 EG ermöglichen und/oder unterstützen, weil die Wettbewerbsbeschränkung in Gestalt eines Länder-Finanzausgleichs stattfindet. Ebenso sind den Lottogesellschaften wettbewerbsbeschränkende Verhaltensweisen nicht deshalb erlaubt, weil der Gesetzgeber sie unter dem Deckmantel eines Finanzausgleichs ermöglicht. 174

So liegt der Fall hier. Wie sich nicht zuletzt an dem Verteilungsmaßstab in § 4 Abs. 2 des Regionalisierungsstaatsvertrages zeigt, wonach die gewerblich vermittelten Spieleinnahmen der Lottogesellschaften nach dem Verhältnis verteilt werden, der ihren unter Anwendung der kartellrechtswidrigen Gebietsabsprache in § 2 des Blockvertrages erzielten restlichen Glücksspieleinnahmen entspricht, ist der Regionalisierungsstaatsvertrag nicht auf einen kartellrechtsneutralen Finanzausgleich zwischen den Bundesländern gerichtet. Die Umverteilung der gewerblich vermittelten Spielumsätze zielt vielmehr darauf ab, ergänzend zur Gebietsabsprache der Lottogesellschaften in § 2 des Blockvertrages einen Wettbewerb zwischen den Lottogesellschaften um die von gewerblichen Spielvermittlern erzielten Spielumsätze zu verhindern. Der Hinweis der Beschwerde, die Regionalisierung der Umsätze erfolge ausschließlich aus ordnungsrechtlichen Gründen mit dem Ziel, zum Schutz der Spielinteressierten einer Ausuferung der gewerblichen Spielvermittlung entgegen zu wirken, ist nicht plausibel. Es handelt sich vielmehr um einen Vorwand für den in Wirklichkeit verfolgten wettbewerbsbeschränkenden Zweck des Staatsvertrages. Zutreffend hat schon das Bundeskartellamt in der angefochtenen Entscheidung darauf hingewiesen, dass sich eine an den Gemeinwohlbelangen des Lotteriestaatsvertrages (Bekämpfung der Spiel- und Wertsucht, Spielerschutz, Abwehr von Gefahren aus einer Folge- und Begleitkriminalität) ausgerichtete Betätigung der gewerblichen Spielvermittler nur durch entsprechende gesetzliche Vorgaben und/oder aufsichtsbehördliche Maßnahmen zur geschäftlichen Tätigkeit der Spielvermittler erreichen lässt, nicht aber durch eine Umverteilung der gewerblich vermittelten Spieleinnahmen zwischen den Ländern, der als Maßstab zudem eine kartellrechtswidrig bewirkte Einnahmenverteilung zugrunde gelegt wird. Die Regionalisierung der Spielumsätze der gewerblichen Spielvermittler nützt im Gegenteil nur dem fiskalischen Interesse der Länder, ihre Einnahmen durch einen möglichst wettbewerbslosen Zustand auf dem Lotterie- und Sportwettenmarkt auf hohem Niveau zu sichern. 175

b) Die Regionalisierung der gewerblich vermittelten Spielumsätze lässt sich auch nicht durch Hinweis auf Art. 86 Abs. 2 EG rechtfertigen. Aus dem Vorstehenden folgt unmittelbar, dass die Umverteilung der Spieleinnahmen nicht unverzichtbar ist (vgl. EuGH, Urt. v. 18.6.1998, 176

Slg. 1998 I Seite 3949, 3996 Rdnr. 42 – *Corsica Ferries II*; Mestmäcker/Schweitzer, a.a.O. Rdnr. 86 m.w.N.), um die mit dem staatlichen Glücksspielmonopol verfolgten Gemeinwohlbelange durchzusetzen.

3. Die vom Bundeskartellamt getroffenen Feststellungen und Anordnungen sind rechtmäßig. 177

a) Das Amt hat mit Recht gemäß § 32 Abs. 3 GWB festgestellt, dass der Regionalisierungsstaatsvertrag gegen Art. 10 i.V.m. Art. 81 EG verstößt. Da die Lottogesellschaften die Kartellrechtswidrigkeit bestreiten und für sich in Anspruch nehmen, die gewerblich vermittelten Spielumsätze nach Maßgabe des Staatsvertrages umverteilen zu dürfen, besteht die begründete Besorgnis eines künftigen Kartellrechts-verstoßes. 178

b) Nicht zu beanstanden ist ebenso das an die Lottogesellschaften gerichtete Verbot, den Regionalisierungsstaatsvertrag durchzuführen, indem sie 179

- den Bundesländern den von gewerblichen Spielvermittlern stammenden Anteil an der Summe der Spieleinsätze und der vereinnahmten Bearbeitungsgebühren getrennt für jede gemeinsame Veranstaltung von Glücks-spielen des DLTB sowie die auf diesen Anteil entfallende Gewinnausschüttung und das Bearbeitungsentgelt für die Zwecke der Regionalisierung nach § 3 des Staatsvertrages mitteilen, 180
- die Pauschalen gem. § 4 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 und 3 des Regionalisierungsstaatsvertrages bei den Provisionsverhandlungen mit gewerblichen Spielvermittlern berücksichtigen. 181

Es handelt sich um eine geeignete Abstellmaßnahme (§ 32 Abs. 2 GWB), weil die kartellrechtswidrige Regionalisierung der gewerblich vermittelten Spieleinnahmen ohne diese Informationen nicht durchgeführt werden kann. 182

Zu Unrecht rügt die Beschwerde in diesem Zusammenhang, dass das Amt die Verweigerung einer höheren Vermittlungsprovision als die in § 4 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 und 3 des Regionalisierungsstaatsvertrages vorgesehenen 12 % nicht festgestellt habe. Bereits in seinem Beschluss vom 23. Oktober 2006 (Umdruck Seite 35) hat der Senat dargelegt, dass das Amt den Lottogesellschaften nicht untersagt hat, den gewerblichen Spielvermittlern eine über 12 % hinausgehende Provision zu verweigern. Verboten worden ist den Lottogesellschaften lediglich der Informationsaustausch zwecks Durchführung des Regionalisierungsstaatsvertrages. Dementsprechend - so hat der Senat ausgeführt - sei den Lottogesellschaften nicht generell verboten, die Zahlung einer 12 % übersteigenden Provision abzulehnen. Verboten sei nur die Ablehnung mit der Begründung, nach den Regelungen des Regionalisierungsstaatsvertrages könne nicht mehr gezahlt werden. Die Lottogesellschaften müssten deshalb fortan autonom und nach den Regeln des Wettbewerbs über die Zahlung einer Vermittlungsprovision und ihre Höhe entscheiden. Bei dieser Ausgangslage geht der Einwand der Beschwerde von vornherein fehl. Der den Lottogesellschaften zur Last gelegte Kartellrechtsverstoß liegt nicht in der Verweigerung einer 12 % übersteigenden Vermittlungsprovision, sondern in dem praktizierten Informationsaustausch zur Durchführung des Regionalisierungsstaatsvertrages. Aus ihm ergibt sich unmittelbar die für den Verbotsausspruch erforderliche Begehungsgefahr. 183

c) Zutreffend hat das Amt sämtliche Lottogesellschaften - einschließlich der Beteiligten zu 17. - auf Unterlassung in Anspruch genommen. Alle haben die kartellrechtlich verbotene Umverteilung der gewerblich vermittelten Spielumsätze in der Vergangenheit durch den Informationsaustausch ermöglicht, woraus sich unmittelbar die ernsthafte Gefahr einer 184

Wiederholung ergibt.

D. Anordnung der sofortigen Vollziehung

185

Auch soweit sich die Beschwerdeangriffe gegen die vom Amt getroffene Anordnung der sofortigen Vollziehung richten, haben sie keinen Erfolg.

186

1. Umfang und Reichweite des Sofortvollzugs sind - anders als die Beschwerde meint - eindeutig bestimmt. Die Anordnung erklärt die Untersagungsaussprüche in den Ziffern A. 1. bis 4. insoweit für sofort vollziehbar, wie diese auf § 32 GWB i.V.m. § 21 Abs. 1 GWB gestützt sind. Um welche Unterlassungsgebote es sich dabei konkret handelt, kann mühelos der Begründung des angefochtenen Beschlusses entnommen werden. Dass die in Rede stehenden Unterlassungsaussprüche daneben auch auf § 32 GWB i.V.m. Art. 81 und 82 EG sowie auf § 32 GWB i.V.m. § 1 GWB gestützt sind, macht die Anordnung zum Sofortvollzug weder unklar noch wirft dies Bedenken in Bezug auf die hinreichende Rechtsfolgenklarheit auf.

187

2. Rechtsfehlerfrei hat das Amt die Anordnung der sofortigen Vollziehung seiner Unterlassungsaussprüche zum einen mit dem überwiegenden öffentlichen Interesse gerechtfertigt, dass möglichst bald Wettbewerb der Lottogesellschaften auf dem Angebotsmarkt für Lotterien und Sportwetten sowie als Nachfrager für die bundesweite gewerbliche Vermittlung von Lotterien und Sportwetten entsteht. Das Amt hat in diesem Zusammenhang außerdem zutreffend das erhebliche wirtschaftliche Interesse von Jaxx berücksichtigt, möglichst zeitnah den kartellrechtlich gebotenen Wettbewerb aufnehmen zu können. Dabei hat das Amt richtigerweise auch die von Jaxx bereits getätigten Investitionen zum Aufbau eines terrestrischen Vertriebs in Rechnung gestellt. Das Interesse der Lottogesellschaften, den status quo bis zu einer rechtskräftigen Entscheidung unverändert beizubehalten, tritt dahinter zurück.

188

Gegen diese Interessenabwägung können die Lottogesellschaften nicht mit Erfolg einwenden, dass - wie sie behaupten - die gewerblichen Spielvermittler bislang den ordnungsrechtlichen Vorgaben zur Suchtprävention nicht in genügender Weise nachkommen und eine Zunahme von Annahmestellen einer effektiven Suchtbekämpfung zuwiderlaufe. Beide Aspekte mögen Anlass für aufsichtsrechtliche Vorgaben an die gewerblichen Spielvermittler sein, stellen aber deren terrestrischen Vertrieb als solchen nicht in Frage.

189

Nicht stichhaltig ist ebenso der Hinweis, dass die Existenz der bisherigen Lottoannahmestellen gefährdet werde. Sollte diese Befürchtung zutreffen, würde es sich um eine unmittelbare Folge des eröffneten Wettbewerbs handeln. Sie wäre im Interesse der Marktöffnung hinzunehmen und kann es schon im Ansatz nicht rechtfertigen, von den kartellrechtlich gebotenen Maßnahmen gegen die Lottogesellschaften und dem angeordneten Sofortvollzug abzusehen.

190

Fehl geht schließlich auch das Argument der Beschwerde, dass die gewerblichen Spielvermittler angesichts der Kosten eines terrestrischen Vertriebs nur zu höheren Preisen anbieten könnten als die Lottogesellschaften, weshalb die Lotterieteilnahme insgesamt verteuert werde. Die Lottogesellschaften übersehen, dass den Spielinteressenten das bisherige Angebot der Blockpartner unverändert erhalten bleibt, so dass eine Wettbewerbsverschlechterung nicht zu befürchten ist.

191

E. Anregung nach § 65 Abs. 5 GWB

192

193

Es besteht kein Anlass, den Senatsbeschluss vom 23. Oktober 2006 - soweit er zum Nachteil der Lottogesellschaften ergangen ist - gemäß § 65 Abs. 5 GWB abzuändern. Der Senat hat seinerzeit aufgrund vorläufiger Beurteilung der Sach- und Rechtslage die Erfolgsaussichten der Beschwerde und eine unbillige, nicht durch überwiegende öffentliche Interessen gebotene Härte für die Lottogesellschaften verneint. Daran hält er nach erneuter Prüfung fest. Neue Gesichtspunkte, die die Richtigkeit dieser damaligen Beurteilung in Frage stellen könnten, trägt die Beschwerde nicht vor.

F. Antrag auf Kostenerstattung

194

Der Antrag, dem Amt die den Beschwerdeführern im kartellbehördlichen Verfahren entstandenen Auslagen zu ersetzen, ist unstatthaft. Gemäß § 8 der Verordnung über die Kosten der Kartellbehörden (KartKostVOO) ist der Erstattungsantrag nämlich bei der entscheidenden Kartellbehörde - vorliegend also beim Bundeskartellamt - zu stellen.

195

III.

196

Die Kostenentscheidung ergeht gemäß § 78 GWB. Es entspricht der Billigkeit, dass die Beschwerdeführer, die mit ihrem Rechtsmittel nahezu vollständig unterlegen sind, die gerichtlichen Kosten des Beschwerdeverfahrens zu tragen sowie dem Bundeskartellamt und den Beigeladenen ihre in der Beschwerdeinstanz entstandenen notwendigen Auslagen zu ersetzen haben. Dass die Beschwerde der Beteiligten in ganz geringem Umfang Erfolg hatte, rechtfertigt unter Billigkeitsgesichtspunkten keine Kostenquotelung.

197

IV.

198

Die Rechtsbeschwerde gegen diesen Beschluss wird gemäß § 74 Abs.2 Nr. 1 GWB zugelassen, soweit der Senat zur Sache entschieden hat (Ausspruch zu I.). Das Verhältnis von Ordnungsrecht und Kartellrecht sowie die Frage, ob staatliche Lottogesellschaften kartellrechtlich verpflichtet sind, untereinander in Wettbewerb zu treten, sind von grundsätzlicher Bedeutung.

199

K. Dr. M. A.

200

Rechtsmittelbelehrung:

201

Diese Beschwerdeentscheidung kann mit der Rechtsbeschwerde angefochten werden. Die Rechtsbeschwerde ist binnen einer Frist von einem Monat schriftlich bei dem Oberlandesgericht Düsseldorf, Cecilienallee 3, 40474 Düsseldorf, einzulegen. Die Frist beginnt mit der Zustellung dieser Beschwerdeentscheidung. Die Rechtsbeschwerde ist durch einen beim Beschwerdegericht oder beim Rechtsbeschwerdegericht (Bundesgerichtshof) einzureichenden Schriftsatz binnen zwei Monaten ab Zustellung dieser Beschwerdeentscheidung zu begründen. Diese Frist kann auf Antrag von dem Vorsitzenden des Rechtsbeschwerdegerichts verlängert werden. Die Begründung der Rechtsbeschwerde muss die Erklärung enthalten, inwieweit die Beschwerdeentscheidung angefochten und ihre Abänderung oder Aufhebung beantragt wird. Die Rechtsbeschwerde kann nur darauf gestützt werden, dass die Beschwerdeentscheidung auf einer Verletzung des Gesetzes beruht.

202

