



OBERLANDESGERICHT DÜSSELDORF

BESCHLUSS

VI – Kart 15/06

In dem kartellgerichtlichen Verwaltungsverfahren

pp.

hat der 1. Kartellsenat des Oberlandesgerichts Düsseldorf durch den Vorsitzenden Richter am Oberlandesgericht B., den Richter am Oberlandesgericht K. und die Richterin am Oberlandesgericht Dr. M. am 23. Oktober 2006

b e s c h l o s s e n :

- I. Der Antrag der Beschwerdeführer hinsichtlich der Untersagungsverfügung zu A.1. wird als unzulässig verworfen.

- II. Im Übrigen werden die Anträge der Beschwerdeführer vom 1. September 2006 wie folgt beschieden, wobei die aufschiebende Wirkung der Beschwerde gegen den Beschluss des Bundeskartellamts vom 23.08.2006 (B 10-92713-Kc-148/05) angeordnet wird, soweit die Beschwerde keine aufschiebende Wirkung hatte, und die aufschiebende Wirkung der Beschwerde wiederhergestellt wird, soweit das Bundeskartellamt die sofortige Vollziehung der Verfügungen angeordnet hat:

- a. Der Antrag hinsichtlich der Untersagungsverfügung zu A.2. wird mit der Klarstellung zurückgewiesen, dass die Untersagungsverfügung nur solche Zurückweisungen von Spielumsätzen betrifft, die ausschließlich mit der Tatsache der terrestrischen Vermittlung begründet werden, und dass Zurückweisungen aus sonstigen sachlichen Gründen hiervon unberührt bleiben.
- b. Der Antrag hinsichtlich der Untersagungsverfügung zu A.3. 1.Teil wird zurückgewiesen, soweit sich die Verfügung auf Maßnahmen bezieht, die von den Beteiligten zu 2. bis zu 18. ohne sonstigen Anlass allein deshalb ergriffen werden, weil die gewerblichen Spielvermittler ordnungsbehördlich zugelassene Glücksspiele über terrestrische Vermittlungsstellen vermitteln. Dem Antrag wird stattgegeben, soweit den Beschwerdeführern untersagt wird, Maßnahmen wie insbesondere Abmahnungen oder Vertragskündigungen zu ergreifen, die auf Verstöße der gewerblichen Spielvermittler gegen das Ordnungsrecht gestützt werden, solange diese Verstöße nicht bestandskräftig durch eine Ordnungsbehörde oder rechtskräftig durch ein Gericht festgestellt worden sind.
- c. Der Antrag hinsichtlich der Untersagungsverfügung zu A.3. 2.Teil wird zurückgewiesen, soweit sich die Verfügung 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. Dem Antrag wird stattgegeben, soweit den Beschwerdeführern untersagt wird, Zusagen zu verlangen, soweit das Verlangen auf Verstöße der gewerblichen Spielvermittler gegen das Ordnungsrecht gestützt wird, solange diese Verstöße nicht bestandskräftig durch eine Ordnungsbehörde oder rechtskräftig durch ein Gericht festgestellt worden sind.
- d. Dem Antrag hinsichtlich der Untersagungsverfügung zu A.4. wird stattgegeben.

- e. Der Antrag hinsichtlich der Untersagungsverfügung zu B.1. wird mit der Klarstellung zurückgewiesen, dass sich die Untersagung der Beschränkung des Vertriebsgebietes auf das Gebiet des Bundeslandes, in dem die Beschwerdeführer über eine Genehmigung für die von ihnen angebotenen Glücksspiele verfügen, nur auf eine Beschränkung mit Rücksicht auf § 2 Blockvertrag und § 5 Abs. 3 Lotteriestaatsvertrag bezieht; eine Verpflichtung, außerhalb des eigenen Bundeslandes tätig zu werden, ergibt sich aus dieser Unterlassungsverfügung nicht.
- f. Der Antrag hinsichtlich der Untersagungsverfügung zu B.2. wird zurückgewiesen.
- g. Der Antrag hinsichtlich der Untersagungsverfügung zu B.3. wird mit der Klarstellung zurückgewiesen, dass sich die Untersagung von Maßnahmen gegen gewerbliche Spielvermittler 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 Lotteriestaatsvertrag verweigert werden soll.
- h. Der Antrag hinsichtlich der Untersagungsverfügung zu C. 1. Teil wird zurückgewiesen.
- i. Der Antrag hinsichtlich der Untersagungsverfügung zu C. 2. Teil wird mit der Klarstellung zurückgewiesen, dass nur eine Verweigerung von Provisionen in bestimmter Höhe unter Bezugnahme auf den Regionalisierungsstaatsvertrag untersagt ist, es den Beschwerdeführern zu 2. bis 18. im Übrigen jedoch überlassen bleibt, autonom und nach den Regeln des Wettbewerbs darüber zu entscheiden, ob sie eine Provision zahlen wollen, ggf. in welcher Höhe.

III. Die Rechtsbeschwerde wird zugelassen.

Gründe:

A.

Das Bundeskartellamt hat die Verfahrensweise der Lottogesellschaften in drei Sachkomplexen auf ihre Vereinbarkeit mit den Regeln des deutschen und des europäischen Kartellrechts untersucht.

Die erste Untersuchung bezieht sich auf die Aufforderung, keine Spieleinsätze aus gewerblicher terrestrischer Spielvermittlung anzunehmen. Hiermit ist ein Vertrieb über eigene Annahmestellen der gewerblichen Spielvermittler in Tankstellen oder Geschäften gemeint. Hierzu hatte der Rechtsausschuss des Beschwerdeführers zu 1. in einer Sitzung vom 25./26. April 2005 beschlossen:

„Der Rechtsausschuss fordert die Gesellschaften des D. L.- und T. auf, Umsätze, die auf diese – nach seiner Auffassung rechtswidrige – Art und Weise durch terrestrischen Vertrieb Gewerblicher erzielt worden sind, nicht anzunehmen ...“

Die zweite Untersuchung bezog sich auf die Vereinbarung der deutschen Lotto- und Totounternehmen in dem sog. Blockvertrag, Lotterien und Sportwetten jeweils nur in dem Bundesland anzubieten, in dem sie eine Genehmigung haben (sog. Regionalitätsprinzip). Hierzu heißt es in § 2 Abs. 1 der maßgeblichen Fassung vom 22. Mai 2000:

„(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 - das sind 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.“

Die dritte Untersuchung bezog sich auf den am 1. Juli 2004 in Kraft getretenen Staatsvertrag über die Regionalisierung von Teilen der von den Unternehmen des D. L.- und T. erzielten Einnahmen. Dieser Vertrag sieht in § 4 vor, die von gewerblichen Spielvermittlern stammenden Anteile an den Einnahmen aus den gemeinsamen Veranstaltungen von Glücksspielen des D. L.- und T. nach einem bestimmten Schlüssel zu regionalisieren, das heißt aufzuteilen. Um diese Aufteilung zu ermöglichen, wurden in § 3 bestimmte Mitteilungspflichten der Länder begründet, die über den von gewerblichen Spielvermittlern stammenden Anteil an der Summe der Spieleinsätze und der vereinnahmten Bearbeitungsgebühren Auskunft gaben. In § 4

Abs. 1 war zudem bestimmt, dass Bearbeitungsgebühren und Pauschalen – dazu gehörten etwaige den gewerblichen Spielvermittlern gezahlte Provisionen – nur in bestimmter Höhe berücksichtigt werden konnten. Zweck dieser Regelung war es, die Spielerlöse, die aus den von gewerblichen Spielvermittlern vermittelten Spielen stammten, unabhängig davon auf die Länder zu verteilen, bei welchen Lottogesellschaften die Spielvermittler die von ihnen gesammelten Spieleinsätze abgaben.

Im Ergebnis hat das Bundeskartellamt angenommen, dass alle drei Verhaltensweisen der Lottogesellschaften gegen europäisches und deutsches Kartellrecht verstoßen.

Im Beschluss vom 23.08.2006 hat es folgende Feststellungen getroffen:

- A. Die am 25./26. April 2005 beschlossene Aufforderung des Rechtsausschusses des D. L.- und T. an alle Gesellschaften des D. L.- und T., durch terrestrische Vermittlung gewerblicher Spielvermittler erzielte Spielumsätze nicht anzunehmen, hat gegen Art. 81 EG und § 1 GWB sowie gegen § 21 Abs. 1 GWB und Art. 82 EG verstoßen.
- B. § 2 des Blockvertrages der D. L.- und T.-unternehmen verstößt gegen Art. 81 EG soweit sich die Gesellschafter des D. darin geeinigt haben, Lotterien und Sportwetten, wie Lotto .., Spiel .., Super .., F., O. und Glücksspirale, jeweils nur in dem Bundesland zu vertreiben, in dem sie eine Genehmigung haben. § 5 Abs. 3 Lotteriestaatsvertrag und die Landesgesetze zum Glücksspielwesen verstoßen gegen Art. 10 EG i.V.m. Art. 81 EG, soweit sie die Tätigkeit der Gesellschaften des D. L. und T. auf das Gebiet des Bundeslandes beschränken, in dem sie über eine Genehmigung für die von ihnen angebotenen Glücksspiele verfügen.
- C. Der Staatsvertrag über die Regionalisierung von Teilen der von den Unternehmen des D. L. und T. erzielten Einnahmen verstößt gegen Art. 81 Abs. 1 EG i. V. m. Art. 10 EG.

Auf diese Feststellungen gestützt hat das Bundeskartellamt folgende Verfügungen getroffen:

A.

1. Den Beteiligten zu 1. bis zu 18. wird nach § 32 GWB untersagt, die Gesellschaften des D. L. und T. aufzufordern, durch terrestrische Vermittlung gewerblicher Spielvermittler erzielte Spielumsätze generell nicht anzunehmen.
2. Den Beteiligten zu 2. bis zu 18. wird nach § 32 GWB untersagt, den unter 1. bezeichneten Beschluss des Rechtsausschusses des D. L. und T. weiter umzusetzen und sich bei ihrer Geschäftstätigkeit daran zu halten.
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 vermitteln, 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 Spielvermittlung in einer bestimmten Art und Weise zu unterlassen oder nicht aufzunehmen, deren Unvereinbarkeit mit ordnungsrechtlichen Vorschriften nicht in einem behördlichen Verfahren bestandskräftig festgestellt worden ist, oder im Falle der Einlegung von Rechtsmitteln von einem Gericht rechtskräftig festgestellt wurde.
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 D. L. und T. weitere Wirksamkeit zu verschaffen.

B.

1. Den Verfahrensbeteiligten zu 2. bis zu 18. wird nach § 32 GWB untersagt, ihr jeweiliges Vertriebsgebiet für Lotterien und Sportwetten unter 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 Mitgliedstaaten 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.

C. Den Beteiligten zu 2. bis 18. wird nach § 32 GWB untersagt, den Staatsvertrag über die Regionalisierung von Teilen der von den Unternehmen des D. L. und T. erzielten Einnahmen durchzuführen, soweit sie

- 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 D. L. und T. sowie die auf diesen Anteil entfallende Gewinnausschüttung und Bearbeitungsentgelt für die Zwecke der Regionalisierung nach § 3 des Staatsvertrages mitteilen,
- die Pauschalen gem. § 4 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 und 3 des Staatsvertrages über die Regionalisierung von Teilen der von den Unternehmen des D. L. und T. erzielten Einnahmen bei den Provisionsverhandlungen mit gewerblichen Spielvermittlern berücksichtigen.

Das Bundeskartellamt hat die sofortige Vollziehung der Untersagungen nach A. 1. bis 4. angeordnet, soweit sie auf § 32 GWB i.V. mit § 21 Abs. 1 GWB gestützt sind. Im Übrigen, soweit die Untersagungen mit § 1 GWB und Art. 81 und 82 EG gerechtfertigt werden, ist es davon ausgegangen, dass die Beschwerde keine aufschiebende Wirkung hat. Insoweit hat es von einer Aussetzung der Vollziehung abgesehen.

Gegen den Beschluss vom 23.08.2006 haben die Beteiligten zu 1. bis 18. rechtzeitig Beschwerde eingelegt. Eine Beschwerdebegründung liegt noch nicht vor.

Mit Antrag vom 01.09.2006 haben die Beschwerdeführer beantragt,

1. die aufschiebende Wirkung der am 28.08.2006 eingelegten Beschwerde gegen die nach §§ 32 i. V. m. 21 GWB zu Abschnitt A. Ziffer 5 unter Anordnung der sofortigen Vollziehung ergangenen Untersagungsverfügungen des Bundeskartellamts vom 23.08.2006 wiederherzustellen und
2. die aufschiebende Wirkung der am 28.08.2006 eingelegten Beschwerde gegen die nach § 32 i. V. m. Art. 10, 81 EG zu Abschnitt B. Ziffern 1 – 3 und zu Abschnitt C. ergangenen Untersagungsverfügungen des Bundeskartellamts vom 23.08.2006 anzuordnen.

Ergänzend haben die Beschwerdeführer mit Schriftsatz vom 09.10.2006 hilfsweise beantragt,

1. festzustellen, dass die Beschwerde gegen die in Abschnitt A. getroffenen Anordnungen aufschiebende Wirkung hat, auch soweit die Anordnungen auf § 32 i.V. mit § 1 GWB und Art. 81, 82 EG gestützt sind.
2. hilfsweise festzustellen, dass die Beschwerde gegen die in Abschnitt A. getroffenen Anordnungen aufschiebende Wirkung hat, soweit die Anordnungen auch auf Art. 32 GWB i.V. mit Art 82 EG gestützt werden, und darüber hinausgehend die aufschiebende Wirkung der Beschwerde nach § 65 Abs. 3 Satz 3 GWB anzuordnen, soweit die Anordnungen auf Zuwiderhandlungen gegen § 1 GWB und Art. 81 EG gestützt werden.

Der Beschwerdegegner und die Beigeladenen beantragen,
die Anträge zurückzuweisen.

B.

I.

Unter A.1. hat das Bundeskartellamt den Beteiligten zu 1. bis zu 18. untersagt, die Gesellschaften des D. L. und T. aufzufordern, durch terrestrische Vermittlung gewerblicher Spielvermittler erzielte Spielumsätze generell nicht anzunehmen.

Diese Untersagung soll verhindern, dass die Beteiligten eine Aufforderung wie die des Rechtsausschusses der Beteiligten zu 1. vom 25./26. April 2006 wiederholen.

Insoweit fehlt es für den Antrag gemäß § 65 Abs. 3 Satz 1 und Satz 3 GWB an einem Rechtsschutzinteresse. Es bedarf keines einstweiligen Rechtsschutzes gegen die Untersagung, weil die Beteiligten zu 1. bis 18. erklärt haben, dass sie die Wiederholung einer solchen Aufforderung ohnehin nicht beabsichtigen. Auf S. 14 ihres Antrags vom 01.09.06 haben sie wörtlich erklärt:

„Überdies ist jegliche unterstellte Gefahr einer Wettbewerbsbeschränkung ausgeräumt, da der Rechtsausschuss die Aufforderung (vorsorglich) längst aufgehoben hat und alle Antragsteller im Verwaltungsverfahren verbindlich erklärt haben, dass weder gleich lautende oder ähnliche Beschlussfassungen beabsichtigt sind.“

Die Frage, ob im Hinblick hierauf noch eine die Untersagungsverfügung erfordernde Wiederholungsgefahr bejaht werden konnte, kann im Hauptverfahren geklärt werden.

II.

Im Übrigen sind die Anträge der Beschwerdeführer, die aufschiebende Wirkung ihrer Beschwerde wiederherzustellen, soweit das Bundeskartellamt gemäß § 65 Abs. 1 und 2 GWB die sofortige Vollziehung der Verfügung angeordnet hat, und die aufschiebende Wirkung anzuordnen, soweit die Beschwerde keine aufschiebende Wirkung kraft Gesetzes hat, gemäß § 65 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 Satz 3 GWB teilweise begründet. Soweit die Anträge hiernach nicht begründet sind, greift auch § 65 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 Satz 3 GWB nicht ein.

Der Senat hat den ungenau formulierten Antrag zu 1. dahin ausgelegt, dass nicht nur die aufschiebende Wirkung wiederhergestellt sondern auch die aufschiebende Wirkung angeordnet werden soll, soweit die Beschwerde kraft Gesetzes noch keine

aufschiebende Wirkung hatte. Die Antragsbegründung ergibt zweifelsfrei, dass vorläufiger Rechtsschutz hinsichtlich der Untersagungsverfügungen zu A.1. bis A.4. auch insoweit begehrt wird, als die Verfügungen auf Art. 81 EG und § 1 GWB gestützt sind. Auf die hilfsweise gestellten Anträge kommt es hiernach nicht mehr an.

Soweit den Anträgen stattgegeben worden ist, sind die Anträge begründet, weil ernstliche Zweifel an der Rechtmäßigkeit der angefochtenen Verfügung bestehen.

Ernstliche Zweifel an der Rechtmäßigkeit einer Verfügung sind zu bejahen, wenn es aus Gründen tatsächlicher oder rechtlicher Art überwiegend wahrscheinlich ist, dass der angefochtene Beschluss auf die Beschwerde hin aufzuheben ist (vgl. Kollmorgen in Langen/Bunte, Deutsches Kartellrecht, 10. Aufl. , Rn. 17 zu § 65; Schmidt in Immenga/Mestmäcker, GWB, 3. Aufl. , Rn. 13 zu § 65). Soweit den Anträgen stattgegeben worden ist, bestehen rechtliche Bedenken, die es als überwiegend wahrscheinlich erscheinen lassen, dass der angefochtene Beschluss insoweit keinen Bestand haben kann. Im Übrigen bestehen solche Bedenken nicht.

III.

Die Untersagungsverfügungen zu A.2. bis A.4. sind auf Art. 81 und 82 EG und §§ 1 und 21 GWB gestützt.

1)

Soweit die Untersagungsverfügungen auf Art. 82 EG gestützt sind, bedarf die Rechtmäßigkeit des angefochtenen Beschlusses im Rahmen der Entscheidung gemäß § 65 GWB keiner Erörterung, weil die Beschwerde kraft Gesetzes in entsprechender Anwendung des § 64 Abs. 1 Nr. 1 GWB aufschiebende Wirkung hat (BGH, Beschluss vom 17.08.06, KVR 11/06 – *Soda-Club*) und insoweit eine Anordnung der sofortigen Vollziehung gemäß § 65 Abs. 1 GWB nicht getroffen worden ist, eine sofortige Vollziehung unter diesem rechtlichen Gesichtspunkt also ohnehin nicht besteht.

2)

Hinsichtlich der übrigen Rechtsvorschriften folgt der Senat in seiner vorläufigen Prüfung der Argumentation des Bundeskartellamtes, wobei die Frage, ob der beanstandete Beschluss den Handel zwischen den Mitgliedstaaten im Sinne des Art. 81 EG spürbar zu beeinträchtigen geeignet ist, letztlich sogar dahinstehen kann, weil jedenfalls § 1 GWB eingreift, der seit Inkrafttreten der 7. GWB-Novelle den gleichen Regelungsinhalt wie Art. 81 EG hat.

a)

Nach vorläufiger Prüfung haben die Beteiligten gegen Art. 81 EG und § 1 GWB verstoßen. Die Beteiligten zu 2. bis 17. sind Unternehmen im Sinne von Art. 81 EG und § 1 GWB, und die Beteiligte zu 1. ist eine Unternehmensvereinigung im Sinne dieser Vorschriften. Zur Begründung der Unternehmenseigenschaft verweist der Senat auf den Beschluss des Bundesgerichtshofs vom 9. März 1999 – *Lottospielgemeinschaft* – WuW/E DE-R 289 unter II. 3 a). Der Beschluss des Rechtsausschusses vom 24./25. April 2005 zu Nr. 2 enthält eine Vereinbarung im Sinne des Art. 81 EG und des § 1 GWB. Die Beteiligten zu 2. bis 17. haben ihren gemeinsamen Willen zum Ausdruck gebracht, sich auf dem Markt für bundesweite gewerbliche Vermittlung von Gewinnspielen (vgl. die Marktabgrenzung in dem angefochtenen Beschluss Rn. 349 ff) in einer bestimmten Weise zu verhalten. Dies reicht aus (vgl. z.B. Bunte in Langen/Bunte, Europäisches Kartellrecht, 10. Aufl.; Bechtold/Bosch/Brinker/Hirsbrunner, EG-Kartellrecht, Rn. 35 zu Art. 81). Die Vereinbarung bezweckte insoweit eine Verhinderung des Wettbewerbs zwischen den Lottogesellschaften. Der von den Spielvermittlern beabsichtigte Vertrieb war auch nicht gesetzlich verboten und damit dem Schutz der Art. 81 EG und § 1 GWB von vornherein entzogen: Aus §§ 2, 4 und 14 ff des am 1. Juli 2004 in Kraft getretenen Staatsvertrages zum Lotteriewesen in Deutschland (künftig: Lotteriestaatsvertrag) ergibt sich, dass die gewerbliche Vermittlung von öffentlichen Glücksspielen im Auftrag der Spielinteressenten nicht verboten ist sondern nur von der Einhaltung bestimmter gesetzlicher Vorgaben abhängt. Ein grundsätzliches Verbot der terrestrischen Vermittlung enthält der Staatsvertrag nicht. Im Übrigen sieht auch der von den Beschwerdeführern vorgelegte Entwurf eines neuen Staatsvertrages zum Lotteriewesen in Deutschland (Stand 29.08.2006) insoweit keine Änderung vor. Die Erläuterungen zu § 19 des Entwurfes vertreten nur die Auffassung, dass die nach § 4 des Entwurfes erforderliche Erlaubnis zu versagen ist, wenn neue Betriebswege eröffnet werden (wie Lotto im Supermarkt). Insoweit wäre dann aber eine förmliche Entscheidung der zuständigen Behörde nötig, deren Richtigkeit ggf. vor den Verwaltungsgerichten zu überprüfen wäre.

Zu den Voraussetzungen der Art. 81 EG und § 1 GWB nimmt der Senat im Übrigen zur Vermeidung von Wiederholungen ergänzend auf die insoweit zutreffenden Ausführungen des Bundeskartellamts in dem angefochtenen Beschluss Bezug.

b)

Nach vorläufiger Prüfung liegt auch ein Verstoß gegen § 21 GWB vor. Der Beschluss enthielt die Aufforderung an die Lottogesellschaften, keine Umsätze aus der terrestrischen gewerblichen Vermittlungstätigkeit anzunehmen. Das stellte eine Aufforderung zu einer Bezugssperre dar. Diese Aufforderung richtete sich im Kontext des Beschlusses auch gegen ein bestimmtes Unternehmen, nämlich die Beigeladene zu 1., die zu diesem Zeitpunkt das einzige Unternehmen war, das eine terrestrische Vermittlung anstrebte. Es hat auch die Absicht einer unbilligen Beeinträchtigung vorgelegen, denn die Aufforderung, die Umsätze schon vor etwaigen Entscheidungen der zuständigen Ordnungsbehörden generell nicht anzunehmen, ging über die Wahrnehmung berechtigter Interessen hinaus. Auch insoweit bezieht sich der Senat ergänzend auf die insoweit zutreffenden Ausführungen des Bundeskartellamts.

3)

Ungeachtet dessen bestehen gegen die Untersagungsverfügungen unter A.2 bis 4. teilweise ernstliche Zweifel an ihrer Rechtmäßigkeit, weil sie zu weitgehend sind. Zu den einzelnen Untersagungsverfügungen ist im Rahmen der vorläufigen Bewertung gemäß § 65 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 GWB folgendes festzustellen:

a)

Unter A.2. hat das Bundeskartellamt den Beteiligten zu 2. bis zu 18. untersagt, den unter 1. bezeichneten Beschluss weiter umzusetzen und sich bei ihrer Geschäftstätigkeit daran zu halten. Gemeint ist damit nicht der in A.1. angesprochene künftige (erneute) Beschluss sondern der Beschluss des Rechtsausschusses des D. L. und T. vom 25./26.04.06.

aa)

Die Aufforderung des Rechtsausschusses bezog sich auf die Annahme der Spielumsätze, die durch terrestrische Vermittlung erzielt worden sind. Diese Spielumsätze sollten generell nicht angenommen werden. Die Auslegung der Untersagungsverfügung zu A.2. ergibt mit hinreichender Klarheit, dass den Beschwerdeführern nur untersagt wird, Spieleinsätze allein deshalb nicht anzunehmen, weil sie auf terrestrischer Vermittlung beruhen.

Dieses Verständnis des Untersagungsausspruchs ergibt sich aus folgenden Erwägungen:

- Das Amt sieht den Kartellverstoß alleine darin, dass terrestrische Spielumsätze generell und als solche von den Lottogesellschaften abgelehnt werden (sollen). Das ergibt sich nicht nur aus dem Untersagungstenor zu A.1. selbst ("durch terrestrische Vermittlung ... erzielte Spielumsätze generell nicht anzunehmen"), sondern auch aus der Beschlussbegründung Randnummer 438.

- Sämtliche Untersagungsaussprüche zu A. sind erklärtermaßen als Abstellmaßnahme im Sinne von § 32 Abs. 2 GWB gewollt. Dementsprechend lautet die Überschrift vor Rn. 437: "6. *Verhältnismäßigkeit der Untersagungen als Abstellmaßnahmen*" und bezeichnen die Rn. 438 und 439 die angeordneten Verbote ausdrücklich als eine "Abstellmaßnahme".

- Nach dem erklärten Willen des Amtes soll der festgestellte Kartellverstoß dadurch abgestellt werden, dass

(1.) die Kartellrechtswidrigkeit der Beschlussfassung vom 25/26. April 2005 festgestellt wird (Ausspruch zu A.),

(2.) eine Wiederholung jener Beschlussfassung verboten wird (Ausspruch zu A. 1.),

(3.) und die weitere Umsetzung der "Boykott"-Aufforderung untersagt wird (Ausspruch zu A. 2 – 4; vgl. auch Rn. 437 a.E.).

- Was die weitere Umsetzung der "Boykott"-Aufforderung betrifft, unterscheidet das Amt dabei zwischen dem Verbot einer direkten Umsetzung (jenes Verbot ist in Ziffer

A.2. ausgesprochen worden) und dem Verbot von Umgehungen (jenes Verbot soll nach dem Willen des Amtes durch die Untersagungsaussprüche in Ziffer A.3. und 4. erfolgen). Das ergibt sich aus den Rn. 439, 440, 446, 447-449, 450-454. Dort werden die in den Verboten zu A.3. und 4. genannten Konstellationen ausdrücklich als Umgehungstatbestände bezeichnet und ihre Untersagung ausdrücklich als Abstellmaßnahme gerechtfertigt (vgl. Rn. 451-454).

- In sämtlichen Fällen des ausgesprochenen Umsetzungsverbots legt das Amt denselben Kartellverstoß zugrunde. Er besteht – ausschließlich – darin, dass terrestrisch erlangte Spielumsätze als solche und generell nicht angenommen werden. Dieser – und nur dieser – Kartellverstoß soll durch die Verbotsaussprüche abgestellt werden.

- Im Tenor zu A.2. kommt dieser Anordnungswille insofern zum Ausdruck, weil die weitere Umsetzung des "unter 1. bezeichneten Beschlusses des Rechtsausschusses" untersagt wird, und der Ausspruch zu A.1. *expressis verbis* nur verbietet, terrestrisch generierte Spielumsätze "generell nicht anzunehmen". Ohnehin bezieht sich der dem gesamten kartellbehördlichen Verfahren zu Abschnitt zu A. zugrundeliegende Beschluss des Rechtsausschusses des D. nur auf Spielumsätze der gewerblichen Spielvermittler, die deshalb abgelehnt werden sollen, weil sie auf terrestrischer Vermittlung beruhen. In alledem fügt sich schließlich ein, dass in Rn. 439 a. E. von dem Ziel der Beteiligten die Rede ist, die terrestrische Vermittlung (als solche) abzuwehren, und dass bezüglich des Tenors zu Ziffer A.3. die Einschränkung gemacht wird, sofern der gewerbliche Spielvermittler für die Kündigung oder Kündigungsandrohung keinen Anlass gegeben hat (vgl. Rn. 440 a.E., 445 a.E., 447 Satz 1.

Es hätte allerdings nahegelegen, die Untersagungsverfügung zur Vermeidung von Missverständnissen so zu formulieren, wie es in dem vom BGH entschiedenen Fall *Lottospielgemeinschaft* (Beschluss vom 09.03.1999 - WuW/E DE-R 289-296 unter II. sowie II. 2. a) geschehen war. Dort war nur untersagt worden, Spielinteressenten „*ohne Vorliegen sonstiger Gründe allein wegen ihrer Zugehörigkeit zu diesen Gemeinschaften bzw. ohne Vorliegen weiterer (sachlicher) Gründe*“ zurückzuweisen. Die vorstehenden Ausführungen belegen jedoch, dass hier nicht gewollt war, die Beschwerdeführer

unabhängig von sachlichen Weigerungsgründen zur Annahme von Spielumsätzen zu zwingen, die aus terrestrische Vermittlung erzielt worden sind.

Die in der sog. Stillhalteerklärung des Bundeskartellamtes vom 04.09.06 enthaltene Einschränkung, durch die gefordert wurde, dass „*die Beteiligten zu 1. bis 18. ihrerseits während des Verfahrens des einstweiligen Rechtsschutzes sämtliche von gewerblichen Spielvermittlern vermittelten Spielumsätze annehmen*“, ist für die Auslegung der Verbotsaussprüche nicht maßgeblich. Die Auslegung hat nur anhand der Begründung der kartellbehördlichen Entscheidung zu erfolgen. Soweit in der Erklärung vom 04.09.06 von den Beschwerdeführern Weitergehendes verlangt worden sein sollte, ist dies für die Auslegung unbeachtlich.

bb)

In der so vorzunehmenden Auslegung bestehen gegen die Untersagungsverfügung keine rechtlichen Bedenken.

Richtig ist nämlich der Ausgangspunkt des Bundeskartellamts, dass die in § 14 Abs. 1 des Lotteriestaatsvertrages definierte gewerbliche Spielvermittlung grundsätzlich zulässig und durch den Lotteriestaatsvertrag nicht auf bestimmte Vertriebswege beschränkt ist. Der gewerbliche Spielvermittler hat nur die Vorgaben der §§ 4 und 14 des Lotteriestaatsvertrages einzuhalten. Richtig ist weiter der Ausgangspunkt des Bundeskartellamts, dass es nicht Aufgabe der Antragsteller ist zu überprüfen, ob die gewerblichen Spielvermittler mit dem von ihnen eingeleiteten oder geplanten Aufbau eines eigenen terrestrischen Vermittlungssystems die ordnungsrechtlichen Vorgaben einhalten. Die Antragsteller haben nicht die Aufgaben der Abwehr von Gefahren für die öffentliche Sicherheit und Ordnung (BGH, Beschluss vom 09.03.1999, a.a.O. unter II 2. b) - *Lottospielgemeinschaft*). Diese Aufgabe obliegt allein den zuständigen Ordnungsbehörden der Länder. Diese und nicht die Antragsteller haben die Pflicht, zu prüfen, ob die gewerblichen Spielvermittler die Pflichten gemäß §§ 4 und 14 des Lotteriestaatsvertrages einhalten und ob ihnen ein terrestrischer Vertrieb zur Abwehr von Gefahren für die öffentliche Sicherheit und Ordnung zu untersagen ist.

cc)

Dem Senat erscheint es jedoch angezeigt, die rechtlich unbedenkliche Auslegung der Verfügung zur Klarstellung in den Tenor des Beschlusses aufzunehmen. Eine Anordnung, sämtliche von gewerblichen Spielvermittlern vermittelten Spielumsätze anzunehmen, wäre nämlich zu weitgehend und damit unverhältnismäßig.

Auch wenn die in § 14 Abs. 1 des Lotteriestaatsvertrages definierte gewerbliche Spielvermittlung grundsätzlich zulässig und durch den Lotteriestaatsvertrag nicht auf bestimmte Vertriebswege beschränkt ist und es nicht Aufgabe der Antragsteller ist zu überprüfen, ob die gewerblichen Spielvermittler bei der Nutzung des neuen Vertriebsweges die ordnungsrechtlichen Vorgaben einhalten, ergibt sich daraus aber nicht die Pflicht, unbesehen sämtliche vermittelten Spielumsätze anzunehmen. Zunächst müssen durch elektronische Schnittstellen die technischen Voraussetzungen für die Annahme der Spielumsätze geschaffen werden. Das Bundeskartellamt geht selbst davon aus, dass solche Schnittstellen zur praktikablen Abwicklung der Geschäftsbeziehung erforderlich sind und – auch vor den beanstandeten Kündigungen seitens der Lottogesellschaften - nur teilweise bestanden haben. Zur Einrichtung bisher nicht bestehender Schnittstellen bedarf es technischer Vereinbarungen der Beteiligten. Außerdem muss geklärt werden, welche vertraglichen Bedingungen der Vermittlung zugrunde liegen sollen, insbesondere, ob die Lottogesellschaften eine Provision zu zahlen haben, ggf., in welcher Höhe. Aus diesen regelungsbedürftigen Punkten können sich Streitigkeiten ergeben, die die Beschwerdeführer berechtigen, Spielumsätze zurückzuweisen. Auch wenn das Bundeskartellamt nicht zu Unrecht vermuten sollte, dass die Beschwerdeführer solche vertragsrechtlichen Gründe auch als Vorwand nehmen könnten, um eine erweiterte Zusammenarbeit mit den gewerblichen Spielvermittlern zu umgehen, wäre es zu weitgehend, die Beschwerdeführer zu zwingen, die Spielumsätze unter jeglichen Bedingungen entgegenzunehmen.

b)

Unter A.3. hat das Bundeskartellamt den Beteiligten zu 2. bis zu 18. zunächst 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 vermitteln, 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.

Die hier zu erörternde Untersagung greift nach ihrem Inhalt immer ein, wenn Maßnahmen wie insbesondere Abmahnungen oder Vertragskündigungen auf die Behauptung von Verstößen der gewerblichen Spielvermittler gegen das Ordnungsrecht gestützt werden. Die Untersagung verlangt damit von den Antragstellern, dass sie keine Abmahnungen oder Vertragskündigungen aussprechen oder irgendwelche sonstigen Maßnahmen gegen die gewerblichen Spielvermittler ergreifen, auch wenn diese gegen geltendes Ordnungsrecht verstoßen. Die Untersagung gilt selbst dann noch, wenn die zuständige Ordnungsbehörde und ein Gericht den Verstoß festgestellt haben, solange nicht Bestandskraft bzw. Rechtskraft eingetreten ist.

aa)

Hinsichtlich der Rechtmäßigkeit dieser Verfügung bestehen insoweit ernstliche Zweifel, als das Bundeskartellamt einen bestands- oder rechtskräftig festgestellten Verstoß der Spielvermittler gegen das Ordnungsrecht verlangt.

Durch die Untersagungsverfügung verpflichtet das Bundeskartellamt die Antragsteller zu Unrecht dazu, an Verstößen gegen Ordnungsrecht solange mitzuwirken wie nicht bestands- oder rechtskräftig festgestellt ist, dass tatsächlich ein Verstoß gegen Ordnungsrecht vorlag.

Wie bereits dargelegt ist der Ausgangspunkt des Bundeskartellamts richtig, dass die Antragsteller nicht die Aufgaben der Abwehr von Gefahren für die öffentliche Sicherheit und Ordnung haben. Daraus folgt jedoch nicht, dass die Antragsteller bei ihrer Zusammenarbeit mit den gewerblichen Spielvermittlern Verstöße der Spielvermittler gegen Ordnungsrecht solange außer Betracht lassen müssen als diese nicht bestandskräftig oder rechtskräftig festgestellt worden sind. Grundsätzlich hat jedermann das Recht, vertragliche Beziehungen zu verweigern oder in einem bestehenden Vertrag vorgesehene Handlungen zu unterlassen, wenn der Vertragsschluss oder die Vertragsumsetzung rechtswidrig ist. Das gilt im Allgemeinen auch bei Verstößen gegen das Ordnungsrecht. Die Antragsteller müssen sich in diesen Fällen nicht darauf verweisen lassen, dass sie zunächst die zuständigen Ordnungsbehörden einschalten und abwarten können, bis deren Entscheidung ergeht oder gar bis zur Bestandskraft der Entscheidung oder der Rechtskraft eines nach Anfechtung ergehenden Urteils.

Zunächst ist festzustellen, dass Verwaltungsakte und Urteile schon dann zu beachten sein können, wenn sie noch nicht bestandskräftig oder rechtskräftig sind. Aber auch in der Zeit bis zu einer ersten Entscheidung einer Ordnungsbehörde ist niemand verpflichtet, sich auf den Standpunkt zu stellen, solange eine Entscheidung nicht ergangen ist, könne man davon ausgehen, dass kein Verstoß gegen Ordnungsrecht vorliegt. Die Tatsache, dass die zuständige Behörde noch nicht gehandelt hat, entschuldigt nicht immer eine Beteiligung an ordnungswidrigem Verhalten und stellt nicht stets von nachteiligen Folgen des später festgestellten Verstoßes gegen das Ordnungsrecht frei. Davon abgesehen ist es jedermanns Recht, sein Verhalten von sich aus so auszurichten, dass es rechtmäßig ist. Das gilt auch für die Antragsteller. Wegen der mit der Durchführung von Glücksspielen generell verbundenen Risiken haben die Veranstalter von Glücksspielen genau auf die Einhaltung der Regeln und insbesondere auf eine Beachtung der Gesetze zu achten. Dies gilt besonders für die staatlichen Lottogesellschaften. Wenn sie nicht die Möglichkeit hätten, in ihrem eigenen Verhalten bei der Eingehung oder Durchführung von Verträgen das Ordnungsrecht zu beachten, würde ihr Ansehen in den Augen der Öffentlichkeit erheblichen Schaden erleiden.

Dem stehen die Ausführungen des Bundesgerichtshofs in seiner Entscheidung *Lottospielgemeinschaft* (a.a.O. II. 3. d) nicht entgegen. Hier hat sich der BGH nur gegen die Auffassung der Beschwerdeführer gewandt, ihnen seien hoheitliche Aufgaben bei der Abwehr von Gefahren für die öffentliche Sicherheit und Ordnung übertragen worden. Hiervon ist zu unterscheiden, inwieweit sich eine Gesellschaft, die privatrechtlich tätig wird, sich bei ihrer Tätigkeit an bestehendem Ordnungsrecht ausrichten darf.

Der Untersagungsverfügung liegt allerdings erklärtermaßen die Vermutung zugrunde, das Ordnungsrecht werde von den Antragstellern nur als Vorwand benutzt, um andere, eigene Interessen durchzusetzen. Auch diese Vermutung rechtfertigt die Untersagungsverfügung jedoch nicht. Die Notwendigkeit, nur "bestands- oder rechtskräftig festgestellte" Rechtsverstöße anzuerkennen, lässt sich - entgegen der Ansicht des Bundeskartellamtes - auch nicht mit einem Generalverdacht rechtfertigen, die an Recht und Gesetz (Art. 20 Abs. 3 GG) gebundenen Ordnungsbehörden würden rechtswidrige Ordnungsverfügungen gegen gewerbliche Spielvermittler erlassen, um auf diesem Wege die Umsetzung des Kartellverstoßes der Beteiligten zu unterstützen. Die Untersagungsverfügung beschränkt sich auch nicht auf Fälle, in denen typischer Weise keine berechtigten Interessen der Lottogesellschaften berührt sein können. Sollte es nicht möglich sein, diese Fälle

typisierend abzugrenzen, müsste Missbräuchen in Einzelfällen durch Einzelverfügungen entgegengetreten werden. In der Fassung des Beschlusses vom 23.08.06 ist die Anordnung jedenfalls zu weitgehend.

Mit der Beschränkung auf bestands- oder rechtskräftig festgestellte Ordnungsverstöße geht das Bundeskartellamt im Übrigen über das selbst gesteckte Ziel hinaus, dasjenige anzuordnen, was zum Abstellen des identifizierten Kartellverstoßes erforderlich und geboten ist. In Rn. 440 a.E. und 445 a.E. geht das Amt zu Recht davon aus, dass als Umgehungsmaßnahmen nur solche Abmahnungen und Vertragskündigungen zu beanstanden sind, zu denen der gewerbliche Spielvermittler keinen Anlass gegeben hat (vgl. auch Rn. 453 Satz 2). Das Erfordernis eines "bestands- oder rechtskräftig festgestellten" Verstoßes gegen das Ordnungsrecht geht über den zum Abstellen des Kartellverstoßes erforderlichen Ausspruch weit hinaus.

bb)

Die Unterlassungsverfügung zu A.3. 1.Teil enthält aber auch die Untersagungsverfügung, gegen die Spielvermittler gerichtete Maßnahmen, wie insbesondere Abmahnungen oder Vertragskündigungen, nicht ohne sonstigen Anlass allein deshalb zu ergreifen, weil die gewerblichen Spielvermittler ordnungsbehördlich zugelassene Glücksspiele über terrestrische Vermittlungsstellen vermitteln. Insoweit ist die Verfügung unbedenklich.

c)

Ferner hat das Bundeskartellamt den Beteiligten zu 2. bis zu 18. unter A.3. untersagt, gewerbliche Spielvermittler zu Zusagen zu veranlassen, die terrestrische Spielvermittlung in einer bestimmten Art und Weise zu unterlassen oder nicht aufzunehmen, deren Unvereinbarkeit mit ordnungsrechtlichen Vorschriften nicht in einem behördlichen Verfahren bestandskräftig festgestellt worden ist, oder im Falle der Einlegung von Rechtsmitteln von einem Gericht rechtskräftig festgestellt wurde.

Insoweit gilt das zu b) Ausgeführte entsprechend.

d)

Unter A.4. hat das Bundeskartellamt den Beteiligten zu 2. bis zu 18. untersagt, sich im Rahmen ihrer Geschäftstätigkeit an alle staatlichen Maßnahmen, wie Gesetze, Verordnungen, Verwaltungsakte und Weisungen zu halten, die dazu dienen, dem Beschluss des Rechtsausschusses des D. L. und T. weiter Wirksamkeit zu verschaffen.

Mit dieser Unterlassungsverfügung wird den Antragstellern u.a. die Missachtung von Gesetzen und Verordnungen aufgegeben. Insoweit bestehen ernstliche Zweifel an der Rechtmäßigkeit der Verfügung.

aa)

Sofern sich die Verfügung auf bereits bestehende Gesetze, Verordnungen, Verwaltungsakte und Weisungen beziehen sollte, fehlt es an der gemäß § 37 Abs. 1 VwVfG erforderlichen inhaltlichen Bestimmtheit, die hier besonders große Bedeutung hat, weil Verstöße gegen die Untersagungsverfügungen gemäß § 81 Abs. 2 Nr. 2 lit. a GWB mit Bußgeld bedroht sind. Für die Antragsteller ist nicht hinreichend deutlich erkennbar, welche gültigen Gesetze, Verordnungen, Verwaltungsakte und Weisungen sie nicht anwenden dürfen.

bb)

Die Formulierung „Gesetze pp., die dazu dienen ...“ (Unterstreichung durch den Senat) legt allerdings die Auslegung nahe, dass Gesetze, Verordnungen, Verwaltungsakte und Weisungen gemeint sein sollen, die künftig erlassen werden, um ein Verhalten abzusichern, das dem Verhalten entspricht, das in dem inzwischen aufgehobenen Beschluss des Rechtsausschusses empfohlen wurde. Dem entspricht auch die Begründung Rn. 449, wo von Gesetzen, Verordnungen, Verwaltungsakten und Weisungen die Rede ist, welche den Lottogesellschaften die Annahme von Spieleinsätzen aus terrestrischer gewerblicher Spielvermittlung untersagen oder in dieser Hinsicht beschränken, denn nach den Ausführungen des Bundeskartellamts gibt es solches Recht bisher nicht. Auch hinsichtlich der Rechtmäßigkeit der Verfügung in dieser Auslegung bestehen jedoch ernstliche Zweifel.

Eine Rechtmäßigkeit der Verfügung würde voraussetzen, dass es keinerlei rechtliche Möglichkeit gibt, den terrestrischen Vertrieb von Lotterien durch gewerbliche Spielvermittler einzuschränken bzw. zu untersagen. Diese Voraussetzung ist nicht gegeben. Sowohl das Urteil des Bundesverfassungsgericht vom 28. März 2006 (NJW 2006, 1261) als auch die Urteile des Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaften vom 24. März 1994 (Slg. 1994 I-01039 – „Schindler“), 21. September 1999 (Slg. 1999 I-06067 – „Läära“), 21. Oktober 1999 (Slg. 1999 I-07289 – „Zenatti“) und 6. November 2003 (Slg. I-13031 – „Gambelli“) gewähren dem nationalen Gesetzgeber Freiräume, um die Tätigkeit gewerblicher Vermittler einzuschränken. Das Bundesverfassungsgericht hat sich zwar in dem entschiedenen Fall nur mit der Veranstaltung und Vermittlung von Sportwetten befasst, während es hier um die Vermittlung von Lotterien geht, die Entscheidung schließt jedoch nicht aus, dass zur Beschränkung der Wettleidenschaft – es geht hier nicht nur um die Spielsucht im engeren Sinne, auf die das Bundeskartellamt abstellt - auch verfassungsrechtlich unbedenkliche einschränkende Regelungen der gewerblichen Vermittlungen von Lotterien getroffen werden können. Die Entscheidung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften im Fall „*Schindler*“ betraf im Übrigen unmittelbar eine Lotterie. In welcher Ausgestaltung solche Beschränkungen dem deutschen Verfassungsrecht und dem europäischen Recht Stand halten würden, ist hier nicht zu erörtern. Die Verfügung des Beschwerdegegners verlangt von den Antragstellern die Nichtbefolgung solcher Gesetze unabhängig von ihrer Ausgestaltung im Einzelfall. Wenn der nationale Gesetzgeber eine wirksame gesetzliche Grundlage für die Beschränkung der gewerblichen Vermittlung im Bereich der Lotterien schaffen kann, so können hierauf gestützt auch wirksame Verordnungen, Verwaltungsakte und Weisungen erlassen werden. Ihre Befolgung unabhängig von ihrer Ausgestaltung von vornherein zu untersagen, ist nicht angängig. Das Bundeskartellamt wird insoweit abwarten müssen, welche gesetzlichen Regelungen der Bundesgesetzgeber oder – nach den derzeitigen Überlegungen näherliegend - die Landesgesetzgeber durch Staatsvertrag treffen werden, um dann ggf. überprüfen zu können, ob diese Regelungen gegen das europäische Kartellrecht verstoßen.

IV.

1)

Die Untersagungsverfügungen zu B. sind auf Art. 81 EG i.V.m. Art. 10 EG gestützt. Diese Vorschriften wendet das Bundeskartellamt vor allem deshalb an, weil nach § 5 Abs.3 des am 1. Juli 2004 in Kraft getretenen Lotteriestaatsvertrages und § 2 des sog. Blockvertrag vom 22. Mai 2000 die 16 Lottogesellschaften jeweils nur in einem Bundesland als Veranstalter von Glücksspielen tätig werden, mit der Folge, dass sie in Deutschland nicht – jedenfalls nicht in nennenswertem Umfang – als Veranstalter von Glücksspielen miteinander in Wettbewerb treten. Hierin sieht das Bundeskartellamt eine verbotene wettbewerbsbeschränkende Vereinbarung, die eine Aufteilung des Marktes i.S. des Art. 81 Abs. 1 lit. c) bewirkt. Dieser Bewertung schließt sich der Senat nach vorläufiger Bewertung an.

Die Vereinbarung in § 2 des sog. Blockvertrages würde ohne den ordnungsrechtlichen Hintergrund der Vereinbarung zweifellos die Voraussetzungen des Art. 81 EG erfüllen. Es läge dann eine typische Gebietsaufteilung vor, die gegen Art. 81 EG verstößt. Auch eine spürbare Beeinträchtigung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten der EG ist zu bejahen, und zwar unabhängig von den Auswirkungen in den Grenzbereichen zu den anderen EG-Staaten und dem Vertrieb von L., T. und O. in L., weil horizontale Kartelle, die sich auf das gesamte Gebiet eines – zumal des größten - Mitgliedsstaates erstrecken, in der Regel geeignet sind, 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, Urteil vom 19.02.99, C-35/99, Slg. 2002, I-01529 Rn. 33 – „Manuele Arduino“). Zur Vermeidung von Wiederholungen bezieht sich der Senat auf die insoweit zutreffenden Ausführungen des Bundeskartellamts in dem angefochtenen Beschluss.

Erörterungsbedürftig ist im Rahmen dieser vorläufigen Bewertung der Rechtslage nur, ob sich aus dem Lotteriestaatsvertrag ergibt, dass die Gebietsaufteilung ausnahmsweise zulässig ist.

Nach § 5 Abs. 1 des Staatsvertrages sehen es die Länder im Rahmen der in § 1 des Staatsvertrages aufgezeigten Zielsetzung als ihre ordnungsrechtliche Aufgabe an, ein ausreichendes Glückspielangebot sicherzustellen. Hiermit soll der natürliche Spieltrieb der Bevölkerung in geordnete und überwachte Bahnen gelenkt und insbesondere ein Ausweichen auf nicht erlaubte Glücksspiele verhindert werden (§ 1 Nr. 1 des Staatsvertrages). Auch das Bundeskartellamt geht davon aus, dass die

Lotteriehochheit der Länder Ausfluss ihrer Gesetzgebungszuständigkeit für das Ordnungsrecht ist (Art. 70 Abs. 1 GG). An dieser Zuständigkeit ändert das europäische Recht nichts. Um diese öffentliche Aufgabe wahrzunehmen sind die Lottogesellschaften gegründet worden. Da die Länder öffentliche Aufgaben jeweils nur für ihr Staatsgebiet wahrzunehmen haben und nicht auch für die Staatsgebiete der anderen Länder, ergibt sich eine räumliche Beschränkung der Tätigkeit der gemäß § 5 Abs. 2 des Lotteriestaatsvertrages bestehenden Lottogesellschaften insoweit aus der öffentlichen Aufgabe heraus, für deren Wahrnehmung sie vom jeweiligen Land gegründet worden sind.

Hieraus ergibt sich aber nur, dass sich das ordnungsrechtlich begründete Tätigwerden der Lottogesellschaften von der Natur der Sache her auf das jeweilige Bundesland beschränkt.

Davon zu unterscheiden ist die Tatsache, dass die Lottogesellschaften Unternehmen sind und sich in dieser Eigenschaft unabhängig vom Anlass ihrer Gründung mit Billigung ihrer Träger auch in einem Bereich unternehmerisch betätigen können, der über die Wahrnehmung der auf ihr Land bezogenen ordnungsrechtlichen Zielsetzungen hinausgeht. Dies geschieht auch partiell. So haben L. R.-P. und L. S. seil langem u.a. Z. in L. angeboten, und seit dem 01.01.2006 tut gleiches L. N.-W..

Nach der bereits erwähnten Rechtsprechung des BGH („*Lottospielgemeinschaft*“ a.a.O.) sind die Lottogesellschaften Unternehmen im Sinne von § 1 GWB und als solche Normadressaten der Kartellrechtsnorm. Weder die Aufgabenerfüllung der Gefahrenabwehr noch die Gesetzgebungskompetenz der Länder auf dem Gebiet des Glücksspiels und der Lotterie (sog. Lotteriehochheit) schließen es rechtlich oder logisch aus, dass die Lottogesellschaften zueinander in einen Wettbewerb treten. Bezüglich der Lotteriehochheit der Länder hat der BGH dies bereits in der Entscheidung „*Lottospielgemeinschaft*“ ausgesprochen. Für den Gesichtspunkt der Gefahrenabwehr gilt dies gleichermaßen. Es ist nicht ersichtlich, inwieweit die Erfüllung der Gefahrenabwehraufgabe im Sinne der Bereitstellung einer staatlich kontrollierten Lotterie dadurch beeinträchtigt werden kann, dass neben der Lottogesellschaft des betreffenden Bundeslandes auch andere staatlich kontrollierte Lottounternehmen Lotterieveranstaltungen anbieten.

Die hiernach kartellrechtlich unzulässige Gebietsaufteilung in § 2 des sog. Blockvertrages erlangt auch nicht durch die landesrechtlichen Bestimmung in § 5 Abs. 3 des Lotteriestaatsvertrages Rechtswirksamkeit. Zum einen sieht § 5 Abs. 3 Satz 3 des Lotteriestaatsvertrages – anders als der Blockvertrag – unter bestimmten Voraussetzungen durchaus die Möglichkeit vor, in einem anderen Land Glückspiele zu veranstalten oder durchzuführen. Zum anderen – und das ist entscheidend – kann Landesrecht nicht das europäische Kartellrecht teilweise außer Kraft setzen. Der rein ordnungsrechtliche Regelungsgehalt des Lotteriestaatsvertrages steht, wie dargetan, in keinem Widerspruch zum Kartellrecht. Soweit der Lotteriestaatsvertrag darüber hinausgehend bezweckt, Unternehmenswettbewerb in einem Bereich zu verhindern, der über die Wahrnehmung der ordnungsrechtlichen Aufgabe, im eigenen Land ein ausreichendes Glückspielangebot sicherzustellen, hinausgeht, liegt ein Verstoß gegen EU-Recht vor, der gemäß Art. 10 EG dazu zwingt, das Landesrecht insoweit nicht anzuwenden (vgl. EuGH, Urteil vom 09.09.03, C-198/01, Slg. 2003 I-0855, Rn. 48 und 49 „*Consortio Industriale Fiammiferi*“)

2)

Auch hinsichtlich der auf diesen Kartellverstoß gestützten Untersagungsverfügungen bestehen in der nachfolgend dargestellten Auslegung ihres Inhalts keine ernstlichen Zweifel an der Rechtmäßigkeit.

a)

Unter 1. des Abschnitts B. hat das Bundeskartellamt den Verfahrensbeteiligten zu 2. bis zu 18. untersagt, ihr jeweiliges Vertriebsgebiet für Lotterien und Sportwetten unter 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.

Diese Verfügung würde ernstlichen Zweifeln an ihrer Rechtmäßigkeit begegnen, wenn sie den Lottogesellschaften verpflichten wollte, über das Gebiet ihres Bundeslandes hinaus gewerblich tätig zu werden. Die Unbeachtlichkeit einer Kartellabrede über eine Marktaufteilung lässt die Entscheidungsfreiheit der Unternehmen unberührt, davon abzusehen, ihre unternehmerische Tätigkeit auf

weitere Gebiete auszudehnen. Das Unternehmen darf andere Unternehmen nur nicht dabei behindern, auch in dem Gebiet tätig zu werden, das bisher aufgrund der Kartellabsprache allein ihm zugewiesen worden war.

Die Auslegung des angefochtenen Beschlusses ergibt jedoch, dass die angefochtene Verfügung den Beschwerdeführern eine dahingehende Pflicht zur Expansion nicht aufbürdet.

Der Verbotsausspruch zu B.1. geht nur scheinbar über das zulässige und notwendige Maß hinaus. Zieht man die Begründung des Verbotsausspruchs heran, ist deutlich, dass den Beteiligten nicht eine Pflicht zur Expansion aufgegeben wird. Auferlegt wird ihnen lediglich, die als kartellrechtswidrig bezeichnete Beschränkung ihres Vertriebsgebiets (Regionalisierung) aufzugeben. Das ergibt sich aus folgenden Umständen:

- Aus dem Feststellungsausspruch zu B. ergibt sich eindeutig, worin das Bundeskartellamt den Kartellverstoß erblickt, nämlich zum einen in der in § 2 des sog. Blockvertrages enthaltenen Einigung der Lottogesellschaften, ihr Vertriebsgebiet auf das jeweilige Bundesland zu beschränken, und zum anderen in § 5 Abs. 3 des Lotteriestaatsvertrags, der nach Auffassung des Bundeskartellamts in Gesetzesform diese Regionalisierung wiederholt und festschreibt.

- Sämtliche Anordnungen, die das Amt in Abschnitt B. 1. – 3. getroffen hat, dienen dem Ziel und Zweck, diesen Kartellverstoß abzustellen. Das ergibt sich zum Teil aus den Verbotsaussprüchen selbst (z.B. Abschnitt B.1. "... wird ... daher untersagt" oder B.2. "... ihren Internetbetrieb aus diesem Grund ...") und ist zudem in der Beschlussbegründung, insbesondere in den Rn. 675, 676 und 677, klargestellt worden. In diesen Rn. werden die Untersagungsentscheidungen ausdrücklich als erforderlich angesehen, um den zugrunde gelegten Kartellverstoß – die Gebietsabsprache - zu beseitigen. Zugleich werden in jenen Rn. alle Verbote mit dem Ziel gerechtfertigt, eine Durchführung von § 2 Blockvertrag und § 5 Abs. 3 Lotteriestaatsvertrag zu unterbinden.

Vor diesem Hintergrund ist das in B.1. ausgesprochene Verbot dahin auszulegen, dass den Lottogesellschaften verboten wird, ihr Vertriebsgebiet "*in Befolgung von § 2 BV und § 5 Abs. 3 LSV*" auf das jeweilige Bundesland zu beschränken. Das ergibt

sich auch aus dem Wortlaut der Untersagungsverfügung, wenn man die Betonung auf die Worte „*unter Beachtung von § 2 Blockvertrag und § 5 Abs. 3 Lotteriestaatsvertrag ...*“ legt.

Der Senat hat es jedoch für zweckmäßig angesehen, im Tenor dieses Beschlusses ausdrücklich klarzustellen, dass mit dem Verbot zu B.1. eine Pflicht zur Expansion weder angeordnet noch zwangsläufig verbunden ist.

b)

Unter B.2. hat das Bundeskartellamt den Verfahrensbeteiligten zu 2. bis zu 18. untersagt, ihren Internetvertrieb auf Spielteilnehmer des Bundeslandes zu beschränken, die ihren Wohnsitz im Land der Lottogesellschaft haben. Es geht hier also nicht darum, ob die Antragsteller verpflichtet sind, über das Internet erzielte Umsätze der gewerblichen Spielvermittler entgegenzunehmen, sondern darum, ob die Lottogesellschaften den von ihnen selbst geschaffenen Vertriebsweg über das Internet für Spielteilnehmer, die nicht in ihrem jeweiligen Land wohnen, sperren dürfen.

Insoweit bestehen keine ernstlichen Zweifel an der Rechtmäßigkeit der Untersagungsverfügung.

Die Sperrung des eröffneten Vertriebswegs über das Internet kann nur den Sinn haben, die Durchbrechung der kartellrechtswidrigen Gebietsaufteilung über den zwangsläufig länderübergreifenden Internetzugang zu verhindern. Eine andere plausible Begründung geben auch die Beschwerdeführer nicht. Wie es der freien unternehmerischen Entscheidung der Lottogesellschaften unterliegt, ob sie es auf der Grundlage von Verträgen mit den vorhandenen Lottoannahmestellen oder durch Eröffnung eigener Lottoannahmestellen in anderen Bundesländern tätig werden wollen, so steht es ihnen auch frei, ob sie einen Vertrieb ihrer Lotterien über das Internet ermöglichen wollen. Wenn sie aber diesen Vertriebsweg einmal eingerichtet haben, kann seine Sperrung für Nutzer aus anderen Bundesländern nur der Umsetzung der Kartellabsprache dienen.

c)

Unter B.3. hat das Bundeskartellamt den Verfahrensbeteiligten zu 2. bis zu 18. untersagt, Maßnahmen gegen gewerbliche Spielvermittler zu ergreifen, die Spielverträge mit Spielinteressenten aus anderen Mitgliedstaaten 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. Die Begründung unter Rn. 676 ergibt, dass hiermit Maßnahmen gemeint sind, die im Zusammenhang mit einer Weigerung stehen, über gewerbliche Spielvermittler Spielverträge zu schließen und damit Spielumsätze anzunehmen.

Auch insoweit bestehen keine ernstliche Zweifel an der Rechtmäßigkeit der Untersagungsverfügung, sofern diese – wie sich aus dem Begründungszusammenhang heraus ergibt – auf die Fälle beschränkt ist, in denen die Annahme von Spielumsätzen aus anderen EG-Mitgliedstaaten ausschließlich mit Rücksicht auf § 2 Blockvertrag und § 5 Abs. 3 Lotteriestaatsvertrag verweigert werden soll.

aa)

Unklar ist, ob es überhaupt eine Vereinbarung der Lottogesellschaften gibt, die es ihnen verbietet, von gewerblichen Spielvermittlern Spielumsätze anzunehmen, die von Spielinteressenten aus anderen Mitgliedstaaten der Europäischen Union stammen. Weder im Lotteriestaatsvertrag noch im Blockvertrag findet sich eine derartige Bestimmung. Auch die Grundsätze der Unternehmen des D. L. und T. im Umgang mit gewerblichen Spielvermittlern (Stand 11.08.2005) enthalten ein solches Verbot nicht. Nr. 1.7 der Grundsätze impliziert vielmehr, dass solche Spielaufträge grundsätzlich angenommen werden dürfen, wenn es dort heißt:

„Spielaufträge 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 legt auch kein abgestimmtes Verhalten der Beschwerdeführer dar, das die Spielvermittler über die Beschränkung durch Nr. 1.7 der Grundsätze

hinaus an der Vermittlung ausländischer Spielaufträge hindert. Im angefochtenen Beschluss ist unter Rn. 563 nur ein Fall konkret benannt, in dem eine Lottogesellschaft – L. B. – sich geweigert hat, Spieleinsätze von Verbrauchern aus anderen Mitgliedstaaten der Europäischen Union über gewerbliche Spielvermittler anzunehmen. Hierzu hat sich das Bundeskartellamt auf ein Schreiben von L. B. vom 15. Mai 2006 bezogen. In diesem an die Beigeladenen zu 1. gerichteten Schreiben wird zwar die Rechtsansicht vertreten, dass in anderen EU-Mitgliedstaaten generierte Spieleinsätze nicht angenommen werden müssten, aber diese Auffassung wird nicht unter Hinweis auf Vereinbarungen vertreten, die mit anderen Lottogesellschaften getroffen worden sind, sondern unter Verweis auf den Vertrag zwischen L. B. und J. sowie auf die vom Land B. erteilte Genehmigung.

Sollten sich hiernach die wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarungen der Lottogesellschaften gar nicht auf die Annahme von Spieleinsätzen aus dem Ausland beziehen, ginge diese Untersagungsverfügung ins Leere. Sie wäre dann im Hauptverfahren mangels Begehungsgefahr aufzuheben.

Im Verfahren auf Gewährung einstweiligen Rechtsschutzes bedarf dies aber keiner Klärung. Sollten die Lottogesellschaften ihre Vereinbarungen dahin verstehen, dass sie ihnen verbieten, von gewerblichen Spielvermittlern Spielumsätze anzunehmen, die von Spielinteressenten aus anderen Mitgliedstaaten der Europäischen Union stammen, so ist die Untersagungsverfügung gerechtfertigt. Im anderen Fall wäre die Untersagungsverfügung zwar ungerechtfertigt, aber es bestünde keine Veranlassung, ihre Vollziehbarkeit im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes aufzuheben, weil es hinsichtlich einer Untersagungsverfügung, die etwas untersagt, was ohnehin nicht beabsichtigt ist, keines einstweiligen Rechtsschutzes bedarf.

bb)

Die Formulierung „*Maßnahmen gegen gewerbliche Spielvermittler zu ergreifen,...* „ lässt für die Beteiligten nicht erkennen, welches Verhalten ihnen konkret untersagt werden soll. Zieht man zur Auslegung des Verbotsausspruchs die Beschlussbegründung des Amtes heran, sind Inhalt und Reichweite des intendierten Verbots allerdings klar. Dem Amt geht es auch beim Untersagungsausspruch zu B 3. allein um die Fallkonstellation, dass gewerbliche Spielvermittler Spielumsätze von

Spielinteressierten aus anderen EU-Mitgliedsstaaten vermitteln wollen und die Beteiligten die Annahme dieser Umsätze mit Rücksicht auf die kartellrechtswidrig verordnete (§ 5 Abs. 3 Lottostaatsvertrag) bzw. vereinbarte (§ 2 Blockvertrag) Regionalisierung ablehnen. Eine weitergehende Untersagung würde auch rechtlichen Bedenken begegnen, weil Maßnahmen gegen die bezeichneten Spielvermittler auch aus anderen – rechtlich zulässigen Gründen – ergriffen werden könnten. Der Senat hat es daher für angebracht gehalten, dies im Tenor dieses Beschlusses ausdrücklich klarzustellen.

V.

Schließlich hat das Bundeskartellamt den Beteiligten zu 2. bis 18. unter C. untersagt, den Staatsvertrag über die Regionalisierung von Teilen der von den Unternehmen des D. L. und T. erzielten Einnahmen durchzuführen, soweit sie

- 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 D. L. und T. sowie die auf diesen Anteil entfallende Gewinnausschüttung und Bearbeitungsentgelt für die Zwecke der Regionalisierung nach § 3 des Staatsvertrages mitteilen,
- die Pauschalen gem. § 4 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 und 3 des Staatsvertrages über die Regionalisierung von Teilen der von den Unternehmen des D. L. und T. erzielten Einnahmen bei den Provisionsverhandlungen mit gewerblichen Spielvermittlern berücksichtigen.

1)

Im ersten Teil der Untersagungsverfügung wird den Lottogesellschaften verboten, den sie tragenden Bundesländern die Informationen zur Verfügung zu stellen, die diese benötigen, um den in § 4 des Regionalisierungsstaatsvertrages vorgesehenen Finanzausgleich zwischen den Ländern vornehmen zu können. Dabei ist das kartellrechtlich für unzulässig erachtete Verhalten nicht die Information als solche, zu der die Länder die ihnen gehörenden Lottogesellschaften verpflichtet haben, sondern deren Verwendung durch die Länder. Das Bundeskartellamt hält die Vereinbarung des Finanzausgleiches für eine nach Art. 81 EG unzulässige

wettbewerbsbeschränkende Vereinbarung und untersagt die Information der Länder, um ihnen diesen Finanzausgleich unmöglich zu machen.

Auch insofern bestehen keine ernstlichen Zweifel an der Rechtmäßigkeit der angefochtenen Verfügung.

Die Regionalisierung der auf gewerbliche Spielvermittler entfallenden Spielumsätze stützt und verstärkt die von den Lottogesellschaften praktizierte kartellrechtswidrige Gebietsabsprache. Sie bewirkt nämlich, dass die länderübergreifenden Einnahmen, welche die gewerblichen Spielvermittler tätigen und sodann unter „Missachtung“ des Regionalisierungsprinzips bei einzelnen Lottogesellschaften platzieren, entsprechend dem Länderproporz umverteilt werden. Diese Umverteilung der Lottoeinnahmen beeinträchtigt den Wettbewerb der Lottogesellschaften um die Spieleinsätze der gewerblichen Spielvermittler, weil sie von vornherein den Anreiz dämpft, sich im Wettbewerb um die Spielumsätze der gewerblichen Spielvermittler zu bemühen. Diese Wettbewerbsbeschränkung ist von den Verfassern des Regionalisierungsstaatsvertrages auch bezweckt. Das ergibt sich aus den Zitaten in Rn. 695 und 723 des angefochtenen Beschlusses. Danach hat der damalige Ministerpräsident des Landes B.-W. in einer Mitteilung der Landesregierung vom 19. Dezember 2003 erklärt:

„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.“

Auf der Sitzung der Blockgesellschaften zum Thema „Blockdienstleister“ am 21. Februar 2005 äußerte ein Vertreter von L. B.:

„...dass der Regionalisierungsstaatsvertrag zum Ziel habe, die gewerblichen Spielvermittler vom Markt zu verdrängen...“

Dem widersprechen nicht die als Anlage 5 zu dem Schriftsatz des Bundeskartellamts vom 22.09.06 überreichten „Erläuterungen zum „Staatsvertrag über die Regionalisierung von Teilen der von den Unternehmen des D. L. und T. erzielten Einnahmen“. Dort wird einleitend unter A. „Allgemeines“ die Zielrichtung des Regionalisierungsvertrages

dargelegt. Unter B. „Zu den einzelnen Bestimmungen“ heißt es zu § 1 (Grundsatz) dann zum Beweggrund der Regelung wörtlich:

„Es sollen die Einnahmen ausgeglichen werden, die einzelnen Unternehmen des D. bzw. Ländern durch länderübergreifende Tätigkeiten gewerblicher Spielvermittler verloren gehen.“

Die Tatsache, dass auch ein Finanzausgleich zwischen den Ländern angestrebt wird, ändert nichts an der Tatsache, dass Zielrichtung des Vertrages die Zurückdrängung der gewerblichen Spielvermittler war. Das zeigt deutlich der Verteilungsmaßstab in § 4 Abs. 2 des Regionalisierungsstaatsvertrages.

Das Verbot, die für den kartellrechtswidrigen Finanzausgleich erforderlichen Informationen auszutauschen, ist eine geeignete und verhältnismäßige Abstellmaßnahme nach § 32 Abs. 2 GWB. Denn ohne den Informationsaustausch kann der Finanzausgleich nicht durchgeführt werden.

Die kartellrechtliche Unbedenklichkeit einer Regionalisierung der von den gewerblichen Spielvermittlern generierten Einnahmen und Umsätze kann nach vorläufiger Bewertung nicht mit der Finanzhoheit der Länder gerechtfertigt werden.

Die Länder haben das verfassungsmäßig verbürgte Recht, autonom über die Verwendung ihrer Einnahmen zu entscheiden. In diesem Sinne steht ihnen auch die Befugnis zu, in einem Länder-Finanzausgleich anderen Bundesländern einen Teil ihrer Einnahmen zukommen zu lassen.

Auf der anderen Seite unterliegen die Länder aber gemäß Art. 81, 10 EG dem Verbot, wettbewerbsbeschränkende Abreden und abgestimmte Verhaltensweisen zu praktizieren oder zu unterstützen.

Finanzhoheit und europäisches Kartellrecht stehen nebeneinander. Das bedeutet, dass die Finanzhoheit der Länder ihre Grenze (u.a.) in den Bestimmungen des europäischen Kartellrechts findet. Wettbewerbsbeschränkende Absprachen und abgestimmte Verhaltensweisen sind den Ländern nicht deshalb erlaubt, weil sie in Gestalt eines Länder-Finanzausgleichs stattfinden.

2)

Im zweiten Teil der Untersagungsverfügung verbietet das Bundeskartellamt den Lottogesellschaften, bei ihren Verhandlungen mit den gewerblichen Spielvermittlern über Provisionen die Pauschalen in § 4 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 und 3 des Regionalisierungsvertrages zu berücksichtigen.

Auch hinsichtlich dieser Untersagung bestehen keine ernstlichen Zweifel an der Rechtmäßigkeit der angefochtenen Verfügung, wenn die Verfügung richtigerweise wie nachstehend erläutert ausgelegt wird. Der Senat sieht sich jedoch im Hinblick auf das unterschiedliche Verständnis der Untersagungsverfügung bei den Verfahrensbeteiligten veranlasst, diese Klarstellung in den Tenor des Beschlusses aufzunehmen.

a)

Nach dem Begründungszusammenhang wird den Lottogesellschaften nicht untersagt, den gewerblichen Spielvermittlern eine über 12 % hinausgehende Provision zu verweigern. Nach der Formulierung des Untersagungstenors ist allein die Durchführung des im Regionalisierungsstaatsvertrag vorgesehenen Ausgleichsverfahrens verboten. Ausschließlich in diesem Kontext hat das Amt die Festschreibung einer Obergrenze der berücksichtigungsfähigen Pauschale in Höhe von insgesamt 12 % der Spieleinnahme als eine zusätzliche wettbewerbsbeschränkende Komponente des untersagten Finanzausgleichsverfahrens beanstandet. Ein generelles Verbot, den gewerblichen Spielvermittlern höhere Provisionen als 12 % zu verweigern, ist damit nicht verbunden. Vielmehr ist den Lottogesellschaften nur untersagt worden, das im Regionalisierungsstaatsvertrag vorgesehene Ausgleichsverfahren zu praktizieren, mit dem Ziel, dass die Beteiligten fortan autonom und nach den Regeln des Wettbewerbs über die Zahlung einer Provision und ggf. die Höhe der zu gewährenden Provision entscheiden. Nur die Verweigerung einer höheren Provision mit der Begründung, diese dürfe nach dem Regionalisierungsvertrag nicht gezahlt werden, ist untersagt.

b)

Eine weitergehende Untersagung unterläge auch rechtlichen Bedenken.

Da die gewerblichen Spielvermittler ausschließlich im Auftrag der Spielinteressenten tätig werden (§ 14 Abs. 1 des Lotteriestaatsvertrages), obliegt ihre Honorierung grundsätzlich ihren Auftraggebern, den Spielinteressenten. Das schließt nicht aus, dass die Lottogesellschaften den gewerblichen Spielvermittlern aufgrund einer vertraglichen Vereinbarung eine Provision zahlen, aber eine kartellrechtliche Verpflichtung hierzu besteht nicht.

VI.

Soweit die Anträge der Beschwerdeführer nach den vorstehenden Darlegungen keinen Erfolg auf der Grundlage von § 65 Abs. 3 Nr. 2 GWB haben, weil keine ernstlichen Zweifel an der Rechtmäßigkeit der angefochtenen Verfügung bestehen, sind sie auch nicht gemäß § 65 Abs. 3 Nr. 3 GWB begründet, weil die Vollziehung für die Beschwerdeführer eine unbillige, nicht durch überwiegende öffentliche Interesse gebotene Härte zur Folge hätte.

Eine unbillige Härte im Sinne dieses Gesetzes ist nur anzunehmen, wenn schwerwiegende Eingriffe vorgenommen werden, deren Folgen nach einer erfolgreichen Durchführung des Beschwerdeverfahrens nicht ohne weiteres beseitigt werden können (vgl. Kollmorgen in Langen/Bunte, Deutsches Kartellrecht, 10. Aufl., Rn. zu § 65). In den Fällen, in denen – wie hier – der Gesetzgeber den grundsätzlichen Vorrang des Vollziehungsinteresses angeordnet hat, bedarf es besonderer Umstände, um eine hiervon abweichende Entscheidung zu rechtfertigen.

Diese Voraussetzungen liegen bei den Untersagungsverfügungen, deren sofortige Vollziehbarkeit durch diesen Beschluss aufrechterhalten bleibt, in der Auslegung durch den Senat nicht vor. Die von den Beschwerdeführern in ihrer Antragschrift befürchteten gravierenden Folgen können nicht eintreten. Nach a. des Tenors dürfen

sie durch terrestrische Vermittlung erzielte Umsätze nur dann nicht zurückweisen, wenn - abgesehen von der terrestrischen Vermittlung - keine berechtigten Gründe für eine Zurückweisung bestehen. Das ist für die Lottogesellschaften keine unbillige Härte. Das gilt entsprechend auch für b. und c. des Tenors. In e. des Tenors ist klargestellt, dass die Beschwerdeführer nicht gezwungen sind, außerhalb ihres Bundeslandes tätig zu werden. Die Verpflichtung gemäß f. des Tenors, den Internetvertrieb auch für Spielteilnehmer aus anderen Bundesländern zu öffnen, führt unmittelbar nur zu höheren Einnahmen und mittelbar dazu, dass die Austarierung der Lottoeinnahmen zwischen den Ländern in geringem Umfang beeinträchtigt wird. Auch hierin liegt keine unbillige Härte. Die Verpflichtung zu g. des Tenors hat – sofern sie nicht ohnehin ins Leere geht – nur geringfügige Auswirkungen. Die Verpflichtung zu h. des Tenors führt dazu, dass der Finanzausgleich zwischen den Ländern bis zur abschließenden Entscheidung nicht in der vorgesehenen Weise durchgeführt werden kann. Dass die hierdurch für einige Länder eintretenden Mindereinnahmen gravierenden Umfang haben könnten, ist nicht ersichtlich, zumal dieser Finanzausgleich nachgeholt werden kann, wenn die Untersagungsverfügung des Bundeskartellamts insofern letztlich aufgehoben werden sollte. Die Untersagungsverfügung zu j. des Tenors schließlich führt schon deshalb nicht zu einer unbilligen Härte, weil die Freiheit der Lottogesellschaften bei der Aushandlung von Provisionen unberührt bleibt.

C.

Die Beschlüsse des Senats vom 7. und 18. September 2000 sind mit dieser Entscheidung gegenstandslos.

D.

Die Rechtsbeschwerde gegen diesen Beschluss wird gemäß § 74 Abs.2 Nr. 1 GWB zugelassen. Die vom Senat entschiedenen Fragen zur Anwendung von § 65 Abs. 3 Satz 1 und 3 GWB sind Rechtsfragen von grundsätzlicher Bedeutung, über die der

Bundesgerichtshof bisher noch nicht entschieden hat. Auch die Fragen des Verhältnisses von Ordnungsrecht und Kartellrecht sowie die Frage, ob staatliche Lottogesellschaften kartellrechtlich verpflichtet sind, sich untereinander Wettbewerb zu machen, sind von grundsätzlicher Bedeutung.

Rechtsmittelbelehrung:

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.

B.

K.

Dr. M.