



BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

KVR 54/07

Verkündet am:
14. August 2008
Walz
Justizamtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in der Kartellverwaltungssache

Nachschlagewerk: ja
BGHZ : nein
BGHR : ja

Lottoblock

EG Art. 81 Abs. 1

Ein Beschluss einer Unternehmensvereinigung liegt schon darin, dass sie ihren ernsthaften Willen zum Ausdruck bringt, das Verhalten ihrer Mitglieder auf einem bestimmten Markt zu koordinieren. Unerheblich ist, ob der Beschluss aufgrund von Sanktionsmechanismen oder aus anderen Gründen für die Mitglieder der Unternehmensvereinigung faktisch verbindlich ist.

GWB §§ 32, 61 Abs. 1

Hat die Kartellbehörde eine Abstellungsverfügung mehrfach begründet und den Verstoß gegen die entsprechenden Vorschriften in einen feststellenden Teil des Verfügungstenors aufgenommen, kann das Gericht das - ohnehin entbehrliche - Normzitat in dem feststellenden Ausspruch auf die von ihm überprüfte und bestätigte Begründung beschränken, ohne dass darin eine Teilaufhebung der Verfügung liegt.

BGH, Beschl. v. 14. August 2008 - KVR 54/07 - OLG Düsseldorf

Der Kartellsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 29. April 2008 durch den Präsidenten des Bundesgerichtshofs Prof. Dr. Tolksdorf, den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Bornkamm und die Richter Dr. Raum, Dr. Strohn und Dr. Kirchhoff

beschlossen:

Auf die Rechtsbeschwerde der Betroffenen wird der Beschluss des 1. Kartellsenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 8. Juni 2007 unter Zurückweisung des weitergehenden Rechtsmittels und der Anschlussrechtsbeschwerde des Bundeskartellamts teilweise aufgehoben.

Auf die Beschwerde der Betroffenen wird der Beschluss des Bundeskartellamts vom 23. August 2006 teilweise aufgehoben und insgesamt wie folgt neu gefasst:

- 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 verstoßen.
1. Den Betroffenen zu 1 bis 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 Betroffenen zu 2 bis 18 wird nach § 32 GWB untersagt, den oben genannten Beschluss des Rechtsausschusses des Deutschen Lotto- und Totoblocks weiter umzusetzen und ihn bei ihrer Geschäftstätigkeit zu beachten, das heißt Spielumsätze gewerblicher Spielvermittler allein deshalb zurückzuweisen, weil diese auf einer terrestrischen Vermittlung beruhen.

3. Den Betroffenen zu 2 bis 18 wird gemäß § 32 GWB untersagt,
 - a) gegen gewerbliche Spielvermittler, die über die nach Landesrecht erforderliche Erlaubnis verfügen, allein wegen der terrestrischen Vermittlung ordnungsbehördlich zugelassener Glücksspiele Maßnahmen - wie insbesondere Abmahnungen oder Vertragskündigungen - zu ergreifen, die damit begründet werden, die terrestrische Vermittlung verstoße gegen das Ordnungsrecht,
 - b) gewerbliche Spielvermittler, die über die nach Landesrecht erforderliche Erlaubnis verfügen, ohne sonstigen Anlass allein wegen der terrestrischen Vermittlung zu Zusagen zu veranlassen, diese Vermittlung in einer bestimmten Art und Weise zu unterlassen oder nicht aufzunehmen, es sei denn, die Unvereinbarkeit der betreffenden terrestrischen Spielvermittlung mit ordnungsrechtlichen Vorschriften ist durch eine Ordnungsbehörde bestandskräftig festgestellt worden.
- B. § 2 des Blockvertrags 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.
 1. Den Betroffenen zu 2 bis 18 wird daher nach § 32 GWB untersagt, ihr jeweiliges Vertriebsgebiet für Lotterien und Sportwetten in Befolgung von § 2 Blockvertrag auf das Gebiet ihres jeweiligen Bundeslandes zu beschränken.
 2. Den Betroffenen zu 2 bis 18 wird bis zum 31. Dezember 2008 untersagt, ihren Internetvertrieb aus diesem Grund auf Spielteilnehmer des Bundeslandes zu beschränken, die ihren Wohnsitz im Land der Lottogesellschaft haben.
 3. Den Betroffenen zu 2 bis 18 wird darüber hinaus untersagt, in Befolgung von § 2 Blockvertrag Spielverträge mit Spielinteressenten aus anderen Mitgliedstaaten 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. Den Betroffenen zu 2 bis 18 wird 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 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 Staatsvertrags mitteilen,
 - b) die Pauschalen gemäß § 4 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 und 3 des Staatsvertrags über die Regionalisierung von Teilen der von den Unternehmen des Deutschen Lotto- und Totoblocks erzielten Einnahmen bei den Provisionsverhandlungen mit gewerblichen Spielvermittlern berücksichtigen.

Die Kosten des Beschwerde- und des Rechtsbeschwerdeverfahrens werden gegeneinander aufgehoben; außergerichtliche Kosten der Beigeladenen werden nicht erstattet.

Der Wert des Rechtsbeschwerdeverfahrens wird auf insgesamt 30 Mio. € festgesetzt, von denen 24 Mio. € auf die Rechtsbeschwerde und 6 Mio. € auf die Anschlussrechtsbeschwerde entfallen.

Gründe:

A.

- 1 Die Betroffenen zu 2 bis 16 sind Lottogesellschaften, die von den einzelnen Bundesländern kontrolliert werden (im Folgenden: Lottogesellschaften). Die Bundesländer bedienen sich dieser Gesellschaften zur Veranstaltung von Lotterien und Sportwetten. Die Betroffene zu 17 wickelt mit ihrem Personal für die Betroffene zu 18, die Freie und Hansestadt Hamburg, das Lottogeschäft ab. Die Lottogesellschaften und die Betroffene zu 18 (nachfolgend: die Lottogesellschaften) haben den Deutschen Lotto- und Totoblock (DLTB, Betroffener zu 1) gegründet und ihre Zusammenarbeit im DLTB im sogenannten Blockvertrag geregelt.
- 2 Die Lottogesellschaften vertreiben Lotterien und Sportwetten ausschließlich im Gebiet ihres jeweiligen Bundeslandes, und zwar vorrangig über insgesamt rund 25.000 Lottoannahmestellen.
- 3 Die Beigeladenen sind gewerbliche Spielvermittler. Die Beigeladene zu 1 vermittelt über das Internet, im Direktvertrieb und über Telemarketing bundesweit insbesondere die Lotterien und Sportwetten der Lottogesellschaften. Sie beabsichtigt, ihre Geschäftstätigkeit auf die Vermittlung von Spieleinsätzen über die Filialen großer Handelsunternehmen und Tankstellen zu erweitern, wobei auf diesem Vertriebsweg nur die von den Lottogesellschaften gemeinsam durchgeführten Lotterien "6 aus 49", "Spiel 77" und "Super 6" vermittelt werden sollen. Die Beigeladene zu 2 vermittelt Spielgemeinschaften an die Lottogesellschaften. Seit Mai 2005 konnten sich Spieler den von ihr organisierten Spielgemeinschaften nicht nur auf dem Postweg und über Call-Center, sondern auch über die Filialen der "D. GmbH" anschließen. Die Beigela-

dene zu 3 vermittelt den Lottogesellschaften Spielumsätze hauptsächlich über das Internet. Auch sie beabsichtigte, ihre Geschäftstätigkeit auf die Vermittlung über Annahmestellen (sogenannte terrestrische Vermittlung) zu erweitern.

- 4 Der Rechtsausschuss des DLTB hat auf seiner Sitzung am 25./26. April 2005 den Lottogesellschaften empfohlen, sich bei den Innen- und Finanzministern der Länder mit einem Musterschreiben für die Einleitung ordnungsrechtlicher Maßnahmen gegen den terrestrischen Vertrieb der gewerblichen Spielvermittler einzusetzen, und den folgenden Beschluss gefasst:

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

- 5 Mit der angefochtenen Entscheidung hat das Bundeskartellamt insoweit folgende Feststellungen und Anordnungen getroffen (WuW/E DE-V 1251):

- 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 Betroffenen 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.
 2. Den Betroffenen zu 2 bis zu 18 wird nach § 32 GWB untersagt, den unter 1 bezeichneten Beschluss ... weiter umzusetzen und sich bei ihrer Geschäftstätigkeit daran zu halten.
 3. Ferner werden den Betroffenen zu 2 bis zu 18 nach § 32 GWB alle gegen gewerbliche Spielvermittler gerichteten Maßnahmen, wie insbesondere Abmahnungen oder Vertragskündigungen, untersagt, die von den Betroffenen 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 Betroffenen 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 Betroffenen 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 weiter Wirksamkeit zu verschaffen.

6 Das Bundeskartellamt hat überdies § 2 des Blockvertrags in der Fassung vom 22. Mai 2000 als kartellrechtswidrig beanstandet. Diese Vertragsbestimmung lautet:

- (I.) 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. Auch bei den in § 1 Abs. 1 genannten Veranstaltungen ist daher die Tätigkeit eines jeden Blockpartners auf das Gebiet des jeweiligen Landes beschränkt.
- (II.) Damit die nach dem jeweiligen Landesrecht für die einzelnen Lotto- und Totounternehmen festgelegten Aufgaben nicht beeinträchtigt werden, kann jeder Blockpartner Spielscheine auf dem Postweg aus anderen Ländern nur annehmen, wenn zwischen den jeweils betroffenen Blockpartnern eine die Gegenseitigkeit verbürgende Regelung besteht.
- (III.) Die Veranstaltung von Lotterien und Sportwetten, die Gegenstand dieses Vertrags sind, ist aufgrund einer Konzession in einem Land

außerhalb der Bundesrepublik nur mit Zustimmung des Blocks zulässig.

7 § 1 Abs. 1 des Blockvertrags nennt die Veranstaltungen Lotto am Samstag und Lotto am Mittwoch sowie die Ergebnis- und Auswahlwette im Fußballtoto.

8 Am 1. Juli 2004 trat der "Staatsvertrag zum Lotteriewesen in Deutschland" (Lotteriestaatsvertrag) in Kraft. Der Staatsvertrag bestimmte in § 5:

Sicherstellung eines ausreichenden Glücksspielangebotes

- (1) Die Länder haben ... 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 (...) nur in dem Land gestattet, in dem sie ihre Aufgaben 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 veranstalten oder durchführen. Auf die Erteilung der Zustimmung besteht kein Rechtsanspruch.

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

- B. § 2 des Blockvertrags der Deutschen Lotto- und Totounternehmen verstößt gegen Art. 81 EG, soweit sich die Gesellschafter des DLTB darin geeinigt haben, Lotterien und Sportwetten ... 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. mit Art. 81 EG, soweit sie die Tätigkeit der Gesellschaften des Deutschen Lotto- und Totoblocks auf das Gebiet des Bundeslandes beschränken, in dem sie über eine Genehmigung für die von ihnen angebotenen Glücksspiele verfügen.
 1. Den Betroffenen zu 2 bis zu 18 wird daher 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 Betroffenen 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 Betroffenen zu 2 bis zu 18 untersagt, Maßnahmen gegen gewerbliche Spielvermittler zu ergreifen, die Spielverträge mit Spielinteressenten aus anderen Mitgliedstaaten der Europäischen Union an die Betroffenen 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.

10 Das Bundeskartellamt hält ferner die im "Staatsvertrag über die Regionalisierung von Teilen der von den Unternehmen des Deutschen Lotto- und Totoblocks erzielten Einnahmen" (Regionalisierungsstaatsvertrag) vorgesehene Verteilung der von gewerblichen Spielvermittlern vermittelten Lottereeinnahmen für kartellrechtswidrig. Dieser Vertrag sieht in § 4 vor, die Einnahmen auf die einzelnen Bundesländer unter Berücksichtigung der von ihnen jeweils im Übrigen generierten Spieleinsätze zu verteilen. Nach § 4 Abs. 1 Satz 1 sind davon - außer der Gewinnausschüttung an die Spieler - lediglich ausgenommen eine Bearbeitungsgebühr von bis zu 3% der Spieleinsätze sowie eine Pauschale, die auf der Basis einer Gewinnausschüttung von 50% bis Ende 2006 auf 9% und ab dem Jahr 2007 auf 8,33% festgelegt worden ist. Beträgt die Gewinnausschüttung weniger oder mehr als 50%, so erhöht oder vermindert sich die Pauschale entsprechend. Zweck der Regelung ist es, die gewerblich vermittelten Spielerlöse unabhängig davon auf die Länder zu verteilen, von welcher Lottogesellschaft sie eingenommen werden. Dazu verpflichtet § 3 des Staatsvertrags die Länder, die Höhe der von gewerblichen Spielvermittlern stammenden Spieleinsätze und die vereinnahmten Bearbeitungsgebühren in bestimmter Weise mitzuteilen.

11 Das Bundeskartellamt hat insoweit folgende Entscheidung getroffen:

- 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. mit Art. 10 EG.

Den Betroffenen zu 2 bis zu 18 wird nach § 32 GWB untersagt, den Staatsvertrag über die Regionalisierung ... durchzuführen, soweit sie

- den Bundesländern den von gewerblichen Spielvermittlern stammenden Anteil an der Summe der Spieleinsätze und der vereinnahmten Bearbeitungsgebühren ... nach § 3 des Staatsvertrags mitteilen,
- die Pauschalen gemäß § 4 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 und 3 des Staatsvertrags über die Regionalisierung ... bei den Provisionsverhandlungen mit gewerblichen Spielvermittlern berücksichtigen.

12

Die gegen den Beschluss des Bundeskartellamts von den Betroffenen eingelegte Beschwerde hat das Beschwerdegericht (OLG Düsseldorf WuW/E DE-R 2003) zurückgewiesen, wobei es die Untersagungsverfügungen des Beschlusstextes zu A sowie den Ausspruch zu B wie folgt neu gefasst hat:

A. ...

1. Den Betroffenen 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 Betroffenen 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, das heißt Spielumsätze gewerblicher Spielvermittler alleine deshalb zurückzuweisen, weil diese auf einer terrestrischen Vermittlung beruhen.
3. Den Betroffenen 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 Betroffenen zu 2 bis zu 18) ausschließlich des-

halb 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 Betroffenen 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.

B. § 2 des Blockvertrags 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 Staatsvertrags zum Lotteriewesen in Deutschland (Lotteriestaatsvertrag) und die Landesgesetze zum Glücksspielwesen verstoßen gegen Art. 10 EG i.V. mit 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 Betroffenen 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 Betroffenen 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 Lottogesellschaften haben.
3. Den Betroffenen 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 Mitgliedstaaten 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.

13 Mit ihrer - vom Beschwerdegericht zugelassenen - Rechtsbeschwerde begehren die Betroffenen weiterhin, den Beschluss des Bundeskartellamts vom 23. August 2006 aufzuheben.

14 Das Bundeskartellamt beantragt, die Rechtsbeschwerde zurückzuweisen; ferner beantragt es im Wege der Anschlussrechtsbeschwerde, den Beschluss des Beschwerdegerichts aufzuheben,

soweit dort die Aussprüche zu B 1 und B 2 der angefochtenen Verfügung insoweit neu gefasst wurden, als den Betroffenen gestattet wurde, den Vertrieb bundesweit einheitlich angebotener Lotterien und Sportwetten des Deutschen Lotto- und Totoblocks wie Lotto 6 aus 49, Spiel 77, Super 6, Fußballtoto, Oddset und Glücksspirale über das Internet vom Vorliegen einer Genehmigung nicht nur des eigenen, sondern aller vom Angebot erreichten Bundesländer abhängig zu machen.

15 Hilfsweise stellt das Bundeskartellamt diesen Antrag eingeschränkt auf Zahlenlotterien mit maximal zwei Ziehungen pro Woche.

16 In der mündlichen Verhandlung vor dem Senat haben die Parteien das Verfahren in Bezug auf die Verfügung zu A 4 übereinstimmend für erledigt erklärt.

B.

Zur Rechtsbeschwerde

17 Die Rechtsbeschwerde erweist sich als teilweise begründet.

I.

**Beschluss des Rechtsausschusses des DLTB vom
25./26. April 2005**

18 Soweit sich die Rechtsbeschwerde gegen den Verfügungstenor zu A in der Fassung des Beschwerdegerichts wendet, bleibt sie weitgehend erfolglos.

19 1. Das Beschwerdegericht hat den Beschluss des Rechtsausschusses des DLTB vom 25./26. April 2005 als Beschluss einer Unternehmensvereinigung i.S. von Art. 81 EG und § 1 GWB angesehen, der unmittelbar darauf gerichtet war, das Verhalten der Lottogesellschaften dahin zu koordinieren, terrestrisch generierte Spielumsätze der gewerblichen Spielvermittler zurückzuweisen. Zur Begründung hat es ausgeführt:

20 Nach den Feststellungen des Bundeskartellamts sei die ganz überwiegende Zahl der Lottogesellschaften der Aufforderung des Rechtsausschusses gefolgt. Dessen Beschlussfassung sei dem DLTB unabhängig davon zuzurechnen, ob den DLTB bindende Beschlüsse grundsätzlich von der Blockversammlung zu treffen seien. Die Entschließung des Rechtsausschusses sei darauf gerichtet gewesen, den Wettbewerb der Lottogesellschaften als Anbieter zugelassener Lotterien und Sportwetten sowie als Nachfrager für deren bundesweite gewerbliche Vermittlung zu beschränken. Es sei weder nachvollziehbar noch glaubhaft, dass die Lottogesellschaften den terrestrischen Vertrieb der gewerblichen Spielvermittler nicht in wettbewerbsbeschränkender Absicht, sondern

ausschließlich aus ordnungsrechtlichen Gründen vollständig abgelehnt hätten. Für die Annahme einer Wettbewerbsbeschränkung reiche es aus, dass der potentielle Wettbewerb zwischen den derzeit jeweils nur regional tätigen Lottogesellschaften beeinträchtigt werde. Die beabsichtigte Wettbewerbsbeschränkung sei auch spürbar und geeignet gewesen, den zwischenstaatlichen Handel spürbar zu beeinträchtigen, da sie darauf gezielt habe, den gesamten nationalen Markt für die Veranstaltung von Lotterien gegen einen terrestrischen Vertrieb gewerblicher Spielvermittler abzuschotten. Ebenso werde der nationale Nachfragemarkt für gewerbliche Spielvermittlung, auf dem die Lottogesellschaften nach den Feststellungen des Amtes einen Nachfrageanteil von rund 98% hielten, nahezu vollständig abgeschottet.

21 Zwischenzeitliche Erklärungen des Rechtsausschusses und der Lottogesellschaften hätten die Wiederholungsgefahr nicht ausgeräumt. Die Feststellung der Kartellrechtswidrigkeit sei im Interesse der gewerblichen Spielvermittler gerechtfertigt, denen Ersatzansprüche zustehen könnten. Bedenkenfrei seien ganz überwiegend auch die Untersagungsanordnungen des Amtes. In den insoweit vom Beschwerdegericht vorgenommenen sprachlichen Neufassungen liege keine Teilaufhebung des Verbotsausspruchs.

22 2. Diese Beurteilung ist weitgehend frei von Rechtsfehlern.

23 a) Die Aufforderung des Rechtsausschusses hat gegen Art. 81 Abs. 1 EG verstoßen. Sie ist i.S. des Art. 81 Abs. 1 EG ein Beschluss einer Unternehmensvereinigung, der geeignet ist, den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen, und eine Wettbewerbsbeschränkung im gemeinsamen Markt jedenfalls bezweckt hat.

24 aa) Ohne Rechtsfehler hat das Beschwerdegericht angenommen, dass die EntschlieÙung ein Beschluss i.S. von Art. 81 EG ist.

25 (1) Der DLTB ist eine Unternehmensvereinigung i.S. von Art. 81 EG. Seine Mitglieder, die Lottogesellschaften, sind Unternehmen (BGH, Beschl. v. 8.5.2007 - KVR 31/06, WuW/E DE-R 2035 Tz. 23 - Lotto im Internet; Beschl. v. 9.3.1999 - KVR 20/97, WuW/E DE-R 289, 291 - Lottospielgemeinschaft). Sie handeln bei der Nachfrage nach gewerblicher Spielvermittlung auch als Unternehmen. Die Spielvermittlung dient dem Vertrieb entgeltlicher Teilnahmemöglichkeiten am Glücksspiel und damit einer wirtschaftlichen Tätigkeit der Lottogesellschaften. Der Anwendbarkeit von Art. 81 Abs. 1 EG steht deshalb die "FENIN"-Entscheidung des Gerichts erster Instanz der Europäischen Gemeinschaften (EuG, Urt. v. 4.3.2003 - T-319/99, Slg. 2003, II-357 = WuW/E EU-R 688 Tz. 36 ff. - FENIN; bestätigt durch EuGH, Urt. v. 11.7.2006 - C-205/03, Slg. 2006, I-6295 = WuW/E EU-R 1213 Tz. 26 - FENIN) nicht entgegen.

26 (2) Was als Beschluss einer Unternehmensvereinigung i.S. des Art. 81 Abs. 1 EG anzusehen ist, bestimmt sich autonom nach Gemeinschaftsrecht. Maßgeblich für die Auslegung ist der mit der Aufnahme der Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen in den Tatbestand des Art. 81 Abs. 1 EG verfolgte Zweck, Umgehungen des Verbots wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen zwischen Unternehmen zu verhindern. Daher gilt das Verbot des Art. 81 Abs. 1 EG auch für Beschlüsse von Vereinigungen, die auf die Folgen abzielen, die diese Vorschrift unterbinden will. Eine andere Auslegung würde Art. 81 Abs. 1 EG jeglicher Wirksamkeit berauben (EuGH, Urt. v. 15.5.1975 - 71/74, Slg. 1975, 563 Tz. 30/31 - Frubo; Urt. v. 29.10.1980 - 209/78, Slg. 1980, 3125 = WuW/E EWG/MUV 494 Tz. 88 - Van Landewyck). Dementsprechend liegt ein Beschluss immer schon dann vor, wenn die Unternehmensvereinigung ihren ernsthaften Willen zum Ausdruck bringt, das Verhalten ihrer Mitglieder auf ei-

nem bestimmten Markt zu koordinieren (EuGH, Urt. v. 27.1.1987 - C-45/85, Slg. 1987, 405 Tz. 32 - Verband der Sachversicherer; Kommission, Entsch. v. 5.6.1996, ABI. 1996, L 181/28 Tz. 41 - FENEX; vgl. Gippini-Fournier in Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, Kartellrecht, Art. 81 Abs. 1 Rdn. 103).

27

Unerheblich ist dabei, ob der Beschluss nach den für die Unternehmensvereinigung geltenden internen Regeln oder dem anwendbaren nationalen Gesellschaftsrecht verbindlich gefasst werden konnte (EuGH WuW/E EWG/MUV 494 Tz. 89 - Van Landewyck; Urt. v. 30.1.1985 - 123/83, Slg. 1985, 391 Tz. 21 f. - BNIC/-Clair; Urt. v. 11.1.1990 - C-277/87, Slg. 1990, I-45 - Sandoz/Kommission). Es ist auch keine Voraussetzung der Anwendbarkeit des Art. 81 Abs. 1 EG, dass der Beschluss einer Unternehmensvereinigung aufgrund von Sanktionsmechanismen oder aus anderen Gründen für deren Mitglieder faktisch verbindlich ist (a.A. etwa Bunte in Langen/Bunte, Kartellrecht, 10. Aufl., Art. 81 Rdn. 27; MünchKomm.Kartellrecht/Paschke, Art. 81 Rdn. 56 a.E.; Emmerich in Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht EG, 4. Aufl., Art. 81 Rdn. 72). Der mit der Einbeziehung der Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen in den Tatbestand des Art. 81 Abs. 1 EG verfolgte Zweck, Umgehungen des Verbots wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen zu verhindern, kann praktische Wirksamkeit nur dann entfalten, wenn an den Beschluss einer Unternehmensvereinigung keine weitergehenden Anforderungen als an den Begriff der Vereinbarung in Art. 81 Abs. 1 EG gestellt werden (vgl. Mestmäcker/Schweitzer, Europäisches Wettbewerbsrecht, 2. Aufl., § 9 Rdn. 10). Nach ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofs und des Gerichts erster Instanz der Europäischen Gemeinschaften liegt eine Vereinbarung i.S. von Art. 81 Abs. 1 EG schon dann vor, wenn die betreffenden Unternehmen ihren gemeinsamen Willen zum Ausdruck gebracht haben, sich auf dem Markt in einer bestimmten Weise zu verhalten. Ist dies der Fall, braucht nicht geprüft zu werden, ob sich die Unternehmen für rechtlich, tatsächlich oder moralisch verpflichtet hielten,

die Absprache einzuhalten (EuG, Urt. v. 14.5.1998 - T 347/94, Slg. 1998, II-1751 Tz. 65 - Mayr-Melnhof, m.w.N.). Nicht anders als bei einer Vereinbarung von Unternehmen reicht es deshalb für die Anwendung des Art. 81 Abs. 1 EG auf den Beschluss einer Unternehmensvereinigung aus, dass er eine Wettbewerbsbeschränkung innerhalb des gemeinsamen Markts bezweckt.

28 Das Beschwerdegericht hat ohne Rechtsfehler angenommen, dass bereits der Wortlaut der Entschließung des Rechtsausschusses den erforderlichen Koordinierungswillen der Unternehmensvereinigung zum Ausdruck bringt. Die Formulierung "Der Rechtsausschuss fordert die Gesellschaften des Deutschen Lotto- und Totoblocks auf" ist insoweit eindeutig. Die Aufforderung wendet sich unmittelbar an die Lottogesellschaften und erschöpft sich deshalb nicht in einer internen Meinungsäußerung zur Willensbildung innerhalb des DLTB. Die Absicht, Außenwirkung gegenüber den Lottogesellschaften zu erzielen, kommt auch in der gleichzeitigen Empfehlung an die Lottogesellschaften zum Ausdruck, sich bei den zuständigen Ministern der Länder mit einem Musterschreiben für die Einleitung ordnungsrechtlicher Maßnahmen gegen den terrestrischen Vertrieb der gewerblichen Spielvermittler einzusetzen. Entgegen der Auffassung der Rechtsbeschwerde steht der Außenwirkung des Beschlusses nicht entgegen, dass der Rechtsausschuss darin zum Ausdruck gebracht hat, die durch terrestrischen Vertrieb gewerblicher Spielvermittler erzielten Umsätze seien "nach seiner Auffassung" rechtswidrig. Durch die Hinzufügung der rechtlichen Bewertung hat der Rechtsausschuss als das im Verband für Rechtsfragen zuständige Gremium vielmehr seiner Aufforderung besonderen Nachdruck verliehen, weil die Lottogesellschaften davon ausgehen mussten, bei Nichtbefolgung rechtswidrig zu handeln.

29 Entscheidend ist, dass der Beschluss vom 25./26. April 2005 den Koordinierungswillen des Rechtsausschusses des DLTB wiedergab und von den Lot-

togesellschaften unabhängig von den für die Beschlussfassung innerhalb des DLTB geltenden Modalitäten nach seinem klaren Wortlaut als für den DLTB abgegebene Erklärung verstanden werden musste. Unerheblich ist in diesem Zusammenhang, ob die Aufforderung des Rechtsausschusses (auch) den Willen der im DLTB verbundenen einzelnen Lottogesellschaften zum Ausdruck brachte oder im Hinblick auf seine Mitglieder oder deren Anwesenheit bei der fraglichen Beschlussfassung auch nur hätte bringen können. Denn für die Frage, ob i.S. des Art. 81 Abs. 1 EG ein Beschluss einer Unternehmensvereinbarung vorliegt, kommt es nur auf den Willen der Unternehmensvereinigung an, die durch ihre Gremien repräsentiert wird, nicht auf den Willen ihrer Mitglieder.

30 bb) Frei von Rechtsfehlern hat das Beschwerdegericht angenommen, dass der Beschluss des Rechtsausschusses auf eine Beschränkung des Wettbewerbs unter den Lottogesellschaften sowohl als Anbieter zugelassener Lotterien und Sportwetten wie auch als Nachfrager von deren bundesweiter gewerblicher Vermittlung gerichtet war.

31 (1) Mit dem Ausschluss der terrestrischen Vermittlung durch gewerbliche Spielvermittler bezweckte der Beschluss des Rechtsausschusses, den Angebotswettbewerb unter den Lottogesellschaften zu beschränken. Zum Zeitpunkt der Beschlussfassung waren die gewerblichen Spielvermittler bereits länderübergreifend tätig. Sie akquirierten bundesweit Spielaufträge und vermittelten diese an Lottogesellschaften ihrer Wahl. Dadurch kam es zu einer Verlagerung der Einnahmen aus dem Geschäft mit den Spielteilnehmern. Werden von gewerblichen Spielvermittlern für eine Lottogesellschaft Teilnehmer aus anderen Bundesländern geworben, gehen den Lottogesellschaften der anderen Bundesländer die Einkünfte aus diesem Spielbetrieb verloren. Wegen der großen Bedeutung des terrestrischen Lotterievertriebs führt der Aufbau eines ter-

restrischen Vertriebsnetzes der gewerblichen Spielvermittler zu einer erheblichen Verstärkung des Wettbewerbs unter den Lottogesellschaften.

32 Unerheblich ist in diesem Zusammenhang, dass der Regionalisierungsstaatsvertrag den Lottogesellschaften weitgehend den Anreiz genommen hat, über gewerbliche Spielvermittler in Wettbewerb mit anderen Lottogesellschaften zu treten. Denn die diesen Anreiz beseitigenden Regelungen des Regionalisierungsstaatsvertrags sind nicht anzuwenden, weil sie ihrerseits gegen Art. 81 Abs. 1 EG verstoßen (vgl. unten B III).

33 (2) Mit der Beschränkung des Anbieterwettbewerbs zwischen den Lottogesellschaften korrespondiert eine mit dem Beschluss des Rechtsausschusses ebenfalls bezweckte Beschränkung ihres Nachfragewettbewerbs um gewerbliche Spielvermittlung. Dieser Wettbewerb ist umso intensiver, je größer das Vermittlungspotential der gewerblichen Vermittler ist. Bleibt diesen der besonders wichtige terrestrische Vertrieb generell verschlossen, führt dies notwendig auch zu einer Beschränkung des Nachfragewettbewerbs der Lottogesellschaften um die Zusammenarbeit mit gewerblichen Spielvermittlern.

34 (3) Die Lottogesellschaften können sich nicht darauf berufen, der Beschluss des DLTB habe keine Wettbewerbsbeschränkung bezweckt, weil damit nur ein ordnungsrechtlicher Auftrag habe erfüllt werden sollen. Wie der Senat bereits entschieden hat, sind die Lottogesellschaften - und damit auch der DLTB - nicht Träger ordnungsrechtlicher Gefahrenabwehr, sondern allenfalls das Mittel, das die Bundesländer unter anderem zu diesem Zweck einsetzen (vgl. BGH WuW/E DE-R 289, 292 - Lottospielgemeinschaft). Der Lotteriestaatsvertrag schloss einen terrestrischen Vertrieb gewerblicher Spielvermittler nicht aus, sondern unterstellte ihn der behördlichen Aufsicht gemäß § 14 Abs. 2 und 3 i.V. mit § 12 Abs. 1 Lotteriestaatsvertrag. Diese Aufsicht ermöglichte, so-

weit erforderlich, die Durchsetzung der Vorgaben für den Lotterievertrieb, die dem Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 28. März 2006 (BVerfGE 115, 276, 319) zu entnehmen sind.

35 (4) Da der Beschluss des Rechtsausschusses eine spürbare Wettbewerbsbeschränkung jedenfalls bezweckt hat, kann offenbleiben, ob er tatsächlich wettbewerbsbeschränkend gewirkt hat.

36 cc) Keinen rechtlichen Bedenken begegnet auch, dass das Beschwerdegericht die Eignung des Beschlusses des Rechtsausschusses zu einer spürbaren Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels angenommen hat. Die mit der Aufforderung bezweckte Wettbewerbsbeschränkung entspricht in ihrer Wirkung einem auf den Ausschluss eines bestimmten Vertriebswegs zielenden horizontalen Kartell, das sich auf das Gesamtgebiet Deutschlands erstreckt. Wie der Senat im Anschluss an die Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften (vgl. EuGH, Urt. v. 19.2.1999 - C-35/99, Slg. 2002, I-1529 = WuW/E EU-R 531 Tz. 33 - Arduino; Urt. v. 18.6.1998 - C-35/96, Slg. 1998, I-3851 = WuW/E EU-R 71 Tz. 48 - Kommission/Italien, m.w.N.) bereits entschieden hat, ist eine Vertriebsbeschränkung, die das Gesamtgebiet eines Mitgliedstaats erfasst, regelmäßig geeignet, den Handel zwischen Mitgliedstaaten spürbar zu beeinträchtigen (BGH, Beschl. v. 22.2.2005 - KZR 28/03, WuW/E DE-R 1449, 1451 - Bezugsbindung I). Besondere Gründe, die eine Ausnahme von dieser Regel rechtfertigen könnten, haben die Rechtsbeschwerdeführer nicht dargelegt.

37 Im Übrigen werden gewerbliche Spielvermittler durch den generellen Ausschluss der von ihnen terrestrisch vermittelten Spielangebote auch daran gehindert, Spielteilnehmer für die Lottogesellschaften über Annahmestellen im Ausland zu akquirieren. Es ist nichts dazu festgestellt, dass eine solche Vermitt-

lungstätigkeit in allen in Betracht kommenden Mitgliedstaaten der Europäischen Union unzulässig oder es von vornherein aussichtslos wäre, sich in diesen Mitgliedstaaten um eine gegebenenfalls erforderliche Erlaubnis der dortigen Behörden zu bemühen.

38 dd) Der Verstoß gegen Art. 81 Abs. 1 EG war mit der Beschlussfassung am 25./26. April 2005 vollendet. Etwaige spätere Distanzierungen des DLTB oder der Lottogesellschaften von diesem Beschluss oder auch dessen nachträgliche "vorsorgliche" Aufhebung durch den Rechtsausschuss konnten den Kartellrechtsverstoß nicht rückwirkend beseitigen. Sie sind deshalb hier unerheblich.

39 ee) Das Beschwerdegericht hat somit rechtsfehlerfrei angenommen, dass der Beschluss des Rechtsausschusses des DLTB vom 25./26. April 2005 gegen Art. 81 Abs. 1 EG verstößt. Daraus folgt zugleich, dass auch ein Verstoß gegen § 1 GWB vorliegt. Nach § 22 Abs. 1 GWB sind Art. 81 EG und § 1 GWB parallel anwendbar, wenn sie zu demselben Ergebnis führen. Das ist vorliegend der Fall.

40 b) Es begegnet ferner keinen Bedenken, dass das Bundeskartellamt nicht nur im Verhalten des DLTB als Unternehmensvereinigung, sondern auch im Verhalten der einzelnen Lottogesellschaften einen Verstoß gegen Art. 81 Abs. 1 EG gesehen hat.

41 Nach den Feststellungen des Beschwerdegerichts liegt auch eine durch den Beschluss des Rechtsausschusses abgestimmte Verhaltensweise der Lottogesellschaften vor. Es bedarf daher keiner Entscheidung, ob der Beschluss auch als wettbewerbsbeschränkende Vereinbarung zwischen den Lottogese-

schaften anzusehen ist, wie es das Beschwerdegericht übereinstimmend mit dem Bundeskartellamt angenommen hat.

42 Das Beschwerdegericht hat ohne Rechtsfehler ein Einvernehmen der Lottogesellschaften darüber festgestellt, dass die Entschließung des Rechtsausschusses vom 25./26. April 2005 den Standpunkt des DLTB wiedergab. Bei der Beschlussfassung waren nahezu alle Lottogesellschaften hochrangig vertreten. Es kann dahinstehen, ob auch die Geschäftsführer der Betroffenen zu 2 (Baden-Württemberg) und zu 7 (Hessen), die erst am 25. April ab 15.00 Uhr an der Sitzung teilnahmen, an dem Beschluss mitgewirkt haben, wie das Beschwerdegericht angenommen hat. Ebenso wenig kommt es darauf an, dass die Betroffene zu 8 (Mecklenburg-Vorpommern) bei der Sitzung nicht vertreten war. Denn alle Betroffene erhielten von dem Beschluss des Rechtsausschusses dadurch Kenntnis, dass der Beschluss in der Blockversammlung vom 6. bis 8. Juni 2005 referiert wurde, an der alle Blockpartner teilzunehmen verpflichtet waren.

43 Bei diesem Sachverhalt besteht eine Vermutung dafür, dass die Lottogesellschaften den Beschluss des Rechtsausschusses bei der Bestimmung ihres Marktverhaltens berücksichtigt haben. Diese Vermutung haben die Lottogesellschaften nicht widerlegt (vgl. EuGH, Urt. v. 8.7.1999 - C-49/92 P, Slg. 1999, I-4125 = WuW/E EU-R 320 Tz. 121, 126 - Anic Partecipazioni). Nach den vom Beschwerdegericht zugrunde gelegten Feststellungen des Bundeskartellamts haben die meisten Lottogesellschaften den Beschluss vielmehr befolgt.

44 So haben die Betroffenen zu 6 (Bremen) und zu 15 (Niedersachsen) das vom Rechtsausschuss empfohlene Musterschreiben versandt. Unabhängig von dessen wettbewerbsrechtlicher Relevanz wird dadurch belegt, dass sie ihr Marktverhalten an dem Beschluss ausgerichtet haben. Ende August bzw. Ende

Dezember haben die Betroffenen zu 11 (Saarland), 12 (Sachsen), 7 (Hessen), 16 (Sachsen-Anhalt) und 18 (Hamburg) den Wunsch der A. GmbH abgelehnt, Spielumsätze aus dem terrestrischen Vertrieb ihrer Schwestergesellschaft, der Beigeladenen zu 1, in ihr jeweiliges Zentralsystem einzuspielen.

45 Die Rechtsbeschwerde macht dazu geltend, diese Lottogesellschaften hätten es nicht in das Belieben der A. GmbH stellen wollen, welche Spielumsätze angenommen würden. Ein solches Motiv würde jedoch den wettbewerbsbeschränkenden Charakter dieses Marktverhaltens in Befolgung des Beschlusses des Rechtsausschusses nur unterstreichen. Denn die Möglichkeit der gewerblichen Spielvermittler, ihre bundesweit terrestrisch akquirierten Spielaufträge bei einer Lottogesellschaft ihrer Wahl zu platzieren, führt zu dem Wettbewerb der Lottogesellschaften, den der Beschluss zu verhindern suchte. Ohne Erfolg wendet die Rechtsbeschwerde dagegen ein, die Anfrage der A. GmbH sei für die Betroffene zu 16 ohne rechtliche Relevanz gewesen, weil in Sachsen-Anhalt gewerbliche Spielvermittlung unter Erlaubnisvorbehalt stehe und Erlaubnisse nicht erteilt worden seien. Es ist nicht ersichtlich, warum die Rechtslage in Sachsen-Anhalt die dortige Lottogesellschaft daran hätte hindern sollen, in anderen Bundesländern durch zulässige gewerbliche Spielvermittlung akquirierte Spielaufträge anzunehmen.

46 Die Betroffenen zu 5 (Brandenburg), 8 (Mecklenburg-Vorpommern) und 13 (Schleswig-Holstein) haben sich nach dem Beschluss des Rechtsausschusses gegenüber der A. GmbH geweigert, terrestrisch vermittelte Spielumsätze anzunehmen. Für die Bewertung dieser Weigerungen ist ohne Belang, ob die Betroffenen zu 5 und 13 ihre mit der Beigeladenen zu 1 oder der A. GmbH abgeschlossenen Verträge aus anderen Gründen im Juni 2006 wirksam gekündigt haben, wie die Rechtsbeschwerde unter Verweis auf vor dem Beschwerdegericht gehaltenen Vortrag behauptet. Ebenso ist unerheblich, ob die

Betroffene zu 8 schon vor dem Beschluss des Rechtsausschusses entschieden hatte, den gewerblichen Stationärvertrieb Dritter in Mecklenburg-Vorpommern nicht zu unterstützen. Denn für ihre Beteiligung an der wettbewerbsbeschränkenden, abgestimmten Verhaltensweise reicht es aus, dass die anderen Lottogesellschaften nach dem Beschluss davon ausgehen konnten, dass die Betroffene zu 8 ihre Haltung nicht ändern werde, und deshalb darin bestärkt wurden, sich ebenso zu verhalten.

47 Auf der Grundlage der tatrichterlichen Feststellungen des Beschwerdegerichts ist deshalb davon auszugehen, dass die Lottogesellschaften in Kenntnis des Beschlusses des Rechtsausschusses ihr Verhalten gegenüber den gewerblichen Spielvermittlern jeweils in der Gewissheit festgelegt haben, dass sich auch die anderen Lottogesellschaften an den Beschluss halten werden (vgl. EuGH, Urt. v. 14.7.1972 - 48/69, Slg. 1972, 619 Tz. 115/119 - ICI). Sie trafen infolgedessen insoweit keine selbständige unternehmerische Entscheidung mehr und haben bewusst eine praktische Zusammenarbeit an die Stelle des mit Risiken verbundenen Wettbewerbs gesetzt (vgl. EuGH WuW/E EU-R 320 Tz. 115 ff. - Anic Partecipazioni; Urt. v. 31.3.1993 - C-89/85 u.a., Slg. 1993, I-1307 Tz. 63 - Ahlström). Die Betroffenen zu 2 bis 16 und 18 waren somit an einer verbotenen abgestimmten Verhaltensweise i.S. der Art. 81 Abs. 1 EG und § 1 GWB beteiligt.

48 c) Gründe für eine Freistellung nach Art. 81 Abs. 3 EG oder § 2 GWB sind weder für den Beschluss des Rechtsausschusses noch für die abgestimmte Verhaltensweise der Lottogesellschaften geltend gemacht oder sonst ersichtlich.

49 d) Da eine Zuwiderhandlung als Voraussetzung für die Abstellungsverfügungen unter A des Verfügungstenors erwiesen ist, bedarf es keiner Entschei-

dung, ob auch ein Verstoß gegen § 21 Abs. 1 GWB oder Art. 82 EG vorliegt. Ein berechtigtes Interesse der Beteiligten im Falle einer auf mehrere Begründungen gestützten Verfügung der Kartellbehörde, die Richtigkeit einer bestimmten Begründung gerichtlich überprüfen zu lassen, kann nicht anerkannt werden, wenn die Nachprüfung die Richtigkeit einer anderen Begründung ergeben hat und sich diese für die angeordnete Rechtsfolge als tragfähig erweist. Daran ändert sich nichts, wenn die mehrfache rechtliche Begründung durch Erwähnung der entsprechenden Vorschriften in den feststellenden Teil des Verfügungstextes aufgenommen worden ist. In einem solchen Fall kann das Gericht das - ohnehin entbehrliche - Normzitat im Feststellungstext auf die von ihm überprüfte und bestätigte rechtliche Begründung beschränken, ohne dass darin eine Teilaufhebung der Verfügung liegt. Der Senat macht im vorliegenden Fall von dieser Möglichkeit Gebrauch.

50 e) Soweit sie noch Gegenstand des Rechtsbeschwerdeverfahrens sind, erweisen sich die vom Bundeskartellamt wegen Zuwiderhandlung gegen Art. 81 Abs. 1 EG und § 1 GWB auf der Grundlage des § 32 GWB getroffenen Feststellungen und Anordnungen in der ihnen vom Beschwerdegericht gegebenen Fassung als rechtmäßig.

51 aa) Das Beschwerdegericht ist in tatrichterlicher Würdigung ohne Rechtsfehler von der fortbestehenden ernsthaften Besorgnis einer Wiederholung des Kartellverstoßes ausgegangen. Dies rechtfertigt die in der Verfügung des Bundeskartellamts enthaltene Feststellung einer Zuwiderhandlung gegen Art. 81 EG und § 1 GWB (vgl. BGH, Beschl. v. 16.1.2008 - KVR 21/07, WuW/E DE-R 2268 Tz. 49 - Soda-Club, zur Veröffentlichung in BGHZ vorgesehen).

52 Die für die Annahme einer Begehungsfahr erforderliche ernsthafte Besorgnis einer drohenden Gesetzesverletzung ergibt sich in der Regel bereits

aus der in der Vergangenheit liegenden gegen Kartellrecht verstoßenden Verletzungshandlung (Bornkamm in Langen/Bunte aaO § 32 Rdn. 18). Dabei spricht für den Fortbestand der Begehungsgefahr hier schon, dass der Rechtsausschuss die Lottogesellschaften für unbestimmte Zeit zu den Maßnahmen gegen gewerbliche Spielvermittler aufgefordert hat (vgl. BGHZ 152, 97, 102 f. - Konditionenanpassung).

53 Zwar ist eine auf Untersagung gerichtete Abstellungsverfügung nicht mehr möglich, sobald die Unternehmen die betreffende Verhaltensweise von sich aus aufgegeben haben und aufgrund der gesamten Umstände eine Wiederholung des verbotenen Tuns nicht zu erwarten ist. Jedoch reicht die bloße Behauptung, die wettbewerbsbeschränkende Vereinbarung aufgegeben zu haben, nicht aus, um die Abstellungsverfügung abzuwenden (KG WuW/E OLG 3121, 3123 - HfG II; Bornkamm in Langen/Bunte aaO § 32 Rdn. 19). Das Beschwerdegericht hat in tatrichterlicher Würdigung weder dem "Aufhebungsbeschluss" des Rechtsausschusses vom Juli 2006 noch der Erklärung der Lottogesellschaften, eine gleichlautende oder ähnliche Beschlussfassung künftig nicht zu beabsichtigen, eine ernsthafte und endgültige Aufgabe der beanstandeten Verhaltensweise entnehmen können. Das lässt keine Rechtsfehler erkennen. Der von den Betroffenen im Rechtsbeschwerdeverfahren vorgelegte Umlaufbeschluss der Lottogesellschaften wurde erst nach dem Beschluss des Beschwerdegerichts gefasst und kann als neue Tatsache im Rechtsbeschwerdeverfahren nicht berücksichtigt werden.

54 Die Begehungsgefahr ist auch nicht durch das Inkrafttreten des neuen Glücksspielstaatsvertrags am 1. Januar 2008 entfallen. Dieser schließt eine länderübergreifende gewerbliche Spielvermittlung nicht aus, sondern stellt sie nur unter Erlaubnisvorbehalt (vgl. § 19 i.V. mit §§ 4 bis 7 GlüStV). Bis zum

1. Januar 2007 erteilte Erlaubnisse für Spielvermittlung gelten ohnehin bis 31. Dezember 2008 fort.

55 bb) Das Beschwerdegericht hat die Betroffene zu 17 nicht in die Untersagung zu A 1 einbezogen, weil sie weder Veranstalterin der Lotterien und Sportwetten in Hamburg noch Gesellschafterin des DLTB sei und es deswegen bei ihr an der erforderlichen Begehungsgefahr fehle. Dass die Betroffene zu 17 seit 1. Januar 2008 unter der Firma Lotto Hamburg GmbH Veranstalterin der Staatlichen Glücksspiele und Lotterien in Hamburg ist, kann im Rechtsbeschwerdeverfahren nicht berücksichtigt werden. Daher ist auch die Betroffene zu 18 weiterhin in den Tenor aufzunehmen, auch wenn sie jetzt nicht mehr in die Veranstaltung und Durchführung von Lotterien und Glücksspielen in Hamburg einbezogen ist.

56 Gegen die lediglich klarstellende sprachliche Neufassung des Verfügungstenors zu A 1 durch das Beschwerdegericht bestehen keine Bedenken.

57 cc) Mit der Abstellungsverfügung zu A 2 wurde den Betroffenen zu 2 bis 18 untersagt, den Beschluss des Rechtsausschusses weiter umzusetzen und bei ihrer Geschäftstätigkeit zu beachten, d.h. Spielumsätze gewerblicher Spielvermittler allein deshalb zurückzuweisen, weil sie auf einer terrestrischen Vermittlung beruhen.

58 Zu Unrecht macht die Rechtsbeschwerde hierzu geltend, dass diese Untersagungsanordnung die Lottogesellschaften unabhängig von sachlichen Weiterungsgründen zur Annahme jeglicher Spielumsätze zwingen wolle, die aus terrestrischer Vermittlung erzielt worden seien. Die Verfügung verpflichtet die Lottogesellschaften keineswegs zur bedingungslosen Zusammenarbeit mit gewerblichen Spielvermittlern und lässt es insbesondere zu, die Zusammenarbeit

mit ihnen aufgrund autonomer Entscheidung der Lottogesellschaften aus sachlichen Gründen abzulehnen. Unerheblich ist in diesem Zusammenhang, ob das Bundeskartellamt im Eilverfahren vor dem Beschwerdegericht eine weitergehende Stillhalteerklärung von den Betroffenen gefordert hat. Dies konnte den Inhalt der Verfügung nicht ändern.

59 Ohne Erfolg macht die Rechtsbeschwerde geltend, dass das Beschwerdegericht die Abstellungsverfügung zu A 2 inhaltlich eingeschränkt habe, ohne sie - wie es geboten gewesen sei - teilweise aufzuheben. Schon der Zusammenhang der Abstellungsverfügungen zu A 1 und 2 macht deutlich, dass lediglich die generelle Verweigerung der Annahme terrestrisch vermittelter Spieleinsätze untersagt werden sollte.

60 dd) Der vom Beschwerdegericht neu gefasste Verfügungstenor zu A 3, den es in zwei Teile untergliedert hat, hält inhaltlich gleichfalls rechtlicher Nachprüfung stand. Dabei erachtet der Senat Klarstellungen in der Formulierung als zweckmäßig.

61 (1) Das Beschwerdegericht hat die Verfügung inhaltlich nicht geändert.

62 Es hat durch Einfügung des Wortes "ausschließlich" in den ursprünglichen Satz 1 des Verfügungstenors zu A 3 lediglich klargestellt, dass dieser Teil des Tenors nur Maßnahmen erfassen kann, die ausschließlich deshalb ergriffen werden, weil ein gewerblicher Spielvermittler ordnungsbehördlich zugelassene Glücksspiele über terrestrische Vermittlungsstellen vermittelt. Bereits der ursprüngliche Wortlaut der Verfügung legte dieses Verständnis nahe. Es wird, wie auch das Bundeskartellamt im Beschwerdeverfahren eingeräumt hat, durch Tz. 439 der Verfügung bestätigt. Danach soll mit dem Verfügungstenor zu 3 eine Umgehung der Untersagungsverfügung zu 2 verhindert werden, die den

Betroffenen zu 2 bis 18 die Umsetzung des Beschlusses des Rechtsausschusses verbietet und ihnen deshalb aufgibt, Spielumsätze gewerblicher Spielvermittler nicht allein deshalb zurückzuweisen, weil sie auf einer terrestrischen Vermittlung beruhen. Dementsprechend kann auch das Umgehungsverbot der Verfügung zu 3 a nur Maßnahmen erfassen, die ausschließlich aus diesem Grund ergriffen werden.

63 In dem ursprünglichen Satz 2 des Verfügungstenors zu A 3, der von dem Beschwerdegericht als Absatz 3 b neu gefasst worden ist, hat das Beschwerdegericht das den Lottogesellschaften untersagte Verhalten durch Hinzufügung der Worte "ohne sonstigen Anlass allein wegen der terrestrischen Vermittlung" konkretisiert. Diese Konkretisierung ist dem Wortlaut der Verfügung zwar nicht ohne weiteres zu entnehmen. Das Beschwerdegericht hat die Untersagung jedoch unter Heranziehung der Tz. 440 a.E., 445 a.E. und 453 Satz 3 der Verfügung ohne Rechtsfehler in diesem Sinne ausgelegt.

64 Die übrigen Unterschiede in der Fassung des Verfügungstenors zu A 3 zwischen der ursprünglichen Verfügung und dem Beschluss des Beschwerdegerichts sind gleichfalls nur redaktioneller Natur.

65 (2) Die neu gefasste Verfügung begegnet auch inhaltlich keinen Bedenken. Sie geht zu Recht davon aus, dass die terrestrische Vermittlung durch gewerbliche Spielvermittler nicht generell verboten ist. Daran hat sich durch das Inkrafttreten des Glücksspielstaatsvertrags am 1. Januar 2008 nichts geändert.

66 Die gewerbliche Spielvermittlung ist auch weiterhin nicht grundsätzlich untersagt. Sie unterliegt allerdings gemäß § 19 i.V. mit § 4 Abs. 1 GlüStV - vorbehaltlich der Übergangsfrist des § 25 GlüStV - einem generellen Erlaubnisvorbehalt. Die Lottogesellschaften sind zumindest berechtigt, die Zusammenarbeit

mit Spielvermittlern abzulehnen, die nicht über die erforderliche landesrechtliche Erlaubnis verfügen.

67 Der mit dem Glücksspielstaatsvertrag eingeführte Erlaubnisvorbehalt verstößt nicht gegen Art. 10, 81 EG, da er als solcher keine Kartellabsprache der Lottogesellschaften fördert. Zweck des Erlaubnisvorbehalts ist vielmehr, die anerkannten Gemeinwohlbelange des § 1 GlüStV ordnungsrechtlich durchzusetzen. Der Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften hat erst jüngst die gemeinschaftsrechtliche Zulässigkeit eines solchen Erlaubnisvorbehalts in einer zur Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit (Art. 43, 49 EG) ergangenen Entscheidung bestätigt (EuGH, Urt. v. 6.3.2007 - C-338/04, Slg. 2007, I-1891 = WRP 2007, 525 Tz. 65 - Placanica). Die gewerblichen Spielvermittler müssen sich daher, soweit sie nicht in den Genuss der Übergangsregelung des § 25 Abs. 2 GlüStV kommen, um die für ihre Tätigkeit jeweils erforderlichen landesrechtlichen Erlaubnisse bemühen. Dabei gestattet § 4 Abs. 2 GlüStV, wonach auf die Erlaubnis kein Anspruch besteht, keine willkürliche oder auf sachfremde Erwägungen gestützte Ablehnung. Vielmehr ist über die Erlaubnis gemäß § 40 VwVfG nach pflichtgemäßem Ermessen zu entscheiden (in diesem Sinne auch Erläuterungen zum Glücksspielstaatsvertrag, zu § 19 Abs. 3). Sachfremd und daher ermessensfehlerhaft wäre insbesondere eine Ablehnung der Erlaubnis zum Zweck einer Einnahmemaximierung der Lottogesellschaften oder mit dem Ziel der Wettbewerbsbeschränkung, um die angefochtene Verfügung zu umgehen. Wird die Erlaubnis versagt, können die Spielvermittler dagegen etwaige verfassungs- oder europarechtliche Bedenken vor den Verwaltungsgerichten geltend machen.

68 Eine "ausschließlich" (Verfügungstenor A 3 a) oder "ohne sonstigen Anlass allein" (Verfügungstenor A 3 b) wegen der terrestrischen Vermittlung ergriffene Maßnahme der Lottogesellschaften liegt danach dann nicht vor, wenn die

Lottogesellschaften die Maßnahme damit begründen, dass dem gewerblichen Spielvermittler für die von ihm ausgeübte oder beabsichtigte Geschäftstätigkeit eine erforderliche landesrechtliche Erlaubnis fehlt.

69 Auch soweit Spielvermittler über die erforderliche Erlaubnis verfügen, sind die Lottogesellschaften nicht zu einer generellen Annahme von ihnen terrestrisch vermittelter Spieleinsätze verpflichtet. Sie dürfen lediglich nicht geltend machen, dass die terrestrische Spielvermittlung als solche gegen Ordnungsrecht verstößt. Mit diesem Inhalt ist die Verfügung als Umgehungsschutz erforderlich und den Betroffenen ohne weiteres zuzumuten.

70 (3) Der Senat hat klarstellende Änderungen in der Formulierung des Verfügungstenors zu A 3 für zweckmäßig gehalten.

71 Durch Hinzufügung der Konkretisierung "über die nach Landesrecht erforderliche Erlaubnis verfügende" vor "Spielvermittler" jeweils zu Beginn der Verfügungen zu A 3 a und A 3 b wird deutlich gemacht, dass die Lottogesellschaften berechtigt sind, die Zusammenarbeit mit Spielvermittlern abzulehnen, denen diese Erlaubnis fehlt. Das stimmt mit dem Inhalt der Entscheidung des Beschwerdegerichts überein. Danach erfasst das Verbot unter A 3 ausschließlich solche Maßnahmen gegenüber gewerblichen Spielvermittlern, die allein mit der angeblichen Ordnungswidrigkeit des terrestrischen Vertriebs begründet werden. Spielvermittler, die nicht über die nach Landesrecht erforderliche Erlaubnis verfügen, handeln aber tatsächlich ordnungswidrig.

72 Im Ausspruch zu A 3 a gestrichen hat der Senat den Halbsatz "es sei denn, eine Ordnungsbehörde hat diesen reklamierten Ordnungsrechtsverstoß zuvor bestandskräftig festgestellt ...". Diese Beschränkung ist gegenstandslos. Der Vertriebsweg terrestrische Spielvermittlung verstößt als solcher nicht gegen

Ordnungsrecht. Dafür spricht schon, dass die große Zahl von Lotterieannahmestellen der Lottogesellschaften von keiner Seite als ordnungswidrig beanstandet wird. Dementsprechend kann ein Ordnungsrechtsverstoß, der ausschließlich damit begründet wird, dass eine Vermittlung auf terrestrischem Weg erfolgt, von keiner Behörde und keinem Gericht festgestellt werden.

73 Der Hinweis auf eine rechtskräftige Gerichtsentscheidung in dem beschränkenden Halbsatz des Ausspruchs zu A 3 b ist überflüssig und wurde deshalb vom Senat ebenfalls gestrichen. Die Bestandskraft ordnungsbehördlicher Feststellungen setzt die Unanfechtbarkeit und gegebenenfalls die Erschöpfung des Rechtswegs voraus.

74 Dagegen bedarf es keiner Änderung der Formulierung des Ausspruchs zu A 3 b, soweit er durch eine bestandskräftige Feststellung der "Unvereinbarkeit der betreffenden terrestrischen Spielvermittlung" in einem ordnungsbehördlichen Verfahren eingeschränkt ist. Diese Einschränkung hat Regelungsgehalt. Anders als der Ausspruch zu A 3 a nimmt derjenige zu A 3 b auf die Art und Weise terrestrischer Spielvermittlung Bezug. Ordnungsbehördliche Verfügungen, die sich gegen eine bestimmte Art und Weise der Spielvermittlung wenden, sind nicht von vornherein ausgeschlossen.

II.

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

75 Hinsichtlich des vom Beschwerdegericht neu gefassten Verfügungste-
nors zu B hat die Rechtsbeschwerde teilweise Erfolg.

76 1. Das Beschwerdegericht hat dazu ausgeführt:

77 Das in § 2 Abs. 1 Satz 2 des Blockvertrags vorgesehene Regionalitäts-
prinzip, wonach die Lottogesellschaften aufgrund der ihnen erteilten Erlaubnis
Lotterien und Sportwetten nur innerhalb ihres jeweiligen Landesgebiets veran-
stalten dürfen, verstoße als unzulässige Gebietsabsprache gegen Art. 81 Abs. 1
lit. c EG. Der Lotteriestaatsvertrag stehe einer Ausweitung des Glücksspielan-
gebots auf andere Bundesländer nicht entgegen, da er in § 5 Abs. 3 Satz 3 die-
se Möglichkeit ausdrücklich zulasse. Die Blockpartner hätten zudem Art. 81
Abs. 1 lit. c EG zuwidergehandelt, indem sie in § 2 Abs. 3 des Blockvertrags
eine Betätigung der Lottogesellschaften als Veranstalter von Lotterien und
Sportwetten außerhalb Deutschlands von der Zustimmung des DLTB abhängig
gemacht hätten. Art. 86 Abs. 2 Satz 1 EG befreie die Lottogesellschaften jeden-
falls deshalb nicht von der Beachtung des Verbots von Gebietsabsprachen, weil
die Beschränkung ihrer Tätigkeit auf das eigene Bundesland nicht unverzichtbar
sei, um die mit dem staatlichen Glücksspielmonopol verfolgten Gemeinwohlbe-
lange zu erreichen. Der Zustimmungsvorbehalt in § 5 Abs. 3 Satz 3 Lotterie-
staatsvertrag sei europarechtskonform dahin auszulegen, dass die Zustimmung
zu einer bundeslandübergreifenden Geschäftstätigkeit nicht mit dem Ziel ver-
weigert werden dürfe, aus fiskalischen Gründen einen Wettbewerb der Lottoge-
sellschaften zu unterbinden. Es sei aber kartellrechtlich nicht zu beanstanden,
dass die Länder die Tätigkeit der Lottogesellschaft eines anderen Bundeslan-

des von ihrer vorherigen Zustimmung abhängig machen, die nur aus ordnungsrechtlichen Gründen abgelehnt werden könne.

78 Um Inhalt und Reichweite des Kartellverstoßes zum Ausdruck zu bringen, sei der Feststellungsausspruch dahin zu präzisieren, dass § 5 Abs. 3 Lotteriestaatsvertrag und die Landesgesetze zum Glücksspielwesen unangewendet bleiben müssten, soweit sie die Betätigung einer "fremden" Lottogesellschaft aus fiskalischen Gründen unterbänden. Der Untersagungsanspruch zu B 1 sei geringfügig abzuändern, weil der Lotteriestaatsvertrag eine vorherige Zustimmung der Bundesländer zur Tätigkeit einer "fremden" Lottogesellschaft zur Prüfung etwaiger ordnungsrechtlicher Bedenken vorsehen dürfe. Daher entfalle am Ende des Tenors zu B 1 der Zusatz "in dem sie über eine Genehmigung für die von ihnen angebotenen Glücksspiele verfügen".

79 Durch B 2 des Tenors werde den Lottogesellschaften lediglich untersagt, den Internetvertrieb auf Bürger des eigenen Bundeslandes deshalb zu beschränken, weil dies in § 2 des Blockvertrags kartellrechtswidrig verabredet worden sei. Jede Lottogesellschaft habe über die räumliche Ausdehnung ihres Internetvertriebs autonom aufgrund unternehmerischer Erwägungen zu entscheiden. Sofern sie sich dafür entschieden, müssten die Lottogesellschaften das geltende Ordnungsrecht der anderen Bundesländer beachten und dort erforderliche Genehmigungen einholen, die nur aus ordnungsrechtlichen und nicht aus rein fiskalischen Erwägungen versagt werden dürften.

80 Der Untersagungsanspruch zu B 3 sei mit der Konkretisierung zu bestätigen, dass er die Zurückweisung von Spielumsätzen betreffe, die gewerbliche Spielvermittler den Lottogesellschaften aus anderen Mitgliedstaaten der Europäischen Union vermittelten. Jedoch sei nur eine Zurückweisung dieser Spiel-

umsätze verboten, die auf § 2 des Blockvertrags, § 5 Abs. 3 des Lotteriestaatsvertrags und den Landesgesetzen zum Glücksspielwesen beruhe.

81 2. Diese Beurteilung ist im Wesentlichen rechtsfehlerfrei. Allerdings ist der zweite Teil des Feststellungsausspruchs unzulässig. Im Übrigen muss den inzwischen erfolgten Gesetzesänderungen Rechnung getragen werden.

82 a) § 32 GWB gestattet nicht, dass das Bundeskartellamt in dem Tenor einer Verfügung, die ein Kartellverwaltungsverfahren abschließt, einen Verstoß gesetzlicher Bestimmungen gegen Gemeinschaftsrecht (hier: Art. 10 EG i.V. mit Art. 81, 82 EG) feststellt.

83 Das Kartellverwaltungsverfahren richtet sich nur gegen Unternehmen. Grundlage einer Abstellungsverfügung des Kartellamts ist die kartellrechtliche Zuwiderhandlung eines Unternehmens, die im Tenor der Verfügung in Anlehnung an Art. 7 Abs. 1 VO 1/2003 EG festgestellt werden kann (BGH WuW/E DE-R 2268 Tz. 49 - Soda Club). Akte der Gesetzgebung sind keine Handlungen von Unternehmen. Werden Unternehmen durch ein Gesetz zu einem Verhalten verpflichtet, das gegen die Wettbewerbsvorschriften der Gemeinschaft verstößt, so begehen sie keine eigene Zuwiderhandlung gegen Art. 81 oder 82 EG. Die Kartellbehörde kann sie nur dazu verpflichten, ihr Verhalten nicht an dieser Norm auszurichten, die mit Gemeinschaftsrecht unvereinbar und deshalb nicht anzuwenden ist (vgl. EuGH, Ur. v. 9.9.2003 - C-198/01, Slg. 2003, I-8079 = WuW/E EU-R 727 Tz. 51, 55 - CIF). Dementsprechend ist ein Verstoß mitgliedstaatlicher Regelungen gegen Art. 10 EG i.V. mit Art. 81 EG zwar geeignet, eine Abstellungsverfügung zu begründen. Er kann aber nicht als solcher im Verfügungstenor festgestellt werden. Satz 2 des Verfügungstenors zu B hat daher keinen Bestand.

84 b) Der Blockvertrag verstößt mit dem in § 2 Abs. 1 vorgesehenen Regionalitätsprinzip und dem in § 2 Abs. 3 vereinbarten Zustimmungsvorbehalt der Blockpartner zur Veranstaltung von Lotterien und Sportwetten außerhalb der Bundesrepublik gegen Art. 81 Abs. 1 EG (vgl. BGH WuW/E DE-R 2035 Tz. 24 ff. - Lotto im Internet).

85 aa) § 2 Abs. 1 Blockvertrag hält die Lottogesellschaften davon ab, außerhalb ihres eigenen Bundeslandes bei einer anderen Aufsichtsbehörde eine Konzession für deren Gebiet zu beantragen.

86 (1) Zwar könnte die Vorschrift bei isolierter Betrachtung, zumal wegen des in Satz 1 enthaltenen Begründungselements, als bloße Klarstellung der Selbstverständlichkeit verstanden werden, dass eine Lottogesellschaft aufgrund der Erlaubnis eines bestimmten Bundeslandes nur in diesem Bundesland tätig werden könne, was weitere Erlaubnisse durch andere Bundesländer nicht ausschliesse. Einer solchen Auslegung steht jedoch der systematische Zusammenhang von § 2 Abs. 1 Blockvertrag mit dessen Präambel sowie den Absätzen 2 und 3 des § 2 entgegen.

87 Nach Absatz 1 Satz 3 der Präambel ist der Tätigkeitsbereich der einzelnen Lottogesellschaften auf das Gebiet des jeweiligen Landes beschränkt, ohne dass die Möglichkeit einer Erlaubnis zum Tätigwerden in dem Gebiet eines anderen Landes in Betracht gezogen wird. Unerheblich ist, ob die Parteien des Blockvertrags in der Präambel nur einleitend ihre einheitliche Rechtsauffassung darstellen wollten, wie die Rechtsbeschwerde geltend macht. Eine Wettbewerbsbeschränkung verliert ihre Wirkung nicht dadurch, dass sie sich als gemeinsam formulierte - allerdings unzutreffende - Rechtsauffassung darstellt. Da sich eine Beschränkung des Tätigkeitsbereichs der Lottogesellschaften auf das Gebiet des jeweiligen Landes nicht aus Rechtsnormen ergab, vielmehr die Be-

antragung einer Erlaubnis in einem anderen Bundesland rechtlich zulässig war, bewirkte die Präambel im Zusammenhang mit § 2 Blockvertrag eine vereinbarte Wettbewerbsbeschränkung, weil sich alle Blockpartner an ihre - falsche - Rechtsauffassung gebunden fühlten. Auf die Frage, ob den Blockpartnern diese falsche Rechtsauffassung vorzuwerfen ist, kommt es im Kartellverwaltungsverfahren nicht an.

88 Nach § 2 Abs. 3 Blockvertrag kann eine Lottogesellschaft außerhalb der Bundesrepublik selbst nach Erteilung einer Konzession des ausländischen Staates nur mit Zustimmung des Blocks tätig werden. Auch das belegt, dass den Blockpartnern gerade nicht freigestellt ist, sich außerhalb ihres Bundeslandes um Konzessionen zu bemühen. Schließlich wird nach § 2 Abs. 2 Blockvertrag die Annahme von Spielscheinen aus anderen Ländern auf dem Postweg davon abhängig gemacht, dass zwischen den jeweils betroffenen Lottogesellschaften eine die Gegenseitigkeit verbürgende Regelung besteht. Dieser systematische Zusammenhang des § 2 Abs. 1 Satz 2 Blockvertrag schließt es aus, dass der Vertrag individuelle Bemühungen der Lottogesellschaften um Erlaubnisse in anderen Bundesländern zulässt.

89 § 2 Blockvertrag beschränkt sich nicht auf eine lediglich deklaratorische Wiedergabe zuvor bestehender verfassungs- oder landesrechtlicher Schranken für die Tätigkeit der Betroffenen. Eine bloße Umsetzung des Lotteriestaatsvertrags vom 1. Juli 2004 kann der Blockvertrag schon deshalb nicht sein, weil seiner jetzt gültigen Fassung vom 22. Mai 2000 eine Fassung vom 21. April 1960 vorausging, deren § 2 eine - soweit hier maßgeblich - inhaltlich identische Regelung enthielt. Ältere landesrechtliche Regelungen, die eine § 2 Blockvertrag entsprechende Bestimmung enthielten, sind nicht ersichtlich. Die Ausführungen der Rechtsbeschwerde geben dem Senat keinen Anlass, diese Frage abweichend von seiner Entscheidung im Eilverfahren zu beurteilen.

90 (2) Die Auffassung der Rechtsbeschwerde, eine wettbewerbsbeschränkende Wirkung des § 2 Abs. 1 Blockvertrags sei ausgeschlossen, weil jede Lottogesellschaft rechtmäßig Glücksspiele nur innerhalb des Hoheitsgebiets ihrer Genehmigungsbehörde anbieten dürfe und es dem Landesgesetzgeber freistehe, der "eigenen" Lottogesellschaft das Angebot von Glücksspielen in anderen Bundesländern zu untersagen, trifft nicht zu. Es ist nicht erkennbar, dass eine derartige Vertriebsbeschränkung der Lottogesellschaften auf ihre Sitzländer rechtlich geboten ist. Der ordnungsrechtlichen Zielen verpflichtete Glücksspielstaatsvertrag sieht eine derartige Beschränkung nicht vor. Sie wäre auch nicht gerechtfertigt, da der Schutz von Spielern in anderen Bundesländern den dortigen Behörden obliegt.

91 Etwaige territoriale Beschränkungen von Lottogesellschaften auf das eigene Land durch staatlich genehmigte Teilnahmebedingungen oder andere staatliche Maßnahmen wären vorliegend unerheblich, weil solche Regelungen ihrerseits als Verstärkung der wettbewerbsbeschränkenden Wirkung des Blockvertrags gegen Art. 10 EG i.V. mit Art. 81 EG verstießen und deshalb unbeachtlich wären.

92 bb) Ohne Rechtsfehler hat das Beschwerdegericht angenommen, dass die Blockpartner auch dadurch gegen Art. 81 Abs. 1 EG verstoßen haben, dass sie in § 2 Abs. 3 Blockvertrag eine Tätigkeit der Lottogesellschaften als Veranstalter von Lotterien und Sportwetten außerhalb Deutschlands von der Zustimmung des DLTB abhängig gemacht haben. Dem Argument der Rechtsbeschwerde, dem Blockvertrag wäre durch eine beliebige Ausweitung des Vertriebsgebiets in fremde Länder die Grundlage entzogen und die Zustimmung der Blockpartner zu einer solchen Vertriebsausweitung sei aus der Natur der Poolungsgemeinschaft geboten, kann nicht gefolgt werden. Wie das Bundes-

kartellamt zu Recht geltend macht, kann eine Vertriebsausweitung nur eine Anpassung der Rechenformel für die Gewinnermittlung erforderlich machen. Das rechtfertigt aber allenfalls eine Mitteilungspflicht an den DLTB. Das Beschwerdegericht hat außerdem unter Bezugnahme auf die angefochtene Verfügung (Tz. 545 ff., insbesondere Tz. 550) den wettbewerbsbeschränkenden Charakter der tatsächlichen Anwendung des § 2 Abs. 3 Blockvertrag rechtsfehlerfrei bejaht.

93 cc) Ohne Erfolg tritt die Rechtsbeschwerde der Qualifikation von § 2 Abs. 1 und 3 Blockvertrag als wettbewerbsbeschränkende Vereinbarung unter Bezug auf ein Schreiben des Bundeskartellamts vom 27. Juli 1961 entgegen, nach dem die Prüfung entsprechender Regelungen des Blockvertrags vom 21. April 1960 keinen Anlass zu kartellrechtlichen Beanstandungen gegeben habe. Der neue Tatsachenvortrag, wonach durch dieses Schreiben bei den Lotogesellschaften ein schutzwürdiger Vertrauensstatbestand geschaffen worden sei, kann im Rechtsbeschwerdeverfahren nicht berücksichtigt werden. Das Beschwerdegericht hat zu einer Vertrauensbetätigung der Betroffenen keine Feststellungen getroffen. Die Rechtsbeschwerde macht auch nicht geltend, dass es entsprechenden Vortrag übergegangen habe.

94 Im Übrigen steht das Gebot des Vertrauensschutzes einer Verfügung des Bundeskartellamts nicht entgegen, wenn es die Sachlage nach Änderung seiner Rechtsauffassung neu beurteilt. Ein etwaiger Vertrauensschutz wäre allein durch Einräumung einer Übergangsfrist zu berücksichtigen gewesen (vgl. BGH, Beschl. v. 12.3.1991 - KVR 1/90, WuW/E 2697, 2705 f. - Golden Toast).

95 dd) § 2 Blockvertrag bewirkt auch eine spürbare Handelsbeeinträchtigung im gemeinsamen Markt. Vereinbarungen zwischen inländischen Wettbewerbern, die sich auf das gesamte Gebiet eines Mitgliedstaats erstrecken, verfesti-

gen schon ihrem Wesen nach die Abschottung der nationalen Märkte (vgl. EuGH, Urt. v. 17.10.1972 - 8/72, Slg. 1972, 977 Tz. 28, 30 - Cementshändlern; WuW/E EU-R 531 Tz. 33 - Arduino). Auch der Ausschluss einer Tätigkeit der deutschen Lottogesellschaften in anderen Mitgliedstaaten der Europäischen Union ergibt sich für die Lottogesellschaften erst aus § 2 Abs. 1 und 3 des Blockvertrags. Dass eine grenzüberschreitende Tätigkeit von Lottogesellschaften durchaus in Betracht kommt, zeigt zumindest die Tätigkeit von Westlotto in Luxemburg. Auf Einzelheiten der tatsächlichen Ausgestaltung dieser Tätigkeit kommt es in diesem Zusammenhang nicht an.

96 ee) Die in § 2 Blockvertrag enthaltene territoriale Beschränkung der Tätigkeit der Lottogesellschaften ist nach Auffassung des Beschwerdegerichts nicht gemäß Art. 86 Abs. 2 EG von der Anwendung des Art. 81 Abs. 1 EG ausgenommen. Auch das begegnet keinen Bedenken.

97 Es bedarf hier keiner Entscheidung, ob die Bereitstellung staatlich kontrollierter Lotterien und Sportwetten zur Kanalisierung und Kontrolle von Spiel lust und Spieltrieb eine Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse i.S. von Art. 86 Abs. 2 EG ist und ob die Lottogesellschaften gegebenenfalls mit dieser Dienstleistung i.S. des Art. 86 Abs. 2 EG "betraut" sind (vgl. EuGH, Urt. v. 23.10.1997 - C-159/94, Slg. 1997, I-5815 = EuZW 1998, 76 Tz. 65 f. - Kommission gegen Frankreich). Nach der neueren Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften kommt es insoweit darauf an, ob die Erbringung der Dienstleistung unter wirtschaftlich zumutbaren Bedingungen gefährdet wird (EuGH, Urt. v. 10.2.2000 - C-147/97, Slg. 2000, I-825 = WuW/E EU-R 275 Tz. 49 - Deutsche Post AG; Urt. v. 25.10.2001 - C-475/99, Slg. 2001, I-8089 = WuW/E EU-R 483 Tz. 57 - Ambulanz Glöckner).

98 Eine solche Gefährdung liegt fern, wenn bundeseinheitlich angebotene Spiele innerhalb eines Bundeslandes im Einklang mit dem dort anwendbaren Landesrecht, also insbesondere auf der Grundlage einer Konzession dieses Landes, durch staatlich kontrollierte und beherrschte Lottogesellschaften mehrerer Bundesländer angeboten werden. Für alle diese Lottogesellschaften gelten die Werbebeschränkungen, die das Bundesverfassungsgericht in seinem Urteil vom 28. März 2006 (BVerfGE 115, 276) ausgesprochen hat. Ihre Tätigkeit unterliegt zudem dem Ordnungsrecht der Länder, das innerhalb des Landesgebiets zur Durchsetzung der öffentlichen Aufgaben eingesetzt werden kann, die den Lottogesellschaften übertragen worden sind. Der Einsatz des ordnungsrechtlichen Instrumentariums ist gegenüber einem Gebietskartell der Lottogesellschaften jedenfalls das mildere Mittel, so dass letzteres nicht durch Art. 86 Abs. 2 EG von der Anwendung der Wettbewerbsregeln freigestellt sein kann (vgl. EuGH, Urt. v. 17.5.2001 - C-340/99, Slg. 2001, I-4109 = EWS 2001, 436 Tz. 52 - TNT Traco).

99 Hinsichtlich der nur in einzelnen Bundesländern zugelassenen Spiele ist die Vereinbarung eines allgemeinen Tätigkeitsverbots in anderen Bundesländern jedenfalls nicht erforderlich, so dass die Ausnahmvorschrift des Art. 86 Abs. 2 EG ebenfalls nicht eingreifen kann. Denn soweit die Ausweitung eines derartigen Spielangebots auf ein anderes Bundesland mit dessen öffentlichen Interessen unvereinbar sein sollte, stünde es diesem frei, die ordnungsrechtlich erforderliche Genehmigung für dieses Spielangebot zu versagen. Die landesrechtliche Erlaubnis zur Veranstaltung von Glücksspielen ist räumlich auf das Gebiet dieses Bundeslandes beschränkt; Erlaubnisse für Glücksspiele können von Land zu Land unterschiedlich erteilt werden (BVerwGE 126, 149, 158 f.).

100 Zwar liegt es nicht fern, als unzulässige Erweiterung staatlicher Wettveranstaltung im Sinne des Bundesverfassungsgerichts nicht nur neue Glücksspiele, sondern auch die Bereitstellung neuer oder zusätzlicher Vertriebsmöglichkeiten für bereits verfügbare Spielangebote durch weitere staatliche Lottogesellschaften anzusehen. Daraus gegebenenfalls folgende ordnungsrechtliche Konsequenzen für eine Erlaubnis zur länderübergreifenden Tätigkeit einer Lottogesellschaft hat jedoch die zuständige Behörde des Bundeslandes zu ziehen, in dem die Lottogesellschaft tätig werden will. Es ist nichts dafür vorgetragen und auch nicht ersichtlich, dass die der Lottogesellschaft von ihrem Sitzland übertragenen öffentlichen Aufgaben nicht mehr unter wirtschaftlich zumutbaren Bedingungen erfüllt werden könnten, wenn sie zusätzlich noch in einem anderen Bundesland tätig wird.

101 c) Allerdings sind die Abstellungsverfügungen unter B 1 bis 3 gegenstandslos geworden, soweit sie auf § 5 Abs. 3 Lotteriestaatsvertrag und die Landesgesetze zum Glücksspielwesen Bezug nehmen. Während etwaige Änderungen des Blockvertrags im Verlauf des Rechtsbeschwerdeverfahrens ohne Bedeutung sind, müssen Rechtsänderungen berücksichtigt werden.

102 aa) Gemäß § 29 Abs. 2 GlüStV ist der Lotteriestaatsvertrag am 1. Januar 2008 außer Kraft getreten. Die in die Zukunft wirkenden Untersagungsverfügungen zu B 1 bis 3 können deshalb nicht mehr Bezug auf § 5 Abs. 3 Lotteriestaatsvertrag nehmen. Der Glücksspielstaatsvertrag enthält keine § 5 Abs. 3 des Lotteriestaatsvertrags entsprechende Regelung. Die Verfügung ist daher insoweit gegenstandslos.

103 Die beiden letzten Sätze des § 5 Abs. 3 Lotteriestaatsvertrag sind ersatzlos entfallen. § 4 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 2 Satz 3 GlüStV enthalten allerdings weiterhin einen auch auf die Lottogesellschaften anderer Bundesländer an-

wendbaren Erlaubnisvorbehalt und sehen vor, dass auf die Erteilung der Zustimmung kein Rechtsanspruch besteht. Wie bereits ausgeführt, bedeutet dies, dass über die Erlaubnis nach pflichtgemäßem Ermessen zu entscheiden ist. Da im Rahmen der Glücksspielaufsicht fiskalische Erwägungen sachfremd sind (vgl. BVerfGE 115, 276, 310) und mit der Neuregelung des deutschen Glücksspielrechts angestrebt wird, den Anforderungen des Bundesverfassungsgerichts zu entsprechen, ermöglicht es der Erlaubnisvorbehalt den Landesbehörden nicht, Lottogesellschaften aus anderen Bundesländern eine Zulassung aus fiskalischen Gründen zu verweigern.

104 bb) Auch soweit der Tenor der Abstellungsverfügungen zu B auf die Landesgesetze zum Glücksspielwesen Bezug nimmt, ist er auf der Grundlage der Rechtslage ab 1. Januar 2008 gegenstandslos geworden. Das Beschwerdegericht hat einen Verstoß der landesgesetzlichen Bestimmungen, die die Bundesländer Bayern, Brandenburg, Niedersachsen, Sachsen-Anhalt und Thüringen ergänzend zum Lotteriestaatsvertrag erlassen haben, gegen Art. 10 EG i.V. mit Art. 81 EG angenommen und dabei auf die diesbezüglichen Ausführungen in der angefochtenen Verfügung (Rdn. 612-615, 617-621) Bezug genommen. Damit kann jedenfalls nach geltendem Landesrecht, das der Senat in seiner Entscheidung im Eilverfahren noch nicht berücksichtigen konnte, ein Widerspruch zum Gemeinschaftsrecht nicht mehr begründet werden.

105 (1) Das Bundeskartellamt hat den Verstoß von Art. 3 Abs. 1 und 2 Staatslotteriegesetz Bayern gegen Art. 10 EG i.V. mit Art. 81 EG damit begründet, dass danach ein Vertrieb von Glücksspielen in Bayern nur aufgrund einer Vereinbarung mit der Staatlichen Lotterieverwaltung zulässig und deshalb eine Tätigkeit anderer Landeslottogesellschaften in Bayern von vornherein ausgeschlossen sei (Verfügung Tz. 612-615).

106 An die Stelle des Staatslotteriegesetzes ist zum 1. Januar 2008 das Gesetz zur Ausführung des Staatsvertrags zum Glücksspielwesen in Deutschland (AGGlüStV) vom 20. Dezember 2007 getreten. Es enthält keine Art. 3 Staatslotteriegesetz entsprechende Regelung. Nach Art. 2 AGGlüStV darf die Erlaubnis für die Veranstaltung und Vermittlung öffentlicher Glücksspiele nur erteilt werden, wenn die ordnungsrechtlichen Anforderungen des Glücksspielstaatsvertrags erfüllt werden. Ist dies der Fall, so ist über die Erteilung der Erlaubnis nach pflichtgemäßem Ermessen (Art. 40 LVwVfG Bayern) zu entscheiden; im Rahmen der Ermessensausübung ist den Zielen des § 1 GlüStV Rechnung zu tragen. Diese Ziele sind:

1. das Entstehen von Glücksspielsucht und Wettsucht zu verhindern und die Voraussetzungen für eine wirksame Suchtbekämpfung zu schaffen,
2. das Glücksspielangebot zu begrenzen und den natürlichen Spieltrieb der Bevölkerung in geordnete und überwachte Bahnen zu lenken, insbesondere ein Ausweichen auf nicht erlaubte Glücksspiele zu verhindern,
3. den Jugend- und den Spielerschutz zu gewährleisten,
4. sicherzustellen, dass Glücksspiele ordnungsgemäß durchgeführt, die Spieler vor betrügerischen Machenschaften geschützt und die mit Glücksspielen verbundene Folge- und Begleitkriminalität abgewehrt werden.

107 Die Ablehnung der Erlaubnis aus fiskalischen Gründen würde daher auf einer sachfremden Erwägung beruhen. Sie wird durch Art. 2 AGGlüStV nicht ermöglicht. Der in Bayern vorgesehene Erlaubnisvorbehalt beeinträchtigt deshalb nicht die praktische Wirksamkeit der gemeinschaftsrechtlichen Wettbewerbsregeln. Soweit er im Einzelfall in unzulässiger Weise zu wettbewerblichen Zwecken ausgeübt werden sollte, würde diese Anwendung eine nach den Art. 10, 81 EG unzulässige staatliche Maßnahme sein. Die grundsätzliche ge-

meinschaftsrechtliche Zulässigkeit des Erlaubnisvorbehalts (vgl. EuGH, Slg. 2007, I-1891 Tz. 65 - Placanica) wird jedoch durch die Möglichkeit seines Missbrauchs im Einzelfall nicht beseitigt.

108 (2) Bezüglich Brandenburg hat das Bundeskartellamt einen Verstoß von § 3 Abs. 1, § 4 Abs. 4 Nr. 1 des Gesetzes über öffentliche Lotterien, Ausspielungen und Sportwetten im Land Brandenburg vom 13. Juli 1994 (LotGBbg 1994) gegen Art. 10 EG i.V. mit Art. 81 EG angenommen. Danach durfte eine Erlaubnis für die Veranstaltung öffentlicher Lotterien oder Ausspielungen nicht erteilt werden, wenn die geplante Veranstaltung zu unververtretbaren Überschneidungen mit anderen Lotterien oder Ausspielungen geführt hätte.

109 An die Stelle des Lotteriegesetzes 1994 ist mit Wirkung vom 1. Januar 2008 das Gesetz über öffentliche Lotterien, Ausspielungen und Sportwetten im Land Brandenburg und zur Ausführung des Staatsvertrags zum Glücksspielwesen in Deutschland (LotGBbg 2008) vom 18. Dezember 2007 getreten. Das Lotteriegesetz 2008 enthält keine § 4 Abs. 4 LotGBbg 1994 entsprechende Bestimmung. § 3 Abs. 1 LotGBbg 2008 sieht weiter einen Erlaubnisvorbehalt vor. Die Voraussetzungen für die Erteilung der Erlaubnis entsprechen der bayerischen Neuregelung. Somit ist auch für Brandenburg nicht mehr festzustellen, dass es ein Landesgesetz ermöglicht, Tätigkeiten der Lottogesellschaften aus fiskalischen Gründen auf ihr jeweiliges Bundesland zu beschränken.

110 (3) Das Bundeskartellamt hat angenommen, § 3 Abs. 1 und 2 des Niedersächsischen Gesetzes über das Lotterie- und Wettwesen (NsLotG) vom 21. Juni 1997 sei wegen Verstoßes gegen Art. 10 EG i.V. mit Art. 81 EG nicht anzuwenden, weil diese Vorschrift den Wettbewerb anderer Landeslottogesellschaften ausschließe, indem sie eine Konzession für die Veranstaltung von

Zahlenlotto oder Sportwetten Wettunternehmen vorbehalten, an denen das Land unmittelbar oder mittelbar beteiligt sei.

111 Es bedarf keiner Prüfung, ob dieser Rechtsansicht zuzustimmen war. An die Stelle des Lotteriegengesetzes von 1997 ist zum 1. Januar 2008 das Niedersächsische Glücksspielgesetz (NsGlüSpG) vom 17. Dezember 2007 getreten. Anderen Lottogesellschaften kann nach § 3 Abs. 1, § 4 Abs. 1 NsGlüSpG die Erlaubnis zur Veranstaltung oder Durchführung von Glücksspielen erteilt werden, wenn die ordnungsrechtlichen Voraussetzungen des Glücksspielstaatsvertrags erfüllt werden; ist das der Fall, soll sie erteilt werden. Die Erlaubnis kann danach nicht aus fiskalischen Gründen versagt werden.

112 (4) Der Feststellungsausspruch des Beschwerdegerichts kann ferner nicht mit dem für Sachsen-Anhalt geltenden Landesrecht begründet werden. § 3 Abs. 2 des Glücksspielgesetzes schließt auch nach geltendem Recht den Wettbewerb anderer Landeslottogesellschaften aus, weil diese Bestimmung die Veranstaltung und Durchführung von Zahlenlotto und Sportwetten nur durch ein Unternehmen zulässt, dessen sämtliche Anteile dem Land gehören. Sachsen-Anhalt hat sich damit für ein Landesmonopol bei der Veranstaltung von Lotterien und Sportwetten entschieden. Das Beschwerdegericht hat sich mit der Zulässigkeit dieses Landesmonopols nicht auseinandergesetzt. Der von ihm neu gefasste Feststellungsausspruch in B Satz 2 des Verfügungstenors setzt aber voraus, dass nach dem jeweiligen Landesrecht eine Erteilung der Erlaubnis für andere Lottogesellschaften überhaupt möglich ist. Denn nur dann kommt eine - unzulässige - Versagung der Erlaubnis aus fiskalischen Gründen in Betracht.

113 Gegenstand des Rechtsbeschwerdeverfahrens ist der Beschlusstenor des Beschwerdegerichts. Dieser kann nicht dahin ausgelegt werden, dass er

Landesmonopole für Glücksspiele als Verstoß gegen Art. 10 EG i.V. mit Art. 81 EG ansieht.

114 (5) In Thüringen ist die Veranstaltung von Lotterien weiterhin ausschließlich dem Land vorbehalten (§ 2 Abs. 1 Satz 1 Thüringer Glücksspielgesetz). Die Ausführungen zu Sachsen-Anhalt gelten daher entsprechend.

115 (6) Daraus ergibt sich, dass für keines der geltenden Landesgesetze zum Glücksspielwesen ein Verstoß gegen Art. 10 EG i.V. mit Art. 81 EG dargelegt ist. Es ist auch nicht ersichtlich, dass ein solcher Verstoß droht.

116 d) Soweit die Abstellungsverfügungen unter B 1 bis 3 nicht gegenstandslos sind (Bezugnahme auf § 5 Abs. 3 Lotteriestaatsvertrag und die Landesgesetze zum Glücksspielwesen), erweisen sie sich auf der Grundlage von § 32 GWB als rechtmäßig.

117 aa) Den Betroffenen kann untersagt werden, die wettbewerbsbeschränkende Regelung des § 2 Blockvertrag zu befolgen und im Hinblick darauf ihr Vertriebsgebiet auf ihr jeweiliges Bundesland zu beschränken. Die Verfügung zu B 1 verpflichtet die Lottogesellschaften dazu, eine von § 2 Blockvertrag unabhängige autonome Entscheidung darüber zu treffen, ob sie ihren Vertrieb auf andere Bundesländer ausdehnen und die dafür erforderliche Genehmigung dieser Bundesländer einholen wollen. Die Genehmigung darf nur aus tatsächlich gegebenen ordnungsrechtlichen und nicht aus wettbewerblichen oder fiskalischen Gründen versagt werden.

118 bb) Mit der Abstellungsverfügung zu B 2 wird den Betroffenen - unter Berücksichtigung der zwischenzeitlichen Rechtsänderungen - untersagt, ihren Internetvertrieb in Befolgung von § 2 Blockvertrag auf Spielteilnehmer des Bun-

deslandes zu beschränken, in dem die Lottogesellschaft ihren Sitz hat. Derzeit hält diese Abstellungsverfügung rechtlicher Nachprüfung stand.

119 Zwar sind das Veranstellen und das Vermitteln öffentlicher Glücksspiele seit 1. Januar 2008 gemäß § 4 Abs. 4 GlüStV im Internet verboten. Dieses Verbot entzieht der Abstellungsverfügung zu B 2 ab 1. Januar 2009 die Grundlage. Der Internetvertrieb von Glücksspielen ist aber bis zum 31. Dezember 2008 noch im Rahmen der engen Übergangsregelung des § 25 Abs. 6 GlüStV zulässig. Im Hinblick darauf kann die Verfügung zu B 2 derzeit nicht als gegenstandslos angesehen werden.

120 Ab 1. Januar 2009 ist § 4 Abs. 4 GlüStV zu beachten. Die Kommission hält zwar das Verbot des § 4 Abs. 4 GlüStV für unvereinbar mit dem Gemeinschaftsrecht und hat deswegen ein Vertragsverletzungsverfahren gegen Deutschland eingeleitet. Solange die Gemeinschaftswidrigkeit des § 4 Abs. 4 GlüStV aber nicht festgestellt ist, ist diese Vorschrift zu beachten.

121 cc) Mit der Verfügung zu B 3 in der Fassung des angefochtenen Beschlusses wird den Betroffenen - unter Berücksichtigung der zwischenzeitlichen Rechtsänderungen - untersagt,

in Befolgung von § 2 Blockvertrag Spielverträge mit Spielinteressenten aus anderen Mitgliedstaaten 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.

122 Das Beschwerdegericht hat es als Ziel dieser Anordnung erkannt, zu verhindern, dass die Lottogesellschaften die vereinbarte Gebietsaufteilung auch bei Spielumsätzen aus anderen Mitgliedstaaten der Gemeinschaft praktizieren,

die ihnen von gewerblichen Spielvermittlern vermittelt werden. Es hat die Begehungsfahr mit der umfassenden Gebietsabsprache in § 2 Blockvertrag begründet, deren Anwendung auch auf ausländische Spielumsätze nahelege.

- 123 Die Verfügung zu B 3 ist auf der Grundlage von § 32 GWB rechtmäßig. Die Rechtsbeschwerde greift die Ausführungen des Beschwerdegerichts nicht an, sondern wendet sich gegen die ursprüngliche Verfügung des Bundeskartellamts. Diese ist aber nicht Gegenstand des Rechtsbeschwerdeverfahrens.

III.

Regionalisierungsstaatsvertrag

- 124 Die unter C des Beschlusstextes getroffenen Abstellungsverfügungen halten rechtlicher Nachprüfung stand. Hingegen ist der Feststellungsausspruch aus den oben unter B II 2 a dargelegten Gründen unzulässig.

- 125 1. Das Beschwerdegericht hat im Einklang mit dem Bundeskartellamt angenommen, dass der Regionalisierungsstaatsvertrag gegen Art. 10 EG i.V. mit Art. 81 EG verstößt. Er verstarke die wettbewerbsbeschränkende Wirkung von § 2 Blockvertrag, weil durch die Umverteilung der gewerblich vermittelten Spielereinnahmen nach dem Verhältnis der von den Lottogesellschaften im Übrigen erzielten Einnahmen für diese weitgehend der Anreiz entfalle, sich im Wettbewerb mit Hilfe gewerblicher Spielvermittler um Spielinteressenten zu bemühen. Die Übereinkunft, den Lottogesellschaften höchstens 12% der gewerblich vermittelten Umsätze als regionalisierungsfreie Einnahme zu belassen, dämpfe außerdem den Wettbewerb der Lottogesellschaften als Nachfrager für gewerbliche Spielvermittlung. Das lässt keinen Rechtsfehler erkennen.

- 126 2. Das Verbot des Art. 10 EG i.V. mit Art. 81 EG gilt auch für staatlich veranlasste Wettbewerbsbeschränkungen, die in Gestalt von Ausgleichszahlungen zwischen Bundesländern erfolgen. Die Finanzhoheit der Länder wird dadurch, anders als die Rechtsbeschwerde meint, nicht in Frage gestellt.
- 127 Zutreffend hat das Beschwerdegericht auch den Einwand der Betroffenen zurückgewiesen, die Regionalisierung der Umsätze erfolge ausschließlich aus ordnungsrechtlichen Gründen, um einer Ausuferung der gewerblichen Spielvermittlung zu begegnen. Schon die vom Beschwerdegericht in seiner Entscheidung wiedergegebenen Zitate belegen anschaulich, dass fiskalische und wettbewerbsbeschränkende Zwecke verfolgt wurden.
- 128 3. Der Regionalisierungsstaatsvertrag ist nicht nach Art. 86 Abs. 2 EG gerechtfertigt. Es ist weder festgestellt noch ersichtlich, dass die Lottogesellschaften ohne den Regionalisierungsstaatsvertrag einseitig durchsetzbaren Provisionsforderungen der gewerblichen Spielvermittler ausgesetzt wären, die ihre Tätigkeit im Rahmen der Kanalisierung der Glücksspielsucht gefährden könnten. Zudem hat die Rechtsbeschwerde nicht nachvollziehbar ausgeführt, welcher Zusammenhang zwischen übermäßigen Spieleinsätzen, gewerblichen Spielvermittlern und dem Regionalisierungsstaatsvertrag bestehen soll. Ein aggressives Werbeverhalten von Spielvermittlern kann auf der Grundlage von § 5 GlüStV ohne weiteres ordnungsrechtlich unterbunden werden.
- 129 4. Aus den zu A II 2 a dargelegten Gründen konnte die Abstellungsverfügung zu C auch gegen die Lottogesellschaften gerichtet werden. Es kommt dabei nicht darauf an, ob die Lottogesellschaften aufgrund ihrer Mitwirkung an dem im Regionalisierungsstaatsvertrag vorgesehenen Informationsaustausch selbst im Sinne einer abgestimmten Verhaltensweise gegen Art. 81 EG verstoßen.

130 5. Da die gegen Art. 10 EG i.V. mit Art. 81 EG verstoßende Regionalisierung der Einnahmen aus gewerblicher Spielvermittlung auf den nach § 3 des Regionalisierungsstaatsvertrags mitgeteilten Informationen beruht und die Länder diese Informationen nur von den Lottogesellschaften erhalten können, ist die Untersagungsverfügung zu C a ebenfalls rechtmäßig.

131 6. Auch gegen die Verfügung zu C b bestehen keine Bedenken. Aufgrund der im Regionalisierungsstaatsvertrag getroffenen Begrenzung der regionalisierungsfreien Einnahmen auf höchstens 12% der gewerblich vermittelten Umsätze haben die Lottogesellschaften einen wirtschaftlichen Anreiz, Vermittlern keine höheren Provisionen zu zahlen. Es besteht deshalb die naheliegende Gefahr, dass sie die Begrenzung bei Provisionsverhandlungen berücksichtigen. Unerheblich ist, ob dies in der Vergangenheit tatsächlich schon der Fall war.

C.

Zur Anschlussrechtsbeschwerde

132 Die Anschlussrechtsbeschwerde des Bundeskartellamts ist zulässig (vgl. BGH, Beschl. v. 15.4.1986 - KVR 1/85, WuW/E 2271, 2274 - Taxigenossenschaft), aber unbegründet.

133 I. Die für die Zulässigkeit der Anschlussrechtsbeschwerde erforderliche Beschwer des Bundeskartellamts liegt vor. Der Tenor des Beschwerdegerichts lässt zwar ein Teilunterliegen des Amtes nicht erkennen. Wie der Senat aber bereits im Beschluss vom 8. Mai 2007 im Eilverfahren ausgeführt hat, war die Verfügung zu B dahin auszulegen, dass sie eine Begrenzung der Tätigkeit der Lottogesellschaften anderer Bundesländer aus ordnungsrechtlichen Gründen

nur noch nachträglich erlaubte und die Anwendung eines landesrechtlichen Erlaubnisvorbehalts ausschloss (BGH WuW/E DE-R 2035 Tz. 40 - Lotto im Internet, vgl. Verfügung BKartA Tz. 604-611). Demgegenüber hält das Beschwerdegericht die Länder für berechtigt, die Tätigkeit der Lottogesellschaft eines anderen Bundeslandes von ihrer vorherigen Zustimmung abhängig zu machen, die nicht aus fiskalischen, sondern nur aus ordnungsrechtlichen Gründen abgelehnt werden könne. Da der Tenor der Entscheidung des Beschwerdegerichts unter Heranziehung dieser Ausführungen in den Gründen auszulegen ist, ist das Bundeskartellamt materiell beschwert.

134 II. Die Anschlussrechtsbeschwerde ist jedoch unbegründet. Die Lottogesellschaften haben vor einer Ausdehnung ihrer Tätigkeit in andere Bundesländer einen nach deren Landesrecht bestehenden Erlaubnisvorbehalt zu beachten. Dieser Erlaubnisvorbehalt verstößt weder gegen Art. 10 EG i.V. mit Art. 81 EG, noch kommt bei dem der Anschlussrechtsbeschwerde zugrunde liegenden Sachverhalt ein Verstoß gegen die gemeinschaftsrechtliche Dienstleistungsfreiheit (Art. 49 EG) in Betracht.

135 1. Die Anschlussrechtsbeschwerde meint, dass der Erlaubnisvorbehalt unverhältnismäßig und damit wegen Verstoßes gegen vorrangiges Gemeinschaftsrecht (Art. 10 i.V. mit Art. 81 EG) unbeachtlich sei. Dem kann nicht beigetreten werden. Selbst wenn der Erlaubnisvorbehalt unverhältnismäßig wäre, würde sich daraus allein keine Zuwiderhandlung gegen Art. 10 EG i.V. mit Art. 81 EG ergeben. Die Anschlussrechtsbeschwerde legt nicht dar, welche Kartellabsprache der Lottogesellschaften durch den Erlaubnisvorbehalt in den mit der Neuregelung des Glücksspielwesens durch den Glücksspielstaatsvertrag in Kraft getretenen Landesgesetzen vorgeschrieben, erleichtert oder in ihrer Wirkung verstärkt werden soll (vgl. EuGH WuW/E EU-R 727 Tz. 45 - CIF).

Allein die seit 1. Januar 2008 geltenden Landesgesetze können Gegenstand der Prüfung im Zusammenhang mit der Anschlussrechtsbeschwerde sein.

136 Es spricht nichts dafür, dass der Erlaubnisvorbehalt dazu dient, eine kartellrechtswidrige Gebietsaufteilung unter den Lottogesellschaften abzusichern. Zweck des Erlaubnisvorbehalts ist es vielmehr erkennbar, die auch nach Auffassung des Bundeskartellamts aner kennenswerten Gemeinwohlbelange des § 1 GlüStV ordnungsrechtlich durchzusetzen. Das bei der Entscheidung über die Erlaubnis eingeräumte Ermessen darf nur diesem Zweck entsprechend ausgeübt werden (vgl. § 40 VwVfG).

137 Auch in dem von der Anschlussrechtsbeschwerde zugrunde gelegten Fall, dass eine bundeseinheitlich angebotene Lotterie oder Sportwette von der Lottogesellschaft eines Bundeslandes über das Internet in anderen Bundesländern vertrieben werden soll, kann der Erlaubnisvorbehalt nicht als solcher, sondern allenfalls aufgrund konkret festzustellender Umstände seine Anwendung im Einzelfall als Verstärkung der wettbewerbswidrigen Regionalisierung im Blockvertrag wirken. Selbst bei dieser Form der Vertriebsausweitung erscheint aber keineswegs jede Versagung der Erlaubnis ermessensfehlerhaft. So ist - die grundsätzliche Zulässigkeit des Internetvertriebs unterstellt - durchaus denkbar, dass die Länder Einzelheiten dieses Vertriebs aus ordnungsrechtlichen Gründen abweichend regeln. Es könnten etwa unterschiedliche Anforderungen hinsichtlich der Registrierung der Spieler, des Jugendschutzes oder der maximalen Höhe des Einsatzes bestehen. Das ist aufgrund der ordnungsrechtlichen Lotteriehochheit der Länder zulässig und wird vom Glücksspielstaatsvertrag vorausgesetzt (vgl. § 24 GlüStV).

138 2. Bei dem von der Anschlussrechtsbeschwerde vorausgesetzten Sachverhalt ist der Erlaubnisvorbehalt auch nicht unbeachtlich, weil er gegen die

gemeinschaftsrechtliche Dienstleistungsfreiheit (Art. 49 EG) verstößt. Art. 49 EG findet hier von vornherein keine Anwendung, weil es an einem grenzüberschreitenden Element fehlt.

139 Glücksspiele sind Dienstleistungen i.S. von Art. 50 EG. Art. 49 EG verbietet jedoch nur Beschränkungen des Dienstleistungsverkehrs für Angehörige der Mitgliedstaaten, die in einem anderen Staat der Gemeinschaft als demjenigen des Leistungsempfängers ansässig sind. Dementsprechend verlangt Art. 49 EG nur dann die Aufhebung von Beschränkungen, die unterschiedslos für inländische Dienstleistende wie für solche aus anderen Mitgliedstaaten gelten, wenn diese Beschränkungen geeignet sind, die Tätigkeiten eines Dienstleistenden, der in einem anderen Mitgliedstaat ansässig ist und dort rechtmäßig ähnliche Dienstleistungen erbringt, zu unterbinden oder zu behindern (EuGH, Urt. v. 29.11.2001 - C-17/00, Slg. 2001, I-9445 = EWS 2002, 83 Tz. 29 - De Coster, m.w.N.). Die Bestimmungen des EG-Vertrags über den freien Dienstleistungsverkehr sind nicht auf Betätigungen anwendbar, von deren Merkmalen keines über die Grenzen eines Mitgliedstaats hinausweist (EuGH, Urt. v. 11.4.2000 - C-51/96, Slg. 2000, I-2549 = NJW 2000, 2011 Tz. 58 - Deliège, m.w.N., vgl. in diesem Sinne zur Warenverkehrsfreiheit auch EuGH, Urt. v. 5.12.2000 - C-448/98, Slg. 2000, I-10663 = EuZW 2001, 158 Tz. 21 - Guimont, m.w.N.). Das hat der Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften auch für die Vermittlung von Glücksspielen ausdrücklich bestätigt (EuGH, Urt. v. 13.11.2003 - C-42/02, Slg. 2003, I-13519 Tz. 19 - Lindman). Dementsprechend war in allen von der Anschlussrechtsbeschwerde zitierten Entscheidungen des Gerichtshofs ein solcher grenzüberschreitender Bezug gegeben. Auch die Kommission hat diesen grenzüberschreitenden Bezug zur Begründung der Vertragsverletzung hinsichtlich der Bestimmungen des Glücksspielstaatsvertrags, die nach ihrer Auffassung gegen das Gemeinschaftsrecht verstoßen, dargelegt (vgl. Aufforderungsschreiben der Kommission v. 31.1.2008, S. 4, 13, 15).

140 Der hier zu entscheidende Sachverhalt weist keinen grenzüberschreitenden Bezug auf. Gegenstand der Anschlussrechtsbeschwerde ist nur der Vertrieb bundeseinheitlich eingeführter Glücksspiele in anderen Bundesländern durch die (deutschen) Lottogesellschaften selbst. Ausdrücklich nicht zur Entscheidung steht die Vermittlung solcher Spiele durch private Unternehmen wie gewerbliche Spielvermittler. In dem rein innerstaatlichen Verhältnis zwischen Behörden und Lottogesellschaften eines Mitgliedstaates findet Art. 49 EG, wie der Senat schon im Eilverfahren ausgeführt hat (BGH WuW/E DE-R 2035 Tz. 42 - Lotto im Internet), keine Anwendung. Aus Art. 49 EG ergibt sich kein allgemeiner Anspruch auf Deregulierung (Parche in Schulze/Zuleeg, Europarecht, § 10 Rdn. 15).

141 Zwar kann der Erlaubnisvorbehalt grundsätzlich grenzüberschreitende Auswirkungen haben, etwa weil er auch für gewerbliche Spielvermittler aus anderen Mitgliedstaaten gilt, die ihr Geschäft auf Deutschland ausdehnen möchten (vgl. Aufforderungsschreiben der Kommission v. 31.1.2008, S. 15). Für die Anwendbarkeit von Art. 49 EG in einem Verfahren vor einem Gericht der Mitgliedstaaten kommt es aber nicht darauf an, ob sich eine Beschränkung abstrakt unter bestimmten Voraussetzungen grenzüberschreitend auswirken kann, sondern darauf, ob dies konkret in dem von dem Gericht zu entscheidenden Fall so ist. Auf den von der Anschlussrechtsbeschwerde zur Entscheidung gestellten Sachverhalt, der keinen grenzüberschreitenden Bezug hat, ist Art. 49 EG deshalb nicht anwendbar (vgl. EuGH EuZW 2001, 158 Tz. 21 - Guimont).

142 3. Der Hilfsantrag der Anschlussrechtsbeschwerde kann aus denselben Gründen keinen Erfolg haben.

D.

143 Die Kostenentscheidung beruht auf § 78 GWB.

Tolksdorf

Bornkamm

Raum

Strohn

Kirchhoff

Vorinstanz:

OLG Düsseldorf, Entscheidung vom 08.06.2007 - VI-Kart 15/06 (V) -