

B 10 – 92713 – Kc - 148/05

**FÜR DIE
VERÖFFENTLICHUNG
BESTIMMT**

**VERWALTUNGSVERFAHREN
VERFÜGUNG GEMÄSS
§ 32 GWB**

BESCHLUSS

In dem Verwaltungsverfahren

1. Deutscher Lotto- und Totoblock
vertreten durch die Land Brandenburg Lotto GmbH
Steinstraße 104 – 106
14480 Potsdam
2. Staatliche Toto-Lotto GmbH Baden-Württemberg
Nordbahnhofstraße 201
70191 Stuttgart
3. Staatliche Lotterieverwaltung Bayern
Karolinenplatz 4
80333 München
4. Deutsche Klassenlotterie Berlin
Rechtsfähige Anstalt des öffentlichen Rechts
Brandenburgische Str. 36
10707 Berlin
5. Land Brandenburg Lotto GmbH
Steinstraße 104 – 106
14480 Potsdam
6. Bremer Lotto und Toto GmbH
Schwachhauser Heerstraße 111-115
28211 Bremen
7. Lotterie-Treuhandgesellschaft mbH Hessen
Rosenstr. 5-9
65189 Wiesbaden

8. Verwaltungsgesellschaft Lotto und Toto in Mecklenburg-Vorpommern mbH
Erich Schlesinger Str. 36
18059 Rostock
9. Westdeutsche Lotterie GmbH & Co. OHG
Weseler Str. 108-112
48151 Münster
10. Lotto Rheinland-Pfalz GmbH
Ferdinand-Sauerbruch-Straße 2
56073 Koblenz
11. Saarland-Sporttoto GmbH
Saaruferstr. 17
66117 Saarbrücken
12. Sächsische Lotto-GmbH
Oststr. 105
04317 Leipzig
13. NordwestLotto Schleswig-Holstein GmbH & Co. KG
Andreas-Gayk-Str. 19/21
24103 Kiel
14. Lotterie-Treuhandgesellschaft mbH Thüringen
Fröhliche-Mann-Str. 3b
98528 Suhl
15. Toto-Lotto Niedersachsen GmbH
Am TÜV 2+4
30519 Hannover
16. Lotto-Toto GmbH Sachsen-Anhalt
Stresemannstr. 18
39104 Magdeburg
17. Nordwest Lotto und Toto Hamburg Verwaltungsgesellschaft m.b.H.
Überseering 4
22297 Hamburg

- Verfahrensbevollmächtigte zu 1. bis zu 17.:

Rechtsanwälte Haver & Mailänder
Lenzhalde 83 – 85
70192 Stuttgart -

18. Freie und Hansestadt Hamburg
Rathausmarkt 1
20095 Hamburg

- Verfahrensbeteiligte -

19. Jaxx GmbH
Eggerstedtstraße 1
24103 Kiel

- Verfahrensbevollmächtigte: Rechtsanwälte Redeker Sellner Dahs
& Widmaier
Kurfürstendamm 218
10719 Berlin -

- Beigeladene zu 1. -

20. FABER Lotto-Service KG
Marktstr. 79
44778 Bochum

- Verfahrensbevollmächtigte: Rechtsanwälte Hengeler Mueller
Benrather Straße 18 - 20
40213 Düsseldorf -

- Beigeladene zu 2. -

21. Tipp 24 AG
Straßenbahnring 11-13
20251 Hamburg

- Verfahrensbevollmächtigte: Rechtsanwälte White & Case
Jungfernstieg 51
20354 Hamburg

- Beigeladene zu 3. -

zur Prüfung eines Verstoßes gegen §§ 1, 21 GWB und Art. 81, 82 EG hat die 10. Beschlussabteilung am 23. August 2006 beschlossen:

- 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 nicht anzunehmen, hat gegen Art. 81 EG und § 1 GWB sowie gegen § 21 Abs. 1 GWB und Art. 82 EG verstoßen.
1. Den Beteiligten zu 1. bis zu 18. wird daher nach § 32 GWB untersagt, die Gesellschaften des Deutschen Lotto- und Totoblocks aufzufordern, durch terrestrische Vermittlung gewerblicher Spielvermittler erzielte Spielumsätze generell nicht anzunehmen.
 2. Den Beteiligten zu 2. bis zu 18. wird nach § 32 GWB untersagt, den unter 1. bezeichneten Beschluss des Rechtsausschusses des Deutschen Lotto- und Totoblocks weiter umzusetzen und sich bei ihrer Geschäftstätigkeit daran zu halten.
 3. Ferner werden den Beteiligten zu 2. bis zu 18. nach § 32 GWB alle gegen gewerbliche Spielvermittler gerichteten Maßnahmen, wie insbesondere Abmahnungen oder Vertragskündigungen, untersagt, die von den Beteiligten zu 2. bis zu 18. deshalb ergriffen werden, weil die gewerblichen Spielvermittler ordnungsbehördlich zugelassene Glücksspiele über terrestrische Vermitt-

lungsstellen vermitteln, und die auf die Behauptung von Verstößen der gewerblichen Spielvermittler gegen das Ordnungsrecht gestützt werden, ohne dass eine Ordnungsbehörde diesen Verstoß zuvor bestandskräftig festgestellt hat, oder im Falle der Einlegung von Rechtsmitteln ein Gericht diesen Verstoß rechtskräftig festgestellt hat. Ferner wird den Beteiligten zu 2. bis zu 18. untersagt, gewerbliche Spielvermittler zu Zusagen zu veranlassen, die terrestrische Spielvermittlung in einer bestimmten Art und Weise zu unterlassen oder nicht aufzunehmen, deren Unvereinbarkeit mit ordnungsrechtlichen Vorschriften nicht in einem behördlichen Verfahren bestandskräftig festgestellt worden ist, oder im Falle der Einlegung von Rechtsmitteln von einem Gericht rechtskräftig festgestellt wurde.

4. Den Beteiligten zu 2. bis zu 18. wird außerdem nach § 32 GWB untersagt, sich im Rahmen ihrer Geschäftstätigkeit an alle staatlichen Maßnahmen, wie Gesetze, Verordnungen, Verwaltungsakte und Weisungen zu halten, die dazu dienen, dem unter 1. bezeichneten Beschluss des Rechtsausschusses des Deutschen Lotto- und Totoblocks weitere Wirksamkeit zu verschaffen.
5. Nach § 65 Abs. 1 GWB wird die sofortige Vollziehung der Untersagungen nach 1. bis 4. angeordnet, soweit sie auf § 32 GWB i.V.m. § 21 Abs. 1 GWB gestützt sind.

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

1. Den Verfahrensbeteiligten zu 2. bis zu 18. wird daher nach § 32 GWB untersagt, ihr jeweiliges Vertriebsgebiet für Lotterien und Sportwetten unter Beachtung von § 2 Blockvertrag und § 5 Abs. 3 Lotteriestaatsvertrag und den Landesgesetzen zum Glücksspielwesen auf das Gebiet des Bundeslandes zu beschränken, in dem sie über eine Genehmigung für die von ihnen angebotenen Glücksspiele verfügen.
2. Insbesondere wird den Verfahrensbeteiligten zu 2. bis zu 18. untersagt, ihren Internetvertrieb aus diesem Grund auf Spielteilnehmer des Bundeslandes zu beschränken, die ihren Wohnsitz im Land der Lottogesellschaft haben.
3. Ferner wird den Verfahrensbeteiligten zu 2. bis zu 18. untersagt, Maßnahmen gegen gewerbliche Spielvermittler zu ergreifen, die Spielverträge mit Spielinteressenten aus anderen Mitgliedstaaten der Europäischen Union an die Verfahrensbeteiligten zu 2. bis zu 18. vermitteln, soweit die Spielteilnahme und die Vermittlung nach dem Recht des Staates, in dem die Spielinteressenten ihren Spielschein abgeben, zulässig ist.

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

Den Beteiligten zu 2. bis 18. wird daher nach § 32 GWB untersagt, den Staatsvertrag über die Regionalisierung von Teilen der von den Unternehmen

des Deutschen Lotto- und Totoblocks erzielten Einnahmen durchzuführen, soweit sie

- den Bundesländern den von gewerblichen Spielvermittlern stammenden Anteil an der Summe der Spieleinsätze und der vereinnahmten Bearbeitungsgebühren getrennt für jede gemeinsame Veranstaltung von Glücksspielen des Deutschen Lotto- und Totoblocks sowie die auf diesen Anteil entfallende Gewinnausschüttung und Bearbeitungsentgelt für die Zwecke der Regionalisierung nach § 3 des Staatsvertrages mitteilen,
- die Pauschalen gem. § 4 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 und 3 des Staatsvertrages über die Regionalisierung von Teilen der von den Unternehmen des Deutschen Lotto- und Totoblocks erzielten Einnahmen bei den Provisionsverhandlungen mit gewerblichen Spielvermittlern berücksichtigen.

D. Die Gebühr für die Entscheidung wird auf [...] Euro festgesetzt.

E. Jede fahrlässige oder vorsätzliche Zuwiderhandlung gegen die vollziehbaren Anordnungen zu A.1 bis A.4, zu B.1 bis B.3 und zu C. stellt eine mit Bußgeld bedrohte Ordnungswidrigkeit dar (§ 81 Abs. 2 Nr. 2 lit. a GWB), die nach § 81 Abs. 4 GWB mit einer Geldbuße von bis zu einer Million Euro, bei Unternehmen darüber hinaus bis zu 10% des jeweils im vorausgegangenen Geschäftsjahr erzielten Gesamtumsatzes geahndet werden kann.

GRÜNDE

A. EINLEITENDE KURZZUSAMMENFASSUNG

Die Beschlussabteilung hat drei Verhaltenskomplexe der Lottogesellschaften auf ihre Vereinbarkeit mit den Regeln des deutschen und des europäischen Kartellrechts untersucht: erstens die Aufforderung der Mitglieder des Rechtsausschusses des Deutschen Lotto- und Totoblocks (im Folgenden: DLTB) an alle Lottogesellschaften, keine Spieleinsätze aus gewerblicher terrestrischer Spielvermittlung¹ anzunehmen, zweitens die Vereinbarung der Lottogesellschaften im Blockvertrag, Lotterien und Sportwetten jeweils nur in dem Bundesland anzubieten, in dem sie eine Genehmigung haben (sog. Regionalitätsprinzip), und drittens die Information der Bundesländer über den von gewerblichen Spielvermittlern stammenden Anteil an der Summe der Spieleinsätze und der vereinnahmten Bearbeitungsgebühren sowie die darauf entfallende Gewinnausschüttung und das Bearbeitungsentgelt durch die Lottogesellschaften zum Zweck der Aufteilung der Spieleinsätze unter den Bundesländern. Im Ergebnis verstoßen alle drei Verhaltensweisen der Lottogesellschaften gegen europäisches und deutsches Kartellrecht.

Im Rahmen der Untersuchung hat das Bundeskartellamt den besonderen rechtlichen und tatsächlichen Rahmen beim Angebot von Glücksspielen in Deutschland berücksichtigt:

In Deutschland ist die Veranstaltung und Durchführung von Sportwetten sowie von Lotterien, deren Ziehungsergebnisse öfter als zweimal wöchentlich erfolgt, deren Höchstgewinn 1 Mio. € übersteigt oder die einen planmäßigen Jackpot ausspielen, nach den Regeln des Staatsvertrages der Bundesländer zum Lotte-

¹ Es handelt sich bei der gewerblichen terrestrischen Spielvermittlung um die Vermittlung von Glücksspielen in ortsgebundenen Vermittlungsstellen, wie beispielsweise in Supermärkten und Tankstellen. Hier und im Folgenden wird der Begriff verwendet, weil er branchenüblich ist.

riewesen in Deutschland den maßgeblich von den Bundesländern kontrollierten Lottogesellschaften vorbehalten. Wer öffentliche Lotterien und Glücksspiele veranstaltet oder bewirbt, für die keine behördliche Erlaubnis erteilt wurde, macht sich nach §§ 284 bis 287 StGB strafbar. Neben den Lotterien der Lottogesellschaften (Zahlenlotto, Spiel 77, Super 6, Keno, Plus 5, GlücksSpirale, Rubbellose, Losbrieflotterien) existieren mit der NKL Nordwestdeutsche Klassenlotterie und der SKL Süddeutsche Klassenlotterie zwei Klassenlotterien als Staatslotterien verschiedener Bundesländer. Ferner gibt es die ARD Fernsehlotterie und die ZDF Aktion Mensch. Sportwetten werden in Deutschland von den Lottogesellschaften (Fußballtoto, ODDSET) angeboten. Daneben existieren vier private Unternehmen, die mit einer Gewerbeerlaubnis aus Zeiten der DDR in Deutschland Sportwetten anbieten. Das Bundesverwaltungsgericht hat mittlerweile entschieden, dass eine vor dem 3. Oktober 1990 von einem Hoheitsträger in der damaligen DDR erteilte gewerberechtliche Erlaubnis zur Veranstaltung von Sportwetten es nicht rechtfertigt, in Bayern solche Wetten zu veranstalten oder zu vermitteln. Noch nicht geklärt ist, in welchem Umfang diese Erlaubnisse eine bundesweite Tätigkeit über das Internet erlauben. Zudem wurde dem mittlerweile unter bwin firmierenden Sportwettenveranstalter betandwin am 10. August 2006 untersagt, auf der Grundlage der Gewerbe genehmigung des Kreises Löbau von 1990 Sportwetten anzubieten.² Ferner gehen die Behörden auch gegen die Wettunternehmen Deutsche Sportwetten-Gesellschaft und digibet vor.³

Aufgrund des sog. Regionalitätsprinzips nach § 2 des Blockvertrages der deutschen Lotto- und Totounternehmen vertreiben die Lottogesellschaften ihre Produkte nur innerhalb des jeweiligen Bundeslandes, in dem sie ihren Sitz haben. Hierzu bedienen sie sich primär terrestrischer Lotto-Annahmestellen, die ihren Sitz innerhalb dieses Bundeslandes haben, daneben dem Direktvertrieb im Internet und per SMS, der lediglich Spielern mit Wohnort im jeweiligen Bundesland offen steht. Das Regionalitätsprinzip teilt Deutschland anhand der Grenzen der Bundesländer in 16 Gebiete auf, in denen jeweils eine Lottogesellschaft Lotterien und Sportwetten anbietet. Hierdurch wurde zunächst sicher gestellt, dass die Einwohner eines Bundeslandes nur bei der Lottogesellschaft spielen können, in deren Vertriebsgebiet sie wohnen. Wettbewerb zwischen den Lottogesellschaften gab es zunächst nur an den Grenzen der Bundesländer, wo Spielinteressenten Lotto-Annahmestellen verschiedener Lottogesellschaften aufsuchen können.

Mit der Tätigkeit gewerblicher Spielvermittler, wie Faber, setzte zunehmender Wettbewerb der Lottogesellschaften um Spielverträge und Einsätze der Verbraucher ein. Die gewerblichen Spielvermittler sind nicht an das Regionalitätsprinzip gebunden und akquirieren im Internet bzw. im Postversand und durch Call-Center Spielaufträge von Verbrauchern aus der ganzen Bundesrepublik und vermitteln diese zum überwiegenden Teil gegen Provision an eine oder mehrere Lottogesellschaften ihrer Wahl, mit der dann der Verbraucher einen Lotterievertrag schließt. Dies bedeutet für die Lottogesellschaften einerseits, dass die Einwohner des Bundeslandes, in dem sie ihren Sitz haben, auch mit anderen Lottogesellschaften Lotterieverträge abschließen können und ihnen damit Spieleinsätze verloren gehen, andererseits aber auch die Möglichkeit, zusätzliche Spielverträge und damit verbundene Einsätze aus ganz Deutschland entgegenzunehmen. Für die spielinteressierten Verbraucher stellt die Tätigkeit der gewerblichen Spielvermittler zunächst eine Erweiterung des Lotterie-Angebotes dar. Sie sind

² Pressemitteilung des Sächsischen Innenministeriums vom 10.08.06, www.sachsen.de; Bl. 3933 d.A.

³ Financial Times Deutschland vom 14.08.06, S. 5 „Verbote treffen weitere Wettfirmen“; Bl. 3932 d.A.

nicht mehr darauf beschränkt, nur das Angebot der Lottogesellschaft ihres Heimatbundeslandes zu nutzen, sondern können über gewerbliche Spielvermittler auswählen und auch das Angebot anderer Lottogesellschaften in Anspruch nehmen und mit diesen Verträge schließen. Außerdem können sie sich organisierten Spielgemeinschaften anschließen. Viele Verbraucher empfinden das Angebot, den Spielschein in einem Geschäftslokal abgeben zu können, im Vergleich zum Spiel über das Internet oder den Postversand als bequemer, weshalb der weitaus größte Teil der Spieleinsätze der Lottogesellschaften über die terrestrischen Lotto-Aannahmestellen eingezahlt wird.

Um den Wettbewerb um die Spieleinnahmen zu beenden, die von gewerblichen Spielvermittlern akquiriert wurden, beschlossen die Lottogesellschaften bereits 1995, gewerbliche organisierte Spielgemeinschaften und deren Mitglieder von der Spielteilnahme auszuschließen. Dies wurde vom Bundeskartellamt untersagt. Die Untersagung wurde 1999 vom Bundesgerichtshof bestätigt. 2005 meldeten Lotto Hessen, Lotto Rheinland-Pfalz und Lotto Baden-Württemberg beim Bundeskartellamt das Vorhaben an, die gemeinsame Kontrolle über den führenden gewerblichen Spielvermittler Tipp 24 zu erwerben, wobei offen gelassen wurde, ob Tipp 24 künftig allen Lottogesellschaften als sog. Blockdienstleister zur Verfügung stehen soll. Dieses Vorhaben wurde vom Bundeskartellamt abgemahnt und daraufhin aufgegeben.

Aufgrund der hohen Marktzutrittsschranken, die sich aus den im Lotteriestaatsvertrag und den ausführenden Landesgesetzen ergebenden Zulassungsanforderungen für Veranstalter von Glücksspielen ergeben, und wegen des Regionalitätsprinzips, das eine bundesweite Tätigkeit der Lottogesellschaften verhindert, verfügen die Lottogesellschaften auf den jeweiligen Regionalmärkten über marktbeherrschende Stellungen mit Marktanteilen von über 80%.

I. DIE AUFFORDERUNG DES RECHTSAUSSCHUSSES DES DLTB

Die Aufforderung des Rechtsausschusses verstößt nach den Feststellungen des Bundeskartellamts gegen Art. 81 EG, § 1 GWB, § 21 Abs. 1 GWB und Art. 82 EG.

Der gewerbliche Spielvermittler Fluxx beabsichtigt neben der Tätigkeit im Internet, die gewerbliche Spielvermittlung für Lotterien in stationären Vermittlungsstellen wie beispielsweise in Filialen großer Einzelhandelsunternehmen und in Tankstellen anzubieten. Hierdurch würde der Kreis der Spielinteressenten, die künftig über gewerbliche Spielvermittler Spielverträge bundesweit abschließen können, erweitert. Da schon bislang erhebliche Summen an Spieleinsätzen und Bearbeitungsgebühren von den Lottogesellschaften über gewerbliche Spielvermittler eingenommen wurden, und derzeit über 90% der Spielaufträge in den terrestrischen Lotto-Aannahmestellen abgegeben werden, erwarten die Lottogesellschaften, dass beim Aufbau terrestrischer Vermittlungsstellen gewerblicher Spielvermittler ein erheblicher Teil der gegenwärtig bei ihren Handelsvertretern eingehenden Spielaufträgen künftig über gewerbliche Spielvermittler an die Lottogesellschaften weitergeleitet wird.

Da die gewerblichen Spielvermittler nicht an das Regionalitätsprinzip gebunden sind, werden sie auch die terrestrisch akquirierten Spielaufträge von spielinteressierten Verbrauchern bundesweit an eine Lottogesellschaft ihrer Wahl vermitteln. Dadurch steigt der Anteil der über die Grenzen eines Bundeslandes hinaus abgeschlossenen Lotterieverträge, wodurch sich der Druck der Lottogesellschaften erhöht, die Spielinteressenten über die gewerblichen Spielvermittler durch ein attraktives Lotterieangebot und attraktive Preise für sich zu interessieren, um keine Spieleinsätze an andere Lottogesellschaften zu verlieren. Bislang waren den Lottogesellschaften alle terrestrisch in dem Bundesland generierten Spiel-

verträge, in dem sie ihren Sitz haben, aufgrund des Regionalitätsprinzips sicher. Diese Sicherheit entfällt mit der Aufnahme der terrestrischen Vermittlung gewerblicher Spielvermittler. Die spielinteressierten Verbraucher hatten aufgrund der räumlich begrenzten terrestrischen Tätigkeit der Lottogesellschaften bislang keine Ausweichalternative auf andere terrestrische Spielmöglichkeiten. Diese werden sie erstmals durch die gewerblichen Spielvermittler erhalten. Mit dem Aufbau terrestrischer Vermittlungssysteme durch gewerbliche Spielvermittler würde daher der bislang begrenzte Wettbewerb der Lottogesellschaften um Spielverträge mit spielinteressierten Verbrauchern verstärkt und die marktaufteilende Wirkung des Regionalitätsprinzips abgeschwächt.

Die Aufforderung des Rechtsausschusses des Deutschen Lotto- und Totoblocks an alle Lottogesellschaften, keine Spieleinsätze aus terrestrischen Vermittlungsaktivitäten gewerblicher Spielvermittler stammen, anzunehmen, begrenzt den Abschluss bundeslandübergreifender Lotterieverträge und den damit verbundenen Wettbewerb der Lottogesellschaften um die entsprechenden Spielverträge. Dies wird durch die Aufforderung auch bei Berücksichtigung aller Begleitumstände objektiv bezweckt, wie sich aus den Vorlagen für den Rechtsausschuss des DLTB ergibt, auf deren Grundlage der Beschluss gefasst wurde. Ferner wird auch eine Wettbewerbsbeschränkung bewirkt, weil Jaxx keine Spieleinsätze aus terrestrischer Vermittlung in anderen Bundesländern in die Lotteriesysteme der Lottogesellschaften einspeisen kann. Zugleich wird eine Beschränkung des Nachfragewettbewerbs auf dem bundesweiten Markt für die gewerbliche Vermittlung von Gewinnspielen bezweckt und bewirkt, weil die Lottogesellschaften nicht mehr eigenständig über die Annahme von Angeboten zum Abschluss von Lotterieverträgen entscheiden sollen, die von gewerblichen Spielvermittlern im Wege der terrestrischen Vermittlung akquiriert worden sind. Die Lottogesellschaften sind beim Angebot von Glücksspielen nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und des Bundesgerichtshofs wirtschaftlich und nicht hoheitlich tätig.

Der Handel zwischen den Mitgliedstaaten wird durch die Aufforderung in mehrerer Hinsicht spürbar beeinflusst: Die in Deutschland angebotenen Lotterien werden erstens auch in anderen Mitgliedstaaten der EU, insbesondere in Luxemburg, angeboten, zweitens schließen Spielinteressenten aus anderen Mitgliedstaaten Spielverträge mit den Lottogesellschaften, und drittens sind gewerbliche Spielvermittler aus anderen EU-Ländern in Deutschland tätig. Viertens verstärkt die Aufforderung die bundesweite Marktaufteilung unter den Lottogesellschaften insgesamt und ist geeignet, Deutschland gegenüber dem Wettbewerb aus anderen Mitgliedstaaten abzuschotten.

Die Aufforderung des Rechtsausschusses stellt außerdem einen verbotenen Boykott zu Lasten von Jaxx dar, weil sie eine Bezugssperre von Jaxx beinhaltet, die in der Absicht erfolgte, Jaxx unbillig zu behindern, indem Jaxx der Aufbau eines terrestrischen Vermittlungsnetzes faktisch unmöglich gemacht wird. Die Unbilligkeit ergibt sich allein schon daraus, dass die Aufforderung gegen die gemeinschaftsrechtlichen Wettbewerbsregeln des Art. 81 EG verstößt.

Der Aufruf kann nicht mit dem Argument gerechtfertigt werden, von gewerblichen Spielvermittlern eingerichtete terrestrische Vermittlungsstellen seien rechtswidrig. Die terrestrische Vermittlung durch gewerbliche Spielvermittler in Deutschland ist nach den Regelungen des Lotteriestaatsvertrages zulässig. Dieser definiert die gewerbliche Spielvermittlung und schreibt keinen Weg vor, auf dem die Vermittlung zu erfolgen hat. Insbesondere verstößt die bundeslandübergreifende terrestrische Spielvermittlung nicht gegen den Lotteriestaatsvertrag, weil hierfür mit dem Staatsvertrag über die Regionalisierung von Teilen der von den Unternehmen des deutschen Lotto- und Totoblocks erzielten Einnahmen das Einver-

ständnis aller Länder erteilt wurde. Ferner kann gegen die terrestrische Vermittlung nicht eingewandt werden, er dehne das Vertriebsnetz unbegrenzt aus und gefährde die gebotene Kanalisierung des Spieltriebs, weil der Lotteriestatsvertrag keine Zulassungsgrenzen für gewerbliche Spielvermittler setzt und auch nicht ersichtlich ist, warum terrestrische Vermittlungsstellen - anders als die über das Internet und per SMS von den Lottogesellschaften in jedem Haushalt angebotene Spielmöglichkeit – den Spieltrieb anheizen sollte. Soweit die Lottogesellschaften Bedenken im Hinblick auf die terrestrische Vermittlung gewerblicher Spielvermittler gehabt haben sollten, hätten sie sich vor der Aufforderung des Rechtsausschusses an die zuständigen Aufsichtsbehörden wenden müssen, um ein ordnungsrechtliches Einschreiten anzuregen.

Die Entscheidung des Bundeskartellamts berührt nicht die Freiheit der Lottogesellschaften, ihr Vertriebssystem nach eigenen Vorstellungen zu organisieren. Vielmehr sind die gewerblichen Spielvermittler unabhängige Gewerbetreibende, die im Interesse der Spieler tätig werden, aber nicht zum Vertriebssystem der Lottogesellschaften gehören. Mit ihrer Boykottvereinbarung greifen die Lottogesellschaften letztlich aus eigenen Gewinninteressen in das Vertragsverhältnis zwischen den Verbrauchern und den gewerblichen Spielvermittlern ein. Ein solches Vorgehen wurde bereits vom Bundesgerichtshof in einem anderen Fall als nicht schützenswert angesehen.

Die Boykottvereinbarung zu Lasten der terrestrisch tätigen gewerblichen Spielvermittler kann auch nicht mit dem Urteil des Bundesverfassungsgericht vom 28.03.06 zu den privaten Sportwetten gerechtfertigt werden. Das Bundesverfassungsgericht hat in der Entscheidung festgestellt, dass unter engen verfassungsrechtlichen Grenzen privaten gewerblichen Veranstaltern von Sportwetten durch eine gesetzliche Regelung der Marktzugang verwehrt werden und damit der Wettbewerb zwischen staatlichen und privaten Anbietern durch ein staatliches Monopol ausgeschlossen werden kann. Im vorliegenden Fall geht es hingegen nicht um den Ausschluss privater Sportwettenveranstalter vom Markt. Vielmehr betrifft die Aufforderung des Rechtsausschusses ausschließlich das staatlich verantwortete Lotterieangebot der Lottogesellschaften und eine Vereinbarung der Lottogesellschaften, die ihren Nachfragewettbewerb nach den Leistungen gewerblicher Spielvermittler und darüber auch mittelbar ihren Angebotswettbewerb um die Spieler beschränken. Mit dieser Einschränkung des Wettbewerbs zwischen den Lottogesellschaften hat sich das Bundesverfassungsgericht nicht befasst.

Selbst wenn die engen Kriterien des Bundesverfassungsgerichts für einen Ausschluss des Wettbewerbs auf den vorliegenden Fall angewendet werden, führt dies nicht zu einer Rechtfertigung der Boykottvereinbarung der Lottogesellschaften. Das Bundesverfassungsgericht hat betont, dass ein Wettbewerbsausschluss nur aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses zulässig ist, soweit der Wettbewerbsausschluss verhältnismäßig ist. Zu den wichtigen Gründen zählen insbesondere die im Lotteriestatsvertrag aufgeführten und von den Bundesländern verfolgten Ziele der Bekämpfung der Spielsucht und des Schutzes der Spieler, insbesondere des Schutzes der Minderjährigen. Bei seiner Entscheidung hat sich das Bundeskartellamt intensiv mit den von den Bundesländern verfolgten ordnungsrechtlichen Zielen befasst. Im Rahmen der Untersuchung stellte sich heraus, dass diese Ziele nach den derzeitigen wissenschaftlichen Erkenntnissen in Deutschland keinen Ausschluss des Wettbewerbs unter den staatlich beeinflussten Lottogesellschaften rechtfertigen können. Insbesondere Lotterien werden von der Wissenschaft nur ein als sehr gering bewertetes Suchtgefährdungspotenzial zugeschrieben. In einer von den Lottogesellschaften vorgelegten Untersuchung wurde bei der Mehrzahl der Personen mit lottospielbezogenen Problemen festgestellt, dass nicht das Lottospiel, sondern das Spiel an Geldautomata-

ten zu Abhängigkeitsproblemen geführt hat. Darüber hinaus ist nach den Prüfungen des Bundeskartellamtes nicht ersichtlich, dass durch den Wettbewerb der Lottogesellschaften mit ihrem staatlich verantworteten Glücksspielangebot das Glücksspiel angeheizt und eine Suchtgefährdungslage verstärkt wird. Vielmehr werden die Lottogesellschaften maßgeblich von den Bundesländern gesellschaftsrechtlich beeinflusst und von den Ordnungsbehörden der Bundesländer überwacht. Es ist daher zu erwarten, dass sich die Lottogesellschaften mit ihrem ordnungsrechtlichen Selbstverständnis bei der Tätigkeit in anderen Bundesländern ebenso wie in ihrem Heimatland die Ziele des Lotteriestaatsvertrages konsequent einhalten und anderenfalls von den Ordnungsbehörden hierzu angehalten werden.

II. DAS REGIONALITÄTSPRINZIP

Mit dem Regionalitätsprinzip in § 2 des Blockvertrages der deutschen Lotto- und Totounternehmen haben sich die Unternehmen verpflichtet, die von ihnen veranstalteten Lotterien und Sportwetten nur in dem Land zu vertrieben, in dem sie über eine Erlaubnis verfügen. Damit entscheiden sie nicht selbst nach wirtschaftlichen Kriterien, ob und inwieweit sie ihr Vertriebsgebiet für die von ihnen angebotenen Glücksspiele über das Bundesland hinaus ausdehnen, in dem sie ihren Sitz haben, und haben ihr Angebot in Deutschland räumlich unter sich aufgeteilt. Ferner bestimmen sie nur gemeinsam, welche Lottogesellschaft außerhalb Deutschlands die gemeinsam angebotenen Glücksspiele veranstalten darf. Als Ergebnis dieser Vereinbarung kann die weit überwiegende Zahl der spielinteressierten Verbraucher ihren Spielschein nur bei der Lottogesellschaft abgeben, die in ihrem Heimatbundesland tätig ist, und hat keine Möglichkeit, die Lottogesellschaft mit den günstigsten Entgelten und den für sie interessantesten Spielangeboten zu wählen. Diese Vereinbarung beschränkt in spürbarer Weise den Wettbewerb der Lottogesellschaften um die Spielinteressenten im Hinblick auf die von ihnen vertriebenen Lotterien und Sportwetten und beeinflusst auch den Handel zwischen Mitgliedstaaten, weil das gesamte Bundesgebiet unter den Lottogesellschaften aufgeteilt wird und der grenzüberschreitende Wettbewerb um Spieler mit Wohnsitz in anderen Mitgliedstaaten der Europäischen Union spürbar beschränkt wird.

Gegen den Kartellrechtsverstoß kann nicht eingewandt werden, das Verhalten der Lottogesellschaften werde durch den Lotteriestaatsvertrag gesetzlich angeordnet, weil die entsprechende Vorschrift des Lotteriestaatsvertrags selbst gegen die Pflicht der Mitgliedstaaten verstößt, alle staatlichen Maßnahmen zu unterlassen, welche die praktische Wirksamkeit der gemeinschaftsrechtlichen Wettbewerbsregeln beeinträchtigen. Der Staatsvertrag verstärkt die im Blockvertrag vereinbarte Aufteilung des Bundesgebietes für den Vertrieb von Glücksspielen unter den Lottogesellschaften und ist wie der Blockvertrag geeignet, den zwischenstaatlichen Handel zu beeinträchtigen.

Alle mitgliedstaatlichen Behörden haben die Aufgabe, jede Rechtsvorschrift, die einer Vorschrift des Gemeinschaftsrechts entgegensteht, unangewendet zu lassen. Im vorliegenden Fall ist der Lotteriestaatsvertrag europarechtskonform dahingehend auszulegen, dass sie den Bundesländern nur die Ermächtigung gibt, die Tätigkeit einer Lottogesellschaft mit der ordnungsbehördlichen Genehmigung eines anderen Bundeslandes in ihrem Landesgebiet nachträglich aus rein ordnungsrechtlichen Gründen zu begrenzen. Nur insoweit verfolgt der Lotteriestaatsvertrag in verhältnismäßiger Weise legitime Ziele des Allgemeininteresses, die vom Europarecht anerkannt werden. Die mit dem Lotteriestaatsvertrag verfolgten ordnungsrechtlichen Ziele der Lenkung des Spieltriebes in geordnete und überwachte Bahnen, der Verhinderung übermäßiger Spielanreize, der Verhinderung der Ausnutzung des Spieltriebes zu Erwerbszwecken und die ordnungsgemäße und nachvollziehbare Durchführung der Glücksspiele machen es dabei

regelmäßig nicht erforderlich, den Vertrieb von Lotterien und Sportwetten durch die Lottogesellschaft aus einem anderen Bundesland von der vorherigen Erlaubnis abhängig zu machen, insbesondere wenn die vertriebenen Glücksspiele identisch und in mehreren Bundesländern ordnungsrechtlich zugelassen sind. Durch die Genehmigung für die Tätigkeit in einem Bundesland ist bereits festgestellt, dass die Lottogesellschaft den strengen Anforderungen und den ordnungsrechtlichen Zielen des in allen Bundesländern geltenden Staatsvertrags beachtet. Ferner wird durch die maßgebliche Beteiligung der Bundesländer an den Lottogesellschaften und die ordnungsrechtliche Lottereaufsicht sichergestellt, dass die Regelungen des Staatsvertrages eingehalten werden.

Die Strafvorschriften stehen dem Ergebnis nicht entgegen, weil die Lottogesellschaften bei europarechtskonformer Auslegung des Lotteriestaatsvertrages keine vorherige Genehmigung benötigen, um Glücksspiele, für die sie die Genehmigung eines Bundeslandes haben, in einem anderen Bundesland anzubieten. Die Erlaubnis eines Bundeslandes stellt auch in jedem anderen Bundesland eine Erlaubnis im Sinne der Strafvorschriften dar, weil ansonsten die durch das vorrangige Recht der Europäischen Gemeinschaft gebotene Auslegung des Lotteriestaatsvertrages durch nationale Vorschriften in ihrer praktischen Wirksamkeit beeinträchtigt wäre.

Ferner stehen auch die Landesgesetze zur Glücksspielaufsicht nicht dem Verstoß des vereinbarten Regionalitätsprinzips gegen das Kartellrecht entgegen, weil auch sie außer Anwendung zu lassen sind, soweit sie keine legitimen Ziele im Sinne des Europarechts verfolgen und nicht verhältnismäßig sind. Sie dürfen daher keine Regelungen vorsehen, welche die von den Lottogesellschaften vereinbarte Marktaufteilung verstärken.

Die europarechtskonforme Auslegung des Staatsvertrages greift nicht die verfassungsrechtlich garantierte Kompetenz der Bundesländer ein, ihre ordnungsrechtlichen Ziele eigenständig zu regeln, und hat daher keine Auswirkungen auf die bundesstaatliche Ordnung der Bundesrepublik Deutschland. Die Bundesländer sind aus vorrangigem europäischen Recht daran gehindert, den Lottogesellschaften anderer Bundesländer von vornherein die Tätigkeit in ihrem Landesgebiet zu versagen und eine Genehmigung hierfür zu verlangen, weil die Lottogesellschaften maßgeblich staatlich beeinflusst werden und ein staatlich verantwortetes Glücksspielangebot bieten, das in allen Bundesländern nahezu identisch und in allen Bundesländern zugelassen ist. Eine Festlegung ordnungsrechtlicher Verhaltenskriterien und deren nachträgliche Überwachung steht den Bundesländern hingegen nach wie vor frei.

III. UMSETZUNG DES STAATSVERTRAGES ÜBER DIE REGIONALISIERUNG VON TEILEN DER VON DEN UNTERNEHMEN DES DEUTSCHEN LOTTO- UND TOTOBLOCKS ERZIELTEN EINNAHMEN

Die Lottogesellschaften informieren die zuständigen Behörden des Bundeslandes, in dem sie eine Genehmigung haben, getrennt für jede gemeinsame Veranstaltung von Glücksspielen des DLTB über die Summe der Spieleinsätze und der vereinnahmten Bearbeitungsgebühren sowie über den von gewerblichen Spielvermittlern hierauf entfallenden Anteil und teilen die auf die Spielvermittler entfallende Gewinnausschüttung und Bearbeitungsgebühren mit, damit die Einnahmen der Bundesländer aus der gewerblichen Spielvermittlung nach dem Staatsvertrag über die Regionalisierung von Teilen der von den Unternehmen des deutschen Lotto- und Totoblocks erzielten Einnahmen (Regionalisierungsstaatsvertrag) an die Länder verteilt werden können, denen sie nach dem Staatsvertrag wirtschaftlich zugerechnet werden.

Die Übermittlung dieser Informationen zum Zwecke der Aufteilung der über die gewerblichen Spielvermittler eingenommenen Spieleinsätze durch die Bundesländer verstößt gegen deutsches und europäisches Kartellrecht. Der Regionalisierungsstaatsvertrag und dessen Durchführung dient der Beschränkung des Wettbewerbs der Lottogesellschaften um die Leistungen gewerblicher Spielvermittler und bewirkt auch eine mittelbare Wettbewerbsbeschränkung

Durch die Regionalisierung der über gewerbliche Spielvermittler eingenommenen Spieleinsätze und Bearbeitungsgebühren wird der Anbieterwettbewerb auf dem Markt für Lotterien sowie der Nachfragewettbewerb der Landeslottogesellschaften um die gewerbliche Spielvermittlung begrenzt. Die Beschränkung des Anbieterwettbewerbs ergibt sich dabei daraus, dass mit den Informationen eine Aufteilung der Einnahmen aus gewerblicher Spielvermittlung entsprechend dem Umfang der sonstigen Einnahmen vorgenommen wird. Die den Ländern zugeteilten Quoten bilden dabei die bestehende regionale Marktaufteilung unter den Lottogesellschaften ab. Die Lottogesellschaften als maßgeblich von den Bundesländern kontrollierte Unternehmen berücksichtigen bei ihrer Tätigkeit die wirtschaftlichen Interessen der hinter ihnen stehenden Bundesländer, für die sie Abgaben und Überschüsse zu erwirtschaften haben. Aufgrund der „Regionalisierung“ der von Spielern aus anderen Bundesländern stammenden Spieleinnahmen, kommen die Spieleinsätze dem Land zugute, aus dem der Spielinteressent stammt. Hierdurch wird der Anreiz für die Lottogesellschaften, bundeslandübergreifende Lotterieverträge mit Verbrauchern zu schließen, begrenzt.

Ferner wird der Nachfragewettbewerb begrenzt, indem das wirtschaftliche Interesse der Länder an der Entgegennahme von durch gewerbliche Spielvermittler akquirierten Spielaufträgen bei der Durchführung der Regionalisierung auf maximal 12% der Spieleinsätze beschränkt wird. Darüber hinausgehende Einnahmen aus gewerblicher Spielvermittlung werden nach den regionalen Umsätzen aufgeteilt, so dass darüber hinausgehende Zahlungen von Lottogesellschaften an Spielvermittler dazu führen würden, dass für die überregionale Akquisition mehr aufgewandt würde als den Ländern aufgrund der Regionalisierung ohnehin an Erlös zufließt. Dies hat Auswirkung auf die Ausgestaltung der Verträge der Landeslottogesellschaften mit gewerblichen Spielvermittlern. Obwohl den Landeslottogesellschaften durch den Regionalisierungsstaatsvertrag keine bestimmten Obergrenzen für die Provisionszahlungen vorgeschrieben werden, berücksichtigen sie diese Begrenzung über die wirtschaftlichen Interessen der Bundesländer. Mit der Begrenzung der Gewinnmöglichkeiten der Spielvermittler wird überdies der Entwicklung des Marktes für gewerbliche Spielvermittlung und dem hierdurch erzeugten Wettbewerb im DLTB Schranken gesetzt und die mit dem Regionalisierungsprinzip bestehende räumliche Marktaufteilung unter den Lottogesellschaften gestützt.

Die Durchführung der Regionalisierung ist geeignet, den Handel zwischen Mitgliedstaaten spürbar zu beeinträchtigen, weil hierdurch der Anreiz für gewerbliche Spielvermittler aus anderen EU-Staaten verringert wird, in Deutschland ihre Dienstleistungen anzubieten und grenzüberschreitende Lotterieverträge mit Verbrauchern aus anderen Mitgliedstaaten zu vermitteln. Dadurch wird zugleich der Angebotswettbewerb der Lottogesellschaften um Spielinteressenten aus anderen EU-Staaten begrenzt.

Der Verstoß gegen europäisches Kartellrecht kann nicht damit gerechtfertigt werden, dass die Aufteilung der Einnahmen unter den Bundesländern durch den Regionalisierungsstaatsvertrag als Landesgesetz angeordnet wird. Der Regionalisierungsstaatsvertrag verstößt ebenfalls gegen die Pflicht der Mitgliedstaaten, alle staatlichen Maßnahmen zu unterlassen, welche die praktische Wirksamkeit der gemeinschaftsrechtlichen Wettbewerbsregeln beeinträchtigen. Der Staats-

vertrag verstärkt die im Blockvertrag vereinbarte Aufteilung des Bundesgebietes für den Vertrieb von Glücksspielen unter den Lottogesellschaften und ist wie der Blockvertrag geeignet, den zwischenstaatlichen Handel zu beeinträchtigen. Der Staatsvertrag ist daher bei der Beurteilung der Handlungen der Lottogesellschaften außer Anwendung zu lassen, um dem vorrangigen Wettbewerbsrecht der Europäischen Gemeinschaft zur praktischen Wirksamkeit zu verhelfen.

Zu den Erwägungen im Einzelnen:

B. SACHVERHALT

I. DIE BETEILIGTEN

1. Die Lottogesellschaften

1. Die Verfahrensbeteiligten zu 2. bis zu 17. sind in den einzelnen Bundesländern tätige Lottogesellschaften, die maßgeblich von den einzelnen Bundesländern kontrolliert werden (im Folgenden: Lottogesellschaften). Die Bundesländer bedienen sich dieser Gesellschaften zur Durchführung und teilweise auch zur Veranstaltung von Lotterien und Sportwetten.
2. Derzeit gibt es in jedem Bundesland eine Lottogesellschaft. Die Verfahrensbeteiligten zu 2. und zu 5. bis zu 16. sind juristische Personen des Privatrechts, die ausschließlich in dem Bundesland, in dem sie ihren Sitz haben, die Lotterien Lotto 6 aus 49, Super 6, Spiel 77, Keno, Plus 5, Bingo, Losbrieflotterien sowie die „GlücksSpirale“ und die Sportwetten Oddset und Fußballtoto durchführen bzw. veranstalten. Die Lotterien Keno und Plus 5 werden nur von der Verfahrensbeteiligten zu 16. nicht angeboten. Die Lotterien und Sportwetten werden von den Verfahrensbeteiligten zu 2. und zu 5. bis zu 16. sowohl über ein Netz von Laden-Annahmestellen im Wege des sog. terrestrischen Vertriebs als auch über das Internet vertrieben. Ferner nutzt der überwiegende Teil der Verfahrensbeteiligten das Angebot gewerblicher Spielvermittler. Diese sind seit Anfang der achtziger Jahre in Deutschland tätig und nehmen die Spielaufträge von Spielern aus der ganzen Bundesrepublik Deutschland an und vermitteln diese gegen Provision an die Anbieter von Lotterien und Sportwetten.
3. Die Verfahrensbeteiligte zu 3. ist eine dem Bayerischen Staatsministerium für Finanzen nachgeordnete Mittelbehörde, die für den Freistaat Bayern die Lotterien Lotto 6 aus 49, Super 6, Spiel 77, Keno, Plus 5, GlücksSpirale, Bayernlos, Astrolos, Rubbel-Kicker und Extra-Gehalt sowie die Sportwetten Oddset und Fußballtoto durchführt. Ferner betreibt die Verfahrensbeteiligte zu 3. in Bayern derzeit alle 9 Spielbanken. Die Lotterien und Sportwetten der Verfahrensbeteiligten zu 3. werden über insgesamt 4015 Laden-Annahmestellen im sog. terrestrischen Vertrieb, über Postwettannahmestellen, über das Internet und per SMS ausschließlich in Bayern angeboten.
4. Die Verfahrensbeteiligte zu 4. ist nach § 1 des Gesetzes über die Deutsche Klassenlotterie Berlin und die Stiftung Deutsche Klassenlotterie Berlin vom 7. Juni 1974⁴ (im Folgenden: Klassenlotteriegesetz) eine rechtsfähige Anstalt des öffentlichen Rechts. Sie hat nach § 2 Klassenlotteriegesetz die Aufgabe, die behördlich erlaubten Glücksspiele, einschließlich Lotterien, Sporttoto sowie Ausspielungen durchzuführen. Sie bietet aus-

⁴ GVBl., S. 1338, zuletzt geändert durch Gesetz vom 3.05.96, GVBl. S. 179

schließlich im Bundesland Berlin die Lotterien Lotto 6 aus 49, Super 6, Spiel 77, Keno, Plus 5, Bingo, Sofortlotterien sowie die „GlücksSpirale“ und die Sportwetten Oddset und Fußballtoto an. Die Lotterien und Sportwetten der Verfahrensbeteiligten zu 4. werden über 1.190 Laden-Annahmestellen und über das Internet ausschließlich in Berlin vertrieben.

5. Die Verfahrensbeteiligte zu 17. wickelt mit ihren Mitarbeitern das Geschäft der Nordwest Lotto und Toto Hamburg – Staatliche Lotterie der Freien und Hansestadt Hamburg als wirtschaftlich selbstständiges, nicht rechtsfähiges Treuhandvermögen der Verfahrensbeteiligten zu 18. ab. Gegenstand des Unternehmens der im Handelsregister B des Amtsgerichts Hamburg unter HRB 16709 eingetragenen Verfahrensbeteiligten zu 17. ist die Mitwirkung bei der verwaltungsmäßigen Durchführung von Lotterien unter der Bezeichnung Nordwest Lotto und Toto Hamburg – Staatliche Lotterie der Freien und Hansestadt Hamburg – und die Vornahme aller damit in Zusammenhang stehenden Geschäfte.⁵ Spielverträge kommen mit der Verfahrensbeteiligten zu 18. zu Stande. Die Verfahrensbeteiligte zu 17. bietet ausschließlich im Bundesland Hamburg die Lotterien Lotto 6 aus 49, Super 6, Spiel 77, Keno, Plus 5, Bingo, Sofortlotterien sowie die „GlücksSpirale“ und die Sportwetten Oddset und Fußballtoto an. Die Lotterien und Sportwetten wurden 2004 über 542 Laden-Annahmestellen⁶ und über das Internet ausschließlich in Hamburg vertrieben.
6. Die Einnahmen der Lottogesellschaften setzen sich aus Spieleinsätzen und Bearbeitungsentgelten zusammen, die bei Abgabe der Spielaufträge verlangt werden. Diese unterliegen nach § 17 des Rennwett- und Lotteriegengesetzes einer Steuer, die im Ergebnis 16 2/3 % der Besteuerungsgrundlage beträgt. Die sog. Lotteriesteuer kommt den Ländern zu. Je nach landesrechtlicher Regelung sind mindestens 30 % und bis zu 50 % der Spieleinsätze als Gewinn auszuschütten. Tatsächlich erfolgt die Ausschüttung für Spiele, die vom Deutschen Lotto- und Totoblock gemeinsam durchgeführt werden, einheitlich. Die durch das Spiel- und Wettgeschäft erwirtschafteten Mittel werden überwiegend an die jeweiligen Bundesländer abgeführt und für sportliche, kulturelle und soziale Zwecke, z. B. in Baden-Württemberg aber bei Abdeckung der zweckgebundenen Mittel auch zur allgemeinen Deckung des Haushalts verwendet.⁷
7. Die Tätigkeit der Lottogesellschaften ist derzeit auf das Gebiet jeweils eines Bundeslandes begrenzt. Die Lottogesellschaften vertreiben ihre Produkte traditionell über ein Netz von sog. terrestrischen Lottoannahmestellen, das auf ihr Landesgebiet beschränkt ist. Hinzu kommt in neuerer Zeit der Direktvertrieb über das Internet, der von den Lottogesellschaften ebenfalls ausschließlich den Bürgern ihres Landes angeboten wird.

⁵ Ausdruck des Handelsregisters B des Amtsgerichts Hamburg zur Nummer HRB 16709, Bl. 2927 d.A.

⁶ Zahl veröffentlicht im Geschäftsbericht 2004 von Lotto Hamburg, S. 13, Bl. 1337 d.A.

⁷ Die Abschöpfung der Mittel erfolgt unterschiedlich, entweder direkt (z. B. Hessen) oder durch Konzessionsabgaben (z. B. Rheinland-Pfalz) bzw. die Bildung eines gemeinnützigen Fonds (z. B. Baden-Württemberg). §§ 3, 4 Gesetz über staatliche Sportwetten, Zahlenlotterien und Zusatzlotterien in Hessen; §§ 3, 8 Landesgesetz über das öffentliche Glücksspiel (Rheinland-Pfalz); §§ 6, 7 Gesetz über staatliche Lotterien, Wetten und Auspielungen (Baden-Württemberg).

2. Der Deutsche Lotto- und Totoblock

8. Aus Gründen der Gewinnpoolung und zur Vereinheitlichung des Spielangebots haben die Verfahrensbeteiligten zu 2. bis zu 17. (im Folgenden: Lottogesellschaften) die Verfahrensbeteiligte zu 1. (im Folgenden: DLTB) gegründet, die als Gesellschaft bürgerlichen Rechts einzustufen ist. Im sog. Blockvertrag der deutschen Lotto- und Totounternehmen ist als Zweck des Zusammenschlusses der Lottogesellschaften die Veranstaltung und Durchführung von Lotterien und Sportwetten nach einheitlichen Spielplänen bestimmt. Dies bedeutet, dass die Lottogesellschaften einen wesentlichen Teil der von ihnen angebotenen Lotterien und Wettspiele auf der Grundlage von Rahmenteilnahmebedingungen und technischen Vereinbarungen gemeinsam durchführen. Die Lottogesellschaften nehmen die Spieleinsätze in ihrem Bundesland ein, die Spielbedingungen sind aber in allen Bundesländern gleich und die Ausspielung der Gewinne wird gemeinsam und einheitlich vorgenommen. Trotzdem bestehen erhebliche Unterschiede im Hinblick auf das Spielangebot, die Bearbeitungsgebühren, die Werbeausgaben und regionale Sonderauslosungen der Lottogesellschaften.⁸ Spielverträge kommen zwischen den jeweiligen Lottogesellschaften bzw. dem Bundesland und den Spielerinteressenten zustande.
9. Die Zusammenarbeit der Lottogesellschaften im DLTB ist im Blockvertrag geregelt. Dieser soll insbesondere die Veranstaltung und Durchführung von Lotterien und Sportwetten nach einheitlichen Spielplänen ermöglichen (Präambel Abs. II des Blockvertrages in der Fassung vom 22. Mai 2000 – im Folgenden „Blockvertrag“). Gem. § 1 Abs. I Blockvertrag führen die Lottogesellschaften „Lotto am Samstag“ und „Lotto am Mittwoch“ sowie Ergebnis- und Auswahlwetten im Fußballtoto auf der Grundlage von Rahmenteilnahmebedingungen und Technischen Vereinbarungen einheitlich durch. Die Zusatzveranstaltungen zu diesen Lotterien und Sportwetten sind nach § 1 Abs. III Blockvertrag nur aufgrund eines Blockbeschlusses zulässig. Hierzu gehören die Zusatzlotterien zum Zahlenlotto „Spiel 77“ und „Super 6“.
10. Ferner ist in § 1 Abs. IV S. 3 Blockvertrag bestimmt, dass die Blockpartner bei der einheitlichen Veranstaltung oder Durchführung anderer Lotterien und Sportwetten als nach § 1 Abs. I Blockvertrag Vereinbarungen treffen, die denen im Blockvertrag entsprechen. Für die Sportwette „ODDSET“ gibt es einen nach § 1 Abs. IV S. 1 Blockvertrag geschlossenen Kooperationsvertrag, nach dem alle DLTB-Gesellschafter diese Sportwette nach einheitlichen Bedingungen anbieten. Ebenfalls gemeinsam veranstalten die im DLTB zusammengeschlossenen Unternehmen die Lotterie „Glücksspirale“, für die aufgrund einer Vereinbarung der Sonderausschuss „Glücksspirale“ als ständiger Ausschuss im DLTB errichtet wurde.⁹ Außerdem arbeiten die Verfahrensbeteiligten zu 2. bis zu 15. und zu 17. auf der Grundlage eines Kooperationsvertrages beim Angebot der Lotterie „Keno“ und der Zusatzlotterie „Plus 5“ zusammen.¹⁰ Die Lotterie „Bingo“ wird nach den gleichen Regeln in Schleswig-Holstein, in Mecklenburg-Vorpommern, in Niedersachsen und in Hamburg gespielt. Die Lotterie

⁸ Siehe hierzu unten Rz. 197 ff.

⁹ Vereinbarung der deutschen Lotto- und Totounternehmen über die Durchführung der Glücksspirale vom 22. Januar 1991 mit Nachtrag vom 1. Januar 1998, Bl. 1289 ff. d.A.

¹⁰ Vereinbarung zur gemeinsamen Durchführung einer Zahlenlotterie KENO und Zusatzlotterie PLUS 5, Bl. 1280 ff. d.A.

„Tele-BINGO“ wird von den Verfahrensbeteiligten zu 12., zu 14. und zu 16. gemeinsam im sog. Tele-BINGO-Block veranstaltet.

11. Die Rahmenteilnahmebedingungen regeln die Spielpläne mit übereinstimmenden Spieleinsätzen, Gewinnermittlung und Gewinnquoten und legen fest, wie die Rechtsbeziehungen des einzelnen Blockpartners zu den Spielteilnehmern auszugestaltet sind sowie in welchen Punkten die Teilnahmebedingungen der einzelnen Blockpartner zum Zwecke der einheitlichen Durchführung übereinstimmen müssen und in welchen Punkten eine Übereinstimmung zweckmäßig, aber nicht notwendig ist. Die Technischen Vereinbarungen regeln sonstige Maßnahmen, die zur einheitlichen Durchführung erforderlich sind, insbesondere die notwendigen Sicherheitsvorkehrungen.
12. Mit Beschluss vom 9. März 1999 hat der Bundesgerichtshof festgestellt, dass die Zusammenarbeit im DLTB rein privatrechtlicher Natur ist. Die Abwehr der durch das Glücksspiel verursachten Gefahren für die öffentliche Sicherheit und Ordnung ist als Aufgabe weder dem DLTB noch seinen Gesellschaftern übertragen. Diese bilden allenfalls ein von den Ländern zu diesem Zweck eingesetztes Mittel.¹¹ Diese Rechtslage hat sich auch nach Inkrafttreten der Staatsverträge im Jahr 2004 nicht verändert. Der BGH hat zwar die Frage, ob eine Übertragung hoheitlicher Befugnisse auf den DLTB oder seine Gesellschaften zulässig wäre, offen gelassen. Dem DLTB wurden jedoch durch die Staatsverträge und die entsprechenden Landesgesetze weder hoheitliche Befugnisse verliehen noch wurde die Zusammenarbeit der Landeslottogesellschaften im DLTB auf eine öffentlich-rechtliche Grundlage gestellt.

3. Die Beigeladene zu 1.

13. Die Beigeladene zu 1. (im Folgenden: Jaxx) ist eine Tochtergesellschaft der FLUXX AG (im Folgenden: Fluxx), einer Management-Holding, die über ihre Tochtergesellschaften zum einen Nutzungsrechte an der ANY-BET Gaming Plattform verkauft und zum anderen als gewerblicher Spielvermittler staatlich genehmigte Glücksspiele vermittelt. Diese Dienstleistung erfolgt überwiegend über das Internet, sowie über den Direktvertrieb und das Telemarketing. Jaxx ist ein gewerblicher Spielvermittler, der insbesondere die Lotterien und Sportwetten der Lottogesellschaften vermittelt. Der Spielvertrag kommt zwischen dem einzelnen Spielinteressenten und der jeweiligen Lottogesellschaft zustande, zwischen Jaxx und dem Spieler wird ein Geschäftsbesorgungsvertrag über die Vermittlung geschlossen. Für diese Leistung erhält Jaxx sowohl von den Spielern als auch von einigen Lottogesellschaften ein Entgelt. Als technischer Dienstleister der Fluxx-Gruppe fungiert die Fluxx-Tochtergesellschaft Anybet GmbH (im Folgenden: Anybet), die über Verträge mit verschiedenen Lottogesellschaften eine elektronische Anbindung an diese Unternehmen verfügt.
14. Jaxx beabsichtigt, seine Tätigkeit auszudehnen und zunächst die Lotterien der Lottogesellschaften auch über stationäre Einrichtungen im Handel zu vermitteln. Hierzu ist vorgesehen, dass der Spieler entweder bereits angekreuzte Selbstbedienungsspielscheine oder individuell ausgefüllte Spielscheine an der Kasse des Handelsunternehmens vorlegt, wo sie in einem elektronischen Terminal eingelesen und elektronisch über Anybet

¹¹ BGH, WuW/E DE-R, 289/295 - Lottospielgemeinschaft.

an eine der Lottogesellschaften weitergeleitet werden. Der Einsatz wird an der Kasse bezahlt, wo auch die Spielquittung ausgedruckt und eventuelle Kleingewinne ausgezahlt werden.

4. Die Beigeladene zu 2.

15. Die Beigeladene zu 2. (im Folgenden: Faber) ist in der gewerblichen Vermittlung von Spielgemeinschaften an die Lottogesellschaften tätig. Seit Mai 2005 können Spielinteressierte an den von Faber organisierten Spielgemeinschaften nicht nur auf dem Postwege oder über Call-Center, sondern auch in Filialen der Deutschen Post Retail GmbH teilnehmen.

5. Die Beigeladene zu 3.

16. Die Beigeladene zu 3. (im Folgenden: Tipp24) vermittelt insbesondere über das Internet als gewerblicher Spielvermittler Spielinteressenten an die Lottogesellschaften. Das Unternehmen hatte seinen Plan, terrestrische Vermittlungsaktivitäten über e-cash-Terminals zu beginnen, aufgegeben, nachdem die Lottogesellschaften diesem Vorhaben nach entsprechender gemeinsamer Beratung in den Blockgremien eine Absage erteilt hatten.

II. RECHTLICHE RAHMENBEDINGUNGEN

17. Das deutsche Glücksspielrecht ist sowohl in bundes- als auch in landesrechtlichen Rechtsquellen geregelt.

1. Landesrecht

18. Die Gesetzgebungszuständigkeit für das materielle Glücksspielrecht, das zum Recht der öffentlichen Sicherheit und Ordnung gehört, steht in Deutschland nach Art. 70 Abs. 1 GG den Bundesländern zu. Der Bund kann hier unter den Voraussetzungen des Art. 72 Abs. 2 GG gestützt auf den Gesetzgebungstitel für das Recht der Wirtschaft nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG regelnd tätig werden¹², hat jedoch von dieser Kompetenz bislang nur begrenzt Gebrauch gemacht. Vielmehr hat der Landesgesetzgeber die ordnungsrechtlichen Rahmenbedingungen für die Zulassung von Lotterien und Sportwetten durch eine Reihe spezifischer Landesgesetze vorgegeben. Das Spielbankenwesen ist durch Spielbankengesetze und Spielordnungen der Länder reguliert.
19. Am 1. Juli 2004 traten der „Staatsvertrag zum Lotteriewesen in Deutschland“ (im Folgenden: „Lotteriestaatsvertrag“) und der „Staatsvertrag über die Regionalisierung von Teilen der von den Unternehmen des Deutschen Lotto- und Totoblocks erzielten Einnahmen“ (im Folgenden: „Regionalisierungsstaatsvertrag“) in Kraft. Diese wurden durch Landesgesetze ratifiziert und sind somit geltendes Landesrecht.¹³

¹² BVerfG, 1 BvR 1054/01 vom 28.03.2006, Rn. 155, veröffentlicht unter:

http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20060328_1bvr105401.html, Bl. 940 d.A.

¹³ **Bayern:** Gesetz zur Ausführung des Staatsvertrages zum Lotteriewesen in Deutschland (AGLottStV) vom 23.11.04, GVBl 2004, S. 442; Staatsvertrag über die Regionalisierung von Teilen der von den Unternehmen des Deutschen Lotto- und Totoblocks erzielten Einnahmen, GVBl. 2004, S. 236; **Baden-Württemberg:** Gesetz zu dem Staatsvertrag zum Lotteriewesen in Deutschland vom 9.06.04, GBl. 2004, S. 274; Gesetz zu dem Staatsvertrag über die Regionalisierung von Teilen der von den Unternehmen des Deutschen Lotto- und Totoblocks erzielten Einnahmen vom 11.05.04, GBl. 2004, S. 211; **Berlin:** Gesetz zum Staatsvertrag zum Lotteriewesen in Deutschland vom 26.03.04, GVBl. 2004, S. 141; Gesetz zum Staatsvertrag über die Regionalisierung von Teilen der von den Unternehmen des deutschen Lotto- und Totoblocks erzielten Einnahmen vom 26.03.04, GvBl. 2004, S.

1.1. Der Lotteriestaatsvertrag

20. Die Zielsetzung des Lotteriestaatsvertrages ist gemäß seinem § 1 ordnungsrechtlicher Natur.¹⁴ Geregelt wird im Hinblick darauf die Veranstaltung, die Durchführung und die gewerbliche Vermittlung öffentlicher Glücksspiele. § 5 des Lotteriestaatsvertrages erklärt die Sicherstellung eines ausreichenden Glücksspielangebots zu einer Aufgabe der Länder. Diese können die Länder selbst, durch juristische Personen des öffentlichen Rechts oder durch privatrechtliche Gesellschaften, an denen juristische Personen unmittelbar oder mittelbar maßgeblich beteiligt sind, unter Beachtung des Regionalitätsprinzips (§ 5 Abs. 3 Lotteriestaatsvertrag) erfüllen.

145; **Brandenburg:** Gesetz zu dem Staatsvertrag zum Lotteriewesen in Deutschland vom 20.04.04, GVBl. I/04, S. 160; Gesetz zu dem Staatsvertrag vom 13. Februar 2004 über die Regionalisierung von Teilen der von den Unternehmen des Deutschen Lotto- und Totoblocks erzielten Einnahmen vom 20.04.04, GVBl. I/04, S. 158; **Bremen:** Gesetz zu den Staatsverträgen zum Lotteriewesen in Deutschland und über die Regionalisierung von Teilen der von den Unternehmen des Deutschen Lotto- und Totoblocks erzielten Einnahmen, Brem. GBl 2004, S. 291; **Hamburg:** Gesetz zum Staatsvertrag zum Lotteriewesen in Deutschland vom 27.04.04, HmbGVBl. 2004, S. 223; Gesetz zum Staatsvertrag über die Regionalisierung von Teilen der von den Unternehmen des Deutschen Lotto- und Totoblocks erzielten Einnahmen vom 27.04.04, HmbGVBl. 2004, S. 220; **Hessen:** Gesetz zum Staatsvertrag zum Lotteriewesen in Deutschland vom 22.06.04, GVBl. I 2004, S. 214; Gesetz zu dem Staatsvertrag über die Regionalisierung von Teilen der von den Unternehmen des Deutschen Lotto- und Totoblocks erzielten Einnahmen vom 18.05.04, GVBl. I 2004, S. 194; **Mecklenburg-Vorpommern:** Gesetz zum Staatsvertrag zum Lotteriewesen in Deutschland und zum Staatsvertrag über die Regionalisierung von Teilen der von den Unternehmen des Deutschen Lotto- und Totoblocks erzielten Einnahmen vom 24.06.04, GVOBl. MV 2004, S. 258; **Niedersachsen:** Gesetz zu dem Staatsvertrag zum Lotteriewesen in Deutschland, zu dem Staatsvertrag über die Regionalisierung von Teilen der von den Unternehmen des Deutschen Lotto- und Totoblocks erzielten Einnahmen und zur Änderung des Niedersächsischen Gesetzes über das Lotteriewesen vom 04.06.04, Nds. GVBl 2004, S. 163; **Nordrhein-Westfalen:** Gesetz zu dem Staatsvertrag zum Lotteriewesen in Deutschland (Lotteriestaatsvertrag – LoStV) und dem Staatsvertrag über die Regionalisierung von Teilen der von den Unternehmen des deutschen Lotto- und Totoblocks erzielten Einnahmen vom 22.06.04, GV. NRW 2004, S. 315; **Rheinland-Pfalz:** Landesgesetz zu dem Staatsvertrag zum Lotteriewesen in Deutschland und zu dem Staatsvertrag über die Regionalisierung von Teilen der von den Unternehmen des Deutschen Lotto- und Totoblocks erzielten Einnahmen (Landesgesetz über das öffentliche Glücksspiel) vom 14.06.04, GVBl 2004, S. 332; **Saarland:** Gesetz Nr. 1547 über die Zustimmung zum Staatsvertrag zum Lotteriewesen in Deutschland und zum Staatsvertrag über die Regionalisierung von Teilen der von den Unternehmen des Deutschen Lotto- und Totoblocks erzielten Einnahmen vom 31.03.04, Amtsblatt 2004, S. 1030; **Sachsen:** Gesetz zum Staatsvertrag zum Lotteriewesen in Deutschland vom 9.06.04, SächsGVBl. 2004, S. 186; Gesetz zum Staatsvertrag über die Regionalisierung von Teilen der von den Unternehmen des Deutschen Lotto- und Totoblocks erzielten Einnahmen vom 14.06.04, SächsGVBl. 2004, S. 191; **Sachsen-Anhalt:** Gesetz zum Staatsvertrag zum Lotteriewesen in Deutschland und zum Staatsvertrag über die Regionalisierung von Teilen der von den Unternehmen des Deutschen Lotto- und Totoblocks erzielten Einnahmen vom 18.06.04, GVBl. LSA 2004, S. 326; **Schleswig-Holstein:** Gesetz zum Staatsvertrag zum Lotteriewesen in Deutschland vom 18.06.04, GVOBl. 2004, S. 169; Gesetz zum Staatsvertrag über die Regionalisierung von Teilen der von den Unternehmen des Deutschen Lotto- und Totoblocks erzielten Einnahmen vom 18.06.04, GVOBl. 2004, S. 175; **Thüringen:** Thüringer Gesetz zu dem Staatsvertrag zum Lotteriewesen in Deutschland und zu dem Staatsvertrag über die Regionalisierung von Teilen der von den Unternehmen des Deutschen Lotto- und Totoblocks erzielten Einnahmen vom 08.03.04, GVBl. 2004, S. 333.

¹⁴ Insbesondere Kanalisierung des Spieltriebs, Verhinderung seiner Ausnutzung zu Gewinnzwecken, Sicherstellung der ordnungsgemäßen und transparenten Durchführung von Glücksspielen und der Verwendung der Einnahmen daraus zur Förderung sozialer Zwecke.

21. **Kein staatliches Lotteriemonopol**
22. Nach dem Lotteriestaatsvertrag besteht kein staatliches Monopol für Lotterien in Deutschland. Soweit die Lottogesellschaften von einem allumfassenden Glücksspielmonopol der Bundesländer ausgehen¹⁵, ist dies unzutreffend.
23. Neben den staatlich beeinflussten Anbietern nach § 5 Abs. 2 Lotteriestaatsvertrag dürfen auch andere Unternehmen eine Lotterie öffentlich veranstalten. Sie bedürfen hierzu nach § 6 Lotteriestaatsvertrag einer Erlaubnis der zuständigen Landesbehörde. Eine solche wird insbesondere nicht erteilt (§ 7), wenn die Veranstaltung wirtschaftliche Zwecke verfolgt oder im Hinblick auf das bereits vorhandene Glücksspielangebot den Spieltrieb besonders fördert. Die Verwendung des Reinertrags der Veranstaltung wird in der Erlaubnis festgelegt. Sie muss zeitnah erfolgen. Ein angemessener Teil des Reinertrages soll in dem Land verwendet werden, in dem die Lotterie veranstaltet wird (§ 10).
24. **Ungleichbehandlung staatlicher und privater Lotterien**
25. Private Lottereanbieter werden durch § 7 Lotteriestaatsvertrag gegenüber den staatlich beeinflussten Lottogesellschaften benachteiligt, denn die privaten Anbieter dürfen in ihren Spielplänen nicht vorsehen:
- die Bekanntgabe der Ziehungsergebnisse öfter als zweimal in der Woche,
 - Höchstgewinne von über 1 Mio. Euro,
 - Ausspielung eines planmäßigen Jackpot,
 - interaktive Teilnahme in Medien, insbesondere im Internet.
26. Die Frage der beschränkten Zulassung nicht staatlich beeinflusster Lottereanbieter in Deutschland neben den Lottogesellschaften und die Vereinbarkeit der Ungleichbehandlung zwischen Lottogesellschaften und nicht-staatlichen Lottereanbietern mit europäischem Recht ist nicht Gegenstand des vorliegenden Verfahrens. Hierzu hat die Europäische Kommission eine Studie erstellen lassen, welche zum Ergebnis gelangte, dass derartige Regelungen gegen den Grundsatz der Niederlassungsfreiheit verstoßen. Die Europäische Kommission wird die Regelungen daher näher untersuchen.¹⁶
27. **Gewerbliche Spielvermittlung**
28. § 14 des Lotteriestaatsvertrages regelt die gewerbliche Spielvermittlung. Eine solche betreibt gemäß Abs. 1, wer im Auftrag der Spielinteressenten einzelne Spielverträge an einen Veranstalter vermittelt oder Spielinteressenten zu Spielgemeinschaften zusammenführt und deren Spielbeteiligung dem Veranstalter - selbst oder über Dritte - vermittelt, sofern dies in der Absicht geschieht, durch diese Tätigkeit nachhaltig Gewinn zu erzielen. Neben Anforderungen an Art und Umfang der Werbemaßnahmen und Minderjährigenschutz sieht § 14 Abs. 3 i. V. m. § 18 S. 2 Lotteriestaatsvertrag vor, dass der gewerbliche Spielvermittler ab dem 1. Juli 2005 mindestens zwei Drittel der von den Spielern vereinnahmten Beträge für die Teilnahme am Spiel an den Veranstalter weiterzuleiten hat.

¹⁵ Schreiben der Kanzlei Haver & Mailänder vom 28.07.06, S. 8, 9, Bl. 3436 d.A.

¹⁶ „Der Markt für Glücksspiele beschäftigt die EU-Kommission“, Handelsblatt vom 24.07.06, S. 5, Bl. 2908 d.A.

Gewerbliche Spielvermittler und von ihnen beauftragte Dritte sind zur Offenlegung der Vermittlung gegenüber dem Veranstalter verpflichtet. Nach Informationen des Bundeskartellamtes werden derzeit Verfassungsbeschwerden gegen § 14 Abs. 3 S. 1 und Abs. 4 des Lotteriestaatsvertrages vorbereitet. Die Ausführung des Staatsvertrages durch Gesetze obliegt den Ländern.

29. § 5 Abs. 3 des Lotteriestaatsvertrages regelt das sog. Regionalitätsprinzip. Hiernach ist den Ländern bzw. den von Ihnen mit der Sicherstellung des Glücksspielangebots betrauten juristischen Personen des öffentlichen Rechts oder privatrechtlichen Gesellschaften ein Tätigwerden als Veranstalter oder Durchführer von Glücksspielen nur in dem Land gestattet, in dem sie ihre ordnungsrechtlich motivierten Aufgaben 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, wobei auf die Erteilung dieser Zustimmung kein Rechtsanspruch besteht.

1.2. Der Regionalisierungsstaatsvertrag

30. Im Gegensatz zu der primär ordnungsrechtlichen Zielsetzung des Lotteriestaatsvertrages besteht das Ziel des Regionalisierungsstaatsvertrages gemäß dessen § 1 darin, Einnahmen aus gewerblicher Spielvermittlung denjenigen Ländern zukommen zu lassen, denen sie wirtschaftlich zuzurechnen sind (sog. „Regionalisierung“). Der Vertrag dient folglich dem Ausgleich der Einnahmen, die einzelnen Unternehmen des DLTB durch die gebündelte Abgabe von bundesweit akquirierten Spielaufträgen gewerblicher Spielvermittler in einem bestimmten Bundesland verloren gehen.
31. Zur Verwirklichung dieses Ziels definiert der Regionalisierungsstaatsvertrag in § 2 den Begriff der gewerblichen Spielvermittlung in Entsprechung zu § 14 Abs. 1 des Lotteriestaatsvertrages. § 3 sieht Mitteilungspflichten der Länder in Bezug auf die aus der gewerblichen Spielvermittlung stammenden Einnahmen vor. Die §§ 4 und 5 bestimmen die Regionalisierungsmasse, den Regionalisierungsmaßstab und das Regionalisierungsverfahren. Regionalisiert werden nach § 4 Abs. 1 alle Einnahmen der Länder aus der gewerblichen Spielvermittlung abzüglich der darauf entfallenden Gewinnausschüttung, der Bearbeitungsgebühr bis zu einer Höhe von maximal 3 % der über gewerbliche Spielvermittler eingenommenen Spieleinsätze sowie einer Pauschale von diesen Spieleinsätzen. Diese Pauschale beträgt bei einer Gewinnausschüttung von 50% in den Jahren bis Ende 2006 jeweils 9% und ab dem Jahr 2007 8,33%. Wenn die Gewinnausschüttung an die Spielteilnehmer weniger als 50% beträgt, wird die Pauschale entsprechend dem tatsächlichen Ausspielungsergebnis erhöht. Beträgt die Gewinnausschüttung mehr als 50%, so mindert sich die Pauschale entsprechend. Die Regionalisierung erfolgt gemäß Abs. 2 nicht nach dem Wohnort der Spieler, sondern nach dem Verhältnis der Summe der Spieleinsätze und vereinnahmten Bearbeitungsgebühren zur Gesamtsumme der von den Unternehmen des DLTB erzielten Spielumsätze, jeweils bereinigt um den von gewerblichen Spielvermittlern stammenden Anteil.
32. § 6 sieht eine Revisionsklausel vor. Hiernach verpflichten sich die Länder, im Jahr 2007 unter Berücksichtigung der tatsächlichen und rechtlichen Entwicklung die Obergrenze, bis zu der die Bearbeitungsgebühr von der Regionalisierung ausgenommen wird, mit dem Ziel einer Absenkung und

die Pauschale für die Jahre ab 2009 mit dem Ziel einer deutlichen Absenkung zu überprüfen.

33. Eine Kündigung des Vertrages ist erstmals zehn Jahre nach seinem Inkrafttreten möglich (§ 7 Abs. 2 S. 1).

2. Bundesrecht

34. Auf Bundesebene geregelt ist die Zulassung von Buchmachern und Totalisatoren bei Pferderennen sowie die Besteuerung von Lotterien und Auspielungen (Rennwett- und Lotteriegesetz). Die Gewerbeordnung trifft insbesondere Regelungen zu Spielhallen und Spielen mit Gewinnmöglichkeit (§§ 33c bis i GewO).
35. Im Rahmen der ihm nach Art. 74 Nr. 1 GG für das Strafrecht zustehenden Gesetzgebungskompetenz hat der Bundesgesetzgeber das Veranstellen und Bewerben öffentlicher Glücksspiele und Lotterien ohne behördliche Erlaubnis nach den §§ 284 bis 287 Strafgesetzbuch (StGB) mit Strafe bedroht. Bei den strafrechtlichen Verboten handelt es sich um repressive Verbote mit Befreiungsvorbehalt. Sie werden durch § 763 Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) ergänzt, wonach Lotterieverträge nur verbindlich sind, wenn die Veranstaltung staatlich genehmigt ist.
36. Nach Auffassung des BGH stellt die Veranstaltung von Glücksspielen und die Werbung dafür im Internet gegenüber deutschen Kunden ohne die Erlaubnis einer inländischen Behörde einen Verstoß gegen § 284 StGB dar. Eine solche Erlaubnis ist hiernach auch im Hinblick auf die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zur Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit im Glücksspielbereich nicht entbehrlich, wenn die Veranstaltung von der Behörde eines EU-Mitgliedstaates genehmigt ist.¹⁷ Einige Landesgerichte sehen den Tatbestand des § 284 StGB zumindest in Form der Beihilfe auch dann als erfüllt an, wenn lediglich eine Vermittlung von Spelaufträgen ins Ausland oder in ein anderes Bundesland ohne entsprechende Erlaubnis angeboten wird.¹⁸ Diese Position ist in Rechtsprechung und Literatur stark umstritten. In einem Beschluss vom 27. April 2005, der die Nichtgewährung einstweiligen Rechtsschutzes für einen Betreiber von Wettbüros betrifft, äußerte das Bundesverfassungsgericht, dass angesichts der Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs in der Sache „Gambelli“¹⁹ und ihrer Rezeption durch Rechtsprechung und Literatur erhebliche Zweifel an der gemeinschaftsrechtlichen Vereinbarkeit des § 284 StGB nicht ohne Verstoß gegen das Willkürverbot ausgeschlossen werden könnten.²⁰

III. VORAUSGEHENDE ENTSCHEIDUNGEN DES BUNDESKARTELLAMTES UND DES BUNDESGERICHTSHOFS ZUR GEWERBLICHEN SPIELVERMITTLUNG

37. Seit Anfang der achtziger Jahre sind in Deutschland gewerbliche Organisatoren von Spielgemeinschaften, wie beispielsweise Faber tätig. 1998 nahm Fluxx als erster gewerblicher Spielvermittler im Internet die Geschäftstätigkeit auf. 1999 folgte die Tipp24 AG, Hamburg. Da gewerbliche Spielvermittler keine Glücksspiele veranstalten oder durchführen, sind sie

¹⁷ BGH, Urt. v. 1.4.2004, NJW 2004, S. 2158 (2160 f.) - "Schöner Wetten".

¹⁸ Zuletzt VG Baden-Württemberg, Beschluss v. 12.1.2005, Az. 6 S 1288/04; Hanseatisches OLG Hamburg, Urt. v. 12.8.2004, Az. 5 u 131/03; OVG NRW, Beschluss v. 5.12.2003, Az. 4 B 1987/03.

¹⁹ EuGH, Rs. C-243/01, Slg. 2003 I-13031 ff.

²⁰ BVerfG, Beschl. v. 27.4.2005, Az. 1 BVR 223/05.

durch das Regionalitätsprinzip nicht gebunden. Sie nehmen die Spielaufträge von Spielinteressenten aus der ganzen Bundesrepublik an und vermitteln diese gegen Provision an die Lottogesellschaften. Den Spielinteressenten werden hierbei im Wesentlichen zwei Arten der Spielteilnahme angeboten. Zum einen besteht die Möglichkeit, einen individuellen Spielauftrag abzugeben, zum anderen wird die Teilnahme an Spielgemeinschaften vermittelt. Hierbei schließen sich mehrere Spieler zu einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts zusammen, um bei gleichem Spieleinsatz mehrere Zahlenkombinationen zu spielen und damit die Wahrscheinlichkeit eines Gewinns zu erhöhen, an dem sie dann aber nur anteilig berechtigt sind.

38. Im Mai 1995 beschlossen die Gesellschafter des DLTB eine Änderung der Rahmenbedingungen, durch die gewerblich organisierte Spielgemeinschaften sowie deren gemeinsam spielende Mitglieder von der Spielteilnahme ausgeschlossen werden sollten. Die Durchführung dieser Änderung der Rahmenbedingungen wurde den Gesellschaftern des DLTB mit Beschluss des Bundeskartellamtes vom 22. November 1995 untersagt.²¹ Mit Beschluss des BGH vom 9. März 1999 wurde die Auffassung des Bundeskartellamtes, der Ausschluss gewerblicher Spielvermittler von der Spielteilnahme stelle eine nach § 1 GWB unzulässige Einschränkung des Wettbewerbs zwischen miteinander konkurrierenden Unternehmen dar, bestätigt.²² Das Problem der gewerblichen Spielvermittlung wurde von den Ländern daraufhin im Jahr 2004 mit dem Abschluss der Staatsverträge erneut aufgegriffen.
39. 2005 meldeten Lotto Hessen, Lotto Rheinland-Pfalz und Lotto Baden-Württemberg das Vorhaben an, die gemeinsame Kontrolle über den gewerblichen Spielvermittler Tipp24 AG zu erwerben. Dabei wurde offen gelassen, ob die gemeinsame Kontrolle letztlich von den drei Lottogesellschaften oder von allen Gesellschaftern des DLTB als Blockdienstleister erworben wird. Ziel dieses Zusammenschlusses war es, Wettbewerb gegen die gewerblichen Spielvermittler zu liefern. Das Vorhaben wurde nach der Abmahnung durch das Bundeskartellamt aufgegeben.

IV. TERRESTRISCHE VERMITTLUNG DURCH GEWERBLICHE SPIELVERMITTLER

40. Jaxx entwickelte ein Konzept, das die Vermittlung von Lotterien der Gesellschaften des DLTB in stationären Verkaufsstellen wie Einzelhandelsgeschäften und Tankstellen vorsieht (sog. terrestrische Vermittlung). Hierzu werden TFT-Dispenser mit Werbebotschaften im Kassenbereich der Verkaufsstelle platziert und vorangekreuzte Spielscheine ausgelegt. Ferner sieht das Konzept vor, dass im Verkaufsraum sog. Lottostationen aufgestellt werden, an denen die Verbraucher individuelle ihre Lottoscheine ausfüllen können. Die Spielscheine werden an der Kasse eingelesen und die Daten über den Server von Anybet an eine der Lottogesellschaften weitergeleitet. Der Spielinteressent bezahlt den Einsatz und das Vermittlungsentgelt an der Kasse und erhält dort seine Spielquittung mit seinen Spieldaten. Mit diesem Konzept ist Jaxx Anfang 2005 an die Gesellschafter des DLTB herangetreten.
41. Mitte 2005 begann Jaxx mit dem Aufbau eines bundesweiten Netzes terrestrischer Vermittlungsstellen. Die geplante terrestrische Vermittlung be-

²¹ BKartA, Beschluss v. 22.11.1995, WUW/E BKartA, 2849 ff. – Gewerbliche Spielgemeinschaften

²² BGH, WuW/E DE-R, 289 ff. - Lottospielgemeinschaft

schränkt sich dabei auf die Lotterien 6 aus 49, Spiel 77 und Super 6, welche von den Gesellschaften des DLTB gemeinsam durchgeführt werden.

42. Der Rechtsausschuss des DLTB beriet in seiner Sitzung am 24./25. Januar 2005 in Nürnberg über den terrestrischen Vertrieb gewerblicher Spielvermittler.²³ Mitglieder in den Rechtsausschuss des DLTB entsenden die Verfahrensbeteiligten zu 3. bis zu 7. und die Verfahrensbeteiligten zu 9., zu 11. und zu 15. Die übrigen Lottogesellschaften können nach § 6 Abs. IV S. 4 Blockvertrag an den Ausschuss-Sitzungen ohne Stimmrecht teilnehmen. Bei der Rechtsausschuss-Sitzung am 24./25. Januar 2005 waren bis auf die Lottogesellschaft Mecklenburg-Vorpommern alle DLTB-Gesellschafter durch Rechtsausschuss-Mitglieder bzw. durch Gäste auf der Sitzung vertreten.²⁴
43. Bereits in der vorangegangenen Sitzung am 4./5. Oktober 2004 in Bremen²⁵ hatte der Rechtsausschuss den terrestrischen Vertrieb gewerblicher Spielvermittler thematisiert und den Präsidenten der Verfahrensbeteiligten zu 3. (im Folgenden: Lotto Bayern), Herrn H., gebeten, hierzu eine Vorlage für die nächste Sitzung zu erstellen.
44. Herr H. gelangte in seiner Untersuchung zu dem Ergebnis, dass der terrestrische Vertrieb gewerblicher Spielvermittler rechtmäßig ist, und legte dem Rechtsausschuss in seiner Vorlage neben seinem Untersuchungsergebnis zugleich Handlungsmöglichkeiten dar, mit denen der terrestrische Vertrieb gewerblicher Spielvermittler verhindert werden könne. In der Vorlage wird ausgeführt (Fettdruck im Original)²⁶:

„[...] I. Rechtslage zur gewerblichen Spielvermittlung nach Inkrafttreten des Lotteriestaatsvertrages sowie des Regionalisierungsstaatsvertrages zum 01.07.2004

[...] Im Ergebnis bleibt zunächst festzuhalten, dass spätestens seit Inkrafttreten der beiden Staatsverträge zum 01.07.2004 im Grundsatz die länderübergreifende gewerbliche Spielvermittlung anerkannt ist und damit künftig nicht verhindert werden kann.[...]

II. Rechtslage zur gewerblichen Spielvermittlung unter Berücksichtigung eines terrestrischen Vertriebs

Soweit nach den Ergebnissen von I. eine überregionale gewerbliche Spielvermittlung zulässig ist, stellt sich die Frage, welche Vertriebswege hierfür genutzt werden dürfen.

Soweit ersichtlich, gibt es in dieser Hinsicht bislang keinerlei Beschränkungen. Auch die beiden Staatsverträge, die von der selben Definition der gewerblichen Spielvermittlung ausgehen, regeln keine Einschränkungen hinsichtlich der Vertriebsform. Daher muss davon ausgegangen werden, dass der gewerbliche Spielvermittler als freier Unternehmer seinen Vertriebsweg

²³ Niederschrift über die Sitzung des Rechtsausschusses vom 24./25. Januar 2005, S. 6 f., Bl. 508 f. d.A.

²⁴ Niederschrift über die Sitzung des Rechtsausschusses vom 24./25. Januar 2005, S. 2, Bl. 506 d.A.

²⁵ Niederschrift über die Sitzung des Rechtsausschusses vom 4./5. Oktober 2004, S. 5, Bl. 561 d.A.

²⁶ „Terrestrischer Vertrieb gewerblicher Spielvermittler“, Vorlage von Herrn H. vom 18.01.05 zur Sitzung des DLTB-Rechtsausschusses vom 24./25. Januar 2005, Bl. 510 ff. d.A.

selbst wählen kann, soweit der die ordnungsrechtlichen Beschränkungen im Lotteriestaatsvertrag beachtet. Insbesondere können die gewerblichen Spielvermittler aus der Tatsache, dass die Vertriebsform unter ordnungsrechtlichen Gesichtspunkten gerade nicht einschränkend geregelt wurde, im Umkehrschluss argumentieren, dass ihnen hier die freie Wahl unbenommen ist.

Insoweit gilt auch hier das Gutachten von Dr. Hecker fort, dass der Weg zum Spielabschluss frei wählbar ist, soweit die jeweiligen Landesgesetze und –verordnungen nicht etwas anderes vorschreiben. Neben einem Spielabschluss im automatisierten Verfahren (z.B. EC-Cash-Terminal) steht natürlich auch der klassische Weg des terrestrischen Vertriebes den gewerblichen Spielvermittlern offen.

III. Handlungsmöglichkeiten zur Verhinderung des terrestrischen Vertriebs gewerblicher Spielvermittler

[...] 1. Maßnahmen des Gesetzgebers

[...] 2. Maßnahmen der Lottounternehmen des DLTB

Soweit ein Blockunternehmen mit einem gewerblichen Spielvermittler zusammenarbeitet oder in sonstiger Weise mit ihm kooperiert, kann es versuchen, auf den gewerblichen Spielvermittler hinsichtlich des Vertriebsweges entsprechenden Einfluss auszuüben.

Soweit allerdings ein gewerblicher Spielvermittler völlig unabhängig von einem Blockunternehmen agiert, wird ein terrestrischer Vertrieb letztlich nicht zu verhindern sein. Allerdings ist jeder gewerbliche Spielvermittler, der die Spielvermittlung in größerem Rahmen betreiben will, auf eine auf Massenbetrieb ausgelegte Schnittstelle zu dem Lotteriesystem eines Lotterieunternehmens angewiesen. Solange eine derartige Schnittstelle nicht zur Verfügung steht, dürfte das Geschäftsmodell eines terrestrischen Vertriebs wenig attraktiv sein. Inwieweit hierzu aber bereits auch vorhandene Internetschnittstellen genutzt werden könnten, bleibt noch zu prüfen.

IV. Ergebnis

Im Ergebnis kann der terrestrische Vertrieb gewerblicher Spielvermittler rechtlich derzeit nicht unterbunden werden. Solange keine entsprechende Rechtsvorschriften erlassen werden bleibt es daher Sache der Lotterieunternehmen entsprechend auf die gewerblichen Spielvermittler einzuwirken bzw. keine Voraussetzungen für die erforderliche organisatorische Abwicklung (Schnittstelle), ungeachtet evtl. kartellrechtlicher Bedenken, zu schaffen.“

45. Die Vorlage wurde in der Sitzung des Rechtsausschusses beraten. In der Sitzungsniederschrift wurde festgehalten²⁷:

„[...] Herr H. trägt die Schwerpunkte seiner Vorlage (**Anlage 2**) vor und kommt zu dem Ergebnis, dass der terrestrische Vertrieb

²⁷ Niederschrift über die Sitzung des Rechtsausschusses vom 24./25. Januar 2005, S. 6, Bl. 508 d.A.

gewerblicher Spielvermittler rechtlich derzeit nicht unterbunden werden könne. Zurzeit bliebe den Gesellschaften des Deutschen Lotto- und Totoblocks lediglich die Möglichkeit, auf die gewerblichen Spielvermittler einzuwirken bzw. eine Zusammenarbeit erst gar nicht einzugehen.

In der folgenden Erörterung wird die Auffassung vertreten, dass durch den Staatsvertrag über die Regionalisierung die Zustimmung der Länder zu einem überregionalen Tätigwerden der Vermittler gegeben sei. [...] Möglichkeiten für die Lottereaufsichten oder die Gesellschaften, die Vertriebsmöglichkeiten gewerblicher einzuschränken, bestehen nicht. Da es sich hier um grundrechtsrelevante Bereiche handelt, wäre hierfür eine gesetzliche Grundlage erforderlich, die dann einer Verhältnismäßigkeitsprüfung standhalten müsste. Auch aufgrund der vielfältigen und unterschiedlichen Interessen der Gesellschaften des Deutschen Lotto- und Totoblocks wird ein starkes Wachstum des terrestrischen Vertriebs gewerblicher Spielvermittler erwartet, das nur über ein verantwortungsvolles Handeln der Gesellschaften in Grenzen zu halten sein wird. Allerdings werde es nach Unterzeichnung der Selbstverpflichtungserklärung einige Grundregeln geben, die einen ordnungsrechtlichen Ansatz haben. [...]

Im Ergebnis ist der Rechtsausschuss der Auffassung, dass der eigentliche Regelungszweck des Staatsvertrages zur Regionalisierung nur bedingt erreicht wird, vielmehr haben sich Grauzonen und Umgehungstatbestände ergeben.

Der Rechtsausschuss bittet Herrn H., Herrn R. und Herrn Dr. W., ein Schreiben an die Innen- bzw. Finanzminister zu entwerfen, um die Länder noch vor der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zu einem ordnungsrechtlichen Signal zu veranlassen. [...]“

46. Auf der folgenden Sitzung des Rechtsausschusses vom 25./26. April 2005 in Münster wurde ebenfalls über den terrestrischen Vertrieb gewerblicher Spielvermittler diskutiert. Hierzu hatte der Leiter der Arbeitsgruppe für Strategie und Planung der deutschen Lotto- und Toto-Unternehmen, Herr M., am 20. April 2005 vorab an alle Mitglieder des Rechtsausschusses und nachrichtlich an alle Geschäftsführungen der DLTB-Gesellschafter eine Vorlage zu den aktuellen Entwicklungen im Bereich der gewerblichen Spielvermittler übersandt.²⁸ In der Vorlage führt Herr M. zum terrestrischen Vertrieb gewerblicher Spielvermittler aus:

„[...] 1. Die Firma fluxx.com AG, die bereits für mehrere Blockgesellschaften den Auftritt im Internet betreibt, hat den Lotteriegesellschaften nunmehr das Angebot unterbreitet, Lotto auch über ein sog. One-Stop-Shopping in Supermärkten zu vertreiben. [...]

Hintergrund dieser Aktivitäten ist die Auffassung einiger Blockgesellschaften, dass durch die Kommentierung zu § 5 des Lotteriestaatsvertrages der Regionalisierungsstaatsvertrag schlechthin eine gegenseitige Anerkennung länderübergreifender Aktivitäten von Spielvermittlern darstelle. Verschiedene Blockgesellschaften

²⁸ Schreiben von Herrn M. vom 20. April 2005 mit Anlage, Bl. 516 ff. d.A.

hatten bereits die Auffassung vertreten, dass eine solche Entwicklung sicherlich nicht im Sinne des Lotteriestaatsvertrages sein könne und eine derartige Interpretation der Kommentierungen, die rein fiskalische Gesichtspunkte enthalten würde, wohl gewagt erscheint.

Trotzdem beginnen nunmehr gewerbliche Spielvermittler offenbar mit Duldung der „Partner-Lottogesellschaften“ auch terrestrisch in anderen Bundesländern tätig zu werden. Die Umsätze werden dann in einem oder mehreren Bundesland/-ländern eingespielt und entsprechend regionalisiert. Dieses gilt jedenfalls für alle blockweit veranstalteten Lotterien. Hier stellt sich erneut die Frage, ob die fluxx.com AG nicht tatsächlich ganz überwiegend als Vertriebspartner der „Partner-Blockgesellschaften“ handelt. Annahmestellenverträge, Provisionszahlungen und Kostenerstattungen oder andere unterstützende Maßnahmen sprechen dafür.

Zur Zeit spricht die Firma fluxx.com AG alle Blockgesellschaften an, um nicht gewerblich in den Bundesländern tätig werden zu müssen, sondern mit jedem Lotterieuunternehmen eine Annahmestellenvereinbarung zu treffen. Damit würde der für die Regionalisierung geltende Modus der Verteilung der Zweckabgaben umgangen. Außerdem würde die Zusammenarbeit mit der jeweiligen Landesgesellschaft die Tätigkeit jedenfalls legalisieren.

Nach entsprechender Beratung in den Blockgremien war seinerzeit der Firma Tipp24 AG, die ebenfalls terrestrische Aktivitäten unter Ausnutzung von e-cash-Terminals plante, eine deutliche Absage erteilt. Die Firma Tipp24 AG hatte daraufhin diesen Vertrieb eingestellt. Zwischenzeitlich hat die Firma Tipp24 AG bereits durchscheinen lassen, dass aufgrund des Verhaltens der Blockgesellschaften gegenüber der Firma fluxx.com AG hier möglicherweise auch wieder mit terrestrischen Aktivitäten zu rechnen sein wird.

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

47. Aus der Niederschrift der Sitzung des DLTB-Rechtausschusses vom 25./26. April 2005 geht hervor, dass diese Vorlage von Herrn M. diskutiert wurde und in einen Beschluss des Rechtausschusses mündete (Fett-**druck im Original**):²⁹

„[...] Einleitend verweist der Vorsitzende auf die Vorlage Bayerns zur letzten Sitzung des Rechtausschusses. In dieser war Bayern zu dem Ergebnis gekommen, dass der terrestrische Ver-

²⁹ Niederschrift über die Sitzung des Rechtausschusses vom 25./26. April 2005, S. 5 ff., Bl. 552ff. d.A.

trieb gewerblicher Spielvermittler zurzeit rechtlich nicht zu beanstanden sei. Ferner macht er darauf aufmerksam, dass die gewerbliche Spielvermittlung in § 14 des Lotteriestaatsvertrages definiert ist.

Nun trägt Herr M. die Schwerpunkte seiner Vorlage zu Ziffer 1 „fluxx.com“ vor. In der anschließenden Diskussion berichten einige Mitglieder über Gespräche, die mit der Firma fluxx.com in den vergangenen Tagen geführt worden sind. Danach möchte fluxx.com eine Zusammenarbeit nach Möglichkeit mit allen Gesellschaften des Deutschen Lotto- und Totoblocks erreichen, beabsichtigt aber, sofern dies nicht gelingt, als gewerblicher Spielvermittler erzielte Umsätze nur bei einzelnen Blockpartnern abzugeben.[...]

In der Folge erörtert der Rechtsausschuss die Frage der Sphärentheorie – verlässt die fluxx.com die Sphäre der Spielteilnehmer hin zu der Sphäre der Lotterieunternehmen? In diesen Zusammenhang wird deutlich, dass sich im Lotteriestaatsvertrag selbst, aber auch in den Ausführungsbestimmungen derzeit Lücken in der Definition der gewerblichen Spielvermittlung finden, die die Einordnung des terrestrischen Vertriebs durch gewerbliche Spielvermittler als rechtswidrig nicht ohne Weiteres ermöglichen. Unbeschadet der Klärung der Frage, ob das Tun von Fluxx durch den Lotteriestaatsvertrag gedeckt ist, ist der Rechtsausschuss allerdings der Auffassung, dass über diesen Vertriebsweg erzielte Umsätze in jedem Fall der Regionalisierung unterliegen. Insoweit handelt es sich um einen dem Fall Tipp24 vergleichbaren Sachverhalt, dort hatte die Lotteriereferentenkonferenz ausdrücklich beschlossen, dass alle Umsätze von Tipp24 aus Hessen, die in Hessen abgegeben werden, auch der Regionalisierung unterliegen. Insgesamt wird deutlich, dass es sich bei fluxx.com nicht um einen Einzelfall handelt, sondern dass das Problem des terrestrischen Vertriebs durch gewerbliche Spielvermittler generell gelöst werden muss.

Im Zusammenhang mit der ordnungsrechtlichen Ausrichtung der Tätigkeit der Gesellschaften des Deutschen Lotto- und Totoblocks ergibt sich durch den terrestrischen Vertrieb gewerblicher Spielvermittler das Problem, dass nicht nur das Produkt an sich in Marke, Sicherheit und Preis verfälscht wird, sondern darüber hinaus auch die Vorgaben, die die Gesellschaften an die Annahmestellen richten, bei gewerblichen Spielvermittlern in keiner Weise umgesetzt werden. Damit endet die ordnungsrechtliche Kontrolle auch durch die Aufsichtsbehörden bei den Gesellschaften des Deutschen Lotto- und Totoblocks und erstreckt sich auf den Vertriebsweg der gewerblichen Spielvermittler überhaupt nicht, so dass dort gesetzliche Anforderungen und ordnungsrechtliche Auflagen in den Konzessionen nicht mehr umgesetzt werden können. Abseits der Anmeldung der Spieleinsätze zur Poolung übernehmen die gewerblichen Spielvermittler im terrestrischen Vertrieb all die Tätigkeiten und Aufgaben, die bisher im Verantwortungsbereich des konzessionierten Veranstalters lagen.

Nach alledem beschließt der Rechtsausschuss folgendes zum weiteren Vorgehen:

1. **Der Rechtsausschuss empfiehlt den Gesellschaften des Deutschen Lotto- und Totoblocks, das Musterschreiben an ihren Innen- oder Finanzminister und ggf. nachrichtlich an ihren Lotteriereferenten zu verschicken.**
 2. **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 Gewerblicher erzielt worden sind, nicht anzunehmen. [...]**³⁰
48. Die Lottogesellschaften, die Mitglieder des Rechtsausschusses stellen, waren auf der Sitzung am 24./25. April 2005 durch ihre Geschäftsführer vertreten, Lotto Bayern durch ihren Präsidenten. Zudem waren die Geschäftsführer der Verfahrensbeteiligten zu 2. und zu 17. als Gäste anwesend. Bis auf die Verfahrensbeteiligte zu 8. (im Folgenden: Lotto Mecklenburg-Vorpommern) waren alle Lottogesellschaften des DLTB auf der Sitzung des Rechtsausschusses vertreten.³⁰
 49. In unmittelbarer zeitlicher Nähe zum Beschluss des Rechtsausschusses auf der Sitzung am 24./25. April 2005 versandten die Lottogesellschaften jeweils dem erstellten Musterschreiben entsprechende Briefe an die Innen- bzw. Finanzminister der Bundesländer. So sandte Lotto Bremen am 4.05.05 das im Rechtsausschuss beratende Musterschreiben an den Bremer Senator für Inneres und Sport.³¹ Die Verfahrensbeteiligte zu 15. (im Folgenden: Lotto Niedersachsen) versandte das Schreiben am 11.05.05 an den Niedersächsischen Minister für Inneres und Sport.³²
 50. Auf die Bitte von Jaxx um Anschluss an das Lotteriezentralsystem sandte die Verfahrensbeteiligte zu 11. (im Folgenden: Lotto Saarland) am 31. August 2005 an Anybet, die als Tochtergesellschaft von Jaxx über Verträge über elektronische Anbindungen mit mehreren Verfahrensbeteiligten verfügt, eine abschlägige Antwort.³³ Am gleichen Tag informierte auch die Verfahrensbeteiligte zu 12. (im Folgenden: Lotto Sachsen) Anybet auf ihre Anfrage nach einer elektronischen Anbindung an das EDV-System darüber, dass man aufgrund der derzeitigen Rechtslage und im Rahmen der Beauftragung keinen Spielraum für eine Kooperation sehe.³⁴ Zugleich wurde Anybet aufgefordert, ihre Vertriebsaktivitäten auf die Bundesländer der Lottogesellschaften zu beschränken, innerhalb deren Gebiet Anybet vertraglicher Vertriebspartner sei.
 51. Mit Schreiben vom 5. Oktober 2005 teilte Lotto Niedersachsen Anybet mit, dass die Aufnahme eines terrestrischen Vertriebs im Land Niedersachsen nicht geduldet werde. Sofern diese Aktivitäten nicht umgehend eingestellt würden, sei Lotto Niedersachsen genötigt, den bestehenden Annahmestellenvertrag zu kündigen. Dieses Schreiben sandte Lotto Niedersachsen nachrichtlich an die Geschäftsführung aller Blockpartner.³⁵
 52. Mit Schreiben vom 24. Oktober 2005 kündigte Lotto Niedersachsen den Geschäftsbesorgungsvertrag mit Anybet fristgemäß zum 31. Dezember

³⁰ Niederschrift über die Sitzung des Rechtsausschusses vom 25./26. April 2005, S. 2, Bl. 501 d.A.

³¹ Bl. 691 f. d.A.

³² Bl. 717 f. d.A.

³³ Bl. 70 d.A.

³⁴ Bl. 71 d.A.

³⁵ Bl. 56 d.A.

2006. Auf der Sitzung des DLTB-Rechtsausschusses vom 24./25. Oktober 2005 in Stuttgart teilte die Geschäftsführerein von Lotto Niedersachsen mit, dass Anybet im Hinblick auf den terrestrischen Vertrieb seitens ihres Unternehmens gekündigt werde.³⁶

53. Mit einem weiteren Schreiben vom 17. November 2005 wies Lotto Niedersachsen Anybet auf die Rechtslage in Bayern hin, wo der terrestrische Vertrieb von Jaxx GmbH gegen Art. 1 Abs. 1 Ziff. 2 des Bayerischen Gesetzes über das Lotteriespiel verstoße, sowie auf die Festlegung des zwischen ihr und Anybet bestehenden Geschäftsbesorgungsvertrages, wonach Anybet die Aufgaben einer virtuellen Geschäftsstelle übernimmt. Anybet wurde in diesem Schreiben unter Androhung einer fristlosen Kündigung des Geschäftsbesorgungsvertrages nochmals aufgefordert, unbeschadet der besonderen Rechtslage in Bayern generell in Zukunft weder mittelbar, speziell über Jaxx, noch unmittelbar terrestrisch generierte Spielaufträge einschließlich solcher aus Niedersachsen anzunehmen.³⁷ Am 30. November 2005 folgte die fristlose Kündigung.³⁸ Diese wurde neben den bereits genannten Gründen damit begründet, dass die Akquirierung „tausender“ neuer Annahmestellen durch Fluxx die vom Gesetzgeber bewusst gewollte Monopolstruktur der Gesellschaften des DLTB im Bereich der terrestrischen Lottoannahme konterkariere. Die Auswahl der Annahmestellen erfolge nach strengen Kriterien, und die freien Handelsvertreter von Lotto Niedersachsen würden Gebietsschutz in ihren Bezirken genießen. Konterkariert werde auch die vom Bundesverfassungsgericht in seiner mündlichen Verhandlung am 8. November 2005 deutlich gemachte Aufgabe der einzelnen Glücksspielunternehmen der Länder, das Glücksspiel insgesamt einzudämmen und zu kanalisieren. Mit der Akquisition terrestrischer Umsätze außerhalb Niedersachsens werde für den unbefangenen Betrachter der Eindruck erweckt, dass Fluxx bzw. Jaxx im Auftrag von Lotto Niedersachsen tätig werde, was gegen das Regionalitätsprinzip nach § 5 Abs. 3 des Lotteriestaatsvertrages verstoße. Am 5. Dezember 2005 stellte Lotto Niedersachsen die Zusammenarbeit mit Jaxx ein und schloss die zur Weiterleitung von Lotterien und Sportwettangeboten eingerichtete Schnittstelle.
54. Im Oktober, November und Dezember 2005 wandten sich auch die anderen Vertragspartner an Anybet. Lotto Mecklenburg-Vorpommern erinnerte mit Schreiben vom 6. Oktober 2005 an die mündliche Versicherung, dass keine Umsätze aus dem terrestrischen Vertrieb eingespielt würden und bat um schriftliche Bestätigung.³⁹ Die Verfahrensbeteiligte zu 5. (im Folgenden: Lotto Brandenburg) erinnerte mit Schreiben vom 16. November 2005 daran, nicht bereit zu sein, Umsätze aus terrestrischem Vertrieb anzunehmen sowie an die Verabredung, Vertriebsaktivitäten in Brandenburg allenfalls in Abstimmung mit Lotto Brandenburg anzunehmen. Lotto Brandenburg gehe davon aus, dass diese Verabredung auch für die Zukunft Bestand habe.⁴⁰
55. Von der Verfahrensbeteiligten zu 13. (im Folgenden: Lotto Schleswig-Holstein) wurde Anybet mit Schreiben vom 6. Dezember 2005 aufgefor-

³⁶ Niederschrift über die Sitzung des Rechtsausschusses vom 24./25. Oktober 2005, S. 7, Bl. 545 d.A.

³⁷ Bl. 57 d.A.

³⁸ Bl. 25 d.A.

³⁹ Bl. 92 d.A.

⁴⁰ Bl. 93 d.A.

dert, zukünftig keine Umsätze (Anträge auf Abschluss von Spielverträgen) entgegen zu nehmen, die von Jaxx auf terrestrischem Wege außerhalb von Schleswig-Holstein generiert werden, und zur Abgabe einer entsprechenden schriftlichen Zusage aufgefordert.⁴¹ Unter dem 22.06.06 kündigte Lotto Schleswig-Holstein die Verträge mit Jaxx, darunter auch den Vertrag über die gewerbliche Spielvermittlung, zum 31.12.06.⁴² Mit Schreiben vom 6.07.06 bot Lotto Schleswig-Holstein Jaxx an, über den Abschluss eines Vertrages über die gewerbliche Spielvermittlung ab 1.01.07 zu führen.⁴³

56. Lotto Bayern teilte Jaxx mit Schreiben vom 21. Dezember 2005 mit, die bundesweite Akquisition von Spielaufträgen auf terrestrischem Wege durch Jaxx erfülle den Bußgeldtatbestand des Art. 3 Abs. 2 des bayerischen Staatslotterieggesetzes. Zudem erwecke Jaxx den Eindruck, sie werde im Auftrag von Lotto Bayern tätig. Das Handeln werde daher Lotto Bayern zugerechnet und verstoße gegen das Regionalitätsprinzip in § 5 Abs. 3 des Lotteriestaatsvertrages. Ferner sei Jaxx nach § 14 Abs. 2 Ziff. 4 Lotteriestaatsvertrag verpflichtet, bei jeder Spielteilnahme dem Veranstalter die Vermittlung offen zu legen, was nicht geschehen sei. Lotto Bayern forderte Jaxx auf, keine Spielaufträge an Lotto Bayern zu vermitteln und behielt sich rechtliche Schritte vor.⁴⁴ Am 30. Januar 2006 wiederholte Lotto Bayern die Aufforderung und begründete dies zusätzlich mit einem Verstoß gegen hamburgisches Landesrecht, weil in Hamburg terrestrisch generierte Spielaufträge bei Lotto Bayern ohne Genehmigung der Verfahrensbeteiligten zu 18. eingespeist würden.
57. Am 22. Dezember 2005 versandte Anybet ein Schreiben an die Lottogesellschaften in Bayern, Berlin, Bremen, Niedersachsen, Hamburg, Sachsen, Sachsen-Anhalt, Thüringen und Nordrhein-Westfalen, um den Abschluss eines Vertrags über die elektronische Anbindung an das Zentralsystem der jeweiligen Gesellschaft anzubieten, über die von Jaxx generierte terrestrische Umsätze an die Lottogesellschaft weitergeleitet werden sollen.⁴⁵ Ähnliche Schreiben wurden an die Lottogesellschaften in Baden-Württemberg, Hessen und Rheinland-Pfalz gerichtet.
58. Die Verfahrensbeteiligte zu 17. (im Folgenden: Lotto Hamburg) informierte Jaxx zunächst mit Schreiben vom 5. Dezember 2005, dass die Gesellschaft im Hinblick auf das bestehende Annahmestellennetz und die laufende Ausschreibung einer Online-Plattform keinen Gesprächsbedarf für eine Zusammenarbeit sehe,⁴⁶ unterbreitete aber auf das Schreiben von Jaxx unter dem 30. Dezember 2005 ein Gesprächsangebot.⁴⁷ Das für den 15. Februar 2006 geplante Gespräch wurde als Reaktion auf den Beilagenantrag von Jaxx abgesagt.⁴⁸
59. Auf das Schreiben von Jaxx teilte die Verfahrensbeteiligte zu 7. (im Folgenden: Lotto Hessen) Anybet am 27. Dezember 2005 mit, das Unternehmen sei an einem Vertragsabschluss mit Anybet nicht interessiert.⁴⁹ Die Verfahrensbeteiligte zu 16. (im Folgenden: Lotto Sachsen-Anhalt) in-

⁴¹ Bl. 94 f. d.A.

⁴² Bl. 2461 f. d.A.

⁴³ Bl. 2872 f. d.A.

⁴⁴ Bl. 413 f. d.A.

⁴⁵ Bl. 142, 155 f. d.A.

⁴⁶ Bl. 153 d.A.

⁴⁷ Bl. 348 d.A.

⁴⁸ Schreiben der Sozietät Haver & Mailänder vom 2.03.06, Bl. 701 f. d.A.

⁴⁹ Bl. 347 d.A.

formierte Anybet mit Schreiben vom 5. Januar 2006, das Unternehmen sehe vor dem Hintergrund des Landes-Glücksspielgesetzes keine Möglichkeit zu einer Anbindung von Anybet an das Zentralsystem oder zu einer anderen Form der Entgegennahme und Verarbeitung von Spieldaufträgen.⁵⁰ Die Verfahrensbeiträge zu 14. (im Folgenden: Lotto Thüringen) antwortete Jaxx, das Unternehmen verfüge über keine Schnittstelle zur Anbindung eines gewerblichen Spielanbieters, eine solche Investition sei in nächster Zeit nicht vorgesehen, da die bisher genutzten Vertriebswege im Rahmen der Erfüllung der Ziele des Lotteriestaatsvertrages als ausreichend angesehen würden.⁵¹ Die Verfahrensbeiträge zu 4. (im Folgenden: Lotto Berlin) unterbreitete das Angebot, über eine elektronische Anbindung zum Einspielen von Berliner Spieldaufträgen in das EDV System von Lotto Berlin zu sprechen.⁵²

60. Lotto Brandenburg wies Anybet mit Schreiben vom 5. Mai 2006 auf das Urteil des Bundesverfassungsgericht vom 28. März 2006 hin und bat darum, die zuletzt beworbenen Vertriebsaktivitäten, insbesondere den Vertrieb über TFT-Dispenser, zu unterlassen und keine Umsätze aus diesem Vertriebsweg an Lotto Brandenburg zu vermitteln.⁵³ Zugleich wurde angekündigt, dass eine außerordentliche bzw. eine ordentliche Kündigung für den Fall erwogen werde, dass gegen ordnungsrechtliche Vorgaben verstoßende Vertriebsaktivitäten nicht unterlassen werden. In einem weiteren Schreiben vom 15. Mai 2006 wies Lotto Brandenburg Jaxx darauf hin, dass es keine Spieleinsätze von Spielinteressenten aus anderen Mitgliedstaaten der Europäischen Union annehme und forderte Jaxx um schriftliche Bestätigung auf, dass keine solchen Spieleinsätze bei Lotto Brandenburg abgegeben werden. Vorsorglich mahnte Lotto Brandenburg Jaxx im Hinblick auf den mit Jaxx geschlossenen Vertrag über die gewerbliche Spielvermittlung ab und stellte eine fristlose Kündigung in Aussicht.⁵⁴ Mit Schreiben vom 27.06.06 sprach Lotto Brandenburg die ordentliche Kündigung des Vertragsverhältnisses zum 31.12.06 aus.⁵⁵ Mit Schreiben vom 4.08.06 forderte Lotto Brandenburg Jaxx auf, keine Spieleinsätze aus terrestrischer Vermittlung bei Lotto Brandenburg einzuspeisen, die in Brandenburg aufgestellten Terminals zu deaktivieren und auf den weiteren Aufbau eines terrestrischen Vermittlungsnetzes in Brandenburg zu verzichten. Jaxx wurde hierzu eine Frist bis 13.08.06 gesetzt, anderenfalls außerordentlich gekündigt und die Annahme von Umsätzen insgesamt abgelehnt werde.⁵⁶
61. Im Ergebnis wurde der Beschluss des Rechtsausschusses auf der Sitzung vom 24./25. April 2005 von den Lottogesellschaften umgesetzt. Es wurde erstens wenige Tage später das abgestimmte Musterschreiben an die jeweiligen Landesinnen- bzw. Finanzminister versandt, zweitens reagierten die Lottogesellschaften auf die Aktivitäten von Jaxx zum Aufbau der terrestrischen gewerblichen Spielvermittlung, wie im Beschluss vorgesehen: Die Lottogesellschaften, mit denen Jaxx noch keine Vereinbarungen über die Einspeisung von Spieleinsätzen verfügten, lehnten die Anfragen von Jaxx auf Anbindung an ihr Lotteriezentralsystem ab, die Lotto-

⁵⁰ Bl. 351 d.A.

⁵¹ Bl. 352 d.A.

⁵² Bl. 350 d.A.

⁵³ Bl. 1270/1273 d.A.

⁵⁴ Bl. 1421 d.A.

⁵⁵ Schreiben Lotto Brandenburg vom 27.06.06, Bl. 2310 ff. d.A.

⁵⁶ Schreiben Lotto Brandenburg vom 4.08.06, Bl. 3837 ff. d.A.

gesellschaften, mit denen Jaxx über Vereinbarungen zur Vermittlung von Spieleinsätzen verfügte, wiesen Jaxx darauf hin, dass keine terrestrisch vermittelten Spieleinsätze angenommen werden, und drohten anderenfalls mit Vertragskündigungen und sprachen diese dann auch aus.

62. Am 4.07.06 teilte der Präsident von Lotto Bayern den Mitgliedern des Rechtsausschusses und nachrichtlich allen Blockpartnern mit, dass der Rechtsausschuss im Umlaufverfahren folgenden Beschluss gefasst habe⁵⁷:

„[...] Rein vorsorglich – um die auf die Aufforderung vom 25./26. April 2005 gestützten Vorwürfe des BKartA zu entkräften – und ohne Anerkennung einer Rechtspflicht beschließt der Rechtsausschuss hiermit die Aufhebung des in der Sitzung des Rechtsausschusses vom 25./26. April 2005 unter TOP 2 Ziffer 2 gefassten Beschlusses.“

V. VERFAHRENSGANG

63. Jaxx informierte die Beschlussabteilung am 7. Dezember 2005 über das Verhalten des DLTB. Sie machte einen Verstoß gegen §§ 21, 1 und 20 GWB geltend und beantragte die Anordnung einstweiliger Maßnahmen nach § 32a GWB gegen Lotto Niedersachsen und die übrigen Gesellschaften des DLTB. Die Beschlussabteilung leitete die Eingabe von Jaxx mit Schreiben vom 19. Dezember 2005 an Lotto Brandenburg als federführende Gesellschaft im DLTB weiter. Sie teilte unter Angabe von Gründen mit, dass sie nach vorläufiger Beurteilung aufgrund der Schwere des Vorwurfs und der dem betroffenen Unternehmen drohenden wirtschaftlichen Nachteile das Vorgehen des DLTB kurzfristig und unter Androhung sofortigen Vollzugs untersagen würde und gab dem DLTB Gelegenheit, zu den Vorwürfen von Jaxx und deren rechtlicher Bewertung Stellung zu nehmen. Die Stellungnahme von Lotto Brandenburg als federführende Gesellschaft im DLTB erfolgte mit Schreiben vom 25. Januar 2006.
64. Mit Schreiben vom 1. Februar 2006 teilte die Beschlussabteilung den Verfahrensbeteiligten zu 1. bis zu 16. und Nordwest Lotto und Toto Hamburg – Staatliche Lotterie der Freien und Hansestadt Hamburg mit, dass sie ein Verwaltungsverfahren nach § 32 GWB gegen den DLTB sowie gegen die Lottogesellschaften eingeleitet hat und einen möglichen Verstoß gegen §§ 1, 20, 21 GWB, Art. 81 EG im Hinblick auf das Vorgehen gegen gewerbliche Spielvermittler, die Spielaufträge über terrestrische Annahmestellen vermitteln, untersucht. Ferner wurden die Verfahrensbeteiligten zu 1. bis zu 16. und Nordwest Lotto und Toto Hamburg – Staatliche Lotterie der Freien und Hansestadt Hamburg informiert, dass im Rahmen des Verfahrens auch die Durchführung des Regionalisierungsstaatsvertrages und des Lotteriestaatsvertrages sowie von § 2 des Blockvertrages auf die Vereinbarkeit mit den oben erwähnten Vorschriften geprüft wird.
65. Die Europäische Kommission wurde am 7. Februar 2006 nach Art. 11 Abs. 3 der Verordnung (EG) Nr. 1/2003 des Rates vom 16. Dezember 2002 zur Durchführung der in den Artikeln 81 und 82 des Vertrags niedergelegten Wettbewerbsregeln (im Folgenden VO Nr. 1/03)⁵⁸ über die Verfahrenseinleitung unterrichtet, ferner wurden am 14. Februar 2006 die

⁵⁷ Anlage B 63 zum Schreiben von Haver & Mailänder vom 28.07.06, Bl. 3776 d.A.

⁵⁸ ABl. EG Nr. L 1/2003, S. 1

Landeskartellbehörden aller Bundesländer nach § 49 Abs. 1 S. 1 GWB benachrichtigt.

66. Auf ihren Antrag hin wurde Jaxx am 22. März 2006 gemäß § 54 Abs. 2 Nr. 3 GWB zum Verfahren beigelegt. Mit Schreiben vom 24. April 2006 legten die Verfahrensbeteiligten zu 1. bis zu 17. hiergegen Beschwerde ein, die mit Schreiben vom 8. Mai 2006 zurückgenommen wurde.
67. Mit Schreiben vom 24. Mai 2006 hat die Beschlussabteilung den Verfahrensbeteiligten sowie der Beigeladenen zu 1. als vorläufiges Ergebnis ihrer Prüfung mitgeteilt, dass das Vorgehen gegen gewerbliche Spielvermittler, die Spielaufträge über terrestrische Annahmestellen vermitteln, gegen Art. 81, 82 EG, §§ 1, 21 Abs. 1 GWB verstößt. Ferner wurden die Unternehmen darüber unterrichtet, dass nach vorläufiger Ansicht der Beschlussabteilung das sich aus § 2 des Blockvertrages und aus dem Lotteriestaatsvertrag ergebende Regionalitätsprinzip gegen Art. 81 EG und die Umsetzung des Regionalisierungsstaatsvertrages durch die Lottogesellschaften gegen Art. 81 EG, § 1 GWB verstößt. Zugleich hat die Beschlussabteilung Maßnahmen zur Abstellung der Verstöße nach § 32 GWB angekündigt. Den Verfahrensbeteiligten und der Beigeladenen zu 1. wurde Gelegenheit zur Stellungnahme bis zum 30. Juni 2006 gewährt. Die Stellungnahmefrist wurde für die Verfahrensbeteiligten mit Schreiben vom 16. Juni 2006, für die Beigeladene zu 1. mit Schreiben vom 19. Juni 2006 auf den 28. Juli 2006 verlängert. Unter dem 19. Juli 2006 wurde den Verfahrensbeteiligten und der Beigeladenen zu 1. ergänzend die vorläufige Ansicht der Beschlussabteilung dargelegt, die im Schreiben vom 24. Mai 2006 dargestellte Auffassung der Beschlussabteilung, § 2 Blockvertrag sei geeignet, auch außerhalb Deutschlands zu einer Gebietsaufteilung unter den Lottogesellschaften zu führen, werde auch durch das Verhalten der Lottogesellschaften hinsichtlich der von Luxemburg ab 2006 neu vergebenen Konzession an Lotto Nordrhein-Westfalen belegt. Zugleich wurde den Verfahrensbeteiligten und der Beigeladenen zu 1. die Möglichkeit zur Stellungnahme hierzu bis zum 28. Juli 2006 eingeräumt.
68. Die Europäische Kommission wurde am 26. Mai 2006 nach Art. 11 Abs. 4 VO Nr. 1/03 informiert.
69. Faber wurde am 21. Juni 2006 antragsgemäß nach § 54 Abs. 2 Nr. 3 GWB zu dem Verfahren beigelegt, Tipp24 am 3. Juli 2006. Faber hat mit Schreiben vom 23. Juni 2006 Gelegenheit erhalten, zu den Schreiben der Beschlussabteilung vom 24. Mai 2006 und vom 19. Juli 2006 Stellung zu nehmen, Tipp24 mit Schreiben vom 4. Juli 2006.
70. Die Verfahrensbeteiligten zu 1. bis zu 17., Jaxx und Faber nahmen jeweils mit Schreiben vom 28. Juli 2006 zum Schreiben der Beschlussabteilung vom 24. Mai 2006 und 19. Juli 2006 Stellung, für die Verfahrensbeteiligte zu 18. hat sich die Finanzbehörde – Vermögens- und Beteiligungsverwaltung - mit Schreiben vom 26. Juli 2006 geäußert. Tipp24 hat keine Stellungnahme abgegeben. Ferner hatten die Beteiligten zu 1. bis zu 17. Gelegenheit, ihre Ansichten am 14. August 2006 im Rahmen einer Besprechung im Bundeskartellamt darzustellen.

C. RECHTLICHE WÜRDIGUNG DER AUFFORDERUNG DES RECHTSAUSSCHUSSES

71. Die Aufforderung des Rechtsausschusses des DLTB vom 25./26. April 2005 an alle Lottogesellschaften, durch terrestrische Vermittlung gewerblicher Spielvermittler erzielte Spielumsätze nicht anzunehmen, verstößt

gegen Art. 81 EG sowie gegen § 1 GWB. Die kartellrechtliche Prüfung der Aufforderung des Rechtsausschusses hat dabei nach Maßgabe von Art. 81 EG zu erfolgen, weil die Aufforderung geeignet ist, den Handel zwischen den Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen, und daher gemäß Art. 3 Abs. 1 der VO (EG) Nr. 1/2003 Art. 81 EG anzuwenden ist. Eine Beurteilung nach § 1 GWB würde zu keinem anderen Ergebnis führen. Außerdem stellt die Aufforderung einen Verstoß gegen das Boykottverbot in § 21 Abs. 1 GWB und gegen Art. 82 EG dar.

I. VERSTOß GEGEN ARTIKEL 81 EG

1. Beschluss einer Unternehmensvereinigung, Vereinbarung zwischen Unternehmen

72. Die vom Rechtsausschuss des DLTB an alle Gesellschaften des DLTB gerichtete Aufforderung vom 25./26. April 2005, aus terrestrischer Vermittlung gewerblicher Spielvermittler stammende Spieleinsätze nicht anzunehmen, stellt zum einen den Beschluss einer Unternehmensvereinigung und zum anderen eine Vereinbarung zwischen Unternehmen im Sinne des Art. 81 EG dar.

1.1. Der DLTB ist eine Unternehmensvereinigung

73. Der DLTB als Gesellschaft bürgerlichen Rechts der Lottogesellschaften ist eine Unternehmensvereinigung.

1.1.1 Die Lottogesellschaften sind Unternehmen

74. Die Lottogesellschaften sind Unternehmen i. S. d. Art. 81 Abs. 1 EG. Der Unternehmensbegriff ist funktional und umfasst nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs jede Einheit, die eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübt, unabhängig von ihrer Rechtsform und der Art ihrer Finanzierung.⁵⁹ Eine wirtschaftliche Tätigkeit stellt dabei jede auf Dauer angelegte Teilnahme am Wirtschaftsverkehr dar, insbesondere das Angebot von Dienstleistungen oder Gütern auf einem bestimmten Markt.⁶⁰ Art. 81 EG ist auch auf den Staat und seine Einrichtungen anwendbar, soweit die öffentliche Hand unternehmerisch tätig wird und Güter bzw. Dienstleistungen auf dem Markt anbietet.⁶¹ Der Unternehmensbegriff umfasst dabei auch öffentlich-rechtliche Körperschaften, die im öffentlichen Interesse und nicht zu Erwerbszwecken tätig werden.⁶²

75. **Die Lottogesellschaften sind wirtschaftlich tätig**

⁵⁹ ständige Rechtsprechung: EuGH, Urt. v. 10.01.06, Rs. C-222/04, Rz. 107 – Cassa di Risparmio di Firenze, veröffentlicht im Internet unter: <http://curia.eu.int/jurisp/cgi-bin/form.pl?lang=de&Submit=Suchen&docj=docj&numaff=C-222%2F04&datefs=&datefe=&nomusuel=&domaine=&mots=&resmax=100>; EuGH, Rs. C-343/95, Slg. 1997, I-1547, 1587 (Rn. 16) – Diego Cali; EuGH, Rs. C-364/92, Slg. 1994, I-43, 61 (Rn. 18) – Eurocontrol; Bechtold/Bosch/Brinker/Hirsbrunner, EG-Kartellrecht, Art. 81 EG, Rz. 9; Bellamy/Child, European Community Law of Competition, 5th ed., 2-003

⁶⁰ EuGH, Urt. v. 10.01.06, Rs. C-222/04, Rz. 108 – Cassa di Risparmio di Firenze, veröffentlicht im Internet unter: <http://curia.eu.int/jurisp/cgi-bin/form.pl?lang=de&Submit=Suchen&docj=docj&numaff=C-222%2F04&datefs=&datefe=&nomusuel=&domaine=&mots=&resmax=100>; Bechtold/Bosch/Brinker/Hirsbrunner, EG-Kartellrecht, Art. 81 EG, Rz. 10; Bellamy/Child, European Community Law of Competition, 5th ed., 2-004

⁶¹ EuGH, Rs. C-343/95, Slg. 1997, I-1547, 1587 (Rn. 18) – Diego Cali; Bellamy/Child, European Community Law of Competition, 5th ed., 2-009

⁶² EuGH, Rs. 94/74, Slg. 1975, 699, 713 (Rn. 33/35) – IGAV/ENCC; Bunte in: Langen/Bunte, Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, 10. Aufl., Art. 81 Rz. 8

76. Die Lottogesellschaften sind nach diesen Kriterien wirtschaftlich tätig, denn sie bieten unabhängig von ihrer privatrechtlichen oder öffentlich-rechtlichen Organisationsform den spielinteressierten Verbrauchern gegen Zahlung eines Entgelts die Teilnahme an Lotterien und Sportwetten und damit gewerbliche Leistungen auf der Grundlage privatrechtlicher Verträge an. Zwischen den Lottogesellschaften und den Spielteilnehmern kommen zivilrechtliche Lotterieverträge nach § 763 BGB bzw. Wettvereinbarungen nach § 762 BGB zustande. In Absatz III Unterabsatz 2 des Blockvertrages wird die unternehmerische Tätigkeit der Lottogesellschaften vorausgesetzt. Dort ist die Verpflichtung der Blockgesellschaften aufgeführt, die gemeinsamen Geschäfte nach kaufmännischen Grundsätzen zu fördern und durchzuführen.
77. Hinzu kommt, dass alle Lottogesellschaften, darunter insbesondere die öffentlich-rechtlich strukturierten Anbieter Lotto Bayern und Lotto Berlin⁶³, den Vertrieb der von ihnen angebotenen Glücksspiele unternehmerisch auf einen Umsatzzuwachs für das Unternehmen ausgerichtet haben. Sie vertreiben ihre Glücksspiele auf der Grundlage privatrechtlicher Handelsvertreterverträge, die sie mit ihren Lotto-Annahmestellen geschlossen haben.⁶⁴ Nach § 84 Abs. 1 HGB ist derjenige ein Handelsvertreter, der als selbständiger Gewerbetreibender ständig damit betraut ist, für einen anderen Unternehmer (Unternehmer) Geschäfte zu vermitteln oder in dessen Namen abzuschließen. Für alle während des Vertragsverhältnisses abgeschlossenen Geschäfte hat der Handelsvertreter unter den Voraussetzungen des § 87 Abs. 1 HGB Anspruch auf Provision. Dies bedeutet, dass die Lotto-Annahmestelle umso mehr verdient, je mehr Spieleinnahmen sie für ihre Lottogesellschaft eingebracht hat. Die Lotto-Annahmestelle als Ansprechpartner des Spielinteressenten hat daher ein eigenes wirtschaftliches Interesse daran, möglichst viele Kunden für die Lotterien der Lottogesellschaften zu akquirieren, um selbst über einen hohen eingenommenen Spieleinsatz auch eine hohe Provision von der Lottogesellschaft zu erhalten. Dabei ist dieser Anreiz als sehr groß einzustufen, weil viele Annahmestellen auf die Einnahmen der Lottogesellschaften angewiesen sind. Der durchschnittliche Vergütungssatz von Lotto Bayern beträgt bei der Staatlichen Bayerischen Losbrieflotterie 15,8% und bei den übrigen Lotterien und Wetten 9,72%.⁶⁵
78. Zwar tragen die Lottogesellschaften nach dem jeweiligen Landesrecht zur Ordnung des Glücksspielwesens durch die Bereitstellung von staatlicher Kontrolle unterliegenden Spiel- und Wettmöglichkeiten bei (Absatz II Unterabsatz 1 der Präambel des Blockvertrages). Dies schließt die wirtschaftliche Tätigkeit der Lottogesellschaften jedoch nicht aus.
79. **Die Lottogesellschaften sind nicht hoheitlich tätig**
80. Eine wirtschaftliche Tätigkeit ist nur dann nicht gegeben, wenn hoheitliche Befugnisse ausgeübt werden.⁶⁶ Als hoheitliche Tätigkeit gilt dabei auch

⁶³ Schreiben der Sozietät Haver & Mailänder für die einzelnen Lottogesellschaften vom 2.03.06, Bl. 678 ff. d.A.

⁶⁴ Schreiben der Sozietät Haver & Mailänder vom 2.03.06, Bl. 681, 682 d.A.

⁶⁵ Freistaat Bayern, Haushaltsplan 2005/2006, Einzelplan 13, Kapitel 1305 Anlage C 11, Bayerische Zweige der Staatslotterie, Wirtschaftsjahr 2005/2006, Erläuterungen zu den Wirtschaftsplänen Nr. 3, S. 492, Bl. 2476 d.A., veröffentlicht im Internet unter: http://www.stmf.bayern.de/haushalt/staatshaushalt_2005/haushaltsplan/epl13.pdf

⁶⁶ EuGH, Rs. G309/99, Slg. 2002, I1577, 1678 (Rn. 57) - Wouters u. a.; Langen/Bunte, Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, 10. Aufl., Art. 81 Rz. 8

die Tätigkeit von privaten Einrichtungen, die von der öffentlichen Hand mit der Erfüllung öffentlicher Aufgaben betraut und zu diesem Zweck mit staatlichen Sonderrechten ausgestattet wurden.⁶⁷ Dabei ist die Abgrenzung zwischen hoheitlichem und privatwirtschaftlichem Handeln nach den Maßstäben des Europarechts vorzunehmen, das nationale Recht kann insoweit nur Anhaltspunkte geben.⁶⁸ Bei der Abgrenzung spielt die Organisation oder die Rechtsform des staatlichen Organs keine Rolle, es kommt nur auf die ausgeübte Tätigkeit im konkreten Fall an. Staatliche Organe sind immer dann Unternehmen, wenn sich ihre Tätigkeit nicht von derjenigen von Wirtschaftsunternehmen unterscheidet.⁶⁹

81. Im vorliegenden Fall sind den privatrechtlich organisierten Lottogesellschaften zum Zwecke der Ordnung des Glücksspielwesens durch die Bereitstellung von staatlicher Kontrolle unterliegenden Spiel- und Wettmöglichkeiten keine hoheitlichen Befugnisse übertragen worden, so dass insoweit bereits hoheitlich staatliches Handeln ausscheidet.
82. Das Bundesverfassungsgericht hat in seinem Urteil vom 28.03.06 bestätigt, dass die Lottogesellschaften nicht hoheitlich tätig sind und damit keine mittelbare Staatsverwaltung ausüben:⁷⁰

„[...] Der damit einhergehende Ausschluss gewerblicher Sportwettenveranstaltung durch private Wettunternehmen ist [...] nicht aber Ausdruck des hoheitlichen Charakters der betreffenden Tätigkeiten. [...]“
83. Der Bundesgerichtshof hatte zuvor ebenfalls festgestellt, dass den Lottogesellschaften keine hoheitlichen Aufgaben zugewiesen sind:⁷¹

„[...] Der Anwendung des § 1 GWB sind der Deutsche Lotto- und Totoblock und seine Gesellschafter auch nicht deshalb entzogen, weil sie – wie die Rechtsbeschwerde geltend macht – Aufgaben bei der Abwehr von Gefahren für die öffentliche Sicherheit und Ordnung wahrnehmen. Bei ihrer gegenteiligen Auffassung verkennt die Rechtsbeschwerde, dass der Block und seine Gesellschafter nicht Träger dieser Gefahrenabwehr sind, sondern allenfalls das Mittel darstellen, das die Bundesländer u.a. zu diesem Zweck einsetzen. Zutreffend hat bereits das KG darauf hingewiesen, dass kein Anhaltspunkt dafür ersichtlich ist, dass dem Block und seinen Gesellschaftern in ihrer Eigenschaft als Veranstalter von Lotterien und Sportwetten hoheitliche Befugnisse eingeräumt wurden. [...]“
84. Ferner belegt auch die Tätigkeit der Lottogesellschaften Nordrhein-Westfalen, Rheinland-Pfalz und Saarland in Luxemburg, dass sie in Deutschland nicht mit einer hoheitlichen Tätigkeit zur Kanalisierung des Spieltriebs betraut sein können, sondern eine privatwirtschaftliche Tätigkeit ausüben. Lotto Rheinland-Pfalz und Lotto Saarland haben bis zum 31.03.06 auf der Grundlage jahrzehntelanger, mehrfach verlängerter langjähriger Konzessionen des luxemburgischen Justizministers Zahlenlotto,

⁶⁷ EuGH, Rs. C-343/95, Slg. 1997, I-1547, 1587 (Rn. 17) – Diego Cali.

⁶⁸ Bechtold/Bosch/Brinker/Hirsbrunner, EG-Kartellrecht, Art. 81 EG, Rz. 17

⁶⁹ Bechtold/Bosch/Brinker/Hirsbrunner, EG-Kartellrecht, Art. 81 EG, Rz. 18

⁷⁰ BVerfG, 1 BvR 1054/01, Beschluss vom 28.03.06, Rn. 88, veröffentlicht im Internet unter: http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20060328_1bvr105401.html, Bl. 940 d.A.

⁷¹ BGH, WuW/E DE-R 289/292 - Lottospielgemeinschaft

Spiel 77 und Super 6 in Luxemburg angeboten.⁷² Seit dem 1.01.06 bietet Lotto Nordrhein-Westfalen diese Lotterien in Luxemburg an.⁷³ Die deutschen Sportwetten Toto und ODDSET werden in Luxemburg von Lotto Rheinland-Pfalz und Lotto Saarland angeboten.⁷⁴ Hätten die Lottogesellschaften tatsächlich – quod non – hoheitliche Aufgaben in Deutschland, dürften sie nicht im Ausland tätig werden, und hätten erst recht nicht die hoheitliche Aufgabe, den Spieltrieb der Bevölkerung in Luxemburg zu kanalisieren. Aus den Diskussionen im DLTB um die Aktivität von Lotto Nordrhein-Westfalen in Luxemburg geht vielmehr hervor, dass die Tätigkeit in Luxemburg rein wirtschaftliche Gründe hat. Die Geschäftsführer der Lottogesellschaften beschlossen, dass für eine Poolung der von Lotto Nordrhein-Westfalen eingespielten Umsätze aus Luxemburg ab dem 1.01.06 eine Zustimmung der Blockpartner nach § 2 Abs. III i.V.m. § 4 Abs. 1 S. 2 Punkt 5 Blockvertrag erforderlich ist.⁷⁵ Maßgeblich hierfür war die Einschätzung, dass die Tätigkeit in Luxemburg eine geschäftspolitische Entscheidung und gerade keine hoheitliche Aufgabe darstellt. In der Niederschrift über die Sitzung wurde festgehalten⁷⁶:

„[...] Die Blockpartner sehen eine nur rechtliche Diskussion über ein Zustimmungserfordernis als nicht zielführend an. Es gehe auch um eine geschäftspolitische Entscheidung über den Vertrieb deutscher Lotterierprodukte in Luxemburg. Die Blockpartner erörtern die Rolle von WestLotto als Veranstalter in Luxemburg. [...]“

85. Die Ansicht der Lottogesellschaften, sie würden auf der Grundlage staatlicher Kompetenzen tätig⁷⁷, verfügten über eine eigene Sonderstellung⁷⁸ oder seien gar „Träger staatlicher Verwaltung“⁷⁹, steht daher im Widerspruch zur Rechtsprechung der höchsten deutschen Gerichte und zur eigenen Tätigkeit im Ausland. Auch wenn sich die Lottogesellschaften unter Berufung auf ein ordnungsrechtliches Selbstverständnis hoheitliche Befugnisse selbst zuschreiben, so existieren sie dennoch nicht. Dementsprechend gibt es auch keine verfassungsrechtliche Begrenzungen für die Geschäftstätigkeit der Lottogesellschaften. Sie unterstehen wie jede andere wirtschaftlich tätige juristische Person den Regelungen des Kartellrechts und haben sich an dessen Bestimmungen zu halten.
86. Im Hinblick auf die beiden öffentlich-rechtlich organisierten Lottogesellschaften Bayern und Berlin unterscheidet sich deren Tätigkeit nicht von derjenigen der privatrechtlich organisierten Lottogesellschaften. Auch sie betätigen sich auf der Grundlage privatrechtlich ausgestalteter Vertragsbeziehungen in einem Geschäftsverkehr mit gewerblichen Leistungen und damit unternehmerisch und nicht hoheitlich. Insbesondere Lotto Bayern ist

⁷² Schreiben Haver & Mailänder vom 19.05.06, S. 4, Bl. 1443 d.A.

⁷³ Schreiben Haver & Mailänder vom 19.05.06, S. 4, Bl. 1443 d.A.

⁷⁴ Niederschrift über die außerordentliche Sitzung der Geschäftsführer des DLTB am 10. Januar 2006, Beschluss 3 b), Bl. 1469 d.A.; Schreiben des DLTB vom 8.02.06 an alle Blockpartner im Hinblick auf den Umlaufbeschluss 01/2006, Bl. 1474 d.A.

⁷⁵ Niederschrift über die außerordentliche Sitzung der Geschäftsführer des DLTB am 03. Januar 2006, S. 8, Bl. 1456 d.A.

⁷⁶ Niederschrift über die außerordentliche Sitzung der Geschäftsführer des DLTB am 03. Januar 2006, S. 7, Bl. 1455 d.A.

⁷⁷ Schreiben Haver & Mailänder vom 28.07.06, S. 6, 121, Bl. 3434, 3549

⁷⁸ Schreiben Haver & Mailänder vom 28.07.06, S. 108, Bl. 3536

⁷⁹ Schreiben Haver & Mailänder vom 28.07.06, S. 11, 15, Bl. 3439, 3443

ein kaufmännisch geführter Staatsbetrieb (§ 26 Abs. 1 Bayerische Haushaltsordnung)⁸⁰, dessen Wirtschaftsplan im Landeshaushaltsplan als Wirtschaftsplan der Unternehmen des Freistaates Bayern veröffentlicht wird.⁸¹

87. Die Tätigkeit der Lottogesellschaft dient fiskalischen Zwecken

88. Die Spieleinnahmen der Lottogesellschaften aus Lotterien und Sportwetten werden überwiegend an die Länder weitergeleitet und für soziale Zwecke verwendet. Die Zweckbestimmung der Erträge rechtfertigt es ebenfalls nicht, die Lottogesellschaften als Einrichtungen mit ausschließlich sozialem Charakter aus dem Unternehmensbegriff des Art. 81 EG herauszunehmen.⁸² Zum einen erachtet der Europäische Gerichtshof eine Gewinnerzielungsabsicht für die Unternehmenseigenschaft nicht für zwingend erforderlich,⁸³ zum anderen haben die Lottogesellschaften nach dem Blockvertrag Abgaben und Überschüsse insbesondere für das jeweilige Land zu erwirtschaften⁸⁴ und verfolgen insoweit das Ziel der Gewinnerzielung. Das Bundesverfassungsgericht stellte in seinem Urteil vom 28.03.06 fest.⁸⁵

„[...] Die Verwendung der Erträge zur Förderung im öffentlichen Interesse liegender Zwecke mindert den fiskalischen Anreiz nicht, sondern kann wegen der dadurch begründeten Abhängigkeit der geförderten gesellschaftlichen Aktivitäten von Einnahmen aus Glücksspielveranstaltungen dazu führen, dass diese Finanzmittel als schwer verzichtbar erscheinen [...]“

89. So liegt es hier. Die Geschäftsbesorgungsverträge von Lotto Hessen und Baden-Württemberg mit den jeweiligen Ländern sehen eine Vergütung der Tätigkeit in Abhängigkeit von den erzielten Einnahmen bzw. von der Höhe der getätigten Aufwendungen vor, während Lotto Rheinland-Pfalz an das Land Konzessionsabgaben entrichtet, die nicht zur vollständigen Abschöpfung der Erträge führen. Diese Modelle dürften mit spezifischen Modifikationen auch in den übrigen Bundesländern zu finden sein. So weist der Haushaltsplan Mecklenburg-Vorpommerns für 2006/2007 Einnahmen aus Überschüssen der Staatslotterien Lotto und Toto für 2004 von rund 23 Mio. € sowie steigende Ansätze für die Folgejahre bis 2006 (Ansatz: 25,1 Mio. €) aus⁸⁶, die an den Landeshaushalt abgeführt wer-

⁸⁰ Freistaat Bayern, Haushaltsplan 2005/2006, Einzelplan 13, 1303 Allgemeine Bewilligungen für den Gesamthaushalt, Erläuterungen 1303/261 02, S. 21, Bl. 2467 d.A., veröffentlicht im Internet unter:

http://www.stmf.bayern.de/haushalt/staatshaushalt_2005/haushaltsplan/epl13.pdf

⁸¹ Freistaat Bayern, Haushaltsplan 2005/2006, Einzelplan 13, Allgemeine Finanzverwaltung, Anlage C, S. 469, Bl. 2474 d.A., veröffentlicht im Internet unter:

http://www.stmf.bayern.de/haushalt/staatshaushalt_2005/haushaltsplan/epl13.pdf

⁸² Dies wurde vom EuGH im Hinblick auf bestimmte Leistungen der Krankenkassen angenommen, EuGH, Rs. G-159/91, G-160/91, Slg. 1993, I-637, 670 (Rn. 18 f.) - Poucet u. Pistre.

⁸³ EuGH, Rs. G-244/94, Slg. 1995, I-4013, 4030 (Rn. 21) - Fédération française des sociétés d'assurance (CCMSA); Bechtold/Bosch/Brinker/Hirsbrunner, EG-Kartellrecht, Art. 81 EG, Rz. 12

⁸⁴ Absatz II Unterabsatz 1 der Präambel zum Blockvertrag

⁸⁵ BVerfG, 1 BvR 1054/01, Beschluss vom 28.03.06, Rn. 124, veröffentlicht im Internet unter: http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20060328_1bvr105401.html, Bl. 940 d.A.

⁸⁶ Haushaltsplan 2006/2007 Mecklenburg-Vorpommern, Einzelplan 11, 1111 Sonstige allgemeine Einnahmen und Ausgaben, Titel 123.02, S. 54; Bl. 1232 d.A.

den.⁸⁷ In Hamburg flossen 2005 von Lotto Hamburg 85,1 Mio. € in den Haushalt der Freien und Hansestadt Hamburg, davon 48,1 Mio. € Überschuss und 37 Mio. € Lotteriesteuer.⁸⁸ Dabei werden die von Lotto Hamburg abgelieferten Einnahmen von den Freien und Hansestadt Hamburg im Haushaltsplan als Einnahmen aus wirtschaftlicher Tätigkeit und Vermögen verbucht, nicht aber als Steuern oder steuerähnliche Abgaben.⁸⁹

90. Auch Lotto Bayern als staatliche Einrichtung ohne eigene Rechtspersönlichkeit im Geschäftsbereich des Bayerischen Staatsministeriums der Finanzen⁹⁰ nimmt beim Angebot der Glücksspiele Finanzmittel für den Freistaat Bayern ein. Der bayerische Finanzminister äußerte in der Zweiten Lesung des Gesetzes über die vom Freistaat Bayern veranstalteten Lotterien und Wetten:⁹¹

„[...] daß Lotterien heutzutage ein für den Haushaltsausschuß, den Landtag und den Finanzminister durchaus nennenswerter Faktor sind. Die Glücksspiele haben im Jahr 1998 in Bayern immerhin den beträchtlichen Umsatz von 2,2 Milliarden DM erbracht. Daraus resultieren Staatseinnahmen von 850 Millionen DM. [...]

Weil der Betrag so namhaft ist, sollten wir die Angelegenheit genauer betrachten und eine angemessene sichere Rechtsgrundlage schaffen. [...]

Im übrigen weise ich darauf hin, dass wir durch die Oddset-Wetten, die es noch nicht lange gibt, mittlerweile Umsätze von 4 Millionen DM pro Woche haben. Das heißt, unsere Erwartung, daß wir mindestens 100 Millionen DM einnehmen, wird mit großer Sicherheit erreicht, wenn nicht gar deutlich übertroffen. Das heißt wiederum, der Finanzminister ist mit knapp der Hälfte dabei. Von daher betrachte ich die Entwicklung mit einem gewissen Wohlwollen.

Es ist besser, das Geld geht in die bayerischen Staatskassen, als daß es über die Grenzen nach Österreich geht. Das war nämlich üblich. Es gab einen sehr starken Grenzverkehr zum Zweck des Wettens. Das Geld holen wir jetzt selbst herein. [...]"

91. Im Haushaltsplan 2005/2006 werden die 2003 insgesamt erzielten Umsatzerlöse/Spieleinsätze der Bayerischen Staatslotterie mit 1,3 Mrd. € an-

⁸⁷ Haushaltsplan 2006/2007 Mecklenburg-Vorpommern, Einzelplan 11, 1111 Sonstige allgemeine Einnahmen und Ausgaben, Erläuterungen zu Titel 123.02, S. 55, Bl. 1233 d.A.

⁸⁸ Presseinformation von Lotto Hamburg vom 3.05.06, veröffentlicht im Internet: http://www.lotto-hh.de/nlthportal/media/presse/archiv/2006/4-2006_neue_Cl.pdf;jsessionid=071A688396DFE1B5C5A5B6A55866C545.infocus2a; Bl. 2116 Rückseite d.A.

⁸⁹ Freie und Hansestadt Hamburg, Finanzbericht 2004, Anlage 1.5, S. 7, veröffentlicht im Internet unter: <http://fhh.hamburg.de/stadt/Aktuell/behoerden/finanzbehoerde/haushalt/haushalt-2004/finanzbericht-2004.property=source.pdf>; Bl. 2458 d.A.

⁹⁰ Art. 2 Abs. 4 S. 2 des Gesetzes über die vom Freistaat Bayern veranstalteten Lotterien und Wetten vom 29.04.1999, GVBl. 1999, S. 226, zuletzt geändert am 24.04.2001, GVBl. 2001, S. 140

⁹¹ Bayerischer Landtag, 14. Wahlperiode, 15. Sitzung am 20.04.99, Plenarprotokoll 14/15, S. 858, Bl. 1391 d.A.

gegeben, die bis 2006 auf 1,38 Mrd. € gesteigert werden sollen.⁹² Der 2003 von der Bayerischen Staatslotterie ohne Erträge aus Spielbanken und ohne Einnahmen aus dem Regionalisierungsstaatsvertrag an den Landeshaushalt abgeführte Gewinn belief sich auf rund 291 Mio. €⁹³

92. Ferner führt das Niedersächsische Ministerium für Wirtschaft, Arbeit und Verkehr – Landeskartellbehörde – derzeit ein Untersagungsverfahren nach §§ 32 i.V.m. 19 Abs. 4 GWB wegen des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung gegen Lotto Niedersachsen.⁹⁴ Hierin wird Lotto Niedersachsen vorgeworfen, Änderungskündigungen der Wetteinnahmestellen-Verträge zum 1.01.06 durchgeführt zu haben, um finanzielle Auswirkungen der von der Bundesregierung in Aussicht gestellten Mehrwertsteuererhöhung auf die Wetteinnahmestellen zu verlagern. Das Lotto Niedersachsen vorgeworfene Verhalten zeigt die unternehmerische Tätigkeit von Lotto Niedersachsen und dass auch die Bundesländer von der Unternehmenseigenschaft der von ihnen maßgeblich kontrollierten Lottogesellschaften ausgehen.
93. Die Lottogesellschaften versuchen außerdem, den Kreis ihrer Kunden dadurch zu erweitern, dass sie ihr Glücksspielangebot fortlaufend weiterentwickeln und neue Glücksspiele anbieten, erhebliche Werbemaßnahmen durchführen und attraktive Vertriebswege bereitstellen.
94. Die Lottogesellschaften führten 1982 neben dem Samstagslotto „6 aus 49“ Lotto am Mittwoch mit der Formel „7 aus 38“ ein, das 1986 ebenfalls auf die Formel „6 aus 49“ umgestellt wurde. Im gleichen Jahr entfiel auch die Gewinnobergrenze für Lotto, so dass seitdem ein Jackpot gebildet und ausgespielt wird. 1990 wurde die Zusatzlotterie „Spiel 77“ mit 7 Gewinnklassen eingeführt, 1992 die Zusatzlotterie „Super 6“.⁹⁵ Die Sportwette ODDSET wird seit 2000 angeboten, wobei zum Start der Champions-League im September 2005 die ODDSET-Kombi-Wette um eine zweite Wettrunde erweitert wurde. Damit wurde das Angebot eine Pressemitteilung von Lotto Hamburg zufolge spürbar verbessert, denn die Auswahl an Spielen ist vergrößert und die Quoten werden zeitnäher zu den Sportereignissen bestimmt.⁹⁶ 2005 startete die tägliche Zahlenlotterie KENO und die Zusatzlotterie „plus 5“, mit denen der Spieler täglich bis zu 1 Mio. € gewinnen kann.
95. Der Spieleinsatz im gesamten DLTB stieg von rund 1,6 Mrd. € im Jahr 1974 auf rund 8 Mrd. € im Jahr 2005, dies entspricht einem Zuwachs um das Vierfache:⁹⁷

⁹² Freistaat Bayern, Haushaltsplan 2005/2006, Einzelplan 13, Kapitel 13 05 Anlage C 11, S. 491, Bl. 2472 d.A., veröffentlicht im Internet:

http://www.stmf.bayern.de/haushalt/staatshaushalt_2005/haushaltsplan/epl13.pdf

⁹³ Freistaat Bayern, Haushaltsplan 2005/2006, Einzelplan 13, Kapitel 13 05 Titel 123 01-3, S. 94, Bl. 2470 d.A., veröffentlicht im Internet:

http://www.stmf.bayern.de/haushalt/staatshaushalt_2005/haushaltsplan/epl13.pdf

⁹⁴ Geschäftszeichen: 24 WB 50.48/18

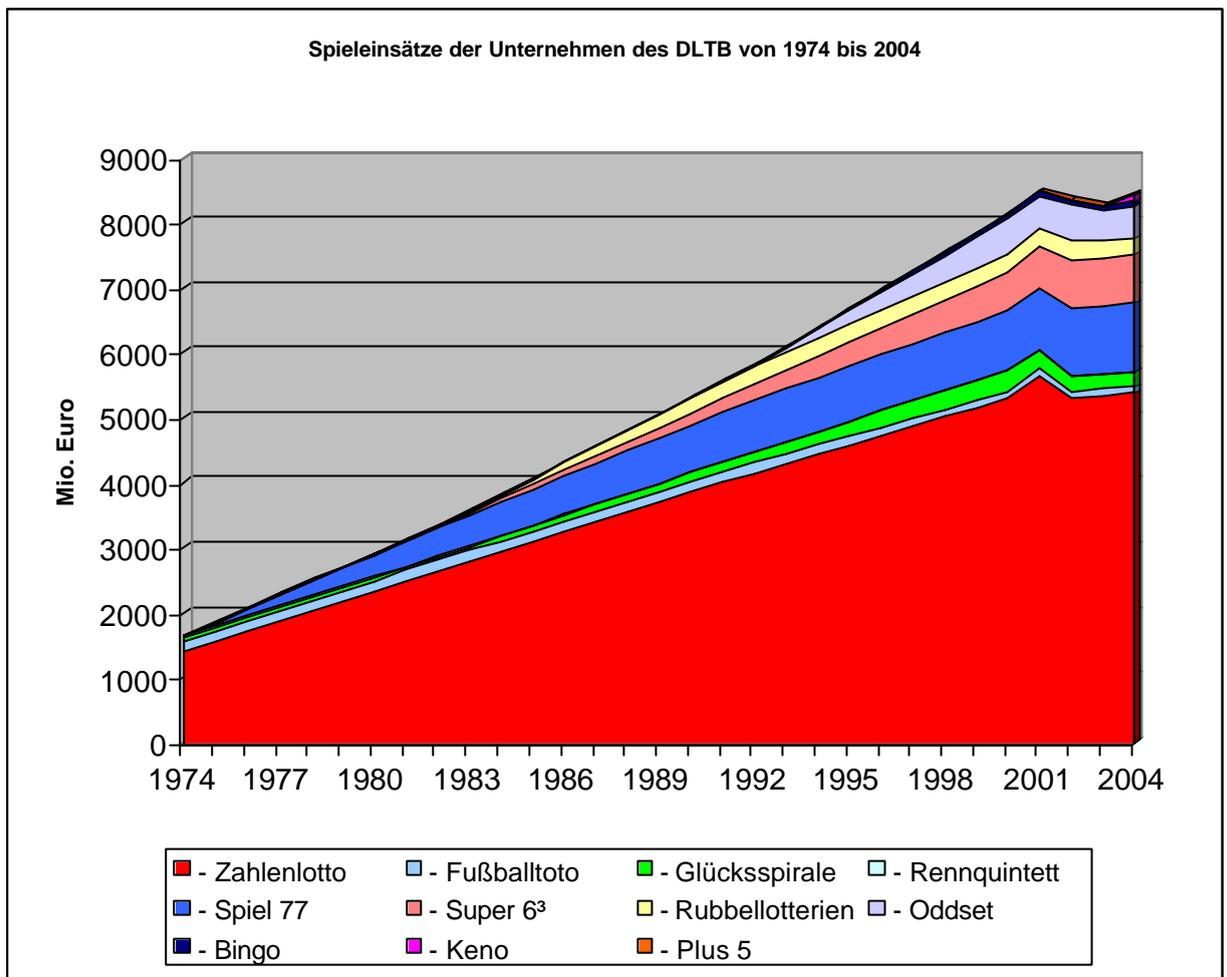
⁹⁵ Die Toto-Lotto Niedersachsen GmbH Zeittafel im Internet: http://www.lottospielennds.de/s/managed_html/455/index.html

⁹⁶ Presseinformation von Lotto Hamburg vom 3.05.06, veröffentlicht im Internet:

http://www.lotto-hh.de/nlthportal/media/presse/archiv/2006/4-2006_neue_CI.pdf?sessionid=071A688396DFE1B5C5A5B6A55866C545.infocus2a;

Bl. 2117 Rückseite d.A.

⁹⁷ Quelle: Gerhard Meyer: Glücksspiel – Zahlen und Fakten in: Deutsche Hauptstelle gegen die Suchtgefahren (Hrsg.): Jahrbuch Sucht 2006, S. 116 f.; Bl. 3934 f. d.A.



96. 2004 wurden von den Lottogesellschaften insgesamt rund 108 Mio. € für Werbung ausgegeben, die Spannweite der einzelnen Lottogesellschaften reicht dabei von rund 1 Mio. € bis zu rund 19 Mio. €. Durchschnittlich wendete 2004 jede Lottogesellschaft rund 7 Mio. € für Werbung aus. Bezogen auf die Bevölkerung bedeutet dies, dass je Einwohner von den Lottogesellschaften 2004 1,37 € für Werbung ausgegeben wurde. Die Bandbreite der Werbeausgaben liegt dabei zwischen 0,97 €/Einwohner und 2,08 €/Einwohner. Dies ist ein Unterschied von 116%.
97. Im Haushaltsplan 2005/2006 sind für Lotto Bayern 2005 Kosten der Werbung und für PR-Maßnahmen in Höhe von 16,2 Mio. € ausgewiesen.⁹⁸
98. Lotto Sachsen-Anhalt hat 2004 ein einheitliches Erscheinungsbild der Lotto-Verkaufsstellen und einen flächendeckenden Einsatz von Ausstattungs- und Präsentationsmitteln gefördert. 2003 wurde damit begonnen, den Verkaufsstellen mit Sonderwerbeanlagen eine einheitliche Außendarstellung zu geben.⁹⁹ Außerdem wurde der Internetauftritt der Gesellschaft erneuert und Spielen damit einfacher, der Service kundenorientierter. Für das Jahr 2005 stand eine systematische Stammkundenpflege und die gezielte Rückgewinnung von Gelegenheitsspielern auf dem Programm. Mit

⁹⁸ Freistaat Bayern, Haushaltsplan 2005/2006, Einzelplan 13, Kapitel 1305 Anlage C 11, S. 493, Bl. 2477 d.A., veröffentlicht im Internet unter:

http://www.stmf.bayern.de/haushalt/staatshaushalt_2005/haushaltsplan/epl13.pdf

⁹⁹ Geschäftsbericht 2004 der Lotto-Toto GmbH Sachsen-Anhalt, S. 20, Bl. 1331 d.A.

diesen Maßnahmen wollte Lotto Sachsen-Anhalt eine Stabilisierung des Umsatzes erreichen.¹⁰⁰

99. Lotto Hamburg plant für 2006 eine Verbesserung des Internet-Auftritts und eine kundenfreundlichere und bequemere Ausstattung der Lottoannahmestellen.¹⁰¹
100. Lotto Hessen verfügt über ein Vertriebs- und Marketingteam, das die Aufgabe hat, neue Vertriebswege zu erschließen und neue Kundengruppen anzusprechen. Hierzu wird das Team von der Abteilung „Strategische Werbung“ unterstützt.¹⁰²
101. Das Handeln der Lottogesellschaften stellt sich damit als gewinnorientierte wirtschaftliche Tätigkeit von Unternehmen dar. Die gemeinnützige Zweckbestimmung eines überwiegenden Teils der Erträge ist für die Einordnung der Landeslottogesellschaften als Unternehmen nicht ausschlaggebend.¹⁰³ Das Bundesverfassungsgericht stellte in seinem Urteil vom 28.03.06 fest:¹⁰⁴

„[...] Die Verwendung der Erträge zur Förderung im öffentlichen Interesse liegender Zwecke mindert den fiskalischen Anreiz nicht, sondern kann wegen der dadurch begründeten Abhängigkeit der geförderten gesellschaftlichen Aktivitäten von Einnahmen aus Glücksspielveranstaltungen dazu führen, dass diese Finanzmittel als schwer verzichtbar erscheinen [...] „

102. Käme es auf die soziale Zweckbestimmung an, würde dies im Ergebnis dazu führen, dass alle Unternehmen der öffentlichen Hand aufgrund der letztlich dem Staatshaushalt und damit dem Gemeinwohl zufließenden Einnahmen von der Anwendung des Wettbewerbsrechts ausgenommen wären.

1.1.2 Der DLTB ist eine Vereinigung von Unternehmen

103. Der DLTB ist eine Vereinigung von Unternehmen, zu der jede verbandsmäßige Organisation von Unternehmen zählt.¹⁰⁵ Eine eigene wirtschaftliche Betätigung der Unternehmensvereinigung ist nicht erforderlich. Art. 81 EG gilt vielmehr für alle Unternehmensvereinigungen, deren eigene Tätigkeit oder die der in ihr zusammengeschlossenen Unternehmen auf die Folgen abzielt, die Art. 81 EG unterbinden will.¹⁰⁶
104. Der DLTB ist eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts, die der bundesweiten Koordinierung der Tätigkeit der Lottogesellschaften dient. Die Koordinierung ist nach Abs. III der Präambel und § 1 Blockvertrag primär auf die bundesweite Auspielung von Lotterien und Sportwetten gerichtet, geht

¹⁰⁰ Geschäftsbericht 2004 der Lotto-Toto GmbH Sachsen-Anhalt, S. 34, Bl. 1333 d.A.

¹⁰¹ Presseinformation von Lotto Hamburg vom 3.05.06, veröffentlicht im Internet: http://www.lotto-hh.de/nlthportal/media/presse/archiv/2006/4-2006_neue_CI.pdf?jsessionid=071A688396DFE1B5C5A5B6A55866C545.infocus2a; Bl. 2118 d.A.

¹⁰² Stellenangebot für einen vertriebserfahrene/n Produkt-Manager/in Lotto von Lotto Hessen, veröffentlicht im Internet 2006: <http://www.lottohessen.de/layer.php?content=lottohessen/jobs.php&nr=15>; Bl. 1393 d.A.

¹⁰³ So bereits zu der entsprechenden Fragestellung im deutschen Recht BGH, Beschluss v. 9.3.1999, WuW/E DE-R, 289/291 ff. - Lottospielgemeinschaft

¹⁰⁴ BVerfG, 1 BvR 1054/01, Beschluss vom 28.03.06, Rn. 124, veröffentlicht im Internet unter: http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20060328_1bvr105401.html, Bl. 940 d.A.

¹⁰⁵ FK-Roth/Ackermann, Art. 81 EG, Rn. 72

¹⁰⁶ EuGH, Rs. C-96 ff./82, Slg. 1983, 3369 (Rn. 20) - IAZ.

aber tatsächlich darüber hinaus. Wie sich aus dem Geschäftsbericht der Verfahrensbeteiligten zu 6. (im Folgenden: Lotto Bremen) von 2004 ergibt, fördert die Arbeit im Block die gegenseitige Information, die Diskussion und die Abstimmung der Abwicklungstechnik und die Marktstrategien sowie die Planung einheitlicher Spielprogramme und Ausspielungen.¹⁰⁷ Hierzu unterhält der DLTB mit dem Rechtsausschuss, dem lotterietechnischen Ausschuss, dem Werbeausschuss und dem Sportwettenaussschuss ständige Ausschüsse nach § 6 Abs. II S. 1 Blockvertrag, die Archiv- und Informationsstelle nach § 3 Abs. III S. 1 Blockvertrag sowie die Arbeitsgruppe Strategie und Planung.

105. Insbesondere die Tätigkeit des Rechtsausschusses ist nach seinem Aufgabenkatalog nicht auf Fragen der gemeinsamen Veranstaltung und Durchführung von Glücksspielen begrenzt.¹⁰⁸ Vielmehr erstreckt sich seine Tätigkeit auf alle Angelegenheiten von rechtlicher Relevanz und hat nach Ziff. 3 b) des Aufgabenkatalogs auch den Glücksspielmarkt in Deutschland im Hinblick auf Angebote zu beobachten, die den lotterierechtlichen Anforderungen nicht entsprechen, und die Aufgabe, Rechtsfragen mit internationalen Auswirkungen zu bearbeiten (Ziff. 3c des Aufgabenkatalogs).
106. Die Arbeitsgruppe Strategie und Planung des DLTB befasst sich mit den allgemeinen Entwicklungen auf den Glücksspielmärkten in Deutschland und ist insbesondere mit der Beobachtung der aktuellen Entwicklung bei der gewerblichen Spielvermittlung beauftragt¹⁰⁹ und gibt hierzu Stellungnahmen und Empfehlungen ab. Die Archiv- und Informationsstelle des DLTB in Münster bereitet Statistiken zu den einzelnen Spielgeschäften der einzelnen Lottogesellschaften auf. Der Geschäftsbericht von Lotto Bremen enthält angesichts der umfangreichen gegenseitigen Informationen der Lottogesellschaften für jede der DLTB-Gesellschaften aufgeschlüsselt nach einzelnen Glücksspielen eine Darstellung der Spieleinsätze im Vergleich zum Vorjahr.¹¹⁰
107. Die von den Lottogesellschaften angeführte Ausgestaltung des DLTB als Innengesellschaft¹¹¹ stellt eine nach nationalem Recht spezifische gesellschaftsrechtliche Ausgestaltung des DLTB dar. Auf das nationale Gesellschaftsrecht kommt es für die Qualifizierung des DLTB für die Anwendung des vorrangigen Art. 81 EG nicht an.

1.2. Beschluss einer Unternehmensvereinigung

108. Die Aufforderung der Lottogesellschaften zur Nichtannahme terrestrisch vermittelter Spielumsätze gewerblicher Spielvermittler erfolgte durch Beschluss des DLTB als Unternehmensvereinigung.
109. Unter Beschlüssen sind alle Rechtsakte zu verstehen, durch die eine Unternehmensvereinigung ihren Willen bildet.¹¹² Auf das Verfahren der Willensbildung und die rechtliche Qualifizierung nach nationalem Recht

¹⁰⁷ Geschäftsbericht 2004 der Bremer Toto und Lotto GmbH, S. 30, Bl. 1302 d.A.

¹⁰⁸ Aufgabenkatalog des Rechtsausschusses der deutschen Lotto- und Totounternehmen, Anlage 5 zur Niederschrift über die Blocksitzung vom 12.-15.05.1997 in Magdeburg, Bl. 576 d.A.

¹⁰⁹ Schreiben der Sozietät Haver & Mailänder vom 22.02.06, S. 12 Punkt 7.2, Bl. 485 d.A.

¹¹⁰ Geschäftsbericht 2004 der Bremer Toto und Lotto GmbH, S. 26, Bl. 1303 d.A.

¹¹¹ Schreiben Haver & Mailänder vom 28.07.06, S. 17, Bl. 3445 d.A.

¹¹² Emmerich in: Immenga/Mestmäcker, EG-Wettbewerbsrecht, Bd. 1, Art. 85 Abs. 1, Rn. 91

kommt es dabei nicht an.¹¹³ Die Unternehmensvereinigung muss sich auch faktische Handlungen ihrer Organe, von Organmitgliedern oder sonstigen Vertretern zurechnen lassen, wobei es wegen der Gleichstellung von rechtsgeschäftlichem und tatsächlichem Handeln nicht darauf ankommt, ob die Organe die Grenzen ihrer Befugnisse beachtet oder überschritten haben.¹¹⁴ Es ist unerheblich, ob die Beschlüsse entsprechend den üblichen Entscheidungsprozessen der Vereinigung gefasst wurden oder ob sie den Aufgaben und Zuständigkeiten, die der Vereinigung durch ihre Satzung zugestanden werden, unterfallen, solange der Beschluss den Willen der Vereinigung zum Ausdruck bringt, das Verhalten der Mitglieder zu koordinieren.¹¹⁵ Der Rechtsprechung des Gerichts erster Instanz zufolge stellt eine Vereinbarung im Rahmen einer Unternehmensvereinigung selbst dann einen Beschluss i.S.v. Art. 81 EG dar, wenn sie nicht als förmlicher Beschluss eines Organs einer Vereinigung ergangen ist, aber die Vereinbarung im Rahmen der Tätigkeiten der Vereinigung getroffen wurde, die selbst in Einklang mit der satzungsgemäßen Aufgabe die Verantwortung für die Ausführung übernimmt.¹¹⁶

110. Willensbildung des DLTB

111. Diese Voraussetzungen sind im vorliegenden Fall erfüllt. Mit der Aufforderung des Rechtsausschusses hatte der DLTB den Willen gebildet, dass die Gesellschafter des DLTB im Rahmen ihrer Geschäftstätigkeit künftig keine terrestrisch vermittelten Spieleinsätze gewerblicher Spielvermittler annehmen.

112. Die Aufforderung ist vom Rechtsausschuss des DLTB als ein im Blockvertrag aufgeführter ständiger Ausschuss des DLTB im Rahmen seiner ihm vom DLTB übertragenen Aufgaben an die DLTB-Gesellschafter gerichtet worden.

113. Die Aufforderung entstammt dem Aufgabenbereich des Rechtsausschusses

114. Wie oben dargestellt, dient der DLTB der bundesweiten Koordinierung der Tätigkeit der Lottogesellschaften.¹¹⁷ In diesem Rahmen wurde der Rechtsausschuss des DLTB durch seinen Aufgabenkatalog von der Blockversammlung damit beauftragt, die Lottogesellschaften rechtlich zu beraten und hat insoweit Koordinierungsfunktion innerhalb des DLTB erhalten. Dabei hat der Rechtsausschuss insbesondere auch für die Lottogesellschaften den Glücksspielmarkt in der Bundesrepublik Deutschland zu beobachten, um solche Angebote herauszufinden, die lotterierechtlichen Anforderungen nicht entsprechen.¹¹⁸ Im Rahmen dieser Aufgabe

¹¹³ EuGH, Rs. 123/83, Slg. 1985, 391, 423 (Rn.17) – BNIC/Clair; Emmerich in: Immen-
ga/Mestmäcker, EG-Wettbewerbsrecht, Bd. 1, Art. 85 Abs. 1, Rn. 91

¹¹⁴ Schröter in: von der Groeben/Schwarze, Kommentar zum Vertrag über die Europäische
Union und zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, 6. Aufl., Art. 81 EG, Rz. 65

¹¹⁵ Gippini-Fournier in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, Kartellrecht Bd. 1, Europäi-
sches Recht, Art. 81 Abs. 1, Rn. 103

¹¹⁶ EuG, Rs. T-135/94, Slg. II-263, 275 (Rn. 117) - Eurofer

¹¹⁷ siehe oben Rz. 105

¹¹⁸ Aufgabenkatalog des Rechtsausschusses der deutschen Lotto- und Totounternehmen
(Fassung vom 14.05.1997 / GF-Beschluß zu TOP 9 der Blocksitzung vom 12. –
15.05.1997 in Magdeburg, Nr. 3 b), Bl. 576 d.A.

wird auch die gewerbliche Spielvermittlung vom Rechtsausschuss bundesweit beobachtet.¹¹⁹

115. Kraft seiner Sachzuständigkeit im DLTB hat sich der Rechtsausschuss in seinen Sitzungen am 4./5.10.2004, am 24./25.01.2005, und am 25./26.04.2005 mit der terrestrischen Vermittlung von Lotterien und Sportwetten durch gewerbliche Spielvermittler befasst. Auf der Sitzung am 4./5.10.04 wurde das Thema aufgegriffen und der Präsident von Lotto Bayern gebeten, zu untersuchen, ob und wenn ja, welche rechtlichen Grenzen es für den terrestrischen Vertrieb gewerblicher Spielvermittler gibt. In den beiden Folgesitzungen Anfang 2005 wurde dann die Vorlage von Lotto Bayern sowie eine Vorlage der Arbeitsgruppe Strategie und Planung des DLTB zu diesen Fragestellungen eingehend diskutiert. Das Ergebnis war die Aufforderung des Rechtsausschusses an alle Lottogesellschaften, keine Spieleinnahmen aus terrestrischer Vermittlung gewerblicher Spielvermittler entgegenzunehmen.
116. Die Aufforderung beruht daher auf Diskussionen und Vorlagen des vom DLTB dafür vorgesehenen Gremiums Rechtsausschuss und betraf den Aufgabenbereich der Überwachung der gewerblichen Spielvermittlung, welcher die DLTB-Gesellschafter dem Rechtsausschuss ausdrücklich übertragen hatten.
117. **Es bestand der Wille zur Koordinierung**
118. Die vom Rechtsausschuss in der Sitzung am 25./26. April 2006 von den Geschäftsführern der Lottogesellschaften, Herrn Dr. B. (Lotto Bremen), Herrn H. (Lotto Bayern), Herrn Dr. B. (Lotto Saarland), Herrn R. (Lotto Berlin), Frau Dr. von R. (Lotto Niedersachsen), Herrn Dr. S. (Lotto Hessen), Herrn W. (Lotto Brandenburg) und Herrn Dr. W. (Lotto Nordrhein-Westfalen),¹²⁰ beschlossene Aufforderung beruhte auf dem gemeinsamen Willen, das Verhalten der Lottogesellschaften im Hinblick auf die gewerbliche terrestrische Spielvermittlung zu koordinieren.
119. An allen drei Rechtsausschuss-Sitzungen Ende 2004/Anfang 2005, bei denen über die terrestrische Vermittlung gewerblicher Spielvermittler beraten und beschlossen wurde, haben ausschließlich die Geschäftsführer bzw. Präsidenten der Lottogesellschaften teilgenommen, die Vertreter in den Rechtsausschuss des DLTB entsenden. Damit haben die für die Geschäftsführung der Lottogesellschaften verantwortlichen Personen im Rahmen des Rechtsausschusses selbst die Entscheidung getroffen, künftig keine über die terrestrische Vermittlung gewerblicher Spielvermittler gesammelten Spieleinsätze mehr entgegenzunehmen. Damit hat der Rechtsausschuss letztlich die Aufforderung in der Besetzung der Personen getroffen, die auch in der Versammlung der Blockpartner selbst oder mittelbar über von Ihnen beauftragte Mitarbeiter ihres Unternehmens über die nach § 5 Abs. I Blockvertrag für alle Lottogesellschaften verbindliche Beschlüsse des DLTB zu entscheiden haben. Die Aufforderung an alle Lottogesellschaften impliziert dabei, dass sich auch die Geschäftsführer der Lottogesellschaften, die diese Aufforderung ausgesprochen haben, selbst bei ihren Unternehmensentscheidungen daran halten werden.

¹¹⁹ Sozietät Haver & Mailänder, Schreiben vom 22.02.06, S. 14 Ziff. 7.6, Bl. 487 d.A.

¹²⁰ Teilnehmerverzeichnis in der Niederschrift über die Sitzung des Rechtsausschusses vom 25./26. April 2005, Bl. 501 d.A.

120. Die im Rechtsausschuss des DLTB getroffene Aufforderung hätte genauso gut im Rahmen der Versammlung der Blockpartner als dem Beschlussorgan des DLTB¹²¹ erfolgen können. Die im Rechtsausschuss vertretenen 8 Lottogesellschaften hätten hier über eine Mehrheit verfügt, die Aufforderung als bindenden Beschluss der Versammlung der Blockpartner zu beschließen.
121. Nach § 4 Abs. I S. 2 Blockvertrag hätte für den Beschluss die einfache Mehrheit genügt, die nach § 4 Abs. II S. 2 Blockvertrag die Mehrheit der Stimmen der jeweils anwesenden Gesellschafter und mindestens 50% des Spielkapitals nach § 4 Abs. II S. 4 Blockvertrag der anwesenden Blockpartner erfordert. Da hier bei Anwesenheit aller DLTB-Gesellschafter im ungünstigsten Falle keine Stimmenmehrheit, sondern Stimmengleichheit mit jeweils 8 Stimmen hätte erzielt werden können – jeder Blockpartner hat nach § 4 Abs. II S. 1 Blockvertrag eine Stimme –, hätte sich nach § 4 Abs. II S. 2 letzter Halbsatz der Wille der Gruppe durchgesetzt, welche den größeren Teil des Spielkapitals hält. Dies wären die Mitglieder des Rechtsausschusses gewesen, auf die nach der Übersicht von Lotto Bremen¹²² im Jahr 2004 mit Spieleinsätzen von 4,755 Mrd. € rund 65% der Spieleinsätze aller Blockpartner (7,302 Mrd. €) aus den gemeinsamen Veranstaltungen im Sinne von § 1 Abs. I Blockvertrag entfiel.
122. Es wäre daher eine bloße Förmlichkeit gewesen, die gleiche Aufforderung statt im Rechtsausschuss durch die selben Personen im Rahmen einer Versammlung der Blockpartner zu treffen, weil sich dadurch am Ergebnis der Willensbildung im DLTB nichts geändert hätte, zumal der Rechtsausschuss nach seinem Aufgabenkatalog gerade das Gremium des DLTB darstellt, das sich mit den rechtlichen Bewertungen auch der gewerblichen Spielvermittlung auseinander zu setzen hat.
123. Der Beschluss des Rechtsausschusses stellt dabei keine bloße Vorbereitungshandlung eines untergeordneten Gremiums für die Blockversammlung dar, wie die Lottogesellschaften unzutreffender Weise behaupten¹²³, sondern eine Willensbildung im DLTB, weil dieselben Personen, die im Rechtsausschuss den Beschluss vom 25./26. April 2005 getroffen haben, auch in der Blockversammlung darüber zu entscheiden hätten, und auch über die Mehrheit hierfür verfügten. Es wäre lebensfremd anzunehmen, dass die gleichen Personen, die nach intensiver Diskussion über die terrestrische gewerbliche Spielvermittlung die Aufforderung an alle Lottogesellschaften beschlossen hatten, solche Spieleinnahmen nicht anzunehmen, in einem anderen Gremium, der Blockversammlung, anders entschieden hätten.¹²⁴ Der Umstand, dass die Blockversammlung über die terrestrische gewerbliche Spielvermittlung keinen Beschluss gefasst hat,¹²⁵ bestätigt dies: Es bedurfte keines Blockbeschlusses, weil die Entscheidung bereits von den Geschäftsführern auf der Ebene des Rechtsausschusses getroffen worden war.
124. Daher hat der DLTB mit der Aufforderung der im Rechtsausschuss anwesenden 7 Geschäftsführer von Lottogesellschaften und des Präsidenten

¹²¹ § 3 Abs. I Blockvertrag

¹²² Lotto Bremen, Geschäftsbericht 2004, S. 26 f., veröffentlicht im Internet unter: http://www.lotto-bremen.de/westsite/dokumente/9/gb_2004.pdf, Bl. 1303 d.A.

¹²³ Haver & Mailänder, Schreiben vom 28.07.06, S. 110, Bl. 3538 d.A.

¹²⁴ so unzutreffender Weise Haver & Mailänder, Schreiben vom 28.07.06, S. 111, Bl. 3539 d.A.

¹²⁵ Haver & Mailänder, Schreiben vom 28.07.06, S. 112, Bl. 3540 d.A.

von Lotto Bayern den Willen gebildet, künftig keine Spieleinnahmen von gewerblichen Spielvermittlern aus terrestrischer Vermittlung anzunehmen.

125. Die Aufforderung ist keine unverbindliche Empfehlung

126. Die Aufforderung des Rechtsausschusses stellt dabei keine bloße unverbindliche Empfehlung dar. Der hier in Frage stehende Beschluss des Rechtsausschusses hat bereits von seinem Wortlaut her („Der Rechtsausschuss fordert die Gesellschaften des Deutschen Lotto- und Totoblocks auf...“)¹²⁶ keinen bloßen unverbindlichen Empfehlungscharakter. Die Gesellschaften des DLTB werden vielmehr vom Rechtsausschuss mit der für einen verbindlichen Beschluss der Versammlung der Blockpartner notwendigen Mehrheit aufgefordert, ein bestimmtes Verhalten zu unterlassen. Die Aufforderung enthält dabei die Erwartung, dass sich alle Lottogesellschaften an die Maßnahme halten werden.

127. Der Unterschied zwischen dieser Aufforderung und einer Empfehlung zeigt sich auch daran, dass der Rechtsausschuss auf der selben Sitzung eine Empfehlung an die Lottogesellschaften ausgesprochen und dies in der Niederschrift über die Sitzung auch entsprechend kenntlich gemacht hat („Der Rechtsausschuss empfiehlt den Mitgliedern des Deutschen Lotto- und Totoblocks...“).¹²⁷ Auch hieraus ergibt sich, dass die Aufforderung keine bloße Empfehlung darstellt.

128. Die Lottogesellschaften setzen den Beschluss um

129. Die faktische Verbindlichkeit der Aufforderung für die Lottogesellschaften wird ferner deutlich durch die in der Niederschrift der Ausschusssitzung niedergelegte Feststellung, das Problem des terrestrischen Vertriebs durch gewerbliche Spielvermittler müsse generell gelöst werden,¹²⁸ sowie durch das Verhalten der Lottogesellschaften von Niedersachsen, Mecklenburg-Vorpommern, Brandenburg, Schleswig-Holstein, Bayern, Hessen, Saarland, Sachsen-Anhalt, Thüringen, Berlin und Hamburg deutlich, die den Beschluss bis hin zu einer Kündigung des Annahmevertrages mit einer Tochtergesellschaft von Jaxx durch Lotto Niedersachsen umsetzen.

130. Soweit vorgetragen wird, die Entscheidung, keine Umsätze aus terrestrischer Spielvermittlung entgegenzunehmen, entstamme einer eigenständigen Unternehmensentscheidung, steht dies einem Beschluss des DLTB nicht entgegen, weil ein Art. 81 EG unterfallender Beschluss ohnehin unwirksam ist und es daher einer eigenständigen Entscheidung der Unternehmen bedarf, ihn umzusetzen.

131. Die Behauptung, der Beschluss habe keine Marktwirkungen, denn die Lottogesellschaften seien erst viele Monate nach dem Beschluss vom 25./26. April 2005 aus vertraglichen Gründen an Jaxx herangetreten, ohne dass es einen Zusammenhang mit der Aufforderung des Rechtsausschusses gegeben habe¹²⁹, wird durch die Tatsachen widerlegt.

132. Bereits unmittelbar nach dem Beschluss am 25./26. April 2005 wandten sich die Lottogesellschaften, wie in Ziffer 1 des Beschlusses empfohlen,

¹²⁶ Niederschrift über die Sitzung des Rechtsausschusses vom 25./26. April 2005, S. 6, Bl. 553 d.A.

¹²⁷ Niederschrift über die Sitzung des Rechtsausschusses vom 25./26. April 2005, S. 6, Bl. 553 d.A.

¹²⁸ Niederschrift über die Sitzung des Rechtsausschusses vom 25./26. April 2005, S. 6, Bl. 553 d.A.

¹²⁹ Haver & Mailänder, Schreiben vom 28.07.06, S. 12, S. 113 f., Bl. 3440; 3541 f. d.A.

mit dem ausgearbeiteten Musterschreiben an die jeweiligen Innen- bzw. Finanzminister, und regten ein ordnungsrechtliches Einschreiten gegen die von Jaxx geplanten terrestrischen Vermittlungsaktivitäten an. Lotto Bremen versandte das Schreiben am 4.05.05¹³⁰ und Lotto Niedersachsen am 11.05.05¹³¹.

133. Eine Notwendigkeit der Lottogesellschaften, sich unmittelbar an Jaxx zu wenden, bestand noch nicht sofort nach dem Beschluss des Rechtsausschusses im April 2005, sondern erst, als Jaxx im Hinblick auf die terrestrische Vermittlung konkrete Aktivitäten im jeweiligen Bundesland entfalte. Bei den Lottogesellschaften, zu denen Jaxx keine Vertragsbeziehung unterhielt, ergab sich die Notwendigkeit zur Reaktion erst mit der Bitte von Jaxx um Einrichtung einer Schnittstelle zum Lotteriezentralsystem. Bei den Lottogesellschaften, die Jaxx bereits eine Schnittstelle bereitgestellt hatten, musste erst mit der Aufnahme der terrestrischen Vermittlung reagiert werden. Als Jaxx die entsprechenden Aktivitäten zeigte, reagierten die Lottogesellschaften wie in der Aufforderung vom 25./26. April 2005 beschlossen mit der Ablehnung der Schnittstelle bzw. mit Abmahnungen und Vertragskündigungen.
134. Dieses von allen Lottogesellschaften zu beobachtende Verhalten richtete sich gegen die terrestrischen Vermittlungsaktivitäten von Jaxx und lässt sich nur durch ein Befolgen der Aufforderung des Rechtsausschusses erklären.
135. Insbesondere die Lottogesellschaften, die über Vertragsbeziehungen zu Jaxx verfügten, versuchten zunächst über Abmahnungen Jaxx zur Aufgabe der terrestrischen Vermittlung zu bewegen, wie dies zuvor im Fall von Tipp24 erfolgreich war, und kündigten dann die Vertragsbeziehungen, soweit sich dieses Ansinnen bei Jaxx als erfolglos erwies. Entgegen der Darstellung der Lottogesellschaften wurden Vertragsbeziehungen zwischen den Lottogesellschaften und Jaxx nicht deshalb gekündigt und beendet, weil es gravierende Vertragsverletzungen von Jaxx gegeben hätte¹³², sondern allein um die terrestrische Vermittlung von Jaxx zu verhindern.
136. **Lotto Niedersachsen**
137. Lotto Niedersachsen mahnte Anybet wegen der Aufnahme terrestrischer Vermittlungsaktivitäten zunächst ab¹³³ und sprach dann wegen der terrestrischen gewerblichen Spielvermittlung die ordentliche Kündigung des Vertrages aus:¹³⁴

„[...] Frau Dr. von R. teilt mit, dass der Anybet GmbH (einem alleinigen Tochterunternehmen der Fluxx.com AG) im Hinblick auf den terrestrischen Vertrieb seitens ihres Unternehmens gekündigt wird. [...]“

138. **Lotto Brandenburg**

139. Lotto Brandenburg forderte Jaxx ebenfalls auf, keine Umsätze an sie weiterzuleiten, die über terrestrische TFT-Dispenser eingespielt worden sind,

¹³⁰ Bl. 691 f. d.A.

¹³¹ Bl. 717 f. d.A.

¹³² Haver & Mailänder, Schreiben vom 28.07.06, S. 114 ff., Bl. 3542 ff. d.A.

¹³³ Bl. 56 d.A.

¹³⁴ Niederschrift über die Sitzung des Rechtsausschusses vom 24./25. Oktober 2005, S. 7, Bl. 545 d.A.

und drohte anderenfalls eine außerordentliche bzw. eine ordentliche Kündigung an.¹³⁵ Mit Schreiben vom 27.06.06 sprach Lotto Brandenburg die ordentliche Kündigung zum 31.12.06 aus.¹³⁶

140. In der Stellungnahme der Lottogesellschaften wird behauptet, Lotto Brandenburg habe die ordentliche Kündigung aus ordnungsrechtlichen Gründen aussprechen müssen, weil bei der Zwischenschaltung einer elektronischen Annahmestelle, nämlich Anybet, zwischen Lotto Brandenburg und Jaxx als gewerblichem Spielvermittler keine unmittelbare Geschäftsbeziehung zwischen Lottogesellschaft und Spielvermittler existiere und daher Gefahr bestehe, ordnungswidrigem Verhalten des Spielvermittlers ausgesetzt zu sein.¹³⁷ Diese Argumentation ist nicht stichhaltig.
141. Zunächst hat Lotto Brandenburg in seinen Schreiben an Anybet die Ansicht vertreten, ihr Vertragspartner sei nicht Anybet, sondern Jaxx als gewerblicher Spielvermittler.¹³⁸ Der in der Stellungnahme dargestellte Kündigungsgrund existierte daher bereits nach eigener Ansicht von Lotto Brandenburg nicht.
142. Selbst wenn die Ansicht von Lotto Brandenburg unzutreffend gewesen sein sollte und Anybet Vertragspartner von Lotto Brandenburg gewesen wäre, gab es keine Gefahr für die Lottogesellschaft, ordnungswidrigem Verhalten von Jaxx ausgesetzt zu sein. Jaxx war Anybet gegenüber vertraglich verpflichtet, die Anforderungen des § 14 Lotteriestaatsvertrag einzuhalten¹³⁹ und wird als gewerblicher Spielvermittler von der hierfür zuständigen Aufsichtsbehörde nach § 14 Abs. 3 Lotteriestaatsvertrag überwacht. Lotto Brandenburg hätte daher Erkenntnisse über Ordnungsverstöße sowohl an ihren Vertragspartner Anybet als auch an die Aufsichtsbehörde melden können, damit diese abgestellt werden.
143. Ferner hat Lotto Brandenburg Jaxx aufgefordert, keine terrestrisch eingespielten Spieleinsätze an Lotto Brandenburg zu vermitteln, bereits aufgestellte Terminals zu deaktivieren und auf den weiteren Ausbau eines terrestrischen Vermittlungssystems in Brandenburg zu verzichten und anderenfalls eine fristlose Kündigung angedroht.¹⁴⁰
144. **Lotto Schleswig-Holstein**
145. Auch Lotto Schleswig-Holstein sucht die terrestrische gewerbliche Spielvermittlung zu verhindern, wie im Rechtsausschuss am 25./26. April 2005 beschlossen. Lotto Schleswig-Holstein hat Jaxx mit Schreiben vom 6. Dezember 2005 aufgefordert, zukünftig keine Anträge auf Abschluss von Spielverträgen weiterzuleiten, die von Jaxx auf terrestrischem Wege außerhalb von Schleswig-Holstein generiert werden, und zur Abgabe einer entsprechenden schriftlichen Zusage aufgefordert.¹⁴¹ Unter dem 22.06.06 kündigte Lotto Schleswig-Holstein alle Verträge mit Jaxx zum 31.12.06, darunter auch den Vertrag über die gewerbliche Spielvermittlung.¹⁴² Wenn es – wie die Lottogesellschaften behaupten¹⁴³ - Lotto Schleswig-Holstein

¹³⁵ Schreiben Lotto Brandenburg vom 5.05.06, S. 4 f., Bl. 1273 f. d.A.

¹³⁶ Schreiben Lotto Brandenburg vom 27.06.06, Bl. 2310 ff. d.A.

¹³⁷ Schreiben Haver & Mailänder vom 28.07.06, S. 115; Bl. 3543 d.A.

¹³⁸ Schreiben Lotto Brandenburg vom 5.05.06 an Anybet, Bl. 1270 d.A.

¹³⁹ Schreiben Anybet vom 23.05.06 an Lotto Brandenburg, S. 2, Bl. 1429 Rückseite d.A.

¹⁴⁰ Schreiben von Lotto Brandenburg vom 4.08.06, S. 5, Bl. 3833 d.A.

¹⁴¹ Bl. 94 f. d.A.

¹⁴² Bl. 2461 f. d.A.

¹⁴³ Schreiben Haver & Mailänder vom 28.07.06, S. 117, Bl. 3545 d.A.

allein um eine kostengünstigere Lösung für die Internet-Plattform gegangen wäre, hätte nicht auch der Vertrag über die gewerbliche Spielvermittlung beendet werden müssen.

146. Mit Schreiben vom 6.07.06 bot Lotto Schleswig-Holstein Jaxx an, über den Abschluss eines neuen Vertrages über die gewerbliche Spielvermittlung ab 1.01.07 zu führen¹⁴⁴, jedoch ist derzeit unklar, ob und unter welchen Bedingungen ein solcher Vertrag zu Stande kommt.
147. Angesichts der ablehnenden Haltung von Lotto Schleswig-Holstein gegenüber der bundesweiten gewerblichen terrestrischen Spielvermittlung ist die Kündigung der Vereinbarung über die gewerbliche Spielvermittlung insgesamt trotz des nach wie vor bestehenden Interesses nur so zu verstehen, dass in einem neuen Vertrag die terrestrische Vermittlung ausgeschlossen werden soll. Eine solche Möglichkeit war vom Rechtsausschuss vor der Beschlussfassung diskutiert worden. In der Vorlage von Herrn H., Präsident von Lotto Bayern vom 18.01.05 zur Sitzung des DLTB-Rechtsausschusses vom 24./25. Januar 2005¹⁴⁵ heißt es:

„[...] Soweit ein Blockunternehmen mit einem gewerblichen Spielvermittler zusammenarbeitet oder in sonstiger Weise mit ihm kooperiert, kann es versuchen, auf den gewerblichen Spielvermittler hinsichtlich des Vertriebswegs entsprechenden Einfluss zu nehmen. [...]“

148. **Lotto Mecklenburg-Vorpommern**

149. Lotto Mecklenburg-Vorpommern behindert ebenfalls die gewerbliche terrestrische Spielvermittlung von Jaxx, wozu im Beschluss des Rechtsausschusses am 25./26. April 2005 aufgefordert worden war. Mit Schreiben vom 6.10.05 verlangte die Gesellschaft von Jaxx eine schriftliche Bestätigung, dass keine Umsätze aus terrestrischer Vermittlung eingespielt werden¹⁴⁶, nimmt also keine Spieleinsätze von Jaxx aus terrestrischer gewerblicher Spielvermittlung an.
150. Angesichts des Beschlusses im Rechtsausschuss, der alle Lottogesellschaften auffordert, keine Spieleinsätze aus gewerblicher terrestrischer Spielvermittlung entgegenzunehmen, widerspricht die Behauptung der Lottogesellschaften der Lebenserfahrung, das Schreiben von Lotto Mecklenburg-Vorpommern gehe auf eine viele Jahre zurückliegende Prüfung zurück.¹⁴⁷ Zudem steht diese Behauptung in der Stellungnahme der Lottogesellschaften im Widerspruch zur eigenen Darstellung von Lotto Mecklenburg-Vorpommern. Frau B., Geschäftsführerin von Lotto Mecklenburg-Vorpommern teilte mit Telefax vom 23.01.06 mit:¹⁴⁸

„[...] Um zum einen den Spielerschutz und zum anderen die Sicherheit des Spielbetriebes durch ein oder mehrere Filialnetze von gewerblichen Spielvermittlern nicht zu gefährden, haben wir die Verarbeitung von Umsätzen aus von uns nicht lizenzierten und überwachten Stationärsvertriebspunkten abgelehnt und erklärt, eine Verarbeitung derartiger Umsätze nicht vorzunehmen.

¹⁴⁴ Bl. 2872 f. d.A.

¹⁴⁵ Terrestrischer Vertrieb gewerblicher Spielvermittler“, Bl. 513 d.A.

¹⁴⁶ Bl. 92 d.A.

¹⁴⁷ Haver & Mailänder, Schreiben vom 28.07.06, Fußnote 193, Bl. 3546 d.A.

¹⁴⁸ Bl. 182 f. d.A.

Um dies der guten Ordnung halber auch in Schriftform verankert zu haben, richteten wir das Ihren Unterlagen abschriftlich beige-fügte Schreiben vom 6. Oktober 2005 an die Firma anybet GmbH. [...]"

151. Die Argumentation von Lotto Mecklenburg-Vorpommern belegt, dass allein wirtschaftliche Gründe und nicht ordnungsrechtliche Erwägungen für die Ablehnung der aus terrestrischer Spielvermittlung stammenden Spieleinsätze maßgeblich waren.
152. Lotto Mecklenburg-Vorpommern meint, den gewerblichen Spielvermittlern müssten keine Datenverarbeitungsschnittstellen zur Verfügung gestellt werden, weil gewerbliche Spielvermittler ihre Tipps an den Annahmestellen abgeben könnten.¹⁴⁹ Auch die Lottogesellschaften haben in ihrer Stellungnahme vom 28.07.06 diese Ansicht vertreten.¹⁵⁰
153. Zunächst fällt auf, dass Lotto Mecklenburg-Vorpommern, wie die anderen Lottogesellschaften, die keine Vertragsbeziehung zu Gesellschaften der Fluxx-Gruppe unterhalten, eine Schnittstelle zum eigenen Lotteriesystem im Hinblick auf die terrestrische Vermittlung von Spielverträgen ablehnt, wie es dem Vorschlag von Lotto Bayern zur Rechtsausschusssitzung am 24./25. Januar 2005 als Maßnahme zur Verhinderung des terrestrischen Vertriebs gewerblicher Spielvermittler vorgeschlagen worden war:¹⁵¹

„[...] Soweit allerdings ein gewerblicher Spielvermittler völlig unabhängig von einem Blockunternehmen agiert, wird ein terrestrischer Vertrieb letztlich nicht zu verhindern sein. Allerdings ist jeder gewerbliche Spielvermittler, der die Spielvermittlung in größerem Rahmen betreiben will, auf eine auf Massenbetrieb ausgelegte Schnittstelle zu dem Lotteriesystem eines Lottounternehmens angewiesen. Solange eine derartige Schnittstelle nicht zur Verfügung steht, dürfte das Geschäftsmodell eines terrestrischen Vertriebs wenig attraktiv sein.

[...] bleibt es daher Sache der Lotterieunternehmen [...] keine Voraussetzungen für die erforderliche organisatorische Abwicklung (Schnittstelle), ungeachtet evtl. kartellrechtlicher Bedenken, zu schaffen.“
154. Aus dem Papier von Lotto Bayern wird auch deutlich, dass, anders als es Lotto Mecklenburg-Vorpommern und die Lottogesellschaften es darstellen, die Weitergabe von Spielaufträgen durch gewerbliche Spielvermittler über Lotto-Annahmestellen nicht möglich ist, weil der Spielvermittler, der in größerem Rahmen tätig ist, auf eine Schnittstelle zur Lottogesellschaft angewiesen ist. Es ist praktisch nicht durchführbar, Hunderte von Spielscheine in einer Annahmestelle per Hand einzulesen.
155. Ferner würde eine solche Verfahrensweise jegliche gewerbliche terrestrische Spielvermittlung auch deshalb unmöglich machen, weil die Spielscheine gerade nach dem System der terrestrischen Vermittlung an den Kassen der Einzelhandelsbetriebe elektronisch eingelesen werden sollen. Es macht keinen Sinn, diese Daten erst als Spielscheine auszudrucken,

¹⁴⁹ Schreiben von Lotto Mecklenburg-Vorpommern vom 23.01.06, Bl. 182 d.A.

¹⁵⁰ Haver & Mailänder, Schreiben vom 28.07.06, S. 134 ff., Bl. 3562 ff. d.A.

¹⁵¹ „Terrestrischer Vertrieb gewerblicher Spielvermittler“, Vorlage von Herrn H. vom 18.01.05 zur Sitzung des DLTB-Rechtsausschusses vom 24./25. Januar 2005, S. 4 f., Bl. 513 f. d.A.

um diese so verkörpert zu einer Lotto-Annahmestelle zu transportieren, sie dort wieder einzulesen und dann erst elektronisch an die Lottogesellschaft weiterzureichen. Ein solches Ansinnen dient ersichtlich dazu, für die gewerbliche terrestrische Spielvermittlung so hohe Hürden aufzubauen, dass sie wirtschaftlich nicht mehr interessant ist. Der Vorschlag der Lottogesellschaften stellt deshalb keine tatsächliche Alternative für die gewerblichen Spielvermittler dar, sondern täuscht nicht existente Tätigkeitsmöglichkeiten vor.

156. Ordnungsrechtlich motivierte Gründe für eine solche – nicht durchführbare - Verfahrensweise existieren nicht. Bei einer Weitergabe von terrestrisch akquirierten Spielumsätzen gewerblicher Spielvermittler über Annahmestellen der Lottogesellschaften könnten die Lotto-Annahmestellen die Einhaltung ordnungsrechtlicher und sicherheitstechnischer Vorgaben oder Beschränkung aus Gründen der Spielsuchtprävention nicht kontrollieren. Die Lottoscheine werden von den Verbrauchern gleichermaßen in der Lotto-Annahmestelle wie auch bei gewerblichen Spielvermittlern anonym ausgefüllt, ohne dass sich aus dem Lotto-Schein das Alter des betreffenden Spielers oder gar die Häufigkeit seiner Spielteilnahme ergeben würde. Der Lottoannahmestelle wäre daher bei der Vorlage der Lottoscheine keine Kontrolle möglich, ob Minderjährige mitspielen oder ob vereinzelt suchtbezogene Verhaltensweisen zu beobachten sind. Dies ist auch nicht Aufgabe der Lotto-Annahmestelle oder der Lottogesellschaft. Der gewerbliche Spielvermittler ist gerade nicht in den Vertrieb der Lottogesellschaften eingebunden,¹⁵² sondern ein unabhängiger Gewerbetreibender, der allein von den hierfür nach den Regelungen des Lotteriestaatsvertrages zuständigen staatlichen Aufsichtsbehörden kontrolliert wird.
157. Die Aussage von Lotto Mecklenburg-Vorpommern und der Lottogesellschaften verdeutlicht im Zusammenhang mit den Ausführungen des Rechtsausschusses im Musterschreiben zu den wirtschaftlichen Schwierigkeiten von Lottoannahmestellen und mit den Vorlagen von Lotto Bayern und der Arbeitsgruppe Strategie und Planung vielmehr, dass die Eindämmung der bundesweiten Vermittlung und der Nachfrage danach sowie der Schutz der Lottoannahmestellen vor dem Wettbewerb durch gewerbliche Spielvermittler und nicht ordnungsrechtliche oder sicherheitstechnische Bedenken im Vordergrund des Ausschlusses der terrestrischen Spielvermittlung stehen.
158. **Unverbindliche Empfehlungen unterfallen Art. 81 EG**
159. Aber selbst unverbindliche Empfehlungen unterfallen der Anwendung des Art. 81 EG, wenn die Annahme der Empfehlung durch die Unternehmen, an die sie gerichtet ist, einen spürbaren Einfluss auf den Wettbewerb auf dem betreffenden Markt ausübt.¹⁵³ Auch das Gericht erster Instanz nimmt an, dass ein Rechtsakt als „Beschluss“ eines Unternehmensverbandes eingestuft werden kann, ohne zwangsläufig für die betroffenen Mitglieder verbindlich zu sein; dies gilt jedenfalls dann, wenn sich die Mitglieder, die dieser „Beschluss“ betrifft, an ihn halten.¹⁵⁴ Des Weiteren ist Art. 81 Abs. 1 EG auch auf Empfehlungen anzuwenden, wenn sie ein getreuer Aus-

¹⁵² dies verkennt Haver & Mailänder, Schreiben vom 28.07.06, S. 141 ff., Bl. 3569 ff. d.A.

¹⁵³ EuGH, Rs. 96 ff./82, Slg. 1983, 3369, 3410 (Rn. 20) – IAZ; Bellamy/Child, European Community Law of Competition, 5th ed., 2-032

¹⁵⁴ EuG, Rs. T-136/94, Slg. 1999, II-263, 275 (Rn. 116) – Eurofer.

druck des Willens der Unternehmensvereinigung sind, das Verhalten ihrer Mitglieder der Empfehlung entsprechend zu koordinieren.¹⁵⁵

160. Diese Voraussetzungen sind hier ebenfalls gegeben. Bereits in der Formulierung des Beschlusses des Rechtsausschusses als Aufforderung wird deutlich, dass der DLTB und die Mitglieder des Rechtsausschusses eine Koordinierung des Verhaltens aller Lottogesellschaften im Sinne des Beschlusses bezwecken. Gleiches ergibt sich aus den Diskussionen des Rechtsausschusses, der sich vor der Beschlussfassung eingehend mit der Frage der Rechtmäßigkeit der terrestrischen Vermittlung von Lotterien und Sportwetten auseinandergesetzt hat. Dabei war der Rechtsausschuss, wie die vorangegangene Untersuchung von Lotto Bayern¹⁵⁶ zum Ergebnis gelangt, dass der bloße terrestrische Vertrieb gewerblicher Spielvermittler nicht rechtswidrig ist.¹⁵⁷
161. Der Rechtsausschuss stellte in der Sitzung vom 24./25. Januar 2005 dementsprechend fest, dass es weder für die Lottereaufsicht noch für die Gesellschaften eine Möglichkeit gebe, die Vertriebsmöglichkeiten gewerblicher Spielvermittler einzuschränken.¹⁵⁸ Der Ausschuss erwartete aber ein starkes Wachstum des terrestrischen Vertriebs gewerblicher Spielvermittler und meinte, dies werde nur über ein verantwortungsvolles Handeln der Gesellschaften in Grenzen zu halten sein. In der Vorlage zur folgenden Sitzung am 25./26. April 2005 stellte die Arbeitsgruppe Strategie und Planung fest, dass die von Fluxx beabsichtigte Zusammenarbeit mit allen Lottogesellschaften auf jeden Fall zur Rechtmäßigkeit des beabsichtigten terrestrischen Vertriebs als gewerblicher Spielvermittler führt, betonte aber zugleich, dass hierdurch der Lebensnerv der staatlichen Lotterienunternehmen angegriffen werde. Es gelte daher genau wie bei Tipp24 AG hier als Block geschlossen gegen die Besetzung dieses Vertriebsweges durch die gewerblichen Spielvermittler vorzugehen, ggf. wie seinerzeit mit der Androhung der Beendigung jeglicher Zusammenarbeit.¹⁵⁹ Der Rechtsausschuss sah in seiner Beratung fluxx.com nicht als Einzelfall an. Vielmehr müsse das Problem des terrestrischen Vertriebs durch gewerbliche Spielvermittler generell gelöst werden.¹⁶⁰ Die Beratung des Rechtsausschusses zeigt, dass mit dem Beschluss ein gemeinsames Vorgehen aller DLTB-Gesellschafter gegen den terrestrischen Vertrieb gewerblicher Spielvermittler bezweckt wurde, weil nur ein gemeinsames Vorgehen aller den angestrebten Erfolg, nämlich den Ausschluss jeglicher terrestrischer gewerblicher Spielvermittlung, sicherstellen konnte.
162. Außerdem hat der Beschluss Folgen für den Wettbewerb auf dem Markt für die gewerbliche Spielvermittlung, weil er von den Mitgliedern des

¹⁵⁵ EuGH, Rs. C-45/85, Slg. 1987, 405, 455 (Rn. 32) – Verband der Sachversicherer; EuG, Verb. Rs. T-5/00 und T-6/00, Slg. 2003, II-5768, 5890 (Rn. 376) - NFV.

¹⁵⁶ „Terrestrischer Vertrieb gewerblicher Spielvermittler“, Vorlage von Herrn H. vom 18.01.05 zur Sitzung des DLTB-Rechtsausschusses vom 24./25. Januar 2005, S. 3 f., Bl. 512 f. d.A.

¹⁵⁷ Niederschrift über die Sitzung des Rechtsausschusses vom 24./25. Januar 2005, S. 6, Bl. 508 d.A.; Niederschrift über die Sitzung des Rechtsausschusses vom 25./26. April 2005, S. 5, Bl. 552 d.A.

¹⁵⁸ Niederschrift über die Sitzung des Rechtsausschusses vom 24./25. Januar 2005, S. 6, Bl. 508 d.A.

¹⁵⁹ Vorlage der Arbeitsgruppe Strategie und Planung für die Sitzung des Rechtsausschusses am 25./26. April 2005 in Münster, S. 1, Bl. 517 d.A.

¹⁶⁰ Niederschrift über die Sitzung des Rechtsausschusses vom 25./26. April 2005, S. 3, Bl. 501 d.A.

DLTB befolgt wird, wie oben gezeigt wurde. Keine der Lottogesellschaften nimmt derzeit Spieleinsätze von gewerblichen Spielvermittlern an, die in einem anderen Bundesland über terrestrische Vermittlungsstellen akquiriert wurden. Zwar hat der Rechtsausschuss im Umlaufverfahren beschlossen, den am 25./26. April 2005 zu Ziffer 2 gefassten Beschluss aufzuheben. Dies ändert an den Folgen des Beschlusses nichts, weil sich die Lottogesellschaften nach wie vor daran halten. Dementsprechend ist der Aufhebungsbeschluss nach seinem Wortlaut auch nur rein vorsorglich und ohne Anerkennung einer betreffenden Rechtspflicht getroffen worden. Mit anderen Worten: Die Aufhebung soll den Beschluss als Formalakt aus der Welt schaffen, nicht aber die damit bezweckten und bewirkten Marktwirkungen.

163. Im Ergebnis stellt die Aufforderung des Rechtsausschusses des DLTB in seiner Sitzung vom 25./26. April 2005 an die Lottogesellschaften, keine Spieleinsätze gewerblicher Spielvermittler aus terrestrischen Vermittlungstätigkeiten anzunehmen, ein Beschluss einer Unternehmensvereinigung i.S.d. Art. 81 EG dar.

1.3. Vereinbarung zwischen Unternehmen

164. Bei der Aufforderung des Rechtsausschusses des DLTB vom 25./26. April 2005 handelt es sich ferner um eine Vereinbarung zwischen Unternehmen i. S. d. Art. 81 Abs. 1 EG.
165. Wie oben dargestellt¹⁶¹ sind die Lottogesellschaften Unternehmen i.S.v. Art. 81 EG.
166. Eine Vereinbarung i.S.v. Art. 81 EG liegt vor, wenn die Beteiligten ihren gemeinsamen Willen zum Ausdruck gebracht haben, sich auf dem Markt in bestimmter Weise zu verhalten.¹⁶² Die Vereinbarung braucht weder rechtlich noch tatsächlich oder moralisch verbindlich zu sein.¹⁶³
167. Diese Voraussetzungen werden durch die Aufforderung der Mitglieder des Rechtsausschusses erfüllt. Sie wurde von den Geschäftsführern der im Rechtsausschuss vertretenen Verfahrensbeteiligten zu 4. bis zu 7., zu 9, zu 11. und zu 15. sowie durch den Präsidenten von Lotto Bayern nach eingehender Beratung der Vorlage der Arbeitsgruppe Strategie und Planung beschlossen. Hierin hatte die Arbeitsgruppe darauf hingewiesen, dass der terrestrische Vertrieb gewerblicher Spielvermittler für sich genommen rechtmäßig ist, aber den Lebensnerv der Lottogesellschaften angreife. Es gelte daher, genau wie bei der Tipp24 AG als Block geschlossen gegen die Besetzung des Vertriebsweges durch die gewerblichen Spielvermittler vorzugehen, ggf. wie seinerzeit mit der Androhung der Beendigung jeglicher Zusammenarbeit.¹⁶⁴ Zusätzlich hat der Rechtsausschuss des DLTB im Protokoll der Sitzung – entgegen dem Ergebnis des Gutachtens von Lotto Bayern - zum Ausdruck gebracht, die

¹⁶¹ siehe oben Rz. 74 ff.

¹⁶² EuGH, Rs. 209-215/78 und 218/78, Slg. 1980, 3125, 3250 (Rn. 86) – van Landewyck; EuG, Rs. T-141/89, Slg. 1995 II-791, 830 (Rn. 95) – Tréfileurope; Bechtold/Bosch/Brinker/Hirsbrunner, EG-Kartellrecht, Art. 81 EG, Rn. 35; Schröter in: von der Groeben/Schwarze, Kommentar zum Vertrag über die Europäische Union und zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, 6. Aufl., Art. 81 EG, Rn. 55

¹⁶³ EuG, Rs. T-347/94, Slg. 1998 II-1711, 1804 (Rn. 65) – Mayr-Melnhof;

Bechtold/Bosch/Brinker/Hirsbrunner, EG-Kartellrecht, Art. 81 EG, Rn. 34

¹⁶⁴ Vorlage der Arbeitsgruppe Strategie und Planung zur Sitzung des Rechtsausschusses am 25./26.4.2005 in Münster, Bl. 517 f. d.A.

terrestrische Spielvermittlung gewerblicher Spielvermittler sei rechtswidrig,¹⁶⁵ und hat auf diese Weise zumindest eine moralische Verbindlichkeit erzeugt, weil keine der Lottogesellschaften sich künftig rechtswidrig verhalten will.

168. Die gemeinsam beschlossene Aufforderung des Rechtsausschusses an alle Lottogesellschaften impliziert die Einigkeit der daran beteiligten Geschäftsführer bzw. Präsidenten, selbst im Rahmen der Geschäftstätigkeit ihrer Lottogesellschaften keine derartigen Spieleinsätze anzunehmen und sich bei der Geschäftstätigkeit ihrer Gesellschaft an die Aufforderung zu halten. Diese Willensübereinstimmung ergibt sich auch aus den nach der Sitzung erfolgten Schreiben der im Rechtsausschuss vertretenen Lottogesellschaften von Niedersachsen, Bayern, Brandenburg und Hessen an Jaxx, in der darauf hingewiesen wird, dass terrestrisch eingespielte Spieleinsätze nicht an sie weitergeleitet werden dürfen, bzw. kein Interesse an einem Vertragsabschluss bestehe.
169. Die von den Geschäftsführern der im Rechtsausschuss vertretenen Lottogesellschaften beschlossene Aufforderung an alle Lottogesellschaften ist folglich Ausdruck einer Willensübereinstimmung der im Rechtsausschuss des DLTB vertretenen Unternehmen bezüglich der terrestrischen Vermittlungstätigkeit gewerblicher Spielvermittler und damit eine Vereinbarung zwischen Unternehmen nach Art. 81 EG.

2. Wettbewerbsbeschränkung

170. Der von den Lottogesellschaften im Rahmen des Rechtsausschusses des DLTB beschlossene Ausschluss der Annahme terrestrisch vermittelter Spieleinsätze gewerblicher Spielvermittler bezweckt und bewirkt eine Beschränkung des Angebotswettbewerbs auf dem Markt für Lotterien. Hinzu kommt eine Einschränkung des Nachfragewettbewerbs auf dem Markt für die bundesweite gewerbliche Vermittlung von Lotterien und Sportwetten. Zwar bieten gewerbliche Spielvermittler auch die Vermittlung von Sportwetten an, jedoch ist dies nicht auf terrestrischem Wege geplant, so dass sich die Aufforderung des Rechtsausschusses nur auf Lotterien und nicht auf Sportwetten bezieht.

2.1. Der Markt für Lotterien

2.1.1 Sachlich relevanter Markt

171. Der sachlich relevante Markt umfasst sämtliche Dienstleistungen, die von den Nachfragern hinsichtlich ihrer Eigenschaften, Preise und ihres vorgesehenen Verwendungszwecks als austauschbar oder substituierbar angesehen werden.¹⁶⁶ Die Lottogesellschaften sind als Anbieter auf dem Markt für Lotterien und als Nachfrager auf dem Markt für die bundesweite gewerbliche Vermittlung von Lotterien und Spielwetten tätig.
172. Lotterien stellen einen eigenständigen sachlich relevanten Markt dar, auf dem die Lottogesellschaften mit ihren Lotterien als Anbieter den spielinteressierten Verbrauchern als Nachfragern gegenüberstehen. Die Spielinteressenten können das Angebot der Lottogesellschaften entweder über ä-

¹⁶⁵ Niederschrift über die Sitzung des Rechtsausschusses vom 25./26. April 2005, Bl. 553 d.A.

¹⁶⁶ Bekanntmachung der Kommission über die Definition des relevanten Marktes im Sinne des Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft, ABl. C 372 v. 9.12.1997, S. 5 ff., Ziff. 7; Schröter in: von der Groeben/Schwarze, Kommentar zum Vertrag über die Europäische Union und zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, 6. Aufl., Art. 81 EG, Rn. 114

ne Lotto-Annahmestelle, über die Internet-Seite der Lottogesellschaft, per SMS oder über einen gewerblichen Spielvermittler annehmen. Lotterien sind Glücksspiele, bei denen der Spieler ein Los mit einer bestimmten aufgedruckten, bzw. von ihm selbst eingetragenen Gewinnzahl oder mit einem oder mehreren Gewinnsymbolen erwirbt und bei teilweiser oder vollständiger Übereinstimmung der auf dem Los enthaltenen Zahlen oder Symbole mit den vom Lotterieveranstalter gezogenen Gewinnzahlen oder den vorher bestimmten Symbolen nach einem bestimmten Spielplan einen Geld- oder Sachgewinn erhält. Ob ein Spieler gewinnt, entscheidet ausschließlich dessen Glück.

173. In Deutschland werden insbesondere folgende Lotterien angeboten:
174. Die Lottogesellschaften der einzelnen Bundesländer führen für das jeweilige Bundesland das Zahlenlotto (Ziehungen jeweils am Mittwoch bzw. am Sonnabend) sowie „die Glücksspirale“ durch. Als Zusatzlotterien zum Zahlenlotto werden „Spiel 77“ und „Super 6“ gespielt. Außerdem bieten die Lottogesellschaften nach eigenen Spiel- und Gewinnplänen Rubbellos- und Losbrief-Lotterien an, alle bis auf Lotto Sachsen-Anhalt außerdem die Lotterie „Keno“ mit der Ergänzungslotterie „plus5“ (Ziehung täglich). Auch die Lotterien „Bingo“ und „Telebingo“ werden nicht von allen Lottogesellschaften angeboten.
175. Mit der NKL Nordwestdeutsche Klassenlotterie und der SKL Süddeutsche Klassenlotterie existieren zwei sog. Klassenlotterien. Die NKL ist eine Staatslotterie der Bundesländer Berlin, Brandenburg, Freie Hansestadt Bremen, Freie und Hansestadt Hamburg, Mecklenburg-Vorpommern, Niedersachsen, Nordrhein-Westfalen, Saarland, Sachsen-Anhalt und Schleswig-Holstein. Die SKL wird von den Bundesländern Baden-Württemberg, Bayern, Hessen, Rheinland-Pfalz, Sachsen und Thüringen veranstaltet. Eine Klassenlotterie wird in sechs Klassen ausgespielt, bei der jede Klasse einem Monat entspricht. Eine Klassenlotterie umfasst daher den Zeitraum von einem halben Jahr. System der Klassenlotterie ist es, dass von Klasse zu Klasse die Anzahl und die Höhe der Gewinne ansteigen und durch das Ausscheiden der in der ersten Samstagsziehung einer Klasse gezogenen Losnummern zum Ende der jeweiligen Klasse mit Fortdauer des Spieles weniger Losnummern im Spiel sind. Die Süddeutsche Klassenlotterie bietet zudem die Ergänzungsspiele EURO-JOKER und AUTO-JOKER an.
176. Schließlich werden Fernsehlotterien angeboten. Hierzu zählen die ARD Fernsehlotterie und die ZDF Aktion Mensch. Die Umweltlotterie „Unsere Welt“ wurde mittlerweile eingestellt.

(a) Abgrenzung von Sportwetten

177. Nicht mit den Lotterien austauschbar sind aus Sicht der Spieler als Marktgegenseite die sog. Sportwetten. Dabei handelt es sich um Spielwetten, bei denen der Spieler auf den Ausgang eines bestimmten Sportereignisses, wie z.B. eines Fußballspieles oder eines Pferderennens, einen bestimmten Geldbetrag setzt. Die Sportwette unterscheidet sich von den Lotterien sowohl durch die Art des Spieles als auch durch die Zusatzspiele für die Spielteilnehmer. Das Kernbedürfnis nach einer Sportwette wird durch die Teilnahme an einer Lotterie nicht befriedigt. Vielmehr handelt es sich aus Sicht der Spielteilnehmer bei Lotterien und Sportwetten um komplementäre Glücksspiele.
178. Bei der Sportwette steht für den Spieler der Ausgang eines konkreten Sportereignisses und nicht die Ziehung bestimmter Zahlen im Vorder-

grund. Der Spieler interessiert sich regelmäßig für die Sportart, für die er einen Wettschein abgibt, und versucht, mit seinem Wissen und seinen Kenntnissen über das jeweilige Sportereignis und die Sportler den Ausgang des Sportereignisses zutreffend vorherzusagen. Hierzu verfolgt der Wettspieler regelmäßig die Sportereignisse und zieht hieraus seine Schlüsse für die kommenden Spiele bzw. Rennen und richtet hieran seine Wettentscheidungen und Wetteinsätze aus. Im Geschäftsbericht 2005 beschreibt Lotto Niedersachsen die angebotenen Sportwetten wie folgt:

„[...] Bei der Sportwette ODDSET, die aus der Kombi- und der TOP-Wette besteht, können die Tipper ihr Sportwissen zu Geld machen. [...]“¹⁶⁷

Die Toto-Ergebniswette und die Auswahlwette sind für echte Fußball-Wettfans gemacht – von denen es leider immer weniger gibt. [...]“¹⁶⁸

179. Im Hinblick auf Fußballwetten bei ODDSET stellen die Lottogesellschaften den Spielern daher sog. Bundesliga-Planer zur Verfügung, in denen zur Vorbereitung der Wettentscheidungen diverse Statistiken und Ergebnis-Tabellen enthalten sind. Die Anbieter von Sportwetten zielen mit den von ihnen angebotenen Sportwetten auf die Sportfans. Die Lottogesellschaften richten daher die Werbung für ihre Fußballwetten Toto-Auswahlwette und Toto-Ergebniswette auf die Fußballfans als Spielteilnehmer aus. Der Sportwettenanbieter Betandwin hat als Werbung über 7000 deutsche Amateur-Fußballvereine mit Trikots, Bällen und Sporttaschen ausgestattet, um sich bei den Sportfans in Szene zu setzen.¹⁶⁹
180. Das Kernbedürfnis des Spielers einer Sportwette liegt darin, mit seinem eigenen Wissen einen Gewinn zu erzielen und seine Kenntnisse dadurch bestätigt zu sehen. Anders als bei der Lotterie glaubt der Spieler, durch seine Kenntnisse dem Zufall ein Stück voraus zu sein.¹⁷⁰ Die Sportwette ODDSET wurde dementsprechend damit beworben, dass jeder Spieler sein Sportwissen zu Geld machen könne. Dieses Bedürfnis wird durch die Teilnahme an einer Lotterie nicht gedeckt, weil für den Erwerb eines Loses oder Spielscheines keinerlei Sportkenntnisse notwendig sind und mit einem möglichen Lotteriegewinn nicht das eigene Wissen bestätigt wird. Lotterien sprechen jeden an, während die Teilnahme an einer Sportwette für solche Spieler in Frage kommt, die sich mit der jeweiligen Sportart auskennen. Dementsprechend erreichte der Bruttospieleinsatz für Sportwetten in Deutschland 2003 nur rund 8% der Bruttospieleinsätze für Lotterien.
181. Ferner unterscheiden sich die Lotterien von den Sportwetten dadurch, dass nur bei den Lotterien für die Spieler Zusatzlotterien angeboten werden, wie „Spiel 77“, „Super 6“ und „plus5“.
182. Insbesondere mit Lotterien nicht austauschbar sind Pferdewetten, die unmittelbar bei Pferderennen auf dem Rennplatz angeboten werden. Im Unterschied zum Loserwerb zu den üblichen Geschäftszeiten ist die Pferdewette auf dem Rennplatz nur möglich, wenn der Spieler am Renntag die

¹⁶⁷ Lotto Niedersachsen, Geschäftsbericht 2005, S. 29, Bl. 3937 d.A.

¹⁶⁸ Lotto Niedersachsen, Geschäftsbericht 2005, S. 30, Bl. 3938 d.A.

¹⁶⁹ Financial Times Deutschland v. 1.03.05 „Wettskandal treibt Betandwin Kunden zu“, Bl. 1386 d.A.

¹⁷⁰ Lotto Hamburg, Geschäftsbericht 2004, S. 7, Bl. 1335 Rückseite d.A.; WestLotto, Geschäftsbericht 2003, S. 8, Bl. 1388 d.A.

Pferderennbahn aufsucht und das dafür vorgesehene Eintrittsgeld entrichtet. Ferner kann er dort nicht aus einer Vielzahl an Spielangeboten wählen, sondern ist darauf beschränkt, mit seiner Pferdewette auf den Ausgang eines auf dem Rennplatz bevorstehenden Rennens zu wetten. Im Unterschied zu den Lotterien ist auch der Mindesteinsatz gesetzlich in § 4 Abs. 4 Rennwett- und Lotterieweggesetz mit 15 € festgelegt.

183. Der Gewinn wird in Abhängigkeit von der Höhe seines Einsatzes berechnet. Insbesondere bei Lotto ist dies anders: Der Spieler kann zwar auch mehrere Felder mit den gleichen Zahlen ankreuzen und so einen höheren Einsatz auf die gleichen Zahlen entrichten. Anders als bei den Pferdewetten mindert er dadurch jedoch die Höhe des Gewinns je Feld. Je öfter er die gleichen Zahlen tippt, desto geringer wird der Gewinn je Feld, weil die Gewinnsumme innerhalb der Gewinnklassen gleichmäßig auf die Gewinne verteilt wird. Das hat zur Folge, dass der Spieler, hat er zwei Mal die gleichen Zahlen getippt, nicht den doppelten Gewinn im Vergleich zu der Situation erhält, in der er nur einen Tipp abgegeben hätte.¹⁷¹ Zudem kann der Verbraucher nicht den Hauptgewinn mehrfach erhalten. Bei den Zusatzlotterien Spiel 77 und Super 6 ist die auf den Spielschein aufgedruckte Nummer zugleich die Losnummer, eine mehrfache Verwendung der gleichen Losnummer scheidet hier beim terrestrischen Spiel von vornherein aus, so dass der Spieler nur den einfachen Einsatz auf die Zahlen entrichten kann. Nur im Internet ist die Losnummer frei wählbar. Zudem handelt es sich bei diesen Lotterien um Zusatzlotterien zum Zahlenlotto, die nicht eigenständig gespielt werden können, und auch nur einen begrenzten Hauptgewinn zulassen. Die Gewinne der Gewinnklasse I, also die Hauptgewinne, werden wiederum auf die Zahl der Gewinne gleichmäßig verteilt, so dass, ebenso wie beim Zahlenlotto ein doppelter Einsatz nicht auch den doppelten Gewinn ermöglicht. Bei der Lotterie Keno kann der Spieler je Spiel Beträge in Höhe von 1 €, 2 €, 5 € und 10 € einsetzen. Um höhere Beträge einzusetzen, müsste er mehrere Spiele mit denselben Zahlen spielen, also beispielsweise beim Einsatz von 300 € insgesamt 30 Felder mit den gleichen Zahlen ausfüllen. Werden in der höchsten Gewinnklasse 10 des Kenotyps 10 mehr als 5 Gewinne erzielt, reduziert sich die im Gewinnplan aufgeführte Quote nach folgender Formel: Quote, dividiert durch die Anzahl der Gewinne, multipliziert mit 5. Der Gewinnbetrag errechnet sich durch Multiplikation des Spieleinsatzes für das betreffende Spiel mit der reduzierten Quote.¹⁷² Auch bei mehr als 10 Gewinnen in der Gewinnklasse 9 erfolgt eine solche Reduktion.
184. Bei den Sport- und Pferdewetten wird der Einsatz von Spieler frei bestimmt, der Gewinn wird allein anhand der Quote berechnet und nicht an der Zahl der Gewinne.

(b) Abgrenzung von Spielbanken und Spielhallen

185. Ebenfalls nicht mit den Lotterien austauschbar sind Glücksspiele in Spielbanken oder Spielhallen. Aus Sicht der Spieler unterscheidet sich die Teilnahme an einer Lotterie wesentlich von dem Besuch einer Spielbank oder einer Spielhalle im Hinblick auf das angebotene Spiel, den Spielort, die Spieldauer und den Spielgewinn. Dementsprechend hat die Europäische

¹⁷¹ Dies übersehen Haver & Mailänder, Schreiben vom 28.07.06, Fußnote 200, Bl. 3550 d.A.

¹⁷² Ziff. 17.2 der AGB für Keno von Lotto-Niedersachsen, veröffentlicht unter https://www.lottospielen-nds.de/s/managed_html/501/index.html#IV__GEWINNERMITTLUNG

sche Kommission in ihrer Entscheidung vom 4.06.04 im Zusammenschlussfall COMP/M.3373 – Accor/Colony/DesseigneBarrière/ JV, Rz. 21, zur Teilverweisung des Falles an die französische Wettbewerbsbehörde einen eigenständigen sachlich relevanten Markt für die Spiele in Spielbanken abgegrenzt.

(c) Abgrenzung vom Gewinnsparen

186. Auch die von den Sparkassen sowie von den Volks- und Raiffeisenbanken angebotenen Produkte des Gewinnsparens sind aus Sicht der Spieler nicht mit den Lotterien austauschbar. Dabei handelt es sich um ein Sparprodukt mit einer Lotteriekomponente. Der Großteil des Lospreises wird angespart (bei den Sparkassen 4 € von einem Lospreis i.H.v. 5 €, bei den Volks- und Raiffeisenbanken Norddeutschlands 10,50 € je Los und Quartal von einem Lospreis i.H.v. 15 € je Quartal). Der Teilnehmer kann auf diese Weise eine Rücklage bilden und zugleich Gewinnchancen bei den Auslosungen nutzen. Die Sparkassen schütten viele kleinteilige Gewinne zwischen 2,50 € und 10 € aus, Einzelgewinne sind bis 100.000 € möglich. Bei den Volks- und Raiffeisenbanken werden neben kleineren Gewinnen Hauptgewinne von 25.000 € ausgespielt.
187. Im Unterschied zur Teilnahme an dem Glücksspiel einer Lotterie steht für den Teilnehmer beim Gewinnsparen das Ansparen von Geld im Vordergrund. Ein möglicher Gewinn tritt gegenüber der Sparwirkung in den Hintergrund. Dementsprechend sind die Gewinne im Bereich des Gewinnsparens deutlich kleiner als die bei den Lotterien, bei denen kein Geld angespart wird. Ferner existiert eine andere Anbieterstruktur als bei den Lotterien. Die Gewinnspare-Produkte werden ausschließlich von Gewinnsparevereinen der Volks- und Raiffeisenbanken sowie der Sparkassen in den jeweiligen Bankfilialen angeboten. Im Unterschied zu Lotterienprodukten ist die Teilnahme am Gewinnsparen bundesweit an die Errichtung eines Sparkontos bei der jeweiligen Bank gebunden.

(d) Weitere Unterscheidungen

188. Ob der sachlich relevante Markt für Lotterien aus Sicht der Spielteilnehmer weiter nach der Art der Spielteilnahme (Teilnahme als Einzelspieler gegenüber der Teilnahme im Rahmen einer Spielgemeinschaft) oder nach der Teilnahme über das Internet und nach der Teilnahme über herkömmliche Bezugswege (Annahmestellen, Postvertrieb, Telefon) zu differenzieren ist, kann im vorliegenden Fall dahinstehen, weil bei jeder Betrachtung die Aufforderung der Lottogesellschaften, keine Spieleinsätze gewerblicher Spielvermittler anzunehmen, die über terrestrische Vermittlungsstellen akquiriert wurden, eine spürbare Beschränkung des Angebotswettbewerbs der Lottogesellschaften bezweckt und bewirkt.
189. Ferner gibt es Anhaltspunkte dafür, dass die Lotterienprodukte der einzelnen Anbieter (Lottogesellschaften, Klassenlotterien, Fernsehlotterien) aus Sicht der Spieler nur begrenzt austauschbar sein könnten, weil sich die Lotterien der Landeslottogesellschaften im Hinblick auf den Spieleinsatz, die Spieldauer und die Gewinnmöglichkeiten von den anderen Lotterieangeboten unterscheiden. Letztlich kann die Frage, ob der Markt für Lotterien nach einzelnen Lotterienprodukten weiter zu unterteilen ist, aber offen bleiben, weil das Ergebnis der wettbewerblichen Prüfung auch bei der zu Gunsten der Beteiligten vorgenommenen weiten Marktbetrachtung nicht anders ausfällt als bei einer engeren Abgrenzung.

(e) Zwischenergebnis

190. Im Ergebnis sind die Lotterien aus Sicht der Nachfrager nicht mit Sportwetten, Glücksspielen in Spielbanken, Automaten Spielen und dem Angebot des Gewinnsparens austauschbar und bilden daher einen eigenständigen sachlich relevante Markt. Es besteht keine hinreichende Reaktionsverbundenheit zwischen den Lotterien und den anderen Glücksspielen, weil eine Änderung der Spielbedingungen bei den Lotterien die Nachfrage nach den anderen Glücksspielen aufgrund der Besonderheiten dieser Spiele nicht beeinflusst. Ob eine weitere Aufteilung des Marktes nach der Art der Spielteilnahme oder dem Bezugsweg sachgerecht ist, kann ebenso offen bleiben wie die Frage, ob der Markt nach einzelnen Lotterierprodukten weiter zu unterteilen ist.

2.1.2 Räumliche Marktabgrenzung

191. Der räumlich relevante Markt umfasst das Gebiet, in dem die beteiligten Unternehmen die relevanten Dienstleistungen anbieten, in dem die Wettbewerbsbedingungen hinreichend homogen sind und das sich durch unterschiedliche Wettbewerbsbedingungen von anderen Gebieten unterscheidet.¹⁷³

192. Nach diesen Kriterien besteht kein bundesweiter Markt für Lotterien, vielmehr existieren regionale Märkte, die jeweils ein Bundesland umfassen. In den einzelnen Bundesländern herrschen einheitliche Wettbewerbsbedingungen, die sich deutlich von denen in den anderen Bundesländern unterscheiden.

193. Der Lotteriemarkt wird in Deutschland von den Lotterien geprägt, die von den Lottogesellschaften bzw. den Bundesländern selbst durchgeführt und angeboten werden, nämlich Zahlenlotto, Spiel 77, Super 6, Glücksspirale, Sofort-Lotterien, Bingo und Keno. Auf diese Lotterien entfielen 2004 rund 82%¹⁷⁴ der gesamten Spieleinsätze der in Deutschland durchgeführten Lotterien.

194. Die Lottogesellschaften bieten Lotterien nicht bundesweit, sondern nur jeweils für ein Bundesland an. Dies bedeutet, dass jede Lottogesellschaft Handelsvertreterverträge zum Betrieb einer Lotto-Annahmestelle nur mit Unternehmen abschließt, die in dem Bundesland tätig sind, in dem die Lottogesellschaft ihren Sitz hat. Auch über das Internet nehmen die Lottogesellschaften nur Spielaufträge von Einwohnern des Bundeslandes entgegen, in dem sie ihren jeweiligen Sitz haben. § 2 Blockvertrag und § 5 Abs. 3 des Lotteriestaatsvertrages bestimmen, dass die Lottogesellschaften ihr Angebot nur in dem Bundesland vertreiben dürfen, in dem sie sich niedergelassen haben. In einem anderen Bundesland dürfen sie nur mit besonderer Zustimmung dieses Bundeslandes tätig werden. Keine der Lottogesellschaften hat bislang die Zustimmung eines anderen Bundeslandes beantragt und die Tätigkeit über das eigene Bundesland hinaus ausgedehnt.

¹⁷³ Bekanntmachung der Kommission über die Definition des relevanten Marktes im Sinne des Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft, ABl. C 372 v. 9.12.1997, S. 5 ff., Ziff. 8; Schröter in: von der Groeben/Schwarze, Kommentar zum Vertrag über die Europäische Union und zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, 6. Aufl., Art. 81 EG, Rn. 120

¹⁷⁴ Ermittlungsergebnis im Zusammenschlussverfahren B 10-167/04 zur Übernahme von Tipp 24 durch Lotto Hessen, Lotto Rheinland-Pfalz und Lotto Baden-Württemberg für 2004

195. Hauptvertriebsschiene für die den Markt prägenden Lotterierprodukte der Lottogesellschaften sind die terrestrischen Lotto-Aannahmestellen. Über sie werden deutlich über 90% der Spieleinsätze der Landeslottogesellschaften vereinnahmt.¹⁷⁵ Die weit überwiegende Zahl der Spielteilnehmer fragt Lotterierprodukte somit nicht bundesweit, sondern bei einer terrestrischen Annahmestelle in einem lokalen Umkreis um ihren Wohnort bzw. den Ort ihrer Arbeitsstelle nach. Gleichwohl ist nicht auf eine Vielzahl von lokalen Märkten, sondern auf die einzelnen Bundesländer als räumlich relevante Märkte abzustellen. Die lokalen Märkte überschneiden sich in den einzelnen Bundesländern. Ferner herrschen innerhalb eines Bundeslandes durch die Tätigkeit einer einzigen Lottogesellschaft mit ihren Annahmestellen einheitliche Wettbewerbsbedingungen. Diese unterscheiden sich auch von den Bedingungen in den anderen Bundesländern. Zwar haben sich die in den einzelnen Bundesländern tätigen Lottogesellschaften zum DLTB zusammengeschlossen und veranstalten ihre Lotterien nach einem einheitlichen Spielplan, aber es bestehen gleichwohl erhebliche Unterschiede im Hinblick auf das Spielangebot, die Bearbeitungsgebühren, die Werbeausgaben und regionale Sonderauslosungen der Lottogesellschaften.

196. **Das Lotterieangebot der Lottogesellschaften ist unterschiedlich**

197. Das Spielangebot unterscheidet sich zunächst im Hinblick auf die angebotenen Lotterien. So bieten nur einige Lottogesellschaften Lose der Umweltlotterie Bingo bzw. der Lotterie Tele-Bingo an. Auch Brieflose werden nur von einigen Landeslottogesellschaften angeboten.

Lotterieangebot			
Lotto-Gesellschaft	Bingo	Tele-Bingo	Brieflose
Hessen			
Rheinland-Pfalz			
Baden-Württemberg			
Bayern			x
Berlin			
Brandenburg			
Bremen			
Hamburg	x		x
Mecklenburg-Vorp.	x		
Niedersachsen	x		
Nordrhein-Westfalen			
Saarland			
Schleswig-Holstein	x		
Sachsen		x	x
Sachsen-Anhalt		x	
Thüringen		x	x

198. Ferner unterscheiden sich die von den einzelnen Lottogesellschaften veranstalteten Sofortlotterien durch die Spiel- und Gewinnpläne.

¹⁷⁵ Die Tabak-Zeitung, „Klassischer Vertrieb macht sich Sorgen um den Lotto-Großeinstieg in Supermärkten“, Bl. 698 d.A.

199. Auch beim Zahlenlotto existieren Unterschiede zwischen den Angeboten der Lottogesellschaften, und zwar im Hinblick auf das Angebot von Mehrwochenaufträgen.

Mehrwochenaufträge Lotto

Land	2 Wochen	3 Wochen	4 Wochen	5 Wochen	8 Wochen	10 Wochen	12 Wochen	13 Wochen
Baden-Württ.	x	X	x	x	x			
Berlin	x	X	x	x	x	x		
Hamburg	x	x	x	x	x			
Niedersachsen	x	x	x	x	x			
Sachsen-Anhalt	x	x	x	x	x			
Schleswig-Holstein	x	x	x	x	x			
Sachsen	x	x	x	x				x
Bayern	x	x	x	x				
Brandenburg	x	x	x	x				
Bremen	x	x	x	x				
Mecklenburg-V.	x	x	x	x				
Nordrhein-Westf.	x	x	x	x				
Rheinland-Pfalz	x	x	x	x				
Thüringen	x	x	x		x			
Saarland	x		x		x	x	x	
Hessen	x		x					

200. Aus der obigen Tabelle ergibt sich, dass die Lottogesellschaften von Baden-Württemberg, Berlin, Hamburg, Niedersachsen, Sachsen-Anhalt und Schleswig-Holstein beim Zahlenlotto Mehrwochenaufträge für 2, 3, 4, 5 und 8 Wochen anbieten, Bayern, Brandenburg, Bremen, Mecklenburg-Vorpommern, Nordrhein-Westfalen, Rheinland-Pfalz und Sachsen dagegen nur Mehrwochenaufträge für 2, 3, 4 und 5 Wochen, Thüringen für 2, 3, 4 und 8 Wochen, das Saarland für 2, 4, 8, 10 und 12 Wochen sowie Hessen nur für 2 und 4 Wochen. Nur Berlin und das Saarland verfügen über Spielscheine mit einer Laufzeit von 10 Wochen. Spielscheine mit einer Laufzeit von 12 Wochen werden nur vom Saarland und Spielscheine mit einer Laufzeit von 13 Wochen nur von Sachsen angeboten. Auch bei der Glücksspirale existieren unterschiedliche Spiellaufzeiten.
201. Anteilscheine sind nur in 10 Bundesländern erhältlich (Baden-Württemberg, Bayern, Berlin, Bremen, Hessen, Mecklenburg-Vorpommern, Niedersachsen, Nordrhein-Westfalen, Saarland, Thüringen). Auch hier unterscheidet sich die Bandbreite der Teilnahmemöglichkeit an verschiedenen Ziehungen. Während in Bremen nur Anteilscheine für eine Ziehung angeboten werden, bieten Baden-Württemberg, Mecklenburg-Vorpommern und Nordrhein-Westfalen Anteilscheine für bis zu 8 Ziehungen.

202. **Die Bearbeitungsentgelte unterscheiden sich erheblich**

203. Ferner existierten 2003 auch bei den Bearbeitungsentgelten erhebliche Unterschiede¹⁷⁶:

		Entgelt der Lottogesellschaften in €		Abweichung
		niedrigster	höchster	in %
Zahlenlotto				
Normalauftrag		Dauer		
niedrigster Unterschied	1 Woche	0,2	0,5	150%
höchster Unterschied	3, 4 und 5 Wochen	0,25	1	300%
Systemauftrag				
niedrigster Unterschied	1 Woche	0,2	0,65	225%
höchster Unterschied	4 und 8 Wochen	0,5	2	300%
Normal-Kombischein				
niedrigster Unterschied	2 Ziehungen	0,25	0,5	100%
höchster Unterschied	16 Ziehungen	0,5	2	300%
System-Kombischein				
niedrigster Unterschied	4 Ziehungen	0,5	2	300%
höchster Unterschied	16 Ziehungen	0,5	4	700%
Dauerauftrag				
niedrigster Unterschied	Normalschein	0,5	2,5	400%
höchster Unterschied	Kombischein	0,5	3,6	620%
Anteilschein				
niedrigster Unterschied	2 Ziehungen	0,4	1	150%
höchster Unterschied	1 Ziehung	0,1	1	900%
Glücksspirale				
niedrigster Unterschied	3 Wochen	0,5	0,9	80%
höchster Unterschied	8 Wochen	0,5	1,3	160%
Bingo				
Unterschied		0,3	0,5	67%

204. Aus der vorstehenden Tabelle ergibt sich, dass die geringste Abweichung der von den Lottogesellschaften für das Zahlenlotto vom Spieler verlangten Entgelte beim Normal-Kombischein existiert. Das höchste Bearbeitungsentgelt liegt bei dieser Spielvariante mit 0,50 € doppelt so hoch wie das geringste Entgelt mit 0,25 € für das gleiche Produkt. Der größte Unterschied beim Zahlenlotto existiert bei den Anteilscheinen. Hier liegt das Höchstentgelt mit 1 € um das 10fache über dem von einer anderen Landeslottogesellschaft für das gleiche Produkt verlangten Bearbeitungsentgelt in Höhe von 0,10 €. Auch bei der Glücksspirale und beim Bingo werden unterschiedliche Entgelte verlangt.

205. Wird der Anteil der Bearbeitungsentgelte an den vereinnahmten Spieleinsätzen in den einzelnen Bundesländern betrachtet, so lassen sich auch hier Unterschiede feststellen. Die Spanne reicht von 3,2% bis 5,8%.

¹⁷⁶ Bearbeitungsentgelt nach einer im August 2004 von der Archiv- und Informationsstelle des DLTB erstellten Übersicht, Bl. 1201 f. d.A.

206. Entgegen der Darstellung der Lottogesellschaften¹⁷⁷ sind die Unterschiede der Entgelte der einzelnen Lottogesellschaften für den Spieler nicht zu vernachlässigen. Grundsätzlich ist zu beachten, dass nur das Bearbeitungsentgelt der „Preis“ für die Lotterieteilnahme ist. Der Einsatz beeinflusst seine Spielchancen, stellt aber nicht das Entgelt für die Spielteilnahme dar.¹⁷⁸
207. Die unterschiedliche Höhe der von den einzelnen Lottogesellschaften verlangten Bearbeitungsentgelte ist aus Sicht des Spielers auch dann erheblich, wenn der Gesamtbetrag Spieleinsatz und Bearbeitungsentgelt betrachtet wird. Das von den Lottogesellschaften gewählte Beispiel eines Spielers, der 10 € Spieleinsatz zahlt, ist nicht aussagekräftig, weil der durchschnittliche Lottospieler in der Woche einen Spieleinsatz von rund 5,24 € entrichtet, also wesentlich weniger zahlt.
208. Dies ergibt sich daraus, dass 2004 die Unternehmen im Deutschen Lotto und Totoblock nach dem Geschäftsbericht von Lotto Bremen¹⁷⁹ insgesamt Spieleinsätze in Höhe von 5.381.314.000 € für das Zahlenlotto „6 aus 49“ einnahmen, dies entspricht 99.653.963 € in der Woche, die sich auf rund 19 Mio. Spielteilnahmen je Woche¹⁸⁰ verteilen.
209. Die Unterschiede der Bearbeitungsentgelte für den Verbraucher sind selbst bei dem geringsten Unterschied beim Normalauftrag für das Zahlenlotto erheblich: Zahlen die Spieler für jede der 19 Mio. Spielteilnahmen hypothetisch das geringste Bearbeitungsentgelt in Höhe von 0,20 €, so macht dies einen Betrag in Höhe von 3,8 Mio. € in der Woche aus, im Jahr 205,2 Mio. €. Werden demgegenüber für jede Spielteilnahme hypothetisch die Bearbeitungsentgelte des teuersten Anbieters in Höhe von 0,50 € entrichtet, so ist jede Woche ein Betrag in Höhe von 9,5 Mio. € an Bearbeitungsentgelt zu entrichten, dies entspricht einem Jahresbetrag in Höhe von 513 Mio. €. Der Unterschied in den Bearbeitungsentgelten für die Verbraucher liegt pro Jahr bei einem Gesamtbetrag in Höhe von 307,8 Mio. €
210. Dabei gilt: Je geringer der Spieleinsatz, umso stärker wirken sich die Unterschiede in den Bearbeitungsentgelten aus. Spielt ein Verbraucher nur ein Kästchen mit einem Einsatz von 0,75 €, muss er aber ebenfalls ein Bearbeitungsentgelt in Höhe von 0,20 € bis 0,50 € je nach Lottogesellschaft entrichten. Dementsprechend zahlt er entweder 0,95 € oder 1,45 €, also je nach Lottogesellschaft bis zu 53% mehr als bei dem preisgünstigsten Anbieter.
211. Dass ein aufgeklärter Verbraucher solche gravierenden Unterschiede nicht wahrnimmt bzw. sogar gar nicht wahrnehmen wolle, wie die Lottogesellschaften behaupten, ist nicht anzunehmen.¹⁸¹ Selbst wenn ein Verbraucher im Zeitpunkt der Spielteilnahme spielen und nicht wirtschaften wollte, schließt dies ein rationales Verhalten dergestalt nicht aus, dass

¹⁷⁷ Schreiben Haver & Mailänder vom 28.07.06, S. 100, Bl. 3528 d.A.

¹⁷⁸ so auch Schreiben Haver & Mailänder vom 28.07.06, S. 85, Bl. 3513: „Spieleinsätze sind keine Preise“

¹⁷⁹ Geschäftsbericht 2004 der Bremer Toto und Lotto GmbH, S. 26, Bl. 1303 d.A.

¹⁸⁰ die Wochenteilnahme schwankte im 2. Terial 2004 zwischen 15,8 Mio. und 20,8 Mio. Spielteilnahmen: GfK Panel Services Consumer Research GmbH, Gewinnspiele Mai bis August 2004, Lotto Gesamt, Teilnehmer/Teilnahmen am Lotto-Gesamt nach Wochen 2.Terial 2004, Tabelle 4.13, Bl. 3956 d.A.; berechnet wurde der durchschnittliche Spieleinsatz mit einer Wochenteilnahme von 13 Mio. Spielerteilnahmen.

¹⁸¹ Schreiben Haver & Mailänder vom 28.07.06, S. 86, 101, Bl. 3514; 3529 d.A.

er sich für eine identische Leistung (nämlich Teilnahme an der Ziehung der Zahlenlotterie mit einem bestimmten Einsatz) den Anbieter wählt, der das geringste Bearbeitungsentgelt hierfür verlangt. Der spielende Verbraucher bleibt auch beim Spiel rational, denn ansonsten hätte er sucht-spezifische Probleme mit dem betreffenden Glücksspiel. Nun ist nicht davon auszugehen, dass alle 20 Mio. Verbraucher, die jede Woche Lotto spielen, irrationale Spielsüchtige sind. Im Gegenteil: Aus der von den Lottogesellschaften vorgelegten Studie zu Nordrhein-Westfalen ergibt sich, dass suchttypische irrationale Verhaltensweisen gerade beim Zahlenlotto kaum feststellbar sind.¹⁸²

212. Das Beispiel der Lottogesellschaften von den Bremer Verbrauchern, die statt über die Internet-Seite von Lotto-Bremen bei dem Spielvermittler Tipp24 Lotto spielen, belegt die fehlgeleitete These der Lottogesellschaften von der angeblichen Existenz des „homo ludens“¹⁸³ ebenfalls nicht. Vielmehr zeigt sich daran die Rationalität auch des spielinteressierten Verbrauchers.
213. Der gewerbliche Spielvermittler bietet dem spielinteressierten Verbraucher nämlich gegenüber dem Angebot der Lottogesellschaften einen Mehrwert an, den der Verbraucher erkennt und für den er auch bereit ist, ein höheres Entgelt zu zahlen. Der Vorteil für den Verbraucher liegt zum einen in der größeren Benutzerfreundlichkeit der Internetseiten der gewerblichen Spielvermittler im Internet. Mit wenigen „Klicks“ kann ein Spielschein ausgefüllt und abgegeben werden. Zum anderen liegt es am Angebot der Spielgemeinschaften, dass die Internet-Seiten gewerblicher Spielvermittler bevorzugt werden. Gerade in dem von den Lottogesellschaften angeführten Beispielsfall Bremen zahlt der Spielinteressierte zwar eine Bearbeitungsgebühr von nur 0,10 € für die Teilnahme am sog. Gemeinschaftssystem, und insgesamt einschließlich des Spieleinsatzes 3,10 € an Lotto Bremen, also weniger als an Tipp24, deren Mindestbetrag bei der Spielgemeinschaft „Lotto exklusiv“ 4,70 € beträgt. Bei Lotto Bremen kann der Spieler aber keine individuellen Zahlen wählen. Bei Tipp24 ist dies anders. Der Spielinteressierte kann im Internet über die Spielgemeinschaft „Lotto exklusiv“ seine eigenen Glückszahlen ankreuzen.
214. Ferner sei angemerkt, dass die Bedeutung des Bearbeitungsentgelts für den Verbraucher umso geringer wird, je höher sein Spieleinsatz ist, also je mehr er spielt. Dies schafft einen Anreiz, mehr zu spielen, obwohl die Lottogesellschaften meinen, sie bekämpften aktiv die Spielsucht.
215. **Die Werbeausgaben der Lottogesellschaften unterscheiden sich erheblich**
216. Außerdem weichen die Werbeaufwendungen der einzelnen Landeslottogesellschaften voneinander ab. Insgesamt wurden 2004 von den Lottogesellschaften rund 108 Mio. € für Werbung ausgegeben, die Spannweite der einzelnen Lottogesellschaften reicht dabei von rund 1 Mio. € bis zu rund 19 Mio. € Durchschnittlich wendete 2004 jede Lottogesellschaft rund 7 Mio. € für Werbung aus. Bezogen auf die Bevölkerung bedeutet dies, dass je Einwohner von den Lottogesellschaften 2004 1,37 € für Werbung

¹⁸² „Das Gefährdungspotenzial von Lotterien und Sportwetten“, Abschlussbericht der Universität Bremen, Institut für Psychologie und Kognitionsforschung, Mai 2005, S. 151; Bl. 2609 ff. d.A.

¹⁸² „Das Gefährdungspotenzial von Lotterien und Sportwetten“, aaO, S. 151, Bl. 2760 d.A.

¹⁸³ Schreiben Haver & Mailänder vom 28.07.06, S. 86, Bl. 3514 d.A.

ausgegeben wurde. Die Bandbreite der Werbeausgaben liegt dabei zwischen 0,97 €/Einwohner und 2,08 €/Einwohner. Dies ist ein Unterschied von 116%.

217. **Es gibt regionale Sonderauslosungen**

218. Ferner führen die einzelnen Landeslottogesellschaften regionale Sonderauslosungen im Zusammenhang mit der Teilnahme an einer ihrer Lotterien durch, die nur in ihrem Bundesland angeboten werden. Auf diesem Wege werden in der Vergangenheit nicht abgeholte Gewinne an die Spieler ausgeschüttet. So gelangten allein bei Lotto Rheinland-Pfalz 2003 bei ausschließlich in Rheinland-Pfalz und in Luxemburg ausgespielten Sonderauslosungen Geld- und Sachgewinne im Gesamtwert von rund 1,5 Mio. € an die Spielteilnehmer.¹⁸⁴

219. Die Spielinteressenten, die an der Landesgrenze zu einem benachbarten Bundesland wohnen, prägen nicht die Wettbewerbsbedingungen in den Bundesländern.¹⁸⁵ Gleiches gilt für die über gewerbliche Spielvermittler organisierten Teilnehmer, die bundesweit derzeit nur rund 4,9%¹⁸⁶ der Spieleinsätze der Lottogesellschaften auf sich ziehen. Aber auch bei bundesweiter Betrachtung des Marktes für Lotterien ändert sich an dem Ergebnis des wettbewerbsbeschränkenden Zwecks und der entsprechenden Wirkung der Aufforderung des DLTB-Rechtausschusses nichts.

2.1.3 **Einschränkung des Wettbewerbs**

220. Die Aufforderung des Rechtausschusses an alle Lottogesellschaften, keine Spieleinsätze von gewerblichen Spielvermittlern anzunehmen, die aus terrestrischer Vermittlungstätigkeit stammen, bezweckt und bewirkt eine Einschränkung des Wettbewerbs auf den regionalen Märkten für Lotterien in Deutschland.

(a) Bezweckte Wettbewerbseinschränkung

221. Eine Absprache bezweckt dann eine Wettbewerbsstörung, wenn sie darauf abzielt, die wirtschaftliche Entschließungs- und Handlungsfreiheit der beteiligten Unternehmen einzuschränken und dadurch die Marktverhältnisse zu verändern.¹⁸⁷ Dabei ist der wettbewerbsbeschränkende Zweck aus dem Inhalt der Vereinbarung oder des Beschlusses zu ermitteln und nicht aus den subjektiven Vorstellungen der Parteien. Entscheidend ist, ob die Vereinbarung oder der Beschluss schon seiner Art nach auf eine Wettbewerbsbeschränkung gerichtet anzusehen ist.¹⁸⁸ Diese Beurteilung muss sich aus der Gesamtheit oder aus einem Teil der getroffenen Be-

¹⁸⁴ Geschäftsbericht 2003 Lotto Rheinland Pfalz, S. 8, Bl. 1396 d.A.

¹⁸⁵ Bremische Bürgerschaft, Landtag, Drucksache 16/238 vom 4.05.04, Anlage 6, Erläuterungen zum „Staatsvertrag über die Regionalisierung von Teilen der von den Unternehmen des Deutschen Lotto- und Totoblocks erzielten Einnahmen“, S. 39, Punkt A (Allgemeines), Bl. 1230 d.A.

¹⁸⁶ Ermittlungsergebnis im Zusammenschlussverfahren B 10-167/04 zur Übernahme von Tipp 24 durch Lotto Hessen, Lotto Rheinland-Pfalz und Lotto Baden-Württemberg für 2004

¹⁸⁷ Schröter in: von der Groeben/Schwarze, Kommentar zum Vertrag über die Europäische Union und zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, 6. Aufl., Art. 81 EG, Rn. 124

¹⁸⁸ EuGH, Rs. 19/77, Slg. 1978, 131, 148 (Rn. 7) – Miller International; EuG, Rs. T-39/92, Slg. II-49, 84 (Rn. 86) – Groupement des Cartes Bancaires; Leitlinien zur Anwendung von Artikel 81 Absatz 3 EG-Vertrag, ABl. EG C/101, S. 97, Rn. 21; Bunte in: Langen/Bunte, Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, 10. Aufl., Art. 81 Rn. 97

stimmung ergeben, wobei auch die wirtschaftlichen Begleitumstände zu berücksichtigen sind.¹⁸⁹

222. Nach diesen Kriterien bezweckt die Aufforderung des Rechtsausschusses die Einschränkung des Wettbewerbs unter den Lottogesellschaften. Die Lottogesellschaften sollen künftig nicht mehr individuell über die Annahme von Angeboten zum Abschluss von Lotterieverträgen entscheiden, wenn das Angebot aus einer terrestrischen Vermittlungstätigkeit eines gewerblichen Spielvermittlers stammt, sondern solche Angebote generell ablehnen, damit die bestehende regionale Aufteilung des Lotteriemarktes in Deutschland zwischen den einzelnen Lottogesellschaften anhand der Landesgrenzen der einzelnen Bundesländer abgesichert und einer Veränderung der Marktverhältnisse entgegengewirkt wird.
223. Der Aufbau eines terrestrischen Vermittlungssystems durch Fluxx würde den derzeit begrenzten Wettbewerb der Lottogesellschaften um Lotterieverträge mit den spielinteressierten Verbrauchern verstärken und die Wirkung der regionalen Aufteilung von Deutschland unter den Lottogesellschaften (sog. Regionalitätsprinzip¹⁹⁰) verringern.
224. Aufgrund des Regionalitätsprinzips vertreiben die Lottogesellschaften ihre Produkte nur innerhalb des jeweiligen Bundeslandes, in dem sie ihren Sitz haben. Hierzu bedienen sie sich primär terrestrischer Lotto-Aannahmestellen, die ihren Sitz innerhalb dieses Bundeslandes haben, daneben des Direktvertriebs im Internet, der lediglich Spielern mit Wohnort im jeweiligen Bundesland offen steht. Das Regionalitätsprinzip teilt Deutschland anhand der Grenzen der Bundesländer in 16 Gebiete auf, in denen jeweils eine Lottogesellschaft Lotterien und Sportwetten anbietet. Hierdurch wurde zunächst sicher gestellt, dass die Einwohner eines Bundeslandes nur bei der Lottogesellschaft spielen können, in deren Vertriebsgebiet sie wohnen. Wettbewerb zwischen den Lottogesellschaften gab es zunächst nur an den Grenzen der Bundesländer, wo Spielinteressenten Lotto-Aannahmestellen verschiedener Lottogesellschaften aufsuchen können.
225. Mit der Tätigkeit gewerblicher Spielvermittler setzte zunehmender Wettbewerb der Lottogesellschaften um Spielverträge und Einsätze der Verbraucher ein. Die gewerblichen Spielvermittler sind nicht an das Regionalitätsprinzip gebunden und akquirieren im Internet bzw. im Postversand und durch Call-Center Spielaufträge von Verbrauchern aus der ganzen Bundesrepublik und vermitteln diese zum überwiegenden Teil gegen Provision an eine oder mehrere Lottogesellschaften ihrer Wahl, mit der dann der Verbraucher einen Lotterievertrag schließt. Dies bedeutet für die Lottogesellschaften einerseits, dass die Einwohner des Bundeslandes, in dem sie ihren Sitz haben, auch mit anderen Lottogesellschaften Lotterieverträge abschließen können und ihnen damit Spieleinsätze verloren gehen, andererseits aber auch die Möglichkeit, zusätzliche Spielverträge und damit verbundene Einsätze aus ganz Deutschland entgegenzunehmen. Für die spielinteressierten Verbraucher stellt die Tätigkeit der gewerblichen Spielvermittler eine Erweiterung des Lotterie-Angebotes dar. Sie sind nicht mehr darauf beschränkt, nur das Angebot der Lottogesellschaft ihres Heimatbundeslandes zu nutzen, sondern können über ge-

¹⁸⁹ EuGH, Rs. 56/65, Slg. 1966, 281, 303 – Maschinenbau Ulm; Langen/Bunte, Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, 10. Aufl., Art. 81 Rn. 97

¹⁹⁰ § 2 Blockvertrag, § 5 Abs. 3 Lotteriestaatsvertrag

werbliche Spielvermittler auch das Angebot anderer Lottogesellschaften in Anspruch nehmen und mit diesen Verträge schließen.

226. Aufgrund der hohen Marktzutrittschranken, die sich aus den im Lotteriestaatsvertrag und den ausführenden Landesgesetzen ergebenden Zulassungsanforderungen für Veranstalter von Glücksspielen ergeben, und wegen des Regionalitätsprinzips, das eine bundesweite Tätigkeit der Lottogesellschaften verhindert, verfügen die Lottogesellschaften auf den jeweiligen Regionalmärkten über marktbeherrschende Stellungen.
227. Auf der Grundlage der bundesweiten Spieleinsätze für Lotterien erzielten die Landeslottogesellschaften in ihren Heimatländern die folgenden Marktanteile¹⁹¹:

	Anteil an den Spieleinsätzen für Lotterien		
	2004	2003	2002
Gesamtmarkt	rund 10,2 Mrd. €	rund 9,5 Mrd. €	rund 9,4 Mrd. €
Lotto	81%	81%	81%
Klassenlotterien	13,3%	13,6%	13,7%
Fernsehlottorien	5,3%	4,7%	4,7%
Umwelt-Lotterie	nicht mehr existent	<0,1%	noch nicht existent
Gesamt	100%	100%	100%

228. Für das Jahr 2005 wurden keine Marktanteile ermittelt, da von keiner erheblichen Änderung der Marktstruktur auszugehen ist.
229. Aufgrund der hohen bundesweiten Marktanteile der Landeslottogesellschaften wird ihre Marktstärke in den jeweiligen Bundesländern auch durch die bundesweite Marktanteilsverteilung abgebildet. Das bundesweite Verhältnis der Spieleinsätze bei den Lottogesellschaften zu den Fernsehlotterien entspricht dem landesweiten Verhältnis.
230. Zwar mag sich in den einzelnen Bundesländern das Verhältnis von SKL zu NKL unterscheiden, weil jede Klassenlotterie in den Ländern stärker vertreten ist, die dem Staatsvertrag zur Gründung der entsprechenden Klassenlotterie angehören, aber das Verhältnis der Klassenlotterien insgesamt zu den Landeslottogesellschaften wird in den einzelnen Ländern nicht wesentlich unterschiedlich sein. Mögliche Ungenauigkeiten führen aufgrund der absoluten Höhe der Marktanteile der Landeslottogesellschaften letztlich auch bei bundesweiter Betrachtung nicht zu einer Veränderung des Ergebnisses in den einzelnen Bundesländern.
231. Ferner wird durch die bundesweite Betrachtung nicht der zwischen den einzelnen Landeslottogesellschaften bestehende Wettbewerb über die gewerblichen Spielvermittler ausgewiesen. 2004 haben die gewerblichen Spielvermittler insgesamt 4,7% der Spieleinsätze aller Lottogesellschaften auf sich gezogen.¹⁹² Selbst wenn davon ausgegangen wird, dass alle bei

¹⁹¹ Die den Marktanteilen zugrunde liegenden Spieleinsätze für 2002 und 2003 stammen von der Archiv- und Informationsstelle der Deutschen Lotto- und Totounternehmen von Juni 2004, Anlage 5 zur Anmeldung im Zusammenschlussverfahren B 10-167/04 zur Übernahme von Tipp 24 durch Lotto Hessen, Lotto Rheinland-Pfalz und Lotto Baden-Württemberg, Bl. 1409 d.A. Die Spieleinsätze für 2004 wurden durch eigene Ermittlungen im Zusammenschlussverfahren B 10-167/04 zur Übernahme von Tipp 24 durch Lotto Hessen, Lotto Rheinland-Pfalz und Lotto Baden-Württemberg erhoben.

¹⁹² Ergebnis der Ermittlungen im Zusammenschlussfall B 10-148/04 zur Übernahme von Tipp 24 durch Lotto Hessen, Lotto Rheinland-Pfalz und Lotto Baden-Württemberg

einem gewerblichen Spielvermittler eingezahlten Spieleinsätze aus einem Land der Erwerbsgesellschaften stammen, aber von dem Spielvermittler bei einer anderen Landeslottogesellschaft eingezahlt wurden, verringerte sich der Marktanteil der Lottogesellschaft nur um maximal 4,7% und läge immer noch bei 76,3%. Der dadurch existierende Restwettbewerb, dass in der Nähe der Landesgrenzen wohnende Spieler ihre Spielscheine bei terrestrischen Annahmestellen außerhalb ihres Wohnsitzlandes abgeben, wird selbst von den Bundesländern als nicht erheblich angesehen.¹⁹³

232. Der Wettbewerb zwischen den Lottogesellschaften und den Klassenlotterien ist außerdem beschränkt, soweit sich letztere in der Hand derselben Bundesländer befinden.
233. Der von dem gewerblichen Spielvermittler Fluxx beabsichtigte Aufbau der gewerblichen Spielvermittlung in stationären Vermittlungsstellen wie beispielsweise in Filialen großer Einzelhandelsunternehmen und in Tankstellen würde den Kreis der Spielinteressenten, die künftig über gewerbliche Spielvermittler Spielverträge bundesweit abschließen können, erweitern und dadurch den Wettbewerbsdruck der Lottogesellschaften untereinander um die Spielverträge, die über gewerbliche Spielvermittler bundesweit abgeschlossen werden können, und um die damit verbundenen Spieleinsätze erhöhen. Die regionale Aufteilung von Deutschland unter den Lottogesellschaften würde insoweit aufgehoben.
234. Aufgrund der erheblichen Summen an Spieleinsätzen und Bearbeitungsgebühren, die über gewerbliche Spielvermittler eingenommen werden - nämlich 388,5 Mio. € Spieleinsätze im Jahr 2004, was 4,7% der in diesem Jahr von den Lottogesellschaften insgesamt eingenommenen Spieleinsätze entspricht -, bestand schon bisher ein erhebliches wirtschaftliches Interesse der Lottogesellschaften daran, dass die spielinteressierten Verbraucher die Spielverträge mit ihnen abschließen. Aus diesem Grund verfügten 2004 vierzehn der insgesamt sechzehn Lottogesellschaften über Verträge mit gewerblichen Spielvermittlern bzw. den für diese tätigen Annahmestellen.
235. Der Wettbewerb zwischen den Lottogesellschaften um die Spielverträge wurde in der Vergangenheit auch darin deutlich, dass Spielvermittlern neben Provisionen auf Bearbeitungsentgelten und Provisionen auf Spieleinnahmen in Höhe von bis zu 19,9% weitere Vergünstigungen wie Werbekostenzuschläge, Entgelt für den Aufbau von Vertriebsnetz und Marketingaktivitäten sowie Boni gezahlt wurden.
236. Mit dem Aufbau eines terrestrischen Vermittlungsnetzes können mehr Verbraucher als bisher das Angebot gewerblicher Spielvermittler an Stelle der Lotto-Annahmestellen nutzen, denn das Angebot der Spielvermittler wird nicht mehr nur über Internet oder Postversand zugänglich, sondern ist in einem Ladengeschäft mit hoher Kundenfrequenz zu den üblichen Geschäftszeiten, also quasi „um die Ecke“, präsent. Der Verbraucher kann die Vermittlungsleistungen einfach und unkompliziert in Anspruch nehmen, wie beispielsweise bei Gelegenheit des Einkaufs oder des Tankens. Derzeit werden über 90% der Spielaufträge in den terrestrischen Lotto-Annahmestellen abgegeben, und die Lottogesellschaften erwarten,

¹⁹³ Bremische Bürgerschaft, Landtag, Drucksache 16/238 vom 4.05.04, Anlage 6, Erläuterungen zum „Staatsvertrag über die Regionalisierung von Teilen der von den Unternehmen des Deutschen Lotto- und Totoblocks erzielten Einnahmen“, S. 39, Punkt A (Allgemeines), Bl. 1230 d.A.

dass beim Aufbau terrestrischer Vermittlungsstellen gewerblicher Spielvermittler ein erheblicher Teil von diesen bei ihren Handelsvertretern eingehenden Spielaufträgen künftig über gewerbliche Spielvermittler an die Lottogesellschaften weitergeleitet wird. Die Arbeitsgruppe Strategie und Planung des DLTB sieht dementsprechend durch die geplanten Aktivitäten von Fluxx im Hinblick auf den terrestrischen Vertrieb den Lebensnerv der Lottogesellschaften angegriffen.¹⁹⁴ In dem vom Rechtsausschuss erstellten Musterschreiben, das die Lottogesellschaften an die Innen- oder Finanzminister ihres Bundeslandes senden sollten, heißt es, dass die Lotto-Annahmestellen durch die neue Vertriebsform von Jaxx zusätzlich und zunehmend empfindlich getroffen würden.¹⁹⁵ Die Lotto-Toto-Vertriebsgemeinschaft der bayerischen Annahmestellen und Bezirksstellen meint gar, dass ein Angebot von Lotto im Supermarkt die Existenz vieler kleiner mittelständischer Lotto-Annahmestellen ernsthaft bedroht.¹⁹⁶

237. Da die gewerblichen Spielvermittler nicht an das Regionalitätsprinzip gebunden sind, werden sie auch die terrestrisch akquirierten Spielaufträge von spielinteressierten Verbrauchern bundesweit an eine Lottogesellschaft ihrer Wahl vermitteln. Dadurch steigt der Anteil der über die Grenzen eines Bundeslandes hinaus abgeschlossenen Lotterieverträge, wodurch sich der Druck der Lottogesellschaften erhöht, die Spielinteressenten über die gewerblichen Spielvermittler durch ein attraktives Lotterieangebot und attraktive Preise für sich zu interessieren, um keine Spieleinsätze an andere Lottogesellschaften zu verlieren. Bislang waren den Lottogesellschaften alle terrestrisch in dem Bundesland generierten Spielverträge, in dem sie ihren Sitz hatten, aufgrund des Regionalitätsprinzips sicher. Diese Sicherheit entfällt mit der Aufnahme der terrestrischen Vermittlung gewerblicher Spielvermittler. Die spielinteressierten Verbraucher hatten aufgrund der räumlich begrenzten terrestrischen Tätigkeit der Lottogesellschaften bislang keine Ausweichalternative auf andere terrestrische Spielmöglichkeiten. Diese werden sie erstmals durch die gewerblichen Spielvermittler erhalten.
238. Der Anreiz der Lottogesellschaften, Spielverträge mit Verbrauchern über terrestrisch tätige gewerbliche Spielvermittler abzuschließen, ergibt sich aus dem Ziel, keine Spieleinsätze zu verlieren, um möglichst hohe Einnahmen dem Bundesland, in dem die Gesellschaft ihren Sitz hat, zukommen zu lassen. Dieser Anreiz entfällt nicht durch die Regelungen des Regionalisierungsstaatsvertrags, die dazu dienen, einen Ausgleich der Einnahmen zu schaffen, die einzelnen Bundesländern durch die gebündelte Abgabe von bundesweit akquirierten Spielaufträgen in einem bestimmten Bundesland verloren gehen. Die mit der Abwicklung der Landeslotterien beauftragten Lottogesellschaften werden bei der Akquisition von Spieleinsätzen über gewerbliche Spielvermittler die finanziellen Auswirkungen auf das Bundesland beachten, das an ihrem Unternehmen maßgeblich beteiligt ist. Aber auch dies führt unter Berücksichtigung der Regelungen des Regionalisierungsstaatsvertrags nicht dazu, dass der Anreiz, Lotterieverträge über die terrestrischen Aktivitäten gewerblicher Spielvermittler selbst abzuschließen, vollständig entfällt. Für die Lottogesellschaften und

¹⁹⁴ Vorlage zur Sitzung des Rechtsausschusses am 25./26.04.2005 in Münster, Bl. 517 f. d.A.

¹⁹⁵ Musterschreiben des Rechtsausschusses, das auf der Sitzung am 25./26.04.2005 zur Versendung an die Innen- oder Finanzminister empfohlen wurde, Bl. 520 d.A.

¹⁹⁶ Information Nr. 123, Dezember 2005, Bl. 150 d.A.

die Bundesländer ist dies auch unter Geltung des Regionalisierungsstaatsvertrages wirtschaftlich vorteilhaft. Nach § 4 Abs. 1 Nr. 2 und Nr. 3 des Regionalisierungsstaatsvertrages verbleiben die Bearbeitungsgebühren bis maximal 3% der Spieleinsätze sowie eine Pauschale von 9% der Spieleinsätze der von einem gewerblichen Spielvermittler eingezahlten Spieleinsätze und Bearbeitungsentgelte bei dem Bundesland, bei dem der Spielvermittler die Einsätze eingezahlt hat. Nur der übrige Einsatz wird unter den Bundesländern aufgeteilt („regionalisiert“). Ohne eine Akquisition der Spieleinsätze erhielt das Land daher den Regionalanteil der Einsätze ohne die Zusatzprovision in Höhe von 9% der Spieleinsätze nebst dem Bearbeitungsentgelt von maximal 3% der Spieleinsätze und stünde sich daher schlechter.

239. Mit dem Aufbau terrestrischer Vermittlungssysteme durch gewerbliche Spielvermittler würde daher der bislang begrenzte Wettbewerb der Lottogesellschaften um Spielverträge mit spielinteressierten Verbrauchern verstärkt und die marktaufteilende Wirkung des Regionalitätsprinzips abgeschwächt.
240. Die Aufforderung an alle Lottogesellschaften, keine Spieleinsätze aus terrestrischen Vermittlungsaktivitäten gewerblicher Spielvermittler stammen, anzunehmen, begrenzt den Abschluss bundeslandübergreifender Lotterieverträge und den damit verbundenen Wettbewerb der Lottogesellschaften um die entsprechenden Spielverträge. Dies wird durch die Aufforderung auch bei Berücksichtigung aller Begleitumstände objektiv bezweckt, wie sich aus den Vorlagen für den Rechtsausschuss des DLTB ergibt, auf deren Grundlage der Beschluss gefasst wurde: Lotto Bayern kam in seiner Vorlage zum Ergebnis, dass der terrestrische Vertrieb gewerblicher Spielvermittler rechtlich nicht unterbunden werden kann, es aber Sache der Lottogesellschaften bleibe, entsprechend auf die Spielvermittler einzuwirken bzw. keine Voraussetzungen für die organisatorische Abwicklung zu schaffen.¹⁹⁷ Die Arbeitsgruppe Strategie und Planung wies darauf hin, dass den terrestrischen Aktivitäten von Tipp 24 nach Beratung in den Blockgremien eine deutliche Absage erteilt worden war und das Unternehmen diesen Vertrieb daraufhin eingestellt habe. Die Pläne von Fluxx zum Aufbau terrestrischer Vermittlungsaktivitäten greife den Lebensnerv der Lottogesellschaften an. Die Arbeitsgruppe schlug deshalb vor, genau wie bei Tipp 24 als Block geschlossen gegen die Besetzung des terrestrischen Vertriebsweges durch die gewerblichen Spielvermittler vorzugehen, ggf. wie seinerzeit mit der Androhung der Beendigung jeglicher Zusammenarbeit.¹⁹⁸ Das vorgeschlagene geschlossene Vorgehen des Blocks wurde mit dem Beschluss des Rechtsausschusses umgesetzt.
241. Die Aufforderung ist im Ergebnis nach ihrer Art geeignet, den verstärkten Abschluss von bundeslandübergreifenden Lotterieverträgen und den damit verbundenen Wettbewerb unter den Lottogesellschaften um Spielverträge zu verhindern und dadurch die mit dem Regionalitätsprinzip bestehende räumliche Aufteilung von Deutschland anhand der Bundeslandgrenzen unter den Lottogesellschaften abzusichern. Die Aufforderung des Rechtsausschusses ist daher unter Berücksichtigung der wirtschaftlichen Begleitumstände auf eine Wettbewerbsbeschränkung gerichtet anzuse-

¹⁹⁷ „Terrestrischer Vertrieb gewerblicher Spielvermittler“, Vorlage von Lotto Bayern vom 18.01.05, Bl. 514 d.A.

¹⁹⁸ Vorlage zur Sitzung des Rechtsausschusses am 25./26.04.2005 in Münster, Bl. 517 f. d.A.

hen und bezweckte eine Wettbewerbsbeschränkung nach Art. 81 Abs. 1 EG.

(b) Bewirkte Wettbewerbsbeschränkung

242. Die Aufforderung des Rechtsausschusses vom 25./26.04.2005 bewirkt auch eine Einschränkung des Wettbewerbs unter den Lottogesellschaften. Dabei ist unter Berücksichtigung der wirtschaftlichen und rechtlichen Gesamtumstände ein Vergleich der tatsächlichen Wettbewerbsverhältnisse und der hypothetischen Wettbewerbsverhältnisse ohne die Maßnahme vorzunehmen.¹⁹⁹
243. Die Aufforderung des Rechtsausschusses des DLTB vom 25./26. April 2005 hat dazu geführt, dass keine Lottogesellschaft bundeslandübergreifende Spielverträge mit Spielinteressenten schließt, die über terrestrische Vermittlungsstellen gewerblicher Spielvermittler angeworben wurden. Lotto Niedersachsen hat sogar die bestehende Schnittstelle von Jaxx zu ihrem Lottosystem mit sofortiger Wirkung gekündigt und die Schnittstelle geschlossen, weil Jaxx als gewerblicher Spielvermittler Spielinteressenten auf terrestrischem Wege angeworben hat. Der Aufruf bewirkt daher, dass Jaxx trotz des Abschlusses von Verträgen mit Einzelhandelsunternehmen und trotz des Erwerbs der benötigten technischen Einrichtungen den unmittelbar vor der Durchführung stehenden Aufbau eines Netzes terrestrischer Vermittlungsstellen nicht realisieren kann. Hierdurch wird der oben dargestellte verstärkte Abschluss von bundeslandübergreifenden Lotterieverträgen und der damit verbundene Wettbewerb unter den Lottogesellschaften um Spielverträge verhindert und die mit dem Regionalitätsprinzip bestehende räumliche Aufteilung von Deutschland anhand der Bundeslandgrenzen unter den Lottogesellschaften abgesichert.
244. Soweit die Lottogesellschaften vortragen, sie hätten jeweils individuell nach der eigenen Unternehmenspolitik entschieden, nicht mit dem gewerblichen Spielvermittler Jaxx im Hinblick auf die terrestrische Vermittlung zusammenzuarbeiten,²⁰⁰ ist dies nach den Umständen nicht glaubhaft.
245. Die Lottogesellschaften waren bereits in der Vergangenheit bemüht, den zwischen ihnen durch die gewerbliche Spielvermittlung entstandenen Restwettbewerb auszuräumen. Dies erfolgte zunächst durch einen vollständigen Ausschluss der gewerblichen Spielvermittler von der Spielteilnahme, der vom Bundeskartellamt untersagt wurde. Im Jahr 2002 entwickelte die Arbeitsgruppe E-Commerce des DLTB ein Konzept für die Zusammenarbeit des DLTB mit Fremdportalen im Internet. Das Ziel ihres Auftrags formulierte die Arbeitsgruppe folgendermaßen:
- „ [...] Dabei soll das Ziel erreicht werden, die gewerblichen Spielvermittler zugunsten der Marktanteile des DLTB zurückzudrängen und insbesondere die Marke „Lotto“ durch gezielte Marketingmaßnahmen zu stärken [...].²⁰¹

¹⁹⁹ EuGH, Verb. Rs. C-215/96 und C-216/95, Slg. 1999, I-135, 175 (Rn. 33) – Bagnasco; EuGH, Rs. 56/65, Slg. 1966, 281, 303 – Maschinenbau Ulm; Bechtold/Bosch/Brinker/Hirsbrunner, EG-Kartellrecht, Art. 81 EG, Rn. 73

²⁰⁰ Schreiben Haver & Mailänder vom 25.01.06, Bl. 225 f. d.A.

²⁰¹ B10-167/04 Lotto Hessen, Rheinland-Pfalz und Baden-Württemberg wg. Tipp24; Anlage zum Schreiben von RA Dr. Staabe vom 31.03.05 Band II, Fach 14, Bl. 2846 d.A.

246. Die Aufforderung des Rechtsausschusses sollte die Lottogesellschaften dazu veranlassen, geschlossen keine Spieleinsätze aus terrestrischen Aktivitäten gewerblicher Spielvermittler entgegenzunehmen und so die terrestrische Vermittlung und den daraus resultierenden verstärkten Wettbewerb unter den Lottogesellschaften verhindern. Dieses Ziel ergibt sich aus den Vorlagen für den Rechtsausschuss des DLTB, auf deren Grundlage der Beschluss gefasst wurde. Lotto Bayern kam zum Ergebnis, dass der terrestrische Vertrieb gewerblicher Spielvermittler rechtlich nicht unterbunden werden könne, es aber Sache der Lottogesellschaften bleibe, entsprechend auf die Spielvermittler einzuwirken bzw. keine Voraussetzungen für die organisatorische Abwicklung zu schaffen.²⁰² Die Arbeitsgruppe Strategie und Planung schlug vor, genau wie bei Tipp 24 als Block geschlossen gegen die Besetzung des terrestrischen Vertriebsweges durch die gewerblichen Spielvermittler vorzugehen, ggf. auch mit der Androhung der Beendigung jeglicher Zusammenarbeit.²⁰³
247. Dass dieses als notwendig angesehene geschlossene Vorgehen des Blocks umgesetzt wurde, zeigt sich daran, dass Jaxx bei keiner der Lottogesellschaften bundesweit terrestrisch akquirierte Spielverträge einspeisen kann. Alle Vertragspartner von Jaxx haben nach der Aufforderung durch den Rechtsausschuss von Jaxx verlangt, keine Spieleinsätze aus terrestrischer Vermittlung in anderen Bundesländern bzw. gar keine Spieleinsätze aus terrestrischer Vermittlung mehr an ihr Lotteriesystem weiterzuleiten, die übrigen Lottogesellschaften haben Vertragsschlüsse mit Jaxx abgelehnt.
248. Die Aufforderung des Rechtsausschusses bewirkt daher unter Berücksichtigung aller wirtschaftlichen Begleitumstände eine Wettbewerbsbeschränkung nach Art. 81 Abs. 1 EG.

2.1.4 Keine unlauteren Wettbewerbshandlungen

249. Dagegen, dass die Aufforderung des Rechtsausschusses eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckt und bewirkt, kann nicht eingewandt werden, die geplante Errichtung eines terrestrischen Vermittlungsnetzes durch gewerbliche Spielvermittler sei rechtswidrig und der hierdurch entstehende zusätzliche Wettbewerb der Lottogesellschaften beim Absatz ihrer Lotteriewerke daher nicht als legitimer Wettbewerb nach Art. 81 EG geschützt.
250. Schutzgegenstand von Art. 81 EG ist der redliche Wettbewerb auf der Grundlage der Leistungen der Marktbürger.²⁰⁴ Der EG-Vertrag missbilligt Wettbewerbshandlungen, bei denen unlautere oder leistungsfremde Mittel eingesetzt werden.²⁰⁵ Art. 81 EG steht daher nur solchen Beschlüssen und Vereinbarungen nicht entgegen, die darauf abzielen, einen unlautere-

²⁰² „Terrestrischer Vertrieb gewerblicher Spielvermittler“, Vorlage von Lotto Bayern vom 18.01.05, Bl. 514 d.A.

²⁰³ Vorlage zur Sitzung des Rechtsausschusses am 25./26.04.2005 in Münster, Bl. 517 f. d.A.

²⁰⁴ EuGH, Rs. 32/65, Slg. 1966, 457, 483 – Italien/Rat und Kommission; Schröter in: von der Groeben/Schwarze, Kommentar zum Vertrag über die Europäische Union und zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, 6. Aufl., Art. 81 EG, Rn. 100

²⁰⁵ Schröter in: von der Groeben/Schwarze, Kommentar zum Vertrag über die Europäische Union und zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, 6. Aufl., Art. 81 EG, Rn. 100; Bunte in: Langen/Bunte, Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, 10. Aufl., Art. 81 Rn. 44

ren oder nicht leistungsgerechten Wettbewerb zu verhindern.²⁰⁶ Dabei dürfen die zur Abwehr unlauteren oder nicht leistungsgerechten Wettbewerbs getroffenen Maßnahmen nicht über das hierfür unerlässliche Maß hinausgehen.²⁰⁷ Ob ein bestimmtes Verhalten als unredlich oder als leistungsfremdes Wettbewerbsmittel anzusehen ist, bestimmt sich nach gemeinschaftsrechtlichen Maßstäben, die primär an den Zielen und Grundsätzen des Vertrages ausgerichtet sind. Die innerstaatliche Gesetzgebung und Rechtsprechung sind dabei insoweit zu berücksichtigen, als dies zur Ausfüllung von Lücken geboten erscheint.²⁰⁸ Gegen Art. 81 EG verstoßen in jedem Fall Absprachen, die unter dem Deckmantel der Bekämpfung unlauteren oder leistungsfremden Wettbewerbs darauf abzielen, unbequeme oder unerwünschte Wettbewerbshandlungen zu verhindern, obwohl sie rechtlich zulässig sind.²⁰⁹ Grundsätzlich müssen sich die Unternehmen bei angeblich unlauteren Praktiken an die nationalen Behörden oder Gerichte wenden, um Wettbewerbsverstöße mit Hilfe nationalen Rechts abzuwenden.²¹⁰

251. Die Aufforderung des DLTB-Rechtausschusses an alle Lottogesellschaften, keine Spieleinsätze aus terrestrischer Vermittlung gewerblicher Spielvermittler anzunehmen, wird nach diesen Grundsätzen von Art. 81 EG erfasst.

2.1.4.1 Pflicht zur Einschaltung der Aufsichtsbehörden

252. Soweit die Lottogesellschaften die terrestrische Vermittlung durch gewerbliche Spielvermittler für rechtswidrig halten, hätten sie sich vor der Aufforderung durch den Rechtausschuss an die zuständigen Aufsichtsbehörden wenden müssen, um ein ordnungsrechtliches Einschreiten gegen diese Tätigkeit der gewerblichen Spielvermittler anzuregen. Dies ist jedoch nicht geschehen. Vielmehr wurde im Rechtausschuss über ein Musterschreiben an die Innen- und Finanzminister der Bundesländer diskutiert und erst in der Sitzung am 25./26. April 2005 zugleich mit der Aufforderung, keine Spieleinsätze aus terrestrischer Vermittlung gewerblicher Spielvermittler anzunehmen, die Empfehlung ausgesprochen, ein Musterschreiben an den Innen- bzw. Finanzminister ihres Bundeslandes zu versenden, in dem ordnungsrechtliche Maßnahmen angeregt werden.²¹¹ Insbesondere von den Lottogesellschaften als staatlich maßgeblich kon-

²⁰⁶ Schröter in: von der Groeben/Schwarze, Kommentar zum Vertrag über die Europäische Union und zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, 6. Aufl., Art. 81 EG, Rn. 104; Bunte in: Langen/Bunte, Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, 10. Aufl., Art. 81 Rn. 44

²⁰⁷ Schröter in: von der Groeben/Schwarze, Kommentar zum Vertrag über die Europäische Union und zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, 6. Aufl., Art. 81 EG, Rn. 103

²⁰⁸ Schröter in: von der Groeben/Schwarze, Kommentar zum Vertrag über die Europäische Union und zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, 6. Aufl., Art. 81 EG, Rn. 104; Bunte in: Langen/Bunte, Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, 10. Aufl., Art. 81 Rn. 45

²⁰⁹ Schröter in: von der Groeben/Schwarze, Kommentar zum Vertrag über die Europäische Union und zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, 6. Aufl., Art. 81 EG, Rn. 104; Bunte in: Langen/Bunte, Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, 10. Aufl., Art. 81 Rn. 45

²¹⁰ Bunte in: Langen/Bunte, Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, 10. Aufl., Art. 81, Rn. 50; Bellamy/Child, European Community Law of Competition, 5th ed., 2-117 mwN

²¹¹ Niederschrift über die Sitzung des Rechtausschusses vom 25./26. April 2005, S. 6, Bl. 553 d.A.

trollierten Unternehmen war zu erwarten, dass sie sich vor Maßnahmen der Selbsthilfe mit ihrem Anliegen an die zuständigen Behörden wenden.

2.1.4.2 Die terrestrische gewerbliche Spielvermittlung ist rechtmäßig

253. Ferner zielt die Aufforderung des Rechtsausschusses auch nicht darauf ab, unlauteren oder nicht leistungsgerechten Wettbewerb zu verhindern. Vielmehr ist die terrestrische Vermittlung nach nationalem Recht zulässig, gemeinschaftsrechtliche Verbote existieren nicht.

(a) Vereinbarkeit mit § 14 Lotteriestaatsvertrag

254. Die gewerbliche Spielvermittlung wird in § 14 Abs. 1 Lotteriestaatsvertrag gesetzlich definiert. § 14 Abs. 2 des Lotteriestaatsvertrages regelt die Anforderungen an die gewerbliche Spielvermittlung, die teilweise noch über die Vorgaben der §§ 1 und 4 Lotteriestaatsvertrag hinausgehen, insbesondere aber eine Offenlegung der gewerblichen Spielvermittlung vorsehen. Die Erfüllung der in § 14 Abs. 2 Lotteriestaatsvertrag statuierten Verpflichtungen wird gem. § 14 Abs. 3 Lotteriestaatsvertrag durch die Landesbehörden überwacht, die entsprechend den landesspezifischen ordnungsrechtlichen Regelungen gegen Verstöße vorgehen können. Die gewerbliche Spielvermittlung wird vom Lotteriestaatsvertrag daher als grundsätzlich rechtmäßig angesehen, der Spielvermittler unterliegt einer staatlichen ordnungsrechtlichen Kontrolle im Einzelfall.

255. Weder die Legaldefinition in § 14 Abs. 1 Lotteriestaatsvertrag noch die Regelung in § 14 Abs. 2 Lotteriestaatsvertrag bestimmen den Weg, auf dem ein gewerblicher Spielvermittler seine spielinteressierten Kunden für eine Vermittlung an eine Lotteriegesellschaft akquirieren darf. Insbesondere wird es den gewerblichen Spielvermittlern nicht untersagt, ihre Vermittlungstätigkeit durch einen Kontakt zu Spielinteressenten über stationäre Vermittlungsstellen zu erbringen. Dementsprechend hat der Bremer Senator für Inneres und Sport auf das von Lotto Bremen übermittelte Musterschreiben des Rechtsausschusses des DLTB der Lottogesellschaft mitgeteilt, es gebe keine öffentlich-rechtliche Grundlage, ein terrestrisches Vertriebsnetz der gewerblichen Spielvermittler zu unterbinden, es handele sich um ein Konkurrenzproblem zum Vertrieb der Lottogesellschaften, für dessen Abwehr das Ordnungsrecht nicht geeignet sei.²¹² Der auch mit dem Musterschreiben des DLTB-Rechtsausschusses angeschriebene Niedersächsische Minister für Inneres und Sport hat in seiner Antwort ebenfalls nicht die Rechtswidrigkeit der terrestrischen Spielvermittlung festgestellt und trotz der Anregung von Lotto Niedersachsen keine ordnungsrechtlichen Schritte angekündigt, sondern nur auf die Möglichkeit der Lottogesellschaft verwiesen, keine derartigen Spielverträge anzunehmen.²¹³ Selbst Lotto Bayern gelangte in der Vorlage für die Sitzung des DLTB-Rechtsausschusses am 24./25. Januar 2005 zum Ergebnis, dass der gewerbliche Spielvermittler als freier Unternehmer seinen Vertriebsweg selbst wählen kann, soweit er die ordnungsrechtlichen Beschränkungen im Lotteriestaatsvertrag beachtet.²¹⁴ Die gewerbliche Spielvermittlung

²¹² Schreiben des Bremer Senator für Inneres und Sport an Lotto Bremen vom 8.06.05, Bl. 699 f. d.A.

²¹³ Schreiben des Niedersächsischen Ministers für Inneres und Sport an Lotto Niedersachsen vom 15.06.05, Bl. 719 d.A.

²¹⁴ „Terrestrischer Vertrieb gewerblicher Spielvermittler“, Vorlage von Lotto Bayern vom 18.01.05, Bl. 512 d.A.

über stationäre Vermittlungsstellen steht daher im Einklang mit den Regelungen von § 14 Lotteriestaatsvertrag.

256. Soweit eine Mehrheit²¹⁵ der Lottogesellschaften meint, ein gewerblicher Spielvermittler dürfe generell keine Lotterievertragsangebote von Spielinteressenten über die Grenzen eines Bundeslandes hinweg an Lottogesellschaften anderer Bundesländer vermitteln, wenn er dabei auch im Interesse der Lottogesellschaft handle und gleichsam „im Lager der Veranstalter“ stehe²¹⁶, führt dies ebenfalls nicht dazu, dass die terrestrische gewerbliche Spielvermittlung gegen § 14 Lotteriestaatsvertrag verstößt und damit aus dem Schutzbereich des Art. 81 EG herausfällt.
257. Bereits wenn die Argumentation der Lottogesellschaften zutreffen sollte – quod non –, ginge die Aufforderung des Rechtsausschusses über das unerlässliche Maß hinaus, um unlauteren oder nicht leistungsgerechten Wettbewerb zu verhindern. Wie die Lottogesellschaften selbst in ihrem Schreiben vom 25.01.06 ausführen, sind die Vermittlungstätigkeiten eines gewerblichen Spielvermittlers, welche die Grenzen eines Bundeslandes überschreiten, jedenfalls dann rechtmäßig, wenn der Spielvermittler nicht auf der Grundlage einer Kooperation mit einer regional tätigen Lottogesellschaft tätig wird. Ferner betreffen die Ausführungen nicht die Tätigkeit gewerblicher Spielvermittler, die nicht bundeslandübergreifend tätig sind und Spielinteressenten nur in einem Bundesland terrestrisch akquirieren und diese Spielverträge an die Lottogesellschaft in dem entsprechenden Bundesland vermitteln. Diese Vermittlungstätigkeit ist ebenfalls bereits nach Ansicht der Lottogesellschaften rechtmäßig, wie die Ausführungen der Arbeitsgruppe Strategie und Planung des DLTB belegen.²¹⁷
258. Nach der Aufforderung des Rechtsausschusses sollen die Lottogesellschaften alle Spieleinnahmen aus der terrestrischen Vermittlung gewerblicher Spielvermittler ohne Ausnahme ablehnen. Dies betrifft auch die beiden von den Lottogesellschaften selbst als rechtmäßig anerkannten Vermittlungsaktivitäten, so dass die Aufforderung bereits nach dem eigenen Verständnis der Lottogesellschaften nicht ausschließlich dazu dient, unlauteres Verhalten zu verhindern.
259. Unabhängig davon ist aber auch die ein Bundesland übergreifende gewerbliche Vermittlung von Spielinteressenten an eine Lottogesellschaft rechtmäßig, wenn die Vermittlungstätigkeit auch im Interesse der Lottogesellschaft erfolgt.
260. § 14 Abs. 2 Lotteriestaatsvertrag verlangt für die Tätigkeit eines gewerblichen Spielvermittlers nur, dass er im Auftrag der Spielinteressenten Spielverträge an einen Veranstalter vermittelt. Damit setzt die Spielvermittlung allein einen Auftrag des Spielinteressenten für die Vermittlung an die Lottogesellschaft voraus. Ob der Spielvermittler darüber hinaus auch im Interesse des Spielveranstalters handelt, ist für die Qualifikation der Tätigkeit als Spielvermittlung nicht erheblich. Ferner sind in § 14 Abs. 2 Lotteriestaatsvertrag die Anforderungen an die gewerbliche Spielvermittlung geregelt. Hierin ist keine Bestimmung enthalten, welche dem gewerblichen Spielvermittler untersagen würden, auch die Interessen des Spielveranstalters zu fördern. Träfe die Ansicht der Lottogesellschaften

²¹⁵ Welche Lottogesellschaften zu dieser Mehrheit zählen, wurde von der Sozietät Haver & Mailänder im Schreiben vom 25.01.06 nicht dargelegt.

²¹⁶ Schreiben Sozietät Haver & Mailänder vom 25.01.06, Bl. 228 ff. d.A.

²¹⁷ Vorlage zur Sitzung des Rechtsausschusses am 25./26.04.2005 in Münster, Bl. 517 d.A.

zu, gäbe es keine nach § 14 Lotteriestaatsvertrag zulässige Spielvermittlung, weil jeder Spielvermittler „im Lager der Veranstalter“ tätig wird, und die Vorschrift wäre obsolet. Es liegt nämlich im wirtschaftlichen Interesse der Lottogesellschaften, möglichst viele Spielverträge von gewerblichen Spielvermittlern auf sich zu ziehen.²¹⁸ Soweit einzelne Lottogesellschaften deshalb bereit sind, diese Spielaufträge durch Vereinbarungen mit Spielvermittlern oder durch die Zahlung von Provisionen oder anderen Entgelten an den Spielvermittler, für sich zu sichern, ändert dies nichts an der nach § 14 Lotteriestaatsvertrag grundsätzlich zulässigen Tätigkeit der privaten Vermittlungsunternehmen als gewerblicher Spielvermittler.

261. Die Lottogesellschaften weisen in ihrer Stellungnahme vom 28.07.06 nochmals darauf hin, dass es ihnen ausdrücklich um die Ablehnung einer provisionsbewährten Zusammenarbeit der Lottogesellschaft mit gewerblichen Spielvermittlern gehe.²¹⁹ Abgesehen davon, dass eine solche Beschränkung im Beschluss vom 25./26. April 2005 gerade nicht enthalten war, belegt die Argumentation das rein fiskalische Interesse am Ausschluss der terrestrischen gewerblichen Spielvermittlung. Aus ordnungsrechtlicher Sicht kommt es zum Schutz der Spieler nicht darauf an, ob und von welcher Seite ein gewerblicher Spielvermittler eine Provision als Entgelt erhält. Es darf auch nicht darauf ankommen. Wie das Bundesverfassungsgericht entschieden hat, ist der Ausschluss privaten Gewinnstrebens selbst gewerblicher Spielveranstalter kein verfassungsrechtlich zulässiges Ziel²²⁰, dies gilt erst recht für die gewerblichen Spielvermittler, die das staatlich verantwortete Glücksspielangebot der Lottogesellschaften vermitteln. § 14 Abs. 1 Lotteriestaatsvertrag setzt dem gemäß bei den gewerblichen Spielvermittlern das private Gewinnstreben sogar voraus, denn nur derjenige betreibt gewerbliche Spielvermittlung, der die Absicht verfolgt, mit der Tätigkeit nachhaltig Gewinn zu erzielen.
262. Damit stellt der Umstand, dass gewerbliche Spielvermittler auf Umsatz- und Ertragsmaximierung ausgerichtet sind, gerade keine Rechtfertigung dar, um eine Zusammenarbeit mit gewerblichen Spielvermittlern im terrestrischen Bereich abzulehnen, wie die Lottogesellschaften fehlerhaft meinen.²²¹ Die Behauptung, die gewerblichen Spielvermittler wollten gezielt den Spieltrieb anheizen²²², ist nicht belegt. Ein solches Verhalten – sollte es dazu kommen – würde durch die zuständigen Aufsichtsbehörden beendet.
263. Die terrestrische Vermittlung durch gewerbliche Spielvermittler steht daher im Einklang mit § 14 Lotteriestaatsvertrag.

(b) Vereinbarkeit mit § 5 Abs. 3 Lotteriestaatsvertrag

264. Die auch im Interesse der Lottogesellschaft durchgeführte bundeslandübergreifende terrestrische gewerbliche Spielvermittlung verstößt ferner nicht gegen das Regionalitätsprinzip in § 5 Abs. 3 Lotteriestaatsvertrag, demzufolge die Lottogesellschaften Glücksspiele nur in dem für die jeweilige Lottogesellschaft zuständigen Bundesland und in anderen Bundesländern nur mit deren Zustimmung vertreiben dürfen. An dieser Stelle

²¹⁸ siehe oben Rz. 237 f.

²¹⁹ Haver & Mailänder, Schreiben vom 28.07.06, S. 135, Bl. 3563 d.A.

²²⁰ BVerfG, 1 BvR 1054/01, Beschluss vom 28.03.06, veröffentlicht im Internet unter: http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20060328_1bvr105401.html, Rn. 110

²²¹ Haver & Mailänder, Schreiben vom 28.07.06, S. 136, Bl. 3564 d.A.

²²² Haver & Mailänder, Schreiben vom 28.07.06, S. 137, Bl. 3565 d.A.

braucht nicht weiter auf die Vereinbarkeit von § 5 Abs. 3 Lotteriestaatsvertrag mit Art. 81 EG i.V.m. Art. 10 EG eingegangen zu werden²²³, weil eine Zustimmung für die bundeslandübergreifende gewerbliche Spielvermittlung für Lotterien existiert. Die Bundesländer sehen den Regionalisierungsstaatsvertrag als Einverständnis zum überregionalen Vertrieb i. S. d. § 5 Abs. 3 des Lotteriestaatsvertrages an²²⁴, wobei der Regionalisierungsstaatsvertrag ebenfalls keine Beschränkungen hinsichtlich der Art der Vermittlung oder der Interessenlage des Vermittlers enthält.

(c) Vereinbarkeit mit § 4 Lotteriestaatsvertrag

265. Ferner widerspricht die terrestrische Vermittlung durch gewerbliche Spielvermittler auch nicht der Regelung in § 4 Lotteriestaatsvertrag, nach der die Veranstaltung, Durchführung und gewerbliche Vermittlung von öffentlichen Glücksspielen mit den Zielen des § 1 im Einklang stehen muss und den Erfordernissen des Jugendschutzes nicht zuwiderlaufen darf. Art und Umfang von Werbemaßnahmen für Glücksspiele muss angemessen und nicht irreführend sein und darf ebenfalls nicht im Widerspruch zu den Zielen des § 1 Lotteriestaatsvertrag stehen. Veranstalter, Durchführer und gewerbliche Spielvermittler haben Informationen über Spielsucht bereit zu halten. In § 1 Lotteriestaatsvertrag werden die Ziele des Staatsvertrages bestimmt, zu denen die Lenkung des natürlichen Spieltriebs der Bevölkerung, die Verhinderung übermäßiger Spielanreize, der Ausschluss der Ausnutzung des Spieltriebs zu privaten oder gewerblichen Gewinnzwecken, die Sicherstellung der ordnungsgemäßen und nachvollziehbaren Durchführung von Glücksspielen sowie die Sicherstellung der Verwendung eines erheblichen Teils der Einnahmen aus Glücksspielen zur Förderung öffentlicher und steuerbegünstigter Zwecke im Sinne der Abgabenerordnung gehören.
266. Die Regelungen der §§ 1 und 4 des Lotteriestaatsvertrages stellen ordnungsrechtliche Grundprinzipien für die Veranstaltung, Durchführung und gewerbliche Vermittlung von öffentlichen Glücksspielen auf und schränken damit die wettbewerblichen Handlungsspielräume der Lottogesellschaften und der gewerblichen Spielvermittler ein.
267. Es ist jedoch nicht ersichtlich und auch nicht dargelegt, dass die terrestrische Vermittlung von Lotterien durch gewerbliche Spielvermittler diese Vorgaben generell verletzen würde. Insbesondere kann gegen die Vermittlung über stationäre Vermittlungsstellen nicht eingewandt werden, hierdurch werde das terrestrische Vertriebsnetz für Lotto unbegrenzt ausgedehnt, was die ordnungspolitisch gebotene Kanalisierung des Spieltriebes gefährde.²²⁵
268. § 14 des Lotteriestaatsvertrages verdeutlicht vielmehr, dass die gewerbliche Spielvermittlung unabhängig vom Vermittlungsweg grundsätzlich zulässig ist, was sich auch im Regionalisierungsstaatsvertrag niederschlägt. Ein Ausschluss der terrestrischen gewerblichen Spielvermittlung ist hier nicht vorgesehen. Ferner sehen die Anforderungen an die gewerbliche

²²³ hierzu siehe unten Rz. 583 ff.

²²⁴ Bremische Bürgerschaft, Landtag, Drucksache 16/238 vom 4.05.04, Anlage 4, Erläuterungen zum „Staatsvertrag zum Lotteriewesen in Deutschland“, S. 31, Punkt B. Zum Zweiten Abschnitt, Zu § 5, Bl. 1226 d.A.

²²⁵ so die Argumentation im Musterbrief des DLTB-Rechtsausschusses an die Innen- und Finanzminister der Bundesländer, Bl. 520 d.A. und die Ansicht des Bayerischen Staatsministers der Finanzen im Schreiben vom 8.05.06, Bl. 1397 d.A.

Spielvermittlung in § 14 Abs. 2 Lotteriestaatsvertrag keine Zulassungsgrenze für die Zahl der gewerblichen Spielvermittler oder – abgesehen von Bestimmungen zum Jugendschutz und zur Verhinderung übermäßiger Werbung – besondere Vorgaben zur Ausübung der Tätigkeit vor. § 14 Lotteriestaatsvertrag legt dabei die spezifischen glücksspielrechtlichen Anforderungen an die gewerbliche Spielvermittlung fest, die notwendig sind, um die in § 1 Lotteriestaatsvertrag festgelegten Ziele des Staatsvertrages erreichen zu können.²²⁶ Mit anderen Worten: Werden die Bestimmungen in § 14 Lotteriestaatsvertrag von einem gewerblichen Spielvermittler beachtet, liegt auch kein Verstoß gegen § 1 Lotteriestaatsvertrag vor.

269. Ferner kann bei der gewerblichen Spielvermittlung über den Postversand, über das Telefon, per SMS oder über das Internet in jedem Haushalt gespielt werden. Nach den Erhebungen des Statistischen Bundesamtes verfügten 98,7% der Haushalte Ende 2004 über ein Telefon. Es gab rund 89 Mio. Telefone, davon 45,7 Mio. stationäre Telefone und 43,3 Mio. Mobiltelefone²²⁷. Ferner besaßen 57,2% der Haushalte, dies entspricht rund 19 Mio. Haushalten, im Jahr 2005 einen Internet-Anschluss.²²⁸
270. Es ist nicht erkennbar, warum die Nutzung dieser omnipräsenten Kommunikationsmittel nach Ansicht der Lottogesellschaften im Hinblick auf die gebotene Kanalisierung des Spieltriebs zulässig sein soll, einzelne stationäre Vermittlungsstellen den Spieltrieb aber übermäßig anheizen sollen. Dies gilt insbesondere auch vor dem Hintergrund, dass die Lottogesellschaften selbst Spielportale im Internet unterhalten, die von jedem Haushalt in ihrem Bundesland zu Spielzwecken genutzt werden können, und Lotterien über SMS anbieten. Dementsprechend hat der Bremer Senator für Inneres und Sport Lotto Bremen mit Schreiben vom 8.06.05 mitgeteilt, den privaten Spielvermittlern könne nicht vorgeworfen werden, dass durch ihre terrestrische Tätigkeit der Spielanreiz unangemessen gefördert würde.²²⁹
271. Unzutreffend ist ferner die Ansicht der Lottogesellschaften, das Glücksspiel in Deutschland würde durch die terrestrische gewerbliche Spielvermittlung kräftig angeheizt, weil die Lotto-Terminals in Tankstellen und Supermärkten nicht kontrolliert werden könnten.²³⁰
272. Zunächst gibt es keine Anhaltspunkte dafür, dass die terrestrische gewerbliche Spielvermittlung den Spieltrieb fördern oder gar kräftig anheizen würde. Vielmehr garantiert bereits heute das flächendeckende Netz der Lottogesellschaften mit insgesamt rund 26.000 Lotto-Annahmestellen, dass die Lotterien der Lottogesellschaften von den Verbrauchern überall gespielt werden können. Verstärkt wird dies durch die Spielmöglichkeit

²²⁶ Bremische Bürgerschaft, Landtag, Drucksache 16/238 vom 4.05.04, Anlage 4, Erläuterungen zum „Staatsvertrag zum Lotteriewesen in Deutschland“, S. 35, B. Zum Vierten Abschnitt, Zu § 14, Bl. 1228 d.A.

²²⁷ Statistisches Bundesamt, Ausstattung privater Haushalte mit Informations- und Kommunikationstechnik, Ergebnis der Einkommens- und Verbrauchsstichprobe 1998 und 2003, Bl. 3886 d.A.

²²⁸ Statistisches Bundesamt, Ausstattung privater Haushalte mit Informations- und Kommunikationstechnik, Ergebnisse der laufenden Wirtschaftsrechnungen 2003-2005, Bl. 3883 d.A.

²²⁹ Schreiben des Bremer Senator für Inneres und Sport an Lotto Bremen vom 8.06.05, Bl. 699 d.A.

²³⁰ Haver & Mailänder, Schreiben vom 28.07.06, S. 140, Bl. 3568 d.A.

über das Internet und über SMS. Dementsprechend gehen die Lottogesellschaften nicht davon aus, dass neue Spieler von den gewerblichen Spielvermittlern akquiriert werden, sondern befürchten wie die Arbeitsgemeinschaft Wirtschaftlicher Mittelstand, dass mit der Einrichtung terrestrischer Vermittlungsstellen Spieler von den bisherigen Lotto-Annahmestellen zu den Vermittlungsstellen der gewerblichen Spielvermittler wechseln werden.

273. Die Lottogesellschaften gehen von einer so starken Wechselbereitschaft der Spieler zu gewerblichen Spielvermittlern aus, dass sie den Lebensnerv der Lottogesellschaften angreift.²³¹

„[...] Durch die Aktivitäten der fluxx.com AG wird ebenfalls wie seinerzeit durch die Firma Tipp24 AG unmittelbar der terrestrische Vertrieb der Lottounternehmen tangiert. Hier wird der Lebensnerv der staatlichen Lotterieu Unternehmen angegriffen. [...]“

274. Auch der Präsident der Aktionsgemeinschaft Wirtschaftlicher Mittelstand sieht eine starke Substitutionswirkung zu Lasten der bisherigen Lotto-Annahmestellen.²³²

„[...] ,Wenn sich die Pläne aus Schleswig-Holstein im Deutschen Lotto-Block durchsetzen, gehört die Annahmestelle um die Ecke bald der Vergangenheit an', befürchtet AWM-Präsident Ludger Theilmeier. Die geplante Ausweitung des terrestrischen Vertriebs mit Hilfe gewerblicher Spielevermittler gefährde den seit Jahrzehnten bewährten Lottovertrieb in seiner Existenz. Theilmeier: ,Vor allem in Innenstadtlagen werden die Lottoläden die Konkurrenz von unkontrolliertem Lotto an Supermarktkassen wirtschaftlich nicht überleben. Dafür ist bereits heute die Gewinnspanne angesichts exorbitanter Mietpreise zu gering!'[...] In Briefen an die für das Lotteriewesen zuständigen Innen- und Finanzminister der Bundesländer prognostiziert der AWM-Präsident dramatische Umsatzrückgänge für die rund 25.000 mittelständischen bundesdeutschen Lottoverkaufsstellen. ,Fachleute gehen von mindestens 50% aus. Enem Großteil wird dann der wirtschaftliche Boden entzogen. [...]“

275. Diese Ansicht wird ebenfalls geteilt von der Lotto-Toto Vertriebsgemeinschaft der bayerischen Annahmestellen und Bezirksstellen.²³³

„[...] Seit Frühjahr diesen Jahres beschäftigt uns das Problem Lotto im Supermarkt wie kein anderes. Es besteht bundesweit Einigkeit, dass diese Entwicklung die Existenz vieler kleiner mittelständischer Lotto-Annahmestellen ernsthaft bedrohen würde. [...]“

276. Außerdem trifft es nicht zu, dass die Lotto-Terminals gewerblicher Spielvermittler in Ladenlokalen wie Tankstellen oder Supermärkten nicht kontrolliert werden könnten. Falsch ist insbesondere auch die Behauptung, gewerbliche Spielvermittler wollten Spielaufträge elektronisch direkt in das System der Lottogesellschaften einspeisen, ohne dass eine Aufsicht über

²³¹ Schreiben von Herrn M. vom 20.04.05, Bl. 517 f.

²³² Die Tabak Zeitung vom 22.07.05 „Fluxx bootet mittelständischen Vertrieb aus!“, S. 4 f., Bl. 54 f. d.A.

²³³ Information Nr. 123, Dezember 2005, Bl. 150 d.A.

das Spielverhalten des Spielers, das Alter oder eine eventuelle Sucht stattfindet.²³⁴

277. Das von Jaxx geplante Verfahren sieht nicht vor, dass die spielinteressierten Verbraucher ihren Spieltipp unmittelbar am Lotto-Terminal abgeben. Vielmehr ist geplant, dass der Verbraucher entweder selbst einen Scheckschein ausfüllt oder am Terminal einen vorausgefüllten Scheckschein wählt. Dieser Scheckschein wird dann an der Supermarktkasse vorgelegt und von der Kassiererin in ein spezielles Terminal eingeführt, das die Scheckscheininformationen einliest und über Internet an Fluxx übermittelt. Nach der Übermittlung des Tipps an eine der Lottogesellschaften druckt der Scanner eine Spielquittung aus, welche die Kassiererin über den Kassenscanner zieht. Auf dem Einkaufsbon erscheint dann neben den Preisen etwaiger anderer Artikel der Preis für die Lotterieteilnahme. Als Beleg erhält der Kunde die Spielquittung mit den gespielten Tippreihen, dem Teilnahmedatum und dem ausgewiesenen Spieleinsatz.²³⁵ Dieses Verfahren stellt sicher, dass die Spielteilnahme von der an der Kasse tätigen Person persönlich überwacht wird. Hierdurch wird gewährleistet, dass Minderjährige am Spiel gehindert werden und Suchtvorfälle festgestellt werden können.
278. Es ist kein Grund ersichtlich, warum diese Kontrolle nur durch den Betreiber einer Lotto-Annahmestelle ausgeführt werden können sollte. Vielmehr geht der Gesetzgeber selbst davon aus, dass das Verkaufsstellenpersonal geeignet ist, sogar Produkte mit ernsthaftem Gefährdungspotenzial verantwortungsvoll abzugeben, denn nach § 9 Jugendschutzgesetz dürfen in Verkaufsstellen keine branntweinhaltigen Getränke oder Lebensmittel an Kinder und Jugendliche und keine anderen alkoholischen Getränke an Kinder und Jugendliche unter 16 Jahren abgegeben werden. Ferner dürfen dort nach § 10 Jugendschutzgesetz Tabakwaren nicht an Kinder und Jugendliche unter 16 Jahren abgegeben werden. Die Beachtung dieser Vorschriften wird zuerst vom Verkaufsstellenpersonal sichergestellt und die Einhaltung von den zuständigen Überwachungsbehörden überwacht.
279. Aber selbst wenn die Spielaufträge direkt über terrestrische Automaten an die Schnittstellen der Lottogesellschaften weitergeleitet würden, wäre die nach dem Lotteriestaatsvertrag den gewerblichen Spielvermittlern auferlegte Kontrolle möglich. Die terrestrische Spielteilnahme gliche dann dem Spiel über das Internet, mit dem einzigen Unterschied, dass der Bildschirm in einem Geschäftslokal und nicht beim Spieler zu Hause steht. Wie im Internet auch, ist über elektronische Sicherungsmaßnahmen wie beispielsweise über Kundenkarten eine automatische Identifizierung der Spielteilnehmer möglich, so dass Minderjährige und Suchtgefährdete von der Spielteilnahme ausgeschlossen werden können.
280. Soweit in einzelnen Bundesländern die Staatsverträge ergänzende Regelungen im Hinblick auf die gewerbliche Spielvermittlung bestehen – etwa ein Erlaubnisvorbehalt wie in Sachsen-Anhalt²³⁶, sehen diese kein generelles Verbot der gewerblichen Spielvermittlung auf terrestrischem Weg vor.

²³⁴ Haver & Mailänder, Schreiben vom 28.07.06, S. 143, Bl. 3571

²³⁵ Pressemitteilung der Fluxx-AG, Bl. 256 d.A.

²³⁶ § 13 GlüG LSA

281. Die Lottogesellschaften halten dem Protokoll der Rechtsausschuss-Sitzung vom 25./26.04.2006 zufolge die terrestrische Vermittlung durch gewerbliche Spielvermittler zudem aus verschiedenen weiteren Erwägungen für rechtswidrig²³⁷. Diese Argumente können die Rechtswidrigkeit und damit die Unlauterkeit der terrestrischen Vermittlung gewerblicher Spielvermittler ebenfalls nicht begründen.
282. Das Argument, die gewerbliche Spielvermittlung über stationäre Vermittlungsstellen verfälsche die Glücksspiele der Lottogesellschaften hinsichtlich Marke, Sicherheit und Preis, greift nicht. Die gewerblichen Spielvermittler sind nach § 14 Abs. 2 Nr. 1 Lotteriestaatsvertrag verpflichtet, keine unangemessenen und irreführenden Werbemaßnahmen durchzuführen. Dies wird nach § 14 Abs. 3 Lotteriestaatsvertrag von den zuständigen Behörden überwacht. Es ist nicht ersichtlich, warum die gewerbliche Vermittlung von Glücksspielen über das Internet, das Telefon oder den Postversand der Glücksspiele nach Ansicht der Lottogesellschaften unbedenklich ist, die Vermittlung über stationäre Vermittlungsstellen aber von vornherein die Glücksspiele der Lottogesellschaften verfälschen sollte.
283. Auch der Einwand, dass die ordnungsrechtliche Kontrolle bei den Lottogesellschaften ende und sich nicht auf den Vertriebsweg der gewerblichen Spielvermittler erstreckt, die im terrestrischen Vertrieb alle Tätigkeiten und Aufgaben übernehmen, die bisher im Verantwortungsbereich der konzessionierten Veranstalter lagen, greift nicht durch.
284. Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass diese Argumentation ebenfalls nicht nur auf die terrestrische Vermittlung beschränkt ist, sondern für die gesamte Tätigkeit von gewerblichen Spielvermittlern gilt, also auch für die herkömmliche Vermittlung über den Postversand oder über das Internet. Da aber die gewerbliche Spielvermittlung nach § 14 Lotteriestaatsvertrag grundsätzlich rechtmäßig ist, können die von den Lottogesellschaften in der Niederschrift festgehaltenen generellen Erwägung nicht zutreffen und damit auch nicht die Rechtswidrigkeit der terrestrischen Vermittlung begründen. Dies zeigt sich auch daran, dass die Bundesländer genau die von den Lottogesellschaften herangezogenen Umstände bei der Regelung der gewerblichen Spielvermittlung durch § 14 Lotteriestaatsvertrag gesehen haben. In der Begründung zum Lotteriestaatsvertrag wird ausgeführt:²³⁸

„[...] Die Tätigkeit der gewerblichen Spielvermittler ist mit Blick auf die Ziele dieses Staatsvertrages von ordnungsrechtlicher Bedeutung, weil sie häufig in gleicher Weise wie Lotterieveranstalter handeln. Da der Veranstalter der Lotterie keine Gewähr dafür bieten kann, dass die vom gewerblichen Spielvermittler vermittelten Spielverträge entsprechend den Vorgaben dieses Staatsvertrages abgewickelt werden, bedarf es einer ordnungsrechtlichen Grundlage, um beim Spielvermittler die nötige Transparenz herzustellen. [...]“

285. Die Bundesländer haben daher in Kenntnis der von den Lottogesellschaften in ihrer Niederschrift aufgeführten Gründe die gewerbliche Spielver-

²³⁷ Niederschrift über die Sitzung des Rechtsausschusses vom 25./26.04.2006, Bl. 553 d.A.

²³⁸ Bremische Bürgerschaft, Landtag, Drucksache 16/238 vom 4.05.04, Anlage 4, Erläuterungen zum „Staatsvertrag zum Lotteriewesen in Deutschland“, S. 35, Punkt B. Zum Vierten Abschnitt, Zu § 14, Bl. 1228 d.A.

mittlung gerade nicht als rechtswidrig angesehen und untersagt, sondern eine ordnungsrechtliche Grundlage geschaffen, um die notwendige Transparenz beim Spielvermittler zu schaffen. Die Aufsicht darüber, dass die gewerblichen Spielvermittler ihre Verpflichtungen aus dem Lotteriestaatsvertrag einhalten, steht nach § 14 Abs. 3 Lotteriestaatsvertrag den hierfür zuständigen Behörden, nicht aber den Lottogesellschaften, zu. Hieraus ergibt sich, dass die ordnungsrechtliche Kontrolle über die gewerbliche Spielvermittlung nicht bei den Lottogesellschaften endet und auch deshalb die Rechtswidrigkeit der terrestrischen Vermittlung von den Lottogesellschaften nicht mit einer fehlenden Kontrollmöglichkeit begründet werden kann.

286. Der terrestrische Vertrieb gewerbliche Spielvermittler steht daher grundsätzlich auch im Einklang mit § 4 Lotteriestaatsvertrag. Die Beachtung dieser Regelungen wird durch die zuständigen Ordnungsbehörden nach § 14 Abs. 3 Lotteriestaatsvertrag sicher gestellt.

(d) Die Verfassungswidrigkeit des Sportwettenmonopols rechtfertigt keine Boykottvereinbarungen zu Lasten gewerblicher Spielvermittler

287. Die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 28.03.06 führt nicht zur Rechtswidrigkeit der terrestrischen gewerblichen Spielvermittlung für Lotterien.

288. Das Urteil des Bundesverfassungsgerichts sagt nichts zu Lotterien

289. Das Bundesverfassungsgericht hat in seiner Entscheidung ausschließlich das Sportwettenmonopol in Bayern untersucht und für verfassungswidrig erklärt (Hervorhebung d. Verf.).²³⁹

„[...] Es ist nach Maßgabe der Gründe mit Artikel 12 Absatz 1 des Grundgesetzes unvereinbar, dass nach dem Gesetz über die vom Freistaat Bayern veranstalteten Lotterien und Wetten (Staatslotteriegesetz) vom 29. April 1999 (Bayerisches Gesetz- und Verordnungsblatt Seite 226) in Bayern **Sportwetten** nur vom Freistaat Bayern veranstaltet und nur derartige Wetten gewerblichen vermittelt werden dürfen, ohne das Monopol konsequent am Ziel der Bekämpfung der Suchtgefahr auszurichten. [...]“

290. Dabei stellte das Bundesverfassungsgericht die Sportwette mit festen Gewinnquoten ODDSET der Gesellschaften des DLTB in den Mittelpunkt der Prüfung:²⁴⁰

„[...] Das im Rahmen des Wettmonopols eröffnete Sportwettenangebot ODDSET ist jedoch nicht konsequent am Ziel der Begrenzung der Wettleidenschaft und Bekämpfung der Wettsucht ausgerichtet. Das Staatslotteriegesetz enthält keine entsprechenden materiellrechtlichen Regelungen und strukturellen Sicherungen, die dies hinreichend gewährleisten. Die Mängel in der konkreten Ausgestaltung von ODDSET stellen nicht nur ein Defizit im Vollzug des einfachen Rechts dar. Vielmehr drückt sich darin ein entsprechendes Regelungsdefizit aus. [...]“

²³⁹ BVerfG, 1 BvR 1054/01, Beschluss vom 28.03.06, Leitsatz 1, veröffentlicht im Internet unter: http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20060328_1bvr105401.html, Bl. 940 d.A.

²⁴⁰ BVerfG, aaO, Rn. 120

291. Das Bundesverfassungsgericht hat in der Entscheidung festgestellt, dass unter engen verfassungsrechtlichen Grenzen privaten gewerblichen Veranstaltern von Sportwetten durch eine gesetzliche Regelung der Marktzugang verwehrt werden und damit der Wettbewerb zwischen staatlichen und privaten Anbietern durch ein staatliches Monopol ausgeschlossen werden kann. Im vorliegenden Fall geht es hingegen nicht um den Ausschluss privater Sportwettenveranstalter vom Markt, sondern erstens um das Lotterieangebot der Lottogesellschaften und deren Vermittlung und zweitens um eine Vereinbarung der maßgeblich staatlich beeinflussten Lottogesellschaften, die ihren Nachfragewettbewerb nach den Leistungen gewerblicher Spielvermittler und mittelbar ihren Angebotswettbewerb um die Spieler beschränken. Mit dieser Einschränkung des Wettbewerbs zwischen den Lottogesellschaften hat sich das Bundesverfassungsgericht nicht befasst.
292. **Das Urteil des Bundesverfassungsgerichts kann nicht auf Lotterien übertragen werden.**
293. Selbst wenn die engen Kriterien des Bundesverfassungsgerichts für einen Ausschluss des Wettbewerbs auf den vorliegenden Fall angewendet werden, führt dies nicht zu einer Rechtfertigung der Aufforderung des DLTB-Rechtsausschusses.
294. Das Bundesverfassungsgericht hat betont, dass ein Wettbewerbsausschluss nur aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses zulässig ist, soweit er verhältnismäßig ist.²⁴¹ Hierzu zählen insbesondere die im Lotteriestaatsvertrag aufgeführten und von den Bundesländern verfolgten Ziele der Bekämpfung der Spielsucht und des Schutzes der Spieler, insbesondere des Schutzes der Minderjährigen.²⁴² Diese Ziele rechtfertigen nach den derzeitigen wissenschaftlichen Erkenntnissen in Deutschland keinen Ausschluss des Wettbewerbs zwischen den staatlich beeinflussten Lottogesellschaften beim Angebot von Lotterien sowie bei der Nachfrage nach den Leistungen der bundesweiten gewerblichen Spielvermittlung.
295. **Lotterien haben im Vergleich zu Sportwetten ein sehr geringes Suchtgefährdungspotenzial**
296. Die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zu den Sportwetten stellt maßgeblich auf das besondere Suchtgefährdungspotenzial der Sportwetten zu festen Quoten ab²⁴³ und rechtfertigt bereits deshalb keinen Ausschluss des Wettbewerbs beim Angebot von Lotterien und bei der Nachfrage nach der bundesweiten Vermittlung von Lotterien mit ihrem nur geringen Gefährdungspotenzial.
297. Wie sich aus der von den Lottogesellschaften übermittelten Untersuchung von Spielern aus Versorgungseinrichtungen im Land Nordrhein-Westfalen ergibt²⁴⁴, ist die Teilnahme am Zahlenlotto in der aktuellen Vertriebsform

²⁴¹ BVerfG, aaO, Rn. 94

²⁴² BVerfG, aaO, Rn. 98 ff.

²⁴³ BVerfG, aaO, Rn. 120

²⁴⁴ „Das Gefährdungspotenzial von Lotterien und Sportwetten“, Abschlussbericht der Universität Bremen, Institut für Psychologie und Kognitionsforschung, Mai 2005, Bl. 2609 ff. d.A.

nur mit einem geringen Gefährdungspotenzial im Hinblick auf Glücksspielsucht verbunden.²⁴⁵

„[...] Entsprechend dieser Strukturmerkmale entwickeln nur wenige Spielteilnehmer glücksspielbezogene Probleme im Zusammenhang mit dem Lottospiel, obwohl dieses Produkt des Deutschen Lotto- und Totoblocks von allen verfügbaren Glücksspielformen die größte Spielerreichweite aufweist [...]. Vor diesem Hintergrund ist das Gefährdungspotenzial des Lottospiels „6aus49“ in der aktuellen Vertriebsform als gering einzustufen.[...]“

298. Demgegenüber wird das Risiko bei den Sportwetten höher als beim Zahlenlotto eingeschätzt.²⁴⁶

„[...] Bilanzierend ist festzuhalten, dass die mit „ODDSET“ verbundenen Gefahren in Relation zum Lottospiel als weitaus größer einzuschätzen sind, ohne jedoch an das suchtfördernde Potenzial heranzureichen, das von Geldspielautomaten ausgeht. [...]“

299. Das Bundesverfassungsgericht hat ebenfalls betont, dass unterschiedliche Glücksspielformen ein unterschiedliches Suchtpotenzial aufweisen. Nach derzeitigem Kenntnisstand spielen die meisten Spieler mit problematischem oder pathologischem Spielverhalten an Automaten. An zweiter Stelle stehen die Casino-Spiele. Alle anderen Glücksspielformen tragen gegenwärtig deutlich weniger zu problematischem und pathologischem Spielverhalten bei.²⁴⁷ Daher ist die Behauptung der Lottogesellschaften, das Gefährdungspotenzial von Sportwetten bestehe bei allen Glücksspielen in gleichem Maße²⁴⁸, falsch und irreführend. Lotterien sind nämlich weit weniger problematisch als Sportwetten. Dies ergibt sich bereits aus dem von den Lottogesellschaften vorgelegten Gutachten, in dem ausgeführt wird:²⁴⁹

„[...] Entsprechend dieser Strukturmerkmale entwickeln nur wenige Spielteilnehmer glücksspielbezogene Probleme im Zusammenhang mit dem Lottospiel, obwohl dieses Produkt des Deutschen Lotto- und Totoblocks von allen verfügbaren Glücksspielformen die größte Spielerreichweite aufweist [...]. Vor diesem Hintergrund ist das Gefährdungspotenzial des Lottospiels „6aus49“ in der aktuellen Vertriebsform als gering einzustufen [...]“

300. Zusätzlich ist zu berücksichtigen, dass der Untersuchung zufolge bei der Mehrheit aller Personen mit lottospielbezogenen Problemen nicht das Lottospiel sondern das Spiel am Geldautomaten zu Abhängigkeitsproblemen geführt hat. Diese Personen hatten zuerst Suchtprobleme mit Geldspielautomaten, die zu erheblichen finanziellen Engpässen oder Verschuldungen geführt hatten. Das Lottospiel wurde erst in der Folgezeit begonnen,

²⁴⁵ „Das Gefährdungspotenzial von Lotterien und Sportwetten“, aaO, S. 151, Bl. 2760 d.A.

²⁴⁶ „Das Gefährdungspotenzial von Lotterien und Sportwetten“, aaO, S. 158, Bl. 2767 d.A.

²⁴⁷ BVerfG, aaO, Rn. 100

²⁴⁸ Haver & Mailänder, Schreiben vom 28.07.06, S. 45, Bl. 3473

²⁴⁹ „Das Gefährdungspotenzial von Lotterien und Sportwetten“, Abschlussbericht der Universität Bremen, Institut für Psychologie und Kognitionsforschung, Mai 2005, S. 151, Bl. 2760 d.A.

um eine weitere potenzielle Geldquelle zu erschließen, die Schulden zu tilgen und das Weiterspielen am Geldspielautomaten zu ermöglichen. Ferner entstanden Probleme mit dem Lottospiel bei denjenigen, die versuchten, das Lottospiel als Substitution für das Automatenpiel zu nutzen, um ihre automatenpielbedingten Probleme in den Griff zu bekommen. Die Studie gelangt zu dem Ergebnis (Hervorhebung d. Verf.).²⁵⁰

„[...] Funktional stand bei dieser Spielergruppe keineswegs die psychotrope Wirkung des Lottospiels im Vordergrund der Entscheidung für die Lottospielteilnahme, sondern eher die – aus der der Perspektive des Spielers – zweckrationale Aussicht auf den schnellen und einfachen Gewinn hoher Geldsummen zur Finanzierung des exzessiven Spielbedürfnisses im Hinblick auf das Automatenpiel. Retrospektiv wirkt es so, dass das Lottospielverhalten für die meisten Betroffenen eine Art fehlangepasste Bewältigungsstrategie oder einen Akt der Verzweiflung in Zuge sich zunehmend einschränkender Handlungsalternativen darstellt. [...] Einzelne Interviewpartner berichteten darüber hinaus von Versuchen, das Lottospiel als Ersatzbefriedigung bzw. als Substitutionsmittel zu benutzen und ehemalige bzw. aktuelle automatenpielbezogene Probleme in den Griff zu bekommen. Auch in diesen Fällen manifestiert sich das Erscheinungsbild einer behandlungsbedürftigen Glücksspielsucht originär im Zusammenhang mit dem Bespielen von Automaten und **nicht mit dem Lottospiel**[...]“

301. Das Lottospiel wird daher von denjenigen, die ein problematisches Spielverhalten aufwiesen, auch als eine Art Ausstiegsdroge verwendet, um von den harten Glücksspielen, wie dem Automatenpiel, loszukommen. Für die überwiegende Mehrheit der Spieler, die Hilfseinrichtungen aufsuchten, hat dieses Aufsuchen trotz einer (regelmäßigen) Teilnahme am Lottospiel andere Gründe.²⁵¹ Ferner hat die Untersuchung ergeben, dass ein wesentlicher Bedingungsfaktor für problematisches Lottospielverhalten kognitive Verzerrungen beim Spieler sind.²⁵²
302. Auch in der Literatur werden Lotterien zu den „weichen“ Glücksspielangeboten gezählt.²⁵³ Hayer/Mayer, auf deren Erkenntnisse das Bundesverfassungsgericht in seiner Entscheidung vom 28.03.06 maßgeblich zurückgreift²⁵⁴, stellen fest:²⁵⁵

„[...] Im Gegensatz dazu bringen die so genannten „weichen“ Glücksspielformen wie Lotterien und Fußballtoto nur ein geringes Gefährdungspotenzial mit sich. Befragungen von Spielern, die ambulante oder stationäre Versorgungseinrichtungen aufgesucht haben, bestätigen diese Einschätzung im Wesentlichen: So befinden sich in Deutschland unter den Zockern in Beratung/Behandlung überwiegend Automaten- und Roulettespieler,

²⁵⁰ „Das Gefährdungspotenzial von Lotterien und Sportwetten“, aaO, S. 152, Bl. 2761 d.A.

²⁵¹ „Das Gefährdungspotenzial von Lotterien und Sportwetten“, aaO, S. 152, Bl. 2761 d.A.

²⁵² „Das Gefährdungspotenzial von Lotterien und Sportwetten“, aaO, S. 155, Bl. 2764 d.A.

²⁵³ Reeckmann, Die Bedeutung der Spielsucht im Glücksspielrecht, 2005, S. 19; http://www.reeckmann.de/pdf/Reeckmann_Bedeutung_der_Spielsucht.pdf

²⁵⁴ BVerfG, aaO, Rn. 100 ff.

²⁵⁵ Hayer/Meyer, Die Prävention problematischen Spielverhaltens, J Public Health 2004, S. 293/296; Bl. 3969 ff. d.A.

jedoch nur selten Lottospieler, die entsprechende Glücksspielformen als psychosozial belastend empfinden [...]“

303. Ferner existieren nach Angaben des Leiters der Forschungsstelle Glücksspiel der Universität Hohenheim, die mit Lotto Baden-Württemberg eng zusammen arbeitet, keine bundesweiten Studien zur Suchtgefahr von Lotterien in Deutschland. Dementsprechend konnte er auch keine Angaben zu den von Lotterien abhängigen Personen machen.²⁵⁶ Auch die von den Lottogesellschaften vorgelegte Studie beschränkt sich auf Erhebungen allein in Nordrhein-Westfalen. Zur Repräsentativität der Stichprobe und der empirischen Befunde wird ausgeführt²⁵⁷:

„[...] Folglich sind alle Befunde vor dem Hintergrund der Spezifität der Stichprobe zu interpretieren. Generalisierungen der gewonnenen Erkenntnisse auf die Population aller Personen mit problematischem Glücksspielverhalten sind genauso wenig angemessen wie weiterführende Verallgemeinerungen auf die Gesamtheit aller erwachsenen Bundesbürger mit (regelmäßiger) Glücksspielerfahrung. Vielmehr lassen sich ausschließlich Aussagen über den untersuchten Personenkreis ableiten, der aufgrund von glücksspielbezogenen Problemen Versorgungsangebote in Anspruch nahm und zudem bereitwillig die standardisierten Erhebungsinstrumente ausfüllte bzw. für Interviews zur Verfügung stand und somit einen vergleichsweise hohen Motivierungsgrad aufweist. [...]“

304. Eine wissenschaftliche Untermauerung der für die Einführung eines staatlichen Monopols notwendigen These, Lotterien seien derart spielsuchtgefährdend, dass private Anbieter von vornherein vom Angebot vollständig ausgeschlossen werden müssten, existiert nicht.
305. Lotterien mit der in Deutschland hauptsächlich gespielten Lotterie „6 aus 49“ haben die Stellung einer sozial-adäquate Freizeit- und Unterhaltungstätigkeit. Die Lotterie wird jede Woche von rund 17 Mio. Verbrauchern gespielt²⁵⁸ und seit fast 50 Jahren in Deutschland angeboten. Das Spiel ist quasi in den Familienalltag integriert. Darüber hinaus erfreut sich das Zahlenlotto permanenter Präsenz und lebhafter Resonanz in den Medien. Die Ziehung der Glückszahlen wird zu besten Einschaltzeiten im Fernsehen direkt übertragen. Die erste Fernsehziehung in aller Öffentlichkeit kam bereits am 4.9.1965 live aus der Zentrale des Hessischen Rundfunks in Frankfurt. Die Ergebnisse werden darüber hinaus von Rundfunk, Fernsehen und Presse publiziert.
306. Das Suchtgefährdungspotenzial von Lotterien ist daher - anders als das von Sportwetten zu festen Quoten, über die das Bundesverfassungsgericht im Urteil vom 28.03.06 entschieden hat – wesentlich geringer. Eine Rechtfertigung des Wettbewerbsausschlusses beim Angebot von Lotterien und bei der Nachfrage nach Vermittlungsleistungen im Hinblick auf

²⁵⁶ Bl. 2084 d.A.

²⁵⁷ „Das Gefährdungspotenzial von Lotterien und Sportwetten“, Abschlussbericht der Universität Bremen, Institut für Psychologie und Kognitionsforschung, Mai 2005, S. 147 f., Bl. 2756 f. d.A.

²⁵⁸ GfK Panel Services Consumer Research GmbH, Gewinnspiele Mai bis August 2004, 4. Lotto-Gesamt, Tabelle 4.13 – Teilnehmer/Teilnahmen am Lotto-Gesamt nach Wochen 2. Terial 2004, Bl. 3956 d.A.

Lotterien scheidet nach den Erwägungen des Bundesverfassungsgerichts zu den Sportwetten zu festen Quoten daher aus.

307. **Keine Förderung der Spielsucht durch das Angebot staatlich verantworteter Glücksspiele**
308. Selbst wenn man das suchtfährdende Potenzial von Lotterien unzutreffender Weise dem der Sportwetten gleichsetzen wollte, könnte die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 28.03.06 zu den Sportwetten nicht zu einer Rechtfertigung der Aufforderung des Rechtsausschusses herangezogen werden.
309. Im vom Bundesverfassungsgericht zu entscheidenden Fall ging es darum, ob neben den Lottogesellschaften mit ihrem staatlich verantworteten Sportwettenangebot private gewerbliche Sportwettenanbieter treten dürfen. Hierzu urteilte das Bundesverfassungsgericht:²⁵⁹
- „ [...] Nach diesem Maßstab lässt sich die Annahme des Gesetzgebers, dass die Errichtung eines staatlichen Wettmonopols ein geeignetes Mittel ist, die mit dem Wetten verbundenen Gefahren zu bekämpfen, im Grundsatz nicht beanstanden. Dies gilt auch für die Annahme, dass eine Marktöffnung aufgrund des dann entstehenden Wettbewerbs zu einer erheblichen Ausweitung von Wettangeboten und diese Ausweitung auch zu einer Zunahme von problematischem und suchtbeflussendem Verhalten führen würde. [...]“
310. Im vorliegenden Fall geht es jedoch nicht darum, dass gewerbliche Anbieter neben die Lottogesellschaften treten, sondern dass die Lottogesellschaften eines Bundeslandes mit ihrem staatlich verantworteten Glücksspielangebot mit den anderen ebenfalls maßgeblich staatlich beeinflussten Lottogesellschaften in Wettbewerb treten. Anders als bei gewerblichen Anbietern kann hier keine dahingehende Prognose gestellt werden, dass dies zu einer Zunahme von problematischem und suchtbeflussendem Verhalten führen würde.
311. Es gibt keinen Beleg dafür, dass der Wettbewerb zwischen den Lottogesellschaften mit ihrem staatlich verantworteten Glücksspielangebot die Spielsucht der spielinteressierten Verbraucher verstärken würde. Im Gegenteil:
312. Die ordnungsrechtlichen Ziele des Staatsvertrages machen es regelmäßig nicht als mildestes Mittel erforderlich, den Vertrieb von Lotterien durch eine Lottogesellschaft aus einem anderen Bundesland ganz auszuschließen, insbesondere wenn die vertriebenen Lotterien wie das Zahlenlotto oder die Glücksspirale in mehreren Bundesländern ordnungsrechtlich zugelassen sind und im Rahmen des DLTB einheitlich ausgespielt werden.
313. Die Lottogesellschaften verfügen über eine Genehmigung des Bundeslandes, in dem sie ihren Sitz haben, dort Lotterien zu vertreiben. Durch die Genehmigung ihres Sitzbundeslandes ist festgestellt, dass die Tätigkeit der Lottogesellschaften den Anforderungen und den ordnungsrechtlichen Zielen des Staatsvertrages entsprechen. Zudem sind die Bundesländer nach § 5 Abs. 2 Lotteriestaatsvertrag an den Lottogesellschaften

²⁵⁹ BVerfG, aaO, Rn. 112

ihres Bundeslandes jeweils unmittelbar oder mittelbar maßgeblich beteiligt. Die Bundesländer verfügen dadurch über weitgehende, zum Beispiel gesellschaftsrechtliche Kontroll- und Einwirkungsmöglichkeiten. Außerdem unterliegen die Lottogesellschaften der ordnungsrechtlichen Lottereaufsicht der Bundesländer, in denen sie tätig sind. Dies wird als ein hoher Sicherheitsstandard angesehen, so dass den Erläuterungen zu § 5 des Lotteriestaatsvertrags zufolge den Landeslottogesellschaften die Glücksspiele mit besonderem Gefährdungspotenzial, wie z.B. Jackpotlotterien, vorbehalten wurden. Dementsprechend führt Lotto Niedersachsen im Geschäftsbericht 2005 aus:²⁶⁰

„[...] Die im Deutschen Lotto- und Totoblock (DLTB) zusammengeschlossenen 16 Lotteriegesellschaften verstehen sich als verlässliche, verantwortungsvolle Anbieter von staatlich genehmigten Lotterien und Wetten, mit denen die Spielwünsche in der Bevölkerung erfüllt werden, damit die tatsächlichen und potentiellen Spielteilnehmer nicht auf ungenehmigte Glücksspiele ausweichen müssen. Kernkompetenzen von LOTTO Niedersachsen sind Transparenz, Zuverlässigkeit und Sicherheit des Spielgeschäfts. Die Attraktivität des verantwortungsvollen Spielangebots und angemessene Werbemaßnahmen zielen darauf ab, das Vertrauensverhältnis zur Bevölkerung zu stärken und unzutreffende Vorstellungen über Gewinnchancen zu vermeiden. Die Erfordernisse des Jugendschutzes werden aktiv eingehalten. Informationen über Spielsucht, Prävention und Behandlungsmöglichkeiten werden für Betroffene bereitgehalten. [...]“

314. Die in einem Bundesland zugelassene Lottogesellschaft gewährleistet daher nach den Regelungen des Lotteriestaatsvertrages selbst einen hohen Schutz der Ziele des Staatsvertrages und wird nicht allein deshalb, weil sie in einem anderen Bundesland veranstaltet und dort zum Vertrieb zugelassenen Lotterien und Sportwetten vertreibt, die Ziele des Lotteriestaatsvertrages und die ordnungsrechtlichen Regelungen der anderen Bundesländer nicht mehr hinreichend beachten. Vielmehr gewährleistet die ordnungsrechtliche Aufsicht der Bundesländer, dass auch in dem anderen Bundesland die ordnungsrechtlichen Vorschriften eingehalten werden. Insoweit reicht das ordnungsrechtliche Instrumentarium der Aufsichtsbehörden aus, unerwünschte, mit den ordnungsrechtlichen Zielen des Lotteriestaatsvertrages und der jeweiligen Bundesländer unvereinbare Auswirkungen der Tätigkeit zu verhindern.
315. Zutreffend ist die Ausführung der Lottogesellschaften, die Bundesländer könnten nur innerhalb des eigenen Bundeslandes die Einhaltung des Ordnungsrechts sicherstellen.²⁶¹ Nicht richtig ist dagegen ihre Schlussfolgerung, jede Lottogesellschaft müsse daher ihre Tätigkeit auf ein Bundesland begrenzen. Als Beispiel wird angeführt, das Land Baden-Württemberg könne die Einhaltung ordnungsrechtlicher Vorgaben in Hamburger Lotto-Annahmestellen nicht kontrollieren.²⁶² Diese Schlussfolgerung ist deshalb falsch, weil nicht das Land Baden-Württemberg, sondern dem Bundesland Hamburg die ordnungsrechtliche Aufsicht über die Lotto-Annahmestellen in Hamburg zukommt und dies auch effektiv durchsetzen kann.

²⁶⁰ Lotto Niedersachsen, Geschäftsbericht 2005, S. 5, Bl. 1306 d.A. Rückseite

²⁶¹ Haver & Mailänder, Schriftsatz vom 28.07.06, S. 32, Bl. 3460 d.A.

²⁶² Haver & Mailänder, Schriftsatz vom 28.07.06, S. 32, Bl. 3460 d.A.

316. Deshalb bleibt es auch im vorliegenden Fall bei der Regelungsprärogative der Bundesländer in den Grenzen des Grundgesetzes und des vorrangigen europäischen Rechts. Sie dürfen in diesen Grenzen ihre eigenen ordnungsrechtlichen Standards setzen und deren Einhaltung kontrollieren. Ein vollständiger, von vornherein durch ein Monopol bestimmter Ausschluss anderer staatlich kontrollierter Lottogesellschaften von der Tätigkeit in einem anderen Bundesland ist hingegen in diesem Rahmen nicht geeignet, legitime Allgemeininteressen zu schützen.
317. Das Bundesverfassungsgericht hat im Urteil vom 28.03.06 klargestellt, dass Maßnahmen des Gesetzgebers zum Schutz eines wichtigen Gemeinschaftsgutes wie der Abwehr von Gefahren, die mit dem Veranstellen und Vermitteln von Glücksspielen verbunden sind, verfassungsrechtlich zu beanstanden sind, wenn nach den bekannten Tatsachen und im Hinblick auf die bisher gemachten Erfahrungen feststellbar ist, dass Beschränkungen, die als Alternative in Betracht kommen, die gleiche Wirksamkeit versprechen, die Betroffenen indes weniger belasten.²⁶³
318. Im Bereich der Lotterien ist eine Zulassung anderer staatlich beeinflusster Anbieter und die staatliche Überwachung deren Tätigkeit als milderer Mittel gegenüber einem staatlichen Monopol gleich wirksam, so dass ein Landesmonopol mit nur einem staatlich beeinflussten Anbieter von vornherein unverhältnismäßig wäre.
319. **Besonderer Regulierungsrahmen für Lotterien**
320. Außerdem existiert ein anderer staatlicher Regelungsrahmen für Sportwetten als für Lotterien, so dass auch deshalb die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zu den Sportwetten nicht als Rechtfertigung auf die Lotterien übertragbar ist. Anders als für Sportwetten, besteht für Lotterien kein Monopol zu Gunsten staatlich kontrollierter Anbieter. Vielmehr sind nach § 6 Lotteriestaatsvertrag auch private Lotterieranbieter zulässig. Soweit in § 7 Lotteriestaatsvertrag bestimmte Lotterien den Lottogesellschaften vorbehalten sind, folgt dies nicht aus unterschiedlichen Suchtgefährdungspotenzialen der jeweiligen Lotterien. In der wissenschaftlichen Literatur gibt es keine Erkenntnisse zu den besonderen Suchtgefahren von Lotterien mit einem Höchstgewinn von über 1 Mio. € oder bei der Schaffung eines Jackpot. Wie oben dargestellt, gibt es derzeit keine wissenschaftliche Studie, die eine solche besondere Gefährdung aufgrund von bundesweiten wissenschaftlichen Untersuchungen belegen würde. Im Gegenteil: Nach den derzeitigen Erkenntnissen werden Lotterien insgesamt als nur wenig spielsuchtfördernd eingeschätzt, von den Personen, die wegen pathologischen Spielens Suchthilfeeinrichtungen aufsuchen, befinden sich nur wenige, die Probleme mit dem Lottospiel haben. Soweit in der Begründung des Lotteriestaatsvertrages ausgeführt wird, nach wissenschaftlichen Erkenntnissen würden hohe Gewinne und Jackpots ein erhöhtes Gefährdungspotenzial bergen,²⁶⁴ wird dies durch die wenige wissenschaftliche Literatur zu den Verhältnissen in Deutschland nicht bestätigt.

²⁶³ BVerfG, aaO, Rn. 116

²⁶⁴ Bremische Bürgerschaft, Landtag, Drucksache 16/238 vom 04.05.04, Mitteilung des Senats vom 4. Mai 2004, Gesetz zur Neuregelung des Wett- und Lotterierechts, Anlage 4 Erläuterungen zum „Staatsvertrag zum Lotteriewesen in Deutschland“, Zu § 7 Abs. 2, S. 32, Bl. 1226 Rückseite d.A.

321. **Kein Erfordernis eines Lotteriemonopols zur Abwehr von Folge- und Begleitkriminalität**
322. Das vom Bundesverfassungsgericht als legitimes Interesse eines staatlichen Monopols angesehene Ziel der Abwehr von Folge- und Begleitkriminalität²⁶⁵ macht bei den Lotterien ebenfalls keine Errichtung eines Monopols erforderlich. Auch hier ist die staatliche Überwachung des staatlich verantworteten Glücksspielangebotes gleich gut geeignet. Da Lotterien so gut wie kein Suchtpotenzial aufweisen, geht von ihnen auch nicht die Gefahr aus, dass Süchtige ihre Sucht durch kriminelle Handlungen finanzieren. Ferner besteht auch – anders als vom Bundesverfassungsgericht für die Sportwetten angenommen – bei den staatlich kontrollierten Anbietern keine erhöhte Gefahr der Manipulation des Spielausgangs der Lotterie durch den Spieler.
323. **Kein Erfordernis eines Lotteriemonopols zum Verbraucherschutz**
324. Das Bundesverfassungsgericht hat den Schutz der Spieler vor betrügerischen Machenschaften der Lotterieranbieter und darüber hinausgehender Verbraucherschutz, wie der Begegnung der Gefahr irreführender Werbung als legitimes Allgemeininteresse anerkannt.²⁶⁶ Ein Lotteriemonopol wäre jedoch, falls es überhaupt geeignet wäre, dieses Ziel zu erreichen, jedenfalls nicht das mildeste Mittel hierzu. Als milderer Mittel ist bei den Lotterien die staatliche Überwachung staatlich beeinflusster Lotterieranbieter gleich wirksam. Auch hierdurch kann die finanzielle Zuverlässigkeit und Leistungsfähigkeit des Veranstalters im Interesse der Wettteilnehmer gesichert werden, weil nur staatlich maßgeblich beeinflusste Gesellschaften die Glücksspiele anbieten und von diesen betrügerische Machenschaften nicht zu erwarten sind.
325. **Zweifel an der Umsetzung der vom Bundesverfassungsgericht geforderten Maßnahmen zur Bekämpfung der Spielsucht**
326. Das Bundesverfassungsgericht hat in seinem Urteil vom 28.03.06 für die Übergangszeit bis zur Neuregelung des Rechts der Sportwetten durch den Gesetzgeber spätestens bis zum 31.12.07 die Fortgeltung der bisherigen Rechtslage bestimmt mit der Maßgabe, dass in der Übergangszeit damit begonnen werden muss, das bestehende Wettmonopol konsequent an der Bekämpfung der Wetsucht und einer Begrenzung der Wettleidenschaft auszurichten.²⁶⁷
327. Wenn die Entscheidungsgründe des Bundesverfassungsgerichts unzutreffender Weise auf die von den Lottogesellschaften angebotenen Lotterien übertragen werden, bestehen erhebliche Zweifel, ob die Lottogesellschaften den vom Bundesverfassungsgericht gesetzten Anforderungen gerecht werden. Das Bundesverfassungsgericht stellte folgende Anforderungen an den Vertrieb von Sportwetten:²⁶⁸
- „[...] Ebenso wenig sind die Vertriebswege [...] auf eine Bekämpfung der Suchtgefahren und auf eine Begrenzung der Wettleidenschaft angelegt. Die Staatliche Lotterieverwaltung vertritt [...] über ihr breit gefächertes Netz von Lotto-

²⁶⁵ BVerfG, aaO, Rn. 105

²⁶⁶ BVerfG, aaO, Rn. 103

²⁶⁷ BVerfG, aaO, Rn. 157, 160

²⁶⁸ BVerfG, aaO, Rn. 137 - 139

Annahmestellen, dem die offizielle Maxime „weites Land, kurze Wege“ zugrunde liegt. Dabei handelt es sich vor allem um Zeitschriften- und Tabakläden oder ähnliche kleine oder mittelständische Gewerbebetriebe, so dass der Vertrieb in bewusster Nähe zum Kunden stattfindet. Dadurch wird die Möglichkeit zum Sportwetten zu einem allorts verfügbaren „normalen“ Gut des täglichen Lebens.

Vor dem Hintergrund der rechtlich gebotenen Ausrichtung des Wettangebots am Ziel der Bekämpfung von Wettsucht und der Begrenzung von Wettleidenschaft ist auch die Möglichkeit der Wettteilnahme über das Internetangebot der Staatlichen Lotterieverwaltung bedenklich. [...]"

328. Der Vertrieb von Lotterien durch die Lottogesellschaften erfolgt ebenfalls flächendeckend durch insgesamt rund 26.000 Lotto-Annahmestellen der Lottogesellschaften. Eine signifikante Reduktion der Zahl der Annahmestellen wurde bislang von keiner Lottogesellschaft vorgenommen, so dass die Lotterien auch weiterhin allorts verfügbar sind. Ferner können die Lotterien der Lottogesellschaften nach wie vor über elektronische Medien, wie die Internetportale der Lottogesellschaften und sogar über SMS gespielt werden.²⁶⁹ Lotto Bremen wirbt hierfür mit dem Slogan:²⁷⁰

„[...]Mit nur einer SMS können Sie per Handy bei lotto-bremen.de persönliche oder vordefinierte Lotto- und Glücksspirale-Scheine spielen - vorausgesetzt Sie haben ein Wettkonto eingerichtet.[...]“

329. Dies bedeutet, dass jeder Internet-Anschluss und jedes Mobiltelefon quasi einen Spielzugang für die Lotterien der Lottogesellschaften darstellt. In Deutschland verfügten 19,3 Mio. Haushalte, wie sich aus den Angaben des Statistischen Bundesamtes errechnen lässt, im Jahr 2005 über einen Internetzugang.²⁷¹ 2003 gab es in Deutschland zudem 43,3 Mio. Mobiltelefone.²⁷²
330. Nach dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts haben einige Lottogesellschaften Höchstbeträge für die Glücksspiele über das Internet eingeführt. Dies ändert aber nichts daran, dass das Lotterieangebot entgegen der Maßgabe des Bundesverfassungsgerichts omnipräsent bleibt und jederzeit spielbar ist.

²⁶⁹ siehe das Angebot von **Lotto Bayern**: https://www.lotto-bayern.de/is_controller.php?action=getplaysms&pt=02&ly=lott&game_no=15&t=Y1_10_17_25_29_31_33&s60&s7=0&ln=8082957&ds=0&bb=175&br=150&bf=25&bod=300&lz=11&PHPSESSID=20d66b984e94546ccc8e3f7de89972793&savemode=schein_lotto&>null&navid=206; **Lotto Bremen**: http://www.lotto-bremen.de/westsite/content/service/deu_000024.html

²⁷⁰ siehe das Angebot von Lotto Bremen: http://www.lotto-bremen.de/westsite/content/service/deu_000024.html

²⁷¹ Statistisches Bundesamt, Ausstattung privater Haushalte mit Informations- und Kommunikationstechnik, Ergebnisse der laufenden Wirtschaftsrechnungen 2003-2005, Bl. 3883

²⁷² Statistisches Bundesamt, Ausstattung privater Haushalte mit Informations- und Kommunikationstechnik, Ergebnis der Einkommens- und Verbrauchsstichprobe 1998 und 2003, Bl. 3886

331. Zudem sind die Höchstbeträge so hoch angesetzt, dass sie keine tatsächliche Begrenzung darstellen. Die Grenzen reichen von 2.300 €/Woche bei Lotto Berlin bis 250 €/Woche von Lotto Nordrhein-Westfalen.
332. Lotto Berlin hat die Gesamtsumme der Spielaufträge auf 2.300,- € pro Woche begrenzt.²⁷³ Die bedeutet eine Grenze von 9.200 €/Monat. Die durchschnittliche monatliche Nettolohn- und –gehaltssumme betrug 2004 insgesamt 1.447 €²⁷⁴. Die „Grenze“ von Lotto Berlin liegt damit weit über dem durchschnittlichen Monatsverdienst und hindert einen Spieler nicht, weit mehr als sein gesamtes Einkommen für das Spiel über das Internet auszugeben. Bei Lotto Bayern wurde die Grenze mit 300 €/Woche festgelegt²⁷⁵, bei Lotto Nordrhein-Westfalen mit 250 €/Woche²⁷⁶. Dies entspricht 1.200 €/Monat in Bayern und 1.000 €/Monat in Nordrhein-Westfalen und erreicht damit immer über 2/3 des durchschnittlichen Nettomonatseinkommens in Deutschland. Ferner ist zu berücksichtigen, dass nach den Erhebungen der GfK rund 78% der Lottospieler über ein Haushaltsnettoeinkommen von unter 3.000 €/Monat verfügen und 42% mit einem Nettoeinkommen von unter 2.000 €/Monat auskommen müssen.²⁷⁷
333. Andere Lottogesellschaften wie beispielsweise Lotto Hessen haben keine Begrenzung für das Lottospiel über das Internet auf der Homepage ausgewiesen, obwohl bei Lotto Hessen diese Möglichkeit in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen vorgesehen ist.
334. Ferner findet die vom Bundesverfassungsgericht geforderte wichtige aktive Suchtprävention nicht statt. Die Internetinformationen der Lottogesellschaften verweisen nach wie vor nur knapp auf die Gefahren übermäßigen Spiels und geben anhand eines Selbsttests die Indizien für problematisches Spielverhalten und beschränken sich auf Informationen. Im übrigen wird auf das Beratungsangebot Dritter verwiesen, die nur eingeschränkt und nicht rund um die Uhr erreichbar sind. Im Fall von Lotto Nordrhein-Westfalen kommt hinzu, dass die Kundeninformation zum Thema Spielsucht und Jugendschutz auch Werbung für die Gesellschaft enthält:²⁷⁸

„[...] Staatsvertrag: Bei uns werden Sie nicht abgezockt

Der Staatsvertrag für Lotteriewesen in Deutschland und die in dessen Folge erlassenen Landesgesetze sind für westlotto.de die Grundlage allen Tuns. Ziel des Staatsvertrages ist es, den natürlichen Spieltrieb in geordnete Bahnen zu lenken und damit ein Ausweichen der Spieler auf unerlaubtes Glücksspiel zu verhindern, welches häufig nur privaten und gewerblichen Gewinn-

²⁷³ Lotto Berlin, <http://www.lotto-berlin.de/frame.php?id=201&balD=menu>, „Ihr Spieleinsatz“

²⁷⁴ Bundesministerium für Gesundheit und Soziale Sicherung, Statistisches Taschenbuch 2005, Tabelle 1.14 Nettolöhne und –gehälter, veröffentlicht im Internet unter: www.bmas.bund.de; Bl. 3926 d.A.

²⁷⁵ Teilnahmebedingungen für das Lotto im Internet, Ziff. 11 (7), Bl. 3893 d.A.

²⁷⁶ Kundeninformation zum Thema Spielsucht und Jugendschutz, <https://www.westlotto.de/de/sonstiges/seiten/spielsucht.jsp;jsessionid=GhLHPh0yXGQYTvJxT85r7twWDm&Jkiz3hwyvISJvYxNJ2TxpWPWg!1048705133>, Bl. 3897 d.A.

²⁷⁷ GfK Panel Services Consumer Research GmbH, Gewinnspiele Mai bis August 2004, Lotto-Gesamt, Profil der Spieler von Lotto-Gesamt im 2. Tertial 2004; Tabelle 4.2; Bl. 3945 d.A.

²⁷⁸ Faltblatt „Information zur Spielsucht“ von Lotto Nordrhein-Westfalen, Bl. 3931 d.A.

zwecken dient. Außerdem stellen wir sicher, dass das Glücksspiel ordnungsgemäß und nachvollziehbar durchgeführt wird und ein erheblicher Teil der Einnahmen aus Glücksspielen zur Förderung öffentlicher und steuerbegünstigter Zwecke verwendet wird. [...]"

335. Zusätzlich ist die von Lotto Nordrhein-Westfalen angegebene Hotline Glücksspielsucht mit 4,6 Cent pro Minute kostenpflichtig, während die Lottogesellschaften Fragen zum Spielauftrag und zum Spielsystem für nur 6 Cent je Anruf entgegennimmt.
336. Das Bundesverfassungsgericht verlangt in seinem Urteil eine aktiv kommunizierte Prävention.²⁷⁹ Die rein passive Vorgehensweise der Lottogesellschaften war vom Bundesverfassungsgericht als nicht ausreichend angesehen worden.
337. **Ungleichbehandlung staatlicher und privater Lotterien**
338. Private Lotterianbieter werden durch § 7 Lotteriestaatsvertrag gegenüber den staatlich beeinflussten Lottogesellschaften benachteiligt, denn die privaten Anbieter dürfen in ihren Spielplänen nicht vorsehen:
- die Bekanntgabe der Ziehungsergebnisse öfter als zweimal in der Woche,
 - Höchstgewinne von über 1 Mio. Euro,
 - Ausspielung eines planmäßigen Jackpot,
 - interaktive Teilnahme in Medien, insbesondere im Internet.
339. Die Frage der beschränkten Zulassung nicht staatlich beeinflusster Lotterianbieter in Deutschland neben den Lottogesellschaften und die Vereinbarkeit der Ungleichbehandlung zwischen Lottogesellschaften und nicht-staatlichen Lotterianbietern mit europäischem Recht ist nicht Gegenstand des vorliegenden Verfahrens. Hierzu hat die Europäische Kommission eine Studie erstellen lassen, welche zum Ergebnis gelangte, dass derartige Regelungen gegen den Grundsatz der Niederlassungsfreiheit verstoßen. Die Europäische Kommission wird die Regelungen daher in einem Vertragsverletzungsverfahren näher untersuchen.²⁸⁰
340. Damit kann die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts, die maßgeblich auf das besondere Suchtgefährdungspotenzial der Sportwetten abstellt, auch nicht auf die Lotterien mit ihrem nur geringen Gefährdungspotenzial übertragen werden.
- (e) Keine Rechtfertigung der Aufforderung des Rechtsausschusses unter dem Gesichtspunkt der freien Wahl des Vertriebssystems**
341. Jedem Unternehmen steht es grundsätzlich frei, seine geschäftliche Tätigkeit und sein Absatzsystem nach eigenem Ermessen so zu gestalten,

²⁷⁹ BVerfG, aaO, Rn. 140, 141

²⁸⁰ „Der Markt für Glücksspiele beschäftigt die EU-Kommission“, Handelsblatt vom 24.07.06, S. 5, Bl. 2908 d.A.; Pressemitteilung der Europäischen Kommission, veröffentlicht im Internet unter:
<http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/06/436&format=HTML&age=d=0&language=DE&guiLanguage=en>; Bl. 983 d.A.

wie er dies für wirtschaftlich sinnvoll und richtig erachtet.²⁸¹ Die in der Aufforderung des Rechtsausschusses liegende horizontale Absprache zwischen den Lottogesellschaften ist aber nicht deshalb zulässig, wie die Lottogesellschaften unzutreffender Weise meinen²⁸².

342. Vielmehr betrifft die Aufforderung des Rechtsausschusses mit den gewerblichen Spielvermittlern nicht die in das Vertriebssystem der Lottogesellschaften eingebundenen Lotto-Annahmestellen, sondern unabhängige Gewerbetreibende, die nach § 14 Abs. 1 Lotteriestaatsvertrag als Vermittler im Auftrag der Spielinteressenten tätig werden. Die in der Aufforderung des Rechtsausschusses liegende gemeinsame Einigung der Lottogesellschaften, keine Spieleinsätze aus terrestrischer gewerblicher Spielvermittlung anzunehmen, stellt keine legitime Maßnahme zum Schutz des eigenen Vertriebssystems über die Lotto-Annahmestellen dar, denn das Vorgehen ist unter Berücksichtigung der auf die Freiheit des Wettbewerbs gerichteten Zielsetzung von Art. 81 EG nicht schützenswert.²⁸³ Eine an sich legitime Stärkung der eigenen Vertriebsstruktur darf nämlich nicht dazu führen, dass in die Vertragsverhältnisse auf dem vorgelagerten Markt eingegriffen wird.²⁸⁴ Dies ist aber vorliegend der Fall.
343. Die Aufforderung des Rechtsausschusses berührt die ordnungsgemäße Vertragserfüllung des gewerblichen Spielvermittlers gegenüber dem Spielinteressenten. Die Lottogesellschaften versuchen, mit ihrem Beschluss die wettbewerbliche Betätigung auf einer vorgelagerten Marktstufe dergestalt zu bestimmen oder zu beeinflussen, dass dort nicht mehr das an einer optimalen Kosten-/Nutzen-Relation orientierte Vertragsverhältnis, sondern die Gewinninteressen der Lottogesellschaften im Vordergrund stehen.
344. Die Lottogesellschaften wollen nach wie vor die über das Internet oder das Telefon angeworbenen Spielaufträge gewerblicher Spielvermittler annehmen, aber nicht die über terrestrische Annahmestellen akquirierten Spieleinsätze. Ordnungsrechtliche Gründe können für diese Unterscheidung nicht herangezogen werden, wie oben gezeigt. Daher differenzieren die Lottogesellschaften nach dem Vertragsinhalt des von den gewerblichen Spielvermittlern mit den Spielern geschlossenen Vertrages und danach, ob dieser ihren kaufmännischen Interessen entspricht. Bei einer Annahme der über die terrestrischen Vermittlungsstellen akquirierten Spieleinsätze ist mit Umsatzrückgängen bei bestimmten Lottogesellschaften zu rechnen, weil die gewerblichen Spielvermittler ihre Spielaufträge nur auf einige Lottogesellschaften konzentrieren.
345. Die gewerbliche Spielvermittlung über terrestrische Vermittlungsstellen steht im Ergebnis im Einklang mit der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 28.03.06, beeinträchtigt nicht die freie Wahl des eigenen Vertriebssystems der Lottogesellschaften und ist daher rechtmäßig.

2.1.5 Spürbarkeit

346. Die mit der Aufforderung des Rechtsausschusses bezweckte und bewirkte Einschränkung des Wettbewerbs der Lottogesellschaften ist auch spür-

²⁸¹ so zutreffend Haver & Mailänder, Schreiben vom 28.07.06, S. 141, Bl. 3569 d.A.

²⁸² Haver & Mailänder, Schreiben vom 28.07.06, S. 142, Bl. 3570 d.A.

²⁸³ siehe die Bewertung des BGH zur parallelen Fallgestaltung in der Entscheidung BGH WuW/E DE-R 1377/1379 - Sparberaterin

²⁸⁴ BGH WuW/E DE-R 1377/1380 - Sparberaterin

bar. Die Spürbarkeit der Wettbewerbsbeschränkung ist ein ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal des Art. 81 Abs. 1 EG.²⁸⁵ Art. 81 Abs. 1 EG ist dann nicht anwendbar, wenn eine Maßnahme nach Art. 81 EG die Wettbewerbsverhältnisse nur geringfügig beeinträchtigt.²⁸⁶ Dabei ist nach der Rechtsprechung des EuGH ein spürbarer Effekt einer Absprache grundsätzlich anzunehmen, wenn die Parteien mehr als 5% des relevanten Marktes innehaben.²⁸⁷ Die Kommission geht in ihrer Bagatellbekanntmachung bei Absprachen zwischen aktuellen und potenziellen Wettbewerbern davon aus, dass eine Maßnahme dann den Wettbewerb nicht spürbar beschränkt, wenn der addierte Marktanteil der beteiligten Unternehmen auf keinem der relevanten Märkte 10% überschreitet.²⁸⁸

347. Die Lottogesellschaften erreichen, wie oben dargestellt, auf den regionalen Märkten für Lotterien Marktanteile von über 80%, so dass eine Beschränkung des zwischen ihnen bestehenden ohnehin geringen Wettbewerbs spürbar ist.

2.1.6 Zwischenergebnis

348. Die Aufforderung des Rechtsausschusses des DLTB bezweckt und bewirkt als Beschluss einer Unternehmensvereinigung und als Vereinbarung zwischen Unternehmen eine spürbare Einschränkung des Wettbewerbs der Lottogesellschaften auf den regionalen Märkten für Lotterien in Deutschland.

2.2 Der Markt für die bundesweite gewerbliche Vermittlung von Gewinnspielen

349. Die Aufforderung des DLTB-Rechtsausschusses beschränkt ferner den Wettbewerb auf dem Markt für die bundesweite gewerbliche Vermittlung von Gewinnspielen durch unabhängige Vermittler. Als Gewinnspiele werden dabei Lotterien und Sportwetten bezeichnet. Auf diesem Markt stehen die bundesweit tätigen, unabhängigen gewerblichen Spielvermittler als Anbieter den Gewinnspiel-Anbietern als Nachfragern gegenüber. Die Lottogesellschaften sind auf diesem Markt als Nachfrager, nicht als Anbieter tätig.
350. Nicht als Nachfrager auf dem Markt für die bundesweite gewerbliche Spielvermittlung sind die Lotto-Annahmestellen tätig. Die gegenteilige Ansicht der Lottogesellschaften²⁸⁹ täuscht einen Nachfragewettbewerb vor, der nicht existiert.
351. Die gewerbliche Spielvermittlung setzt nach § 14 Abs. 1 Lotteriestaatsvertrag voraus, dass entweder einzelne Spielverträge **an einen Veranstalter** oder Spielbeteiligungen von Spielgemeinschaften **dem Veranstalter** - selbst oder über Dritte - vermittelt werden.

²⁸⁵ EuGH, Verb. Rs. C-215/96 und C-216/95, Slg. 1999, I-135, 175 (Rn. 33) – Bagnasco; Rs. 56/65, Slg. 1966, 281, 303 – Maschinenbau Ulm; Bunte in: Langen/Bunte, Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, 10. Aufl., Art. 81 Rn. 101

²⁸⁶ Bunte in: Langen/Bunte, Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, 10. Aufl., Art. 81 Rn. 101

²⁸⁷ EuGH, Rs. 19/77, Slg. 1978, 131, 149 (Rn. 9f.) – Miller; EuGH, Rs. 107/82, Slg. 1983, 3151, 3201 (Rn. 58) – AEG/Kommission

²⁸⁸ Bekanntmachung der Kommission über Vereinbarungen von geringer Bedeutung, die den Wettbewerb gemäß Artikel 81 Absatz 1 des Vertrags zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft nicht spürbar beschränken (de minimis), ABl. EG 2001/C 368, S. 13, Rn. 7

²⁸⁹ Haver & Mailänder, Schreiben vom 28.07.06, S. 132 f.; Bl. 3560 f.

352. Bei den Lotto-Annahmestellen handelt es sich um selbstständige Gewerbetreibende, die als Handelsvertreter im Nebenberuf für die Lottogesellschaften tätig und in deren Vertriebsorganisation eingebunden sind. Sie vermitteln Spielverträge mit spielinteressierten Verbrauchern an die Lottogesellschaften und haben dabei nach § 86 Abs. 1 HGB die Interessen der Lottogesellschaften wahrzunehmen. Dies bedeutet, dass die Lotto-Annahmestellen keine eigenen wirtschaftlichen Entscheidungen gegenüber den gewerblichen Spielvermittlern treffen.
353. Die Lotto-Annahmestelle ist kein Glücksspiel-Veranstalter und darf dies mangels Genehmigung auch nicht sein. Gibt ein gewerblicher Spielvermittler die Spielaufträge der von ihm geworbenen Spieler bei einer Lotto-Annahmestelle ab, werden sie daher nicht an die Lotto-Annahmestelle, sondern über die Lotto-Annahmestelle an die hinter ihr stehende Lottogesellschaft vermittelt. Mit dieser Gesellschaft kommt dann der Vermittlungsvertrag mit dem Spielvermittler zu Stande.

2.2.1 Vertriebswege für Gewinnspiele

354. Im Folgenden werden zunächst die unterschiedlichen Vertriebswege dargestellt, über welche die einzelnen Gewinnspiele dem Spieler als Endkunden angeboten werden, bevor der sachlich relevante Markt abgegrenzt wird.
355. Die von den Lottogesellschaften angebotenen Gewinnspiele Zahlenlotto, Spiel 77, Super 6, Glücksspirale, Fußball-Toto, Oddset, Keno und Bingo werden überwiegend über Lotto-Annahmestellen vertrieben (sog. terrestrischer Vertrieb). Bei den Lotto-Annahmestellen handelt es sich um kleinere Verkaufsstellen, die für die Lottogesellschaft als Handelsagenturen von den Spielern die Spielscheine und den Spieleinsatz entgegennehmen sowie Gewinne bis zu einem bestimmten Höchstbetrag auszahlen. Ferner werden dort Werbe- und Informationsunterlagen über die Spielprodukte der Lottogesellschaft bereitgehalten. Die Lotto-Annahmestelle wird dabei ausschließlich für die Lottogesellschaft tätig, die in dem Bundesland, in dem die Annahmestelle ihren Sitz hat, staatlich zugelassen ist. Von der Lottogesellschaft erhält die Annahmestelle als Entgelt eine Provision, die zwischen 6,3% und 7% der eingenommenen Spieleinsätze liegt.
356. Die von den Lottogesellschaften angebotenen Gewinnspiele werden außerdem über das Internet vertrieben. Zum einen unterhalten die Lottogesellschaften eigene Spielportale für den Internet-Direktvertrieb, zum anderen gibt es von den Lottogesellschaften unabhängige Unternehmen, die im Internet die Gewinnspiele der Lottogesellschaften bundesweit anbieten. Der Spieler erhält auf der Internet-Seite des jeweiligen Unternehmens die Möglichkeit, seine Glückszahlen entweder selbst zu bestimmen oder sich an Spielgemeinschaften zu beteiligen. Die selbst ausgewählten Gewinnzahlen werden entweder elektronisch über eine virtuelle Lotto-Annahmestelle an die Lottogesellschaft weitergeleitet oder von dem Internetanbieter ausgedruckt und bei einer Handelsagentur der Lottogesellschaft abgegeben. Nimmt der Spieler an einer Spielgemeinschaft teil, bündelt der Anbieter die Spieleinsätze und gibt für die Gemeinschaft einheitliche Spielscheine bei den Lottogesellschaften ab. Ein eventueller Gewinn wird unter den Mitgliedern der Gemeinschaft aufgeteilt und über einen unabhängigen Treuhänder ausgezahlt. Der Spieler erhält von seinem Gewinn elektronisch Nachricht. Der Spieleinsatz wird vom Konto abgebucht. Der Internet-Vermittler erhält als Entgelt für seine Dienstleistung eine Provision des Lottereanbieters.

357. Die von den Lotto-Gesellschaften angebotenen Gewinnspiele werden ferner von gewerblichen Organisatoren von Spielgemeinschaften vermittelt, die nicht über das Internet tätig sind. Diese Unternehmen werben bundesweit um Spielinteressenten für das Zahlenlotto und entwickeln durch Zusammenstellung bestimmter Zahlenkombinationen Einsatzpläne. Der Einsatz der Spieler wird in Spielgemeinschaften gebündelt und für die Gemeinschaft ein einheitlicher Spielschein bei den Lottogesellschaften über deren Annahmestellen eingereicht. Der Spieler zahlt an die Unternehmen einen bestimmten Einsatzbetrag, kann aber keine individuellen Gewinnzahlen bestimmen. Sein Gewinn wird nicht unmittelbar von der Lottogesellschaft, sondern über einen von dem Vertragspartner beauftragten Treuhänder, ausgezahlt. Für die Vermittlungsleistungen werden dem Spielteilnehmer Servicegebühren in Rechnung gestellt.
358. Die Klassenlotterien von NKL und SKL werden von staatlich zugelassenen Lottereeinnehmern überwiegend auf dem Versandweg und in geringem Umfang auch über das Internet vertrieben. Bei der SKL macht der Internet-Vertrieb einen Anteil von unter 1% der gesamten Losverkäufe aus. Die NKL führt zudem mit der nkl-cyberlotterie eine Internetlotterie durch, die ausschließlich über das Internet vermarktet wird. Auch die virtuellen Lose der cyberlotterie werden jeweils bestimmten Lottereeinnehmern zugeordnet. Der Anteil der über die cyberlotterie vertriebenen Lose liegt weit unter 1% der insgesamt von der NKL verkauften Lose. Die Bundesländer haben in den Staatsverträgen zur Errichtung der staatlichen Klassenlotterien als Anstalten des öffentlichen Rechts bestimmt, dass sie in allen größeren Städten und Gemeinden staatliche Lottereeinnahmen unterhalten. Die Lottereeinnahmer werden von dem Finanzministerium des Landes bestellt und abberufen, in dem die staatliche Lottereeinnahme ihren Sitz hat. Sie sind Beauftragte der Klassenlotterie und haben die ihnen obliegenden Geschäfte nach den Weisungen der Lotteriestalt zu besorgen. Die Aufsicht über die staatlichen Lottereeinnahmer übt die Lotteriestalt aus. Einige Lottereeinnahmer bedienen sich im Rahmen ihres Vertriebs Dienstleister, die ihnen Kunden zuführen, aber selbst keine Vermittlungsleistungen für die Lotteriestalt erbringen. Die nachgelagerte Dienstleistung ist keine gewerbliche Spielvermittlung, sondern eine eigenständige Dienstleistung für die weisungsabhängigen Lottereeinnahmer.
359. Bei den Losen der Fernsehlotterien Aktion Mensch und ARD-Fernsehlotterie handelt es sich um besondere Zahlungsverkehrsvordrucke, mit denen der Spieler seinen Einsatz an den Lotterieveranstaltern einzahlt, überweist oder vom Konto abbuchen lässt. Auf dem Beleg ist die Losnummer aufgedruckt. Die Vordrucke der Aktion Mensch werden über Banken, Sparkassen und die Postbank sowie über die Internet-Seite der Aktion Mensch abgegeben. Die Kreditinstitute legen sie kostenlos aus. Auch die Vordrucke der ARD-Fernsehlotterie werden kostenlos über Banken und Sparkassen, sowie über Telefonbestellung, Internet, Zeitschriften-Beikleber und Postwurfsendungen verteilt.
360. Wetten auf Pferderennen werden zum einen direkt von den Galopprenn- und den Trabrennvereinen über ihren Totalisator veranstaltet und den Spielern angeboten. Buchmacher dürfen diese Pferdewetten in einer stationären Wettannahmestelle mit der Lizenz eines Rennvereins zur Annahme von Pferdewetten vermitteln. Eine derartige Lizenz gibt ihnen die Erlaubnis, alle Pferdewetten zu vermitteln, die von deutschen Pferderennvereinen über ihren Totalisator veranstaltet werden. Zum anderen legen Buchmacher eigene Pferdewetten und bieten sie den Spielern an.

361. Zum Teil werden sowohl von den Lottogesellschaften als auch von den gewerblichen Spielvermittlern ausschließlich Vertragsbeziehungen mit terrestrischen oder virtuellen Annahmestellen eingegangen, welche die Spielaufträge der gewerblichen Spielvermittler entgegennehmen und an die Lottogesellschaften weitervermitteln. Hierfür zahlt die Lottogesellschaft eine Provision unmittelbar an die Annahmestelle. Jedoch sind die Annahmestellen, bei denen der gewerbliche Spielvermittler seine Spielaufträge abgibt, entweder Tochter- oder Schwestergesellschaften der gewerblichen Spielvermittler oder sind aufgrund eines schuldrechtlichen Vertrages mit dem gewerblichen Spielvermittler verpflichtet, einen Teil der von der Lotteriegesellschaft erhaltenen Provision an diesen abzuführen. Diese Konstellation stellt den Regelfall bei der gewerblichen Spielvermittlung dar.
362. Diese Konstruktion ist dadurch bedingt, dass sich die Lottogesellschaften nach § 5 Abs. 3 S. 2 Lotteriestaatsvertrag ohne Einverständnis der jeweils anderen Länder nicht als befugt ansehen, Glücksspiele in einem anderen Land vertreiben zu lassen. Durch die Zwischenschaltung von Annahmestellen mit Sitz im jeweiligen Bundesland wollen die Lottogesellschaften jeden Anschein eines Verstoßes gegen diese Vorschrift vermeiden.
363. An dieser Stelle kann dahinstehen, ob die passive Entgegennahme von Spielaufträgen gewerblicher Spielvermittler als ein "vertreiben lassen" i.S.d. § 5 Abs. 3 S. 2 Lotteriestaatsvertrag anzusehen ist und ob die Eingehung von Verträgen mit Annahmestellen, die Tochter- oder Schwestergesellschaften der gewerblichen Spielvermittler sind bzw. schuldrechtliche Verträge über die Abführung der Provisionen mit gewerblichen Spielvermittlern abgeschlossen haben, eine Umgehung dieser Vorschrift darstellt. Für die hier maßgebliche wettbewerbliche Betrachtungsweise handelt es sich aus Sicht der Lottogesellschaften wirtschaftlich um eine Verprovisionierung von Umsätzen aus der gewerblichen Spielvermittlung, die im Rahmen des Regionalisierungsverfahrens auch entsprechend ausgewiesen werden. Dies schlägt sich bei solchen Konstellationen regelmäßig auch in der Höhe der an die betreffenden Annahmestellen gezahlten Provisionen nieder, die aufgrund des Umsatzumfangs höher als im terrestrischen Vertrieb sind. Diese Bewertung spiegelt sich in der Zielsetzung des Regionalisierungsstaatsvertrages (§ 1) und in der Definition der gewerblichen Spielvermittlung in § 2 des Regionalisierungsstaatsvertrages und § 14 Abs. 1 Lotteriestaatsvertrag wider, der von einer Vermittlung an die Veranstalter - selbst oder über Dritte - spricht.
364. Diese Annahmestellen sind nicht für eine Vielzahl konkurrierender gewerblicher Spielvermittler tätig und nehmen nicht überwiegend individuelle Spielaufträge entgegen. Gewerbliche Spielvermittler wie Tipp24 und Fluxx stellen ihre integrierten Systeme zwar auch anderen Spielvermittlern zur Verfügung. Allerdings handelt es sich hierbei nicht um einen Wettbewerb gewerblicher Spielvermittler um unabhängige Annahmestellen im Sinne eines nachgelagerten Marktes, sondern um ein zusätzliches Arbitragegeschäft der größeren gewerblichen Spielvermittler, dessen Umfang mit der Marktberreinigung im Zuge des Regionalisierungsstaatsvertrages tendenziell abnimmt und für die Bewertung der Marktbeziehungen zwischen den Lottogesellschaften und den gewerblichen Spielvermittlern ohne Bedeutung ist. Ein Überwiegen der Vermittlungstätigkeit integrierter Annahmestellen für nicht gewerbliche Spieler wurde nicht bestätigt.

2.2.2 Sachliche Marktabgrenzung

365. Die bundesweite gewerbliche Vermittlung von Gewinnspielen durch unabhängige Vermittler stellt einen eigenständigen sachlich relevanten Markt dar.

(a) Abgrenzung von stationären Lotto-Annahmestellen

366. Aus Sicht der Spielanbieter als Nachfrager beim Bezug von Vermittlungsleistungen besteht kein einheitlicher Vermittlungsmarkt für Gewinnspiele. Vielmehr ist die Nachfrage nach bundesweiten Vermittlungsleistungen durch unabhängige Vermittler von der Nachfrage nach lokalen Vermittlungsleistungen über stationäre Lotto-Annahmestellen zu trennen. Beide Geschäftsarten unterscheiden sich im Hinblick auf die Art der angebotenen Leistungen, die Voraussetzungen für die Erbringung der Leistungen sowie die Beziehungen zur Lottogesellschaft so grundlegend, dass sie aus Abnehmersicht als nicht miteinander austauschbar angesehen werden und daher getrennte sachlich relevante Märkte bilden.

367. Bei der Lotto-Annahmestelle handelt es sich um den offiziellen, staatlich genehmigten stationären Vertriebsweg, über den die Lottogesellschaften der Bundesländer ihre Lotterierprodukte vertreiben.

368. Der Inhaber einer stationären Lotto-Annahmestelle betreibt eine Verkaufsstelle, die neben einem Warensortiment auch Gewinnspiele einer Lottogesellschaft vertreibt. Dabei handelt es sich um die Gewinnspiele der Lottogesellschaft, die in dem Bundesland tätig ist, in dem die Annahmestelle ihren Sitz hat. Die Lotto-Annahmestelle verkauft als Handelsvertreter vor Ort Lotterielose und nimmt Sportwetten entgegen, kassiert den Spieleinsatz sowie das Bearbeitungsentgelt überwiegend in bar und vermittelt auf diese Weise einen Spielvertrag zwischen dem Spielteilnehmer und der Lottogesellschaft. Die Annahmestelle zahlt zudem für die Lottogesellschaft Gewinne bis einschließlich 5.000 € aus (bis 500 € in bar, darüber als Scheck). Aufgrund der Bindung der Annahmestelle an ein bestimmtes Verkaufslokal können die Gewinnspiele nur im lokalen Einzugsbereich der Verkaufsstelle an Spielteilnehmer vermittelt werden.

369. Zur Entscheidung, ob eine neue Lotto-Verkaufsstelle eingerichtet wird, prüft die Lottogesellschaft das Geschäftslokal im Hinblick auf seine Lage, die Ladeneinrichtung, die Möglichkeit zur Außenwerbung, die Zahl und Sortimente der im Umfeld liegenden anderen Geschäfte sowie die Zahl und Entfernung von Parkplätzen. Zudem wird die Entfernung zu anderen Lotto-Annahmestellen sowie deren Sortiments- und Lotto-Umsatz bei der Prüfung berücksichtigt.

370. Für die Annahmestellen sind vertragliche Beziehungen zu den Spielteilnehmern im Hinblick auf die Spielteilnahme ausgeschlossen. Ferner unterliegt der Betreiber einer Lotto-Annahmestelle der strengen Auswahl und Kontrolle durch die Lottogesellschaften. Der Betreiber muss sich bewerben und neben dem Lebenslauf ein polizeiliches Führungszeugnis, eine Bescheinigung des Finanzamtes sowie eine Bankbürgschaft bzw. eine Schufa-Auskunft vorlegen und erfolgreich an Vorbereitungsseminaren teilgenommen haben. Ferner wird eine Prüfung des konkreten Standortes und des Bedarfs im vorgesehenen Einzugsgebiet der stationären Annahmestelle vorgenommen.

371. Der bundesweit tätige, unabhängige Spielvermittler vermittelt gegen Provision ausschließlich Gewinnspiele und zwar bundesweit über das Internet, über Call-Center, über den Postversand. Einige Spielvermittler wie

Jaxx beabsichtigen, die bundesweite Vermittlung auch über zahlreiche terrestrische Vermittlungsstellen anzubieten. Dabei ist der gewerbliche Spielvermittler nicht verpflichtet, mit einer bestimmten Lotteriegesellschaft zusammenzuarbeiten. Vielmehr kann er sich aussuchen, mit welcher Lottogesellschaft er in welchem Umfang zusammenarbeitet. Im Unterschied zur Lotto-Annahmestelle kann er auch gleichzeitig zu mehreren Lottogesellschaften Geschäftsbeziehungen unterhalten.

372. Der unabhängige Spielvermittler verfolgt zudem eigene, von den Lotterie-Anbietern unabhängige Werbestrategien und verfügt über eine andere Infrastruktur als die Lotto-Annahmestellen und kann daher für den Gewinnspiel-Anbieter einen räumlich größeren Kundenkreis ansprechen als die einzelne Annahmestelle. Ferner darf er im Unterschied zur Lotto-Annahmestelle neben Einzelspielen auch Spielgemeinschaften zusammenführen und deren Spielbeteiligung dem Spielveranstalter vermitteln. Er selbst schließt Verträge mit den Spielteilnehmern und zieht die Spieleinsätze bargeldlos ein. Ein möglicher Gewinn wird anders als im Fall einer Lotto-Annahmestelle nicht durch den Spielvermittler ausgezahlt. Vielmehr ist dieser nach § 14 Abs. 2 Nr. 5 Lotteriestaatsvertrag verpflichtet, einen unabhängigen Treuhänder mit der Verwahrung der Spielquittungen und der Geltendmachung des Gewinnanspruchs gegenüber dem Veranstalter zu beauftragen.
373. Im Unterschied zur Lotto-Annahmestelle kann der Gewinnspiel-Anbieter auf den unabhängigen, bundesweit tätigen Spielvermittler nicht über Bewerbungen oder Bedarfsprüfungen Einfluss nehmen, dieser unterliegt allein der Aufsicht durch die zuständigen Behörden nach § 14 Abs. 3 Lotteriestaatsvertrag.
374. Die unabhängigen Spielvermittler erhalten regelmäßig für ihre Vermittlungsleistungen von den Lottogesellschaften eine Provision. Diese wird entweder mittelbar über eine zu diesem Zweck gegründete Tochter- oder Schwestergesellschaft eines Spielvermittlers ausgezahlt, welche ausschließlich die von unabhängigen Vermittlern vermittelten Spiele für die Lottogesellschaft annimmt, oder über eine terrestrische Annahmestelle, mit der vertraglich die Weiterleitung der Provision vereinbart wurde. Trotz dieser technischen Abwicklung erfolgt die Provisionszahlung durch die Lottogesellschaft bei der gebotenen wirtschaftlicher Betrachtungsweise nicht für die Leistungen der virtuellen Annahmestelle sondern für die bundesweite Zuführung von Spielteilnehmern durch den gewerblichen Spielvermittler.

(b) Abgrenzung von staatlichen Lottereeinnehmern der Klassenlotterien

375. Die staatlichen Lottereeinnahmer der Nordwestdeutschen Klassenlotterie und der Süddeutschen Klassenlotterie zählen nicht zu den unabhängigen gewerblichen Spielvermittlern und sind daher nicht dem Markt für die bundesweite gewerbliche Vermittlung von Gewinnspielen zuzuordnen. Zwar vertreiben die staatlichen Lottereeinnahmer der Klassenlotterien Lotterierprodukte bundesweit, dies erfolgt aber ausschließlich für die jeweilige staatliche Lotterie. Die Vertragsländer der jeweiligen Klassenlotterie selbst unterhalten staatliche Lottereeinnahmen als eigenen Vertriebsweg. Die staatlichen Lottereeinnahmer werden von dem Finanzministerium des Landes bestellt und abberufen, in dem die Lotterieannahme ihren Sitz hat. Sie sind Beauftragte der Klassenlotterie und haben die ihnen obliegenden Geschäfte nach den Weisungen der Lotteriestalt zu besorgen. Diese übt auch die Aufsicht über sie aus. Es existiert anders als bei den unabhängigen Spielvermittlern keine Wahlfreiheit der Lottereeinnahmer, mit

welcher Lotteriegesellschaft sie zusammenarbeiten. Soweit sich die staatlichen Lottereeinnehmer anderer Unternehmen bedienen, um Losbestellungen zu akquirieren, handelt es sich um Dienstleister für den Lottereeinnehmer, nicht aber um gewerbliche Spielvermittler.

(c) Abgrenzung von Wettannahmestellen für Pferderennen

376. Wettannahmestellen, in denen Wetten auf Pferderennen vermittelt werden, zählen ebenfalls nicht zum Markt für die bundesweite gewerbliche Vermittlung von Gewinnspielen. Die Wettannahmestellen sind nach § 2 Abs. 2 Rennwett- und Lotteriegesetz an ein Geschäftslokal gebunden, für das eine Erlaubnis erteilt wurde, und damit ähnlich wie die Lottoannahmestellen nur in einem lokalen Einzugsbereich tätig. Eine auf Pferdewetten ausgerichtete Wettannahmestelle kann daher den Gewinnspiel-Anbietern keine bundesweite gewerbliche Vermittlung von Gewinnspielen anbieten. Der von den Lottogesellschaften erwähnte Umstand, dass die Spieler in den Wettannahmestellen auf Rennen im In- und Ausland wetten können²⁹⁰, betrifft eine andere Marktstufe, nicht aber die hier relevante zwischen Glücksspiel-Anbieter und gewerblichem Spielvermittler.

(d) Keine Unterscheidung zwischen der Vermittlung von Einzelspielen und der Vermittlung von Spielgemeinschaften

377. Aus Sicht der Gewinnspiel-Anbieter als Nachfrager nach bundesweiten Vermittlungsleistungen für ihre Gewinnspiele ist die Vermittlung von Einzelspielern mit der Vermittlung von Spielgemeinschaften austauschbar, weil sie dem gleichen Bedarf der Gewinnspiel-Anbieter dient.
378. Die Gewinnspiel-Anbieter verfolgen das Interesse, dass möglichst viele Spieler bundesweit ihr Angebot an Gewinnspielen wahrnehmen, sei es, weil dadurch der natürliche Spieltrieb der Bevölkerung in geordnete und überwachte Bahnen gelenkt werden soll, sei es aus rein wirtschaftlichem Interesse. Zum Erreichen dieses Zieles ist es für die Gewinnspiel-Anbieter nicht maßgeblich, ob der vermittelte Spieler einzeln an dem angebotenen Gewinnspiel teilnimmt oder sich hierzu an einer Spielgemeinschaft beteiligt und über einen geringeren Gewinn eine höhere Gewinnchance zu erreichen sucht. Vielmehr liegt es im Interesse des Gewinnspiel-Anbieters, dass bundesweit tätige Spielvermittler möglichst alle Teilnahmeformen anbieten, weil auch aus Sicht der Spieler die Teilnahme als Einzelspieler und die Teilnahme an einem gewerblich vermittelten Spiel substituierbar ist. Das Interesse der Gewinnspiel-Anbieter an den Spielern, die über gewerbliche Vermittler teilnehmen, zeigt sich auch daran, dass einige Landeslottogesellschaften als Reaktion auf das Aufkommen der gewerblich tätigen Spielvermittler eigene Anteilsscheine für bestimmte Spiele anbieten, um diese Spieler unmittelbar auf sich zu lenken.
379. Ferner ergibt sich die Austauschbarkeit beider Kundengruppen aus Sicht der Nachfrager daraus, dass die bundesweit tätigen Spielvermittler, die sowohl individuelle Spiele als auch Spielbeteiligungen anbieten, die individuellen Spieleinsätze gegenüber dem Gewinnspiel-Anbieter nicht anders behandeln als diejenigen aus Spielbeteiligungen. Für den Gewinnspiel-Anbieter ist daher nicht erkennbar, ob die Spielaufträge aus einer Spielgemeinschaft oder aus Einzeltipps stammen. Ferner erfolgt auch keine unterschiedliche Provisionszahlung durch die Lotterie-Anbieter.

²⁹⁰ Haver & Mailänder, Schreiben vom 28.07.06, Fn. 200; Bl. 3550

380. Zudem wird sowohl die Vermittlung von einzelnen Spielverträgen als auch die Vermittlung von Spielbeteiligungen nach § 14 Lotteriestaatsvertrag und nach § 2 Regionalisierungsstaatsvertrag als gewerbliche Spielvermittlung angesehen und den gleichen Regeln unterworfen.

(e) Weitere Unterteilung des Marktes

381. Ob der Markt für die bundesweite gewerbliche Vermittlung von Gewinnspielen weiter zu unterteilen ist nach dem Vertrieb über das Internet einerseits und über Post und Telefon andererseits kann offen bleiben, weil das Ergebnis der wettbewerblichen Prüfung auch bei einer engeren Markt Betrachtung nicht anders ausfällt als bei einer weiten Abgrenzung.

(f) Zwischenergebnis

382. Es existiert ein eigenständiger sachlich relevanter Markt für die bundesweite gewerbliche Vermittlung von Gewinnspielen durch unabhängige Vermittler. Aus Sicht der Spieleanbieter als Nachfrager beim Bezug von Vermittlungsleistungen besteht kein einheitlicher Vermittlungsmarkt für Gewinnspiele. Vielmehr ist nach dem Ergebnis der Ermittlungen die Nachfrage nach bundesweiten Vermittlungsleistungen durch unabhängige Vermittler von der Nachfrage nach lokalen Vermittlungsleistungen über stationäre Lotto-Aannahmestellen und Wettannahmen für Pferdewetten abzugrenzen. Ferner sind die von der Lotteriegesellschaft kontrollierten staatlichen Lottereeinnehmer der Klassenlotterien nicht als unabhängige Spielvermittler anzusehen. Eine weitere Unterteilung des Marktes nach der Vermittlung von Einzelspielen und der Vermittlung von Spielgemeinschaften ist nicht sachgerecht. Ob eine weitere Differenzierung nach dem Vertriebsweg vorzunehmen ist, kann offen bleiben.

2.2.3 Räumliche Marktabgrenzung

383. Die Anbieter der bundesweiten gewerblichen Vermittlung von Gewinnspielen bieten ihre Leistungen den Gewinnspiel-Anbietern bundesweit an, so dass der Markt bundesweit abzugrenzen ist.

2.2.4 Einschränkung des Wettbewerbs

384. Die Aufforderung des Rechtsausschusses an alle Lottogesellschaften, keine Spieleinsätze von gewerblichen Spielvermittlern anzunehmen, die aus terrestrischer Vermittlungstätigkeit stammen, bezweckt und bewirkt eine Einschränkung des Nachfragewettbewerbs auf dem bundesweiten Markt für die gewerbliche Vermittlung von Gewinnspielen.

(a) Bezweckte Wettbewerbseinschränkung

385. Nach den oben dargelegten Kriterien²⁹¹ bezweckt die Aufforderung des Rechtsausschusses eine Einschränkung des Wettbewerbs unter den Lottogesellschaften im Hinblick auf die Nachfrage nach bundesweiten terrestrischen Vermittlungsleistungen gewerblicher Spielvermittler.
386. Die Lottogesellschaften stehen grundsätzlich als Nachfrager auf dem Markt für gewerbliche Spielvermittlung miteinander im Wettbewerb. Das Wettbewerbsverhältnis ergibt sich daraus, dass die Lottogesellschaften selbst ihre Produkte aufgrund des Regionalitätsprinzips nur innerhalb des jeweiligen Bundeslandes aktiv vertreiben.²⁹² Mit der Tätigkeit gewerblicher Spielvermittler, die nicht an das Regionalitätsprinzip gebunden sind, eröff-

²⁹¹ siehe oben Rz. 221

²⁹² siehe hierzu oben Rz. 223

nete sich den Landeslottogesellschaften zusätzlich die Möglichkeit, Spieelaufträge aus ganz Deutschland entgegenzunehmen. Aufgrund der erheblichen Summen an Spieleinsätzen und Bearbeitungsgebühren, die auf diesem Weg eingenommen werden, besteht auch ein erhebliches wirtschaftliches Interesse der Landeslottogesellschaften an der Abgabe der Spieelaufträge in ihrem Land.²⁹³ Der Wettbewerb der Lottogesellschaften um die gewerblichen Spielvermittler hat dazu geführt, dass die Bundesländer den Regionalisierungsstaatsvertrag abgeschlossen haben, der das Ziel verfolgt, den Wettbewerb der Lottogesellschaften um gewerbliche Spielvermittler deutlich zu vermindern und sicher zu stellen, dass der weit überwiegende Teil des Reinertrages wieder an die Herkunftsländer zurückfließt.²⁹⁴ So hat Baden-Württemberg massiv auf diese Regionalisierung gedrängt und erwartete dadurch Mehreinnahmen in Höhe von rund 10 Mio. € aus dem Reinertrag sowie in Höhe von rund 1 oder 1,5 Mio. € aus dem Lotteriesteuerertrag.²⁹⁵

387. Die Lottogesellschaften sollen nach der Aufforderung des Rechtsausschusses nicht mehr individuell über die Annahme von Angeboten zum Abschluss von Vereinbarungen mit gewerblichen Spielvermittlern entscheiden, wenn deren Angebot aus einer terrestrischen Vermittlungstätigkeit stammt, sondern solche Angebote generell ablehnen. Hierdurch soll der mit dem Angebot von Fluxx entstehende Nachfragewettbewerb zwischen den einzelnen Lottogesellschaften um die Leistungen gewerblicher Spielvermittler im terrestrischen Vertrieb vollständig ausgeschlossen werden. Der Wettbewerb um die gewerblichen Spielvermittler wird dadurch eingeschränkt.

(b) Bewirkte Wettbewerbseinschränkung

388. Die Aufforderung des Rechtsausschusses vom 25./26.04.2005 bewirkt auch eine Einschränkung des Nachfragewettbewerbs unter den Lottogesellschaften, weil keine Lottogesellschaft Spieleinsätze aus terrestrischen Vermittlungsstellen gewerblicher Spielvermittler entgegennimmt.²⁹⁶

2.2.5 Keine unlauteren Wettbewerbshandlungen

389. Wie oben dargestellt, fällt die Aufnahme terrestrischer Vermittlungsaktivitäten durch gewerbliche Spielvermittler nicht als eine Maßnahme unlauteren Wettbewerbs aus dem Anwendungsbereich von Art. 81 EG heraus. Zum einen haben die Lottogesellschaften nicht die hierfür zuständigen Aufsichtsbehörden über das nach ihrer Ansicht rechtswidrige Verhalten der gewerblichen Spielvermittler unterrichtet und sich auch mit der Aufforderung des Rechtsausschusses nicht auf die Abwehr des als rechtswidrig angesehenen Verhaltens beschränkt, zum anderen verstößt der terrestri-

²⁹³ siehe hierzu oben Rz. 238

²⁹⁴ Mitteilung der Landesregierung Baden-Württemberg vom 19. Dezember 2003 – Information über die Staatsvertragsentwürfe; hier: Entwurf des Staatsvertrages über die Regionalisierung von Teilen der von den Unternehmen des Deutschen Lotto- und Totoblocks erzielten Einnahmen, Landtag von Baden-Württemberg, Drucksache 13/2776, S. 1, Bl. 1203 d.A.

²⁹⁵ Beschlussempfehlung und Bericht des Finanzausschusses zur der Mitteilung der Landesregierung vom 19. Dezember 2003 – Drucksache 13/2776, Landtag von Baden-Württemberg, Drucksache 13/2827, S. 2, Bl. 1209 d.A.

²⁹⁶ siehe hierzu oben Rz. 240 ff.

sche Vertrieb gewerblicher Spielvermittler nicht gegen die lotterierechtlichen Vorgaben des Lotteriestaatsvertrages.²⁹⁷

2.2.6 Spürbarkeit

390. Auf dem Markt für bundesweite gewerbliche Vermittlung von Gewinnspielen sind die Lottogesellschaften die wichtigsten Nachfrager der Vermittlungsleistung. Außer Ihnen sind lediglich die Veranstalter von Pferdewetten auf der Nachfrageseite tätig, deren Spieleinsätze 2003 nur rund 2% der gesamten Spieleinsätze der Lottogesellschaften erreichte. Damit entfallen auf die Veranstalter von Pferdewetten nur minimale Nachfragevolumina. Im Hinblick auf die in Deutschland tätigen Spielvermittler, die mit einer aus DDR-Zeiten stammenden Erlaubnis Sportwetten ins Ausland vermitteln (betandwin, digibet, Sportwetten Gera und Interwetten), ist zu berücksichtigen, dass es sich z. T. um konzerninterne Umsätze (Sportwetten Gera) handelt und die Legalität ihrer bundesweiten Tätigkeit nach dem Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 21.06.06 fraglich ist.²⁹⁸ Zudem wurde dem mittlerweile unter bwin firmierenden Sportwettenveranstalter betandwin das Angebot von Sportwetten auf der Grundlage der Gewerbe genehmigung des Kreises Löbau von 1990 untersagt.²⁹⁹ Die Behörden gehen auch gegen die Tätigkeit der Wettunternehmen Deutsche Sportwetten-Gesellschaft und digibet vor.³⁰⁰ Die Marktanteile der Lottogesellschaften auf dem bundesweiten Markt für die gewerbliche Vermittlung von Gewinnspielen liegen damit auf jeden Fall über der von der Kommission angenommenen Bagatellgrenze mit einem gemeinsamen Marktanteil von 10%.

2.2.7 Zwischenergebnis

391. Die Aufforderung des Rechtsausschusses des DLTB bezweckt und bewirkt als Beschluss einer Unternehmensvereinigung und als Vereinbarung zwischen Unternehmen einen spürbaren Ausschluss des Wettbewerbs der Lottogesellschaften auf dem bundesweiten Markt für die Nachfrage nach gewerblicher Spielvermittlung über terrestrische Vermittlungsstellen.

3. Beeinträchtigung des Handels zwischen Mitgliedstaaten

392. Der vom Rechtsausschuss des DLTB getroffene Beschluss, führt zu einer Koordinierung des Marktverhaltens und zu einer spürbaren Beschränkung des Wettbewerbs zwischen den Lottogesellschaften als Anbieter auf dem Markt für Lotterien und als Nachfrager auf dem Markt für die bundesweite gewerbliche Vermittlung von Lotterien und Spielwetten.
393. Das Erfordernis der Beeinträchtigung des Handels zwischen Mitgliedstaaten setzt voraus, dass Auswirkungen auf grenzüberschreitende wirtschaftliche Tätigkeiten zwischen mindestens zwei Mitgliedstaaten vorliegen. Eine Eignung zur Beeinträchtigung ist anzunehmen, wenn sich anhand objektiver rechtlicher oder tatsächlicher Umstände mit hinreichender Wahrscheinlichkeit voraussehen lässt, dass die Vereinbarung oder Verhaltensweise den Warenverkehr zwischen Mitgliedstaaten unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potenziell beeinflussen kann. Darüber hinaus

²⁹⁷ siehe hierzu oben Rz. 253 ff.

²⁹⁸ Aktenzeichen 6 C 19.06

²⁹⁹ Pressemitteilung des Sächsischen Innenministeriums vom 10.08.06, www.sachsen.de; Bl. 3933 d.A.

³⁰⁰ Financial Times Deutschland vom 14.08.06, S. 5 „Verbote treffen weitere Wettfirmen“; Bl. 3932 d.A.

ist das Gemeinschaftsrecht anwendbar, wenn die Vereinbarungen geeignet sind, die Wettbewerbsstruktur in der Gemeinschaft zu beeinträchtigen.³⁰¹

3.1. Handel zwischen Mitgliedstaaten

394. Die Vereinbarung im Rechtsausschuss des DLTB hat Auswirkungen auf das grenzüberschreitende Angebot an Lotterien und Sportwetten, denn das Angebot an Lotterien und Sportwetten erfolgt grenzüberschreitend.
395. Die in Deutschland veranstalteten Lotterien und Sportwetten werden auch von Verbrauchern in anderen Mitgliedstaaten der Europäischen Union gespielt. Lotto Rheinland-Pfalz hat 2003 knapp 5 % ihrer Umsätze im Ausland durch den Vertrieb der deutschen Lotterien Zahlenlotto, Spiel 77 und Super 6 auf der Grundlage einer bilateralen Vereinbarung zwischen dem Land Rheinland-Pfalz und dem Großherzogtum Luxemburg über eine Generalagentur in Luxemburg erzielt. Lotto Rheinland-Pfalz und Lotto Saarland haben bis zum 31.03.06 auf der Grundlage jahrzehntelanger, mehrfach verlängerter langjähriger Konzessionen des luxemburgischen Justizministers Zahlenlotto, Spiel 77 und Super 6 in Luxemburg angeboten.³⁰² Seit dem 1.01.06 bietet Lotto Nordrhein-Westfalen diese Lotterien in Luxemburg an.³⁰³ Die deutschen Sportwetten Toto und ODDSET werden in Luxemburg von Lotto Rheinland-Pfalz und Lotto Saarland angeboten.³⁰⁴
396. Ferner können Verbraucher mit Wohnsitz in anderen Mitgliedstaaten der Europäischen Union über gewerbliche Spielvermittler im Internet an deutschen Lotterien und Sportwetten teilnehmen oder aus den angrenzenden Ländern nach Deutschland reisen, um ihre Spieleinsätze bei terrestrischen Annahmestellen abzugeben. Beide Varianten werden auf dem Markt praktiziert. Zum einen existieren mehrere im europäischen Ausland ansässige gewerbliche Spielvermittler, die – z. T. neben den Produkten anderer staatlicher Lotterien in und außerhalb der Gemeinschaft - im Internet die Teilnahme an Produkten des DLTB anbieten.³⁰⁵ Die Akquisition von Spielteilnehmern im Ausland durch gewerbliche Spielvermittler war zudem ein Grund für die Bundesländer, den Regionalisierungsstaatsvertrag zu schließen³⁰⁶ (Hervorhebung d. Verf.):

„[...] Der Staatsvertrag über die Regionalisierung von Teilen der von den Unternehmen des Deutschen Lotto- und Totoblocks (DLTB) erzielten Einnahmen beruht darauf, dass in den zurückliegenden Jahren verstärkt so genannte gewerbliche Spielvermittler aufgetreten sind (z.B. Faber), die in ganz Deutschland und zum Teil **auch im Ausland** Spielteilnehmer akquirieren und Spielverträge an ein oder mehrere Lotto- und

³⁰¹ Bekanntmachung der Kommission – Leitlinien über den Begriff der Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels in den Art. 81 und 82 des Vertrages, ABl. C 101 v. 27.4.2004, S. 83 f., Ziff. 19 ff.

³⁰² Schreiben Haver & Mailänder vom 19.05.06, S. 4, Bl. 1443 d.A.

³⁰³ Schreiben Haver & Mailänder vom 19.05.06, S. 4, Bl. 1443 d.A.

³⁰⁴ Niederschrift über die außerordentliche Sitzung der Geschäftsführer des DLTB am 10. Januar 2006, Beschluss 3 b), Bl. 1469 d.A.; Schreiben des DLTB vom 8.02.06 an alle Blockpartner im Hinblick auf den Umlaufbeschluss 01/2006, Bl. 1474 d.A.

³⁰⁵ So z. B. die EuroLotto Systems AG, Luxemburg (www.eurolotto-club.com); Overseas Subscribers Agents, Amsterdam, Niederlande (www.lotteryshop.com); LottoTeam Services BV, Venlo, Niederlande (www.lottoteam.com).

³⁰⁶ Mitteilung des Bremer Senats vom 4. Mai 2004, Bremische Bürgerschaft, Landtag Drs. 16/238, S. 2, Bl. 1211 Rückseite d.A.

Spielverträge an ein oder mehrere Lotto- und Totounternehmen vermitteln.

397. Bei der Teilnahme ausländischer Verbraucher an deutschen Lotterien über gewerbliche Spielvermittler handelt es sich entgegen der unzutreffenden Ansicht der Lottogesellschaften³⁰⁷ nicht um generell strafbare Handlungen. Der Spielvermittler wird im Interesse des Spielers tätig und muss bei der Vermittlung nach § 14 Abs. 2 Nr. 4 Lotteriestaatsvertrag der Lottogesellschaft nur den Umstand der Vermittlung offen legen, aber keine Anschrift des Spielers und schon gar keine Adresse in Deutschland angeben. Die gegenteilige Behauptung der Lottogesellschaften findet im Lotteriestaatsvertrag keine Stütze.
398. Wie sich aus den Grundsätzen der Lottogesellschaften zum Umgang mit gewerblichen Spielvermittlern³⁰⁸ ergibt, gehen die Lottogesellschaften selbst nicht pauschal von der Unzulässigkeit der Vermittlung in Deutschland veranstalteter Lotterien durch gewerbliche Spielvermittler an Verbraucher in anderen Mitgliedstaaten der EU aus, sondern verlangen lediglich den Nachweis der Recht- und Ordnungsmäßigkeit der Betätigung im Herkunftsland. Der Spieler aus einem anderen EU-Mitgliedstaat machte sich daher nur dann nach dem Recht seines Heimatlandes strafbar, wenn dort die Teilnahme an Lotterien im Ausland unter Strafe gestellt ist.
399. Zum anderen wurde von den Erwerbgesellschaften im Verfahren B10-167/04³⁰⁹ berichtet, dass insbesondere bei großen Beträgen im Jackpot Unionsbürger aus angrenzenden Mitgliedstaaten, z. B. Österreich und den Niederlanden, in den terrestrischen Annahmestellen des DLTB spielen.³¹⁰
400. Umgekehrt können auch die deutschen Verbraucher grenzüberschreitend das Angebot von Lotterien aus dem Ausland nutzen, indem sie Annahmestellen ausländischer Glücksspielanbieter in Grenznähe aufsuchen.

3.2 Eignung zur spürbaren Beeinträchtigung

401. Der Beschluss der Geschäftsführer der im Rechtsausschuss des DLTB vertretenen Gesellschafter, die Gesellschaften des DLTB aufzufordern, Umsätze gewerblicher Spielvermittler aus terrestrischer Vermittlung nicht anzunehmen, ist geeignet, den Handel zwischen den Mitgliedstaaten spürbar zu beeinträchtigen.
402. Eine Vereinbarung oder Verhaltensweise ist zur Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels geeignet, wenn sich anhand objektiver rechtlicher und tatsächlicher Umstände mit hinreichender Wahrscheinlichkeit voraussehen lässt, dass sie den Handel zwischen Mitgliedstaaten unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potenziell in einer Weise beeinflussen kann, die der Verwirklichung der Ziele eines einheitlichen zwi-

³⁰⁷ Haver & Mailänder, Schreiben vom 28.07.06, S. 127, Bl. 3555

³⁰⁸ Ziff. 1.7 der Grundsätze der Unternehmen des Deutschen Lotto- und Totoblocks im Umgang mit gewerblichen Spielvermittlern, Stand 11.08.05 (überarbeitet von SACHSEN-LOTTO), Bl. 1265 d.A.

³⁰⁹ Lotterie-Treuhandgesellschaft mbH Hessen, Wiesbaden; Lotto Rheinland-Pfalz GmbH, Koblenz; Staatliche Toto-Lotto GmbH Baden-Württemberg, Stuttgart; Erwerb von jeweils 25,00001 % (insg. 75 % und eine Aktie) der Anteile an der Tipp24 AG, Hamburg; Gemeinschaftsunternehmen; Anmeldung gemäß § 39 Abs. 1 GWB

³¹⁰ Protokoll der Besprechung im Bundeskartellamt am 20.1.05, S. 2, Bl. 1411 d.A.

schenstaatlichen Marktes nachteilig sein könnte.³¹¹ Entscheidend ist, dass sich infolge der zu beurteilenden Maßnahme der zwischenstaatliche Handel anders als ohne die Absprache entwickeln könnte.³¹² Der Begriff des Handels in Art. 81 EG ist dabei weit gefasst und umfasst insbesondere Dienstleistungen.³¹³ Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit sind insbesondere dann geeignet, den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen, wenn sie eine Abschottung der nationalen Märkte bewirken.³¹⁴ Dabei ist auch das rechtliche und tatsächliche Umfeld zu berücksichtigen, in dem die Vereinbarung durchgeführt wird. Existieren bereits Schranken, welche die grenzüberschreitende Tätigkeit erschweren, ist es von besonderer Bedeutung sicher zu stellen, dass Vereinbarungen solche Tätigkeiten nicht weiter behindern.³¹⁵ Die Anwendung des Kriteriums der Beeinträchtigung des Handels erfolgt dabei unabhängig von der Abgrenzung der räumlich relevanten Märkte.³¹⁶ Nach diesen Grundsätzen ist die Gefahr einer Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels zu bejahen.

403. Durch die Aufforderung des Rechtsausschusses wird der Handel mit Lotterierprodukten zwischen Mitgliedstaaten unmittelbar und tatsächlich beeinflusst.
404. **Beeinflussung des Angebotswettbewerbs der Lottogesellschaften um Spielinteressenten aus dem Ausland**
405. Der Angebotswettbewerb der Lottogesellschaften um Spielinteressenten aus dem Ausland existiert bislang nur sehr eingeschränkt. Der geplante Aufbau terrestrischer Vermittlungsstellen durch gewerbliche Spielvermittler verstärkt den Wettbewerb der Lottogesellschaften um Lotterieverträge mit spielinteressierten Verbrauchern und ist geeignet auch den Wettbewerb um Spielinteressenten aus dem Ausland zu verstärken. Die Aufforderung des Rechtsausschusses schließt den im Entstehen begriffenen Wettbewerb um den grenzüberschreitenden Absatz von Lotterien über den terrestrischen Vertrieb gewerblicher Spielvermittler aus, so dass sich der grenzüberschreitende Absatz von Lotterierprodukten anders entwickelt als ohne die Aufforderung.
406. Spielinteressenten aus dem Ausland können wegen der Marktaufteilung unter den Lottogesellschaften durch das Regionalitätsprinzip die von den Landeslottogesellschaften vertriebenen Lotterien und Sportwetten nicht über das Internet unmittelbar bei einer der Lottogesellschaften ihrer Wahl spielen. Vielmehr steht das Internet-Angebot der einzelnen Lottogesellschaften jeweils nur den Einwohnern des Bundeslandes zur Verfügung, in

³¹¹ Bekanntmachung der Kommission – Leitlinien über den Begriff der Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels in den Art. 81 und 82 des Vertrages, ABl. C 101 v. 27.4.2004, S. 83 f., Ziff. 23; OLG Düsseldorf, VI – Kart 5/06 (V), Beschl. v. 12.04.06, S. 8 – Soda-Club; Bunte in: Langen/Bunte, Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, 10. Aufl., Art. 81, Rn. 122

³¹² EuGH, Rs. 23/67 Slg. 1967, 543, 556 – De Haecht I; Bunte in: Langen/Bunte, Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, 10. Aufl., Art. 81, Rn. 122

³¹³ Bunte in: Langen/Bunte, Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, 10. Aufl., Art. 81, Rn. 121

³¹⁴ Bekanntmachung der Kommission – Leitlinien über den Begriff der Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels in den Art. 81 und 82 des Vertrages, ABl. C 101 v. 27.4.2004, S. 83 f., Ziff. 78 ff.

³¹⁵ Bekanntmachung der Kommission – Leitlinien über den Begriff der Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels in den Art. 81 und 82 des Vertrages, aaO, Ziff. 32

³¹⁶ OLG Düsseldorf, VI – Kart 5/06 (V), Beschl. v. 12.04.06, S. 8 – Soda-Club

dem die jeweilige Lottogesellschaft ihren Sitz hat. Ausländische Verbraucher haben daher über das Internet keinen unmittelbaren Zugang zum staatlich verantworteten Spielangebot der Lottogesellschaften. Ausländische Spielinteressenten können über das Internet das Angebot der Lottogesellschaften – anders als Verbraucher mit einem Wohnsitz in Deutschland - nur mittelbar über gewerbliche Spielvermittler nutzen, die für ihre Leistungen regelmäßig ein zusätzliches Entgelt verlangen, so dass ausländische Spieler für die Spielteilnahme ein höheres Entgelt als deutsche Verbraucher zu entrichten haben.³¹⁷

407. Dies können sie bislang nur durch das Aufsuchen einer terrestrischen Annahmestelle einer Lottogesellschaft vermeiden, wobei diese Gelegenheit proportional zur Entfernung des Wohnortes des ausländischen Spielinteressenten von der deutschen Grenze abnimmt. Die Marktaufteilung der Lottogesellschaften führt dabei dazu, dass auch der grenzüberschreitend wirkende Wettbewerb der Lottogesellschaften um ausländische Spielinteressenten über terrestrische Annahmestellen und damit die Auswahlmöglichkeiten der Verbraucher nur sehr begrenzt ist. Verbraucher aus grenznahen Regionen der Nachbarländer, welche nach Deutschland kommen, um hier an den überregional veranstalteten Lotterien und Sportwetten über terrestrische Annahmestellen teilzunehmen, können nur bei der jeweiligen Landeslottogesellschaft spielen, die ihren Sitz in dem Bundesland hat, dessen Grenze an das Heimatland des ausländischen Spielers stößt. Daher können bislang nur solche Spielinteressenten aus einem der EU-Mitgliedstaaten, die in der Nähe mehrerer Bundesländer wohnen (beispielsweise Franzosen, die im Saarland und in Rheinland-Pfalz spielen können), zwischen dem Angebot mehrerer Lottogesellschaften wählen. Von den Erwerbengesellschaften wurde im Verfahren B10-167/04³¹⁸ berichtet, dass insbesondere bei großen Beträgen im Jackpot Unionsbürger aus angrenzenden Mitgliedstaaten, z. B. aus Österreich und aus den Niederlanden, in den terrestrischen Annahmestellen der DLTB-Gesellschafter spielen.³¹⁹
408. Ferner verhindert das Regionalitätsprinzip, dass die Lottogesellschaften nach ihrer eigenen Entscheidung in Grenznähe Annahmestellen aufbauen, weil es ihre Tätigkeit auf das eigene Bundesland begrenzt. Nur die Landeslottogesellschaft des Bundeslandes, das jeweils an einen anderen Mitgliedstaat der Europäischen Union grenzt, kann in Grenznähe Annahmestellen unterhalten. Die Landeslottogesellschaften von Hamburg, Bremen, Hessen, Sachsen-Anhalt, Thüringen und Berlin sind daher nicht in der Lage, ausländischen Spielinteressenten ein Angebot in Grenznähe zu unterbreiten.
409. Mit dem unmittelbar bevorstehenden Aufbau terrestrischer Vermittlungsstellen gewerblicher Spielvermittler erhalten ausländische Spielinteressenten die Möglichkeit, in Grenznähe über einen Spielvermittler bei einer Lottogesellschaft ihrer Wahl terrestrisch zu spielen. Damit erhalten auch die Lottogesellschaften in Bundesländern

³¹⁷ siehe die Darstellung „Computerbild testet Lotto“ auf der Homepage von Lotto Bayern, Bl. 1237 d.A.

³¹⁸ Lotterie-Treuhandgesellschaft mbH Hessen, Wiesbaden; Lotto Rheinland-Pfalz GmbH, Koblenz; Staatliche Toto-Lotto GmbH Baden-Württemberg, Stuttgart; Erwerb von jeweils 25,00001 % (insg. 75 % und eine Aktie) der Anteile an der Tipp24 AG, Hamburg; Gemeinschaftsunternehmen; Anmeldung gemäß § 39 Abs. 1 GWB.

³¹⁹ B10-167/04 Lotto Hessen, Rheinland-Pfalz und Baden-Württemberg wg. Tipp24; Protokoll der Besprechung im Bundeskartellamt am 20.1.05, S. 2, Bl. 642 d.A.

die Lottogesellschaften in Bundesländern ohne Außengrenze zu einem der EU-Nachbarstaaten die Möglichkeit, Spielinteressenten aus anderen Mitgliedstaaten für ihr Angebot zu interessieren und mit Bürgern anderer EU-Mitgliedstaaten Spielverträge zu schließen. Die Lottogesellschaften treten dann insoweit in den Wettbewerb um die Spielverträge mit ausländischen Spielinteressenten.

410. Wie oben dargestellt, ist die Aufforderung des Rechtsausschusses geeignet, den Aufbau der terrestrischen Spielvermittlung durch gewerbliche Spielvermittler zu verhindern, und hat auch diese Wirkung³²⁰. Die Aufforderung hindert die gewerblichen Spielvermittler dabei auch daran, eigene terrestrische Vermittlungsstellen in Grenznähe zu errichten, um insbesondere auf diese Weise Spielinteressenten aus anderen Mitgliedstaaten für das Spielangebot in Deutschland zu gewinnen. Damit der in der Entstehung begriffene grenzüberschreitende Wettbewerb der Lottogesellschaften um Spielverträge mit ausländischen Spielinteressenten verhindert. Deshalb wird sich der Handel zwischen den Mitgliedstaaten aufgrund des zwischen den DLTB-Gesellchaftern vereinbarten und im Rechtsausschuss des DLTB beschlossenen Ausschlusses terrestrischer Annahmestellen gewerblicher Spielvermittler anders entwickeln, als dies ohne die Vereinbarung der Fall gewesen wäre, so dass auch deshalb das Gemeinschaftsrecht anwendbar ist.³²¹
411. Außerdem verhindert die Aufforderung, dass ausländische Unternehmen, die in Deutschland als gewerbliche Spielvermittler tätig sind oder diese Tätigkeit planen, im Ausland über terrestrische Vermittlungsstellen Spielinteressenten für das Lotterieangebot der Lottogesellschaften akquirieren und auf diese Weise einen grenzüberschreitenden Wettbewerb zwischen den Lottogesellschaften um Lotterieverträge mit Spielinteressenten aus anderen EU-Mitgliedstaaten erzeugen. Wie oben dargestellt, ist dies nicht von vornherein unzulässig, sondern vom Recht des Staates abhängig, in dem die terrestrischen Vermittlungsstellen errichtet werden.
412. Die Aufforderung des DLTB-Rechtsausschusses an alle Lottogesellschaften, keine Spieleinsätze gewerblicher Spielvermittler aus terrestrischer Vermittlung entgegenzunehmen, beeinflusst daher den grenzüberschreitenden Handel mit Lotterierprodukten zwischen den Mitgliedstaaten der EU.
413. **Abschottung des Nachfragemarkts für gewerbliche Spielvermittlung**
414. Außerdem bezweckt und bewirkt der Beschluss eine umfassende Koordinierung der Nachfrage der Lottogesellschaften auf dem nur begrenzt geöffneten deutschen Markt für die Nachfrage nach gewerblicher Vermittlung von Lotterien und Spielwetten und damit eine weitere Eindämmung der gewerblichen Spielvermittlung. Diese Koordinierung ist potenziell geeignet, die Nachfrage nach gewerblicher Vermittlung von Lotterien und Wettspielen in Deutschland gegenüber Spielvermittlern aus dem europäischen Ausland abzuschotten, da ihr Markteintritt erschwert bzw. unwirtschaftlich gemacht wird.
415. Die gewerbliche Spielvermittlung wird derzeit weitgehend über das Internet sowie auf dem Postweg und über Call-Center betrieben. Auf diesen

³²⁰ siehe oben Rz. 220 ff.

³²¹ Bekanntmachung der Kommission – Leitlinien über den Begriff der Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels in den Art. 81 und 82 des Vertrages, aaO, Ziff. 34

Wegen wird aber nur ein vergleichsweise geringer Teil der Lotterierprodukte abgesetzt. Mit deutlich über 90% der Spieleinsätze der Lottogesellschaften wird der weit überwiegende Teil der Lotterien über die terrestrischen Annahmestellen der Lottogesellschaften abgesetzt. Da eine Vielzahl an Verbrauchern auch weiterhin nur im terrestrischen Geschäftsverkehr erreicht werden kann, stellt die Ausgrenzung dieses Bereichs aus der gewerblichen Spielvermittlung für die Spielvermittler einen erheblichen Nachteil dar, der die Geschäftstätigkeit gewerblicher Spielvermittler in Deutschland erschwert.

416. Dabei ist zu berücksichtigen, dass für die gewerbliche Spielvermittlung in Deutschland mit dem Lotteriestaatsvertrag und den Glücksspielgesetzen der Bundesländer ein enger rechtlicher Rahmen existiert und bei Berücksichtigung auch des tatsächlichen Umfeldes die Tätigkeit von Unternehmen aus anderen EU-Mitgliedstaaten in Deutschland nur wenig attraktiv ist. Derzeit kann dementsprechend vorbehaltlich der oben genannten Beispiele nicht festgestellt werden, dass sich gewerbliche Spielvermittler aus anderen Mitgliedstaaten intensiv um den Eintritt auf diesen Markt bemühen würden.
417. Der Markteintritt für gewerbliche Spielvermittler aus dem Ausland ist bereits aufgrund der landesrechtlichen Regulierung der gewerblichen Spielvermittlung wenig attraktiv. Zum einen wird der Nachfragewettbewerb der Lottogesellschaften durch den Regionalisierungsstaatsvertrag begrenzt. Dieser Staatsvertrag aller Bundesländer sieht vor, dass die Einnahmen aus gewerblicher Spielvermittlung unter den Bundesländern nach dem Verhältnis der von ihnen eingenommenen Spieleinsätze aufzuteilen ist. Bereits hierdurch wird der Anreiz der Lottogesellschaften, mit einem gewerblichen Spielvermittler zusammenzuarbeiten, um zusätzliche Spieleinsätze zu generieren, gedämpft. Ferner wird nur die Vermittlung deutscher Lotterie- und Wettspielprodukte für zulässig gehalten, so dass ausländische Spielvermittler keine Möglichkeit haben, die Lotterien und Spielwetten ihres Heimatlandes in Deutschland zu vermitteln, sondern sich insoweit Vertragsbeziehungen zu den Gesellschaftern des DLTB aufbauen müssen. Außerdem sind in Deutschland bereits starke gewerbliche Spielvermittler tätig. Diese Schranken sind jedoch nicht absolut, sondern erschweren grenzüberschreitende Tätigkeiten lediglich, wie die Tätigkeit der ausländischen Spielvermittler in Deutschland zeigt.
418. Weil die grenzüberschreitende Tätigkeit der Spielvermittler bereits erschwert ist, führt der durch den Beschluss des Rechtsausschusses bezweckte und bewirkte Ausschluss der terrestrischen Vermittlung durch gewerbliche Spielvermittler zu einer weiteren Beschränkung, welche die Tätigkeit der ausländischen Spielvermittler zusätzlich beeinträchtigt. Im Ergebnis hat der Beschluss daher auch Auswirkungen auf den grenzüberschreitenden Handel im Hinblick auf die Nachfrage nach gewerblicher Spielvermittlung durch die Lottogesellschaften.
419. Der vom den Lottogesellschaften als Beschluss des Rechtsausschusses vereinbarte Ausschluss von Spieleinsätzen gewerblicher Spielvermittler aus der terrestrischen Spielvermittlung führt somit zu einer Beschränkung des Angebotswettbewerbs der Lottogesellschaften um Spielinteressenten aus anderen Mitgliedstaaten und zu einer Beschränkung des Nachfragewettbewerbs der Lottogesellschaften um die Leistungen gewerblicher Spielvermittler aus anderen Mitgliedstaaten und beeinflusst dadurch den zwischenstaatlichen Handel.

420. Die Beeinflussung des zwischenstaatlichen Handels ist auch spürbar. Die Spürbarkeit stellt ein quantitatives Element dar, das die Anwendbarkeit des Gemeinschaftsrechts auf Vereinbarungen und Verhaltensweisen beschränkt, die geeignet sind, Auswirkungen eines bestimmten Ausmaßes zu verursachen. Zu berücksichtigen sind insoweit die Marktstellung und die der Umsätze der beteiligten Unternehmen mit den betreffenden Waren.³²² Der Beschluss der Lottogesellschaften im Rechtsausschuss betrifft mit einem Anteil von rund 98% fast die gesamte Nachfrageseite des Marktes für gewerbliche Spielvermittlung³²³ sowie mit einem Marktanteil von 81% im Jahr 2004 den überwiegenden Teil der Anbieter von Lotterien in Deutschland³²⁴, so dass die Spürbarkeit außer Frage steht.

3.3 Ergebnis

421. Der Beschluss der Geschäftsführer der im Rechtsausschuss des DLTB vertretenen Gesellschafter, die Gesellschaften des DLTB aufzufordern, Umsätze gewerblicher Spielvermittler aus terrestrischer Vermittlung nicht anzunehmen, bezweckt und bewirkt eine Einschränkung des Wettbewerbs auf den regionalen Märkten für Lotterien in Deutschland sowie auf dem bundesweiten Markt für die Nachfrage nach gewerblicher Spielvermittlung über terrestrische Annahmestellen. Hierdurch wird der Handel zwischen Mitgliedstaaten spürbar beeinträchtigt, so dass die Aufforderung des Rechtsausschusses gegen Art. 81 Abs. 1 EG verstößt.

4. Artikel 81 Absatz 3 EG

422. Die Voraussetzungen für eine Freistellung nach Art. 81 Abs. 3 EG liegen nicht vor. Dabei müssen alle vier Voraussetzungen von Art. 81 Abs. 3 EG kumulativ erfüllt sein, wobei die Anforderungen abschließend sind.³²⁵
423. Durch die Aufforderung des Rechtsausschusses wird bereits die erste Voraussetzung nicht erfüllt. Es ist nicht ersichtlich, dass die Aufforderung zur Verbesserung der Warenerzeugung oder -verteilung und zur Förderung des technischen und wirtschaftlichen Fortschritts beiträgt. In diesem Rahmen sind Kosteneinsparungen infolge der Ausübung bloßer Marktmacht nicht zu berücksichtigen. Kostensenkungen infolge der Aufteilung von Märkten haben im Markt keine wettbewerbsfördernden Wirkungen und ermöglichen es den Unternehmen lediglich, ihre Gewinne zu steigern, so dass sie für die Anwendung von Art. 81 Abs. 3 EG unerheblich sind.³²⁶
424. Die Aufforderung des Rechtsausschusses führt dazu, dass der Wettbewerb unter den Lottogesellschaften um bundesweite Spielverträge mit spielinteressierten Verbrauchern eingeschränkt wird und festigt damit die räumliche Aufteilung von Deutschland unter den Lottogesellschaften anhand der Grenzen der Bundesländer. Hierdurch eintretende Kosteneinsparungen bei den Lottogesellschaften sind keine im Rahmen von Art. 81 EG zu berücksichtigenden Effizienzvorteile.

³²² Bekanntmachung der Kommission – Leitlinien über den Begriff der Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels in den Art. 81 und 82 des Vertrages, aa O, Ziff. 52.

³²³ siehe oben Rz. 390

³²⁴ siehe oben Rz. 227

³²⁵ Leitlinien zur Anwendung von Artikel 81 Absatz 3 EG-Vertrag, ABl. EG C/101, S. 97 Rn. 42

³²⁶ Leitlinien zur Anwendung von Artikel 81 Absatz 3 EG-Vertrag, ABl. EG C/101, S. 97, Rn. 49

425. Weitere Effizienzvorteile sind weder ersichtlich noch vorgetragen worden, so dass die Aufforderung des Rechtsausschusses nicht nach Art. 81 Abs. 3 EG vom Verbot des Art. 81 Abs. 1 EG freigestellt ist.

5. Ermessen nach § 32 GWB

426. Die Abstellung der Zuwiderhandlung gegen Art. 81 Abs. 1 EG steht nach § 32 Abs. 1 GWB im Ermessen des Bundeskartellamtes. Bei der Ausübung des Ermessens hat sich das Bundeskartellamt nach § 40 VwVfG am Zweck der Befugnis des § 32 GWB zu orientieren, die im öffentlichen Interesse zur Abwehr von Gefahren für die Freiheit des Wettbewerbs dient.³²⁷ Im vorliegenden Fall liegt die Zuwiderhandlung gegen Art. 81 Abs. 1 EG in der Aufforderung des Rechtsausschusses vom 25./26. April 2005, in der Durchführung dieses Beschlusses und in einer möglichen Wiederholung der Aufforderung.

427. Zwar hat der Rechtsausschuss im Umlaufverfahren beschlossen, den am 25./26. April 2005 zu Ziffer 2 gefassten Beschluss aufzuheben, es kann aber hier dahinstehen, ob die in der Aufforderung vom 25./26. April 2006 selbst liegende Zuwiderhandlung gegen Art. 81 EG durch den Aufhebungsbeschluss beendet wurde. Selbst dann besteht nach § 35 Abs. 3 GWB ein berechtigtes Interesse an der Feststellung der Zuwiderhandlung gegen Art. 81 EG durch den Beschluss. Der Aufhebungsbeschluss ist nach seinem Wortlaut nur rein vorsorglich und ohne Anerkennung einer betreffenden Rechtspflicht getroffen worden, so dass es der Feststellung der Zuwiderhandlung bedarf, um die Gefahr von Wiederholungen zu beseitigen. Dabei ist aufgrund der gesamten Umstände eine Wiederholung zu erwarten. Die Lottogesellschaften sehen in der Aufforderung keine Zuwiderhandlung gegen Art. 81 EG und haben lediglich erklärt, entsprechende Beschlussfassungen durch die Blockversammlung seien nicht beabsichtigt.³²⁸ Aus dieser allein auf die Blockversammlung bezogenen Erklärung wird deutlich, dass ähnliche Aufforderungen des Rechtsausschusses von den Lottogesellschaften nicht ausgeschlossen werden. Ferner haben die Lottogesellschaften in der Vergangenheit versucht, den zwischen ihnen durch die gewerbliche Spielvermittlung entstandenen Restwettbewerb auszuräumen. Dies erfolgte zunächst durch einen vollständigen Ausschluss der gewerblichen Spielvermittler von der Spielteilnahme, der vom Bundeskartellamt untersagt wurde. Im Jahr 2002 entwickelte die Arbeitsgruppe E-Commerce des DLTB ein Konzept für die Zusammenarbeit des DLTB mit Fremdportalen im Internet. Das Ziel ihres Auftrags formulierte die Arbeitsgruppe folgendermaßen:

„ [...] Dabei soll das Ziel erreicht werden, die gewerblichen Spielvermittler zugunsten der Marktanteile des DLTB zurückzudrängen und insbesondere die Marke „Lotto“ durch gezielte Marketingmaßnahmen zu stärken [...].“³²⁹

428. Ferner ändert der Aufhebungsbeschluss nichts an den Folgen des Beschlusses, weil sich die Lottogesellschaften – wie oben gezeigt - nach wie vor daran halten.

³²⁷ BGH WuW/E BGH 2697/2706 – Golden Toast

³²⁸ Haver & Mailänder, Schreiben vom 28.07.06, S. 146; Bl. 3574 d.A.

³²⁹ B10-167/04 Lotto Hessen, Rheinland-Pfalz und Baden-Württemberg wg. Tipp24; Anlage zum Schreiben von RA Dr. Staebe vom 31.03.05 Band II, Fach 14, Bl. 2846 d.A.

429. Die Abwägung des öffentlichen Interesses an der Feststellung, dass die Aufforderung des Rechtsausschusses gegen Art. 81 EG verstößt, und an der Untersagung der Durchführung dieses Beschlusses mit dem Interesse der Lottogesellschaften an der weiteren Durchführung des Beschlusses führt zu einem Überwiegen des öffentlichen Interesses.
430. Für eine Untersagung aus kartellrechtlichen Gründen spricht, dass die Aufforderung die bestehende Marktaufteilung zwischen den Lottogesellschaften festigt und es sich bei einer Marktaufteilung um eine als äußerst schädlich bewertete, verbotene Wettbewerbsbeschränkung handelt, die zu einer Einschränkung des Angebots und folglich zu höheren Preisen führt.³³⁰ Der vorliegende Fall betrifft das gesamte Gebiet der Bundesrepublik Deutschland und alle Lottogesellschaften und damit eine besonders gravierende Wettbewerbsbeeinträchtigung. Es existiert daher ein hohes Allgemeininteresse an der Durchsetzung des grundsätzlichen Kartellverbots zum Schutz der Freiheit des Wettbewerbs.
431. Ferner ist bei der Abwägung der Umstand zu berücksichtigen, dass der Anbieterwettbewerb zwischen den Landeslottogesellschaften um das Spielangebot, die Konditionen und die Bearbeitungsentgelte auf dem Markt für Lotterien aufgrund der Marktaufteilung kaum entwickelt ist, so dass in Anbetracht der mit § 32 GWB bezweckten Gefahrenabwehr für die Freiheit des Wettbewerbs ein erhebliches öffentliches Interesse besteht, den Wettbewerb unter den ordnungsrechtlich zugelassenen Lottogesellschaften mit ihrem staatlich verantworteten Glücksspielangebot zu stärken. Gleiches gilt für den Nachfragewettbewerb der Lottogesellschaften um das Angebot der gewerblichen Spielvermittler.
432. Die Marktaufteilung begrenzt den Wettbewerb zwischen den Lottogesellschaften erheblich und verursacht bedeutende Nachteile für die Verbraucher, welche den Folgen mangelnder Auswahl und fehlendem Preis- und Konditionenwettbewerb auf den regionalen Glücksspielmärkten ausgesetzt sind.
433. Die Verbraucher können derzeit nur dann von dem Angebot der Lottogesellschaft ihres Heimatbundeslandes auf das Spielangebot einer der anderen Lottogesellschaften mit ihrem staatlich verantworteten Glücksspielangebot ausweichen, wenn sie sich entweder gewerblicher Spielvermittler bedienen oder in der Nähe einer Bundeslandgrenze wohnen. Diese Ausweichmöglichkeiten prägen aber nicht die Wettbewerbsbedingungen in den Bundesländern. Gleiches gilt für die über gewerbliche Spielvermittler organisierten Teilnehmer, die bundesweit derzeit nur rund 4,9% der Spieleinsätze der Lottogesellschaften auf sich ziehen.
434. Die Gebietsaufteilung der Lottogesellschaften erschwert es den Verbrauchern erheblich, ein sie ansprechendes Glücksspielangebot zu den von ihnen gewünschten Konditionen zum günstigsten Preis zu nutzen. Vielmehr können sie regelmäßig nur das Angebot der Lottogesellschaft nutzen, in deren Vertriebsbundesland sie wohnen, obwohl sich das Spielangebot, die Konditionen und die Bearbeitungsentgelte der Lottogesellschaften deutlich voneinander unterscheiden.³³¹

³³⁰ Leitlinien der Kommission zur Anwendung von Artikel 81 EG-Vertrag auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit, Abl. EG 2001/C Nr. 3, S. 2 Rz.25

³³¹ siehe hierzu die Darstellung oben in Rz. 196 ff.

435. Gegenüber dem erheblichen öffentlichen Interesse an der Stärkung des Wettbewerbs sind keine legitimen Interessen der Lottogesellschaften an der Durchführung der Aufforderung des Rechtsausschusses zu erkennen. Dem rein wirtschaftlichen Interesse der Unternehmen an einer Begrenzung des Wettbewerbs unter den Lottogesellschaften durch die Festigung der bestehenden Marktaufteilung kommt insoweit keine Bedeutung zu, weil Art. 81 Abs. 1 lit. c) EG wirtschaftliche Vorteile durch eine Marktaufteilung verbietet und deshalb die wirtschaftlichen Vorteile allein kein legitimes Ziel darstellen, das im Rahmen der Abwägung zu berücksichtigen wäre.
436. Weitere Interessen der Lottogesellschaften an einer Aufrechterhaltung der Aufforderung des Rechtsausschusses sind nicht ersichtlich und auch nicht vorgetragen worden.

6. Verhältnismäßigkeit der Untersagungen als Abstellmaßnahmen

437. Nach § 32 Abs. 2 GWB kann das Bundeskartellamt den Unternehmen alle Maßnahmen aufgeben, die für eine wirksame Abstellung der Zuwiderhandlung erforderlich und gegenüber dem festgestellten Verstoß verhältnismäßig sind. Im vorliegenden Fall ist es erforderlich, dass die Zuwiderhandlung durch die Aufforderung des Rechtsausschusses vom 25./26. April 2005 gegen Art. 81 EG festgestellt sowie eine Wiederholung und die weitere Umsetzung dieser Aufforderung untersagt wird, um das gegen Art. 81 EG verstoßende Verhalten der Lottogesellschaften abzustellen.
438. Ferner ist es als Abstellmaßnahme geboten, den Lottogesellschaften zu untersagen, die Gesellschaften des Deutschen Lotto- und Totoblocks aufzufordern, durch terrestrische Vermittlung gewerblicher Spielvermittler gezielte Spielumsätze generell nicht anzunehmen. Zwar haben die Lottogesellschaften den Beschluss vom 25./26. April 2005 aufgehoben, wie der Präsident von Lotto Bayern am 4.07.06 den Lottogesellschaften mitteilte. Dies ändert jedoch nichts daran, dass gleichwohl die ernste Besorgnis einer erneuten Verletzung von Art. 81 EG durch die Wiederholung einer solchen Aufforderung besteht, wie oben dargestellt.
439. Darüber hinaus ist es für eine wirksame Abstellung der Zuwiderhandlung aber auch geboten, den Lottogesellschaften alle Maßnahmen zu untersagen, mit denen die Untersagung, die Aufforderung des Rechtsausschusses und deren Durchführung umzusetzen, umgangen werden. Aufgrund des vorangegangenen, fortgesetzt auf eine Begrenzung der Tätigkeit gewerblicher Spielvermittler gerichteten Verhaltens der Lottogesellschaften und angesichts der wirtschaftlichen Bedeutung des terrestrischen Vertriebs für die Lottogesellschaften ist zu erwarten, dass die Lottogesellschaften nach der Untersagung der Aufforderung und deren Durchführung weitere Maßnahmen gegen gewerbliche Spielvermittler ergreifen, um das gemeinsame Ziel zur Abwehr der terrestrischen Vermittlung zu erreichen.
440. Insbesondere stellt die von einer Lottogesellschaft ausgesprochene fristgemäße Kündigung von Verträgen mit gewerblichen Spielvermittlern, die eine terrestrische Spielvermittlung durchführen oder dies planen, sowie die Androhung und die Umsetzung solcher Kündigungen durch Beendigung der Zusammenarbeit mit dem gewerblichen Spielvermittler eine Umgehung der Untersagung dar, wenn die Kündigung von der Lottogesellschaft ausgesprochen wurde, ohne dass sie durch ein Verhalten des gewerblichen Spielvermittlers veranlasst wurde.

441. Die Lottogesellschaften haben in der Vergangenheit bereits dem gewerblichen Spielvermittler Tipp24 gegenüber die Beendigung jeglicher Zusammenarbeit angedroht, um ihn damit von der Aufnahme der terrestrischen gewerblichen Spielvermittlung über e-cash-Terminals abzuhalten. Diese Drohung war damals erfolgreich und wurde von der Arbeitsgruppe Strategie und Planung deshalb in der Vorlage zur Sitzung des DLTB-Rechtausschusses am 25./26.04.2006 in Münster als Maßnahme auch gegen Jaxx vorgeschlagen³³²:
- „[...] Es gilt daher, genau wie bei Tipp24 AG hier als Block geschlossen gegen die Besetzung dieses Vertriebsweges durch die gewerblichen Spielvermittler vorzugehen, ggf. wie seinerzeit mit der Androhung der Beendigung jeglicher Zusammenarbeit. [...]“
442. Der Vorschlag wurde mit Schreiben vom 20.04.05 an alle Geschäftsführungen der Lottogesellschaften versandt³³³ und im Rechtausschuss diskutiert.³³⁴
443. In die gleiche Richtung ging bereits die Vorlage von Lotto Bayern vom 18.01.05, in der ausgeführt wurde³³⁵:
- „[...] Solange keine entsprechenden Rechtsvorschriften erlassen werden bleibt es daher Sache der Lotterieunternehmen entsprechend auf die gewerblichen Spielvermittler einzuwirken bzw. keine Voraussetzung für die erforderliche organisatorische Abwicklung (Schnittstelle), ungeachtet evtl. kartellrechtlicher Bedenken, zu schaffen. [...]“
444. Die Vertragspartner von Jaxx haben zudem bereits entsprechende Maßnahmen im Hinblick auf die mit Schreiben vom 24.05.06 von der Beschlussabteilung in Aussicht gestellte Untersagungsverfügung ergriffen. Eine Lottogesellschaft hat ihren Geschäftsbesorgungsvertrag mit Anybet am 22.06.06 fristgemäß zum 31.12.06 gekündigt.³³⁶ In dem Vertrag ist geregelt, dass Anybet als Annahmestelle der Lottogesellschaft Spielaufträge gewerblicher Spielvermittler entgegennimmt und über eine elektronische Schnittstelle an das Zentralsystem der Lottogesellschaft weiterleitet.³³⁷ Zugleich wurde Fluxx Interesse signalisiert, auf der Grundlage eines neuen Vertrages weiter im Bereich der gewerblichen Spielvermittlung zusammenzuarbeiten. Ob es zu einem erneuten Vertragsschluss kommt, ist ungewiss. Eine weitere Lottogesellschaft hat am 27.06.06 sämtliche Verträge mit den Unternehmen der Fluxx-Gruppe ohne Angabe von Gründen zum 31.12.06 fristgerecht gekündigt.³³⁸ Ein Anlass für die Kündigungen wurde von Seiten der Fluxx-Gruppe nicht gegeben und von den Lottogesellschaften auch nicht behauptet.
445. Das Verhalten der Lottogesellschaften ist in Anbetracht der Diskussionen um die terrestrische gewerbliche Spielvermittlung nur dadurch zu erklären, dass angesichts der vom Bundeskartellamt in Aussicht gestellten Un-

³³² Bl. 517 f. d.A.

³³³ Bl. 516 d.A.

³³⁴ Niederschrift über die Sitzung des Rechtausschusses vom 25./26. April 2005, S. 5, Bl. 552 d.A.

³³⁵ „Terrestrischer Vertrieb gewerblicher Spielvermittler“, Vorlage von Lotto Bayern vom 18.01.05, Bl. 514 d.A.

³³⁶ Bl. 2461 d.A.

³³⁷ Bl. 2320 d.A.

³³⁸ Bl. 2310 ff. d.A.

tersagung der Aufforderung des Rechtsausschusses sowie deren Durchführung mit ordentlichen Kündigungen des gesamten Vertragsverhältnisses, insbesondere der elektronischen Schnittstelle, wirtschaftlicher Druck aufgebaut wird, um so – wie bei Tipp24 – das Unternehmen zur Aufgabe der terrestrischen Spielvermittlung zu bewegen und das mit der Aufforderung verfolgte gemeinsame Ziel der Lottogesellschaften zu erreichen, diesen Vertriebsweges für sich zu sichern. Aus dem gleichen Grunde sind ähnliche Vorgehensweisen anderer Lottogesellschaften zu erwarten. Ordentliche Kündigungen der Verträge mit gewerblichen Spielvermittlern, die terrestrische Vermittlungsaktivitäten planen oder bereits durchführen, sind daher Maßnahmen, mit denen die Aufforderung des Rechtsausschusses und deren Durchführung durch eine weitergehende Maßnahme erreicht werden soll, und die der Umgehung der Untersagung dienen, wenn der gewerbliche Spielvermittler für die Kündigung keinen Anlass gegeben hat. Gleiches gilt für die Ankündigung und die Durchführung solcher Kündigungen.

446. Ferner würde die Untersagung einer erneuten Aufforderung und die Untersagung, die Aufforderung durchzuführen, durch die Kündigung des Vertrages einer Lottogesellschaft mit einem gewerblichen Spielvermittler umgangen, wenn eine Kündigung auf einen ordnungsbehördlich nicht bestandskräftig festgestellten Verstoß eines gewerblichen Spielvermittlers gegen das Ordnungsrecht im Zusammenhang mit der terrestrischen Vermittlung von Glücksspielen gestützt wird, um damit Maßnahmen, wie insbesondere Abmahnungen oder Vertragskündigungen mit gewerblichen Spielvermittlern zu begründen oder gewerbliche Spielvermittler zu Zusage zu veranlassen, die terrestrische Spielvermittlung in einer bestimmten Art und Weise zu unterlassen oder nicht aufzunehmen. Gleiches gilt für die Androhung einer solchen Kündigung oder der Beendigung des Vertragsverhältnisses, gestützt auf eine solche Kündigung.
447. Es ist angesichts des vorangegangenen Verhaltens der Lottogesellschaften zu erwarten, dass von den Lottogesellschaften nach der Untersagung der Aufforderung und deren Durchführung andere Gründe gegen die terrestrische Vermittlung vorgeschoben werden, um das gemeinsame Ziel zur Abwehr der terrestrischen Vermittlung zu erreichen. Lotto Brandenburg hat bereits auf die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 28.03.06 verwiesen und erklärt, die terrestrische Vermittlung gewerblicher Spielvermittler sei mit diesem Urteil nicht zu vereinbaren. Für den Fall der Fortsetzung der terrestrischen Spielvermittlung hat Lotto Brandenburg Jaxx mit einer Vertragskündigung bedroht.
448. Da die Bundesländer an den Lottogesellschaften ihres jeweiligen Landes nach § 5 Abs. 2 Lotteriestaatsvertrag maßgeblich beteiligt sind und die Lottogesellschaften die Aufgabe haben, Abgaben und Überschüsse für das jeweilige Land zu erwirtschaften (Absatz II S. 1 Blockvertrag), ist nicht auszuschließen, dass die Landesbehörden im Sinne der Lottogesellschaften entscheiden werden. Dies gilt insbesondere für den Freistaat Bayern, in dem die Lottogesellschaft eine staatliche Behörde ist. Daher ist zur Sicherung der Wirksamkeit der Untersagung ferner notwendig, dass eine gegen gewerbliche Spielvermittler gerichtete behördliche Entscheidung entweder bestandskräftig ist oder im Falle der gerichtlichen Überprüfung vom Gericht rechtskräftig in einem Hauptsacheverfahren bestätigt worden ist, bevor sich die Lottogesellschaften hierauf bei Maßnahmen gegen gewerbliche Spielvermittler berufen können. Da Verstöße gegen die vorrangigen Regelungen des Art. 81 EG nach dem Willen des Gesetzgebers sofort abgestellt werden sollen und Rechtsmittel gegen Entscheidungen, die

auf Art. 81 EG gestützt sind, keine aufschiebende Wirkung haben, genügt eine Überprüfung der gegen gewerbliche Spielvermittler gerichteten behördlichen Entscheidungen im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes nicht zur Sicherung der Wirksamkeit der Untersagung.

449. Die Untersagung einer erneuten Aufforderung und die Untersagung, die Aufforderung durchzuführen, würde ferner auch dann umgangen, wenn sich die Lottogesellschaften an staatliche Maßnahmen der Bundesländer wie Gesetze, Verordnungen, Verwaltungsakte oder Weisungen hielten, welche den Lottogesellschaften die Annahme von Spieleinsätzen aus terrestrischer gewerblicher Spielvermittlung untersagen oder in dieser Hinsicht beschränken. Alle staatlichen Behörden sind nach Art. 10 EG i.V.m. Art. 81 EG verpflichtet, keine wie auch immer gearteten Maßnahmen zu ergreifen, welche die praktische Wirksamkeit der vorrangigen europäischen Wettbewerbsvorschriften beeinträchtigen oder aufheben könnten.³³⁹ Die Aufforderung des Rechtsausschusses verstößt gegen Art. 81 EG und darf daher nicht durch staatliche Maßnahmen gefördert werden. Staatliche Maßnahmen, welche den Lottogesellschaften die Annahme von Spieleinsätzen aus terrestrischer gewerblicher Spielvermittlung untersagen oder beschränken, sind nur dadurch zu erklären, dass sie der Aufrechterhaltung der unter A.1 untersagten Aufforderung des Rechtsausschusses des Deutschen Lotto- und Totoblocks dienen, weil die terrestrische gewerbliche Spielvermittlung rechtmäßig ist und die Bundesländer ein eigenes wirtschaftliches Interesse daran haben, dass dieser Vertriebsweg ausschließlich den Lottogesellschaften zur Verfügung steht. Solche staatlichen Maßnahmen verstoßen daher selbst gegen Art. 10 EG i.V.m. Art. 81 EG und dürfen von keiner staatlichen Stelle getroffen oder durchgesetzt werden. Damit entfalten derartige staatliche Maßnahmen keine Bindungswirkungen für die Lottogesellschaften. Darüber hinaus wären solche Verwaltungsakte staatlicher Behörden nach § 44 Abs. 2 Nr. 5 VwVfG und nach den entsprechenden Regelungen der Landes-Verwaltungsverfahrensgesetze nichtig und damit nach § 43 Abs. 3 VwVfG bzw. nach den entsprechenden Landesgesetzen unwirksam, weil sie die Begehung einer rechtswidrigen Tat verlangen würden, die einen Bußgeldtatbestand verwirklicht. Der in einem staatlichen Akt angeordnete Ausschluss bzw. eine Beschränkung der Annahme von Spieleinsätzen aus terrestrischer gewerblicher Spielvermittlung würde eine Zuwiderhandlung gegen die sofort vollziehbaren Verfügungen des Bundeskartellamtes zu A. verlangen, nämlich die weitere Beachtung der untersagten Aufforderung des DLTB-Rechtsausschusses im Geschäftsverkehr. Dies stellt nach § 81 Abs. 2 Nr. 2 lit. a) GWB eine bußgeldbewehrte Ordnungswidrigkeit dar.
450. In diesen Fällen, in denen Maßnahmen der Bundesländer an die Lottogesellschaften und nicht an gewerbliche Spielvermittler gerichtet werden, verfolgen Land und Lottogesellschaft die gleichen Interessen, weshalb nicht zu erwarten ist, dass Maßnahmen der Bundesländer von den Lottogesellschaften angefochten werden. Das Abstellen auf die Bestandskraft oder gerichtliche Überprüfungsmöglichkeiten wie bei Maßnahmen gegen gewerbliche Spielvermittler ist daher nicht geeignet, die Zuwiderhandlung gegen Art. 81 EG wirksam abzustellen. Vielmehr ist es zur Abstellung notwendig, dass den Lottogesellschaften auch untersagt wird, sich bei Maßnahmen gegen die terrestrische gewerbliche Spielvermittlung auf staatliche Maßnahmen der Bundesländer zu berufen, welche die Lottoge-

³³⁹ EuGH, Rs. C-198/01, Urt. v. 9.9.2003 (Rn. 45) – Consorzio Industrie Fiammiferi (CIF)

sellschaften dazu verpflichten, keine Spieleinsätze aus terrestrischer gewerblicher Spielvermittlung anzunehmen, zumal solche staatliche Maßnahmen keine Bindungswirkung entfalten und entsprechende Verwaltungsakte unwirksam wären.

451. Die Untersagung von Umgehungsmaßnahmen ist als Abstellmaßnahme geeignet, die Zuwiderhandlung abzustellen und auch als mildestes Mittel erforderlich.
452. Soweit den Lottogesellschaften eine Umgehung untersagt wird, ist dies als Abstellmaßnahme geeignet zu erreichen, dass die Lottogesellschaften keine unzureichenden Gründe zu Vertragskündigungen oder anderen Maßnahmen gegen die terrestrische Vermittlung gewerblicher Spielvermittler nutzen. Außerdem ist es zur Abstellung der Zuwiderhandlung notwendig, sicher zu stellen, dass nicht Maßnahmen der Länder zu einer Umgehung genutzt werden.
453. Ferner ist die Untersagung von Umgehungsmaßnahmen als mildestes Mittel für eine wirksame Abstellung der Zuwiderhandlung erforderlich. Die Lottogesellschaften können nach wie vor ordentliche und fristlose Kündigungen von Verträgen mit gewerblichen Spielvermittlern aussprechen, die Spieleinsätze auf terrestrischem Wege vermitteln. Diese Kündigungen dürfen jedoch nicht auf der terrestrischen Vermittlung beruhen, weil ansonsten die Zuwiderhandlung nicht abgestellt würde. Daher ist im Falle von fristlosen Kündigungen, die auf ordnungsrechtliche Verstöße des gewerblichen Spielvermittlers gestützt werden, zu beachten, dass die Aufsicht über die gewerblichen Spielvermittler nach § 14 Abs. 3 Lotteriestaatsvertrag den Ordnungsbehörden der Länder – und nicht den Lottogesellschaften – obliegt, und auch das Bundesverfassungsgericht in seinem Urteil vom 28.03.06 dem Gesetzgeber – und nicht den Lottogesellschaften – die Entscheidung überlassen hat, ob der Bereich der Sportwetten für private Anbieter freigegeben oder das staatliche Monopol beibehalten wird.³⁴⁰ Die Entscheidung der Ordnungsbehörden gegen gewerbliche Spielvermittler muss zudem von den gewerblichen Spielvermittlern mit den hierfür vorgesehenen Rechtsmitteln angreifbar sein, ohne dass zuvor durch die Lottogesellschaften über zivilrechtliche Maßnahmen, wie Abmahnungen oder Vertragskündigungen, vollendete Tatsachen geschaffen werden.
454. In den Fällen, in denen Maßnahmen der Bundesländer an die Lottogesellschaften und nicht an gewerbliche Spielvermittler gerichtet werden, verfolgen Land und Lottogesellschaft die gleichen Interessen, weshalb nicht zu erwarten ist, dass Maßnahmen der Bundesländer von den Lottogesellschaften angefochten werden. Als mildestes Mittel ist es daher erforderlich, dass den Lottogesellschaften auch untersagt wird, sich bei Maßnahmen gegen die terrestrische gewerbliche Spielvermittlung auf staatliche Maßnahmen der Bundesländer zu berufen, welche die Lottogesellschaften dazu verpflichten, keine Spieleinsätze aus terrestrischer gewerblicher Spielvermittlung anzunehmen, zumal solche staatliche Maßnahmen keine Bindungswirkung entfalten und entsprechende Verwaltungsakte unwirksam wären. Gleich gut geeignete Abstellmaßnahmen, welche die Lottogesellschaften weniger belasten, existieren nicht.

³⁴⁰ BVerfG, NJW 2006, S. 1261/1267, Rn.149

455. Die Untersagung des gegen Art. 81 EG verstoßenden Verhaltens einschließlich der Umgehungsmöglichkeiten der Lottogesellschaften ist auch im Verhältnis zur Zuwiderhandlung verhältnismäßig im eigentlichen Sinne. Die Zuwiderhandlung führt auf Märkten, auf denen nur ein begrenzter Restwettbewerb existiert, zu einer Festigung der bestehenden Marktaufteilung, so dass der Verstoß gegen Art. 81 EG besonders schwerwiegend ist. Demgegenüber ist es den Lottogesellschaften zumutbar, vor privatrechtlichen Maßnahmen gegen gewerbliche Spielvermittler wegen vermeintlicher Gesetzesverstöße im Zusammenhang mit der terrestrischen Spielvermittlung die zur Überwachung der gewerblichen Spielvermittler von den Bundesländern eingeführten ordnungsbehördlichen Verfahren abzuwarten bzw. im Falle ordentlicher Kündigungen darzulegen, dass die Kündigung durch ein Verhalten des gewerblichen Spielvermittlers veranlasst wurde.

7. Keine Anordnung der Aussetzung der Vollziehung nach § 65 Abs. 3 S. 2 GWB

456. Die Lottogesellschaften haben angeregt, nach § 65 Abs. 3 S. 2 GWB die Vollziehung der unter B. und C. ausgesprochenen Verfügungen anzuordnen. Sie meinen, der Sofortvollzug stelle eine unbillige Härte dar. Als Begründung tragen sie vor, die Verfügungen brächten sie in eine Konfliktsituation. Sie müssten sich an die ordnungsrechtlichen Vorgaben halten und würden dadurch gegen die Verfügungen verstoßen. Dies könne dazu führen, dass die Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts nicht beachtet würden, was das Lotteriemonopol der Länder gefährden könne.³⁴¹

457. Das Bundeskartellamt hat gemäß § 65 Abs. 3 S. 2 GWB nach pflichtgemäßem Ermessen über die Aussetzung der Vollziehung zu entscheiden. Maßstab ist dabei § 65 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 GWB.³⁴² Hiernach kann die aufschiebende Wirkung angeordnet werden, wenn die sofortige Vollziehung für den Betroffenen eine unbillige, nicht durch überwiegende öffentliche Interessen gebotene Härte zur Folge hätte. Die Entscheidung ist zu treffen durch eine Abwägung zwischen dem öffentlichen Interesse an der sofortigen Vollziehung und dem Interesse des Betroffenen an der Anordnung der aufschiebenden Wirkung.³⁴³

458. Die sofortige Vollziehung der Verfügungen zu A. liegt im öffentlichen Interesse und im berechtigten wirtschaftlichen Interesse von Jaxx, die bei einer Abwägung die Interessen der Lottogesellschaften überwiegen.

459. Erforderlich ist ein in die Zukunft gerichtetes, gewichtiges öffentliches Interesse, welches über das Interesse hinausgeht, das die Untersagungsverfügung selbst rechtfertigt.³⁴⁴ Ein solches Interesse kann in der Erhaltung der Wettbewerbsstrukturen liegen und sich insbesondere aus Gefahren für den Erhalt einer gesunden Marktstruktur ergeben.³⁴⁵

460. Im vorliegenden Fall ist die sofortige Vollziehung im öffentlichen Interesse notwendig. Ohne Sofortvollzug können gewerbliche Spielvermittler keine

³⁴¹ Haver & Mailänder, Schreiben vom 28.07.06, S. 148, Bl. 3576 d.A.

³⁴² Kollmorgen in: Langen/Bunte, Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, 10. Aufl., § 65 Rn. 24

³⁴³ Kollmorgen in: Langen/Bunte, Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, 10. Aufl., § 65 Rn. 20

³⁴⁴ KG, WuW/E OLG 1497/1497 – AGIP I

³⁴⁵ KG, WuW/E OLG 5132/5133 – Empfehlung Ersatzwagenkostenerstattung

Tätigkeit über terrestrische Vermittlungsstellen aufbauen, obwohl sie hierzu nach den Regelungen des Lotteriestaatsvertrages berechtigt sind, weil alle Lottogesellschaften die Aufforderungen des Rechtsausschusses befolgen. Hierdurch wird eine Ausweitung der Tätigkeit der gewerblichen Spielvermittler verhindert. Ein derart schwerwiegender Eingriff in den Wettbewerb kann im öffentlichen Interesse nicht bis zu einer möglichen letztinstanzlichen Hauptsacheentscheidung hingenommen werden.

461. Der Beschluss der Lottogesellschaften wirkt sich darüber hinaus nicht nur auf die Nachfrage nach den Leistungen gewerblicher Spielvermittler aus, sondern hat unmittelbare Folgen für den Markt der Lotterien. Der durch das Regionalitätsprinzip weitgehend beschränkte Wettbewerb um Spielinteressenten würde durch den Aufbau terrestrischer Vermittlungsstellen gewerblicher Spielvermittler verstärkt, weil die Lottogesellschaften einen verbesserten Zugang zum regionalen Markt der anderen Lottogesellschaften erhielten. Der an sich gewünschte Wettbewerb zwischen den verschiedenen Lottogesellschaften mit ihrem staatlich verantworteten Glücksspielangebot würde durch den Beschluss nicht erweitert. Mittlerweile haben einige Lottogesellschaften damit begonnen, selbst Lotto in Tankstellen anzubieten, und dies inzwischen eingestellt. Sofern gewerbliche Spielvermittler bis zu einer Hauptsacheentscheidung faktisch am Aufbau eines terrestrischen Vermittlungsnetzes gehindert wären, könnte sich bis dahin eine irreversible Veränderung der Marktstruktur ergeben, die den gewerblichen Spielvermittlern den Aufbau eines derartigen Vermittlungssystems wesentlich erschweren würde.
462. Ferner liegt der Sofortvollzug im berechtigten wirtschaftlichen Interesse von Jaxx. Das Unternehmen beabsichtigt, die Spielvermittlung auch über stationäre Terminals an den Kassen von Handelsunternehmen, insbesondere in Supermärkten und Tankstellen, anzubieten und insoweit ein eigenes terrestrisches Vermittlungsnetz einzurichten, um hierüber neue Spieler zu akquirieren. Hierzu hat Jaxx bereits mit verschiedenen Handelsunternehmen Verträge abgeschlossen, Personal aufgebaut und in erheblichem Umfang Investitionen von insgesamt über 1 Mio. € in die hierzu erforderlichen technischen Geräte wie Direktlotto-Terminals getätigt. Zwischenzeitlich wurde von Seiten der Lottogesellschaften, wie durch die Verfahrensbeiträge zu 9., selbst damit begonnen, außerhalb der Annahmestellen Lotterien über Tankstellen anzubieten, dies aber mittlerweile eingestellt. Müsste Jaxx mit dem Aufbau eines terrestrischen Vermittlungsnetzes bis zu einer Hauptsacheentscheidung warten, ist zu befürchten, dass Jaxx den Vorteil der Entwicklung eines eigenen terrestrischen Vermittlungskonzepts verlöre und ein Scheitern von Kundenbeziehungen befürchten müsste.
463. Das öffentliche Interesse und das Interesse von Jaxx an der sofortigen Vollziehung überwiegen die Interessen der Lottogesellschaften. Ihr Interesse, keine Spieleinsätze aus gewerblicher Spielvermittlung über terrestrische Vermittlungsstellen anzunehmen, ist schon deshalb nicht schutzwürdig, weil § 14 Abs. 2 Lotteriestaatsvertrag den gewerblichen Spielvermittlern die Wahl ihres Vermittlungsweges freistellt. Die mit dem Lotteriestaatsvertrag verfolgten ordnungsrechtlichen Ziele der Kanalisierung des Spieltriebs und der Wahrung des Jugendschutzes gelten ebenfalls für den terrestrischen Vertrieb gewerblicher Spielvermittler und werden durch die zuständigen Aufsichtsbehörden der Bundesländer überwacht. Die Einhaltung dieser Ziele kann daher kein Interesse der Lottogesellschaften am Ausschluss der terrestrischen Vermittlung durch gewerbliche Spielvermittler begründen. Vielmehr zwingt das Verhalten der Lottogesellschaften die

gewerblichen Spielvermittler und insbesondere Jaxx dazu, ein innovatives Geschäftsfeld aufzugeben. Dies wirkt umso schwerer, weil sich die gewerblichen Spielvermittler derzeit erst bemühen, sich dauerhaft über stationäre Vermittlungsstellen zu etablieren.

464. Der Hinweis der Lottogesellschaften auf die Abgabe von Spielaufträgen bei den Lotto-Annahmestellen hat – wie oben gezeigt – keine ordnungsrechtliche Grundlage, sondern dient allein dazu, die rechtmäßige Geschäftstätigkeit der gewerblichen Spielvermittler wirtschaftlich uninteressant zu machen; ein Argument gegen den Sofortvollzug ist dies nicht.
465. Ebenfalls nicht nachvollziehbar ist die nicht näher begründete Behauptung der Lottogesellschaften, es bestehe im Falle des Sofortvollzuges die Gefahr ihrer Existenzvernichtung.³⁴⁶ Es sei nochmals darauf hingewiesen, dass entgegen der unzutreffenden Ansicht der Lottogesellschaften das Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 28.03.06 zur Verfassungswidrigkeit des Sportwettenmonopols keine Boykottabsprache zu Lasten der terrestrisch tätigen gewerblichen Spielvermittler rechtfertigt. Das Urteil ist nicht auf Lotterien übertragbar, weil Lotterien erstens ein wesentlich geringeres Gefährdungspotenzial als Sportwetten zu festen Quoten aufweisen und weil zweitens nicht ersichtlich ist, dass die Gefährdung der Spieler dadurch zunimmt, dass mehrere staatlich beeinflusste Lottogesellschaften mit ihrem nahezu identischen staatlich verantworteten Glücksspielangebot in einem Bundesland tätig sind.
466. Die sofortige Vollziehung hat dementsprechend für die Lottogesellschaften keine unbillige, nicht durch überwiegende öffentliche Interessen gebotene Härten zur Folge.

II. VERSTOß GEGEN § 1 GWB

467. Die in Rede stehende Vereinbarung hinsichtlich terrestrischer Umsätze gewerblicher Spielvermittler verstößt ferner gegen § 1 GWB in seiner seit Inkrafttreten der 7. GWB-Novelle geltenden Fassung. Da § 1 GWB im Kern seines Wortlautes mit Art. 81 Abs. 1 EG identisch ist und nach dem Willen des Gesetzgebers der 7. GWB-Novelle nunmehr den gleichen Regelungsinhalt wie Art. 81 Abs. 1 EG hat³⁴⁷, ergibt sich aus dem oben dargelegten Verstoß gegen Art. 81 EG gleichzeitig ein Verstoß gegen § 1 GWB. Selbst wenn die Aufforderung des Rechtsausschusses also nicht zur Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels geeignet wäre, ist sie gleichwohl nach nationalem Kartellrecht verboten. Aus den oben zu Art. 81 EG dargestellten Gründen führt die Abwägung des öffentlichen Interesses an der Untersagung der weiteren Umsetzung der von den Lottogesellschaften mittlerweile vorsorglich ohne Anerkennung einer Rechtspflicht aufgehobenen Aufforderung mit dem Interesse der Lottogesellschaften an deren Aufrechterhaltung zu einem Überwiegen des öffentlichen Interesses an der Untersagung, wobei die Feststellung der Zuwiderhandlung gegen § 1 GWB, die Untersagung einer erneuten Vereinbarung und die weitere Umsetzung des Beschlusses vom 25./26. April 2005 ebenfalls das verhältnismäßige Mittel zur Abstellung der Zuwiderhandlung gegen § 1 GWB darstellt. Aus den zu Art. 81 EG dargestellten Gründen hat die Beschlussabteilung das ihr zustehende Ermessen dahingehend

³⁴⁶ Haver & Mailänder, Schreiben vom 28.07.06, S. 147; Bl. 3575 d.A.

³⁴⁷ Vgl. Regierungsbegründung, WuW-Sonderheft zur 7. GWB-Novelle, S. 111.

ausgeübt, die aufschiebende Wirkung nicht nach § 65 Abs. 3 S. 2 GWB anzuordnen.

III. VERSTOß GEGEN § 21 ABSATZ 1 GWB

468. Die Aufforderung des Rechtsausschusses des DLTB an alle Lottogesellschaften, keine Umsätze aus der terrestrischen Vermittlungstätigkeit gewerblicher Spielvermittler anzunehmen, verstößt ferner gegen das Boykottverbot des § 21 Abs. 1 GWB. Dieser untersagt es Unternehmen und Vereinigungen von Unternehmen, andere Unternehmen oder Vereinigungen von Unternehmen in der Absicht, bestimmte Unternehmen unbillig zu beeinträchtigen, zu Liefersperren oder Bezugssperren aufzufordern.

1. Aufforderung zu einer Bezugssperre gegenüber einem bestimmten Unternehmen

469. Die Aufforderung des Rechtsausschusses des DLTB stellt die Aufforderung zu einer Bezugssperre zu Lasten von Jaxx dar.

470. Unter einer Aufforderung zur Bezugssperre ist jeder Versuch zu verstehen, einen anderen Unternehmer dahin zu beeinflussen, dass er bestimmte Lieferbeziehungen nicht eingeht oder nicht aufrechterhält, wobei sich die Sperre auf jede Tätigkeit im geschäftlichen Verkehr beziehen kann.³⁴⁸ Eine Bezugssperre liegt nicht nur vor, wenn sämtliche Geschäftsbeziehungen mit dem Verrufenen beendet oder nicht aufgenommen werden; vielmehr reicht es aus, wenn dies hinsichtlich einzelner Gegenstände des Geschäftsverkehrs geschieht.³⁴⁹

471. Die Lottogesellschaften sind Nachfrager einer Vermittlungsdienstleistung der gewerblichen Spielvermittler.³⁵⁰ Diese Leistungen sollen künftig von keiner Lottogesellschaft mehr nachgefragt werden mit der Konsequenz, dass bestehende Vermittlungsverträge jedenfalls in Bezug auf dieses Segment der gewerblichen Spielvermittlung beendet und neue insoweit nicht geschlossen werden.

472. Dabei ist es nicht relevant, dass der Rechtsausschuss die Bezugssperre auf die terrestrische Spielvermittlung begrenzt hat. Die terrestrische Spielvermittlung stellt eine neue Art der gewerblichen Spielvermittlung dar, die bislang ganz überwiegend im Internet bzw. auf dem Postweg und über Call-Center betrieben wurde, so dass die Vertragsbeziehungen zwischen den Gesellschaften des DLTB und Spielvermittlern diese Art der Leistung bislang faktisch nicht beinhalteten. Der Begriff der Bezugssperre setzt dabei nicht voraus, dass dem Gesperrten der Geschäftsverkehr mit der Art von gewerblichen Leistungen, die Gegenstand der Sperre sind, üblicherweise zugänglich ist. Dem Normzweck des § 21 Abs. 1 GWB entspricht es, jede Art von bestehenden oder potenziellen Geschäftsbeziehungen von Unternehmen im Interesse der Offenhaltung des Marktzugangs vor Boykottaufrufen zu schützen.³⁵¹

³⁴⁸ BGH, WuW DE-R 303/305 – Taxi-Krankentransporte; Schultz in: Langen/Bunte, Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, 10. Aufl., § 21 Rn. 13, 14 mwN

³⁴⁹ KG, WuW/E OLG 1965/1965 – Interfunk; Immenga-Mestmäcker/Markert, GWB, § 21, Rn. 21; Langen/Bunte, Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, 10. Aufl., § 21 Rn. 15

³⁵⁰ siehe hierzu oben Rz. 349 ff.

³⁵¹ Immenga-Mestmäcker/Markert, GWB, § 21, Rn. 23.

473. Der Rechtsausschuss des DLTB hat die Gesellschaften des DLTB zu dieser Bezugssperre ausdrücklich aufgefordert, so dass bereits vom Wortlaut her keine bloße Informations- oder Meinungsäußerung vorliegt.
474. Die Aufforderung war ferner zur Willensbeeinflussung der Gesellschaften des DLTB geeignet.³⁵² Bis auf Lotto Mecklenburg-Vorpommern waren alle übrigen Lottogesellschaften durch ihre Geschäftsführer bzw. Justitiare als Gäste bei der Rechtsausschusssitzung vertreten und erhielten Kenntnis von der Aufforderung. Auch die Lottogesellschaft Mecklenburg-Vorpommern erhielt hiervon Kenntnis, denn die Sitzungsprotokolle des Rechtsausschusses werden nachrichtlich den Geschäftsführungen aller Lottogesellschaften übersandt³⁵³. Die Geschäftsführung dieser Gesellschaft hatte auch den Willen, den Beschluss zu beachten, wie ihr Schreiben vom 6.10.05 an Anybet zeigt, in dem die Lottogesellschaft um eine schriftliche Bestätigung dafür bat, dass über die zur Verfügung gestellte Schnittstelle keine Spielumsätze aus terrestrischem Vertrieb eingezahlt werden.³⁵⁴
475. Die Eignung zur Willensbeeinflussung ist dann zu verneinen, wenn der Aufgeforderte nicht über einen eigenen Entscheidungsspielraum verfügt, was unter anderem dann angenommen wird, wenn Lieferbeziehungen gegen ein gesetzliches Verbot verstoßen und der Aufgeforderte lediglich auf den Verstoß hingewiesen und zur Unterlassung aufgefordert wird.³⁵⁵ Unabhängig davon, dass die Rechtswidrigkeit der Lieferbeziehungen im Einzelnen umstritten sein und eine Boykottmaßnahme erst nach Klärung der Rechtslage durch die zuständigen Behörden und Gerichte rechtfertigen kann, ist ein generelles gesetzliches Verbot der terrestrischen Spielvermittlung – wie bereits ausgeführt³⁵⁶ – nicht ersichtlich und geht insbesondere aus dem Lotteriestaatsvertrag nicht hervor.
476. Die Aufforderung ist auch an ein anderes Unternehmen gerichtet worden. Um im Verhältnis zum Auffordernden andere Unternehmen handelt es sich auch, wenn eine Unternehmensvereinigung eine Sperraufforderung an ihre Mitglieder richtet³⁵⁷ sowie wenn sich mehrere Unternehmen wechselseitig zur Liefer- oder Bezugssperre auffordern³⁵⁸. Aufgrund der Besetzung des Rechtsausschusses durch die Geschäftsführer der Lottogesellschaften sind bei dem hier in Frage stehenden Beschluss beide Konstellationen gegeben.
477. Der mit der Aufforderung Boykottierte ist entgegen der Ansicht der Lottogesellschaften³⁵⁹ auch hinreichend individualisiert. Eine ausdrückliche Benennung eines einzelnen Unternehmens oder einer genau abgegrenzten kleinen Gruppe von Unternehmen ist nicht erforderlich. Es genügt, dass aus einem größeren Kreis potenziell Betroffener einzelne Unternehmen oder Gruppen noch hinreichend bestimmbar sind.³⁶⁰ Vorliegend wurde Jaxx in dem Beschluss des Rechtsausschusses zwar nicht explizit ge-

³⁵² Vgl. BGH WuW/E BGH 2603, 2605 - Neugeborenentransporte

³⁵³ Anschreiben der Bremer Lotto und Toto GmbH vom 17.02.05, Bl. 504 d.A.

³⁵⁴ Bl. 74 d.A.

³⁵⁵ Immenga-Mestmäcker/Markert, GWB, § 21, Rn. 26 m. w. N.

³⁵⁶ siehe hierzu oben Rz. 253 ff.

³⁵⁷ KG, WuW/E OLG 4108/4110 – Sportartikel.

³⁵⁸ BGH, WuW/E BGH 697/699 – Milchboykott.

³⁵⁹ Haver & Mailänder, Schreiben vom 28.07.06, S. 130, Bl. 3558 d.A.

³⁶⁰ Schultz in: Langen/Bunte, Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, 10. Aufl., § 21 Rz. 11 mwN; Immenga-Mestmäcker/Markert, GWB, § 21, Rn. 17.

nannt, sondern generell auf „Umsätze, die [...] durch terrestrischen Vertrieb Gewerblicher erzielt worden sind“, abgestellt. Aus der von der Arbeitsgruppe Strategie und Planung des DLTB erstellten Vorlage zur Sitzung des Rechtsausschusses vom 25./26.04.06 geht aber hervor, dass sich die Arbeitsgruppe intensiv mit dem Aufbau eines terrestrischen Vermittlungsnetzes durch die Fluxx-Gruppe befasst hatte und die Arbeitsgruppe den Vorschlag unterbreitete, als Block geschlossen gegen Fluxx vorzugehen.³⁶¹ Jaxx ist nach den Erkenntnissen der Beschlussabteilung derzeit das einzige mit gewerblicher Spielvermittlung befasste Unternehmen, das im größeren Umfang den Aufbau eines terrestrischen Vertriebsnetzes plant, so dass sich die Aufforderung zur Bezugssperre für die Lotogesellschaften erkennbar zunächst gegen dieses Unternehmen richtete. Dies geht auch aus dem vom Rechtsausschuss vorformulierten Muster schreiben an die Innen- und Finanzminister der Länder hervor, dessen Versendung den Gesellschaften des DLTB unter Punkt 1 des Beschlusses vom 25./26. April 2005 empfohlen wurde und das ausschließlich auf das Angebot von Jaxx abstellt.³⁶²

478. Inwieweit der Begriff des „terrestrischen Vertriebs“ auch die in Kooperation mit der Deutschen Post AG durchgeführte Vermittlung der Faber Lotto-Service KG, Bochum, über Postfilialen erfasst, ist unklar. Bei diesem Konzept ist die Deutsche Post AG lediglich als Vertriebsshelfer eines gewerblichen Spielvermittlers tätig, über den auch weiterhin die Spielteilnahme auf dem Postweg abgewickelt wird, so dass keine unmittelbare Vergleichbarkeit mit dem terrestrischen Vertrieb des DLTB und dem Konzept von Jaxx besteht. Dies gilt wohl auch für den seit Ende 2005 – bislang nur im geringen Umfang betriebenen - terrestrischen Vertrieb von Prepaid-Karten für die Spielteilnahme per SMS über einen weiteren gewerblichen Spielvermittler. Unabhängig davon, wie diese mit der terrestrischen Vermittlung verwandten Vertriebsarten vom DLTB und seinen Gesellschaften gewertet werden, ist eine hinreichende Bestimmtheit des Boykottaufrufs gegeben, da es sich um eine aus Sicht der Gesellschaften des DLTB konkret abgrenzbare kleine Gruppe gewerblicher Spielvermittler handelt.

2. Absicht einer unbilligen Beeinträchtigung

479. Die Aufforderung erfolgte auch in der Absicht, Jaxx unbillig zu beeinträchtigen.

2.1 Unbillige Beeinträchtigung

480. Die Aufforderung zur Bezugssperre stellt eine Beeinträchtigung von Jaxx dar. Jaxx ist auf die Annahme der vermittelten Spielumsätze durch die Gesellschaften des DLTB angewiesen und hat für die Entwicklung des Konzepts der terrestrischen Vermittlung und der hierfür erforderlichen Technologie und der Geräte erhebliche Investitionen getätigt und Verträge mit den Betreibern von Einzelhandelsgeschäften und Tankstellen über die Aufstellung stationärer Vermittlungseinrichtungen geschlossen, so dass eine DLTB-übergreifende Bezugssperre sie im geschäftlichen Verkehr beeinträchtigt.
481. Diese Beeinträchtigung ist auch unbillig. Zur Feststellung der Unbilligkeit bedarf es einer Abwägung der Interessen des Auffordernden einerseits und des zu Beeinträchtigenden andererseits, bei welcher der auf die Er-

³⁶¹ Bl. 517 f. d.A.

³⁶² Bl. 520 d.A.

haltung der Wettbewerbsfreiheit gerichtete Zweck des GWB zu berücksichtigen ist, wobei entscheidend ist, ob das Anliegen, das der Verrufer verfolgt, rechtmäßig ist.³⁶³ Eine Boykottmaßnahme, die gegen die gemeinschaftsrechtlichen Wettbewerbsregeln verstößt, ist stets auf eine unbillige Beeinträchtigung gerichtet.³⁶⁴ Insoweit stehen die Interessen des Auffordernden gegenüber denen des Boykottierten stets zurück.

482. Der Ausschluss der Annahme terrestrisch vermittelter Spieleinsätze gewerblicher Spielvermittler stellt, wie im Einzelnen oben dargestellt, einen Verstoß gegen Art. 81 EG dar, woraus nach der Rechtsprechung des BGH bereits die Unbilligkeit der Beeinträchtigung herzuleiten ist, so dass eine weitere Interessenabwägung entbehrlich ist. Diese Auslegung des § 21 Abs.1 GWB ist bereits durch die Notwendigkeit vorgegeben, dem Gemeinschaftsrecht eine möglichst hohe Effektivität im nationalen Recht zu verleihen. Im Hinblick darauf, dass der auf die Erhaltung des Wettbewerbs gerichtete Zweck im Rahmen der Abwägung zu berücksichtigen ist, gilt dies aber auch, wenn auf § 1 GWB abgestellt wird, da der Aufruf der Durchsetzung einer gegen diese Vorschrift verstoßenden Maßnahme dient.
483. Unabhängig davon, dass sich die Unbilligkeit bereits aus dem Verstoß des Beschlusses gegen Art. 81 EG und § 1 GWB ergibt, wäre die Aufforderung aber entgegen der Auffassung des Rechtsausschusses des DLTB auch nicht durch die Abwehr eines rechtswidrigen Angriffs oder die Wahrnehmung berechtigter Interessen gerechtfertigt.
484. Der Rechtsausschuss des DLTB brachte in seinem Beschluss zum Ausdruck, dass die terrestrische Spielvermittlung gewerblicher Spielvermittler nach seiner Auffassung rechtswidrig ist, obwohl in der Vorlage von Lotto Bayern in der Vorlage für die vorangegangene Rechtsausschuss-Sitzung die Rechtmäßigkeit der terrestrischen Vermittlung festgestellt hatte.³⁶⁵ Nun argumentieren die Lottogesellschaften damit, dass die Vorgaben der Lottogesellschaften an ihre Annahmestellen durch gewerbliche Spielvermittler in keiner Weise umgesetzt würden, womit die ordnungsrechtliche Kontrolle auch durch die Aufsichtsbehörden bei den Gesellschaften des DLTB ende und sich auf den Vertriebsweg der gewerblichen Spielvermittler überhaupt nicht erstrecke, so dass dort gesetzliche Anforderungen und ordnungsrechtliche Auflagen in den Konzessionen nicht mehr umgesetzt werden könnten. In dem Musterbrief an die Innen- oder Finanzminister der Länder wird ferner ausgeführt, dass die terrestrische Vermittlung durch Jaxx nach Auffassung des Rechtsausschusses des DLTB mit den Regelungen der §§ 14 i. V. m. 5 des Lotteriestaatsvertrages nicht vereinbar sei.
485. Die Rechtsauffassung des DLTB findet – wie bereits unter Rz. 253 ff. ausgeführt – keine Stütze im Lotteriestaatsvertrag. Dieser gibt in den §§ 1, 4 und 14 vielmehr Anforderungen an die gewerblichen Spielvermittler vor und unterwirft diese der ordnungsrechtlichen Kontrolle durch die zuständigen Landesbehörden. Selbst wenn ein Verstoß gegen das Ordnungsrecht vorläge, richtete er sich nicht gegen Rechtsgüter der Lottoge-

³⁶³ BGH, WuW/E DE-R 303/306 – Taxi-Krankentransporte; Schultz in: Langen/Bunte, Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, § 21 Rn. 35 ff.

³⁶⁴ BGH, WuW/E BGH 3067/3071 – Fremdleasingboykott II; Schultz in: Langen/Bunte, Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, § 21 Rn. 36

³⁶⁵ „Terrestrischer Vertrieb gewerblicher Spielvermittler“, Vorlage von Herrn H. vom 18.01.05 zur Sitzung des DLTB-Rechtsausschusses vom 24./25. Januar 2005, Bl. 510 ff. d.A.

sellschaften, sondern gegen öffentliche Schutzgüter. Ein Vorgehen der Lottogesellschaften gegen die terrestrische Spielvermittlung im Wege eines generellen Ausschlusses scheiterte daher bereits sowohl am Vorliegen eines rechtswidrigen Angriffs gegen die Lottogesellschaften als auch an der Erforderlichkeit einer Selbsthilfe, die Voraussetzung der Rechtfertigung eines Boykottaufrufs ist.³⁶⁶

486. Dem DLTB konnte im vorliegenden Fall auch nicht unter dem Gesichtspunkt der Wahrnehmung berechtigter Interessen ausnahmsweise eine ordnungsrechtliche Bewertung der Zulässigkeit terrestrischer Vermittlungstätigkeit, die grundsätzlich den zuständigen Ordnungsbehörden der Länder und den Verwaltungsgerichten obliegt, überlassen werden. Da auch die Lottogesellschaften den ordnungsrechtlichen Vorgaben des Lotteriestaatsvertrages unterliegen, könnte das Erfordernis einer primären Befassung behördlicher Instanzen mit der ordnungsrechtlichen Zulässigkeit der Spielvermittlung allenfalls dann zurückstehen, wenn ein evidenter Verstoß der Vermittlungstätigkeit gegen ordnungsrechtliche Vorgaben vorläge und die Lottogesellschaften durch das Zuwarten auf eine ordnungsbehördliche Entscheidung und die Verweisung auf den Rechtsweg gezwungen würden, durch die Annahme der rechtswidrig erworbenen Spieleinsätze während einer Übergangszeit wissentlich gegen gesetzliche Vorgaben zu verstoßen bzw. an der Verletzung hochrangiger Schutzgüter mitzuwirken. Dies wäre beispielsweise zu erwägen, wenn ein gewerblicher Spielvermittler nachweislich und unstreitig gegen den Minderjährigenschutz verstößt. Eine solche Situation legt hier aber gerade nicht vor. Die Rechtslage war vielmehr nach Auffassung des Rechtsausschusses zumindest unklar. Deutlich wird dies in dem Musterschreiben an die Innen- oder Finanzminister der Länder, das im letzten Absatz die folgende Aussage enthält:

„Sollten sie die Rechtsgrundlage des Lotteriestaatsvertrages und der weiteren landesgesetzlichen Bestimmungen als nicht ausreichend erachten, sind ergänzende landesrechtliche Regelungen geboten.“

487. Der Rechtsausschuss des DLTB wendet gegen die terrestrische Vermittlung durch Spielvermittler ferner sinngemäß ein, sie verfälsche die Produkte in Marke, Sicherheit und Preis und führe dazu, dass die Vorgaben der Lottogesellschaften an ihre Annahmestellen unterlaufen würden.³⁶⁷ Lotto Mecklenburg-Vorpommern führte in einem an die Beschlussabteilung gerichteten Schreiben vom 23. Januar 2006³⁶⁸ in diesem Sinne aus, über ein System staatlich lizenzierter Annahmestellen zu verfügen. Der Verkauf von Lotterien und Sportwetten durch Lotto Mecklenburg-Vorpommern werde ausschließlich durch geschultes und überwachtes Annahmestellenpersonal vorgenommen. Die Verfügbarkeit von Lotterien- und Sportwettprodukten werde bewusst beschränkt. Die Beschränkung der Anzahl der Annahmestellen und die Beschränkungen der Abgabezeiten sowie die Überwachung der Annahmestellen seien für das Vorhalten der Spielmöglichkeiten in Mecklenburg-Vorpommern im Interesse der Spielsuchtprävention und dem Minderjährigenschutz dringend geboten. Durch die von Lotto Mecklenburg-Vorpommern formulierten Anforderun-

³⁶⁶ KG, WuW/E OLG 5103/5105; BGH, WuW/E BGH 2069/2073 – Kundenboykott.

³⁶⁷ Niederschrift über die Sitzung des Rechtsausschusses vom 25./26.04.2006, Bl. 553 d.A.

³⁶⁸ Bl. 182 f. d.A.

gen an die Technik sei ein sehr hohes Maß an Sicherheit beim Spielvertragsschluss gewährleistet. Die Verarbeitung von Umsätzen aus nicht lizenzierten und überwachten Stationärvertriebspunkten sei abgelehnt worden, um den Spielerschutz und die Sicherheit des Spielbetriebes durch ein oder mehrere Filialnetze von gewerblichen Spielvermittlern nicht zu gefährden.

488. Im Musterschreiben des Rechtsausschusses des DLTB an die Innen- und Finanzminister der Länder wurde ferner auf die wirtschaftlichen Nachteile der terrestrischen Vermittlung gewerblicher Spielvermittler für Lottoannahmestellen hingewiesen.³⁶⁹
489. Eine Rechtfertigung der an die DLTB-Gesellschaften gerichteten Aufforderung durch Wahrnehmung berechtigter Interessen würde auch bei Berücksichtigung dieser Argumente ausscheiden. Sie rechtfertigen keinen generellen Ausschluss der terrestrischen gewerblichen Spielvermittlung, sondern würden allenfalls eine Ausgestaltung der Verträge mit gewerblichen Spielvermittlern im Rahmen der ordnungs- und wettbewerbsrechtlichen Vorgaben erlauben.
490. Die wettbewerbsrechtliche Zulässigkeit der bestehenden terrestrischen Vertriebssysteme der Lottogesellschaften ist nicht Gegenstand dieses Verfahrens, so dass zu den an diese gestellten Anforderungen keine Aussagen getroffen werden können. Zu berücksichtigen ist ferner, dass die Erforderlichkeit des Ausschlusses als auch vertraglicher Beschränkungen vor dem Hintergrund des Direktvertriebs von Lottogesellschaften im Internet sowie der bereits bestehenden Zusammenarbeit mit gewerblichen Spielvermittlern zu sehen ist. Eine Beschränkung der Zugänglichkeit von Lotterie- und Sportwettprodukten wurde insoweit bereits weitgehend aufgegeben.
491. Die Widersprüchlichkeit der vorgebrachten Begründung wird auch in der Aussage von Lotto Mecklenburg-Vorpommern deutlich, wonach für die gewerbliche Spielvermittlung keine Datenverarbeitungsschnittstellen zur Verfügung gestellt werden müssen, weil gewerbliche Spielvermittler ihre Tipps an den Annahmestellen abgeben könnten. Abgesehen von der Frage, ob dies technisch tatsächlich mit zumutbarem Aufwand möglich wäre, würde bei einer solchen Weitergabe anderweitig akquirierter Spielumsätze in Annahmestellen der Lottogesellschaften ebenfalls keine Kontrolle im Hinblick auf die Einhaltung ordnungsrechtlicher und sicherheitstechnischer Vorgaben oder Beschränkung aus Gründen der Spielsuchtprävention bei der Vermittlung erfolgen. Diese Argumentation von Lotto Mecklenburg-Vorpommern verdeutlicht im Zusammenhang mit den Ausführungen des Rechtsausschusses im Musterschreiben zu den wirtschaftlichen Schwierigkeiten von Lottoannahmestellen vielmehr, dass die Eindämmung der bundesweiten Vermittlung und der Nachfrage danach sowie der Schutz der Lottoannahmestellen vor dem Wettbewerb durch gewerbliche Spielvermittler und nicht ordnungsrechtliche oder sicherheitstechnische Bedenken im Vordergrund des Ausschlusses der terrestrischen Spielvermittlung stehen.
492. Dies gilt insbesondere vor dem Hintergrund der Bestrebungen der Lottogesellschaften, die gewerbliche Spielvermittlung einzudämmen. Die Lottogesellschaften haben bereits in der Vergangenheit versucht, den zwi-

³⁶⁹ Bl. 520 d.A.

schen ihnen durch die gewerbliche Spielvermittlung entstandenen Restwettbewerb auszuräumen. Dies erfolgte zunächst durch einen vollständigen Ausschluss der gewerblichen Spielvermittler von der Spielteilnahme, der vom Bundeskartellamt untersagt wurde. Im Jahr 2002 entwickelte die Arbeitsgruppe E-Commerce des DLTB ein Konzept für die Zusammenarbeit des DLTB mit Fremdportalen im Internet. Das Ziel ihres Auftrags formulierte die Arbeitsgruppe folgendermaßen:

„ [...] Dabei soll das Ziel erreicht werden, die gewerblichen Spielvermittler zugunsten der Marktanteile des DLTB zurückzudrängen und insbesondere die Marke „Lotto“ durch gezielte Marketingmaßnahmen zu stärken [...].³⁷⁰

493. Im übrigen kann auch nicht als Rechtfertigung angebracht werden, es seien mit der Aufforderung ordnungsrechtliche Ziele, wie die Begrenzung des Spielangebots, verfolgt worden. Solche Ziele wurden in Anbetracht der in der Niederschrift zur Sitzung des Rechtsausschusses vom 25./26. April 2005 festgehaltenen Diskussionspunkte gerade nicht als Grund für die Aufforderung angeführt.

2.2 Absicht

494. Die Aufforderung des Rechtsausschusses an die DLTB-Gesellschaften war darauf gerichtet, eine Bezugssperre gegenüber Jaxx durchzusetzen und dieses Unternehmen damit zu beeinträchtigen. Darauf, ob der Zweck, Jaxx zu beeinträchtigen, für die Aufforderung allein bestimmend war, kommt es nicht an. Für die Anwendung des Boykott-Tatbestandes genügt es, dass dieser Zweck mitbestimmend war und gegenüber sonstigen Zielen nicht völlig zurücktrat.³⁷¹ Hier war der Ausschluss der terrestrischen Betätigung von Jaxx und die damit verbundene wettbewerbliche Benachteiligung ein notwendiges Mittel, um den geschäftlichen Interessen der DLTB-Gesellschaften Rechnung zu tragen, und nicht lediglich ein Erfolg, der bei der Ausräumung ordnungsrechtlicher Bedenken billigend in Kauf genommen wurde.
495. Der Rechtsausschuss des DLTB handelte ebenso wie die Lottogesellschaften selbst in Kenntnis der Umstände, welche die Unbilligkeit begründen. Die Absicht, das zu boykottierende Unternehmen zu beeinträchtigen, muss sich nicht im Sinne eines zielgerichteten Handelns auch auf die Unbilligkeit der Beeinträchtigung erstrecken. Ebenso ist es nicht erforderlich, dass der Auffordernde die zur Feststellung der Unbilligkeit führende Interessenabwägung – in der „Parallelwertung der Laiensphäre“ – zutreffend vorgenommen hat.³⁷²
496. Es kann folglich dahinstehen, ob die Mitglieder des Rechtsausschusses davon ausgegangen sind, rechtmäßig zu handeln. Dagegen spricht zum einen, dass bereits in dem zitierten Musterschreiben an die Innen- oder Finanzminister der Länder die Möglichkeit offengehalten wurde, dass die terrestrische Vermittlung nicht gegen geltende Gesetze verstößt, sowie die im Rechtsausschuss diskutierte Einschätzung von Lotto Bayern in der Vorlage vom 18.01.05, die über terrestrische Vermittlungsstellen durchge-

³⁷⁰ B10-167/04 Lotto Hessen, Rheinland-Pfalz und Baden-Württemberg wg. Tipp24; Anlage zum Schreiben von RA Dr. Staebe vom 31.03.05 Band II, Fach 14, Bl. 2846 d.A.

³⁷¹ BGH, WuW/E BGH 3067/3072 – Fremdleasingboykott II.

³⁷² BGH, WuW/E BGH 3067/3072 – Fremdleasingboykott II; Schultz in: Langen/Bunte, Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, 10. Aufl., § 21 Rz. 43.

fürte gewerbliche Spielvermittlung sei rechtmäßig³⁷³. Zum anderen ist den Lottogesellschaften aufgrund des Beschlusses des BGH aus dem Jahr 1999 die wettbewerbsrechtliche Unzulässigkeit des generellen Ausschlusses gewerblicher Spielvermittler von der Spielteilnahme bekannt. Der BGH hat in diesem Verfahren u. a. klargestellt, dass eine solche Beschränkung des Wettbewerbs unter den Lottogesellschaften nicht als Maßnahme zum Zweck der Gefahrenabwehr zu rechtfertigen ist, weil die Beseitigung dieser Gefahren als Aufgabe weder dem DLTB noch seinen Gesellschaftern übertragen ist. Ferner könnte der DLTB und seine Gesellschafter bundesweit wirkende Maßnahmen der polizeilichen Gefahrenabwehr selbst im Falle einer solchen Betrauung allenfalls dann treffen, wenn diese den Vorstellungen der jeweils zuständigen Träger staatlicher Gewalt entsprechen.

497. Die Untersagung der Wettbewerbsbeschränkung durch das Bundeskartellamt wäre nur ausgeschlossen, wenn sie die Beteiligten zu strafbaren Handlungen verpflichten würde.³⁷⁴ Die Gesellschaften des DLTB konnten aber nicht davon ausgehen, dass ein auf eine bestimmte Art der Spielvermittlung beschränkter genereller Ausschluss zulässig ist, sofern dessen Unvereinbarkeit mit Straf- bzw. Ordnungsrecht nicht zweifelsfrei feststeht.

2.3 Teilergebnis

498. Die von den Mitgliedern des DLTB-Rechtausschusses auf der Sitzung am 25./26.04.05 an alle Lottogesellschaften gerichtete Aufforderung, künftig keine Spieleinnahmen gewerblicher Spielvermittler entgegenzunehmen, die aus der terrestrischen Vermittlung von Spielverträgen stammen, stellt die Aufforderung zu einer Bezugssperre in der Absicht dar, Jaxx unbillig zu beeinträchtigen, und ist daher nach § 21 Abs. 1 GWB als Boykott verboten.

3. Ermessen nach § 32 GWB

499. Das Abstellen der Zuwiderhandlung gegen § 21 Abs. 1 GWB durch das Befolgen der Aufforderung des DLTB Rechtausschusses steht nach § 32 Abs. 1 GWB im Ermessen des Bundeskartellamtes. Bei der Ausübung des Ermessens hat sich das Bundeskartellamt nach § 40 VwVfG am Zweck der Untersagungsbefugnis des § 32 GWB zu orientieren, die im öffentlichen Interesse zur Abwehr von Gefahren für die Freiheit des Wettbewerbs dient.³⁷⁵ Aus den bei der Abwägung im Hinblick auf die Zuwiderhandlung gegen Art. 81 Abs. 1 EG dargestellten Gründen, führt die Abwägung des öffentlichen Interesses an der Untersagung der Durchführung der Aufforderung mit dem Interesse der Lottogesellschaften an der weiteren Umsetzung zu einem Überwiegen des öffentlichen Interesses an der Untersagung der Zuwiderhandlung gegen das Boykottverbot in § 21 Abs. 1 GWB.³⁷⁶

4. Verhältnismäßigkeit der Untersagung als Abstellmaßnahme

500. Nach § 32 Abs. 2 GWB kann das Bundeskartellamt den Unternehmen alle Maßnahmen aufgeben, die für eine wirksame Abstellung der Zuwider-

³⁷³ „Terrestrischer Vertrieb gewerblicher Spielvermittler“, Vorlage von Lotto Bayern zur Rechtausschusssitzung am 24./25. Januar 2005, S. 3 f., Bl. 512 f. d.A.

³⁷⁴ BGH, WuW/E DE-R 289/290, 295 - Lottospielgemeinschaft

³⁷⁵ BGH WuW/E BGH 2697/2706 – Golden Toast

³⁷⁶ siehe oben Rz. 429 ff.

handlung erforderlich und gegenüber dem festgestellten Verstoß verhältnismäßig sind. Im vorliegenden Fall ist es erforderlich, dass die Zuwiderhandlung der mittlerweile vorsorglich ohne Anerkennung einer Rechtspflicht von den Lottogesellschaften aufgehobenen Aufforderung des Rechtsausschusses vom 25./26. April 2005 gegen § 21 Abs. 1 GWB festgestellt sowie eine Wiederholung und die weitere Umsetzung dieser Aufforderung untersagt wird, um das gegen Boykottverbot in § 21 Abs. 1 GWB verstoßende Verhalten der Lottogesellschaften abzustellen. Darüber hinaus ist es aus den oben zu Art. 81 EG dargelegten Gründen für eine wirksame Abstellung der Zuwiderhandlung als mildestes Mittel erforderlich, den Lottogesellschaften solche Maßnahmen zu untersagen, mit denen die Untersagung der Zuwiderhandlung umgangen werden könnte. Die Untersagung des gegen § 21 Abs. 1 GWB verstoßenden Verhaltens einschließlich der Umgehungsmöglichkeiten der Lottogesellschaften ist zum Abstellen dieses Verhaltens geeignet, hierzu als mildestes Mittel erforderlich und im Verhältnis zur Schwere des Verstoßes durch die Festigung der Marktaufteilung und im Hinblick auf die Interessen von Jaxx als boykottiertem Unternehmen verhältnismäßig im eigentlichen Sinne.

IV. VERSTOß GEGEN ARTIKEL 82 EG

501. Die von den Mitgliedern des DLTB-Rechtsausschusses auf der Sitzung am 25./26.04.05 an alle Lottogesellschaften gerichtete Aufforderung, künftig keine Spieleinnahmen gewerblicher Spielvermittler entgegenzunehmen, die aus der terrestrischen Vermittlung von Spielverträgen stammen, verstößt ferner gegen Art. 82 EG.

1. Lottogesellschaften als marktbeherrschende Unternehmen

502. Die Lottogesellschaften sind gemeinsam auf dem Nachfragemarkt für die bundesweite gewerbliche Spielvermittlung marktbeherrschend. Die gemeinsame Marktbeherrschung kann dabei auf einer engen Vereinbarung, wie einem Kartell beruhen.³⁷⁷

503. Die Lottogesellschaften sind angesichts der strukturellen Besonderheiten des Marktes gemeinsam marktbeherrschend auf dem Markt für die bundesweite gewerbliche Spielvermittlung, auf dem Jaxx als Anbieter tätig ist.

504. Wie oben dargestellt, entfielen 2004 auf die im DLTB zusammengeschlossenen Lottogesellschaften über 90% des Nachfragevolumens nach Leistungen gewerblicher Spielvermittler. Daneben sind allein die Veranstalter von Pferdewetten auf der Nachfrageseite tätig, deren Spieleinsätze 2003 nur rund 2% der gesamten Spieleinsätze der Lottogesellschaften erreichten. Neben diesen monopolartig hohen Marktanteilen existieren ordnungsrechtliche Marktzutrittsbarrieren, die anderen Anbietern von Lotterien und Sportwetten einen Eintritt in den Markt wesentlich erschweren.

505. Ein Parallelverhalten der Lottogesellschaften wird mangels anderer starker Nachfrager nicht durch den Außenwettbewerb begrenzt. Ferner besteht auch kein hinreichender Binnenwettbewerb zwischen den Lottogesellschaften. Zwischen den Lottogesellschaften existiert nur ein sehr begrenzter Angebotswettbewerb um den Absatz von Lotterien. Wie oben dargestellt, entfielen 2004 auf die Lottogesellschaften in ihren jeweiligen Bundesländern jeweils über 80% des Angebots an Lotterien. Dabei gleicht sich das Angebot der wesentlichen Lotterie-Produkte der Gesellschaften,

³⁷⁷ Dirksen in: Langen/Bunte, Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, 10. Aufl., Art. 82 Rn. 59

nämlich Zahlenlotto, Spiel 77, Super 6, GlücksSpirale, Keno und Plus 5 im Hinblick auf das angebotene Spiel und die Spielbedingungen wegen der Zusammenarbeit der Lottogesellschaften im DLTB und in entsprechenden Blöcken (Keno-Block, GlücksSpirale-Ausschuss). Diese Beschränkung führt dazu, dass die Lottogesellschaften bei der Nachfrage um die Leistungen der gewerblichen Spielvermittler nicht im Wettbewerb um die Leistungsmerkmale ihrer zentralen Produkte gegenüber den Spielvermittlern stehen, sondern der Preis den entscheidenden Wettbewerbsparameter darstellt. Dieser ist jedoch durch den Regionalisierungsstaatsvertrag begrenzt. Nach § 4 und § 5 Regionalisierungsstaatsvertrag werden die von gewerblichen Spielvermittlern eingenommenen Spieleinsätze und Bearbeitungsgebühren unter Abzug der Gewinnausschüttung, der Bearbeitungsgebühr in Höhe von 3% der Spieleinsätze und einer Pauschale von 9% der Spieleinsätze unter den Bundesländern aufgeteilt. Da die Lottogesellschaften die wirtschaftlichen Belange der Bundesländer bei ihrer Tätigkeit berücksichtigen, werden sie keine Zahlungen an die gewerblichen Spielvermittler leisten, die über dem von der Regionalisierung ausgeschlossenen Anteil in Höhe von 12% der Spieleinsätze liegen, die von den gewerblichen Spielvermittlern akquiriert wurden. Angesichts der engen Verbundenheit der Lottogesellschaften im DLTB und in den übrigen Blöcken, in deren Rahmen grundlegende strategische Entscheidungen zur gewerblichen Spielvermittlung gemeinsam getroffen werden, ist ihr Wettbewerb im Hinblick auf den Preis für die Leistungen der gewerblichen Spielvermittler begrenzt.

506. Diese Beherrschung erfasst Deutschland und damit auch einen wesentlichen Teil des Gemeinsamen Marktes.

2. Missbräuchliche Ausnutzung

507. Die Aufforderung der Mitglieder des Rechtsausschusses an alle Lottogesellschaften ist ein Missbrauch der gemeinsamen marktbeherrschenden Stellung. In Art. 82 Abs. 2 EG sind Tatbestände aufgeführt, die typischerweise ein missbräuchliches Verhalten darstellen.³⁷⁸ Hier kann offen bleiben, ob die Aufforderung der Mitglieder des Rechtsausschusses als Form der Verhängung einer Bezugssperre ein Unterfall des Art. 82 Abs. 2 lit. b) EG darstellt oder unter die Generalklausel des Art. 82 Abs. 1 EG fällt³⁷⁹, weil sich hierdurch an der Bewertung nichts ändert.
508. Verweigert ein Unternehmen in beherrschender Stellung die Aufnahme von Geschäftsbeziehungen, verstößt es gegen Art. 82 EG, wenn es auf Grund seiner besonderen Marktstellung kontrahierungspflichtig ist und seine Weigerung nicht rechtfertigen kann.³⁸⁰ Zur Aufnahme von Geschäftsbeziehungen sind dabei regelmäßig solche Unternehmen verpflichtet, die aufgrund ihrer beherrschenden Stellung den Zugang zum relevanten Markt oder einem abgeleiteten Markt derart kontrollieren, dass sie dritten Unternehmen wirksam den Marktzugang versperren.
509. So liegt es hier. Die Lottogesellschaften stellen faktisch die einzigen Nachfrager nach den Leistungen der gewerblichen Spielvermittler auf

³⁷⁸ Dirksen in: Langen/Bunte, Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, 10. Aufl., Art. 82 Rn. 72

³⁷⁹ siehe hierzu Dirksen in: Langen/Bunte, Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, 10. Aufl., Art. 82 Rn. 127

³⁸⁰ Dirksen in: Langen/Bunte, Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, 10. Aufl., Art. 82 Rn. 172

dem Markt für die bundesweite gewerbliche Spielvermittlung dar. Wie oben dargestellt, sind die Lotto-Annahmestellen keine unabhängigen Nachfrager.³⁸¹ Die gewerblichen Spielvermittler benötigen den Zugang zu den elektronischen Schnittstellen der Lottogesellschaften, um ihre Leistungen anbieten zu können, dies gilt insbesondere auch für die Vermittlung von Lotterien über stationäre Vermittlungsstellen.³⁸²

510. Auf die Aufforderung der Mitglieder des Rechtsausschusses haben die Lottogesellschaften entschieden, keine bundeslandübergreifende Spielverträge zu akzeptieren, die über terrestrische Vermittlungsstellen gewerblicher Spielvermittler akquiriert worden sind. Lotto Niedersachsen hat deswegen den bestehenden Annahmestellenvertrag mit Anybet gekündigt und damit Bezugsbeziehungen zu Jaxx im Hinblick auf terrestrisch vermittelte Spielverträge abgelehnt bzw. abgebrochen.
511. Eine sachliche Rechtfertigung für diese Verhaltensweise existiert nicht. Wie oben dargestellt³⁸³, können sich die Lottogesellschaften insbesondere nicht auf ordnungsrechtliche Erwägungen berufen.
512. **Kein Ausschluss von Art. 82 EG durch die Anwendbarkeit von Art. 81 EG**
513. Entgegen der Ansicht der Lottogesellschaften schließt Art. 81 EG die Anwendung von Art. 82 EG auf den gleichen Sachverhalt nicht aus.³⁸⁴ Vielmehr besteht zwischen beiden Vorschriften Idealkonkurrenz, so dass beide Vorschriften anwendbar sind, wenn der zu beurteilende Sachverhalt sowohl die Voraussetzungen der einen wie der anderen Vorschrift erfüllt.³⁸⁵
514. So liegt es im vorliegenden Fall. Dabei erfordert die Anwendung von Art. 82 EG – anders als die Lottogesellschaften meinen³⁸⁶ – keinen Zustand ohne Wettbewerb. Vielmehr ist die marktbeherrschende Stellung dadurch gekennzeichnet, dass sie die Möglichkeit verschafft, die Aufrechterhaltung von wirksamem Wettbewerb auf dem relevanten Markt dadurch zu verhindern, dass sich die Unternehmen gegenüber ihren Wettbewerbern, Abnehmern und den Verbrauchern in nennenswertem Umfang unabhängig verhalten können.³⁸⁷ Wie oben gezeigt, sind diese Voraussetzungen vorliegend erfüllt, weil die Qualität des zwischen den Lottogesellschaften bestehenden Restwettbewerbs begrenzt ist.

3. Ermessen nach § 32 GWB

515. Aus den bei der Abwägung im Hinblick auf die Zuwiderhandlung gegen Art. 81 EG dargestellten Gründen, führt die Abwägung des öffentlichen Interesses an der Untersagung der weiteren Durchführung der Aufforderung mit dem Interesse der Lottogesellschaften an deren weiterer Umsetzung zu einem Überwiegen des öffentlichen Interesses an der Untersagung.

³⁸¹ siehe oben Rz. 350 ff.

³⁸² siehe oben Rz. 154

³⁸³ siehe oben Rz. 253 ff.

³⁸⁴ Haver & Mailänder, Schreiben vom 28.07.06, S. 132, Bl. 3560 d.A.

³⁸⁵ Schröter in: Kommentar zum Vertrag über die Europäische Union und zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, 6. Aufl., Art. 82 EG, Rn. 36 mwN

³⁸⁶ Haver & Mailänder, Schreiben vom 28.07.06, S. 132, Bl. 3560 d.A.

³⁸⁷ EuGH Rs. C-247/86, Slg. 1988, S. 5987/ 6008 f., Rn. 12 – Alsatel/Novasam; Dirksen in: Langen/Bunte, Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, 10. Aufl., Art. 82 Rn. 10

4. Verhältnismäßigkeit der Untersagung als Abstellmaßnahme

516. Ferner ist die Feststellung, dass die vorsorglich von den Lottogesellschaften ohne Anerkennung einer Rechtspflicht aufgehobene Aufforderung des Rechtsausschusses eine Zuwiderhandlung gegen Art. 82 EG darstellt, sowie die Untersagung von Wiederholungen der Aufforderung und die weitere Durchführung des mittlerweile aufgehobenen Beschlusses sowie der Umgehungsmaßnahmen für eine wirksame Abstellung der Zuwiderhandlung im vorliegenden Fall nach § 32 Abs. 2 GWB zum Abstellen der Bezugssperre geeignet, hierzu als mildestes Mittel erforderlich und im Verhältnis zur Schwere des Verstoßes verhältnismäßig im eigentlichen Sinne.

V. KEINE ANORDNUNG DER AUSSETZUNG DER VOLLZIEHUNG NACH § 65 ABS. 3 S. 2 GWB

517. Aus den oben zu Art. 81 EG dargestellten Gründen hat die Beschlussabteilung ihr Ermessen dahingehend ausgeübt, keine Anordnung der Aussetzung der Vollziehung im Hinblick auf die Zuwiderhandlung der Lottogesellschaften gegen Art. 82 EG zu treffen.

D. RECHTLICHE WÜRDIGUNG DES REGIONALITÄTSPRINZIPS (§ 2 BLOCKVERTRAG, § 5 ABSATZ 3 LOTTERIESTAATSVERTRAG)

518. Die Lottogesellschaften verstoßen ferner gegen Art. 81 EG, soweit sie ihr jeweiliges Vertriebsgebiet für Lotterien und Sportwetten auf der Grundlage von § 2 Blockvertrag und § 5 Abs. 3 Lotteriestaatsvertrag, den Landesgesetzen zum Glücksspielwesen und auf diese Vorschriften gestützte Umsetzungsmaßnahmen der zuständigen Behörden auf das Gebiet des Bundeslandes beschränken, in dem sie über eine Genehmigung verfügen.

I. DAS REGIONALITÄTSPRINZIP

519. Im Blockvertrag in der Fassung vom 22. Mai 2000 legten die Gesellschafter des DLTB Folgendes gemeinsam fest:

„PRÄAMBEL

(I) [...] (2) In den einzelnen Ländern bestehen Lotto- und Totounternehmen in jeweils unterschiedlicher Rechtsform, die Lotterien und Sportwetten veranstalten bzw. durchführen. (3) Der Tätigkeitsbereich der einzelnen Lotto- und Totounternehmen ist demgemäß auf das Gebiet des jeweiligen Landes beschränkt.

[...]

§ 1

GEGENSTAND DER BLOCKVEREINBARUNG

(I) Die Blockpartner führen Lotto am Samstag und Lotto am Mittwoch, Ergebnis- und Auswahlwette im Fußballtoto auf der Grundlage von Rahmenteilnahmebedingungen und Technischen Vereinbarungen einheitlich durch.

[...]

§ 2

HOHEITSBEDINGTE GRENZEN DER TÄTIGKEIT DER EINZELNEN BLOCKPARTNER

(I) (1) Da die Lotteriehochheit jedes Landes auf das Hoheitsgebiet beschränkt ist, kann jeder Blockpartner aufgrund der Erlaubnis des Landes Lotterien und Sportwetten nur innerhalb des jeweiligen Landesgebiets veranstalten und durchführen. (2) Auch bei den in § 1 Abs. I 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 Tochterunternehmen 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. [...]

§ 4

DIE VERSAMMLUNG DER BLOCKPARTNER

(I) (1) Die Versammlung ist zuständig für die Erledigung aller Angelegenheiten, die in diesem Vertrag nicht anderen Organen und Funktionsträgern ausdrücklich zugewiesen sind.

(2) Sie beschließt

- mit qualifizierter Mehrheit über: [...]
- die Zulässigkeit der Veranstaltung und Durchführung von Lotterien und Sportwetten, die Gegenstand dieses Vertrages sind, durch einen Blockpartner aufgrund einer Konzession in einem Land außerhalb der Bundesrepublik sowie einer Beteiligung eines Blockpartners an solchen Lotterien und Sportwetten. [...]

(II) [...] (3) Die qualifizierte Mehrheit ist 2/3 der Stimmen aller Blockpartner und mindestens 50% des Spielkapitals aller Blockpartner. (4) Das Spielkapital ist die Summe sämtlicher Spieleinsätze aller bzw. der in der jeweiligen Blockversammlung anwesenden Blockpartner aus den gemeinsamen Veranstaltungen im Sinne von § 1 Abs. 1 im jeweils vorangegangenen Kalenderjahr. [...]"

520. Der Regelungsgehalt von § 2 Blockvertrag ist seit der Fassung des Blockvertrages vom 21. April 1960 gleich geblieben.³⁸⁸ Damals lautete die Fassung von § 2 Blockvertrag:³⁸⁹

„§ 2 Tätigkeitsbereich und Zusatzveranstaltungen

(1) Die Blockpartner beschränken ihre Tätigkeit auf das Bundesland, in welchem sie zugelassen sind. Die Annahme von Spielscheinen aus anderen Bundesländern einschließlich

³⁸⁸ Haver & Mailänder, Schreiben vom 22.02.06, S. 9; Bl. 482 d.A.

³⁸⁹ Haver & Mailänder, Schreiben vom 22.02.06, S. 8 f.; Bl. 481 f. d.A.

Berlin (West) auf dem Postwege ist zulässig, sofern eine die Gegenseitigkeit verbürgende Regelung getroffen ist.

- (2) Zusatzveranstaltungen in Verbindung mit gemeinsam durchgeführten Lotterien und Sportwetten unterliegen der Beschlussfassung durch die Blockpartner.
- (3) Die Blockpartner werden bestrebt sein, neue Lotterien und Sportwetten von überörtlicher Bedeutung nur gemeinsam durchzuführen.“

521. § 5 Abs. 3 des Lotteriestaatsvertrages vom 1. Juli 2004 gestattet den Bundesländern sowie den von ihnen beauftragten juristischen Personen des öffentlichen Rechts und privatrechtlichen Gesellschaften den Vertrieb von Lotterien und Sportwetten nur in dem Bundesland, in dem sie ihre Aufgaben nach § 5 Abs. 2 des Lotteriestaatsvertrages wahrnehmen. Sie dürfen Glücksspiele nur in diesem Bundesland vertreiben oder vertreiben lassen. In einem anderen Bundesland dürfen sie Glücksspiele nur mit Zustimmung dieses Bundeslandes vertreiben. Auf die Erteilung der Zustimmung besteht kein Rechtsanspruch. Alle Bundesländer haben dem Lotteriestaatsvertrag durch entsprechende Gesetze zugestimmt.
522. In den Erläuterungen zum Lotteriestaatsvertrag wird im Zusammenhang mit dieser Vorschrift ausgeführt, sie sei Ausfluss der ordnungsrechtlichen Zuständigkeit der Bundesländer in ihrem Gebiet. Zu § 5 führen die Erläuterungen ferner aus:

„[...] Nach Absatz 3 ist das Tätigwerden der in Absatz 2 Genannten als Veranstalter und Durchführer von Glücksspielen auf das Hoheitsgebiet des Landes beschränkt, in dem sie ihre Aufgabe nach Absatz 2 wahrnehmen (Regionalitätsprinzip). Das Regionalitätsprinzip ist Ausfluss der ordnungsrechtlichen Zuständigkeit der Länder in ihrem Gebiet. Die Vorschrift soll auch eine unerwünschte faktische Wettbewerbssituation bei Glücksspielen mit besonderem Gefährdungspotenzial vermeiden.

Die in Absatz 2 Genannten dürfen grundsätzlich außerhalb des Landes, in dem sie ihre Aufgaben nach § 5 Abs. 2 erfüllen, Glücksspiele nicht veranstalten, insbesondere vertreiben, vertreiben lassen, oder durchführen.

Die Vorschrift schließt auch nicht aus, dass die in Absatz 2 Genannten aufgrund von Vereinbarungen über die technische, organisatorische oder vertriebliche Abwicklung länderübergreifend zusammenarbeiten, gegebenenfalls auch unter Festlegung einer etwaigen Federführung.

Da das Regionalitätsprinzip Ausfluss der ordnungsrechtlichen Zuständigkeiten der Länder ist, stellt die Bestimmung klar, dass das Verbot des länderübergreifenden Tätigwerdens nicht gilt, wenn das betroffene Land mit dem Tätigwerden einverstanden ist. Das ist zum Beispiel in allen Ländern hinsichtlich der Klassenlotterien der Fall, die seit langem mit gefestigten Vertriebsstrukturen länderübergreifend veranstaltet werden. Ein solches Einverständnis stellt auch der „Staatsvertrag über die Regionalisierung von Teilen der von den Unternehmen des Deutschen Lotto- und Totoblocks erzielten Einnahmen“ dar.

Auf die Zustimmung besteht kein Rechtsanspruch. Sie kann insbesondere versagt werden, wenn die Tätigkeit den ordnungspolitischen Vorstellungen des betroffenen Landes widerspricht, etwa weil ein Tätigwerden der in § 5 Absatz 2 Genannten eines anderen Landes auf seinem Gebiet von vornherein ausschließen will.[...]"

523. In einigen Bundesländern existieren ergänzende landesgesetzliche Regelungen, wie in Bayern, in Brandenburg, in Niedersachsen, in Sachsen-Anhalt und in Thüringen. In Bayern gilt das Gesetz über die vom Freistaat Bayern veranstalteten Lotterien und Wetten vom 29.04.1999 für die Veranstaltung von Glücksspielen durch den Freistaat Bayern (im Folgenden: Staatslotteriegesezt Bayern).³⁹⁰ Nach Art. 5 des Gesetzes kann die Veranstaltung und Durchführung von Glücksspielen mit Zustimmung des Staatsministeriums der Finanzen gemeinsam mit anderen Ländern bzw. anderen Lotterieunternehmen erfolgen. Art. 3 Abs. 1 des Gesetzes schreibt vor, dass die vom Freistaat Bayern veranstalteten Glücksspiele nur in solchen Annahmestellen gewerblich vermittelt werden dürfen, die eine schriftliche Vereinbarung unmittelbar mit der Staatlichen Lotterieverwaltung geschlossen haben. In Art. 3 Abs. 2 Staatslotteriegesezt Bayern wird derjenige mit einer Geldbuße bedroht, der ohne unmittelbare Beauftragung durch die Staatliche Lotterieverwaltung gewerbsmäßig Lose oder Losabschnitte öffentlicher Lotterien oder Ausspielungen oder Urkunden, durch welche Anteile an solchen Losen oder Losabschnitten zum Eigentum oder zum Gewinnbezug übertragen werden, verkauft oder zum Verkauf anbietet, anderen überlässt oder zur Überlassung anbietet, soweit diese in Bayern der Durchführung der Staatlichen Lotterieverwaltung unterliegen.
524. In Brandenburg bestimmt § 3 Abs. 1 des Gesetzes über öffentliche Lotterien, Ausspielungen und Sportwetten im Land Brandenburg vom 13.07.1994 (im Folgenden: Lottogesezt Brandenburg)³⁹¹, dass derjenige, der eine öffentliche Lotterie oder öffentliche Ausspielung veranstaltet, der schriftlichen Erlaubnis bedarf. Auf die Erlaubnis besteht kein Rechtsanspruch.³⁹² Die Erlaubnis darf nach § 4 Abs. 4 Nr. 1 Lottogesezt Brandenburg nicht erteilt werden, wenn die geplante Veranstaltung zu unververtretbaren Überschneidungen mit anderen Lotterien oder Ausspielungen führen würde.
525. § 3 des Niedersächsischen Gesetzes über das Lotterie- und Wettwesen vom 21.06.97 (im Folgenden: Lottogesezt Niedersachsen)³⁹³ regelt:
- „[...] (1) Das Veranstalten öffentlicher Wetten über die Ziehung von Zahlen (Zahlenlotto) oder den Ausgang sportlicher Wettkämpfe (Sportwetten), Lotterien oder Ausspielungen kann von der zuständigen Behörde durch Erteilung einer Konzession zugelassen werden.

³⁹⁰ GVBl. 1999, S. 226, zuletzt geändert am 24.04.2001, GVBl. 2001, S. 140

³⁹¹ GVBl Brandenburg I/94, S. 384, zuletzt geändert durch Art. 17 des Gesetzes zur Anpassung verwaltungsrechtlicher Vorschriften an den elektronischen Rechtsverkehr vom 17. Dezember 2003, GVBl. Brandenburg I/03, S. 298/308

³⁹² Gesetzentwurf der Landesregierung zum Gesetz über öffentliche Lotterien und Ausspielungen im Land Brandenburg (Lotteriegesezt – LottG Bbg), Landtag Brandenburg, Drs. 1/2673, Begründung zu § 3, Bl. 1407 d.A.

³⁹³ Nds. GVBl. 1997, S. 289, zuletzt geändert am 15.12.2005, Nds. GVBl. 2005, S. 426

(2) Eine Zulassung nach Absatz 1 darf nur einer Gesellschaft (Wettunternehmen) erteilt werden, an der das Land unmittelbar oder mittelbar beteiligt ist und deren andere Beteiligte entweder juristische Personen des öffentlichen Rechts oder Zusammenschlüsse oder Gesellschaften solcher Personen sind oder die Voraussetzungen des § 5 Abs. 1 Nr. 9 des Körperschaftsteuergesetzes 1996 erfüllen.[...]“

526. In § 3 Glücksspielgesetz des Landes Sachsen-Anhalt vom 22.12.2004 (im Folgenden: Glücksspielgesetz Sachsen-Anhalt)³⁹⁴ ist folgendes bestimmt:

„[...] (1) In Sachsen-Anhalt können Unternehmen zur Veranstaltung und Durchführung von Wetten über die Ziehung von Zahlen (Zahlenlotto) und über sportliche Wettkämpfe (Sportwetten) durch die Landesregierung zugelassen werden. Auf die Erteilung der Zulassung besteht kein Rechtsanspruch.

(2) Eine Zulassung nach Absatz 1 darf nur einem Unternehmen erteilt werden, dessen sämtliche Anteile dem Land gehören. [...]“

527. § 18 Glücksspielgesetz Sachsen-Anhalt bestimmt zudem, dass derjenige, der für ein Unternehmen, das in Sachsen-Anhalt nicht nach § 3 Abs. 1 S. 1 des Gesetzes zugelassen ist, gewerblich Zahlenlotto oder Sportwetten entgegennimmt oder vermittelt, mit Freiheitsstrafe von bis zu 2 Jahren oder mit Geldstrafe bestraft werden kann, wenn nicht die Vorschriften des Strafgesetzbuches eingreifen. § 19 Abs. 1 Nr. 4 Glücksspielgesetz Sachsen-Anhalt zufolge handelt ordnungswidrig, wer entgegen § 5 Abs. 3 Lotteriestaatsvertrag außerhalb des Landes, in dem die Wahrnehmung der Aufgaben nach § 5 Abs. 2 Lotteriestaatsvertrag gestattet ist, Glücksspiele veranstaltet, durchführt, vertreibt oder vertreiben lässt.

528. § 1 Thüringer Staatslotterie- und Sportwettengesetz vom 3. Februar 2000 (im Folgenden: Lottogesetz Thüringen)³⁹⁵ regelt, dass zur Veranstaltung von Zahlenlotterien und Sportwetten ausschließlich das Land befugt ist und das Land auch Zusatzlotterien und andere Lotterien veranstalten kann.

529. Die Lottogesellschaften haben von den zuständigen Behörden Konzessionen für das Spiel im Internet erhalten, die verlangen, dass der Spielinteressent in dem Bundesland wohnt, in dem er spielt. Einige Lottogesellschaften haben mit der Schufa Verträge geschlossen, damit diese auch den Wohnort desjenigen überprüft, der über das Internet bei ihnen spielt, um zu verhindern, dass Verbraucher in einem anderen Bundesland als ihrem eigenen über das Internet Lotto spielen.³⁹⁶

530. Die Auswirkungen des Regionalitätsprinzips zeigen sich darin, dass die Lottogesellschaften ausschließlich in ihrem jeweiligen Heimat-Bundesland tätig sind und keine der Gesellschaften bislang in einem anderen Bundesland eine Zustimmung zum Vertrieb von Glücksspielen erhalten hat. Die Lottogesellschaften vertreten ferner die Auffassung, dass das Regionalitätsprinzip auch den Vertrieb von Glücksspielen im Internet erfasst und

³⁹⁴ GVBl. LSA 2004, S. 846, zuletzt geändert am 5.12.2005, GVBl. LSA 2005, S. 715

³⁹⁵ GVBl. 2000, S. 15, zuletzt geändert durch Gesetz vom 10.03.2005, GVBl. 2005, S. 58

³⁹⁶ „Schufa schaut Lottospielern im Internet auf die Finger“, General-Anzeiger vom 12.05.06, Bl. 1240 d.A.

nehmen über das Internet nur Spielaufträge von Einwohnern des Bundeslandes entgegen, in dem sie ihren jeweiligen Sitz haben.

II. UNVEREINBARKEIT VON § 2 DES BLOCKVERTRAGES MIT ARTIKEL 81 EG

531. § 2 Blockvertrag verstößt gegen Art. 81 EG, soweit sich die Gesellschafter des DLTB darin geeinigt haben, Lotterien und Sportwetten, wie Lotto 6 aus 49, Spiel 77, Super 6, Fußballtoto, Oddset und Glücksspirale, jeweils nur in dem Bundesland zu vertreiben, in dem sie ihren jeweiligen Sitz haben.

1. Vereinbarung zwischen Unternehmen

532. Der Blockvertrag wurde von den Gesellschaftern des DLTB als Vereinbarung zwischen Unternehmen geschlossen, die als privatrechtlich tätige Unternehmen zu qualifizieren sind und insbesondere keine hoheitlichen bzw. ordnungsrechtlichen Tätigkeiten wahrnehmen.
533. Die Lottogesellschaften sind wirtschaftlich tätige Unternehmen, auf die die Regelungen des Kartellrechts Anwendung finden (siehe oben, Rz. 74 ff.).
534. Die Ansicht der Lottogesellschaften, sie würden auf der Grundlage staatlicher Kompetenzen tätig³⁹⁷, verfügten über eine eigene Sonderstellung³⁹⁸ oder seien gar „Träger staatlicher Verwaltung“³⁹⁹, steht im Widerspruch zur Rechtsprechung der höchsten deutschen Gerichte und zur eigenen Tätigkeit im Ausland. Auch wenn sich die Lottogesellschaften unter Berufung auf ein ordnungsrechtliches Selbstverständnis hoheitliche Befugnisse selbst zuschreiben, so existieren sie dennoch nicht. Dementsprechend gibt es auch keine verfassungsrechtliche Begrenzungen für die Geschäftstätigkeit der Lottogesellschaften. Sie unterstehen wie jede andere wirtschaftlich tätige juristische Person den Regelungen des Kartellrechts und haben sich an dessen Bestimmungen zu halten.
535. Das Bundesverfassungsgericht hat in seinem Urteil vom 28.03.06 bestätigt, dass die Lottogesellschaften nicht hoheitlich tätig sind und damit – anders als die Lottogesellschaften unzutreffender Weise meinen - keine mittelbare Staatsverwaltung ausüben:⁴⁰⁰

„[...] Der damit einhergehende Ausschluss gewerblicher Sportwettenveranstaltung durch private Wettunternehmen ist [...] nicht aber Ausdruck des hoheitlichen Charakters der betreffenden Tätigkeiten. [...]“

536. Insbesondere üben die für die Lottogesellschaften tätigen Lotto-Annahmestellen beim Vertrieb der von den Lottogesellschaften angebotenen Glücksspiele dem Bundesverfassungsgericht zufolge keine hoheitlichen Befugnisse aus:⁴⁰¹

„[...] Hinsichtlich der Vermittlung von Sportwetten kann ohnehin nicht von einer Aufgabe ausgegangen werden, die staatlicher Wahrnehmung vorbehalten ist, weil die vom Freistaat veranstalteten Wetten über gewerblich tätige Annahmestellen vertrieben

³⁹⁷ Schreiben Haver & Mailänder vom 28.07.06, S. 6, 121; Bl. 3434, 3549 d.A.

³⁹⁸ Schreiben Haver & Mailänder vom 28.07.06, S. 108; Bl. 3536 d.A.

³⁹⁹ Schreiben Haver & Mailänder vom 28.07.06, S. 11, 15; Bl. 3439, 3443 d.A.

⁴⁰⁰ BVerfG, 1 BvR 1054/01, Beschluss vom 28.03.06, Rn. 88, veröffentlicht im Internet unter: http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20060328_1bvr105401.html, Bl. 940 d.A.

⁴⁰¹ BVerfG, aaO, Rn. 89

werden, deren exklusiver Status lediglich aus einer Vereinbarung [...] folgt, nicht aber aus der Übertragung hoheitlicher Tätigkeit.[...]"

537. Der Bundesgerichtshof hatte zuvor ebenfalls festgestellt, dass den Lottogesellschaften keine hoheitlichen Aufgaben zugewiesen sind:⁴⁰²

„[...] Der Anwendung des § 1 GWB sind der Deutsche Lotto- und Totoblock und seine Gesellschafter auch nicht deshalb entzogen, weil sie – wie die Rechtsbeschwerde geltend macht – Aufgaben bei der Abwehr von Gefahren für die öffentliche Sicherheit und Ordnung wahrnehmen. Bei ihrer gegenteiligen Auffassung verkennt die Rechtsbeschwerde, dass der Block und seine Gesellschafter nicht Träger dieser Gefahrenabwehr sind, sondern allenfalls das Mittel darstellen, das die Bundesländer u.a. zu diesem Zweck einsetzen. Zutreffend hat bereits das KG darauf hingewiesen, dass kein Anhaltspunkt dafür ersichtlich ist, dass dem Block und seinen Gesellschaftern in ihrer Eigenschaft als Veranstalter von Lotterien und Sportwetten hoheitliche Befugnisse eingeräumt wurden. [...]"

538. Ferner belegt auch die Tätigkeit der Lottogesellschaften Nordrhein-Westfalen, Rheinland-Pfalz und Saarland in Luxemburg, dass sie in Deutschland nicht mit einer hoheitlichen Tätigkeit zur Kanalisierung des Spieltriebs betraut sein können, sondern eine privatwirtschaftliche Tätigkeit ausüben. Lotto Rheinland-Pfalz und Lotto Saarland haben bis zum 31.03.06 auf der Grundlage jahrzehntelanger, mehrfach verlängerter langjähriger Konzessionen des luxemburgischen Justizministers Zahlenlotto, Spiel 77 und Super 6 in Luxemburg angeboten.⁴⁰³ Seit dem 1.01.06 bietet Lotto Nordrhein-Westfalen diese Lotterien in Luxemburg an.⁴⁰⁴ Die deutschen Sportwetten Toto und ODDSET werden in Luxemburg von Lotto Rheinland-Pfalz und Lotto Saarland angeboten.⁴⁰⁵ Hätten die Lottogesellschaften tatsächlich – quod non – hoheitliche Aufgaben in Deutschland, dürften sie nicht im Ausland tätig werden, und hätten erst recht nicht die hoheitliche Aufgabe, den Spieltrieb der Bevölkerung in Luxemburg zu kanalisieren. Aus den Diskussionen im DLTB um die Aktivität von Lotto Nordrhein-Westfalen in Luxemburg geht vielmehr hervor, dass die Tätigkeit in Luxemburg rein wirtschaftliche Gründe hat. Die Geschäftsführer der Lottogesellschaften beschlossen, dass für eine Poolung der von Lotto Nordrhein-Westfalen eingespielten Umsätze aus Luxemburg ab dem 1.01.06 eine Zustimmung der Blockpartner nach § 2 Abs. III i.V.m. § 4 Abs. 1 S. 2 Punkt 5 Blockvertrag erforderlich ist.⁴⁰⁶ Maßgeblich hierfür war die Einschätzung, dass die Tätigkeit in Luxemburg eine geschäftspolitische Entscheidung und gerade keine hoheitliche Aufgabe darstellt. In der Niederschrift über die Sitzung wurde festgehalten⁴⁰⁷:

⁴⁰² BGH, WuW/E DE-R 289/292 - Lottospielgemeinschaft

⁴⁰³ Schreiben Haver & Mailänder vom 19.05.06, S. 4, Bl. 1443 d.A.

⁴⁰⁴ Schreiben Haver & Mailänder vom 19.05.06, S. 4, Bl. 1443 d.A.

⁴⁰⁵ Niederschrift über die außerordentliche Sitzung der Geschäftsführer des DLTB am 10. Januar 2006, Beschluss 3 b), Bl. 1469 d.A.; Schreiben des DLTB vom 8.02.06 an alle Blockpartner im Hinblick auf den Umlaufbeschluss 01/2006, Bl. 1474 d.A.

⁴⁰⁶ Niederschrift über die außerordentliche Sitzung der Geschäftsführer des DLTB am 03. Januar 2006, S. 8, Bl. 1456 d.A.

⁴⁰⁷ Niederschrift über die außerordentliche Sitzung der Geschäftsführer des DLTB am 03. Januar 2006, S. 7, Bl. 1455 d.A.

„[...] Die Blockpartner sehen eine nur rechtliche Diskussion über ein Zustimmungserfordernis als nicht zielführend an. Es gehe auch um eine geschäftspolitische Entscheidung über den Vertrieb deutscher Lotterierprodukte in Luxemburg. Die Blockpartner erörtern die Rolle von WestLotto als Veranstalter in Luxemburg. [...]“

539. Die Lottogesellschaften sind daher wirtschaftlich tätige Unternehmen, auf die die Regelungen des Kartellrechts Anwendung finden.

2. Spürbare Einschränkung des Wettbewerbs

540. § 2 Blockvertrag beschränkt in spürbarer Weise den Wettbewerb der Gesellschafter des DLTB um die Spieler beim Vertrieb der von ihnen veranstalteten Lotterien und Sportwetten.

541. Die Wettbewerbsbeschränkung nach Art. 81 EG erfordert eine Einschränkung der wirtschaftlichen Handlungsfreiheit der Unternehmen.⁴⁰⁸ Jedes Unternehmen hat selbstständig zu bestimmen, welche Politik es auf dem Markt betreiben und welche Mittel es sich zur Durchsetzung dieser Politik bedienen will.⁴⁰⁹ Eine Marktaufteilung im Sinne von Art. 81 Abs. 1 lit. c) EG liegt bei einer Aufteilung des Gemeinsamen Marktes unter Wettbewerbern vor. Dabei ist es gleichgültig, ob der Gemeinsame Markt ganz oder zum Teil aufgeteilt wird.⁴¹⁰ Für eine Gebietsaufteilung zwischen Wettbewerbern genügt die Vereinbarung, im Gebiet des jeweils anderen Partners keine Waren abzusetzen.⁴¹¹

2.1 Jede Lottogesellschaft hat sich verpflichtet, nur in ihrem Heimat-Bundesland tätig zu werden.

542. Mit der Vereinbarung in § 2 Blockvertrag hat sich jeder Gesellschafter des DLTB unter Berücksichtigung der Präambel des Blockvertrages verpflichtet, die von ihm veranstalteten Lotterien und Sportwetten nur in dem Bundesland zu vertreiben, in dem er über eine Genehmigung verfügt. Dies ist jeweils das Bundesland, in dem die Lottogesellschaft ihren Sitz hat. Spielscheine aus anderen Bundesländern dürfen auf dem Postweg nur dann angenommen werden, wenn mit der jeweiligen Landeslottogesellschaft eine Gegenseitigkeitsvereinbarung geschlossen wurde, also die andere Landeslottogesellschaft – und nicht die hierfür zuständige Aufsichtsbehörde - dem zugestimmt hat. Außerhalb Deutschlands dürfen Lotterien und Sportwetten, die gemeinsam im Block veranstaltet werden, nur mit Zustimmung des Blocks veranstaltet werden, wobei hierfür eine qualifizierte Mehrheit erforderlich ist.

543. Die Landeslottogesellschaften haben damit vereinbart, künftig nicht selbstständig nach wirtschaftlichen Kriterien zu entscheiden, ob und inwieweit sie ihr Vertriebsgebiet für die von ihnen veranstalteten Glücksspiele über ihr Heimat-Bundesland hinaus – ggfls. durch den Antrag einer Erlaubnis in einem anderen Bundesland - ausdehnen. Dies gilt sowohl für die von einem Bundesland allein als auch für die von einem

⁴⁰⁸ EuGH, Verb. Rs. 209 bis 215 und 218/78, Slg. 1980, 3125, 3250 (Rn. 88) – van Landuyck; EuGH, Rs. 19 und 20/74, Slg. 1975, 499, 520 (Rn. 9) - Kali Chemie

⁴⁰⁹ EuGH, Rs. C-7/95 P, Slg. 1998 I-3111, 3163 (Rn. 86) – Deere; EuGH, Rs. 172/80, Slg. 1981, 2021, 2031 (Rn. 13) - Züchner

⁴¹⁰ Bunte in: Langen/Bunte, Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, 10. Aufl., Art. 81 Rz. 85

⁴¹¹ Bunte in: Langen/Bunte, Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, 10. Aufl., Art. 81 Rz. 86

die von einem Bundesland allein als auch für die von einem Land gemeinsam mit anderen Bundesländern veranstaltete Glücksspiele. Es trifft insbesondere nicht zu, dass die Lottogesellschaften nur innerhalb des ihnen zugestandenen Bundeslandes tätig werden dürfen und ihre Tätigkeit ansonsten rechtswidrig wäre, wie die Lottogesellschaften meinen.⁴¹² Den Lottogesellschaften stünde es ohne den Blockvertrag frei, eine Erlaubnis in einem anderen Bundesland zu beantragen oder erlaubnisfreie Glücksspiele anzubieten.

544. Damit haben die Gesellschafter des DLTB ihr Angebot von Lotterien und Sportwetten in Deutschland räumlich unter sich aufgeteilt.

2.2 Keine Lottogesellschaft darf allein über den Vertrieb gemeinsam veranstalteter Glücksspiele im Ausland entscheiden.

545. Die Lottogesellschaften werden außerdem durch § 2 Abs. III des Blockvertrages daran gehindert, die Zulassung eines anderen Mitgliedstaates der Europäischen Union dazu zu nutzen, dort ihr Angebot an gemeinsam im DLTB veranstalteten Lotterien und Sportwetten, darunter insbesondere das Zahlenlotto als ihr Hauptangebot, eigenständig anzubieten. Sie benötigen hierfür nach dem Blockvertrag die Zustimmung von 2/3 der anderen Lottogesellschaften, auf die mindestens 50% des Spielkapitals aller Lottogesellschaften entfällt⁴¹³, und damit die Zustimmung ihrer wesentlichen Wettbewerber. Da der Blockvertrag den deutschen Markt unter den Lottogesellschaften aufteilt, ist er mit dem Zustimmungsvorbehalt geeignet, auch außerhalb Deutschlands in der Europäischen Union zu einer Gebietsaufteilung unter den Lottogesellschaften zu führen.

546. § 2 Abs. III Blockvertrag dient dabei nicht dazu, die technische Funktionsfähigkeit der gemeinsamen Ausspielungen zu gewährleisten, sondern dazu, rein geschäftliche Interessen durchzusetzen. Soweit vorgetragen wird, die Spielformel und der Gewinnplan seien an der Zahl der potenziellen Spielteilnehmer ausgerichtet, so dass es bei Gebietsausweitungen zu Änderungen kommen müsse, welche eine Zustimmung aller Blockpartner erforderlich mache,⁴¹⁴ ist dies nicht schlüssig. Bei einer Ausweitung des Spielgebietes und der Bedienung zusätzlicher Spielinteressenten bedarf es lediglich einer rechnerischen Anpassung der Spielformel durch eine mathematische Operation. Für eine solche rein technische Anpassung ist keine Zustimmung der anderen Gesellschafter erforderlich. Die Überwachung der Einhaltung ordnungsrechtlicher Bestimmungen bei der technischen Abwicklung im Ausland, obliegt nicht den Lottogesellschaften sondern den zuständigen staatlichen Aufsichtsbehörden.

547. Die wettbewerbsbeschränkende Wirkung von § 2 Abs. III Blockvertrag wird durch das Verhalten der Lottogesellschaften hinsichtlich der von Luxemburg ab 2006 neu vergebenen Konzession an Lotto Nordrhein-Westfalen belegt: Bis 31.03.06 waren ausschließlich Lotto Rheinland-Pfalz und Lotto Saarland aufgrund jahrzehntelanger, mehrfach verlängerter langjähriger Konzessionen des luxemburgischen Justizministers in einem anderen Mitgliedstaat der Europäischen Union, nämlich in Luxemburg, tätig. Am 23.05.05 erhielt Lotto Nordrhein-Westfalen von Luxemburg eine neue Konzession ohne Auflagen; Lotto Rheinland-Pfalz und Lotto

⁴¹² Haver & Mailänder, Schreiben vom 28.07.06, S. 98, Bl. 3526 d.A.

⁴¹³ § 2 Abs. III i.V.m. § 4 Blockvertrag

⁴¹⁴ Schreiben Haver & Mailänder vom 19.05.06, S. 4 f., Bl. 1443 f. d.A.

Saarland erhielten hingegen eine Abwicklungskonzession⁴¹⁵ bis zum 31.03.06.⁴¹⁶ Lotto Nordrhein-Westfalen bietet seit dem 1.01.06 das deutsche Zahlenlotto in Luxemburg an⁴¹⁷ und verfügte zunächst nicht über eine Zustimmung des DLTB nach § 2 des Blockvertrages⁴¹⁸. Lotto Nordrhein-Westfalen war der Ansicht, eine solche Zustimmung sei nicht erforderlich.⁴¹⁹ Daraufhin gab es am 3.01.06 und am 10.01.06 zwei außerordentliche Sitzungen der Geschäftsführer des DLTB. Dabei beschlossen die Geschäftsführer, dass für eine Poolung der von Lotto Nordrhein-Westfalen eingespielten Umsätze aus Luxemburg ab dem 1.01.06 eine Zustimmung der Blockpartner nach § 2 Abs. III i.V.m. § 4 Abs. 1 S. 2 Punkt 5 Blockvertrag erforderlich ist.⁴²⁰ Maßgeblich hierfür war die Einschätzung, dass die Tätigkeit in Luxemburg eine geschäftspolitische Entscheidung darstellt.

548. In der Niederschrift über die Sitzung wurde festgehalten⁴²¹:

„[...] Die Blockpartner sehen eine nur rechtliche Diskussion über ein Zustimmungserfordernis als nicht zielführend an. Es gehe auch um eine geschäftspolitische Entscheidung über den Vertrieb deutscher Lotterierprodukte in Luxemburg. Die Blockpartner erörtern die Rolle von WestLotto als Veranstalter in Luxemburg. [...]“

549. Auch aus der Niederschrift der außerordentlichen DLTB-Sitzung am 10.01.06 geht hervor, dass das Einhalten des Zustimmungserfordernisses nach § 2 Blockvertrag von Lotto Nordrhein-Westfalen aus geschäftspolitischen Erwägungen und nicht aus Gründen der technischen Abwicklung verlangt wurde. In der Niederschrift der Sitzung wurde festgehalten:⁴²²

„[...] Herr Dr. B. [Anmerkung: Lotto Saarland] führt aus, dass es um die generelle Frage gehe, ob der Block darauf vertrauen könne, dass ordnungsgemäß mit den Produkten des DLTB im Ausland umgegangen werde. [...] Auch wenn ein rechtliches Erfordernis von WestLotto selbst nicht gesehen werde, wäre ausreichend Zeit gewesen, das Thema in einer ordentlichen Blocksitzung zu besprechen. Dazu gehöre auch die Erörterung des vertrieblichen und werblichen Auftritts. Die Verhandlungen der Lotterie Nationale mit den Gesellschaften aus Saarland und Rheinland-Pfalz seien vor allem wegen der vertrieblichen Thematik gescheitert. [...]“

Herr L. [Anmerkung: Lotto Rheinland-Pfalz] verteilt eine Kopie von Lotto-Spielquittungen aus Nordrhein-Westfalen und aus Lu-

⁴¹⁵ Niederschrift über die außerordentliche Sitzung der Geschäftsführer des DLTB am 10. Januar 2006, S. 8, Bl. 1465 d.A.

⁴¹⁶ Schreiben Sozietät Haver & Mailänder vom 19.05.06, S. 4, Bl. 1443 d.A.

⁴¹⁷ Niederschrift über die außerordentliche Sitzung der Geschäftsführer des DLTB am 10. Januar 2006, S. 10, Bl. 1467 d.A.

⁴¹⁸ Schreiben der Sozietät Haver & Mailänder vom 19.05.06, S. 4, Bl. 1443 d.A.

⁴¹⁹ Niederschrift über die außerordentliche Sitzung der Geschäftsführer des DLTB am 03. Januar 2006, S. 6, Bl. 1454 d.A.

⁴²⁰ Niederschrift über die außerordentliche Sitzung der Geschäftsführer des DLTB am 03. Januar 2006, S. 8, Bl. 1456 d.A.

⁴²¹ Niederschrift über die außerordentliche Sitzung der Geschäftsführer des DLTB am 03. Januar 2006, S. 7, Bl. 1455 d.A.

⁴²² Niederschrift über die außerordentliche Sitzung der Geschäftsführer des DLTB am 10. Januar 2006, S. 6-11, Bl. 1463-1468 d.A.

xemburg. [...] Des weiteren sehe er die Darstellung der Produkte Euromillions und Lotto 6 aus 49 unmittelbar nebeneinander als äußerst kritisch an; bei einem Vergleich der Jackpots könne das deutsche Lotto nur verlieren. [...]

Herr H. [Anmerkung: Lotto Bayern] führt aus, dass er nicht verstehe, dass zwei Sondersitzungen der Blockpartner erforderlich seien, obwohl WestLotto bereits seit März Verhandlungen mit Luxemburg geführt habe. Er sehe die Informationspolitik von WestLotto den Mitgesellschaftern gegenüber als äußerst unfair an. Außerdem sei der jetzt vorgelegte Auftritt von WestLotto in Luxemburg erst auf Druck der Blockpartner hin nachgebessert worden. Herr H. erkundigt sich außerdem, warum in Luxemburg für Lotto 6 aus 49 mehr verlangt werde, als in Nordrhein-Westfalen. [...]

Herr R. [Anmerkung: Lotto Berlin] nimmt Bezug auf das Schreiben von WestLotto vom 09. Januar 2006, in dem WestLotto ausführt, „...dass die geschäftspolitischen Erwägungen bzgl. Vertrieb und Marketing nur der aufsichtsrechtlichen Kontrolle des Luxemburger Staates zur Kanalisierung des Spieltriebes unterliegen.“ Nach seiner Auffassung solle das deutsche Ordnungsrecht als Minimalgrenze anerkannt werden; ausländische Grenzen sollten nicht als Maßstab angelegt werden. Er stelle sich die Frage, was passiere, wenn es von Luxemburg aus Impulse zu Liberalisierungstendenzen gebe. Die Gesellschaften des DLTB schrieben Briefe an die verantwortlichen Stellen der Politik, um auf die Gefahren einer Liberalisierung hinzuweisen und mit Hilfe von WestLotto, der größten Gesellschaft des DLTB und dem EL-Präsidenten als deren Geschäftsführer, könne dann in Brüssel der Eindruck entstehen, dass die Liberalisierung befürwortet werde. Für ihn sei die Frage der Poolungsrelevanz nicht vorrangig; es ginge auch um die Frage des Vertrauens. Er sehe hier Parallelen zu verschiedenen ähnlich problematischen Themen der Vergangenheit, an denen WestLotto aktiv beteiligt gewesen sei. [...]

Herr S. [Anmerkung: Lotto Rheinland-Pfalz] betont, dass der DLTB seine Produkte aus der Hand gebe. [...] Es mache aus seiner Sicht keinen Sinn, Euromillions und Lotto 6 aus 49 nebeneinander anzubieten. Die Loterie Nationale wolle das deutsche Lotto nicht fördern, sondern unter Kontrolle haben. Außerdem stelle sich die Frage, wie das Angebot aussehe, wenn das europäische Parallelprodukt in Deutschland umgesetzt werde.

Herr B. [Anmerkung: Lotto Saarland] ergänzt, dass das Angebot von Euromillions und Lotto 6 aus 49 nebeneinander dazu führen werde, dass keiner mehr das deutsche Lotto in Luxemburg kaufen werde; der Jackpot von Euromillions stehe derzeit bei 103 Mio. Euro. Hier stelle sich die Frage, ob dies der richtige Umgang mit dem Kernprodukt des DLTB sei. [...]

Herr Dr. W. [Anmerkung: Lotto Nordrhein-Westfalen] führt aus, dass er hätte vorher an die Gesellschaften des DLTB mit der Thematik herantreten sollen. [...] Es könne nicht sein, dass über ein Zustimmungserfordernis des DLTB die politische Entscheidung in Luxemburg beeinflusst werde [...] Nach seiner Auffassung seien die zuvor vorgetragenen Ausführungen Wettbe-

werbsgesichtspunkte und daher jetzt nicht entscheidungsrelevant; Westlotto sei der ordnungsrechtlichen Sichtweise der Luxemburger Aufsicht gefolgt.

Herr Dr. S. [Anmerkung: Lotto Hessen] äußerte, dass eine Entscheidung von Luxemburg zu akzeptieren sei, aber auch die Gesellschaften des DLTB hätten Entscheidungsbefugnisse. Der Block entscheide über eine Vielzahl von Themen, die nicht poolungsrelevant seien, z.B. die Anzahl von Feldern auf den Spielscheinen oder die genaue Gestaltung des neuen Dachmarkenlogos. Es könne nicht sein, dass der Auftritt in Luxemburg ohne die Einbeziehung des Blocks erfolge. [...]

Frau Dr. von R. [Anmerkung: Lotto Niedersachsen] schließt sich der Ansicht von Herrn H. an, dass die Verfahrensweise von WestLotto nicht nachvollziehbar sei. Es sei unverständlich, dass die Blockpartner nicht schon zu einem früheren Zeitpunkt von Westlotto informiert worden seien. Die Frage sei auch, wie mit den Punkten umgegangen werde, die von den Gesellschaften aus Rheinland-Pfalz und Saarland in den damaligen Verhandlungen mit der Loterie Nationale abgelehnt wurden. [...] Bei einer Beschränkung der Poolung müssten die Gesellschaften ihre Zustimmung geben; hier gehe es jedoch auch um eine geschäftspolitische und gesellschaftsrechtliche Diskussion. Davon seien alle Blockpartner als Gesellschafter einer GbR betroffen. Sie sehe hier die Nichteinhaltung einer Treuepflicht. [...] Für einen gänzlichen Rückzug aus Luxemburg sei es jetzt zu spät. [...]

Herr Dr. B. [Anmerkung: Lotto Saarland] erläutert [...]. Der Wettbewerb bzw. das Konkurrieren von Produkten in denselben Annahmestellen habe nichts mit der Eindämmung des Spieltriebs zu tun. Er sehe daher keinen ordnungsrechtlichen Punkt, der gegen ein Angebot in Luxemburg durch zwei Gesellschaften spreche; dies werde in Deutschland auch praktiziert (SKL, NKL). Er sehe auch keinen Schaden für den DLTB bei einer Ablehnung des Antrags von WestLotto. Der mögliche Schaden liege eher in der Möglichkeit der Erweiterung auf andere Länder, wenn dem Antrag zugestimmt würde. Außerdem gehe es hier nicht um Wettbewerbs- und Kartellrecht. [...]

Herr Dr. W. [Anmerkung: Lotto Nordrhein-Westfalen] führt aus, dass eine Reihe der Argumente mit der Größe seines Unternehmens zu tun habe. [...] Eine Ablehnung WestLottos hätte daher erhebliche Auswirkungen auf diese Beteiligten und könnte auch kartellrechtlich relevant sein. [...]

Herr R. [Anmerkung: Lotto Berlin] ergänzt, dass der Block bereits Schaden erlitten habe. [...] Eine Zustimmung könne nach seiner Auffassung nicht verweigert werden und die Blockpartner sollten durch die Beschlussfassung festhalten, dass Luxemburg als ‚Altlast‘ gelte und vor allem eine Ausweitung auf weitere Länder nicht beabsichtigt sei. [...]

550. Der Antrag auf Erteilung einer Zustimmung verfehlte auf der außerordentlichen DLTB-Sitzung am 10.01.06 die erforderliche Mehrheit.⁴²³ Daraufhin gab es Gespräche zwischen Lotto Rheinland-Pfalz, Lotto Saarland und Lotto Nordrhein-Westfalen, um allen Blockgesellschaften eine Zustimmung zur Tätigkeit von Lotto Nordrhein-Westfalen in Luxemburg zu ermöglichen. Dabei einigten sich die Gesellschaften darauf, dass Lotto Rheinland-Pfalz und Lotto Saarland an den Erträgen von Lotto Nordrhein-Westfalen mit deutschen Lotterien in Luxemburg beteiligt werden und Lotto Rheinland-Pfalz und Lotto Saarland Inhaber der Konzession für Sportwetten Toto und ODDSET in Luxemburg bleiben.⁴²⁴ Die luxemburgische Loterie Nationale war mit der Regelung zur Fortführung von ODDSET und Toto durch die bisherigen Anbieter einverstanden. Im Ergebnis bewirkt die Regelung des Blockvertrages, dass Lotto Nordrhein-Westfalen die luxemburgische Konzession nicht nach eigenen wirtschaftlichen Entscheidungen nutzen kann, sondern die Umsätze aus dem Lotteriegeschäft mit den bisherigen Konzessionären und Wettbewerbern teilen und hinsichtlich der Sportwetten die Konzession sogar an die Wettbewerber abgeben muss.
551. Für die weit überwiegende Zahl der Verbraucher hat § 2 Blockvertrag zur Folge, dass sie nur bei der Lottogesellschaft ihren Spielschein abgeben können, die in ihrem Heimatbundesland tätig ist. Sie verfügen über keine Möglichkeit, unter den Lottogesellschaften die mit den günstigsten Entgelten und den für sie interessantesten Spielangeboten zu wählen.

2.3 Gebietsaufteilung ist keine Folge begrenzter Gesetzgebungszuständigkeit der Bundesländer

552. Die Gebietsaufteilung in § 2 Blockvertrag in Verbindung mit der Präambel des Blockvertrages ist dabei keine Folge der räumlich begrenzten Gesetzgebungszuständigkeit der Bundesländer für das Glücksspielwesen, die auch als sog. Lotteriehochheit bezeichnet wird. Die räumliche Begrenzung der Lotteriehochheit auf das Gebiet eines Bundeslandes bezieht sich ausschließlich auf die Gesetzgebung und die staatliche Durchsetzung der Landesgesetze. Dies ist auch die Sichtweise der Lottogesellschaften, auch wenn sie die Lotteriehochheit als Regionalitätsprinzip bezeichnen:⁴²⁵

„[...] Das Regionalitätsprinzip besagt, dass die von der Verfassung verliehene Macht des Staates, Sachverhalte zu regeln und hoheitlich tätig zu werden, an seinen Staatsgrenzen endet. [...]

Aufgrund des verfassungsrechtlichen Regionalitätsprinzips ist die Regelungskompetenz der Länder auf ihr jeweiliges Territorium beschränkt.[...]“

553. Eine solche auf das jeweilige Landesgebiet begrenzte hoheitliche Tätigkeit wird von den Landeslottogesellschaften jedoch gerade nicht wahrgenommen. Vielmehr sind die Lottogesellschaften privatrechtlich tätige Unternehmen, denen keine hoheitlichen Aufgaben übertragen worden sind,

⁴²³ Niederschrift über die außerordentliche Sitzung der Geschäftsführer des DLTB am 10. Januar 2006, S. 12 f., Bl. 1469 f. d.A.

⁴²⁴ Schreiben von Lotto Rheinland-Pfalz, Saarland und Nordrhein-Westfalen vom 8.02.06 an die Federführung des DLTB, Bl. 1471 d.A.

⁴²⁵ Haver & Mailänder, Schreiben vom 28.07.06, S. 18 f., Bl. 3446 f. d.A.

wie das Bundesverfassungsgericht⁴²⁶ und der Bundesgerichtshof⁴²⁷ festgestellt haben.

554. Insbesondere ist den Lottogesellschaften nicht die Abwehr von Gefahren der öffentlichen Sicherheit und Ordnung übertragen worden, sie stellen jedenfalls ein zu diesem Zweck eingesetztes Mittel dar.⁴²⁸ Sie sind daher staatsrechtlich nicht gehindert, ihr Vertriebsgebiet über das Bundesland hinaus, in dem sie ihren Sitz haben, auszudehnen.

2.4 Gebietsaufteilung ist keine Folge einer regional begrenzten Reichweite der Zulassungen und Konzessionen der Lottogesellschaften

555. Ferner ist die Marktaufteilung auch nicht Folge einer regional begrenzten Reichweite der Zulassungen und Konzessionen der Lottogesellschaften. Insbesondere aus dem von den Lottogesellschaften herangezogenen Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 21.06.06⁴²⁹ ergibt sich nichts anderes.

556. Die Lottogesellschaften sind im Blockvertrag überein gekommen, ausschließlich in dem Bundesland, in dem sie die Zulassung erhalten haben, also in ihrem Heimat-Bundesland, tätig zu werden und ihre Aktivitäten nicht darüber hinaus auszudehnen und damit auch nicht eventuell hierfür notwendige Erlaubnisse zu beantragen. Das Bundesverwaltungsgericht hat sich nur mit der regional begrenzten Reichweite der gewerberechtlichen Erlaubnis zur Veranstaltung von Sportwetten durch gewerbliche Veranstalter befasst, nicht aber mit Vereinbarungen nach Art. 81 EG über eine räumliche Begrenzung der eigenen Tätigkeit durch die Lottogesellschaften. Im übrigen war auch die Fallgestaltung des Bundesverwaltungsgerichts eine andere als im vorliegenden Fall. Während es im Fall des Bundesverwaltungsgerichts um die Frage ging, ob eine Erlaubnis für Thüringen auf Bayern zu übertragen ist, wo private Sportwetten verboten sind, geht es im vorliegenden Fall um die Tätigkeit der maßgeblich staatlich beeinflussten Lottogesellschaften mit ihrem staatlich verantworteten Glücksspielangebot und deren Tätigkeit in anderen Bundesländern, in denen die identischen Glücksspiele zugelassen sind. Hiermit hatte sich das Bundesverwaltungsgericht ebenfalls nicht zu befassen.

2.5 Die Wettbewerbsbeschränkung ist spürbar.

557. Die Wettbewerbseinschränkung ist auch spürbar. Art. 81 Abs. 1 EG ist dann nicht anwendbar, wenn eine Maßnahme nach Art. 81 EG die Wettbewerbsverhältnisse nur geringfügig beeinträchtigt.⁴³⁰ Dabei geht die Rechtsprechung von einer Marktanteilsschwelle von 5% des relevanten Marktes aus⁴³¹, die Kommission setzt die Bagatellschwelle bei einem Marktanteil von 10% an.⁴³² Im vorliegenden Fall ist die Spürbarkeit auf je-

⁴²⁶ BVerfG, 1 BvR 1054/01, Beschluss vom 28.03.06, Rn. 88, veröffentlicht im Internet unter: http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20060328_1bvr105401.html, Bl. 940 d.A.

⁴²⁷ BGH, WuW/E DE-R 289/292 - Lottospielgemeinschaft

⁴²⁸ BGH, WuW/E DE-R 289/295 - Lottospielgemeinschaft

⁴²⁹ BVerwG, Az. 6 C 19.06, Urt. vom 21.06.06, veröffentlicht im Internet unter: <http://www.bverwg.de/media/archive/3988.pdf>; Haver & Mailänder, Schreiben vom 28.07.06, S. 50, Bl. 3478 d.A.

⁴³⁰ Bunte in: Langen/Bunte, Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, 10. Aufl., Art. 81 Rn. 101

⁴³¹ EuGH, Rs. 19/77, Slg. 1978, 131, 149 (Rn. 9 f.) – Miller; EuGH, Rs. 107/82, Slg. 1983, 3151, 3201 (Rn. 58) – AEG/Kommission

⁴³² Bekanntmachung der Kommission über Vereinbarungen von geringer Bedeutung, die den Wettbewerb gemäß Artikel 81 Absatz 1 des Vertrags zur Gründung der Europäi-

den Fall zu bejahen, weil die Lottogesellschaften, wie oben dargestellt, auf den regionalen Märkten für Lotterien Marktanteile von über 80% erreichen. Werden die in Deutschland zulässigerweise angebotenen Lotterien und Sportwetten insgesamt betrachtet, lag der Anteil der Lottogesellschaften 2003 bundesweit bei 78%⁴³³, so dass eine Beschränkung des zwischen ihnen bestehenden ohnehin geringen Wettbewerbs spürbar ist.

3. Beeinträchtigung des Handels zwischen Mitgliedstaaten

558. Die durch die Vereinbarung der Lottogesellschaften bezweckte und bewirkte Marktaufteilung des gesamten Bundesgebietes hat Auswirkungen auf ihre grenzüberschreitende wirtschaftliche Tätigkeit und ist damit geeignet, den Handel zwischen den Mitgliedstaaten nach Art. 81 EG spürbar zu beeinträchtigen. Die Gefahr einer Beeinträchtigung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten liegt vor, wenn eine Maßnahme unter Berücksichtigung der Gesamtheit objektiver rechtlicher oder tatsächlicher Umstände mit hinreichender Wahrscheinlichkeit erwarten lässt, dass sie unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potenziell den Warenverkehr zwischen Mitgliedstaaten in einer Weise beeinflusst, die der Verwirklichung der Ziele eines einheitlichen zwischenstaatlichen Marktes nachteilig sein könnten.⁴³⁴ Der Handel zwischen Mitgliedstaaten kann auch dann beeinträchtigt werden, wenn der relevante Markt nur das Gebiet eines Mitgliedstaates betrifft.⁴³⁵
559. Horizontale Kartelle, die sich auf das gesamte Gebiet eines Mitgliedstaates erstrecken, sind in der Regel geeignet, den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen, weil sie ihrem Wesen nach die Wirkung haben, eine Marktaufteilung entlang nationaler Grenzen zu verfestigen.⁴³⁶ Die Eignung, den Inlandsmarkt abzuschotten, ist ein wertvoller Hinweis auf die Eignung, den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen.⁴³⁷ Dabei ist nicht erforderlich, dass jeder einzelne Teil der Vereinbarung, einschließlich jeglicher Wettbewerbsbeschränkung, die sich aus der Vereinbarung ergeben kann, geeignet ist, den zwischenstaatlichen Handel zu beeinträchtigen. Ist die Vereinbarung als Ganzes geeignet, den Handel zwischen den Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen, ist das Gemeinschaftsrecht auf die gesamte Vereinbarung anwendbar, einschließlich jener Teile der Vereinbarung, die für sich genommen den Handel zwischen Mitgliedstaaten nicht beeinträchtigen.⁴³⁸

schen Gemeinschaft nicht spürbar beschränken (de minimis), ABl. EG 2001/C 368, S. 13, Rn. 7

⁴³³ Arbeitsgruppe Strategie und Planung 2004, „Aktualisierte Handlungsstrategie der Gesellschaften des Deutschen Lotto- und Toto-Blocks“, S. 7; B 10-167/04, Anlage zum Schreiben von RA Dr. Staebe vom 31. März 2005, Band II, Bl. 2843 d.A.

⁴³⁴ OLG Düsseldorf, Beschl. v. 12.04.06, IV-Kart 5/06 (V), S. 8 – Soda-Club; Bekanntmachung der Kommission, Leitlinien über den Begriff der Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels in den Artikeln 81 und 82 des Vertrags, aaO, Ziff. 23

⁴³⁵ OLG Düsseldorf, aaO, Bekanntmachung der Kommission, Leitlinien über den Begriff der Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels in den Artikeln 81 und 82 des Vertrags, aaO

⁴³⁶ siehe hierzu EuGH, Rs. C-35/99, Slg. 2002 I-1529, 1571 (Rz. 33) – Arduino; Bekanntmachung der Kommission, Leitlinien über den Begriff der Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels in den Artikeln 81 und 82 des Vertrags, aaO, Ziff. 78

⁴³⁷ Bekanntmachung der Kommission, Leitlinien über den Begriff der Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels in den Artikeln 81 und 82 des Vertrags, aaO, Ziff. 77

⁴³⁸ Bekanntmachung der Kommission, Leitlinien über den Begriff der Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels in den Artikeln 81 und 82 des Vertrags, ABl. C 101 v. 27.4.2004, S. 81 ff., Ziff. 14

560. Die Blockvertrag führt zu einer räumlichen Aufteilung des gesamten Bundesgebietes unter den Lottogesellschaften und ist geeignet, den grenzüberschreitenden Wettbewerb der Landeslottogesellschaften um Spieler mit Wohnsitz in anderen Mitgliedstaaten der Europäischen Union zu beschränken, und das deutsche Angebot an zulässigen Glücksspielen gegenüber ausländischen Nachfragern abzuschotten. Auf die Lottogesellschaften entfiel 2003 ein Anteil von rund 78% aller in Deutschland zugelassenen Lotterien und Sportwetten sowie 2004 ein Anteil von mindestens 80% des Marktes für Lotterien in Deutschland, ferner stellen sie die herausragenden Nachfrager für die bundesweite gewerbliche Spielvermittlung dar.
561. Spielinteressenten aus dem Ausland können wegen der Marktaufteilung die von den Landeslottogesellschaften vertriebenen Lotterien und Sportwetten nicht über das Internet unmittelbar bei einer der Lottogesellschaften ihrer Wahl spielen. Vielmehr steht das Internet-Angebot der einzelnen Lottogesellschaften jeweils nur den Einwohnern des Bundeslandes zur Verfügung, in dem die jeweilige Lottogesellschaft ihren Sitz hat. Ausländische Verbraucher haben daher über das Internet keinen unmittelbaren Zugang zum staatlich verantworteten Spielangebot der Lottogesellschaften. Ausländische Spielinteressenten können über das Internet das Angebot der Lottogesellschaften – anders als Verbraucher mit einem Wohnsitz in Deutschland - nur mittelbar über gewerbliche Spielvermittler nutzen, die für ihre Leistungen ein zusätzliches Entgelt verlangen, so dass ausländische Spieler für die Spielteilnahme ein höheres Entgelt als deutsche Verbraucher zu entrichten haben. Dies können sie nur durch das Aufsuchen einer terrestrischen Annahmestelle einer Lottogesellschaft vermeiden, wobei diese Gelegenheit proportional zur Entfernung des Wohnortes des ausländischen Spielinteressenten von der deutschen Grenze abnimmt. Die Marktaufteilung der Lottogesellschaften in § 2 Blockvertrag führt dabei dazu, dass auch der grenzüberschreitend wirkende Wettbewerb der Lottogesellschaften um ausländische Spielinteressenten über terrestrische Annahmestellen und damit die Auswahlmöglichkeiten der Verbraucher faktisch ausgeschlossen ist. Verbraucher aus grenznahen Regionen der Nachbarländer, welche nach Deutschland kommen, um hier an den überregional veranstalteten Lotterien und Sportwetten über terrestrische Annahmestellen teilzunehmen, können nur bei der jeweiligen Landeslottogesellschaft spielen, die ihren Sitz in dem Bundesland hat, dessen Grenze an das Heimatland des ausländischen Spielers stößt. Die Lottogesellschaften können nicht nach ihrer eigenen Entscheidung in Grenznähe Annahmestellen aufbauen, sondern sind auf ihr eigenes Bundesland begrenzt. Nur die Landeslottogesellschaft des Bundeslandes, das jeweils an einen anderen Mitgliedstaat der Europäischen Union grenzt, kann in Grenznähe Annahmestellen unterhalten. Die Landeslottogesellschaften von Hamburg, Bremen, Hessen, Sachsen-Anhalt, Thüringen und Berlin sind daher nicht in der Lage, ausländischen Spielinteressenten ein Angebot in Grenznähe zu unterbreiten. Von den Erwerbengesellschaften wurde im Verfahren B10-167/04⁴³⁹ berichtet, dass insbesondere bei großen Beträgen im Jackpot Unionsbürger aus angrenzenden Mitgliedsta-

⁴³⁹ Lotterie-Treuhandgesellschaft mbH Hessen, Wiesbaden; Lotto Rheinland-Pfalz GmbH, Koblenz; Staatliche Toto-Lotto GmbH Baden-Württemberg, Stuttgart; Erwerb von jeweils 25,00001 % (insg. 75 % und eine Aktie) der Anteile an der Tipp24 AG, Hamburg; Gemeinschaftsunternehmen; Anmeldung gemäß § 39 Abs. 1 GWB.

ten, z. B. aus Österreich und aus den Niederlanden, in den terrestrischen Annahmestellen des DLTB spielen.⁴⁴⁰

562. Wie oben dargestellt, werden die Lottogesellschaften durch § 2 Abs. III des Blockvertrages auch daran gehindert, die Zulassung eines anderen Mitgliedstaates der Europäischen Union dazu zu nutzen, dort insbesondere das Zahlenlotto als ihr Hauptangebot eigenständig anzubieten. Die Lottogesellschaften bestimmen nur gemeinsam, welche Lottogesellschaft außerhalb Deutschlands die gemeinsam veranstalteten Glücksspiele anbieten darf und beschränken dadurch auch den grenzüberschreitenden Wettbewerb. Wie das Verhalten der Lottogesellschaften im Hinblick auf die luxemburgische Konzession zeigt, führt der Zustimmungsvorbehalt auch außerhalb Deutschlands in der Europäischen Union zu einer Gebietsaufteilung unter den Lottogesellschaften.
563. Zusätzlich bewirkt die Regelung in § 2 Blockvertrag, dass einige Lottogesellschaften, wie Lotto Brandenburg⁴⁴¹, sich weigern, Spieleinsätze von Verbrauchern aus anderen Mitgliedstaaten der Europäischen Union über gewerbliche Spielvermittler anzunehmen. Dies schottet den deutschen Markt gegenüber Spielinteressenten und gewerblichen Spielvermittler aus anderen EU-Mitgliedstaaten weiter ab. Hiergegen kann nicht eingewandt werden, gewerblichen Spielvermittlern sei es verboten, im Ausland Spielaufträge zu generieren und diese an die Annahmestellen in Deutschland zu vermitteln.⁴⁴² Wie sich aus den Grundsätzen der Lottogesellschaften zum Umgang mit gewerblichen Spielvermittlern⁴⁴³ ergibt, gehen die Lottogesellschaften selbst nicht pauschal von der Unzulässigkeit der Vermittlung in Deutschland veranstalteter Lotterien durch gewerblicher Spielvermittler an Verbraucher in anderen Mitgliedstaaten der EU aus, sondern verlangen lediglich den Nachweis der Recht- und Ordnungsmäßigkeit der Betätigung im Herkunftsland. Ein solcher Nachweis wird von Lotto Brandenburg aber gerade nicht verlangt.
564. Die Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels ist auch spürbar. Der Blockvertrag betrifft mit Spieleinsätzen in Höhe von 7,302 Mrd. €⁴⁴⁴ mindestens 80 % des Marktes für Lotterien, 75 % des Marktes für Sportwetten sowie nahezu die gesamte Nachfrage nach bundesweiter gewerblicher Spielvermittlung in Deutschland, und führt zu einer Marktabschottung, so dass die mit dieser Vereinbarung getroffene Marktaufteilung auch spürbar ist.⁴⁴⁵ Im Ergebnis berührt der Blockvertrag mit seiner Marktaufteilung spürbar den grenzüberschreitenden Handel.

4. Artikel 81 Absatz 3 EG

565. Eine Ausnahme nach Art. 81 Abs. 3 EG kommt nicht in Betracht, da deren Voraussetzungen vom Blockvertrag nicht erfüllt werden. Eine Freistellung

⁴⁴⁰ Protokoll der Besprechung im Bundeskartellamt am 20.1.05, S. 2, Bl. 1411 d.A.

⁴⁴¹ Lotto Brandenburg, Schreiben vom 15.05.06 an Jaxx, Bl. 1421 ff. d.A.

⁴⁴² Schreiben der Sozietät Haver & Mailänder vom 12.05.06, S. 2, Bl. 1244 d.A.

⁴⁴³ Ziff. 1.7 der Grundsätzen der Unternehmen des Deutschen Lotto- und Totoblocks im Umgang mit gewerblichen Spielvermittlern, Stand: 11.08.05 (überarbeitet von SACHSEN-LOTTO), Bl. 1265 d.A.

⁴⁴⁴ Spieleinsätze der gemeinsam von den Lottogesellschaften veranstalteten Glücksspiele Zahlenlotto, Fußballtoto, Spiel 77 und Super 6, veröffentlicht im Internet von Lotto Bremen, Geschäftsbericht 2004, S. 26 f. unter: http://www.lotto-bremen.de/westsite/dokumente/9/gb_2004.pdf, Bl. 1303 d.A.

⁴⁴⁵ siehe hierzu auch OLG Düsseldorf, Beschl. v. 12.04.06, VI - Kart 5/06 (V), S. 9 – Soda-Club

nach Art. 81 Abs. 3 EG setzt voraus, dass die Vereinbarungen zur Verbesserung der Warenerzeugung oder -verteilung oder zur Förderung des technischen oder wirtschaftlichen Fortschritts beitragen, also Effizienzvorteile bietet, die Verbraucher an den entstehenden Gewinnen beteiligt, die Beschränkungen für das Erreichen dieser Ziele unerlässlich sind und die Vereinbarung nicht dazu führt, dass der Wettbewerb für einen wesentlichen Teil der betreffenden Waren ausgeschlossen ist.⁴⁴⁶

566. Es ist nicht ersichtlich, dass die Marktaufteilung der Landeslottogesellschaften unter angemessener Partizipation des Verbrauchers zu einer Verbesserung der Warenerzeugung oder -verteilung führt und hierzu unerlässlich ist. Soweit nach Abs. II S. 1 der Präambel des Blockvertrages die Lottogesellschaften die Aufgabe haben, zur Ordnung des Glücksspielwesens beizutragen, ist darauf hinzuweisen, dass die Kanalisierung und Eindämmung des Glücksspiels ordnungsrechtliche Zielsetzungen darstellen, die in den Kategorien des Art. 81 Abs. 3 EG bereits von dessen Wortlaut her keine Berücksichtigung finden können. Im Hinblick auf das mit dem Blockvertrag nach Abs. III S. 1 der Präambel verfolgte Ziel, die Veranstaltung und Durchführung von Lotterien und Sportwetten nach einheitlichen Spielplänen zu ermöglichen, ist eine räumliche Marktaufteilung nicht geeignet, das Ziel zu erreichen, weil auch ohne Marktaufteilung die Glücksspiele nach einheitlichen Spielplänen durchgeführt werden können.

5. Artikel 86 Absatz 2 EG

567. Der Blockvertrag ist ferner nicht nach Art. 86 Abs. 2 EG gerechtfertigt. Es ist zwar denkbar, die Lottogesellschaften bzw. in analoger Anwendung des Art. 86 Abs. 2 EG die Länder als Unternehmen anzusehen, die mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse betraut sind. Hierzu gehören alle wirtschaftlichen Aktivitäten zur Sicherung der Infrastruktur und Daseinsvorsorge. Der Europäische Gerichtshof hat auch Tätigkeiten im Interesse der öffentlichen Sicherheit unter Art. 86 Abs. 2 EG gefasst.⁴⁴⁷ Die Durchführung öffentlicher Lotterien und Sportwetten wird von den Ländern als ordnungsrechtliche Tätigkeit zur Kanalisierung des Spieltriebs klassifiziert, die insofern zumindest auch⁴⁴⁸ im öffentlichen Interesse wahrgenommen wird.
568. Hier fehlt es jedoch bei manchen Lottogesellschaften an der erforderlichen Betrauung durch einen Hoheitsakt, weil die Beauftragung mit der Durchführung der Lotterien und Sportwetten z. T. durch privatrechtliche Geschäftsbesorgungsverträge erfolgt (z. B. Lotto Hessen, Lotto Baden-Württemberg). Die Ansicht der Lottogesellschaften, es bedürfe nach jüngerer Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs keiner Betrauung durch Hoheitsakt mehr, wird durch die von den Lottogesellschaften zitierten Urteile des Gerichtshofes nicht gestützt. Vielmehr ergibt sich daraus das Gegenteil, nämlich, dass ein hoheitlicher Akt erforderlich ist, wozu auch eine öffentlich-rechtliche Konzession zählt.⁴⁴⁹

⁴⁴⁶ Bekanntmachung der Kommission, Leitlinien zur Anwendung von Artikel 81 Absatz 3 EG-Vertrag, ABl. C 101 v. 27.4.2004, S. 97 ff., Ziff. 34.

⁴⁴⁷ EuGH, Rs. C-266/96, Slg. 1998, I-3949, 3997 (Rz. 45) – Corsica Ferries France.

⁴⁴⁸ Dies wird als ausreichend angesehen, vgl. Jung in: Calliess-Ruffert, Kommentar des , 2. Aufl., Art. 86 EG Rz. 38 m.w.N.

⁴⁴⁹ EuGH, Rs. C-159/04, Slg. 1997, S. I-5815/5836, Rn. 65 f. – Kommission/Frankreich; EuGH, Rs. C-292/92, Slg. 1994, S. I-1477/1520, Rn. 47 – Almelo; Jung in: Calliess-

„[...] 65 Zwar kann ein Unternehmen nur dann mit einer Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse im Sinne des Artikels 90 Absatz 2 EG-Vertrag betraut sein, wenn die Betrauung durch hoheitlichen Akt erfolgt (siehe Urteile vom 21. März 1974 in der Rechtssache 127/73, BRT, Slg. 1974, 313 Randnr. 20, und vom 11. April 1989 in der Rechtssache 66/86, Ahmed Saeed Flugreisen, Slg. 1989, 803, Randnr. 55).

66 Erforderlich ist jedoch nicht, dass es sich um eine Rechtsvorschrift handelt. Der Gerichtshof hat bereits anerkannt, dass ein Unternehmen mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse durch eine öffentlich-rechtliche Konzession betraut werden kann (siehe Urteil Almelo, Randnr. 47). [...]“

569. Ein bloßer Geschäftsbesorgungsvertrag reicht demnach nicht für eine Betrauung i.S.v. Art. 86 Abs. 2 EG aus. Letztlich kann aber offen bleiben, ob die Übertragung der Sicherstellung eines ausreichenden Glückspielangebots als ordnungsrechtliche Aufgabe an die Länder durch § 5 Abs. 1 Lotteriestaatsvertrag als Betrauungsakt ausreicht, da jedenfalls nicht festgestellt werden kann, dass eine Anwendung des Art. 81 Abs. 1 EG auf die Beschränkung des Wettbewerbs der Landeslottogesellschaften um Spieler die Erfüllung der den Ländern bzw. den Landeslottogesellschaften obliegenden ordnungsrechtlichen Aufgabe rechtlich oder tatsächlich verhindert.
570. Da Art. 86 Abs. 2 EG eine eng auszulegende Ausnahmegvorschrift darstellt⁴⁵⁰, müsste der Ausschluss des Wettbewerbsrechts zur Erfüllung der übertragenen Gemeinwohlaufgabe unbedingt erforderlich sein.⁴⁵¹ Ein Konflikt zwischen Wettbewerbsrecht und Aufgabenerfüllung wäre hier allenfalls darin zu sehen, dass ein Wettbewerbsverhalten der Landeslottogesellschaften hervorgerufen werden könnte, das übermäßige Spielanreize setzen würde bzw. selbst durch aggressives Werbeverhalten die ordnungsrechtliche Zielsetzung der staatlichen Glücksspielveranstaltung unterlaufen könnte. Geeignetes Mittel zur Beseitigung dieses Konflikts sind ordnungsrechtliche Aufsichtsmaßnahmen. Selbst wenn man eine Beschränkung des Wettbewerbs zwischen den Lottogesellschaften ebenfalls als geeignetes Mittel zur Erreichung der ordnungsrechtlichen Ziele ansehen wollte, wäre sie angesichts der wettbewerbsrechtlich neutralen Möglichkeit der Konfliktbeseitigung jedenfalls nicht erforderlich. Zudem bedienen sich die Länder der Lottogesellschaften zur Wahrnehmung ihrer ordnungsrechtlich motivierten Tätigkeit im Bereich des Glücksspiels und behalten sich einen entsprechenden Einfluss auf sie vor. Bereits vor diesem Hintergrund ist es erkennbar nicht erforderlich, eventuellen ordnungsrechtlich bedenklichen Auswirkungen des Wettbewerbs unter den zugelassenen und öffentlich-rechtlich kontrollierten Lottogesellschaften durch dessen Ausschaltung vorzubeugen.
571. Soweit die Lottogesellschaften meinen, die Sicherung ordnungsrechtlicher Aufgaben, wie der Schutz Minderjähriger oder die Suchtbekämpfung wä-

Ruffert, Kommentar des Vertrages über die Europäische Union und des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, 2. Aufl., Art. 86 EG Rz. 39.

⁴⁵⁰ Hochbaum/Klotz in: von der Groeben/Schwarze, Kommentar zum Vertrag über die Europäische Union und zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, 6. Aufl., Art. 86 Rn.53

⁴⁵¹ Jung in: Calliess-Ruffert, Kommentar des Vertrages über die Europäische Union und des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, 2. Aufl., Art. 86 EG Rz. 37.

ren ohne eine räumliche Marktaufteilung nicht mehr möglich,⁴⁵² überzeugt dies nicht. Die Lottogesellschaften sind bei ihrer Tätigkeit, gleich in welchem Teil Deutschlands sie ausgeführt wird, nach § 4 Lotteriestaatsvertrag dazu verpflichtet, Minderjährige zu schützen und bei ihrer Tätigkeit übermäßige Spielanreize zu verhindern. Es ist kein Grund ersichtlich, warum eine Lottogesellschaft nur in dem Bundesland, in dem sie ihren Sitz hat, in der Lage sein sollte, Minderjährige wirksam von ihrem Glücksspielangebot abzuhalten oder übermäßige Spielanreize zu verhindern. Vielmehr ist sie mit der Eröffnung von Lotto-Annahmestellen in einem anderen Bundesland in der Lage, über ihr geschultes Fachpersonal diesen Anforderungen vor Ort gerecht zu werden. Sie ist auch hierzu verpflichtet und wird von den zuständigen Behörden nach § 12 Lotteriestaatsvertrag überwacht.

572. Die Darstellung der Lottogesellschaften, sie würden auf regionaler Ebene bürgernahe und zielführende Maßnahmen zur Suchtbekämpfung durchführen, die eine räumliche Marktaufteilung notwendig machten⁴⁵³, entbehrt derzeit jeglicher Grundlage.
573. Abgesehen davon, dass jede Lottogesellschaft selbst oder durch die Einschaltung Dritter die Möglichkeit hat, Maßnahmen zur Suchtbekämpfung auch in anderen Bundesländern durchzuführen, beschränken sich die Maßnahmen der Lottogesellschaften derzeit darauf, die spielinteressierten Verbraucher über knappe Faltblätter in den Lotto-Annahmestellen⁴⁵⁴ und über kurze Hinweise im Internet über die Definition und die typischen Folgeerscheinungen der Spielsucht zu informieren und einen kurzen Selbst-Test hierzu anzubieten.⁴⁵⁵ Für weitere Informationen oder Beratungen wird auf telefonisch erreichbare Hotlines Dritter, wie beispielsweise von der Bundeszentrale für gesundheitliche Aufklärung oder der Landesfachstelle Glücksspielsucht in Nordrhein-Westfalen verwiesen.
574. Maßnahmen auf regionaler Ebene, wie die Betreuung von Spielsüchtigen, werden von den Lottogesellschaften nicht selbst durchgeführt. Soweit von den Lottogesellschaften Dritte eingeschaltet werden, sind diese aber auch nicht bürgernah präsent. So gibt die Gemeinschaftsinitiative „Spielen mit Verantwortung“ für das Saarland als Ansprechpartner das Universitätskrankenhaus Charité in Berlin an, Bayern, Hessen und Mecklenburg-Vorpommern verweisen auf die Bundeszentrale für gesundheitliche Aufklärung, ohne dass eine Adresse angegeben wird, in den übrigen Bundesländern ist eine Anlaufadresse in der jeweiligen Landeshauptstadt angegeben.⁴⁵⁶
575. Da die Voraussetzungen von Art. 86 Abs. 2 S. 1 EG bereits nicht erfüllt sind, bedarf es keines Rückgriffs auf Art. 86 Abs. 2 S. 2 EG.

⁴⁵² Haver & Mailänder, Schreiben vom 28.07.06, S. 96, Bl. 3524 d.A.

⁴⁵³ Haver & Mailänder, Schreiben vom 28.07.06, S. 96 f., Bl. 3524 f. d.A.

⁴⁵⁴ siehe hierzu das in den Lotto-Annahmestellen in Nordrhein-Westfalen ausliegende Faltblatt „Informationen zur Spielsucht“, Bl. 3931 d.A.

⁴⁵⁵ siehe hierzu die gemeinsame Initiative „Spielen mit Verantwortung“ von Lotto Bayern, Lotto Hessen, Lotto Mecklenburg-Vorpommern, Lotto Rheinland-Pfalz, Lotto Saarland, Lotto Sachsen, Lotto Sachsen-Anhalt sowie Lotto Thüringen, http://lotto-bw.multamedio.de/html/spielen_mit_verantwortung/spielen-mit-verantwortung.html; Bl. 3898 ff. d.A.

⁴⁵⁶ http://lotto-bw.multamedio.de/html/spielen_mit_verantwortung/spielen-mit-verantwortung.html; Bl. 3898 ff. d.A.

6. Teilergebnis

576. § 2 Blockvertrag stellen damit eine gegen Art. 81 Abs. 1 lit. c) EG verstoßende Marktaufteilungsvereinbarung der Landeslottogesellschaften dar.

7. Kausalität zwischen Blockvertrag und Wettbewerbsbeeinträchtigung

577. Gegen den Verstoß gegen Art. 81 Abs. 1 lit. c) EG kann nicht eingewandt werden, es fehle aufgrund der Regelung in § 5 Abs. 3 Lotteriestaatsvertrag oder wegen landesgesetzlicher Regelungen an der Kausalität zwischen der Vereinbarung im Blockvertrag und der Wettbewerbsbeeinträchtigung. Die erforderliche Kausalität wird nicht durch § 5 Abs. 3 Lotteriestaatsvertrag oder die Landesgesetze zum Glücksspielwesen aufgehoben. Diese hoheitlichen Regelungen beschränken den Handlungsspielraum der DLTB-Gesellschafter bei europarechtskonformer Anwendung nicht darin, ihr Vertriebsgebiet unter Einhaltung der ordnungsrechtlichen Vorgaben des Lotteriestaatsvertrages und der Bundesländer räumlich über das Bundesland hinaus auszudehnen, in dem sie ihren Sitz haben.

7.1 Keine Unterbrechung der Kausalität durch § 5 Absatz 3 Lotteriestaatsvertrag

578. § 5 Abs. 3 Lotteriestaatsvertrag ist europarechtskonform dahingehend auszulegen, dass er den Bundesländern nur die Ermächtigung gibt, die Tätigkeit einer Landeslottogesellschaft aus einem anderen Bundesland nachträglich aus rein ordnungsrechtlichen Gründen zu begrenzen oder auszuschließen. Soweit es § 5 Abs. 3 Lotteriestaatsvertrag den Bundesländern ermöglicht, eine Zustimmung für die Tätigkeit einer anderen Landeslottogesellschaft in ihrem Bundesland allein aus wettbewerblichen Gründen oder präventiv abzulehnen, stellt § 5 Abs. 3 des Lotteriestaatsvertrages einen Verstoß gegen Art. 81 EG i.V.m. Art. 10 EG dar und ist insoweit auch bei der Prüfung eines Verstoßes der Gesellschafter des DLTB gegen Art. 81 EG außer Anwendung zu lassen.

579. Der Vorrang des Gemeinschaftsrechts verlangt nach ständiger Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes, dass jede nationale Rechtsvorschrift, die einer Vorschrift des Gemeinschaftsrechts entgegensteht, unangewendet bleibt. Diese Pflicht trifft alle staatlichen Organe, einschließlich der Verwaltungsbehörden.⁴⁵⁷

„[...] 48 Zweitens ist daran zu erinnern, dass der Vorrang des Gemeinschaftsrechts nach ständiger Rechtsprechung verlangt, dass jede nationale Rechtsvorschrift, die einer Gemeinschaftsvorschrift entgegensteht, unangewendet bleibt, unabhängig davon, ob sie älter oder jünger ist als diese.

49 Diese Pflicht, eine dem Gemeinschaftsrecht entgegenstehende nationale Rechtsvorschrift unangewendet zu lassen, obliegt nicht nur den nationalen Gerichten, sondern allen staatlichen Organen einschließlich der Verwaltungsbehörden (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 22. Juni 1989 in der Rechtssache 103/88, Fratelli Costanzo, Slg. 1989, 1839, Randnr. 31), woraus sich gegebenenfalls die Verpflichtung ergibt, alle Bestim-

⁴⁵⁷ EuGH, Rs. C-198/01, Slg. 2003 I – 8079, 8094 (Rn. 48, 49) – Consorzio Industrie Fiammiferi

mungen zu erlassen, um die volle Geltung des Gemeinschaftsrechts zu erleichtern (vgl. Urteil vom 13. Juli 1972 in der Rechtssache 48/71, Kommission/Italien, Slg. 1972, 529, Randnr. 7). [...]"

580. Art. 10 EG i.V.m. Art. 81 EG verbietet es den Mitgliedstaaten, Maßnahmen auch in Form von Gesetzen oder Verordnungen zu treffen oder beizubehalten, welche die praktische Wirksamkeit der für die Unternehmen geltenden Wettbewerbsregeln aufheben könnten. Eine Verletzung dieser Vorschriften liegt nach ständiger Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes insbesondere dann vor, wenn ein Mitgliedstaat gegen Art. 81 EG verstoßende Kartellabsprachen vorschreibt oder erleichtert oder die Auswirkungen solcher Absprachen verstärkt oder wenn er seiner eigenen Regelung dadurch ihren staatlichen Charakter nimmt, dass er die Verantwortung für in die Wirtschaft eingreifende Entscheidungen privaten Wirtschaftsteilnehmern überträgt.⁴⁵⁸

„[...] 45 Insoweit ist erstens daran zu erinnern, dass die Artikel 81 und 82 EG zwar an sich nur das Verhalten von Unternehmen und nicht durch Gesetz oder Verordnung getroffene Maßnahmen der Mitgliedstaaten betreffen; in Verbindung mit Artikel 10 EG, der eine Pflicht zur Zusammenarbeit begründet, verbietet sie es jedoch den Mitgliedstaaten, Maßnahmen, auch in Form von Gesetzen oder Verordnungen, zu treffen oder beizubehalten, die die praktische Wirksamkeit der für die Unternehmen geltenden Wettbewerbsregeln aufheben könnten (vgl. Urteile vom 16. November 1977 in der Rechtssache 13/77, GB-Inno-BM, Slg. 1977, 2115, Randnr. 31, vom 21. September 1988 in der Rechtssache 267/86, Van Eycke, Slg. 1988, 4769, Randnr. 16, vom 17. November 1993 in der Rechtssache C-185/91, Reiff, Slg. 1993, I-5801, Randnr. 14, vom 9. Juni 1994 in der Rechtssache C-153/93, Delta Schifffahrts- und Speditionsgesellschaft, Slg. 1994, I-2517, Randnr. 14, vom 5. Oktober 1995 in der Rechtssache C-96/94, Centro Servizi Spediporto, Slg. 1995, Slg. 1995, I-2883, Randnr. 20 und vom 19. Februar 2002 in der Rechtssache C-35/99, Arduino, Slg. 2002, I-1529, Randnr. 34).

46 Wie der Gerichtshof insbesondere entschieden hat, liegt eine Verletzung der Artikel 10 EG und 81 EG vor, wenn ein Mitgliedstaat gegen Artikel 81 EG verstoßende Kartellabsprachen vorschreibt oder erleichtert oder die Auswirkungen solcher Absprachen verstärkt oder wenn er seiner eigenen Regelung dadurch ihren staatlichen Charakter nimmt, dass er die Verantwortung für in die Wirtschaft eingreifende Entscheidungen privaten Wirtschaftsteilnehmern überträgt (vgl. Urteile van Eycke, Randnr. 16, Reiff.

⁴⁵⁸ EuGH, Rs. C-198/01, Slg. 2003 I – 8079, 8093 (Rn. 45-47) – Consorzio Industrie Fiammiferi; EuGH, Rs. C-185/91, Slg. 1993 I – 5801, 5847 (Rn. 14) – Gebrüder Reiff; EuGH, Rs. 66/86, Slg. 1989, 838, 851 (Rn. 48) – Ahmed Saeed Flugreisen; siehe auch OLG Düsseldorf, VI - U 23/05, Beschl. v. 13.04.06, Umdruck, S. 12 f. – SKL/Lotto Team

Randnr. 14, Delta Schiffahrts- und Speditionsgesellschaft, Randnr. 14, Centro Servizi Spediporto, Randnr. 21 und Arduino, Randnr. 35).

47 Im Übrigen sieht der EG-Vertrag seit Inkrafttreten des Vertrages von Maastricht ausdrücklich vor, dass die Tätigkeit der Mitgliedstaaten im Rahmen ihrer Wirtschaftspolitik dem Grundsatz einer offenen Marktwirtschaft mit freiem Wettbewerb verpflichtet ist (vgl. Artikel 3a Absatz 1 und 102a EG-Vertrag [jetzt Artikel 4 Absatz 1 EG und 98 EG]).[...]“

581. Eine nationale Wettbewerbsbehörde, welche die Aufgabe hat, auch über die Einhaltung von Art. 81 EG zu wachen, darf bei der Prüfung von gegen Art. 81 EG verstoßenden Verhaltensweisen von Unternehmen nationale Rechtsvorschriften, die deren Wirkungen rechtfertigen oder verstärken, vorschreiben oder erleichtern, besonders im Hinblick auf Marktaufteilungsvereinbarungen, nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs nicht anwenden.⁴⁵⁹

„[...] 50 Hat eine nationale Wettbewerbsbehörde [...] die Aufgabe, unter anderem über die Einhaltung von Artikel 81 EG zu wachen, und erlegt diese Vorschrift in Verbindung mit Artikel 10 EG den Mitgliedstaaten die Pflicht zur Zurückhaltung auf, würde die praktische Wirksamkeit der Wettbewerbsvorschriften der Gemeinschaft geschmälert, wenn diese Behörde im Rahmen einer Untersuchung über das Verhalten von Unternehmen im Rahmen von Artikel 81 EG nicht feststellen könnte, dass eine nationale Maßnahme gegen Artikel 10 EG in Verbindung mit Artikel 81 EG verstößt, und sie daher nicht unangewendet lassen könnte.

51 In diesem Zusammenhang ist es ohne Bedeutung, dass den Unternehmen, wenn ihnen durch nationale Rechtsvorschriften ein wettbewerbswidriges Verhalten vorgeschrieben wird, nicht auch ein Verstoß gegen Artikel 81 EG und 82 EG vorgeworfen werden kann (vgl. in diesem Sinn Urteil Kommission und Frankreich/Ladbroke Racing, Randnr. 33). Die den Mitgliedstaaten auf Grund der Artikel 3 Absatz 1 Buchstabe g EG, 10 EG, 81 EG und 82 EG obliegenden Verpflichtungen, die sich von denen der Unternehmen aus den Artikeln 81 EG und 82 EG unterscheiden, bleiben nämlich bestehen, so dass die nationale Wettbewerbsbehörde verpflichtet bleibt, die streitige nationale Maßnahme nicht anzuwenden. [...]

58 Nach alledem ist auf die erste Frage zu antworten, dass im Fall von Verhaltensweisen von Unternehmen, die gegen Artikel 81 Absatz 1 EG verstoßen und die durch nationale Rechtsvorschriften, die deren Wirkungen rechtfertigen oder verstärken, vorgeschrieben

⁴⁵⁹ EuGH, Rs. C-198/01, Slg. 2003 I – 8079, 8096 (Rn. 50, 51, 58) – Consorzio Industrie Fiammiferi

oder erleichtert werden, besonders im Hinblick auf die Festlegung von Preisen oder auf Marktaufteilungsvereinbarungen, eine nationale Wettbewerbsbehörde, die die Aufgabe hat, unter anderem über die Einhaltung von Artikel 81 EG zu wachen,

- diese nationale Rechtsvorschrift nicht anwenden darf, [...]“

582. Dabei folgt aus Art. 10 EG die Pflicht für alle Organe der Mitgliedstaaten, das mitgliedstaatliche Recht bei seiner Anwendung im Lichte des Gemeinschaftsrechts auszulegen.⁴⁶⁰ Soweit das nationale Recht in einer bestimmten Auslegung den gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben genügen kann, ist die Wahl dieser Alternative geboten.⁴⁶¹ Umgekehrt hat die Gemeinschaft auf die berechtigten Interessen der Mitgliedstaaten Rücksicht zu nehmen.⁴⁶²

7.1.1 Verstoß gegen Artikel 81 EG i.V.m. Artikel 10 EG

583. § 5 Abs. 3 des Lotteriestaatsvertrages stellt selbst insoweit einen Verstoß gegen Art. 81 EG i.V.m. Art. 10 EG dar, als er den in einem Bundesland zugelassenen Lottogesellschaften vorschreibt, Glücksspiele, die in diesem Bundesland veranstaltet werden und dort ordnungsrechtlich genehmigt sind, in einem anderen Bundesland nur mit der vorherigen Zustimmung dieses Bundeslandes zu vertreiben und eine Versagung dieser Zustimmung aus anderen als rein ordnungsrechtlichen Gründen ermöglicht, weil der Lotteriestaatsvertrag hierdurch eine Verstärkung der im Blockvertrag vereinbarten Marktaufteilung unter den Lottogesellschaften bewirkt und bezweckt.

(a) Spürbare Wettbewerbseinschränkung

584. Nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes ist dann anzunehmen, dass eine staatliche Regelung die Verstärkung der Auswirkungen zuvor bestehender Kartellabsprachen bezweckt, wenn diese Regelung sich darauf beschränkt, die Elemente der zwischen Wirtschaftsteilnehmern geschlossenen Vereinbarung ganz oder teilweise zu übernehmen, und diese Wirtschaftsteilnehmer zu deren Einhaltung verpflichtet oder anreizt.⁴⁶³
585. Diese Voraussetzungen sind vorliegend erfüllt. § 5 Abs. 3 Lotteriestaatsvertrag bewirkt und bezweckt als staatliche Maßnahme für sich genommen faktisch eine gegen Art. 81 Abs. 1 lit. c) EG verstoßende Aufteilung des deutschen Marktes für Glücksspiele unter den Landeslottogesellschaften und verstärkt dadurch die bereits zuvor von den Lottogesellschaften im Blockvertrag vereinbarte Marktaufteilung.

⁴⁶⁰ EuGH, Rs. 157/68, Slg. 1988, S. 673, 690 (Rn. 11) – Murphy; Zuleeg in: Kommentar zum Vertrag über die Europäische Union und zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, 6. Aufl., Art. 10 EG, Rn. 6; Pernice/Mayer in: Grabitz/Hilf, Das Recht der Europäischen Union, EGV Art. 220, Rn. 30; Hatje in: Schwarze, EU-Kommentar, Art. 10 EGV, Rn. 27; Kahl in: Calliess/Ruffert, Kommentar des Vertrages über die Europäische Union und des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, 2. Aufl., EG-Vertrag Art. 10 Rn. 40; Streinz in: Streinz, EUV/EGV, Art. 10 EGV, Rn. 35;

⁴⁶¹ von Bogdandy in: Das Recht der Europäischen Union, EGV Art. 10, Rn. 56

⁴⁶² Zuleeg in: Kommentar zum Vertrag über die Europäische Union und zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, 6. Aufl., Art. 10 EG, Rn. 11

⁴⁶³ EuGH, Rs. 267/86, Slg. 1988, 4769, 4792 (Rn. 18) – Van Eycke

586. Die Lottogesellschaften gehen von einer anderen zeitlichen Reihenfolge aus: Erst habe der jeweilige Landesgesetzgeber in Landesglücksspielgesetzen das Regionalitätsprinzip umgesetzt, erst danach hätten die Lottogesellschaften quasi deklaratorisch dieses Prinzip im Blockvertrag verankert, das dann mit dem Lotteriestaatsvertrag einheitlich geregelt worden sei.⁴⁶⁴ Diese Darstellung vermischt die Lotteriehöhe der Bundesländer mit der im Blockvertrag geregelten Marktaufteilung.
587. Zunächst ist klar zu stellen, dass die Bundesländer die Kompetenz haben, für ihr Landesgebiet Regelungen über das Glücksspiel zu erlassen und diese Regelungen hoheitlich durchzusetzen. Dies geschieht durch die zuständigen Ordnungsbehörden. Diese auf das jeweilige Landesgebiet, also territorial begrenzte Landeskompetenz wird von den Lottogesellschaften als Regionalitätsprinzip bezeichnet:⁴⁶⁵
- „[...] Das Regionalitätsprinzip besagt, dass die von der Verfassung verliehene Macht des Staates, Sachverhalte zu regeln und hoheitlich tätig zu werden, an seinen Staatsgrenzen endet. [...]
- Aufgrund des verfassungsrechtlichen Regionalitätsprinzips ist die Regelungskompetenz der Länder auf ihr jeweiliges Territorium beschränkt.[...]“
588. Davon zu unterscheiden ist die Vereinbarung im Blockvertrag. Diese sieht vor, dass die nicht hoheitlich tätigen Lottogesellschaften als Wirtschaftsunternehmen ihre Tätigkeit auf das Gebiet des Landes beschränken, in dem sie eine Zulassung erhalten haben und keine darüber hinausgehende Tätigkeit aufnehmen – auch nicht mit einer eventuell erforderlichen Erlaubnis. Diese den bundesweiten Markt aufteilende Regelung ist in den Landesgesetzen nicht enthalten und darf aufgrund der territorialen Begrenzung der Landeszuständigkeiten auch gar nicht darin enthalten sein. Dementsprechend führen die Lottogesellschaften in ihrer Stellungnahme auch keine Landesvorschrift an, die eine dem Blockvertrag entsprechende Regelung enthält. Der Blockvertrag hat daher keine deklaratorische, sondern konstitutive Bedeutung für die Marktaufteilung.
589. Die von den Bundesländern in § 5 Abs. 3 Lotteriestaatsvertrag getroffene Regelung schreibt den Lottogesellschaften als Unternehmen⁴⁶⁶ gesetzlich vor, ein Glücksspiel, das in zumindest dem Bundesland ordnungsrechtlich zugelassen ist, in dem sie ihren Sitz haben, in einem anderen Bundesland als ihrem Sitz-Bundesland nur mit vorheriger Zustimmung dieses anderen Bundeslandes zu vertreiben. Die Regelung entspricht derjenigen in § 2 Abs. I und II Blockvertrag und übernimmt sie damit als gesetzliche Verpflichtung für die Lottogesellschaften.
590. Die Lottogesellschaften können aufgrund von § 5 Abs. 3 Lotteriestaatsvertrag wie nach § 2 Abs. I, II Blockvertrag nicht selbstständig nach wirtschaftlichen Kriterien entscheiden, ob und inwieweit sie ihr Vertriebsgebiet für die von ihrem Sitz-Bundesland veranstaltete Glücksspiele über ihr Sitz-Bundesland hinaus ausdehnen. Vielmehr hängt diese Entscheidung dem Staatsvertrag zufolge maßgeblich von den anderen Bundesländern ab. Zwar können die Landeslottogesellschaften dem Staatsvertrag zufolge de jure auf Antrag eine Zustimmung zum Vertrieb in einem anderen Bun-

⁴⁶⁴ Haver & Mailänder, Schreiben vom 28.07.06, S. 82, Bl. 3510 d.A.

⁴⁶⁵ Haver & Mailänder, Schreiben vom 28.07.06, S. 18 f., Bl. 3446 d.A.

⁴⁶⁶ siehe oben Rz. 74 ff.

desland erhalten, de facto ist dies jedoch ausgeschlossen. Dies wird von den Lottogesellschaften bestätigt.⁴⁶⁷

591. Auf die Zustimmung zum Vertrieb eines Glücksspiels in einem anderen Bundesland besteht § 5 Abs. 3 S. 3 Lotteriestaatsvertrag zufolge kein Anspruch. Kriterien, nach denen die anderen Bundesländer über den Antrag auf Zustimmungserteilung zu entscheiden haben, enthält der Staatsvertrag nicht. Die Bundesländer verfügen daher über ein freies Ermessen, ob sie eine Zustimmung erteilen oder nicht. Insbesondere sind die Bundesländer in der Lage, die Zustimmung allein aus wettbewerblichen Gründen zu versagen. In den Erläuterungen zum Staatsvertrag wird klargestellt, dass bei der Erteilung der Genehmigung die ordnungspolitischen Vorstellungen des jeweiligen Landes ein maßgebliches Kriterium darstellen und jedes Bundesland von vornherein die Tätigkeit von Lottogesellschaften anderer Bundesländer in ihrem Gebiet ausschließen kann. Da jedes Bundesland in seinem Landesgebiet eine Landeslottogesellschaft maßgeblich beeinflusst und das wirtschaftliche Interesse hat, dass diese Gesellschaft keine Einbußen bei den Spieleinsätzen durch wettbewerbliche Vorstöße anderer Landeslottogesellschaften erleidet, wäre es betriebswirtschaftlich für die Bundesländer nachteilig, einer anderen Landeslottogesellschaft eine Genehmigung zur Tätigkeit in ihrem Gebiet zu erteilen. Es ist aufgrund des weiten Ermessensspielraums daher nicht zu erwarten, dass eine solche Genehmigung erteilt wird. Tatsächlich ist keine der 16 Landeslottogesellschaften in dem Gebiet eines anderen Bundeslandes tätig.
592. Zugleich bezweckt § 5 Abs. 3 des Lotteriestaatsvertrages auch, den Wettbewerb der Lotterieveranstalter untereinander durch eine Marktaufteilung zu beschränken. In den Erläuterungen zum Lotteriestaatsvertrag wird im Zusammenhang mit dieser Vorschrift ausdrücklich festgestellt, dass mit ihr eine unerwünschte faktische Wettbewerbssituation bei Glücksspielen mit besonderem Gefährdungspotenzial vermieden werden soll. Ferner soll den Bundesländern die Möglichkeit gegeben werden, von vornherein die Tätigkeit von Lottogesellschaften anderer Bundesländer in ihrem Gebiet auszuschließen.
593. Damit verstärkt der Lotteriestaatsvertrag die im Blockvertrag vereinbarte Aufteilung des Bundesgebietes für den Vertrieb von Glücksspielen unter den Landeslottogesellschaften.

(b) Spürbare Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels

594. Die durch die staatliche Regelung bezweckte und bewirkte Marktaufteilung ist wie § 2 Blockvertrag geeignet, den grenzüberschreitenden Handel zwischen den Mitgliedstaaten spürbar zu beeinträchtigen. Die Gefahr einer Beeinträchtigung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten liegt vor, wenn eine Maßnahme unter Berücksichtigung der Gesamtheit objektiver rechtlicher oder tatsächlicher Umstände mit hinreichender Wahrscheinlichkeit erwarten lässt, dass sie unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potenziell den Warenverkehr zwischen Mitgliedstaaten in einer Weise beeinflusst, die der Verwirklichung der Ziele eines einheitlichen zwischenstaatlichen Marktes nachteilig sein könnten.⁴⁶⁸ Horizontale Kartelle, die sich auf das gesamte Gebiet eines Mitgliedstaates erstrecken, sind in der

⁴⁶⁷ Schreiben vom 22.02.06, S. 7 - Bl. 480 d.A.

⁴⁶⁸ OLG Düsseldorf, Beschl. v. 12.04.06, IV-Kart 5/06 (V), S. 8 – Soda-Club; Bekanntmachung der Kommission, Leitlinien über den Begriff der Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels in den Artikeln 81 und 82 des Vertrags, aaO, Ziff. 23

Regel geeignet, den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen, weil sie ihrem Wesen nach die Wirkung haben, eine Marktaufteilung entlang nationaler Grenzen zu verfestigen.⁴⁶⁹ Dabei ist nicht erforderlich, dass jeder einzelne Teil des Staatsvertrages, einschließlich jeglicher Wettbewerbsbeschränkung, die sich daraus ergeben kann, geeignet ist, den zwischenstaatlichen Handel zu beeinträchtigen. Ist die Vereinbarung als Ganzes geeignet, den Handel zwischen den Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen, ist das Gemeinschaftsrecht auf die gesamte Regelung anwendbar, einschließlich jener Teile der Vereinbarung, die für sich genommen den Handel zwischen Mitgliedstaaten nicht beeinträchtigen.⁴⁷⁰

595. Der Lotteriestaatsvertrag ist geeignet, den Handel zwischen den Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen, weil er Anbietern von Glücksspielen aus anderen Mitgliedstaaten der Europäischen Union Beschränkungen im Hinblick auf ihr in Deutschland zulässiges Spiele-Angebot auferlegt, die nicht für die deutschen Lottogesellschaften als ihre Wettbewerber gelten. Der Lotteriestaatsvertrag enthält Regelungen zur Veranstaltung von Jackpot-Lotterien in Deutschland, die ausschließlich von den Lottogesellschaften durchgeführt werden dürfen. Außerdem vertreibt Lotto Nordrhein-Westfalen das in Deutschland veranstaltete Zahlenlotto mit Jackpotausspielungen grenzüberschreitend in Luxemburg, so dass der Lotteriestaatsvertrag insoweit grenzüberschreitende Wirkungen hat.
596. Ferner sieht § 5 Abs. 3 Lotteriestaatsvertrag wie § 2 Blockvertrag eine bundesweit wirkende Marktaufteilung unter den Lottogesellschaften vor und verfestigt damit die im Blockvertrag geregelte Abschottung des deutschen Angebots an Glücksspielen gegenüber Verbrauchern aus anderen Mitgliedstaaten der Europäischen Union.
597. § 5 Abs. 3 des Lotteriestaatsvertrages betrifft mindestens 80 % des Marktes für Lotterien und 75 % des Marktes für Sportwetten in Deutschland, so dass die mit dieser Regelung geförderte Marktaufteilung in spürbarer Weise gegen Art. 81 EG verstößt.

7.1.2 Artikel 81 Absatz 3 EG

598. Art. 81 Abs. 3 EG findet keine Anwendung, weil die Voraussetzungen vom Lotteriestaatsvertrag ebenso wenig wie vom Blockvertrag erfüllt werden. Die vier Voraussetzungen in Art. 81 Abs. 3 EG sind dabei abschließend und müssen kumulativ erfüllt sein.⁴⁷¹ Dies ist nicht der Fall. Der Lotteriestaatsvertrag dient dazu, im Rahmen der bundesrechtlichen Vorgaben und der ordnungsrechtlichen Aufgabenstellung der Länder länderübergreifend einheitliche Grundlagen für Glücksspiele, insbesondere für Lotterien zu schaffen.⁴⁷² Insoweit dient der Staatsvertrag ordnungsrechtlichen Zwecken, nicht aber der Schaffung wirtschaftlicher Effizienzen, wie von Art. 81 Abs. 3 EG verlangt. Soweit § 5 Abs. 3 Lotteriestaatsvertrag eine Marktaufteilung zwischen den Lottogesellschaften auch Effizienzvorteile hervorru-

⁴⁶⁹ siehe hierzu EuGH, Rs. C-35/99, Slg. 2002 I-1529, 1571 (Rn. 33) – Arduino; Bekanntmachung der Kommission, Leitlinien über den Begriff der Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels in den Artikeln 81 und 82 des Vertrags, aaO, Ziff. 78

⁴⁷⁰ Bekanntmachung der Kommission, Leitlinien über den Begriff der Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels in den Artikeln 81 und 82 des Vertrags, aaO Ziff. 14

⁴⁷¹ Leitlinien zur Anwendung von Artikel 81 Absatz 3 EG-Vertrag, ABl. EG C/101, S. 97, Rn. 42

⁴⁷² Mitteilung des Bremer Senats vom 04.05.04 an die Bremische Bürgerschaft, Drucksache 16/238, S. 1, Bl. 1211 d.A.

fen sollte, wären diese nicht im Rahmen des Art. 81 Abs. 3 EG zu berücksichtigen, weil sie nur infolge der reinen Ausübung von Marktmacht der Parteien entstanden wären.⁴⁷³

7.1.3 Teilergebnis

599. § 5 Abs. 3 Lotteriestaatsvertrag verstärkt im Ergebnis als gesetzliche Regelung die gegen Art. 81 EG verstoßende Vereinbarung der Landeslottogesellschaften, ihr jeweiliges Vertriebsgebiet nicht auf andere Bundesländer auszudehnen.

7.1.4 Europarechtskonforme Auslegung

600. Die staatsvertragliche Regelung braucht jedoch nicht insgesamt als mit Art. 81 EG i.V.m. Art. 10 EG unvereinbar außer Anwendung gelassen zu werden, weil sie europarechtskonform dahingehend ausgelegt werden kann, dass sie den Bundesländern nur die Ermächtigung gibt, die Tätigkeit einer Landeslottogesellschaft aus einem anderen Bundesland in ihrem Landesgebiet nachträglich aus rein ordnungsrechtlichen Gründen zu begrenzen. In dieser Auslegung ist § 5 Abs. 3 Lotteriestaatsvertrag mit dem EG-Vertrag vereinbar.

601. Bei der Untersuchung staatlicher Maßnahmen ist zu berücksichtigen, dass die Wettbewerbsregeln des Art. 81 EG sich an das Verhalten von Unternehmen richten und nicht die durch Gesetz oder Verordnung von den Mitgliedstaaten getroffene Maßnahmen betreffen.⁴⁷⁴ Nach ständiger Rechtsprechung sind die Mitgliedstaaten aber nach Art. 10 EG verpflichtet, die praktische Wirksamkeit von Art. 81 EG nicht auszuschalten.⁴⁷⁵ Der Pflicht der Mitgliedstaaten zur Zusammenarbeit nach Art. 10 EG steht dabei eine Pflicht der Gemeinschaft gegenüber, auf die berechtigten Belange der Mitgliedstaaten Rücksicht zu nehmen.⁴⁷⁶ Nach Art. 5 EG wird die Gemeinschaft innerhalb der Grenzen der ihr in dem Vertrag zugewiesenen Befugnisse und gesetzten Ziele tätig. Die Mitgliedstaaten dürfen daher die ihnen zustehenden Befugnisse ausüben, müssen dabei jedoch die praktische Wirksamkeit der Gemeinschaftsregeln beachten. Dabei findet auch in den Beziehungen zwischen der Gemeinschaft und den einzelnen Mitgliedstaaten der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit Anwendung.⁴⁷⁷
602. Eine staatliche Maßnahme verstößt dann nicht gegen Art. 10 EG i.V.m. Art. 81 EG, soweit sie ein legitimes Ziel des Allgemeininteresses verfolgt und in Anbetracht ihres Ziels verhältnismäßig ist.⁴⁷⁸

⁴⁷³ Bekanntmachung der Kommission, Leitlinien zur Anwendung von Artikel 81 Absatz 3 EG-Vertrag, ABl. C 101 v. 27.4.2004, S. 97 ff., Ziff. 49.

⁴⁷⁴ EuGH, Rs. C-35/99, Slg. 2002 I-1529, 1572 (Rn. 34) - Arduino; EuGH, Verb. Rs. C-115/97 bis C-117/97, Slg. 1999 I-6029, 6050 (Rn. 65) - Albany; EuGH, Rs. 267/86, Slg. 1988, 4769, 4791 (Rn. 16) - Van Eycke

⁴⁷⁵ EuGH, Rs. C-198/01, Slg. 2003, I-8079, 8093 (Rn. 45) - Consortio Industrie Fiammiferi; EuGH, Verb. Rs. C-115/97 bis C-117/97, Slg. 1999 I-6029, 6050 (Rn. 65) - Albany; EuGH, Rs. C-38/97, Slg. 1998, I-5972, 5987 (Rn.44) - Librandi; EuGH, Rs. 267/86, Slg. 1988, 4769, 4791 (Rn. 16) - Van Eycke

⁴⁷⁶ Zuleeg in: Kommentar zum Vertrag über die Europäische Union und zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, 6. Aufl., Art. 10 EG, Rz. 11

⁴⁷⁷ Zuleeg in: Kommentar zum Vertrag über die Europäische Union und zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, 6. Aufl., Art. 10 EG, Rz. 11

⁴⁷⁸ während der EuGH in seiner Rechtsprechung insoweit bereits den Tatbestand verneint, siehe EuGH, Rs. C-38/97, Slg. 1998 I-5972, 5983 (Rn. 30) - Librandi, gehen Generalanwalt Léger im Schlussantrag zur Rs. C-35/99, Slg. 2002 I-1532, 1551 (Rn. 89) und die Literatur, Sagawe, Rechtsanwaltsvergütung und EU-Gemeinschaftsrecht in: ZRP 2002, S.

(a) Legitimes Ziel des Allgemeininteresses

603. Beim gegenwärtigen Stand der Integration in der Gemeinschaft obliegt es nach wie vor den Mitgliedstaaten, Ordnungsvorschriften zu erlassen und die staatliche Aufsicht über Glücksspielanbieter zu regeln. Der Lotteriestaatsvertrag verfolgt nach § 1 des Staatsvertrags folgende ordnungsrechtliche Ziele:
- Lenken des natürlichen Spieltriebs in geordnete und überwachte Bahnen
 - Verhinderung übermäßiger Spielanreize,
 - Verhinderung der Ausnutzung des Spieltriebs zu privaten oder gewerblichen Gewinnzwecken,
 - Ordnungsgemäße und nachvollziehbare Durchführung von Glücksspielen.
604. Diese Ziele werden vom Europäischen Gerichtshof als Ziele des Allgemeininteresses im Sinne des EG-Vertrages anerkannt.⁴⁷⁹ Durch die staatliche Lotterieraufsicht der Bundesländer – und nicht durch die Lottogesellschaften – wird eine wirksame inhaltliche Kontrolle dieser Ziele gewährleistet. Nur soweit § 5 Abs. 3 Lotteriestaatsvertrag den Bundesländern ermöglicht, die Tätigkeit einer anderen Landeslottogesellschaft in ihrem Bundesland allein aus ordnungsrechtlichen Gründen in verhältnismäßiger Weise nachträglich zu begrenzen oder auszuschließen, beeinträchtigt dies nicht die praktische Wirksamkeit von Art. 81 EG, und ist daher mit Art. 10 EG i.V.m. Art. 81 EG vereinbar. Beschränkungen aus rein wettbewerblichen Gründen oder das Erfordernis einer Zustimmung vor Tätigkeitsaufnahme stellen hingegen keine verhältnismäßigen Maßnahmen zum Erreichen der mit dem Lotteriestaatsvertrag verfolgten legitimen Ziele des Ordnungsrechts dar.

(b) Verhältnismäßigkeit

605. Die Lotterieraufsicht darf bei europarechtskonformer Auslegung des Lotteriestaatsvertrages nicht über das hinausgehen, was zur Erreichung der mit dem Staatsvertrag verfolgten ordnungsrechtlichen Ziele zwingend notwendig ist.
606. Die ordnungsrechtlichen Ziele des Staatsvertrages machen es regelmäßig nicht als mildestes Mittel erforderlich, den Vertrieb von Lotterien und Sportwetten durch eine Lottogesellschaft aus einem anderen Bundesland von einer vorherigen Erlaubnis abhängig zu machen, insbesondere wenn die vertriebenen Lotterien bzw. Sportwetten wie das Zahlenlotto oder das Fußballtoto in mehreren Bundesländern ordnungsrechtlich zugelassen sind und von den Gesellschaftern des DLTB einheitlich ausgespielt werden. Solche präventiven Beschränkungen sind nicht verhältnismäßig und daher nicht mit Art. 81 i.V.m. Art. 10 EG vereinbar.
607. Die Landeslottogesellschaften verfügen über eine Genehmigung des Bundeslandes, in dem sie ihren Sitz haben, dort Lotterien und Sportwetten zu vertreiben. Durch die Genehmigung ihres Sitzbundeslandes ist

284 mwN; Koch/Eichele, Auswirkungen des kartellrechtlichen CIF-Urteils des EuGH auf die Anwaltschaft in: NJW 2004, S. 336, von einer Rechtfertigung aus; letztlich führt beides zum selben Ergebnis.

⁴⁷⁹ EuGH, Rs. C-243/01, Slg. 2003 I – 13031, 13099 (Rn. 67) – Gambelli; EuGH, Rs. C-124/97, Slg. 1999 I – 6069, 6117 (Rn. 35 ff.) – Läärä; EuGH, Rs. C-67/98, Slg. 1999 I – 7289, 7315 (Rn. 33 ff.) – Zenatti

festgestellt, dass die Tätigkeit der Landeslottogesellschaften den Anforderungen und den ordnungsrechtlichen Zielen des Staatsvertrages entsprechen. Zudem sind die Bundesländer nach § 5 Abs. 2 Lotteriestaatsvertrag an den Landeslottogesellschaften ihres Bundeslandes jeweils unmittelbar oder mittelbar maßgeblich beteiligt. Die Bundesländer verfügen dadurch über weitgehende, zum Beispiel gesellschaftsrechtliche Kontroll- und Einwirkungsmöglichkeiten. Außerdem unterliegen die Landeslottogesellschaften der ordnungsrechtlichen Lottereaufsicht der Bundesländer, in denen sie tätig sind. Dies wird als ein hoher Sicherheitsstandard angesehen, so dass den Erläuterungen zu § 5 des Lotteriestaatsvertrags zufolge den Landeslottogesellschaften die Glücksspiele mit besonderem Gefährdungspotenzial, wie z.B. Jackpotlotterien, vorbehalten wurden. Dementsprechend führt Lotto Niedersachsen im Geschäftsbericht 2005 aus:⁴⁸⁰

„[...] Die im Deutschen Lotto- und Totoblock (DLTB) zusammengeschlossenen 16 Lotteriegesellschaften verstehen sich als verlässliche, verantwortungsvolle Anbieter von staatlich genehmigten Lotterien und Wetten, mit denen die Spielwünsche in der Bevölkerung erfüllt werden, damit die tatsächlichen und potentiellen Spielteilnehmer nicht auf ungenehmigte Glücksspiele ausweichen müssen. Kernkompetenzen von LOTTO Niedersachsen sind Transparenz, Zuverlässigkeit und Sicherheit des Spielgeschäfts. Die Attraktivität des verantwortungsvollen Spielangebots und angemessene Werbemaßnahmen zielen darauf ab, das Vertrauensverhältnis zur Bevölkerung zu stärken und unzutreffende Vorstellungen über Gewinnchancen zu vermeiden. Die Erfordernisse des Jugendschutzes werden aktiv eingehalten. Informationen über Spielsucht, Prävention und Behandlungsmöglichkeiten werden für Betroffene bereitgehalten. [...]“

608. Die in einem Bundesland zugelassene Lottogesellschaft gewährleistet daher nach den Regelungen des Lotteriestaatsvertrages selbst einen hohen Schutz der Ziele des Staatsvertrages und wird nicht allein deshalb, weil sie in einem anderen Bundesland veranstaltete und dort zum Vertrieb zugelassenen Lotterien und Sportwetten vertreibt, die Ziele des Lotteriestaatsvertrages und die ordnungsrechtlichen Regelungen der anderen Bundesländer nicht mehr hinreichend beachten. Vielmehr gewährleistet die ordnungsrechtliche Aufsicht der Bundesländer, dass auch in dem anderen Bundesland die ordnungsrechtlichen Vorschriften eingehalten werden. Insoweit reicht das ordnungsrechtliche Instrumentarium der Aufsichtsbehörden aus, unerwünschte, mit den ordnungsrechtlichen Zielen des Lotteriestaatsvertrages unvereinbare Auswirkungen der Tätigkeit zu verhindern.
609. Dieser Auslegung stehen nicht die Strafvorschriften der §§ 284, 287 StGB entgegen, die jede öffentliche Veranstaltung eines Glücksspieles bzw. einer Lotterie oder Ausspielung ohne behördliche Erlaubnis unter Strafe stellen. Wie oben ausgeführt, benötigen die Lottogesellschaften bei europarechtskonformer Auslegung nach § 5 Abs. 3 Lotteriestaatsvertrag keine vorherige Genehmigung, um die Glücksspiele, für deren Angebot sie über eine ordnungsrechtliche Zulassung in einem Bundesland verfügen, in einem anderen Bundesland anzubieten, damit die praktische Wirksamkeit von Art. 81 EG nicht beeinträchtigt wird. Die Veranstaltung und das Ange-

⁴⁸⁰ Lotto Niedersachsen, Geschäftsbericht 2005, S. 5, Bl. 1306 d.A. Rückseite

bot eines Glücksspiels durch eine Lottogesellschaft mit der behördlichen Erlaubnis eines Bundeslandes ist daher auch in jedem anderen Bundesland als im Sinne von §§ 284, 287 StGB behördlich genehmigt, so dass kein Raum für eine Anwendung der Strafvorschriften in diesem Fall bleibt. Anderenfalls würde die durch das vorrangige Recht der Europäischen Gemeinschaft gebotene Auslegung von § 5 Abs. 3 Lotteriestaatsvertrag durch nationale Rechtsvorschriften in ihrer Wirksamkeit beeinträchtigt. Nach der ständigen Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes dürfen die Mitgliedstaaten keine Maßnahmen ergreifen, welche die praktische Wirksamkeit des Gemeinschaftsrechts, im vorliegenden Fall der für die Unternehmen geltenden Wettbewerbsregeln, beeinträchtigen oder ausschalten könnten.⁴⁸¹ Würde diese Auslegung durch die Strafvorschriften rückgängig gemacht, würde letztlich eine nationale Regelung die praktische Wirksamkeit von Art. 81 EG i.V.m. Art. 10 EG einschränken. Dies wäre aber mit dem Vorrang des Gemeinschaftsrechts nicht vereinbar. Dementsprechend hat Generalanwalt Colomer in seinem Schlussantrag vom 16.05.06 darauf hingewiesen, dass

„[...] die zusätzliche Sanktionierung einer gemeinschaftsrechtswidrigen Regelung durch ein strafrechtliches Verbot erst recht als gemeinschaftsrechtswidrig zu bewerten ist, denn die jeweiligen Vorschriften sind Teile eines Räderwerks, das sich in ein ihm übergeordnetes einfügen muss, und keine voneinander abgeschotteten Abteilungen. [...]“⁴⁸²

610. Nicht gerechtfertigt sind ebenfalls Beschränkungen aus rein wettbewerblichen Gründen, weil diese Beschränkungen keinem legitimen Allgemeininteresse dienen, nicht zum Erreichen der ordnungsrechtlichen Zielsetzung des Lotteriestaatsvertrages geeignet und erforderlich und damit nicht verhältnismäßig sind.

7.1.5 Teilergebnis

611. § 5 Abs. 3 Lotteriestaatsvertrag ist im Ergebnis anhand von Art. 81 EG i.V.m. Art. 10 EG europarechtskonform dahingehend auszulegen, dass diese Regelung den Bundesländern nur die Ermächtigung gibt, die Tätigkeit einer Landeslottogesellschaft aus einem anderen Bundesland in ihrem Landesgebiet nachträglich aus rein ordnungsrechtlichen Gründen zu begrenzen. § 5 Abs. 3 Lotteriestaatsvertrag unterbricht daher nicht die Kausalität zwischen der Vereinbarung im Blockvertrag und der Wettbewerbsbeeinträchtigung, weil die Regelung die Lottogesellschaften nicht daran hindert, unter Beachtung der ordnungsrechtlichen Regelungen ihr Vertriebsgebiet für die von ihnen zulässigerweise angebotenen Lotterien und Sportwetten über die Landesgrenzen des Bundeslandes hinaus auszuweiten, in dem sie über eine Genehmigung verfügen.

⁴⁸¹ EuGH, Rs. 229/83, Slg. 1985 – 1, 31 (Rn. 14) – Au blé vert; EuGH, Rs. C-90/91, Slg. 1992 I – 2085, 2106 (Rn. 11) – Morais; Zuleeg in: Kommentar zum Vertrag über die Europäische Union und zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, 6. Aufl., Art. 10 EG, Rz. 10; Streinz, EUV/EGV, EGV Art. 10, Rz. 39

⁴⁸² Schlussanträge in den verbundenen Rechtssachen C-338/04, C-359/04 und C-360/04, veröffentlicht im Internet unter: www.curia.europa.eu

7.2 Keine Unterbrechung der Kausalität durch Landesgesetze

7.2.1 Bayern

612. Nach Art. 10 EG i.V.m. Art. 81 EG ist Art. 3 Abs. 1 Staatslotteriegesezt Bayern europarechtskonform dahingehend auszulegen, dass diese Regelung es den in anderen Bundesländern zugelassenen Lottogesellschaften nicht verwehrt, ihre ordnungsrechtlich zugelassenen Glücksspielen in Bayern über Annahmestellen zu vertreiben, die keine schriftliche Vereinbarung mit der Staatlichen Lotterieverwaltung in Bayern geschlossen haben, und Art. 3 Abs. 2 Staatslotteriegesezt Bayern in diesem Falle außer Anwendung zu lassen.
613. Art. 3 Abs. 1 und 2 Staatslotteriegesezt Bayern verhindern eine Tätigkeit der Lottogesellschaften aus anderen Bundesländern in Bayern und verstärken damit die bundesweite Marktaufteilung durch die Lottogesellschaften in § 2 Blockvertrag.
614. Wie oben zum Lotteriestaatsvertrag dargestellt, dürfen die Bundesländer Regelungen im Rahmen der ihnen zustehenden Kompetenzen erlassen, soweit diese ein legitimes Ziel des Allgemeininteresses verfolgen und verhältnismäßig sind.
615. Das Staatslotteriegesezt Bayern verfolgt wie der Lotteriestaatsvertrag das Ziel, die mit den Spielmöglichkeiten verbundenen Gefahren, wie Spielsucht und ihre negativen Auswirkungen möglichst gering zu halten.⁴⁸³ Dieses legitime Ziel im Sinne von Art. 10 EG i.V.m. Art. 81 EG wird jedoch durch Art. 3 Staatslotteriegesezt Bayern nicht auf verhältnismäßige Weise umgesetzt, weil es nicht als mildestes Mittel erforderlich ist, um die legitimen ordnungsrechtlichen Ziele zu erreichen. Die bayerische Regelung schließt eine wettbewerbliche Tätigkeit anderer Landeslottogesellschaften in Bayern von vornherein aus, obwohl diese Gesellschaften maßgeblich von den anderen Bundesländern kontrolliert werden, ein staatlich verantwortetes Angebot an Glücksspielen vertreiben, das zum weit überwiegenden Teil das gemeinsam mit der Bayerischen Staatslotterieverwaltung im Rahmen des DLTB veranstaltete Zahlenlotto betrifft, und die nach dem auch von Bayern abgeschlossenen Lotteriestaatsvertrag als besonders geeignet angesehen werden, Glücksspiele mit besonderem Gefährdungspotenzial anzubieten (§ 5 Abs. 4 i.V.m. § 5 Abs. 2 Lotteriestaatsvertrag).
616. Die in einem Bundesland zugelassene Landeslottogesellschaft gewährleistet daher nach den von Bayern anerkannten Regelungen des Lotteriestaatsvertrages selbst einen hohen Schutz der Ziele des Staatsvertrages und wird nicht allein deshalb, weil sie in einem anderen Bundesland staatlich verantworteten Lotterien und Sportwetten vertreibt, die gemeinsamen Ziele des Lotteriestaatsvertrages und die legitimen ordnungsrechtlichen Ziele in Bayern nicht mehr hinreichend beachten. Vielmehr reicht die nachträgliche ordnungsrechtliche Lotteriaeufsicht über die Tätigkeit der anderen Lottogesellschaften aus, um sicher zu stellen, dass diese auch in Bayern die ordnungsrechtlichen Vorschriften einhalten.

⁴⁸³ Begründung des Gesetzentwurfes zum Gesetz über die vom Freistaat Bayern veranstalteten Lotterien und Wetten (Staatslotteriegesezt), Bayerischer Landtag, Drs. 14/219, S. 5, Bl. 1414 d.A.

7.2.2 Brandenburg

617. Nach Art. 10 EG i.V.m. Art. 81 EG sind § 3 Abs. 1 und § 4 Abs. 4 Nr. 1 Lottogesetz Brandenburg europarechtskonform dahingehend auszulegen, dass diese Regelung es den in anderen Bundesländern zugelassenen Lottogesellschaften nicht verwehrt, ihre ordnungsrechtlich zugelassenen Glücksspiele in Brandenburg ohne vorherige Genehmigung zu vertreiben. Wie oben zum Lotteriestaatsvertrag dargestellt, dürfen die Bundesländer Regelungen im Rahmen der ihnen zustehenden Kompetenzen erlassen, soweit diese ein legitimes Ziel des Allgemeininteresses verfolgen und verhältnismäßig sind.
618. Das Lottogesetz Brandenburg verfolgt wie der Lotteriestaatsvertrag das Ziel, des Schutzes der öffentlichen Sicherheit und Ordnung.⁴⁸⁴ Dieses legitime Ziel im Sinne von Art. 10 EG i.V.m. Art. 81 EG wird jedoch nicht auf verhältnismäßige Weise umgesetzt, weil §§ 3 Abs. 1, 4 Abs. 4 Nr. 1 Lottogesetz Brandenburg gegenüber den Lottogesellschaften der anderen Bundesländer nicht als mildestes Mittel erforderlich ist, die legitimen ordnungsrechtlichen Ziele zu erreichen.
619. Das Lottogesetz Brandenburg ermöglicht es mit diesen Regelungen - wie § 5 Abs. 3 Lotteriestaatsvertrag -, eine Tätigkeit der Lottogesellschaften aus anderen Bundesländern in Brandenburg allein aus wettbewerblichen Gründen auszuschließen. Ferner ist eine vorherige Erlaubnispflicht der Lottogesellschaften nicht als mildestes Mittel erforderlich, um die legitimen ordnungsrechtlichen Ziele des Gesetzes zu erreichen, weil die Unternehmen maßgeblich von den anderen Bundesländern kontrolliert werden, ein staatlich verantwortetes Angebot an Glücksspielen vertreiben, das zum weit überwiegenden Teil das gemeinsam mit Lotto Brandenburg veranstaltete Zahlenlotto betrifft, und die nach dem auch von Brandenburg abgeschlossenen Lotteriestaatsvertrag als besonders geeignet angesehen werden, Glücksspiele mit besonderem Gefährdungspotenzial anzubieten (§ 5 Abs. 4 i.V.m. § 5 Abs. 2 Lotteriestaatsvertrag). Das Lottogesetz Brandenburg verstärkt damit die bundesweite Marktaufteilung durch die Lottogesellschaften in § 2 Blockvertrag und ist insoweit nach Art. 81 EG i.V.m. Art. 10 EG durch europarechtskonforme Auslegung außer Anwendung zu lassen.

7.2.3 Niedersachsen und Sachsen-Anhalt

620. Auch §§ 3 Abs. 1 und 2 Lottogesetz Niedersachsen und § 3 Abs. 1 und Abs. 2, 18 und 19 Abs. 1 Nr. 4 Glücksspielgesetz Sachsen-Anhalt verstärken die räumliche Marktaufteilung der DLTB-Gesellschafter in § 2 Abs. I und II Blockvertrag, schließen wie das Staatslotteriegesetz Bayern den Wettbewerb der Landeslottogesellschaften aus und sind deshalb im vorliegenden Fall nach Art. 10 EG i.V.m. Art. 81 EG außer Anwendung zu lassen. Wie oben für das Staatslotteriegesetz Bayern dargestellt, ist der generelle Ausschluss der Tätigkeit einer in einem anderen Bundesland zugelassenen Landeslottogesellschaft nicht als mildestes Mittel zum Erreichen ordnungsrechtlicher Ziele erforderlich.

⁴⁸⁴ Begründung des Gesetzentwurfes der Landesregierung zum Gesetz über öffentliche Lotterien und Ausspielungen im Land Brandenburg (Lotteriegesetz – LottG Bbg), Landtag Brandenburg, Drs. 1/2673, S. 1, Bl. 1404 d.A.

7.2.4 Thüringen

621. § 1 Lottogesetz Thüringen verstärkt ebenfalls die räumliche Marktaufteilung der Lottogesellschaften, indem es die Veranstaltung von Lotterien und Sportwetten ausschließlich dem Land zuweist. Der thüringischen Finanzministerin zufolge kommt eine Erteilung weiterer Erlaubnisse in Thüringen nicht in Betracht.⁴⁸⁵ Das Lottogesetz Thüringen ist im vorliegenden Fall ebenfalls nach Art. 10 EG i.V.m. Art. 81 EG außer Anwendung zu lassen, weil der generelle Ausschluss der Tätigkeit einer in einem anderen Bundesland zugelassenen Landeslottogesellschaft nicht als mildestes Mittel zum Erreichen ordnungsrechtlicher Ziele erforderlich ist, wie oben zum Staatslotteriesgesetz Bayern dargestellt.

7.3 Keine Unterbrechung der Kausalität durch begrenzte Konzessionen für das Spielangebot über das Internet

622. Soweit die Lottogesellschaften von den zuständigen Aufsichtsbehörden der Bundesländer eine Konzession für das Angebot von Glücksspielen über das Internet erhalten haben, die dahingehend begrenzt ist, dass die Spielinteressenten nur in dem Bundesland spielen dürfen, in dem sie wohnen, schließen diese Konzessionen ebenfalls die Kausalität zwischen Blockvertrag und Marktaufteilung nicht aus. Derartige Begrenzungen der Konzessionen für das Internetangebot der Lottogesellschaften sind nach Art. 10 EG i.V.m. Art. 81 EG europarechtskonform dahingehend auszulegen, dass sie einer Ausweitung des Vertriebsgebiets der Lottogesellschaften über ihr Sitz-Bundesland hinaus nicht entgegenstehen.

623. Wie oben dargestellt⁴⁸⁶, ist § 5 Abs. 3 Lotteriestaatsvertrag anhand von Art. 81 EG i.V.m. Art. 10 EG europarechtskonform dahingehend auszulegen, dass diese Regelung den Bundesländern nur die Ermächtigung gibt, die Tätigkeit einer Landeslottogesellschaft aus einem anderen Bundesland in ihrem Landesgebiet nachträglich aus rein ordnungsrechtlichen Gründen zu begrenzen. Soweit § 5 Abs. 3 Lotteriestaatsvertrag es den Bundesländern ermöglicht, aus rein wettbewerblichen Gründen die Tätigkeit einer anderen Lottogesellschaft in ihrem Landesgebiet zu beschränken oder auszuschließen, verstößt dies als Marktaufteilung gegen Art. 10 EG i.V.m. Art. 81 EG.

624. Die in einer Konzession enthaltene Begrenzung der Internet-Tätigkeit auf den Abschluss von Online-Spielverträgen mit Spielinteressenten mit Wohnsitz in dem Bundesland, in dem die Lottogesellschaft ihren Sitz hat, verstärkt die Marktaufteilung unter den Lottogesellschaften und wendet § 5 Abs. 3 Lotteriestaatsvertrag in einer gegen Art. 10 EG i.V.m. Art. 81 EG verstoßenden Auslegungsweise an und verstößt daher insoweit selbst gegen Art. 10 EG i.V.m. Art. 81 EG. Der Vorrang des Gemeinschaftsrechts verlangt nach ständiger Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes, dass jede nationale Rechtsvorschrift, soweit sie einer Vorschrift des Gemeinschaftsrechts entgegensteht, unangewendet bleibt. Diese Pflicht trifft alle staatlichen Organe, einschließlich der Verwaltungsbehörden⁴⁸⁷ und damit auch die Lottereaufsichtsbehörden der Bundesländer.

⁴⁸⁵ Schreiben der Finanzministerin des Freistaates Thüringen vom 4.04.06, Bl. 897 d.A.

⁴⁸⁶ siehe Rz. 578

⁴⁸⁷ EuGH, Rs. C-198/01, Slg. 2003 I – 8079, 8094 (Rn. 48, 49) – Consorzio Industrie Fiammiferi

7.4 Teilergebnis

625. Bei europarechtskonformer Auslegung stellen § 5 Abs. 3 Lotteriestaatsvertrag, Art. 3 Staatslotteriegesezt Bayern, §§ 3 Abs. 1, 4 Abs. 4 Nr. 4 Lottogesezt Brandenburg, §§ 3 Abs. 1 und 2 Lottogesezt Niedersachsen und §§ 3, 18, 19 Abs. 1 Nr. 4 Glücksspielgesezt Sachsen-Anhalt sowie die Begrenzungen in den Konzessionen zum Online-Spiel keine Beschränkung für die DLTB-Gesellschafter zur Ausdehnung ihrer Vertriebsgebiete unter Beachtung der ordnungsrechtlichen Ziele des Lotteriestaatsvertrages und der Landesgesetze dar.

7.5 Keine unlauteren Wettbewerbshandlungen

626. Dagegen, dass § 2 Blockvertrag in Verbindung mit der Präambel eine Wettbewerbsbeschränkung beweckt und bewirkt, kann nicht eingewandt werden, die Ausdehnung des Vertriebs der Lottogesellschaften über das Bundesland hinaus, in dem die jeweilige Lottogesellschaft ihren Sitz hat, sei rechtswidrig, und der hierdurch entstehende zusätzliche Wettbewerb der Lottogesellschaften beim Absatz ihrer Glücksspiele sei daher nicht als legitimer Wettbewerb nach Art. 81 EG geschützt.

627. Die Ausdehnung des Vertriebs ist rechtmäßig

628. Die Ausdehnung des Vertriebsgebietes durch die Lottogesellschaften ist rechtmäßig, denn sie verstößt nicht gegen gesetzliche Vorschriften, wie oben dargestellt.

629. Die Ausdehnung des Vertriebs widerspricht nicht der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 28.03.06

630. Ferner steht die Ausdehnung des Vertriebs auch im Einklang mit der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 28.03.06 zur Verfassungswidrigkeit des bayerischen Monopols für Sportwetten und mit den von den Bundesländern verfolgten ordnungsrechtlichen Zielen der Begrenzung der Spielsucht und der Kanalisierung des Spieltriebs.

631. Das Bundesverfassungsgericht hat in der Entscheidung festgestellt, dass unter engen verfassungsrechtlichen Grenzen privaten gewerblichen Veranstaltern von Sportwetten durch eine gesetzliche Regelung der Marktzugang verwehrt werden und damit der Wettbewerb zwischen staatlichen und privaten Anbietern durch ein staatliches Monopol ausgeschlossen werden kann. Im vorliegenden Fall geht es hingegen nicht um den Ausschluss privater Sportwettenveranstalter vom Markt, sondern erstens um das Sportwetten- und Lotterieangebot der Lottogesellschaften und zweitens um eine Vereinbarung der maßgeblich staatlich beeinflussten Lottogesellschaften, die ihren Angebotswettbewerb um die Spieler beschränken. Mit dieser Einschränkung des Wettbewerbs zwischen den Lottogesellschaften hat sich das Bundesverfassungsgericht nicht befasst.

632. Selbst wenn aber die engen Kriterien des Bundesverfassungsgerichts für einen Ausschluss des Wettbewerbs auf den vorliegenden Fall angewendet werden, führt dies nicht zu einer Rechtfertigung der Marktaufteilung durch den Blockvertrag. Das Bundesverfassungsgericht hat betont, dass ein Wettbewerbsausschluss nur aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses zulässig ist, soweit er dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit entspricht.⁴⁸⁸ Zu den zwingenden Gründen zählen insbesondere die im Lotteriestaatsvertrag aufgeführten und von den Bundesländern verfolgten

⁴⁸⁸ BVerfG, aaO, Rn. 94

Ziele der Bekämpfung der Spielsucht und des Schutzes der Spieler, insbesondere des Schutzes der Minderjährigen. Diese Ziele können nach den derzeitigen wissenschaftlichen Erkenntnissen in Deutschland keinen Ausschluss des Wettbewerbs unter den staatlich beeinflussten Lottogesellschaften rechtfertigen.

633. Zunächst ist festzustellen, dass es in Deutschland keine bundesweite Erhebung zur Glücksspielsucht gibt. Die von den Lottogesellschaften zur Verfügung gestellte Untersuchung des Instituts für Psychologie und Kognitionsforschung der Universität Bremen führt dementsprechend aus:⁴⁸⁹

„[...] Obwohl sich der kommerzielle Glücksspielmarkt in Deutschland mit seinen Milliardenumsätzen zu einem bedeutsamen Teil der Volkswirtschaft entwickelt hat, liegen derzeit keine aussagekräftigen Publikationen zu der Anzahl der aktiven Spieler oder den durchschnittlichen Ausgaben für Glücksspiele pro Person unter Berücksichtigung aller Glücksspielformen vor. Evidenzbasierte Befunde zu der Vorkommenshäufigkeit von glücksspielbezogenen Problemen bzw. Diagnosen ‚Glücksspielsucht‘ unter Berücksichtigung der Allgemeinbevölkerung fehlen ebenso. [...]“

634. Nach Angaben der Forschungsstelle Glücksspielsucht der Universität Hohenheim versucht der Fachverband Glücksspielsucht seit Jahren erfolglos, Geldgeber für eine Studie zur Größenordnung der Glücksspielsucht in Deutschland zu finden. Die Drogenbeauftragte der Bundesregierung hat sich zuletzt im Drogen- und Suchtbericht 2006 in einem Exkurs mit der Glücksspielsucht befasst. Dem Bericht nach sind Schätzungen zufolge 80% der pathologisch Glücksspielsüchtigen Automatenspieler, für die Gesamtzahl der Betroffenen gibt es unterschiedliche Schätzungen, weshalb geplant ist, den epidemiologischen Suchtsurvey um Fragen zum Thema pathologisches Suchtverhalten zu ergänzen.⁴⁹⁰ Zuvor hatte sich die Drogenbeauftragte der Bundesregierung 2002 mit der Glücksspielsucht befasst und nach einem Gespräch mit dem Fachverband Glücksspielsucht 2001 festgestellt hat, dass es noch immer keine verlässlichen Zahlen über die Anzahl spielsüchtiger Menschen in Deutschland gebe.⁴⁹¹ Die Zahl der behandlungsbedürftigen Spieler wurde in dem Bericht auf 30.000 bis 100.000 Menschen geschätzt. Im zweiten Teil des Landesprogramms gegen Sucht des Landes Nordrhein-Westfalen von Mai 2001 wird die Zahl der Glücksspielsüchtigen auf bundesweit etwa 130.000 Menschen, entsprechend einem Bevölkerungsanteil von 0,1% bis 0,2%, geschätzt. Hauptbetroffene seien die Automatenspieler, auf die in den ambulanten Selbsthilfeeinrichtungen mehr als 90% der Patienten

⁴⁸⁹ „Das Gefährdungspotenzial von Lotterien und Sportwetten“, Abschlussbericht der Universität Bremen, Institut für Psychologie und Kognitionsforschung, Mai 2005, S. 30, Bl. 2639 d.A.

⁴⁹⁰ Drogen- und Suchtbericht Mai 2006 der Drogenbeauftragten der Bundesregierung, S. 62; veröffentlicht im Internet unter:

http://www.bmg.bund.de/cln_041/nn_603372/SharedDocs/Publikationen/Drogen-und-Sucht/dsb2006.templateld=raw.property=publicationFile.pdf/dsb2006.pdf, Bl. 1383 d.A.

⁴⁹¹ Drogen- und Suchtbericht Mai 2002 der Drogenbeauftragten der Bundesregierung, S. 80; veröffentlicht im Internet unter:

http://www.bmg.bund.de/nn_604240/SharedDocs/Publikationen/nur_download/a-601-2002.templateld=raw.property=publicationFile.pdf/a-601-2002.pdf, Bl. 1380 d.A.

bulanten Selbsthilfeeinrichtungen mehr als 90% der Patienten entfielen.⁴⁹² Unter den bundesweit glücksspielsüchtigen Menschen gibt es daher geschätzt 13.000 Personen, die nicht vom Automatenpiel und daher von den Produkten der Lottogesellschaften abhängig sein könnten. Diese Zahl entspricht einem Bevölkerungsanteil von 0,016%. Die Drogenbeauftragte der Bundesregierung gibt zum Vergleich an, dass in Deutschland rund 1,6 Mio. Menschen in Deutschland alkoholabhängig sind, bei weiteren 2,7 Mio. Menschen wird von einem missbräuchlichen Alkoholkonsum ausgegangen.⁴⁹³

635. Das Institut für Psychologie und Kognitionsforschung der Universität Bremen hat von 2002 bis 2004 eine Studie für Nordrhein-Westfalen zum Gefährdungspotenzial der Lotterie „6 aus 49“ und der Sportwetten nach festen Quoten durchgeführt. In diesem Rahmen wurden insgesamt 489 Personen befragt, die in Nordrhein-Westfalen Hilfseinrichtungen aufgesucht haben. Davon wurden 14 Personen näher befragt, die angegeben hatten, das Zahlenlotto habe bei ihnen zu Problemen geführt, sowie 20 Personen, die Probleme mit Sportwetten hatten.⁴⁹⁴ Im Mai 2005 wurde der Abschlussbericht über die Untersuchung vorgelegt. Zur Repräsentativität der Stichprobe und der empirischen Befunde wird ausgeführt⁴⁹⁵:

„[...] Folglich sind alle Befunde vor dem Hintergrund der Spezifität der Stichprobe zu interpretieren. Generalisierungen der gewonnenen Erkenntnisse auf die Population aller Personen mit problematischem Glücksspielverhalten sind genauso wenig angemessen wie weiterführende Verallgemeinerungen auf die Gesamtheit aller erwachsenen Bundesbürger mit (regelmäßiger) Glücksspielerfahrung. Vielmehr lassen sich ausschließlich Aussagen über den untersuchten Personenkreis ableiten, der aufgrund von glücksspielbezogenen Problemen Versorgungsangebote in Anspruch nahm und zudem bereitwillig die standardisierten Erhebungsinstrumente ausfüllte bzw. für Interviews zur Verfügung stand und somit einen vergleichsweise hohen Motivierungsgrad aufweist. [...]“

636. Auch das Bundesverfassungsgericht ging in seinem Urteil davon aus, dass das Suchtpotenzial von Sportwetten zu festen Quoten derzeit noch nicht abschließend beurteilt werden kann.⁴⁹⁶
637. Die wissenschaftlichen Erkenntnisse zur Spielsuchtgefährdung durch Lotterien und Sportwetten erfordern jedenfalls keinen Ausschluss des Wettbewerbs der Lottogesellschaften mit ihrem staatlich verantworteten

⁴⁹² NRW-Landesprogramm gegen Sucht, S. 8; veröffentlicht im Internet unter: http://www.landesfachstelle-gluecksspielsucht-nrw.de/pdf/mat02_landesprogramm_sucht.pdf, Bl. 1348 Rückseite d.A.

⁴⁹³ Drogen und Sucht – Ein Plan in Aktion, Aktionsplan der Bundesregierung, S. 24, veröffentlicht im Internet unter: http://www.bmg.bund.de/cln_040/nn_603372/SharedDocs/Publikationen/Drogen-und-Sucht/a-600-10117.templateId=raw.property=publicationFile.pdf/a-600-10117.pdf, Bl. 1376 d.A.

⁴⁹⁴ „Das Gefährdungspotenzial von Lotterien und Sportwetten“, Abschlussbericht der Universität Bremen, Institut für Psychologie und Kognitionsforschung, Mai 2005, S. 90, Bl. 2699 d.A.

⁴⁹⁵ „Das Gefährdungspotenzial von Lotterien und Sportwetten“, Abschlussbericht der Universität Bremen, Institut für Psychologie und Kognitionsforschung, Mai 2005, S. 147 f., Bl. 2756 f. d.A.

⁴⁹⁶ BVerfG, aaO, Rn. 101

Glücksspielangebot. Bei den Sportwetten ergibt sich dies daraus, dass die Lottogesellschaften mit ihrem staatlichen Angebot unter staatlichem Einfluss stehen und daher auch im Wettbewerb zueinander die ordnungsrechtlichen Anforderungen konsequent einhalten werden. Beim Lotto lässt außerdem das geringe Suchtgefährdungspotenzial keine ordnungsrechtlichen Gefährdungen durch den Wettbewerb der Lottogesellschaften erwarten.

7.5.1 Sportwetten haben ein geringeres Gefährdungspotenzial als Geldspielautomaten

638. Im Hinblick auf die Sportwetten sieht die Untersuchung der Universität Bremen „ODDSET“ als das Produkt mit dem größten Gefahrenpotenzial aus dem Sortiment des Deutschen Lotto- und Totoblocks an.⁴⁹⁷ Dabei wird die mit „ODDSET“ verbundene Gefahr zwar größer als die Gefahr des Lottospiels eingeschätzt, aber auch betont, dass „ODDSET“ nicht an das suchtfördernde Potenzial der Geldspielautomaten heranreicht.⁴⁹⁸
639. Das Bundesverfassungsgericht hat es im Hinblick auf die Sportwetten dem Gesetzgeber überlassen, entweder das staatliche Wettmonopol konsequent an der Suchtbekämpfung und der Kanalisierung des Spieltriebs auszurichten oder eine gesetzlich normierte und kontrollierte Zulassung gewerblicher Veranstaltungen durch private Wettunternehmen herbeizuführen.⁴⁹⁹ Es kann dahinstehen, wie sich der Gesetzgeber entscheidet, weil es vorliegend – anders als in dem vom Bundesverfassungsgericht zu entscheidenden Fall – nicht um die Tätigkeit privater Glücksspielanbieter geht, sondern um den Wettbewerb der von den Bundesländern maßgeblich gesellschaftsrechtlich kontrollierten Landeslottogesellschaften mit ihrem staatlich verantworteten Glücksspielangebot. Da diese Gesellschaften mit ihrem staatlichen Angebot unter staatlichem Einfluss stehen und den staatsvertraglichen Zielen verpflichtet sind, ist davon auszugehen, dass sie die ordnungsrechtlichen Anforderungen auch im Wettbewerb zueinander konsequent einhalten werden.
640. Die ordnungsrechtlichen Ziele des Staatsvertrages machen es regelmäßig nicht erforderlich, den Vertrieb von Lotterien durch eine Lottogesellschaft aus einem anderen Bundesland ganz auszuschließen, insbesondere wenn die vertriebenen Sportwetten wie Fußballtoto oder ODDSET in mehreren Bundesländern ordnungsrechtlich zugelassen sind und von den Gesellschaftern des DLTB einheitlich ausgespielt werden.
641. Die Lottogesellschaften verfügen über eine Genehmigung des Bundeslandes, in dem sie ihren Sitz haben, dort Sportwetten zu vertreiben. Durch die Genehmigung ihres Sitzbundeslandes ist festgestellt, dass die Tätigkeit der Lottogesellschaften den Anforderungen und den ordnungsrechtlichen Zielen des Staatsvertrages entsprechen. Zudem sind die Bundesländer nach § 5 Abs. 2 Lotteriestaatsvertrag an den Lottogesellschaften ihres Bundeslandes jeweils unmittelbar oder mittelbar maßgeblich beteiligt. Die Bundesländer verfügen dadurch über weitgehende, zum Beispiel gesellschaftsrechtliche Kontroll- und Einwirkungsmöglichkeiten. Außerdem unterliegen die Lottogesellschaften der ordnungsrechtlichen Lotterieraufsicht der Bundesländer, in denen sie tätig sind. Dies wird als ein hoher

⁴⁹⁷ „Das Gefährdungspotenzial von Lotterien und Sportwetten“, aaO, S. 157, Bl. 2766 d.A.

⁴⁹⁸ „Das Gefährdungspotenzial von Lotterien und Sportwetten“, aaO, S. 158, Bl. 2767 d.A.

⁴⁹⁹ BVerfG, 1 BvR 1054/01 vom 28.03.2006, Rn. 148, veröffentlicht unter:

http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20060328_1bvr105401.html , Bl. 940 d.A.

Sicherheitsstandard angesehen, so dass den Erläuterungen zu § 5 des Lotteriestaatsvertrags zufolge den Landeslottogesellschaften die Glücksspiele mit besonderem Gefährdungspotenzial, wie z.B. Jackpotlotterien, vorbehalten wurden. Dementsprechend führt Lotto Niedersachsen im Geschäftsbericht 2005 aus:⁵⁰⁰

„[...] Die im Deutschen Lotto- und Totoblock (DLTB) zusammengeschlossenen 16 Lotteriegesellschaften verstehen sich als verlässliche, verantwortungsvolle Anbieter von staatlich genehmigten Lotterien und Wetten, mit denen die Spielwünsche in der Bevölkerung erfüllt werden, damit die tatsächlichen und potentiellen Spielteilnehmer nicht auf ungenehmigte Glücksspiele ausweichen müssen. Kernkompetenzen von LOTTO Niedersachsen sind Transparenz, Zuverlässigkeit und Sicherheit des Spielgeschäfts. Die Attraktivität des verantwortungsvollen Spielangebots und angemessene Werbemaßnahmen zielen darauf ab, das Vertrauensverhältnis zur Bevölkerung zu stärken und unzutreffende Vorstellungen über Gewinnchancen zu vermeiden. Die Erfordernisse des Jugendschutzes werden aktiv eingehalten. Informationen über Spielsucht, Prävention und Behandlungsmöglichkeiten werden für Betroffene bereitgehalten. [...]“

642. Deutlich wird der verantwortungsvolle Umgang durch die Gemeinschaftsinitiative „Spielen mit Verantwortung“ der neun Lottogesellschaften in Baden-Württemberg, Bayern, Hessen, Mecklenburg-Vorpommern, Rheinland-Pfalz, Saarland, Sachsen, Sachsen-Anhalt und Thüringen.⁵⁰¹
643. Die in einem Bundesland zugelassene Lottogesellschaft gewährleistet daher nach den Regelungen des Lotteriestaatsvertrages selbst einen hohen Schutz der Ziele des Staatsvertrages und wird nicht allein deshalb, weil sie in einem anderen Bundesland veranstaltete und dort zum Vertrieb zugelassenen Lotterien und Sportwetten vertreibt, die Ziele des Lotteriestaatsvertrages und die ordnungsrechtlichen Regelungen der anderen Bundesländer nicht mehr hinreichend beachten. Vielmehr gewährleistet die ordnungsrechtliche Aufsicht der Bundesländer, dass auch in dem anderen Bundesland die ordnungsrechtlichen Vorschriften eingehalten werden. Insoweit reicht das ordnungsrechtliche Instrumentarium der Aufsichtsbehörden aus, unerwünschte, mit den ordnungsrechtlichen Zielen des Lotteriestaatsvertrages und der jeweiligen Bundesländer unvereinbare Auswirkungen der Tätigkeit zu verhindern.
644. Zutreffend ist die Ausführung der Lottogesellschaften, die Bundesländer könnten nur innerhalb des eigenen Bundeslandes die Einhaltung des Ordnungsrechts sicherstellen.⁵⁰² Nicht richtig ist dagegen ihre Schlussfolgerung, jede Lottogesellschaft müsse daher ihre Tätigkeit auf ein Bundesland begrenzen. Als Beispiel wird angeführt, das Land Baden-Württemberg könne die Einhaltung ordnungsrechtlicher Vorgaben in Hamburger Lotto-Annahmestellen nicht kontrollieren.⁵⁰³ Diese Schlussfolgerung ist deshalb falsch, weil nicht das Land Baden-Württemberg, sondern dem Bundesland Hamburg die ordnungsrechtliche Aufsicht über die

⁵⁰⁰ Lotto Niedersachsen, Geschäftsbericht 2005, S. 5, Bl. 1306 d.A. Rückseite

⁵⁰¹ http://lotto-bw.multamedio.de/html/spielen_mit_verantwortung/spielen-mit-verantwortung.html; Bl. 3898 d.A.

⁵⁰² Haver & Mailänder, Schriftsatz vom 28.07.06, S. 32, Bl. 3460 d.A.

⁵⁰³ Haver & Mailänder, Schriftsatz vom 28.07.06, S. 32, Bl. 3460 d.A.

Lotto-Annahmestellen in Hamburg zukommt und dies auch effektiv durchsetzen kann.

645. Deshalb bleibt es auch im Falle einer Untersagung der Marktaufteilung bei der Regelungskompetenz der Bundesländer. Entgegen der unzutreffenden Ansicht der Lottogesellschaften wird nicht in die förderalen Strukturen der Bundesrepublik Deutschland eingegriffen.⁵⁰⁴ Die Bundesländer können auch nach einer Untersagung der Marktaufteilung ihre eigenen ordnungsrechtlichen Standards setzen und deren Einhaltung durch die Lottogesellschaften kontrollieren. Ein vollständiger, von vornherein durch ein Monopol bestimmter Ausschluss anderer staatlich kontrollierter Lottogesellschaften von der Tätigkeit in einem anderen Bundesland ist hingegen nicht geeignet, legitime Allgemeininteressen zu schützen.
646. Ferner zeigt sich nach dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 28.03.06 zu den Sportwetten⁵⁰⁵, dass die Landeslottogesellschaften erste Maßnahmen zur Suchtprävention getroffen haben, die allerdings noch nicht ausreichend sind.
647. Die Lottogesellschaft Baden-Württemberg hat sich entschlossen, dass schrittweise nicht mehr anonym sondern nur noch mit Kundenkarte gespielt werden kann, und wird das Annahmestellenpersonal schulen, um Suchtgefährdete zu erkennen. Die Lottogesellschaft unterstützt hierzu auch den Aufbau der Forschungsstelle „Glücksspiel“ der Universität Hohenheim.⁵⁰⁶ Lotto Bayern hat zur Förderung des Jugendschutzes die Oddset-Spielabgabe per SMS eingestellt und wird ab Mai 2006 bei allen Kunden mit der Internet-Anmeldung eine automatische Identitätsprüfung durchführen, zu der Name und Geburtsdatum anzugeben sind.⁵⁰⁷ Auch Lotto Brandenburg hat verschiedene Maßnahmen zur Suchtbekämpfung ergriffen, wie die Beschränkung der Werbung, die Entwicklung und Einführung eines Sozialkonzepts, der Entscheidung, bis auf weiteres das Angebot an Lotterien und Wetten nicht zu erweitern und keine neuen Lottoverkaufsstellen zu eröffnen sowie die Einführung des Schufa-Ident-Verfahrens für die Einhaltung der Jugendschutzvorschriften im Internet.⁵⁰⁸
648. Allerdings sind die Maßnahmen im Hinblick auf die Anforderungen des Urteils des Bundesverfassungsgerichts vom 28.03.06 noch nicht ausreichend. So können Sportwetten nach wie vor über das Internet und alle Lotto-Annahmestellen gespielt werden, obwohl das Bundesverfassungsgericht die Omnipräsenz des Angebots im Fall eines Monopols für bedenklich erachtet hat.⁵⁰⁹ Die von einigen Lottogesellschaften eingeführten Höchstesätze für Lotterien und Sportwetten stellen insoweit keine wirksame Begrenzung dar. Die Grenze liegt zwischen 2.900 €/Woche (Lotto Berlin) und 250 €/Woche (Lotto Nordrhein-Westfalen), wie oben dargestellt⁵¹⁰. Dies bedeutet, dass ein Spieler immer noch 1.000 €/Monat nur für die Glücksspiele der Lottogesellschaften ausgeben kann. Damit liegt die untere Grenze immer noch so hoch, dass ein Spieler über 2/3 des durchschnittlichen Nettomonatseinkommens in Deutschland, das 2004

⁵⁰⁴ Haver & Mailänder, Schriftsatz vom 28.07.06, S. 89, Bl. 3517 d.A.

⁵⁰⁵ BVerfG, 1 BvR 1054/01 vom 28.03.2006, veröffentlicht unter:

http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20060328_1bvr105401.html, Bl. 912 ff. d.A.

⁵⁰⁶ „Lottozettel mit Suchthinweis“ in: Stuttgarter Zeitung vom 08.04.06, S. 7, Bl. 910 d.A.

⁵⁰⁷ <http://www.lotto-bayern.de>

⁵⁰⁸ Schreiben von Lotto Brandenburg an Anybet vom 5.05.06, S. 2, Bl. 1271 d.A.

⁵⁰⁹ BVerfG, aaO, Rn. 138 f., Bl. 938 d.A.

⁵¹⁰ Rn. 331 ff.

insgesamt 1.447 € betrug⁵¹¹, verspielen kann. Eine wirksame Begrenzung stellen diese Beträge nicht dar. Ferner findet die vom Bundesverfassungsgericht geforderte wichtige aktive Suchtprävention nicht statt. Die Internetinformationen der Lottogesellschaften verweisen nach wie vor nur knapp auf die Gefahren übermäßigen Spiels und geben anhand eines Selbsttests die Indizien für problematisches Spielverhalten und beschränken sich auf Informationen. Im übrigen wird auf das Beratungsangebot Dritter verwiesen, die nur eingeschränkt erreichbar sind.⁵¹²

649. Das öffentliche Interesse an der Förderung der Suchtprävention und einer Kanalisierung des Spieltriebs steht dem Wettbewerb der Lottogesellschaften und einer Ausdehnung des Vertriebsgebietes der Lottogesellschaften für Sportwetten im Ergebnis nicht entgegen.

7.5.2 Zahlenlotto hat nur ein geringes Suchtgefährdungspotenzial

650. Auch im Hinblick auf das Angebot der Lotterien stehen die ordnungsrechtlichen Ziele der Begrenzung der Spielsucht und der Kanalisierung des Spieltriebs als öffentliches Interesse einer Vertriebsausweitung nicht entgegen.

651. Die von den Lottogesellschaften vorgelegte Untersuchung der Universität Bremen kam zu dem Ergebnis, dass vom Zahlenlotto nur eine geringe Suchtgefahr ausgeht:⁵¹³

„[...] In Abgrenzung zum Lottospiel zeichnen sich die Geldspielautomaten in erster Linie durch ihre rasche Ereignisfrequenz in Verbindung mit kurzen Auszahlungsintervallen aus, mit entsprechendem suchtförderndem Charakter. Dem gegenüber sieht die Veranstaltung des Zahlenlottos einen langgestreckten Spielablauf mit geringem Aufforderungscharakter und ohne unmittelbare Gewinnauszahlung vor, der ausgeprägte psychotrope Wirkungen oder ein fortwährendes Abtauchen aus der Alltagsrealität kaum ermöglicht. [...] Entsprechend dieser Strukturmerkmale entwickeln nur wenige Spielteilnehmer glücksspielbezogene Probleme im Zusammenhang mit dem Lottospiel, obwohl dieses Produkt des Deutschen Lotto- und Totoblocks von allen verfügbaren Glücksspielformen die größte Spielerreichweite aufweist (vgl. Gesellschaft für Konsumforschung, 2003; Stiftung Warentest, 1992). Vor diesem Hintergrund ist das Gefährdungspotenzial des Lottospiels „6 aus 49“ als gering einzustufen. [...]“

652. Zusätzlich ist zu berücksichtigen, dass der Untersuchung zufolge bei der Mehrheit aller Personen mit lottospielbezogenen Problemen nicht das Lottospiel sondern das Spiel am Geldautomaten zu Abhängigkeitsproblemen geführt hat. Diese Personen hatten zuerst Suchtprobleme mit Geldspielautomaten, die zu erheblichen finanziellen Engpässen oder Verschuldungen geführt hatten. Das Lottospiel wurde erst in der Folgezeit begonnen, um eine weitere potenzielle Geldquelle zu erschließen, die Schulden zu tilgen und das Weiterspielen am Geldspielautomaten zu ermöglichen. Ferner entstanden Probleme mit dem Lottospiel bei denjenigen, die ver-

⁵¹¹ Bundesministerium für Gesundheit und Soziale Sicherung, Statistisches Taschenbuch 2005, Tabelle 1.14 Nettolöhne und –gehälter, veröffentlicht im Internet unter:

www.bmas.bund.de; Bl. 3926 d.A.

⁵¹² siehe oben Rz. 334

⁵¹³ „Das Gefährdungspotenzial von Lotterien und Sportwetten“, aaO, S. 151, Bl. 2760 d.A.

suchten, das Lottospiel als Substitution für das Automatenenspiel zu nutzen, um ihre automatenenspielbedingten Probleme in den Griff zu bekommen. Die Studie gelangt zu dem Ergebnis (Hervorhebung d. Verf.).⁵¹⁴

„[...] Funktional stand bei dieser Spielergruppe keineswegs die psychotrope Wirkung des Lottospiels im Vordergrund der Entscheidung für die Lottospielteilnahme, sondern eher die – aus der der Perspektive des Spielers – zweckrationale Aussicht auf den schnellen und einfachen Gewinn hoher Geldsummen zur Finanzierung des exzessiven Spielbedürfnisses im Hinblick auf das Automatenenspiel. Retrospektiv wirkt es so, dass das Lottospielverhalten für die meisten Betroffenen eine Art fehlangepasste Bewältigungsstrategie oder einen Akt der Verzweiflung im Zuge sich zunehmend einschränkender Handlungsalternativen darstellt. [...] Einzelne Interviewpartner berichteten darüber hinaus von Versuchen, das Lottospiel als Ersatzbefriedigung bzw. als Substitutionsmittel zu benutzen und ehemalige bzw. aktuelle automatenenspielbezogene Probleme in den Griff zu bekommen. Auch in diesen Fällen manifestiert sich das Erscheinungsbild einer behandlungsbedürftigen Glücksspielsucht originär im Zusammenhang mit dem Bespielen von Automaten und **nicht mit dem Lottospiel**[...]“

653. Das Lottospiel wird daher von denjenigen, die ein problematisches Spielverhalten aufwiesen, auch als eine Art Ausstiegsdroge verwendet, um von den harten Glücksspielen, wie dem Automatenenspiel, loszukommen. Für die überwiegende Mehrheit von Spieler, die Hilfseinrichtungen aufsuchten, hat dieses Aufsuchen trotz einer (regelmäßigen) Teilnahme am Lottospiel andere Gründe.⁵¹⁵ Ferner hat die Untersuchung ergeben, dass ein wesentlicher Bedingungsfaktor für problematisches Lottospielverhalten kognitive Verzerrungen beim Spieler sind.⁵¹⁶
654. Auch in der Literatur werden Lotterien zu den „weichen“ Glücksspielangeboten gezählt.⁵¹⁷ Hayer/Mayer, auf deren Erkenntnisse das Bundesverfassungsgericht in seiner Entscheidung vom 28.03.06 maßgeblich zurückgreift⁵¹⁸, stellen fest:⁵¹⁹

„[...] Im Gegensatz dazu bringen die so genannten „weichen“ Glücksspielformen wie Lotterien und Fußballtoto nur ein geringes Gefährdungspotenzial mit sich. Befragungen von Spielern, die ambulante oder stationäre Versorgungseinrichtungen aufgesucht haben, bestätigen diese Einschätzung im Wesentlichen: So befinden sich in Deutschland unter den Zockern in Beratung/Behandlung überwiegend Automaten- und Roulettespieler, jedoch nur selten Lottospieler, die entsprechende Glücksspielformen als psychosozial belastend empfinden [...]“

⁵¹⁴ „Das Gefährdungspotenzial von Lotterien und Sportwetten“, aaO, S. 152, Bl. 2761 d.A.

⁵¹⁵ „Das Gefährdungspotenzial von Lotterien und Sportwetten“, aaO, S. 152, Bl. 2761 d.A.

⁵¹⁶ „Das Gefährdungspotenzial von Lotterien und Sportwetten“, aaO, S. 155, Bl. 2764 d.A.

⁵¹⁷ Reeckmann, Die Bedeutung der Spielsucht im Glücksspielrecht, 2005, S. 19; http://www.reeckmann.de/pdf/Reeckmann_Bedeutung_der_Spielsucht.pdf

⁵¹⁸ BverfG, aaO, Rn. 100 ff.

⁵¹⁹ Hayer/Meyer, Die Prävention problematischen Spielverhaltens, J Public Health 2004, S. 293/296; Bl. 3970 Rückseite d.A.

655. Ferner existieren nach Angaben des Leiters der Forschungsstelle Glücksspiel der Universität Hohenheim, die mit Lotto Baden-Württemberg eng zusammen arbeitet, keine bundesweiten Studien zur Suchtgefahr von Lotterien in Deutschland. Dementsprechend konnte er auch keine Angaben zu den von Lotterien abhängigen Personen machen.⁵²⁰ Auch die von den Lottogesellschaften vorgelegte Studie beschränkt sich auf Erhebungen allein in Nordrhein-Westfalen.
656. Lotterien mit der in Deutschland hauptsächlich gespielten Lotterie „6 aus 49“ haben die Stellung einer sozial-adäquate Freizeit- und Unterhaltungstätigkeit. Die Lotterie wird jede Woche von rund 20 Mio. Verbrauchern gespielt⁵²¹ und seit mehr als 50 Jahren in Deutschland angeboten. Das Spiel ist quasi in den Familienalltag integriert. Darüber hinaus erfreut sich das Zahlenlotto permanenter Präsenz und lebhafter Resonanz in den Medien. Die Ziehung der Glückszahlen wird zu besten Einschaltzeiten im Fernsehen direkt übertragen. Die erste Fernsehziehung in aller Öffentlichkeit kam bereits am 4.9.1965 live aus der Zentrale des Hessischen Rundfunks in Frankfurt. Die Ergebnisse werden darüber hinaus von Rundfunk, Fernsehen und Presse publiziert. Das Suchtgefährdungspotenzial von Lotterien ist daher - anders als das von Sportwetten zu festen Quoten, über die das Bundesverfassungsgericht im Urteil vom 28.03.06 entschieden hat – wesentlich geringer. Eine Übertragung der Entscheidungserwägungen zu den Sportwetten zu festen Quoten auf die Lotterien scheidet daher aus.
657. Für die überwiegende Mehrheit von Spieler, die Hilfseinrichtungen aufsuchten, hat dieses Aufsuchen trotz einer (regelmäßigen) Teilnahme am Lottospiel andere Gründe.⁵²² Ferner hat die Untersuchung ergeben, dass ein wesentlicher Bedingungsfaktor für problematisches Lottospielverhalten kognitive Verzerrungen beim Spieler sind.⁵²³
658. Da im Ergebnis nach dem Stand der Wissenschaft vom Zahlenlotto keine relevanten Suchtgefahren ausgehen, kann auch der Wettbewerb der staatlich kontrollierten Lottogesellschaften solche mit seinem staatlich verantworteten Lotterieangebot nicht auslösen.
659. Ferner ist wie bei den Sportwetten davon auszugehen, dass die Lottogesellschaften, die mit ihrem staatlichen verantworteten Angebot unter staatlichem Einfluss stehen, und den staatsvertraglichen Zielen verpflichtet sind, die ordnungsrechtlichen Anforderungen im Wettbewerb zueinander konsequent einhalten werden und dies von den zuständigen Aufsichtsbehörden überwacht wird. Auch deshalb steht der Wettbewerb der Lottogesellschaften den ordnungsrechtlichen Zielen des Lotteriestaatsvertrages nicht entgegen.

8. Ergebnis

660. § 2 Abs. I, II Blockvertrag 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 erhalten haben. § 2 Abs. III Blockvertrag verstößt gegen Art. 81 EG, weil die Vereinbarung die Lottogesellschaften daran hindert, die Zulas-

⁵²⁰ Bl. 2084 d.A.

⁵²¹ GfK Panel Services Consumer Research GmbH, Gewinnspiele Mai bis August 2004, 4. Lotto-Gesamt, Tabelle 4.13 – Teilnehmer/Teilnahmen am Lotto-Gesamt nach Wochen 2. Tertial 2004, Bl. 3956 d.A.

⁵²² „Das Gefährdungspotenzial von Lotterien und Sportwetten“, aaO, S. 152, Bl. 2761 d.A.

⁵²³ „Das Gefährdungspotenzial von Lotterien und Sportwetten“, aaO, S. 155, Bl. 2764 d.A.

sung eines anderen Mitgliedstaates der Europäischen Union dazu zu nutzen, dort ihr Angebot an gemeinsam im DLTB veranstalteten Lotterien und Sportwetten, darunter insbesondere das Zahlenlotto als ihr Hauptangebot, eigenständig anzubieten. Art. 81 Abs. 3 EG findet auf § 2 Abs. I, II, III Blockvertrag keine Anwendung, die Regelungen sind auch nicht nach Art. 86 Abs. 2 EG gerechtfertigt. § 5 Abs. 3 Lotteriestaatsvertrag und die Landesgesetze zum Glücksspiel stellen keine Rechtfertigung für die Marktaufteilung durch die DLTB-Gesellschafter dar, weil diese Vereinbarungen selbst nach Art. 81 EG i.V.m. Art. 10 EG dahingehend durch alle nationalen Behörden anzuwenden sind, dass sie keinen generellen Ausschluss der Tätigkeit von in anderen Bundesländern zugelassenen Lottogesellschaften vorsehen. Eine Ausdehnung des Vertriebs der Lottogesellschaften über das Gebiet des Bundeslandes hinaus, in dem die Unternehmen ihren Sitz haben, widerspricht nicht der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 28.03.06 und den ordnungsrechtlichen Zielen des Allgemeininteresses.

III. ERMESSEN NACH § 32 GWB

661. Die Untersagung der Gebietsaufteilung in § 2 Blockvertrag als Zuwiderhandlung gegen Art. 81 Abs. 1 lit. c) EG steht nach § 32 Abs. 1 GWB im Ermessen des Bundeskartellamtes. Bei der Ausübung des Ermessens hat sich das Bundeskartellamt nach § 40 VwVfG am Zweck der Untersagungsbefugnis des § 32 GWB zu orientieren, die im öffentlichen Interesse zur Abwehr von Gefahren für die Freiheit des Wettbewerbs dient.⁵²⁴ Im vorliegenden Fall führt die Abwägung des öffentlichen Interesses an der Untersagung der Marktaufteilung mit dem Interesse der Lottogesellschaften an deren Aufrechterhaltung zu einem Überwiegen des öffentlichen Interesses an der Untersagung.

1. Es besteht ein gewichtiges öffentliches Interesse an der Untersagung

662. Für eine Untersagung aus kartellrechtlichen Gründen spricht, dass es sich bei einer Marktaufteilung um eine als äußerst schädlich bewertete, verbotene Wettbewerbsbeschränkung handelt, die zu einer Einschränkung des Angebots und folglich zu höheren Preisen führt.⁵²⁵ Der vorliegende Fall betrifft das gesamte Gebiet der Bundesrepublik Deutschland und alle Lottogesellschaften und damit eine besonders gravierende Wettbewerbsbeeinträchtigung. Es existiert daher ein hohes Allgemeininteresse an der Durchsetzung des grundsätzlichen Kartellverbots zum Schutz der Freiheit des Wettbewerbs.

663. Ferner ist bei der Abwägung der Umstand zu berücksichtigen, dass der Anbieterwettbewerb zwischen den Landeslottogesellschaften um das Spielangebot, die Konditionen und die Bearbeitungsentgelte auf den Märkten für Lotterien und Sportwetten aufgrund der Marktaufteilung kaum entwickelt ist, so dass in Anbetracht der mit § 32 GWB bezweckten Gefahrenabwehr für die Freiheit des Wettbewerbs ein erhebliches öffentliches Interesse besteht, den Wettbewerb unter den ordnungsrechtlich zugelassenen Lottogesellschaften mit ihrem staatlich verantworteten Glücksspielangebot zu stärken.

⁵²⁴ BGH WuW/E BGH 2697/2706 – Golden Toast

⁵²⁵ Leitlinien der Kommission zur Anwendung von Artikel 81 EG-Vertrag auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit, Abl. EG 2001/C Nr. 3, S. 2 Rz.25

664. Die Marktaufteilung begrenzt den Wettbewerb zwischen den Lottogesellschaften erheblich und verursacht bedeutende Nachteile für die Verbraucher, welche den Folgen mangelnder Auswahl und fehlendem Preis- und Konditionenwettbewerb auf den regionalen Glücksspielmärkten ausgesetzt sind.
665. Die Verbraucher können derzeit nur dann von dem Angebot der Lottogesellschaft ihres Heimatbundeslandes auf das Spielangebot einer der anderen Lottogesellschaften mit ihrem staatlich verantworteten Glücksspielangebot ausweichen, wenn sie sich entweder gewerblicher Spielvermittler bedienen oder in der Nähe einer Bundeslandgrenze wohnen. Diese Ausweichmöglichkeiten prägen aber nicht die Wettbewerbsbedingungen in den Bundesländern. Gleiches gilt für die über gewerbliche Spielvermittler organisierten Teilnehmer, die bundesweit derzeit nur rund 4,7% der Spieleinsätze der Lottogesellschaften auf sich ziehen.
666. Die Gebietsaufteilung der Lottogesellschaften erschwert es den Verbrauchern erheblich, ein sie ansprechendes Glücksspielangebot zu den von ihnen gewünschten Konditionen zum günstigsten Preis zu nutzen. Vielmehr können sie regelmäßig nur das Angebot der Lottogesellschaft nutzen, in deren Vertriebsbundesland sie wohnen, obwohl sich – wie oben dargestellt⁵²⁶ - das Spielangebot, die Konditionen und die Bearbeitungsentgelte der Lottogesellschaften deutlich voneinander unterscheiden.
667. Zusätzlich bewirkt die Regelung in § 2 Blockvertrag, dass einige Lottogesellschaften, wie Lotto Brandenburg, sich weigern, Spieleinsätze von Verbrauchern aus anderen Mitgliedstaaten der Europäischen Union über gewerbliche Spielvermittler anzunehmen. Dies schottet den deutschen Markt für gewerbliche Spielvermittler aus anderen EU-Mitgliedstaaten weiter ab.
668. Gegenüber dem erheblichen öffentlichen Interesse an der Stärkung des Wettbewerbs sind keine legitimen Interessen der Lottogesellschaften am Fortbestand der Marktaufteilung zu erkennen. Dem rein wirtschaftlichen Interesse der Unternehmen an einer Marktaufteilung kommt insoweit keine Bedeutung zu, weil Art. 81 Abs. 1 lit. c) EG wirtschaftliche Vorteile durch eine Marktaufteilung verbietet und deshalb die wirtschaftlichen Vorteile allein kein legitimes Ziel darstellen, das im Rahmen der Abwägung zu berücksichtigen wäre. Weitere Interessen der Lottogesellschaften am Fortbestand der Marktaufteilung sind nicht ersichtlich und auch nicht vorgetragen worden.
669. Wie oben dargestellt, steht der Wettbewerb zwischen den Lottogesellschaften den ordnungsrechtlichen Zielen des Lotteriestaatsvertrages als öffentlichen Interessen nicht entgegen.

2. Grundsatz des Vertrauensschutzes

670. Im Rahmen der Ermessensausübung nach § 32 GWB hat das Bundeskartellamt auch den Grundsatz des Vertrauensschutzes zu berücksichtigen, der seine Grundlage in dem rechtsstaatlichen Grundsatz der Rechtssicherheit hat.⁵²⁷ Die Lottogesellschaften haben sich auf ein Schreiben des Bundeskartellamtes vom 27.07.61 berufen, in dem das Bundeskartellamt mitgeteilt habe, die Prüfung des Blockvertrages habe keinen Anlass für

⁵²⁶ siehe Rz. 196 ff.

⁵²⁷ BGH WuW/E BGH 2697/2705 – Golden Toast; Immenga/Mestmäcker-Emmerich, GWB, 3. Aufl., § 32 Rz. 10

kartellrechtliche Beanstandungen gegeben. Die Lottogesellschaften sehen hierin einen feststellenden Verwaltungsakt, der die Zulässigkeit der seit 1961 inhaltlich unveränderten Regelung in § 2 Blockvertrag bejaht und einen Vertrauenstatbestand geschaffen habe, zumal der Blockvertrag auch in der Folgezeit nicht vom Bundeskartellamt aufgegriffen worden sei.⁵²⁸

671. Der Grundsatz des Vertrauensschutzes verlangt eine Abwägung im Einzelfall. Bei einer Untersagungsverfügung nach § 32 GWB i.V.m. Art. 81 EG steht auf der einen Seite das Interesse der Allgemeinheit an der Durchsetzung des grundsätzlichen Kartellverbots. Auf der anderen Seite ist das Interesse der Betroffenen insoweit zu würdigen, als sie sich in gerechtfertigtem Vertrauen auf den zukünftigen Bestand der Regelung eingerichtet und dem gemäß in die Zukunft wirkende Maßnahmen getroffen haben (Vertrauensbetätigung), die sich nach einer Untersagungsverfügung als nutzlos erweisen. Das Gebot des Vertrauensschutzes schließt es nicht aus, dass die Kartellbehörde die Sachlage nach Änderung ihrer Rechtsauffassung neu beurteilt und die Durchführung einer nunmehr als kartellrechtswidrig angesehenen Regelung untersagt. Ein Vertrauen darauf, dass die betreffende Regelung in Zukunft überhaupt nicht mehr beanstandet wird, wäre schon deshalb nicht schutzwürdig, weil eine gegen Art. 81 EG verstoßende Regelung ohnehin kraft Gesetzes unwirksam ist. Auch wäre es mit der durch das GWB geschützten Freiheit des Wettbewerbs nicht vereinbar und eine ungerechtfertigte Bevorzugung von Altkartellen, eine als kartellrechtswidrig erkannte Regelung, die auch nicht durch eine behördliche Entscheidung legalisiert werden könnte, aus Gründen des Vertrauensschutzes zeitlich unbefristet unbeanstandet zu lassen.⁵²⁹
672. Die Lottogesellschaften können sich nach diesen Grundsätzen im vorliegenden Fall nicht auf einen Vertrauenstatbestand berufen. Soweit sich die Lottogesellschaften auf das Schreiben des Bundeskartellamtes vom 24.01.61 stützen, ist darauf hinzuweisen, dass dieses Schreiben nicht als Verwaltungsakt darauf gerichtet war, eine bestimmte Rechtsfolge zu setzen. Es enthielt lediglich die Mitteilung, dass die damals zuständige Beschlussabteilung den Blockvertrag auf kartellrechtliche Bedenken durchgesehen und keinen Anlass zu kartellrechtlichen Beanstandungen gesehen hat.⁵³⁰ Ferner erfolgte die Prüfung des Blockvertrages in der Fassung vom 21.04.60 auf der Grundlage des GWB vom 27. Juli 1957⁵³¹. Das GWB sah in der damaligen Fassung keine Befugnis des Bundeskartellamtes vor, Vereinbarungen von Unternehmen auf der Grundlage des damals geltenden Art. 85 EWG-Vertrag (heute Art. 81 EG) zu prüfen und gegebenenfalls zu untersagen. Insoweit konnte das Bundeskartellamt 1961 keinen Vertrauenstatbestand im Hinblick auf die Anwendung von Vorschriften des EG-Kartellrechts auf den Blockvertrag schaffen. Erst mit der Einführung von § 47 GWB durch die 5. Novelle des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen zum 1.01.90⁵³² erhielt das Bundeskartellamt die Befugnis, nach Art. 85 EWG verbotene Vereinbarungen, Beschlüsse und

⁵²⁸ Haver & Mailänder, Schreiben vom 22.02.06, S. 8 f. und Schreiben vom 28.07.06, S. 102 f., Bl. 481 f.; 3530 f. d.A.

⁵²⁹ BGH WuW/E BGH 2697/2705f. – Golden Toast

⁵³⁰ vgl. zu einer Mitteilung gleichen Inhalts BGH WuW/E BGH 2697/2706 – Golden Toast

⁵³¹ BGBl I 1957 S. 1081

⁵³² BGBl I 1989 S. 2486

abgestimmte Verhaltensweisen zu untersagen. Auch der Umstand, dass in der Folgezeit der Blockvertrag nicht vom Bundeskartellamt aufgegriffen wurde, hat insoweit bei den Lottogesellschaften keinen Vertrauenstatbestand schaffen können. Die Lottogesellschaften haben aufgrund des Unterbleibens einer Untersagungsverfügung gegen die Marktaufteilung keine Vorkehrungen und Maßnahmen für die Zukunft getroffen, die durch eine Untersagung der Marktaufteilung nutzlos werden und so zu einem unzumutbaren Nachteil führen könnten. Vielmehr sind alle Lottogesellschaften ohne Marktaufteilung gleichermaßen in der Lage, ihr Vertriebsgebiet über ihr bisheriges Tätigkeitsgebiet hinaus auszudehnen. Die Lottogesellschaften weder in ihrem Schreiben vom 28.07.06 noch in der Besprechung mit der Beschlussabteilung am 14.08.06 dargetan, dass und ggfls. welche Maßnahmen sie aufgrund der Mitteilung des Bundeskartellamts ergriffen haben.

673. Im Ergebnis stehen Gründe des Vertrauensschutzes einer Untersagung der Marktaufteilung in § 2 Blockvertrag nicht entgegen.

3. Interessenabwägung

674. Im Ergebnis überwiegt das Allgemeininteresse an der Freiheit des Wettbewerbs zwischen den Lottogesellschaften das Interesse am Fortbestand der Marktaufteilung in § 2 Blockvertrag. Bereits wegen der besonderen Schädlichkeit einer Marktaufteilung besteht ein hohes Allgemeininteresse an der Durchsetzung des grundsätzlichen Kartellverbots zum Schutz der Freiheit des Wettbewerbs. Hinzu kommt, dass die Marktaufteilung im vorliegenden Fall den Wettbewerb zwischen den Lottogesellschaften um das Spielangebot, die Konditionen und die Bearbeitungsentgelte erheblich begrenzt und bedeutende Nachteile für die Verbraucher verursacht, welche den Folgen mangelnder Auswahl und fehlenden Preis- und Konditionenwettbewerbs auf den regionalen Glücksspielmärkten ausgesetzt sind, so dass insgesamt ein erhebliches öffentliches Interesse besteht, den Wettbewerb unter den ordnungsrechtlich zugelassenen Lottogesellschaften mit ihrem staatlich verantworteten Glücksspielangebot zu stärken. Das öffentliche Interesse an der Begrenzung der Spielsucht und der Kanalisierung des Spieltriebs wird durch eine Untersagung der Marktaufteilung nicht berührt. Überwiegende Interessen der Lottogesellschaften an der Aufrechterhaltung der Marktaufteilung sind nicht vorgetragen und nicht erkennbar, auf einen Vertrauenstatbestand können sie sich nicht berufen.

IV. VERHÄLTNISSMÄßIGKEIT DER UNTERSAGUNGEN ALS ABSTELLMAßNAHME

675. Nach § 32 Abs. 2 GWB kann das Bundeskartellamt den Unternehmen alle Maßnahmen aufgeben, die für eine wirksame Abstellung der Zuwiderhandlung gegen Art. 81 EG erforderlich und gegenüber dem festgestellten Verstoß verhältnismäßig sind. Die Zuwiderhandlung der Lottogesellschaften gegen Art. 81 EG liegt im Abschluss von § 2 Blockvertrag und in der Durchführung dieser Vereinbarung sowie der sie stützenden und selbst gegen Art. 10 EG i.V.m. Art. 81 EG verstoßenden staatlichen Regelungen.
676. Geeignetes Mittel, diese Zuwiderhandlungen abzustellen, ist die Untersagung von § 2 Blockvertrag und der Durchführung dieser Regelung einschließlich der sie stützenden staatlichen Maßnahmen in § 5 Abs. 3 Lotteriestaatsvertrag, in den Landesgesetzen zum Glücksspielwesen und in den Konzessionen zum Online-Spielangebot im Internet, soweit sie selbst gegen Art. 81 EG i.V.m. Art. 10 EG verstoßen und daher von jeder statli-

chen Behörde außer Anwendung zu lassen sind. Dabei ist es zur wirksamen Abstellung geeignet, den Lottogesellschaften zu untersagen, diese Regelungen durchzuführen und sich bei ihrer wirtschaftlichen Tätigkeit daran zu halten. Als derartige Durchführungsmaßnahmen sind insbesondere zu untersagen die Beschränkung des Internetangebots auf Einwohner des Bundeslandes, in dem sie eine Genehmigung erhalten haben, sowie die Weigerung, über gewerbliche Spielvermittler Spielverträge mit Verbrauchern zu schließen, die ihren Wohnsitz in anderen Mitgliedstaaten der Europäischen Union haben, soweit diese nach dem Recht des Staates, in dem sie ihren Spielauftrag abgegeben haben, rechtmäßig handeln. Nur durch die gemeinsame Untersagung von § 2 Blockvertrag und dessen Durchführung wird der eigenständige Entscheidungsspielraum der Lottogesellschaften bei der Festlegung ihres Vertriebsgebietes in Deutschland und in der Europäischen Union und beim Vertrieb über das Internet wiederhergestellt und die Zuwiderhandlung vollständig beseitigt.

677. Die Untersagung von § 2 Blockvertrag und des Verhaltens der Lottogesellschaften, ihr Vertriebsgebiet unter Beachtung von § 2 Blockvertrag, § 5 Abs. 3 Lotteriestaatsvertrag und den Landesgesetzen zum Glücksspielwesen sowie begrenzter Konzessionen zum Internet-Angebot auf das Gebiet des Bundeslandes zu beschränken, in dem die Lottogesellschaft über eine Genehmigung verfügt, ist als mildestes Mittel erforderlich. Ein milderer, gleich gut zur Abstellung der Zuwiderhandlungen geeignetes Mittel existiert nicht. Ferner sind die Untersagungen im Verhältnis zur Schwere des Verstoßes der bezweckten und bewirkten Marktaufteilung auch verhältnismäßig im eigentlichen Sinne.

V. KEINE AUSSETZUNG DER VOLLZIEHUNG NACH § 65 ABS. 3 S. 2 GWB

678. Die Lottogesellschaften haben angeregt, nach § 65 Abs. 3 S. 2 GWB die Vollziehung der unter B. im Hinblick auf § 2 Blockvertrag ausgesprochen Verfügungen anzuordnen. Sie meinen, der Sofortvollzug stelle eine unbillige Härte dar. Als Begründung tragen sie vor, die Verfügungen brächten sie in eine Konfliktsituation. Sie müssten sich an die ordnungsrechtlichen Vorgaben halten und würden dadurch gegen die Verfügungen verstoßen. Dies könne dazu führen, das die Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts nicht beachtet würden, was das Lotterimonopol der Länder gefährden könne.⁵³³
679. Das Bundeskartellamt hat gemäß § 65 Abs. 3 S. 2 GWB nach pflichtgemäßem Ermessen über die Aussetzung der Vollziehung zu entscheiden. Maßstab ist dabei § 65 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 GWB.⁵³⁴ Hiernach kann die aufschiebende Wirkung angeordnet werden, wenn die sofortige Vollziehung für den Betroffenen eine unbillige, nicht durch überwiegende öffentliche Interessen gebotene Härte zur Folge hätte. Die Entscheidung ist zu treffen durch eine Abwägung zwischen dem öffentlichen Interesse an der sofortigen Vollziehung und dem Interesse des Betroffenen an der Anordnung der aufschiebenden Wirkung.⁵³⁵
680. Die sofortige Vollziehung der Verfügungen zu B. liegt im öffentlichen Interesse, das bei einer Abwägung die Interessen der Lottogesellschaften überwiegt.

⁵³³ Haver & Mailänder, Schreiben vom 28.07.06, S. 148, Bl. 3576 d.A.

⁵³⁴ Kollmorgen in: Langen/Bunte, Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, 10. Aufl., § 65 Rn. 24

⁵³⁵ Kollmorgen in: Langen/Bunte, Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, 10. Aufl., § 65 Rn. 20

681. Erforderlich ist ein in die Zukunft gerichtetes, gewichtiges öffentliches Interesse, welches über das Interesse hinausgeht, das die Untersagungsverfügung selbst rechtfertigt.⁵³⁶ Ein solches Interesse kann in der Erhaltung der Wettbewerbsstrukturen liegen und sich insbesondere aus Gefahren für den Erhalt einer gesunden Marktstruktur ergeben.⁵³⁷
682. Im vorliegenden Fall ist die sofortige Vollziehung im öffentlichen Interesse notwendig. Ohne Sofortvollzug können sich spielinteressierte Verbraucher nicht unmittelbar an eine Lottogesellschaft ihrer Wahl wenden, weil alle Lottogesellschaften ihre Glücksspiele nur in ihrem Heimat-Bundesland anbieten. Ferner können die Lottogesellschaften nicht die Zulassung eines anderen Mitgliedstaates der Europäischen Union dazu nutzen, dort ihr Angebot an gemeinsam in DLTB veranstalteten Lotterien und Sportwetten, darunter insbesondere das Zahlenlotto als Hauptprodukt, eigenständig anzubieten. Hierdurch werden die Märkte für Lotterien und Sportwetten unter den Lottogesellschaften zum Nachteil der spielinteressierten Verbraucher aufgeteilt. Ein derart schwerwiegender Eingriff in den Wettbewerb kann im öffentlichen Interesse nicht bis zu einer möglichen letztinstanzlichen Hauptsacheentscheidung hingenommen werden.
683. Das öffentliche Interesse an der sofortigen Vollziehung überwiegt die Interessen der Lottogesellschaften. Ihr wirtschaftliches Interesse, die Marktaufteilung fortzuführen, ist schon deshalb nicht schutzwürdig, weil es sich dabei um eine besonders schwerwiegende Wettbewerbsverletzung handelt. Die mit dem Lotteriestaatsvertrag verfolgten ordnungsrechtlichen Ziele der Kanalisierung des Spieltriebs und der Wahrung des Jugendschutzes machen, wie oben gezeigt, keine Marktaufteilung der Lottogesellschaften erforderlich und können daher kein im Rahmen der Abwägung zu berücksichtigendes Interesse der Lottogesellschaften begründen.
684. Ferner besteht auch die von den Lottogesellschaften behauptete Gefahr nicht, sie würden von den zuständigen Aufsichtsbehörden zu einem Verhalten gezwungen, das gegen die Verfügungen unter B. verstoße.⁵³⁸
685. Alle staatlichen Maßnahmen, welche die Lottogesellschaften dazu auffordern die unter B. untersagten Zuwiderhandlungen gegen Art. 81 EG zu ergreifen oder fortzuführen, verstoßen selbst gegen Art. 10 EG i.V.m. Art. 81 EG und dürfen von keiner staatlichen Stelle getroffen oder durchgesetzt werden. Damit entfalten derartige staatliche Maßnahmen keine Bindungswirkungen für die Lottogesellschaften. Darüber hinaus wären solche Verwaltungsakte staatlicher Behörden nach § 44 Abs. 2 Nr. 5 VwVfG und nach den entsprechenden Regelungen der Landes-Verwaltungsverfahrensgesetze nichtig und damit nach § 43 Abs. 3 VwVfG bzw. nach den entsprechenden Landesgesetzen unwirksam, weil sie die Begehung einer rechtswidrigen Tat verlangen würden, die einen Bußgeldtatbestand verwirklicht. Der in einem staatlichen Akt angeordnete Fortsetzung der Marktaufteilung würde eine Zuwiderhandlung gegen die sofort vollziehbaren Verfügungen des Bundeskartellamtes zu B. verlangen, nämlich die weitere Beachtung der untersagten Regelung in § 2 Blockvertrag im Geschäftsverkehr. Dies stellt nach § 81 Abs. 2 Nr. 2 lit. a) GWB eine bußgeldbewehrte Ordnungswidrigkeit dar.

⁵³⁶ KG, WuW/E OLG 1497/1497 – AGIP I

⁵³⁷ KG, WuW/E OLG 5132/5133 – Empfehlung Ersatzwagenkostenerstattung

⁵³⁸ Haver & Mailänder, Schreiben vom 28.07.06, S. 148, Bl. 3576 d.A.

686. Die sofortige Vollziehung hat dementsprechend für die Lottogesellschaften keine unbillige, nicht durch überwiegende öffentliche Interessen gebotene Härten zur Folge.

E. RECHTLICHE WÜRDIGUNG DER UMSETZUNG DES REGIONALISIERUNGSSTAATSVETRAGES

687. Die Lottogesellschaften informieren die zuständigen Behörden des Bundeslandes, in dem sie eine Genehmigung haben, getrennt für jede gemeinsame Veranstaltung von Glücksspielen des DLTB über die Summe der Spieleinsätze, die Summe der vereinnahmten Bearbeitungsgebühren sowie über den von gewerblichen Spielvermittlern hierauf entfallenden Anteil und teilen die auf die Spielvermittler entfallende Gewinnausschüttung und Bearbeitungsentgelte mit, damit die Einnahmen der Bundesländer aus der gewerblichen Spielvermittlung nach dem Regionalisierungsstaatsvertrag an die Länder verteilt werden kann, denen sie nach dem Staatsvertrag wirtschaftlich zugerechnet werden.
688. Die Übermittlung dieser Informationen zum Zwecke der Aufteilung der über die gewerblichen Spielvermittler eingenommenen Spieleinsätze durch die Bundesländer verstößt gegen Art. 81 EG sowie gegen § 1 GWB. Die kartellrechtliche Prüfung hat dabei nach Maßgabe von Art. 81 EG zu erfolgen, weil die Übermittlung geeignet ist, den Handel zwischen den Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen, und daher gemäß Art. 3 Abs. 1 der VO (EG) Nr. 1/2003 Art. 81 EG anzuwenden ist. Eine Beurteilung nach § 1 GWB würde zu keinem anderen Ergebnis führen.

I. VORLIEGEN DER TATBESTANDSMERKMALE DES ARTIKEL 81 EG

1. Abgestimmtes Verhalten

689. Die übereinstimmend von allen Lottogesellschaften an die Behörden der Bundesländer durchgeführte Übermittlung von Informationen zu Spieleinsätzen, Bearbeitungsgebühren und Gewinnausschüttungen an gewerbliche Spielvermittler mit dem Ziel, dass diese Einnahmen nach Abzug von 12% der Spieleinsätze unter den Bundesländern aufgeteilt werden, stellt eine abgestimmte Verhaltensweise zwischen Unternehmen im Sinne des Art. 81 EG dar.
690. Wie oben⁵³⁹ dargestellt, sind die Lottogesellschaften Unternehmen im Sinne des Art. 81 Abs. 1 EG.
691. Die Information an die Landesbehörden stellt eine abgestimmte Verhaltensweise der Lottogesellschaften dar. Hierunter fällt jede Form der Koordinierung, bei der bewusst eine praktische Zusammenarbeit an die Stelle des mit Risiken verbundenen Wettbewerbs tritt.⁵⁴⁰ Dabei kann die Koordinierung unmittelbar zwischen den Unternehmen oder mittelbar durch Einschaltung Dritter erfolgen.⁵⁴¹
692. Im vorliegenden Fall arbeiten die Lottogesellschaften mit ihren Meldungen mittelbar über die Bundesländer darin zusammen, den zwischen ihnen bestehenden Wettbewerb um bundeslandübergreifende Spielverträge und

⁵³⁹ Rz. 74 ff.

⁵⁴⁰ Bunte in: Langen/Bunte, Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, 10. Aufl., Art. 81 Rn. 28 mwN

⁵⁴¹ Bunte in: Langen/Bunte, Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, 10. Aufl., Art. 81 Rn. 30 mwN

um die Nachfrage nach den Leistungen bundesweiter gewerblicher Spielvermittler zu begrenzen.

693. Die Lottogesellschaften waren bereits in der Vergangenheit bemüht, den zwischen ihnen durch die gewerbliche Spielvermittlung entstandenen Restwettbewerb auszuräumen. Dies erfolgte zunächst durch einen vollständigen Ausschluss der gewerblichen Spielvermittler von der Spielteilnahme, der vom Bundeskartellamt untersagt wurde. Im Jahr 2002 entwickelte die Arbeitsgruppe E-Commerce des DLTB ein Konzept für die Zusammenarbeit des DLTB mit Fremdportalen im Internet. Das Ziel ihres Auftrags formulierte die Arbeitsgruppe folgendermaßen:
- „[...] Dabei soll das Ziel erreicht werden, die gewerblichen Spielvermittler zugunsten der Marktanteile des DLTB zurückzudrängen und insbesondere die Marke „Lotto“ durch gezielte Marketingmaßnahmen zu stärken [...].“⁵⁴²
694. Nachdem diese Bemühungen auf der Ebene der Lottogesellschaften nicht zum Ergebnis geführt hatten, wurden im Jahr 2004 die Staatsverträge der Bundesländer abgeschlossen. Der Regionalisierungsstaatsvertrag bezweckt dabei einen Ausgleich der wirtschaftlichen Interessen der Bundesländer. Im Wege des Regionalisierungsverfahrens nach den §§ 4 und 5 des Regionalisierungsstaatsvertrages werden 9% der über gewerbliche Spielvermittler eingenommenen Spieleinsätze abzüglich der darauf entfallenden Gewinnausschüttungen sowie die Bearbeitungsgebühr bis zur Höhe von 3% der Spieleinsätze im Verhältnis zu den im regionalen Vertrieb erzielten Einnahmen auf die Länder verteilt.
695. Der damalige Ministerpräsident von Baden-Württemberg erklärte in einer Mitteilung der Landesregierung vom 19. Dezember 2003.⁵⁴³
- „[...] Der Staatsvertrag soll bewirken, dass der Wettbewerb unter den Gesellschaften um die gewerblichen Spielvermittler eliminiert bzw. deutlich vermindert wird. Er stellt sicher, dass der weit überwiegende Teil des Reinertrages an die Herkunftsländer wieder zurückfließt. [...]“
696. Auf der Sitzung der Blockgesellschaften zum Thema „Blockdienstleister“ am 21. Februar 2005 äußerte dementsprechend ein Vertreter von Lotto Berlin unwidersprochen die Auffassung:⁵⁴⁴
- „[...] dass der Regionalisierungsstaatsvertrag zum Ziel habe, die gewerblichen Spielvermittler vom Markt zu verdrängen [...].“
697. Das Interesse der Länder ist dabei auf die Wiederherstellung der ursprünglichen klaren Marktaufteilung unter den Lottogesellschaften im Sinne des Regionalitätsprinzips gerichtet.
698. Die wirtschaftlichen Interessen der Bundesländer bestimmen die Geschäftstätigkeit der Lottogesellschaften, weil sie von ihrem jeweiligen

⁵⁴² B10-167/04 Lotto Hessen, Rheinland-Pfalz und Baden-Württemberg wg. Tipp24; Anlage zum Schreiben von RA Dr. Staebe vom 31.03.05 Band II, Fach 14, Bl. 2846 d.A.

⁵⁴³ Landtag Baden-Württemberg, Drs. 13/2776, S. 1, Bl. 1203 d.A.

⁵⁴⁴ B10-167/04 Lotto Hessen, Rheinland-Pfalz und Baden-Württemberg wg. Tipp24; Anlage zum Schreiben von RA Dr. Staebe vom 7.03.05 Band 8, Niederschrift über die Sitzung der Blockgemeinschaften zum Thema Blockdienstleister am 21.02.05, S. 11, Bl. 2863 d.A.

Bundesland maßgeblich beeinflusst werden⁵⁴⁵ und die Aufgabe haben, Abgaben und Überschüsse für das jeweilige Land zu erwirtschaften.⁵⁴⁶ Wie oben dargestellt verfolgen auch die Lottogesellschaften das Interesse, die Marktaufteilung zu sichern.⁵⁴⁷

699. Zum Erreichen des gemeinsam von den Bundesländern und den Lottogesellschaften verfolgten Zieles, den Wettbewerb der Lottogesellschaften zu eliminieren bzw. zu vermindern, melden die Lottogesellschaften an ihre jeweiligen Bundesländer Spieleinsätze, Bearbeitungsgebühren und Gewinnausschüttungen an gewerbliche Spielvermittler, damit die Bundesländer ihre aus § 3 Regionalisierungsstaatsvertrag resultierende Pflicht erfüllen können, diese Informationen zum Zwecke der Regionalisierung der zuständigen Stelle des Freistaates Bayern zu übermitteln. Erst die Informationen der Lottogesellschaften machen daher die Regionalisierung möglich.

2. Wettbewerbsbeschränkung

700. Die Information der Landesbehörden zum Zwecke der Regionalisierung der Spieleinnahmen aus gewerblicher Spielvermittlung bezweckt und bewirkt eine Einschränkung des Wettbewerbs der Lottogesellschaften auf dem Markt für Lotterien und auf dem Nachfragemarkt für die Leistungen nach bundesweiter gewerblicher Spielvermittlung.

2.1 Bezweckte Wettbewerbseinschränkung

701. Die Lottogesellschaften vertreiben ihre Lotterien aufgrund des Regionalitätsprinzips nur innerhalb des jeweiligen Bundeslandes aktiv.⁵⁴⁸ Mit der Tätigkeit gewerblicher Spielvermittler, die nicht an das Regionalitätsprinzip gebunden sind, eröffnete sich den Landeslottogesellschaften zusätzlich die Möglichkeit, bundeslandübergreifende Spielverträge abzuschließen und neue Kunden in anderen Bundesländern zu akquirieren. Wie oben dargestellt, soll der Regionalisierungsstaatsvertrag diesen Wettbewerb der Lottogesellschaften ausschalten bzw. begrenzen⁵⁴⁹ und bezweckt daher eine Einschränkung des Wettbewerbs durch Sicherung der Marktaufteilung zwischen den Lottogesellschaften durch das Regionalitätsprinzip.

2.2 Bewirkte Wettbewerbsbeschränkung

702. Die Meldung der Lottogesellschaften ermöglicht die Verteilung der Spieleinnahmen aus der gewerblichen Spielvermittlung unter den Bundesländern und bewirkt damit eine mittelbare Beschränkung des Wettbewerbs.
703. Durch die Regionalisierung der über gewerbliche Spielvermittler eingenommenen Spieleinsätze und Bearbeitungsgebühren wird der Anbieterwettbewerb auf dem Markt für Lotterien sowie der Nachfragerwettbewerb der Landeslottogesellschaften um die gewerbliche Spielvermittlung begrenzt.
704. Die Beschränkung des Anbieterwettbewerbs ergibt sich daraus, dass mit den Informationen eine Aufteilung der Einnahmen aus gewerblicher Spielvermittlung entsprechend dem Umfang der sonstigen Einnahmen vorge-

⁵⁴⁵ § 5 Abs. 2 Lotteriestaatsvertrag

⁵⁴⁶ Absatz II S. 1 Präambel des Blockvertrages

⁵⁴⁷ siehe oben Rz. 693 ff.

⁵⁴⁸ siehe hierzu oben Rz. 530

⁵⁴⁹ siehe oben Rz. 695 ff.

nommen wird. Die den Ländern zugeteilten Quoten bilden dabei die bestehende regionale Marktaufteilung unter den Lottogesellschaften ab. Die Lottogesellschaften als maßgeblich von den Bundesländern kontrollierte Unternehmen berücksichtigen bei ihrer Tätigkeit die wirtschaftlichen Interessen der hinter ihnen stehenden Bundesländer, für die sie Abgaben und Überschüsse zu erwirtschaften haben.⁵⁵⁰ Aufgrund der „Regionalisierung“ der von Spielern aus anderen Bundesländern stammenden Spieleinnahmen, kommen die Spieleinsätze dem Land zugute, aus dem der Spielinteressent stammt. Hierdurch wird der Anreiz für die Lottogesellschaften, bundeslandübergreifende Lotterieverträge mit Verbrauchern zu schließen, begrenzt.

705. Ferner wird der Nachfragewettbewerb begrenzt, indem das wirtschaftliche Interesse der Länder an der Entgegennahme von Spieldaufträgen, die von gewerblichen Spielvermittler akquiriert wurden, bei der Durchführung der Regionalisierung auf maximal 12% der Spieleinsätze beschränkt wird. Darüber hinausgehende Einnahmen aus gewerblicher Spielvermittlung werden nach den regionalen Umsätzen aufgeteilt. Dies hat zur Folge, dass die Lottogesellschaften auch nicht mehr als 12% der Spieleinsätze an gewerbliche Spielvermittler an Provision zahlen, weil sie ansonsten für die überregionale Akquisition mehr aufwenden würden, als den Ländern aufgrund der Regionalisierung ohnehin an Erlös zufließt. Dies hat Auswirkung auf die Ausgestaltung der Verträge der Landeslottogesellschaften mit gewerblichen Spielvermittlern. Obwohl den Landeslottogesellschaften durch den Regionalisierungsstaatsvertrag keine bestimmten Obergrenzen für die Provisionszahlungen vorgeschrieben werden, berücksichtigen sie diese Begrenzung über die wirtschaftlichen Interessen der Bundesländer. Die Lottogesellschaften bestätigen, dass der Regionalisierungsstaatsvertrag dazu dient, die Verdienstmöglichkeiten der gewerblichen Spielvermittler zu begrenzen.⁵⁵¹
706. Mit der Begrenzung der Gewinnmöglichkeiten der Spielvermittler wird außerdem der Entwicklung des Marktes für gewerbliche Spielvermittlung und dem hierdurch erzeugten Wettbewerb im DLTB Schranken gesetzt und die mit dem Regionalitätsprinzip bestehende räumliche Marktaufteilung unter den Lottogesellschaften gestützt.

3. Spürbarkeit

707. Die Wettbewerbsbeschränkung ist spürbar, da die Lottogesellschaften, wie oben dargestellt, auf den regionalen Märkten für Lotterien Marktanteile von über 80%⁵⁵² und auch die Marktanteile der Lottogesellschaften auf dem bundesweiten Markt für die gewerbliche Vermittlung von Gewinnspielen liegen über der von der Kommission angenommenen Bagatellgrenze mit einem gemeinsamen Marktanteil von 10%.⁵⁵³, so dass eine Beschränkung des zwischen ihnen bestehenden ohnehin geringen Wettbewerbs spürbar ist.

4. Spürbare Beschränkung des Handels zwischen Mitgliedstaaten

708. Die hierdurch entstehende bundesweite Beschränkung des Wettbewerbs ist auch geeignet, den Handel zwischen Mitgliedstaaten spürbar zu beein-

⁵⁵⁰ Absatz II S. 1 Präambel des Blockvertrages

⁵⁵¹ Haver & Mailänder, Schreiben vom 28.07.06, S. 105, Bl. 3533 d.A.

⁵⁵² siehe oben Rz. 227

⁵⁵³ siehe oben Rz. 390

trächtigen, weil hierdurch der Anreiz für gewerbliche Spielvermittler aus anderen EU-Staaten verringert wird, in Deutschland ihre Dienstleistungen anzubieten und grenzüberschreitende Lotterieverträge mit Verbrauchern aus anderen Mitgliedstaaten zu vermitteln. Dadurch wird zugleich der Angebotswettbewerb der Lottogesellschaften um Spielinteressenten aus anderen EU-Staaten verringert. Diese Beschränkung des innergemeinschaftlichen Handels erfasst ganz Deutschland und ist damit auch spürbar.

5. Artikel 81 Absatz 3 EG

709. Eine Freistellung nach Art. 81 Abs. 3 EG kommt nicht in Betracht. Zum einen ist nicht ersichtlich, inwieweit die Informationen zum Zwecke der Regionalisierung unter angemessener Partizipation des Verbrauchers zu einer Verbesserung der Warenerzeugung oder -verteilung führen könnte, weil die Regionalisierung durch einen Finanzausgleich den Zustand herstellen soll, der bei wirksamer Marktaufteilung bestanden hätte, die ihrerseits gegen Art. 81 Abs. 1 lit. c) EG verstößt.

6. Artikel 86 Absatz 2 EG

710. Die Verhaltensweise ist ferner nicht nach Art. 86 Abs. 2 EG gerechtfertigt. Es kann offengelassen werden, ob die Übertragung der Sicherstellung eines ausreichenden Glückspielangebots als ordnungsrechtliche Aufgabe an die Länder durch Art. 5 Abs. 1 des Lotteriestaatsvertrages als Vertrauensakt ausreicht, da jedenfalls nicht festgestellt werden kann, dass eine Anwendung des Art. 81 Abs. 1 EG auf die Beschränkung des Angebots- und des Nachfragewettbewerbs durch den Regionalisierungsstaatsvertrag die Erfüllung der den Ländern bzw. den Lottogesellschaften obliegenden ordnungsrechtlichen Aufgabe rechtlich oder tatsächlich verhindert.
711. Da Art. 86 Abs. 2 EG eine eng auszulegende Ausnahmvorschrift darstellt, müsste der Ausschluss des Wettbewerbsrechts zur Erfüllung der übertragenen Gemeinwohlaufgabe zwingend erforderlich sein.⁵⁵⁴ Ein Konflikt zwischen Wettbewerbsrecht und Aufgabenerfüllung wäre hier allenfalls darin zu sehen, dass die gewerbliche Spielvermittlung ein Wettbewerbsverhalten der Landeslottogesellschaften hervorrufen könnte, das übermäßige Spielanreize setzen könnte bzw. selbst durch aggressives Werbeverhalten die ordnungsrechtliche Zielsetzung der staatlichen Glücksspielveranstaltung unterlaufen könnte. Geeignetes Mittel zur Beseitigung dieses Konflikts sind ordnungsrechtliche Aufsichtsmaßnahmen, wie sie z. B. § 14 des Lotteriestaatsvertrages für gewerbliche Spielvermittler vorsieht. Selbst wenn man eine Beschränkung des Wettbewerbs ebenfalls als geeignetes Mittel zur Erreichung der ordnungsrechtlichen Ziele ansehen wollte, wäre sie angesichts der wettbewerbsrechtlich neutralen Möglichkeit der Konfliktbeseitigung jedenfalls nicht als mildestes Mittel erforderlich. Zudem bedienen sich die Länder der Lottogesellschaften zur Wahrnehmung ihrer ordnungsrechtlich motivierten Tätigkeit im Bereich des Glücksspiels und behalten sich einen entsprechenden Einfluss auf sie vor. Bereits vor diesem Hintergrund erscheint es nicht erforderlich, eventuellen ordnungsrechtlich bedenklichen Auswirkungen des Wettbewerbs durch dessen Ausschaltung vorzubeugen.

⁵⁵⁴ Calliess-Ruffert/Jung, „Kommentar zu EU-Vertrag und EG-Vertrag“, 2. Aufl. 2002, Art. 86 EG Rn. 37.

7. Teilergebnis

712. Die Information der Landesbehörden durch die Lottogesellschaften zum Zwecke der Aufteilung der aus der gewerblichen Spielvermittlung eingenommenen Spieleinsätze und Bearbeitungsentgelte führt damit zur Sicherung der gegen Art. 81 Abs. 1 lit. c) EG verstoßende Marktaufteilungsvereinbarung der Lottogesellschaften.

II. KEINE UNTERBRECHUNG DER KAUSALITÄT DURCH DEN REGIONALISIERUNGSSTAATSVERTRAG

713. Gegen den Verstoß gegen Art. 81 Abs. 1 EG kann nicht eingewandt werden, es fehle aufgrund der Regelung in §§ 3, 4 Regionalisierungsstaatsvertrag an der Kausalität zwischen der Information der Landesbehörden und der Wettbewerbsbeeinträchtigung. Die erforderliche Kausalität wird hierdurch nicht aufgehoben. Diese hoheitlichen Regelungen beschränken den Handlungsspielraum der DLTB-Gesellschafter bei europarechtskonformer Anwendung nicht darin, den Landesbehörden keine Informationen über die Einnahmen aus gewerblicher Spielvermittlung zu übermitteln.

714. Soweit der Regionalisierungsstaatsvertrag oder darauf gestützte Maßnahmen der Bundesländer den Lottogesellschaften vorgeben, dass sie die zuständigen Landesbehörden über Spieleinsätze, Bearbeitungsgebühren und Gewinnausschüttungen an gewerbliche Spielvermittler zu informieren haben, verstößt diese Verpflichtung der Lottogesellschaften gegen Art. 81 EG i.V.m. Art. 10 EG und ist aufgrund des Vorrangs des Gemeinschaftsrecht vor nationalem Recht⁵⁵⁵ auch bei der Prüfung eines Verstoßes der Gesellschafter des DLTB gegen Art. 81 EG außer Anwendung zu lassen.

1. Verstoß gegen Artikel 81 EG i.V.m. Artikel 10 EG

715. Der Regionalisierungsstaatsvertrag stellt einen Verstoß gegen Art. 81 Abs. 1 EG i. V. m. Art. 10 EG dar, weil von den Bundesländern hierdurch eine Verstärkung der in § 2 Blockvertrag vereinbarten Marktaufteilung unter den Lottogesellschaften bewirkt und bezweckt wird.

1.1 Anwendbarkeit von Artikel 81 EG

716. Die Anwendung der wettbewerblichen Vorschriften des EGV setzt grundsätzlich voraus, dass es sich bei den zu beurteilenden Maßnahmen um solche von Unternehmen (Art. 81, 82 EG) oder von Unternehmensvereinigungen (Art. 81 EG) i. S. d. Vertrages handelt. Nach ständiger Rechtsprechung umfasst der Begriff des Unternehmens jede natürliche und juristische Person in ihrer selbständigen, auf den Austausch von Waren oder Dienstleistungen gerichteten erwerbswirtschaftlichen Tätigkeit, wobei es auf ihre Rechtsform und die Art der Finanzierung nicht ankommt. Wesentlich für die unternehmerische Tätigkeit ist das Erbringen einer wirtschaftlichen Leistung gegen Entgelt. Jede Tätigkeit, die darin besteht, Güter oder Dienstleistungen auf einem bestimmten Markt zu erbringen, ist eine wirtschaftliche Tätigkeit.⁵⁵⁶ Die Ausübung hoheitlicher Befugnisse ist hingegen nicht wirtschaftlich.⁵⁵⁷ Der Europäische Gerichtshof bedient sich insofern eines funktionalen Unternehmensbegriffs. Wenn eine Organisati-

⁵⁵⁵ siehe hierzu oben Rz. 579

⁵⁵⁶ EuGH, Rs. C-475/99, Slg. 2001, I-8089, 8145 (Rn. 19) – Ambulanz Glöckner.

⁵⁵⁷ EuGH, Rs.C-364/92, Slg. 1994, I-43, 63 f. (Rn. 30) – Eurocontrol; Bunte in: Langen/Bunte, Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, Art. 81, Rn. 8

on sowohl hoheitlichen als auch wirtschaftlichen Tätigkeiten nachgeht, ist für jede einzelne Funktion zu entscheiden, ob Art. 81 EG zur Anwendung kommt.⁵⁵⁸

717. Bei der Veranstaltung und Durchführung von Glücksspielen kommt den Bundesländern in Deutschland eine Doppelfunktion zu. Sie üben zum einen aufgrund ihrer Gesetzgebungszuständigkeit für das Ordnungsrecht (Art. 70 Abs. 1 GG) die Lotteriehochheit aus, die ihnen nach Auffassung des BGH nur die alleinige Befugnis zuweist, in ihrem Hoheitsgebiet den rechtlichen Rahmen für Glücksspiele und Sportwetten festzulegen und auf dieser Grundlage über die Zulassung privater Anbieter zu bestimmen.⁵⁵⁹ Zum anderen sind sie unmittelbar oder mittelbar über ihre Lottogesellschaften selbst als Anbieter von Lotterien und Sportwetten tätig. Hierbei handelt es sich - wie bereits ausgeführt - um die entgeltliche Vermarktung von Glücksspielen auf rein privatrechtlicher Basis, die als wirtschaftliche Tätigkeit zu bewerten ist.
718. Der Regionalisierungsstaatsvertrag findet aufgrund seiner rein wirtschaftlichen Zielsetzung keine Grundlage in der ordnungsrechtlichen Lotteriehochheit der Länder. Die Länder handeln insoweit auch nicht im Rahmen der ihnen zustehenden verfassungsrechtlichen Befugnisse. Zwar erfasst die Regionalisierung auch die von den Ländern aufgrund der gewerblichen Spielvermittlung eingenommene Lotteriesteuer. Anders als etwa beim Länderfinanzausgleich (Art. 106, 107 GG) werden aber nicht nur Steuereinnahmen, sondern insbesondere Einnahmen aus der Veranstaltung von Lotterien und Sportwetten einvernehmlich aufgeteilt. Diese Einnahmen der Länder entstammen einer zwar ordnungsrechtlich motivierten, aber privatwirtschaftlich durchgeführten und gewinnorientierten Tätigkeit, die der Anwendung des Wettbewerbsrechts unterliegt. Vor dem Hintergrund der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Beschränkung des durch die gewerbliche Spielvermittlung entstehenden Restwettbewerbs durch privatrechtliche Vereinbarungen haben sich die Länder hier dennoch der Gesetzesform bedient, um eine einvernehmliche Verteilung der Einnahmen aus gewerblicher Spielvermittlung sowie eine Beschränkung der an gewerbliche Spielvermittler gezahlten Provisionen zu erreichen. Sie haben damit zwar in unternehmerischer Funktion, aber in hoheitsrechtlicher Form gehandelt.
719. Nach ständiger Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs verbietet es Art. 10 EG i. V. m. Art. 81, 82 EG den Mitgliedstaaten, Maßnahmen, auch in Form von Gesetzen oder Verordnungen zu treffen oder beizubehalten, welche die praktische Wirksamkeit der für die Unternehmen geltenden Wettbewerbsregeln aufheben könnten. Eine Verletzung der Art. 10 EG und 81 EG liegt insbesondere vor, wenn ein Mitgliedstaat gegen Art. 81 EG verstoßende Kartellabsprachen vorschreibt oder erleichtert oder die Auswirkungen solcher Absprachen verstärkt oder wenn er seiner eigenen Regelung dadurch ihren staatlichen Charakter nimmt, dass er die Verantwortung für in die Wirtschaft eingreifende Entscheidungen privaten Wirtschaftsteilnehmern überträgt.⁵⁶⁰ Im vorliegenden Fall verstärkt der Regionalisierungsstaatsvertrag die Wirkungen der in § 2 Blockvertrag von

⁵⁵⁸ EuGH, Rs. C-41/90, Slg. 1991 I-1979, 2016 (Rn. 21) – Höfner und Elser; Rs. C-475/99, Slg. 2001, I-8089, 8145 f. (Rn. 18 ff.) – Ambulanz Glöckner. In Frage stand in diesen Verfahren das unternehmerische Handeln des Arbeitsamtes bzw. der Stadt Trier.

⁵⁵⁹ BGH, Beschluss v. 9.3.1999, WuW/E DE-R, 289/293 - Lottospielgemeinschaft.

⁵⁶⁰ EuGH, Rs. C-198/01, Urt. v. 9.9.2003 (Rn. 46) - Consorzio Industrie Fiammiferi (CIF).

den Lottogesellschaften als Unternehmen getroffenen Marktaufteilung des Marktes für Lotterien sowie die damit vereinbarte Einschränkung des Nachfragewettbewerbs um die Leistungen gewerblicher Spielvermittler⁵⁶¹.

1.2 Wettbewerbsbeschränkung

720. Der Regionalisierungsstaatsvertrag bezweckt und bewirkt eine Einschränkung des Wettbewerbs der Lottogesellschaften auf dem Markt für Lotterien und auf dem Nachfragemarkt für die Leistungen nach bundesweiter gewerblicher Spielvermittlung.

1.2.1 Bezweckte Wettbewerbseinschränkung

721. Wie oben dargestellt, bezwecken die Bundesländer mit dem Lotteriestaatsvertrag eine weitgehende Bereinigung und Eindämmung des Marktes für gewerbliche Spielvermittlung und hierdurch die Sicherung der räumlichen Aufteilung des Marktes für Lotterien. Die Bundesländer haben den Regionalisierungsstaatsvertrag mit dem Ziel abgeschlossen, den Wettbewerb der Lottogesellschaften um gewerbliche Spielvermittler deutlich zu vermindern bzw. zu eliminieren und sicher zu stellen, dass der weit überwiegende Teil des Reinertrages wieder an die Herkunftsländer zurückfließt.⁵⁶² So hat Baden-Württemberg massiv auf diese Regionalisierung gedrängt und erwartete dadurch Mehreinnahmen in Höhe von rund 10 Mio. € aus dem Reinertrag sowie in Höhe von rund 1 oder 1,5 Mio. € aus dem Lotteriesteueraufkommen.⁵⁶³ Bayern hat im Haushaltsplan 2005/2006 für 2005 Einnahmen durch die Regionalisierung auf der Grundlage des Regionalisierungsstaatsvertrages in Höhe von 5 Mio. € veranschlagt, die 2006 auf 10 Mio. € steigen sollen.⁵⁶⁴

722. Der Haushaltsplan Mecklenburg-Vorpommerns weist für 2006/2007 Einnahmen aus Überschüssen der Staatslotterien Lotto und Toto für 2004 von rund 23 Mio. € sowie steigende Ansätze für die Folgejahre bis 2006 (Ansatz: 25,1 Mio. €) aus⁵⁶⁵, die an den Landeshaushalt abgeführt werden.⁵⁶⁶ In Hamburg flossen 2005 von Lotto Hamburg 85,1 Mio. € in den Haushalt der Freien und Hansestadt Hamburg, davon 48,1 Mio. € Überschuss und 37 Mio. € Lotteriesteuer.⁵⁶⁷ Dabei werden die von Lotto Hamburg abgelieferten Einnahmen von den Freien und Hansestadt Hamburg

⁵⁶¹ zur Marktaufteilung siehe oben Rz. 542 ff.

⁵⁶² Mitteilung der Landesregierung Baden-Württemberg vom 19. Dezember 2003 – Information über die Staatsvertragsentwürfe; hier: Entwurf des Staatsvertrages über die Regionalisierung von Teilen der von den Unternehmen des Deutschen Lotto- und Totoblocks erzielten Einnahmen, Landtag von Baden-Württemberg, Drucksache 13/2776, S. 1, Bl. 1203 d.A.

⁵⁶³ Beschlussempfehlung und Bericht des Finanzausschusses zur der Mitteilung der Landesregierung vom 19. Dezember 2003 – Drucksache 13/2776, Landtag von Baden-Württemberg, Drucksache 13/2827, S. 2, Bl. 1209 d.A.

⁵⁶⁴ Freistaat Bayern, Haushaltsplan 2005/2006, Einzelplan 13, Erläuterungen zu 13 05/123 01, S. 95, Bl. 2471 d.A., veröffentlicht im Internet:

http://www.stmf.bayern.de/haushalt/staatshaushalt_2005/haushaltsplan/epl13.pdf

⁵⁶⁵ Haushaltsplan 2006/2007 Mecklenburg-Vorpommern, Einzelplan 11, 1111 Sonstige allgemeine Einnahmen und Ausgaben, Titel 123.02, S. 54; Bl. 1232 d.A.

⁵⁶⁶ Haushaltsplan 2006/2007 Mecklenburg-Vorpommern, Einzelplan 11, 1111 Sonstige allgemeine Einnahmen und Ausgaben, Erläuterungen zu Titel 123.02, S. 55, Bl. 1233 d.A.

⁵⁶⁷ Presseinformation von Lotto Hamburg vom 3.05.06, veröffentlicht im Internet:

http://www.lotto-hh.de/nlthportal/media/presse/archiv/2006/4-2006_neue_CI.pdf;jsessionid=071A688396DFE1B5C5A5B6A55866C545.infocus2a; Bl. 2116 Rückseite d.A.

im Haushaltsplan als Einnahmen aus wirtschaftlicher Tätigkeit und Vermögen verbucht, nicht aber als Steuern oder steuerähnliche Abgaben.⁵⁶⁸

723. Das Ziel der Marktaufteilung ergibt sich aus den Regelungen in § 1 und § 2 Regionalisierungsstaatsvertrag. Nach § 1 des Regionalisierungsstaatsvertrages verpflichten sich die Länder, Einnahmen aus gewerblicher Spielvermittlung denjenigen Ländern zukommen zu lassen, denen sie wirtschaftlich zuzurechnen sind. In den Erläuterungen zum Regionalisierungsstaatsvertrag (A. Allgemeines) führen die Länder hierzu aus:

„[...] Die Unternehmen des DLTB haben an das Land ihrer Niederlassung nach den Bestimmungen der ihnen erteilten Erlaubnisse einen erheblichen Anteil ihrer Einnahmen aus den von ihnen veranstalteten Glücksspielen abzuführen. Die Einnahmen können durch einzelne Personen, die außerhalb ihres Bundeslandes an den zuvor genannten Glücksspielen teilnehmen, nur unbeachtlich beeinflusst werden. Unternehmen, die Spielteilnehmer in deren Auftrag an einzelne Veranstalter vermitteln (gewerbliche Spielvermittler) können jedoch bewirken, dass sich die Einnahmen zu Gunsten des jeweils bevorzugten Unternehmen des DLTB bzw. des Landes ihrer Niederlassung verschieben. Diesen Auswirkungen der Tätigkeiten gewerblicher Spielvermittler soll auf der Grundlage eines Staatsvertrages durch Ausgleichszahlungen zwischen den Ländern entgegengewirkt werden [...]“

724. Die Festlegung einer Pauschale, die den Ländern für die Verprovisionierung der gewerblichen Spielvermittler verbleibt, und die gem. § 4 Abs. 1 S. 2 , § 6 des Regionalisierungsstaatsvertrages fortlaufend weiter gesenkt werden soll, ergibt in diesem Zusammenhang nur einen Sinn, wenn damit eine grundsätzliche Einigung auf die maximale Provisionshöhe und damit auf eine Eindämmung des Wettbewerbs der Lottogesellschaften um die Vermittlungsleistung über den durch die Regionalisierung erreichten Ausgleich hinaus erreicht werden soll.

725. Die in der Ausschaltung des Restwettbewerbs zwischen den Lottogesellschaften liegende Zielsetzung des Regionalisierungsstaatsvertrages wird auch dadurch bestätigt, dass die Herkunft der Spieler nicht das wesentliche Kriterium für die Aufteilung der Einnahmen darstellt. In den Erläuterungen zu § 2 des Regionalisierungsstaatsvertrages (Gewerbliche Spielvermittlung) führen die Länder aus:

„[...] Die Definition der gewerblichen Spielvermittlung ist weit gefasst. Sie schließt alle Spielvermittler ein, unabhängig davon, ob sie Spieler aus mehreren Ländern oder nur aus dem Land vermitteln, in dem die Spielumsätze getätigt werden [...]“

726. Zum anderen sehen die Länder selbst den Regionalisierungsstaatsvertrag als Einverständnis zum überregionalen Vertrieb i. S. d. § 5 Abs. 3 des Lotteriestaatsvertrages an. In den Erläuterungen zu § 5 des Lotteriestaatsvertrages heißt es:

„[...] Da das Regionalitätsprinzip Ausfluss der ordnungsrechtlichen Zuständigkeit der Länder ist, stellt die Bestimmung klar,

⁵⁶⁸ Freie und Hansestadt Hamburg, Finanzbericht 2004, Anlage 1.5, S. 7, veröffentlicht im Internet unter:

<http://fhh.hamburg.de/stadt/Aktuell/behoerden/finanzbehoerde/haushalt/haushalt-2004/finanzbericht-2004.property=source.pdf>; Bl. 2458 d.A.

dass das Verbot des länderübergreifenden Tätigwerdens nicht gilt, wenn das betroffene Land mit dem Tätigwerden einverstanden ist. [...] Ein solches Einverständnis stellt auch der ‚Staatsvertrag über die Regionalisierung von Teilen der von den Unternehmen des Deutschen Lotto- und Totoblocks erzielten Einnahmen‘ dar [...]“.

727. Selbst wenn man dem ordnungsrechtlichen Regionalitätsprinzip also Konsequenzen für die wirtschaftliche Tätigkeit der Länder beimessen wollte, wäre es für die Zusammenarbeit mit gewerblichen Spielvermittlern folglich nicht entscheidender Maßstab ihres Handelns.
728. Die Umverteilung der Einnahmen aus diesem Vertriebsbereich nach dem Verhältnis der sonstigen Einnahmen der Länder aus Lotterie- und Glücksspielen bewirkt eine Aufteilung des Marktes i. S. d. Art. 81 Abs. 1 lit. c) EG, welche die regional marktbeherrschenden Stellungen der Bundesländer bei der Veranstaltung von Lotterie- und Glücksspielen festigt. Indem den Ländern lediglich ein nach oben begrenzter Betrag überlassen wird, von dem Provisionszahlungen an die gewerblichen Spielvermittler bestritten werden können, werden durch den Staatsvertrag zudem die Ankaufspreise für die Vermittlungsleistung i. S. d. Art. 81 Abs. 1 lit. a) EG mittelbar festgesetzt.
729. Der Regionalisierungsstaatsvertrag bezweckt daher eine Beschränkung des Wettbewerbs der Lottogesellschaften um die Spieleinsätze aus gewerblicher Spielvermittlung und eine Absicherung der Marktaufteilung unter den Lottogesellschaften, die zu gesicherten Einnahmen der Bundesländer aus Lotterien führt sowie eine Begrenzung der Vermittlungsprovisionen.

1.2.2 Bewirkte Wettbewerbseinschränkung

730. Außerdem wird, wie oben gezeigt,⁵⁶⁹ durch den Regionalisierungsstaatsvertrag eine Wettbewerbseinschränkung bewirkt. Durch die Regionalisierung der über gewerbliche Spielvermittler eingenommenen Spieleinsätze und Bearbeitungsentgelte wird der Anbieterwettbewerb auf dem Markt für Lotterien sowie der Nachfragewettbewerb der Landeslottogesellschaften um die gewerbliche Spielvermittlung begrenzt.
731. Sofern entsprechend der im § 6 des Regionalisierungsstaatsvertrages vorgesehenen Revisionsklausel weitere substanzielle Absenkungen der Pauschale nach § 4 Abs. 1 S. 2 des Regionalisierungsstaatsvertrages vorgenommen werden, ist zu erwarten, dass die Existenz des Marktes für die bundesweite gewerbliche Spielvermittlung insgesamt gefährdet ist. In diesem Zusammenhang ist zu berücksichtigen, dass gewerbliche Spielvermittler durch §14 Abs. 3 i. V. m. § 18 S. 2 des Lotteriestaatsvertrages seit dem 1. Juli 2005 verpflichtet sind, mindestens zwei Drittel der von den Spielern vereinnahmten Beträge für die Teilnahme am Spiel an den Veranstalter weiterzuleiten, so dass auch der Finanzierung über Serviceentgelte enge Grenzen gesetzt sind.
732. Der wettbewerbsbeschränkende Effekt des Regionalisierungsstaatsvertrages hat sich bereits in einer deutlichen Absenkung der für Spielvermittlung gezahlten Provisionen ausgewirkt. Während im Jahr 2003 an gewerbliche Spielvermittler im Durchschnitt ein Provisionssatz von 8,02%

⁵⁶⁹ siehe Rz. 703 ff.

der Spieleinnahmen gezahlt wurde, beträgt der Satz nach Inkrafttreten des Regionalisierungsstaatsvertrages nur noch ca. 7,4 % der Spieleinnahmen. Insbesondere hohe Provisionssätze im zweistelligen Bereich (z. B. 19,9% bzw. 11,6% der Spieleinsätze) wurden auf den Durchschnitt zurückgeführt.⁵⁷⁰

1.3 Spürbarkeit

733. Die Wettbewerbsbeschränkung ist spürbar, da der Staatsvertrag alle Einnahmen der Lottogesellschaften aus gewerblicher Spielvermittlung betrifft, und die Marktanteile der Lottogesellschaften auf dem bundesweiten Markt für die gewerbliche Vermittlung von Gewinnspielen Marktanteile oberhalb der von der Kommission angenommenen Bagatellgrenze liegen.⁵⁷¹ Gleiches gilt für die Wettbewerbsbeschränkung auf den regionalen Märkten für Lotterien.⁵⁷²

1.4 Spürbare Beschränkung des Handels zwischen Mitgliedstaaten

734. Die hierdurch entstehende bundesweite Beschränkung des Wettbewerbs ist ferner geeignet, den Handel zwischen Mitgliedstaaten spürbar zu beeinträchtigen.⁵⁷³

1.5 Ergebnis

735. Der Regionalisierungsstaatsvertrag verstärkt die Marktaufteilung der Lottogesellschaften nach § 2 Blockvertrag, indem er eine Aufteilung der über gewerbliche Spielvermittler eingezahlte Spieleinnahmen unter den Ländern nach dem Verhältnis der sonstigen Spieleinnahmen vorsieht und die an gewerbliche Spielvermittler zu zahlende Höchstprovision festlegt.

2. Artikel 81 Absatz 3 EG

736. Eine Freistellung nach Art. 81 Abs. 3 EG kommt nicht in Betracht. Zum einen ist nicht ersichtlich, inwieweit die Regionalisierung unter angemessener Partizipation des Verbrauchers zu einer Verbesserung der Warenerzeugung oder -verteilung führen könnte. Die Ersparnisse der Bundesländer aufgrund der Absenkung der Provisionshöhe stellen subjektive Vorteile dar, die sich aus der Ausübung von Marktmacht ergeben. Solche Vorteile sind im Rahmen des Art. 81 Abs. 3 EG nicht berücksichtigungsfähig.⁵⁷⁴ Die Kanalisierung und Eindämmung des Glücksspiels sind ordnungsrechtliche Zielsetzungen, die vom Regionalisierungsstaatsvertrag ersichtlich nicht verfolgt werden und in den Kategorien des Art. 81 Abs. 3 EG auch keine Berücksichtigung finden. Zum anderen eröffnet der Regionalisierungsvertrag - insbesondere im Hinblick auf die in der Revisionsklausel (§ 7 des Regionalisierungsvertrages) geplanten weiteren Absenkungen der den Ländern überlassenen Einnahmen aus gewerblicher Spielvermittlung – die Möglichkeit, den Nachfragewettbewerb für diese Dienstleistung vollständig auszuschalten (Art. 81 Abs. 3 S. lit. b EG).

⁵⁷⁰ Ermittlungsergebnis im Zusammenschlussverfahren B 10-167/04 zur Übernahme von Tipp 24 durch Lotto Hessen, Lotto Rheinland-Pfalz und Lotto Baden-Württemberg.

⁵⁷¹ siehe oben Rz. 390

⁵⁷² siehe oben Rz. 227

⁵⁷³ siehe oben Rz. 708

⁵⁷⁴ Bekanntmachung der Kommission, Leitlinien zur Anwendung von Artikel 81 Absatz 3 EG-Vertrag, ABl. C 101 v. 27.4.2004, S. 97 ff., Ziff. 49.

3. Artikel 86 Absatz 2 EG

737. Der Regionalisierungsstaatsvertrag ist ferner nicht nach Art. 86 Abs. 2 EG gerechtfertigt. Es kann dabei offen bleiben, ob die Lottogesellschaften bzw. in analoger Anwendung des Art. 86 Abs. 2 EG die Länder als Unternehmen anzusehen, die mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse betraut sind, weil jedenfalls nicht festgestellt werden kann, dass eine Anwendung des Art. 81 Abs. 1 EG auf die Beschränkung des Angebots- und des Nachfragewettbewerbs durch den Regionalisierungsstaatsvertrag die Erfüllung der den Ländern bzw. den Lottogesellschaften obliegenden ordnungsrechtlichen Aufgabe rechtlich oder tatsächlich verhindert.
738. Da Art. 86 Abs. 2 EG eine eng auszulegende Ausnahmenvorschrift darstellt, müsste der Ausschluss des Wettbewerbsrechts zur Erfüllung der übertragenen Gemeinwohlaufgabe zwingend erforderlich sein.⁵⁷⁵ Ein Konflikt zwischen Wettbewerbsrecht und Aufgabenerfüllung ist vorliegend bereits deshalb auszuschließen, weil der Regionalisierungsstaatsvertrag allein der Aufteilung der Spieleinnahmen aus gewerblicher Spielvermittlung dient und keine ordnungsrechtlichen Ziele verfolgt, die mit Hilfe ordnungsrechtlicher Aufsichtsmaßnahmen, wie sie z. B. § 14 des Lotteriestaatsvertrages für gewerbliche Spielvermittler vorgesehen sind, durchzusetzen wären.

4. Ergebnis

739. Der Regionalisierungsstaatsvertrag verstärkt die Marktaufteilung der Lottogesellschaften nach § 2 Blockvertrag, indem er eine Aufteilung der über gewerbliche Spielvermittler eingezahlte Spieleinnahmen unter den Ländern nach dem Verhältnis der sonstigen Spieleinnahmen vorsieht und die an gewerbliche Spielvermittler zu zahlende Höchstprovision festlegt.

III. VERSTOß GEGEN § 1 GWB

740. Die abgestimmte Verhaltensweise der Lottogesellschaften verstößt ferner gegen § 1 GWB in seiner seit Inkrafttreten der 7. GWB-Novelle geltenden Fassung. Da § 1 GWB im Kern seines Wortlautes mit Art. 81 Abs. 1 EG identisch ist und nach dem Willen des Gesetzgebers der 7. GWB-Novelle nunmehr den gleichen Regelungsinhalt wie Art. 81 Abs. 1 EG hat⁵⁷⁶, ergibt sich aus dem oben dargelegten Verstoß gegen Art. 81 EG gleichzeitig ein Verstoß gegen § 1 GWB. Selbst wenn die Übermittlung der Informationen zum Zwecke der Aufteilung der über gewerbliche Spielvermittler eingenommenen Spieleinsätze also nicht zur Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels geeignet wäre, ist sie gleichwohl nach nationalem Kartellrecht verboten.

IV. ERMESSEN NACH § 32 GWB

741. Nach § 32 Abs. 1 GWB steht es im Ermessen des Bundeskartellamtes, Unternehmen zu verpflichten, eine Zuwiderhandlung gegen Art. 81 EG, § 1 GWB abzustellen.
742. Im vorliegenden Fall liegt die Zuwiderhandlung der Lottogesellschaften in der Übermittlung der für die Aufteilung der Spieleinsätze aus gewerblicher Spielvermittlung unter den Bundesländern erforderlichen Informationen

⁵⁷⁵ Calliess-Ruffert/Jung, „Kommentar zu EU-Vertrag und EG-Vertrag“, 2. Aufl. 2002, Art. 86 EG Rn. 37.

⁵⁷⁶ Vgl. Regierungsbegründung, WuW-Sonderheft zur 7. GWB-Novelle, S. 111.

über die Summe der Spieleinsätze und die Summe der vereinnahmten Bearbeitungsentgelte sowie über den hiervon auf gewerbliche Spielvermittler entfallenden Anteil und die auf die Spielvermittler entfallende Gewinnausschüttung und Bearbeitungsgebühren. Die Abwägung des öffentlichen Interesses an der Untersagung der Marktaufteilung mit dem Interesse der Lottogesellschaften an deren Aufrechterhaltung führt zu einem Überwiegen des öffentlichen Interesses an der Untersagung.

743. Es existiert ein hohes Allgemeininteresse an der Durchsetzung des grundsätzlichen Kartellverbots zum Schutz der Freiheit des Wettbewerbs. Für eine Untersagung aus kartellrechtlichen Gründen spricht, dass die Übermittlung der Informationen, auf deren Grundlage die über gewerbliche Spielvermittler eingenommene Spieleinnahmen und Bearbeitungsentgelte unter den Bundesländern aufgeteilt werden, die bestehende Marktaufteilung zwischen den Lottogesellschaften festigt und es sich bei einer Marktaufteilung um eine als äußerst schädlich bewertete, verbotene Wettbewerbsbeschränkung handelt.⁵⁷⁷ Der vorliegende Fall betrifft das gesamte Gebiet der Bundesrepublik Deutschland und alle Lottogesellschaften und damit eine besonders gravierende Wettbewerbsbeeinträchtigung.
744. Außerdem ist der Anbieterwettbewerb zwischen den Lottogesellschaften um das Spielangebot, die Konditionen und die Bearbeitungsentgelte auf dem Markt für Lotterien aufgrund der Marktaufteilung kaum entwickelt, so dass in Anbetracht der mit § 32 GWB bezweckten Gefahrenabwehr für die Freiheit des Wettbewerbs ein erhebliches öffentliches Interesse besteht, den Wettbewerb unter den ordnungsrechtlich zugelassenen Lottogesellschaften mit ihrem staatlich verantworteten Glücksspielangebot zu stärken. Gleiches gilt für den Nachfragewettbewerb der Lottogesellschaften um das Angebot der gewerblichen Spielvermittler.
745. Die Marktaufteilung begrenzt den Wettbewerb zwischen den Lottogesellschaften erheblich und verursacht bedeutende Nachteile für die Verbraucher, welche den Folgen mangelnder Auswahl und fehlendem Preis- und Konditionenwettbewerb auf den regionalen Glücksspielmärkten ausgesetzt sind.⁵⁷⁸
746. Gegen eine Untersagung stehende Interessen der Lottogesellschaften an der Weiterführung der Informationsübermittlungen sind nicht vorgetragen und nicht ersichtlich.

V. VERHÄLTNISSMÄßIGKEIT DER UNTERSAGUNG ALS ABSTELLMAßNAHME

747. Die Untersagung der Informationsübermittlung ist die nach § 32 Abs. 2 GWB verhältnismäßige Maßnahme, die für eine wirksame Abstellung der Zuwiderhandlung gegen Art. 81 EG, § 1 GWB geeignet, als mildestes Mittel erforderlich und gegenüber dem festgestellten Verstoß verhältnismäßig ist. Die Zuwiderhandlung der Lottogesellschaften wird dadurch beendet.

⁵⁷⁷ Leitlinien der Kommission zur Anwendung von Artikel 81 EG-Vertrag auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit, Abl. EG 2001/C Nr. 3, S. 2 Rn. 25

⁵⁷⁸ siehe hierzu oben Rz. 664 ff.

VI. KEINE AUSSETZUNG DER VOLLZIEHUNG NACH § 65 ABS. 3 S. 2 GWB

748. Die Lottogesellschaften haben angeregt, nach § 65 Abs. 3 S. 2 GWB die Vollziehung der unter C. im Hinblick auf die Umsetzung des Regionalisierungsstaatsvertrages ausgesprochenen Verfügungen anzuordnen. Sie meinen, der Sofortvollzug stelle eine unbillige Härte dar. Als Begründung tragen sie vor, die Verfügungen brächten sie in eine Konfliktsituation. Sie müssten sich an die ordnungsrechtlichen Vorgaben halten und würden dadurch gegen die Verfügungen verstoßen. Dies könne dazu führen, dass die Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts nicht beachtet würden, was das Lotteriemonopol der Länder gefährden könne.⁵⁷⁹
749. Das Bundeskartellamt hat gemäß § 65 Abs. 3 S. 2 GWB nach pflichtgemäßem Ermessen über die Aussetzung der Vollziehung zu entscheiden. Maßstab ist dabei § 65 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 GWB.⁵⁸⁰ Hiernach kann die aufschiebende Wirkung angeordnet werden, wenn die sofortige Vollziehung für den Betroffenen eine unbillige, nicht durch überwiegende öffentliche Interessen gebotene Härte zur Folge hätte. Die Entscheidung ist zu treffen durch eine Abwägung zwischen dem öffentlichen Interesse an der sofortigen Vollziehung und dem Interesse des Betroffenen an der Anordnung der aufschiebenden Wirkung.⁵⁸¹
750. Die sofortige Vollziehung der Verfügungen zu C. liegt im öffentlichen Interesse, das bei einer Abwägung die Interessen der Lottogesellschaften überwiegt.
751. Erforderlich ist ein in die Zukunft gerichtetes, gewichtiges öffentliches Interesse, welches über das Interesse hinausgeht, das die Untersagungsverfügung selbst rechtfertigt.⁵⁸² Ein solches Interesse kann in der Erhaltung der Wettbewerbsstrukturen liegen und sich insbesondere aus Gefahren für den Erhalt einer gesunden Marktstruktur ergeben.⁵⁸³
752. Im vorliegenden Fall ist die sofortige Vollziehung im öffentlichen Interesse notwendig. Ohne Sofortvollzug würden die Bundesländer mit den Informationen der Lottogesellschaften weiterhin die Einnahmen aus der gewerblichen Spielvermittlung unter sich aufteilen, wodurch weiterhin das wirtschaftliche Interesse der Lottogesellschaften, bundeslandübergreifende Lotterieverträge mit Verbrauchern über gewerbliche Spielvermittler zu schließen, begrenzt würde. Ferner werden die Gewinnmöglichkeiten der Spielvermittler weiterhin begrenzt und dadurch dem Nachfragewettbewerb auf dem Markt für die bundesweite gewerbliche Spielvermittlung Schranken gesetzt, welche die räumliche Marktaufteilung der Lottogesellschaften durch das Regionalitätsprinzip unterstützt.
753. Die Begrenzung des Wettbewerbs durch die Förderung der Marktaufteilung unter den Lottogesellschaften stellt einen derart schwerwiegenden Eingriff in den Wettbewerb dar, dass er im öffentlichen Interesse nicht bis zu einer möglichen letztinstanzlichen Hauptsacheentscheidung hingenommen werden kann.

⁵⁷⁹ Haver & Mailänder, Schreiben vom 28.07.06, S. 148, Bl. 3576

⁵⁸⁰ Kollmorgen in: Langen/Bunte, Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, 10. Aufl., § 65 Rn. 24

⁵⁸¹ Kollmorgen in: Langen/Bunte, Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, 10. Aufl., § 65 Rn. 20

⁵⁸² KG, WuW/E OLG 1497/1497 – AGIP I

⁵⁸³ KG, WuW/E OLG 5132/5133 – Empfehlung Ersatzwagenkostenerstattung

754. Das öffentliche Interesse an der sofortigen Vollziehung überwiegt die Interessen der Lottogesellschaften. Ihr wirtschaftliches Interesse, die Marktaufteilung fortzuführen, ist schon deshalb nicht schutzwürdig, weil es sich dabei um eine besonders schwerwiegende Wettbewerbsverletzung handelt. Die mit dem Lotteriestaatsvertrag verfolgten ordnungsrechtlichen Ziele der Kanalisierung des Spieltriebs und der Wahrung des Jugendschutzes machen, wie oben gezeigt, keine Marktaufteilung der Lottogesellschaften erforderlich und können daher kein im Rahmen der Abwägung zu berücksichtigendes Interesse der Lottogesellschaften begründen.
755. Ferner besteht auch die von den Lottogesellschaften behauptete Gefahr nicht, sie würden von den zuständigen Aufsichtsbehörden zu einem Verhalten gezwungen, das gegen die Verfügungen unter B. verstoße.⁵⁸⁴
756. Alle staatlichen Maßnahmen, welche die Lottogesellschaften dazu auffordern die unter C. untersagten Zuwiderhandlungen gegen Art. 81 EG zu ergreifen oder fortzuführen, verstoßen selbst gegen Art. 10 EG i.V.m. Art. 81 EG und dürfen von keiner staatlichen Stelle getroffen oder durchgesetzt werden. Damit entfalten derartige staatliche Maßnahmen keine Bindungswirkungen für die Lottogesellschaften. Darüber hinaus wären solche Verwaltungsakte staatlicher Behörden nach § 44 Abs. 2 Nr. 5 VwVfG und nach den entsprechenden Regelungen der Landes-Verwaltungsverfahrensgesetze nichtig und damit nach § 43 Abs. 3 VwVfG bzw. nach den entsprechenden Landesgesetzen unwirksam, weil sie die Begehung einer rechtswidrigen Tat verlangen würden, die einen Bußgeldtatbestand verwirklicht. Der in einem staatlichen Akt angeordnete Fortsetzung der Marktaufteilung würde eine Zuwiderhandlung gegen die sofort vollziehbaren Verfügungen des Bundeskartellamtes zu B. verlangen, nämlich die weitere Beachtung der untersagten Regelung in § 2 Blockvertrag im Geschäftsverkehr. Dies stellt nach § 81 Abs. 2 Nr. 2 lit. a) GWB eine bußgeldbewehrte Ordnungswidrigkeit dar.
757. Die sofortige Vollziehung hat dementsprechend für die Lottogesellschaften keine unbillige, nicht durch überwiegende öffentliche Interessen gebotene Härten zur Folge.

F. KOSTEN

758. [...]
759. [...]
760. [...]

G. HINWEISE

761. Auch wenn nicht davon auszugehen ist, dass die Verantwortlichen der maßgeblich von den Bundesländern kontrollierten Lottogesellschaften die sofort vollziehbaren Verfügungen des Beschlusses missachten werden, wird darauf hingewiesen, dass jede fahrlässige oder vorsätzliche Zuwiderhandlung bereits gegen die vollziehbaren Anordnungen dieses Beschlusses nach § 32 Abs. 1 GWB eine Ordnungswidrigkeit gemäß § 81 Abs. 2 Nr. 2 lit. a) GWB darstellt. Als Täter sind in einem solchen Falle die für das Unternehmen handelnden Unternehmensverantwortlichen zur Verantwortung zu ziehen. Darauf gestützt können nach § 30 OWiG Geldbußen auch gegen die Lottogesellschaften verhängt werden. Die Höhe der Geldbuße beträgt nach § 81 Abs. 4 S. 1 GWB bis zu einer Million Eu-

⁵⁸⁴ Haver & Mailänder, Schreiben vom 28.07.06, S. 148, Bl. 3576

ro, bei Unternehmen nach § 81 Abs. 4 S. 2 GWB darüber hinaus bis zu 10% des von dem jeweiligen Unternehmen im vorausgegangenen Geschäftsjahr erzielten Gesamtumsatzes.

762. Außerdem wird darauf hingewiesen, dass die sofort vollziehbaren Verfügungen gemäß § 86a GWB nach den Vorschriften des Verwaltungsvollstreckungsgesetzes auch zwangsweise, insbesondere durch ein Zwangsgeld von bis zu 10 Mio. €, durchgesetzt werden können.

RECHTSMITTELBELEHRUNG

[...]

Heistermann

Bangard

Töllner

INHALTSVERZEICHNIS

GRÜNDE	5
A. EINLEITENDE KURZZUSAMMENFASSUNG	5
I. DIE AUFFORDERUNG DES RECHTSAUSSCHUSSES DES DLTB	7
II. DAS REGIONALITÄTSPRINZIP	10
III. UMSETZUNG DES STAATSVERTRAGES ÜBER DIE REGIONALISIERUNG VON TEILEN DER VON DEN UNTERNEHMEN DES DEUTSCHEN LOTTO- UND TOTOBLOCKS ERZIELTEN EINNAHMEN	11
B. SACHVERHALT	13
I. DIE BETEILIGTEN	13
1. Die Lottogesellschaften	13
2. Der Deutsche Lotto- und Totoblock	15
3. Die Beigeladene zu 1.	16
4. Die Beigeladene zu 2.	17
5. Die Beigeladene zu 3.	17
II. RECHTLICHE RAHMENBEDINGUNGEN	17
1. Landesrecht	17
2. Bundesrecht	21
III. VORAUSGEHENDE ENTSCHEIDUNGEN DES BUNDESKARTELLAMTES UND DES BUNDESGERICHTSHOFS ZUR GEWERBLICHEN SPIELVERMITTLUNG	21
IV. TERRESTRISCHE VERMITTLUNG DURCH GEWERBLICHE SPIELVERMITTLER	22
V. VERFAHRENSGANG	32
C. RECHTLICHE WÜRDIGUNG DER AUFFORDERUNG DES RECHTSAUSSCHUSSES	33
I. VERSTOß GEGEN ARTIKEL 81 EG	34
1. Beschluss einer Unternehmensvereinigung, Vereinbarung zwischen Unternehmen	34
2. Wettbewerbsbeschränkung	55
3. Beeinträchtigung des Handels zwischen Mitgliedstaaten	105
4. Artikel 81 Absatz 3 EG	112
5. Ermessen nach § 32 GWB	113
6. Verhältnismäßigkeit der Untersagungen als Abstellmaßnahmen	115
7. Keine Anordnung der Aussetzung der Vollziehung nach § 65 Abs. 3 S. 2 GWB	120
II. VERSTOß GEGEN § 1 GWB	122
III. VERSTOß GEGEN § 21 ABSATZ 1 GWB	123
1. Aufforderung zu einer Bezugssperre gegenüber einem bestimmten Unternehmen	123
2. Absicht einer unbilligen Beeinträchtigung	125
3. Ermessen nach § 32 GWB	130
4. Verhältnismäßigkeit der Untersagung als Abstellmaßnahme	130
IV. VERSTOß GEGEN ARTIKEL 82 EG	131
1. Lottogesellschaften als marktbeherrschende Unternehmen	131
2. Missbräuchliche Ausnutzung	132
3. Ermessen nach § 32 GWB	133
4. Verhältnismäßigkeit der Untersagung als Abstellmaßnahme	134
V. KEINE ANORDNUNG DER AUSSETZUNG DER VOLLZIEHUNG NACH § 65 ABS. 3 S. 2 GWB	134

D. RECHTLICHE WÜRDIGUNG DES REGIONALITÄTSPRINZIPS (§ 2 BLOCKVERTRAG, § 5 ABSATZ 3 LOTTERIESTAATSVERTRAG)	134
I. DAS REGIONALITÄTSPRINZIP	134
II. UNVEREINBARKEIT VON § 2 DES BLOCKVERTRAGES MIT ARTIKEL 81 EG.....	139
1. Vereinbarung zwischen Unternehmen.....	139
2. Spürbare Einschränkung des Wettbewerbs.....	141
3. Beeinträchtigung des Handels zwischen Mitgliedstaaten.....	148
4. Artikel 81 Absatz 3 EG	150
5. Artikel 86 Absatz 2 EG	151
6. Teilergebnis.....	154
7. Kausalität zwischen Blockvertrag und Wettbewerbsbeeinträchtigung	154
8. Ergebnis.....	176
III. ERMESSEN NACH § 32 GWB	177
1. Es besteht ein gewichtiges öffentliches Interesse an der Untersagung	177
2. Grundsatz des Vertrauensschutzes	178
3. Interessenabwägung	180
IV. VERHÄLTNISSMÄßIGKEIT DER UNTERSAGUNGEN ALS ABSTELLMAßNAHME	180
V. KEINE AUSSETZUNG DER VOLLZIEHUNG NACH § 65 ABS. 3 S. 2 GWB.....	181
E. RECHTLICHE WÜRDIGUNG DER UMSETZUNG DES REGIONALISIERUNGSSTAATSVERTRAGES	183
I. VORLIEGEN DER TATBESTANDSMERKMALE DES ARTIKEL 81 EG.....	183
1. Abgestimmtes Verhalten	183
2. Wettbewerbsbeschränkung	185
3. Spürbarkeit	186
4. Spürbare Beschränkung des Handels zwischen Mitgliedstaaten.....	186
5. Artikel 81 Absatz 3 EG	187
6. Artikel 86 Absatz 2 EG	187
7. Teilergebnis.....	188
II. KEINE UNTERBRECHUNG DER KAUSALITÄT DURCH DEN REGIONALISIERUNGSSTAATSVERTRAG	188
1. Verstoß gegen Artikel 81 EG i.V.m. Artikel 10 EG.....	188
2. Artikel 81 Absatz 3 EG	193
3. Artikel 86 Absatz 2 EG	194
4. Ergebnis.....	194
III. VERSTOß GEGEN § 1 GWB.....	194
IV. ERMESSEN NACH § 32 GWB	194
V. VERHÄLTNISSMÄßIGKEIT DER UNTERSAGUNG ALS ABSTELLMAßNAHME	195
VI. KEINE AUSSETZUNG DER VOLLZIEHUNG NACH § 65 ABS. 3 S. 2 GWB.....	196
F. KOSTEN.....	197
G. HINWEISE.....	197