



# BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

## URTEIL

KZR 36/05

Verkündet am:  
4. März 2008  
Walz  
Justizamtsinspektor  
als Urkundsbeamter  
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja  
BGHZ: nein  
BGHR: ja

Post-Wettannahmestelle

EG Art. 81; GWB § 1

Der Prinzipal ist grundsätzlich nicht durch kartellrechtliche Vorschriften daran gehindert, sich einen besonderen Vertriebsweg (hier: Internetvertrieb) gegenüber seinen Handelsvertretern selbst vorzubehalten.

BGH, Urt. v. 4. März 2008 - KZR 36/05 - OLG München

LG München I

Der Kartellsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 4. März 2008 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Bornkamm und die Richter Dr. Raum, Prof. Dr. Meier-Beck, Dr. Strohn und Dr. Kirchhoff

für Recht erkannt:

- I. Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des Kartellsenats des Oberlandesgerichts München vom 22. September 2005 teilweise aufgehoben und neu gefasst, soweit die Berufung der Beklagten hinsichtlich des Widerklageantrags zu I zurückgewiesen worden ist.

Auf die Berufung der Beklagten wird das Urteil des Landgerichts München I, 17. Kammer für Handelssachen, vom 9. Dezember 2004 hinsichtlich des Widerklageantrags zu I teilweise abgeändert:

Es wird festgestellt, dass die Beklagten berechtigt sind, beim Vertrieb von Teilnahmemöglichkeiten an den vom Kläger veranstalteten Lotterien und Wetten im Wege des Postwettgeschäfts Teilnahmeaufträge mittels E-Mail, Telefax und/oder Kurzmitteilung (SMS) entgegenzunehmen, sofern dabei der Spiel- oder Wetteinsatz nicht im Laden bezahlt wird.

- II. Auf die Revision der Beklagten wird das genannte Urteil des Oberlandesgerichts München ferner im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als die Berufung der Beklagten gegen das Urteil des Landgerichts München I hinsichtlich des Klageantrags zu IV zurückgewiesen worden ist.

In diesem Umfang wird die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

III. Die weitergehende Revision wird zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

- 1 Die Parteien streiten über ihre wechselseitigen Rechte und Pflichten aus "Geschäftsaufträgen" für den Betrieb von Wettannahmestellen zur Vermittlung von Spielverträgen zwischen der Staatlichen Lotterieverwaltung Bayern und Spielteilnehmern. Die Beklagten betreiben jeweils eine Laden-Wettannahmestelle und eine Post-Wettannahmestelle.
  
- 2 In einem am 6. Dezember 1990 vor dem Oberlandesgericht geschlossenen Vergleich verpflichtete sich der Kläger, den Beklagten jeweils einen Geschäftsauftrag "zur Führung einer Post-Wettannahmestelle in lotterierechtlich zulässigem Rahmen" zu erteilen. Nachdem in der Folgezeit keine Einigung über Abschluss und Inhalt der Geschäftsaufträge erzielt werden konnte, wurde der Kläger durch Urteil des Berufungsgerichts vom 7. Februar 2002 (U (K) 2240/01) verurteilt, ein im Urteilstenor wiedergegebenes Vertragsangebot des Beklagten für einen Geschäftsauftrag "zur Führung einer Post-Wettannahmestelle in lotterierechtlich zulässigem Rahmen" anzunehmen. Für die Rechte und Pflichten aus diesem Geschäftsauftrag war insbesondere die Geltung der Allgemeinen Geschäftsanweisung für die Annahmestellen des Süd-Lotto von 1955 (nachfol-

gend: AGA Süd-Lotto) und der Allgemeinen Geschäftsanweisung für die Vertriebsorganisation der Staatlichen Bayerischen Losbrieflotterie von 1962 (nachfolgend: AGA Losbrief) vereinbart.

3 § 14 AGA Losbrief bestimmt:

Behälter, in denen Verkaufserlöse und Gewinnlose aufbewahrt werden, haben den Vermerk "Eigentum des Freistaates Bayern (Staatliche Lotterieverwaltung)" zu tragen. Sofern für die Aufbewahrung sowie die Überweisung Banken oder Sparkassen eingeschaltet werden, sind besondere, ausschließlich für Zwecke der Losbrieflotterie bestimmte Konten zu errichten. Diese Konten haben den Vermerk zu tragen: "Die Staatliche Lotterieverwaltung ... ist jederzeit zur Verfügung über dieses Konto berechtigt. Dieses Recht bleibt auch dann bestehen, wenn der Inhaber des Kontos verstirbt, aus seinem Vertragsverhältnis zur Staatlichen Lotterieverwaltung ausscheidet, seine Geschäftsfähigkeit verliert oder über sein Vermögen der Konkurs eröffnet wird." Von dieser Verfügungsbefugnis wird die Staatliche Lotterieverwaltung nur bei Vorliegen einer besonderen Veranlassung Gebrauch machen.

4 Nach § 2 AGA Süd-Lotto sind die Lottogelder jeweils unverzüglich und getrennt von anderen Geldern in einem besonderen Behälter (Lottokasse) zu verwahren oder auf ein besonderes Konto (Lottokonto) einzuzahlen, das den in § 14 AGA Losbrief vorgesehenen Vermerk tragen muss.

5 Nach den Entscheidungsgründen des im Verfahren U (K) 2240/01 ergangenen Urteils vom 7. Februar 2002 hat sich der Inhalt des Geschäftsauftrags an dem Vergleich vom 6. Dezember 1990 und an dem vom Kläger mit dem Bezirksstellenleiter J. am 15. November 1976 abgeschlossenen Vertrag zur Führung einer Post-Wettannahmestelle zu orientieren. In dem Geschäftsauftrag heißt es unter anderem:

1. (*Der Beklagte zu 1*)... hat die über die Post eingehenden Spielwünsche von Spielteilnehmern auf den für die Post-Wettannahmestelle zur Verfügung gestellten Terminals an die Zentrale zu übermitteln. ...
7. Die Vertriebsvergütung wird nur für solche Spielaufträge gezahlt, die über die Post eingehen. ...

6 Ein in dem früheren Rechtsstreit gestellter Antrag des Beklagten, in den Geschäftsauftrag seine Berechtigung aufzunehmen, Glücksspielaufträge auch anders als auf dem Postweg, also per Telefax, per E-Mail oder in sonstiger Weise ohne körperliche Übergabe, entgegenzunehmen, hatte keinen Erfolg. Dem Berufungsgericht erschien eine nähere Definition des Begriffs "über die Post eingehend" nicht sachgerecht, da die Übermittlung der Spielscheine per Telefax, E-Mail und Internet im Jahr 1990 außerhalb des erkennbar gewordenen Überlegungshorizontes der Parteien gelegen habe; die mit dieser Thematik zusammenhängenden Fragen seien deshalb nicht durch Einarbeitung in den Geschäftsauftrag, sondern durch dessen Auslegung, durch Anwendung außervertraglichen Rechts und eventuell durch ergänzende Vereinbarungen zu lösen.

7 Soweit für die Revisionsinstanz noch von Interesse, hat der Kläger im vorliegenden Rechtsstreit mit dem Klageantrag zu IV beantragt, die Beklagten zu verurteilen,

dem Kläger bzw. der Staatlichen Lotterieverwaltung in Bayern nachzuweisen, dass Spieleinsätze und Bearbeitungsgebühren sowie die von der Staatlichen Lotterieverwaltung zugewiesenen Gewinnfelder (sog. Lottogelder) auf ein besonderes Treuhandkonto der Annahmestellen und Postwettannahmestellen der Beklagten einbezahlt wurden, das seitens des Geldinstituts folgenden Vermerk trägt: "Die Staatliche Lotterieverwaltung in Bayern ist jederzeit zur Verfügung über dieses Konto berechtigt. Dieses Recht bleibt auch dann bestehen, wenn der Inhaber des Kontos stirbt, aus seinem Vertragsverhältnis zur Staatlichen Lotterieverwaltung ausscheidet, seine Geschäftsfähigkeit verliert oder über sein Vermögen der Konkurs (das Insolvenzverfahren) eröffnet wird."

8 Soweit für das Revisionsverfahren von Bedeutung, haben die Beklagten mit dem Widerklageantrag zu I begehrt festzustellen, dass sie berechtigt seien,

beim Vertrieb von Teilnahmemöglichkeiten an den vom Kläger veranstalteten Lotterien und Wetten im Wege des Postwettgeschäfts Teilnahmeaufträge auch unter Nutzung des Internets, von E-Mail, Handy und/oder Telefax zu bewerben, anzubieten und zu vertreiben und Teilnahmeaufträge mittels Internet, E-Mail, Handy und/oder Telefax entgegenzunehmen, sofern dabei der Spiel- oder Wetteinsatz nicht im Laden bezahlt wird.

9 Das Landgericht hat der Klage mit dem Antrag zu IV stattgegeben und die Widerklage mit dem Widerklageantrag zu I abgewiesen. Die dagegen gerichtete Berufung der Beklagten blieb ohne Erfolg.

10 Mit der hinsichtlich des Klageantrags zu IV und des Widerklageantrags zu I vom Senat zugelassenen Revision verfolgen die Beklagten die Anträge weiter. Der Kläger beantragt, die Revision zurückzuweisen.

#### Entscheidungsgründe:

11 I. Das Berufungsgericht hat seine Entscheidung hinsichtlich der Anträge, die nach der teilweisen Zurückweisung der Nichtzulassungsbeschwerde der Beklagten allein Gegenstand der Revision sind, wie folgt begründet:

12 1. Der Anspruch des Klägers auf Einzahlung der Spieleinsätze auf ein besonderes Treuhandkonto (Klageantrag zu IV) ergebe sich aus § 2 Abs. 4 AGA Süd-Lotto und § 14 AGA Losbrief. Nach dem Urteil des Berufungsgerichts vom 7. Februar 2002 seien diese Vorschriften nicht nur für das Laden-, sondern auch für das Postwettgeschäft der Beklagten anwendbar. Der Anspruch des Klägers sei nicht verwirkt. Die Post-Wettannahmestellen der Beklagten seien erst nach dem Urteil im Vorprozess errichtet worden. Hinsichtlich der Laden-Wettannahmestellen sei nicht erkennbar, dass die Einrichtung eines Treuhand-

kontos für die Beklagten mit einer besonderen Härte verbunden wäre; zudem habe der Beklagte durch den Widerruf eines dem Kläger erteilten Abbuchungsauftrags für sein Konto unmittelbar nach dem Urteil vom 7. Februar 2002 einen Vertrauenstatbestand, der möglicherweise durch langjährigen Verzicht des Klägers auf Durchsetzung der Kontoführungsverpflichtung geschaffen worden sei, beseitigt.

13            Das Vorbringen der Beklagten, dass kein Geldinstitut bereit sei, ein Treuhandkonto mit dem in den AGA vorgesehenen Verfügungsvermerk zugunsten des Klägers zu eröffnen, hat das Berufungsgericht als in der Berufungsinstanz verspätet nicht zugelassen; die Beklagten hätten nicht vorgetragen, dass und aus welchen Gründen ihnen dieser Vortrag in erster Instanz ohne eigenes Verschulden nicht möglich gewesen sei.

14            2. Die Beklagten hätten keinen Anspruch darauf, ihre Post-Wettannahmestellen mit modernen Kommunikationsmitteln (Telefax, Mobiltelefon, E-Mail, Internet) zu betreiben (Widerklageantrag zu I). Das Berufungsgericht habe in seinem Urteil vom 7. Februar 2002 den Inhalt des Geschäftsauftrags für die Post-Wettannahmestellen der Beklagten dahingehend festgelegt, dass sie "über die Post eingehende Spielwünsche" an die Zentrale zu übermitteln hätten. Eine Berechtigung der Beklagten zur Annahme von Spieldaufträgen auf beliebigen anderen Wegen als über die Post ergebe sich auch nicht im Wege ergänzender Vertragsauslegung. Die Parteien des Vertrags von 1990 hätten ihre Rechtsbeziehungen abschließend geregelt; damals noch unbekannte Vertriebswege hätten erkennbar nicht in den Vertrag einbezogen werden sollen. Es fehle mithin an einer auslegungsbedürftigen Regelungslücke. Auch aus kartellrechtlichen Gründen sei eine Vertragsanpassung nicht veranlasst, weil es dem Kläger als Geschäftsherrn freigestanden habe, sich den Internet-Vertrieb als selbständigen dritten Vertriebsweg neben der Ladenwette und der Postwette selbst vor-

zubehalten. Eine Diskriminierung der Beklagten gegenüber Konkurrenten i.S. von § 20 Abs. 1 GWB liege nicht vor.

15           II. Die Revision der Beklagten ist hinsichtlich ihrer Verurteilung zur Einrichtung eines Treuhandkontos sowie ihrer mit der Widerklage geltend gemachten Berechtigung, Spielaufträge per Telefax, E-Mail und Kurzmitteilung entgegenzunehmen, begründet; im Übrigen ist sie unbegründet. Während der Senat über den Widerklageantrag selbst entscheiden kann, ist die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung über den Klageantrag bezüglich des Treuhandkontos an das Berufungsgericht zurückzuverweisen. Insoweit fehlen für eine Sachentscheidung die erforderlichen tatrichterlichen Feststellungen.

16           1. Das Berufungsgericht hat die Beklagten zwar zutreffend für verpflichtet gehalten, die Lottogelder auf ein Treuhandkonto einzuzahlen. Es hat jedoch den Anspruch der Beklagten auf Gewährung rechtlichen Gehörs verletzt, indem es dem Kläger einen Anspruch auf Einrichtung eines Treuhandkontos gewährt hat, das den im Klageantrag wiedergegebenen Verfügungsvermerk zugunsten der Staatlichen Lotterieverwaltung trägt.

17           a) Die Pflicht der Beklagten, für die von ihnen vereinnahmten Lottogelder besondere Treuhandkonten einzurichten, ist wirksam vereinbart worden.

18           Bei der AGA Süd-Lotto und der AGA-Losbrief handelt es sich um Allgemeine Geschäftsbedingungen, die in die von dem Kläger mit den Beklagten abgeschlossenen Geschäftsaufträge einbezogen worden sind. Die in § 2 AGA Süd-Lotto und § 14 AGA Losbrief vorgesehene Einrichtung von Treuhandkonten für bargeldlose Transaktionen mit Lottogeldern ist weder überraschend, noch benachteiligt sie die Beklagten unangemessen.

19 Die Beklagten haben nicht dargelegt, dass die Verpflichtung zur Einrichtung eines Treuhandkontos für Betreiber von Wettannahmestellen, die als Handelsvertreter Spielverträge zwischen einem Spielveranstalter und Spielteilnehmern vermitteln und dabei die Spieleinsätze für den Veranstalter entgegennehmen und Gewinne auszahlen, so ungewöhnlich ist, dass ein Betreiber einer Annahmestelle damit nicht zu rechnen braucht (§ 305c Abs. 1 BGB). Auf die Gepflogenheiten in Handelsvertreterverträgen im Allgemeinen kommt es insoweit nicht an. Bei dem Betrieb einer Wettannahmestelle handelt es sich um eine Tätigkeit, bei der der Handelsvertreter naturgemäß ständig Fremdgelder entgegennimmt, die in ihrer Summe ohne weiteres eine erhebliche Höhe erreichen können. Bei einem solchen Vertrag ist die Verpflichtung, für die betreffenden Gelder ein Treuhandkonto einzurichten, naheliegend und jedenfalls nicht überraschend.

20 Durch die Verpflichtung zur Einrichtung eines Treuhandkontos werden die Beklagten auch nicht unangemessen benachteiligt. Der Aufwand für Kontoführungsentgelte und die Suche nach einem geeigneten Kreditinstitut fallen im Verhältnis zu den durch den Betrieb der Annahmestellen eröffneten Verdienstmöglichkeiten nicht ins Gewicht.

21 b) Der vertraglichen Verpflichtung steht nicht entgegen, dass Lottogelder auch in Lottokassen verwahrt werden können.

22 Der Kläger gestattet zwar seinen Annahmestellen, Lottogelder auch in einer besonderen Lottokasse aufzubewahren, wobei dies allerdings schon im Hinblick auf das Diebstahlrisiko allenfalls für kleinere Beträge praktikabel erscheint. Da Spieleinsätze bei über die Post eingereichten Spielaufträgen typischerweise unbar bezahlt werden, ist aber jedenfalls für die Post-Wettannahmestellen die Einrichtung eines Kontos unabdingbar. Hinsichtlich der Laden-

Wettannahmestellen besteht die Verpflichtung der Beklagten zur Kontenbenutzung nur, soweit sie keine Lottokasse verwenden. Auch die Laden-Annahmestellen können jedoch nicht ohne bargeldlose Transaktionen, etwa im Zusammenhang mit der Gewinnauszahlung oder der Überweisung von Lottereeinnahmen an den Kläger, betrieben werden. Daher benötigen auch die Laden-Annahmestellen ein Konto.

23 c) Ohne Rechtsfehler hat das Berufungsgericht eine Verwirkung des Anspruchs auf Kontoeinrichtung verneint. Die Revision erhebt dagegen keine Rügen.

24 d) Rechtsfehlerhaft hat das Berufungsgericht jedoch angenommen, die Beklagten hätten gegen die Verpflichtung zur Einrichtung eines Treuhandkontos verstoßen. Das Berufungsgericht hat zu Unrecht erhebliches Vorbringen der Beklagten als neuen Vortrag unberücksichtigt gelassen (§ 529 Abs. 1 Nr. 2, § 531 Abs. 2 ZPO).

25 Die Beklagten haben erstmals in der Berufungsinstanz vorgetragen, dass es ihnen nicht gelungen sei, zur Abwendung der vom Kläger betriebenen Zwangsvollstreckung aus dem landgerichtlichen Urteil ein Konto mit dem dort vorgeschriebenen Verfügungsvermerk zugunsten des Klägers zu eröffnen. Sie haben dazu zwei ablehnende Schreiben von Banken vorgelegt und zudem Zeugen- und Sachverständigenbeweis dafür angetreten, dass kein Kreditinstitut bereit sei, ein solches Treuhandkonto einzurichten. Das Berufungsgericht hat diesen Vortrag zwar zur Kenntnis genommen, ihn aber nach § 531 Abs. 2 ZPO nicht zugelassen, weil die Beklagten nicht vorgetragen hätten, "dass und aus welchen Gründen es ihnen in erster Instanz ohne eigenes Verschulden nicht möglich war, sich in entsprechender Weise ... zu äußern".

26            Dabei hat das Berufungsgericht unberücksichtigt gelassen, dass sich die Beklagten erst nach der entsprechenden erstinstanzlichen Verurteilung um ein Treuhandkonto bemüht haben und auch erst zu dieser Zeit Veranlassung hatten, sich um ein solches Konto zu bemühen. Die Schreiben, mit denen die Banken die Eröffnung eines solchen Kontos mit dem geforderten Vermerk abgelehnt haben, datieren dementsprechend aus den Monaten April und Mai 2005, also mehrere Monate nach Erlass des landgerichtlichen Urteils. Es beruht auch nicht auf Nachlässigkeit, dass die Beklagten diesen Umstand erst im zweiten Rechtszug vorgebracht haben. Denn sie haben sich erst aufgrund der erfolgten Verurteilung durch das Landgericht zur Abwendung der vom Kläger betriebenen Zwangsvollstreckung um die Einrichtung des Treuhandkontos bemüht. Es reicht den Beklagten auch nicht zum Vorwurf (§ 531 Abs. 2 Nr. 3 ZPO), dass sie sich nicht bereits vor Erlass des erstinstanzlichen Urteils im Hinblick auf eine mögliche spätere Verurteilung vorsorglich danach erkundigt haben, ob ein Treuhandkonto mit dem geforderten Vermerk errichtet werden kann.

27            2. Das Berufungsgericht hat den auf den Einsatz moderner Kommunikationsmittel beim Betrieb der Post-Wettannahmestellen der Beklagten gerichteten Widerklageantrag rechtsfehlerhaft in vollem Umfang abgewiesen. Dieser Antrag erweist sich hinsichtlich der Entgegennahme von Spielaufträgen per Telefax, E-Mail und "Short Message Service" (SMS) als begründet und nur im Übrigen als unbegründet.

28            a) Die Rechtskraft des Urteils des Berufungsgerichts vom 7. Februar 2002 steht der Widerklage nicht entgegen. Hinsichtlich der Beklagten zu 2 scheidet eine entgegenstehende Rechtskraft bereits deshalb aus, weil sie an jenem Verfahren nicht beteiligt war. Im Übrigen hat das Berufungsgericht im Urteil vom 7. Februar 2002 zwar den Antrag des Beklagten zurückgewiesen, in den Geschäftsauftrag mit dem Kläger über die Post-Wettannahmestelle seine

Berechtigung aufzunehmen, Glücksspielaufträge auch anders als auf dem Postweg, also per Telefax, per E-Mail oder in sonstiger Weise ohne körperliche Übergabe, entgegenzunehmen. Das Berufungsgericht hat dies aber mit den für den Wortlaut des abzuschließenden Vertrages maßgeblichen Verhältnissen des Jahres 1990 begründet und die mit der Thematik moderner Kommunikationsmittel zusammenhängenden Fragen ausdrücklich der Klärung durch Auslegung des Geschäftsauftrags und durch Anwendung außervertraglichen Rechts sowie eventuell ergänzender Vereinbarungen überlassen. In dem Urteil vom 7. Februar 2002 hat das Berufungsgericht daher nicht darüber entschieden, wie die Formulierung "über die Post eingehend" in dem Geschäftsauftrag auszulegen ist.

29            b) Das Berufungsgericht hat eine ergänzende Vertragsauslegung im Hinblick auf die teilweise Verdrängung der Briefpost durch moderne Kommunikationsmittel seit 1990 abgelehnt. Die Parteien des Vergleichs von 1990 hätten ihre Rechtsbeziehungen abschließend geregelt; damals noch unbekanntes Vertriebswege hätten erkennbar nicht in den Vertrag einbezogen werden sollen, so dass es an einer auslegungsbedürftigen Regelungslücke fehle.

30            Das hält revisionsrechtlicher Nachprüfung nicht stand. Der Geschäftsauftrag zum Betrieb einer Post-Wettannahmestelle ist ergänzend dahin auszulegen, dass unter Post auch Telefax und E-Mail zu verstehen sind. Diese vom Berufungsgericht unterlassene ergänzende Vertragsauslegung kann vom Revisionsgericht nachgeholt werden, da weitere tatsächliche Feststellungen nicht notwendig sind (BGH, Urt. v. 12.12.1997 - V ZR 250/96, NJW 1998, 1219; Urt. v. 18.2.2000 - V ZR 334/98, NJW-RR 2000, 894, 895).

31            Telefax und E-Mail sind heute zunehmend an die Stelle der Briefpost getreten. Bei dem aus der Sicht des Jahres 1990 auszulegenden Geschäftsauf-

trag ist es deshalb geboten, mittels Telefax oder E-Mail eingereichte Spielaufträge nicht anders als herkömmliche Postwettaufträge zu behandeln. Eine ergänzende Vertragsauslegung scheidet nicht daran, dass der Vertrag - wie das Berufungsgericht meint - keine Regelungslücke enthielte. Vielmehr erweist sich der Vertrag als lückenhaft, weil im Jahre 1990 nicht abzusehen war, dass Telefax und E-Mail in weitem Umfang an die Stelle der herkömmlichen Briefpost treten würden. Nach dem Regelungsplan der Parteien sollten die Beklagten die Möglichkeit haben, schriftliche Wett- und Spielaufträge auf den beiden damals bekannten Wegen - Ladenwette und Postwette - entgegenzunehmen. Dieser Regelungsplan ist lückenhaft, weil er die teilweise Substituierung der Briefpost durch Telefax und E-Mail nicht berücksichtigt (vgl. BGH, Urt. v. 25.11.2004 - I ZR 49/02, GRUR 2005, 320, 322 = WRP 2005, 359 - Kehraus, zur ergänzenden Auslegung eines Filmproduktionsvertrags im Hinblick auf die neue Übertragungsform der direkten Satellitensendung).

32                   c) Für einen Anspruch der Beklagten auf telefonische Entgegennahme von Wettaufträgen per Mobiltelefon gibt es hingegen keine Grundlage. Schon bei Abschluss des Vergleichs 1990 standen Post und Telefon als unterschiedliche Kommunikationswege nebeneinander. Es ist davon auszugehen, dass die Parteien eine telefonische Entgegennahme von Spielaufträgen gerade wegen der bei Wettannahmen relevanten, mit diesem Kommunikationsmittel verbundenen Übermittlungs- und Beweisrisiken bewusst ausgeschlossen haben.

33                   Allerdings wird inzwischen das Mobiltelefon auch für den Versand schriftlicher Kurzmitteilungen (SMS) genutzt. Der SMS-Dienst kann die herkömmliche Briefpost, Telefax und E-Mail ersetzen und sich auf die Geschäftsmöglichkeiten der Beklagten auswirken. Bei der gebotenen ergänzenden Vertragsauslegung ist er daher in den Begriff der "Post" im Sinne der Geschäftsaufträge der Beklagten einzubeziehen.

34 d) Die Beklagten haben dagegen keinen Anspruch darauf, Spieldaufträge über das Internet entgegenzunehmen.

35 aa) Ein Anspruch der Beklagten auf Nutzung des Internets kann von vornherein nur im Rahmen der jeweils geltenden Gesetze bestehen. Nach § 4 Abs. 4 des am 1. Januar 2008 auch in Bayern in Kraft getretenen Staatsvertrags zum Glücksspielwesen in Deutschland (GlüStV) ist das Vermitteln und Veranstellen öffentlicher Glücksspiele im Internet - vorbehaltlich der bis 31. Dezember 2008 geltenden Übergangsregelung des § 25 Abs. 6 GlüStV - generell verboten. Diese neue Rechtslage ist in der Revisionsinstanz zu beachten (BGHZ 60, 68, 71). Allerdings hat die Europäische Kommission Zweifel geäußert, ob dieses generelle Verbot mit den Binnenmarktvorschriften des EG-Vertrags vereinbar ist (vgl. Pressemitteilung der Kommission IP/08/119 v. 31. Januar 2008). Sie hält es für fraglich, ob das Verbot eine gemeinschaftsrechtlich zulässige, "kohärente und systematische" Beschränkung des Glücksspiels aus Gründen des Allgemeininteresses ist. Insbesondere seien Internet-Pferdewetten in Deutschland nicht verboten, sei das Angebot von Spielautomaten stark ausgeweitet worden, und die Werbung für Glücksspiele per Post, in der Presse und im Radio sei nach wie vor erlaubt. Die Kommission hat daher ein Vertragsverletzungsverfahren nach Art. 226 EG eingeleitet und die Bundesregierung zur Stellungnahme aufgefordert.

36 Auf die Vereinbarkeit des § 4 Abs. 4 GlüStV mit dem Gemeinschaftsrecht kommt es jedoch für den vorliegenden Fall nicht an, so dass die von der Kommission geäußerte Rechtsauffassung dem Senat keinen Anlass gibt, nach Art. 234 EG eine Vorabentscheidung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften zur Vereinbarkeit von § 4 Abs. 4 GlüStV mit dem Gemeinschaftsrecht einzuholen. Denn selbst wenn diese Norm gegen Gemeinschaftsrecht

verstieße, hätten die Beklagten aus den nachfolgenden Gründen keinen Anspruch darauf, Teilnahmeaufträge für Lotterien und Wetten des Klägers auch mittels Internet entgegenzunehmen.

37           bb) Eine entsprechende ergänzende Vertragsauslegung zugunsten der Beklagten kommt nicht in Betracht.

38           Wenn ein Kunde an einem Computer die Eingangsseite einer Wettannahmestelle aufruft, betritt er virtuell eine Annahmestelle. Über ein interaktives Benutzermenü hat er die Auswahl unter verschiedenen Aktionen, zu denen auch die Entscheidung für ein bestimmtes Wettspiel und die Ausfüllung eines Lottoscheins am Bildschirm zählen kann, der dann sogleich elektronisch an die Annahmestelle versandt wird. Die Funktion einer solchen Internetseite entspricht damit praktisch in vollem Umfang einer Annahmestelle. Die Beklagten können aus ihrem Geschäftsauftrag für eine Post-Wettannahmestelle aber keinen Anspruch auf Eröffnung einer zusätzlichen (virtuellen) Annahmestelle ableiten. Das Internet ist kein Mittel einseitiger Kommunikation, das wie Telefax oder E-Mail die Briefpost ersetzen kann, sondern ein Aliud. Der Lottovertrieb im Internet tritt, soweit rechtlich zulässig, als selbständiger dritter Vertriebsweg neben Laden-Wettannahmestellen und Post-Wettannahmestellen.

39           Die Beklagten betreiben ihre Annahmestellen als Handelsvertreter des Klägers. Auch nach Handelsvertreterrecht steht ihnen kein Anspruch auf Entgegennahme von Spielscheinen per Internet zu. Die Beklagten sind in die Vertriebsorganisation des Klägers eingegliedert, der sich den Internetvertrieb als besonderen Vertriebsweg selbst vorbehalten kann. Eine unzulässige Abwerbung von Kunden des Handelsvertreters liegt darin entgegen der Ansicht der Revision nicht. Den Beklagten ist keine Exklusivität garantiert. Vielmehr hat sich der Kläger in § 2 Abs. 7 AGA Süd-Lotto die Zulassung weiterer Annahmestellen

ausdrücklich vorbehalten und in § 8 AGA Losbrief einen Anspruch der Vertreter auf ein bestimmtes Vertriebsgebiet ausgeschlossen. Der Kläger hat über das Internet auch nicht gezielt die Stammkunden der Beklagten zu Abwerbungszwecken angesprochen, sondern hat sich damit an alle erwachsenen Einwohner Bayerns gewendet. Im Übrigen könnte sich, worauf der Kläger mit Recht hinweist, aus dem Handelsvertreterrecht allenfalls ein Anspruch der Beklagten auf Unterlassung eines sie beeinträchtigenden Internetvertriebs durch den Kläger ergeben, nicht jedoch ihre Berechtigung, selbst über das Internet tätig zu werden.

40 cc) Kartellrechtliche Vorschriften hindern den Kläger ebenfalls nicht daran, eine Entgegennahme von Spielaufträgen per Internet durch die Beklagten auszuschließen. Wegen der Eingliederung der Beklagten als Handelsvertreter in die Vertriebsorganisation des Klägers findet die im Verhältnis zwischen Lieferanten und Vertriebshändlern geltende Gruppenfreistellungsverordnung Nr. 2790/1999 der Kommission für Vertikalvereinbarungen keine Anwendung. Auch das Diskriminierungsverbot des § 20 Abs. 1 GWB schließt nicht aus, dass sich der Kläger den Internetvertrieb als besonderen Vertriebsweg selbst vorbehält (vgl. BGH, Urt. v. 10.2.1987 - KZR 6/86, WuW/E 2360, 2366 f. - Freundschaftswerbung). Nach den vom Berufungsgericht in Bezug genommenen Feststellungen des Landgerichts hat der Kläger einzelnen Annahmestellen eine Plattform zur Verfügung gestellt, über die die Kunden direkt mit dem Kläger in Kontakt treten oder auf die Internet-Plattform des Klägers weitergeleitet werden, wobei auch die Zahlung direkt mit dem Kläger abgewickelt wird. Bei diesen Kooperationspartnern erfolgt die Abgabe der Internet-Teilnahmeaufträge daher unmittelbar beim Kläger. Das Kooperationsmodell entspricht also der Aufstellung eines Automaten in einem fremden Geschäftsbetrieb, bei dem die Kaufanträge durch Geldeinwurf beim Automatenaufsteller und nicht beim Geschäftsinhaber eingehen. Demgegenüber geht es den Beklagten darum, dass die Spiel-

aufträge per Internet bei ihnen, also auf ihrer Website, abgegeben und dann von ihnen, möglichst für die hohe Provision einer Wettannahme per Post, an den Kläger weitergeleitet werden. Insoweit können sie sich aber auf keine Ungleichbehandlung oder unbillige Behinderung gegenüber anderen Annahmestellen berufen.

41 Nicht Streitgegenstand des vorliegenden Verfahrens ist, ob den Beklagten ein Anspruch auf Ausgleichszahlungen des Klägers wegen der Aufnahme des Internetvertriebs zustehen kann, weil er den Mitgliedern zweier Lottofachverbände laut Beklagtenvortrag solche Zahlungen gewährt haben soll, nachdem sie auf die Möglichkeit des Internetvertriebs vorläufig verzichtet hatten. Eine den Antrag auf Zulassung zum Internetvertrieb stützende Diskriminierung der Beklagten ergibt sich daraus nicht.

42 e) Die Beklagten sind auch nicht berechtigt, "beim Vertrieb von Teilnahmemöglichkeiten an den vom Kläger veranstalteten Lotterien und Wetten im Wege des Postwettgeschäfts Teilnahmeaufträge auch unter Nutzung des Internets, von E-Mail, Handy und/oder Telefax zu bewerben, anzubieten oder zu vertreiben" (erster Teil des Widerklageantrags).

43 aa) Da sich der Kläger den Internetvertrieb selbst vorbehalten darf, kommt insoweit ein Anspruch der Beklagten von vornherein nicht in Betracht. Im Übrigen bedarf der Widerklageantrag der Auslegung. Hinsichtlich der zum Vertrieb per E-Mail, Mobiltelefon und Telefax gestellten Anträge ist im vorliegenden Fall des Postwettgeschäfts nicht erkennbar, welche eigenständige Bedeutung ihnen gegenüber den von den Beklagten geltend gemachten Ansprüchen auf Entgegennahme von Spielaufträgen zukommen soll. Daher ist von einer Übereinstimmung mit letzteren auszugehen, so dass darüber nicht gesondert entschieden werden kann. Zu entscheiden bleibt über die auf Bewerben

und Anbieten bezogenen Ansprüche der Beklagten, zwischen denen wiederum ein inhaltlicher Unterschied weder von den Beklagten geltend gemacht wird noch ersichtlich ist. Sie werden daher nachfolgend gemeinsam als "Werbung" behandelt.

44                   bb) Eine Werbung unter Nutzung von Mobiltelefon oder Telefax muss der Kläger den Beklagten nicht erlauben.

45                   (1) Die zwischen den Parteien geltenden vertraglichen Regelungen gestatten den Beklagten zwar ausdrücklich Werbung und verpflichten sie sogar dazu. So ist der Beklagte nach dem Vertragswortlaut berechtigt, in geeigneter Form für Lotto und Toto zu werben. Nach § 2 Abs. 6 AGA Süd-Lotto ist die Werbung der Annahmestellen so zu gestalten, dass ein maximaler Wetteinsatz erzielt wird, und gemäß Art. 3 § 21 AGA Fußball-Toto hat die einzelne Annahmestelle in ihrem Umkreis unter Ausnutzung unterschiedlicher Werbemittel zu werben.

46                   (2) Diese Berechtigung und Verpflichtung zur Werbung besteht für die Beklagten aber nur im lotterierechtlich zulässigen Rahmen. Das ist selbstverständlich und wird durch die Präambel des Geschäftsauftrags des Beklagten deklaratorisch bestätigt. Die Beklagten haben deshalb die Regelungen des Staatsvertrags zum Glücksspielwesen in Deutschland und die allgemeinen Gesetze, insbesondere das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, zu beachten. § 5 Abs. 3 GlüStV verbietet unter anderem Werbung für öffentliches Glücksspiel über Telekommunikationsanlagen. Mobiltelefon und Telefaxgerät sind Telekommunikationsanlagen, da sie Nachrichten als identifizierbare elektromagnetische Signale senden und empfangen können. Die Beklagten dürfen daher diese Kommunikationsmittel nicht für ihre Werbung benutzen.

47 cc) Die Werbung für Teilnahmeaufträge unter Nutzung von E-Mail kann den Beklagten ebenfalls nicht gestattet werden. Sie erfolgt über Telekommunikationsanlagen und fällt daher unter das Verbot des § 5 Abs. 3 GlüStV. Der Versand und Empfang von E-Mails ist nur über einen E-Mail-Server möglich. Der Server erbringt eine Transportleistung für Signale und ist deshalb eine Telekommunikationsanlage im Sinne von § 3 Nr. 23 TKG, § 5 Abs. 3 GlüStV.

48 dd) Schließlich begehren die Beklagten ohne Erfolg die Feststellung ihrer Berechtigung, für den ihnen gestatteten Vertrieb auch unter Nutzung des Internets zu werben.

49 Auch die Werbung für öffentliches Glücksspiel im Internet wird in § 5 Abs. 3 GlüStV ausdrücklich untersagt. Die Kommission hat gegen die gemeinschaftsrechtliche Zulässigkeit dieser Werbebeschränkung Zweifel geäußert, die sich offenbar auf die Ungleichbehandlung der Internetwerbung gegenüber der nach dem Staatsvertrag weiterhin zulässigen Glücksspielwerbung per Post, in der Presse und im Radio gründen (Pressemitteilung der Kommission IP/08/119 v. 31. Januar 2008). Solange die Gemeinschaftsrechtswidrigkeit des § 5 Abs. 3 GlüStV nicht festgestellt ist, ist diese Vorschrift jedoch zu beachten.

50 Unabhängig davon muss der Kläger jedenfalls davon ausgehen, dass das Verbot der Internetwerbung für Glücksspiele wirksam ist. Werbebeschränkungen für Glücksspiele bestehen im Interesse der Spielteilnehmer und sind deshalb Marktverhaltensregelungen im Sinne des § 4 Nr. 11 UWG. Die Beklagten begingene gegebenenfalls mit der Internetwerbung unlautere Wettbewerbsbehandlungen nach den §§ 3, 4 Nr. 11 UWG, für die der Kläger nach § 8 Abs. 2 UWG einzustehen hätte (vgl. BGH, Urt. v. 25.9.1970 - I ZR 47/69, GRUR 1971, 119, 120 - Branchenverzeichnis). Der Anspruch der Beklagten, im lotterierechtlich zulässigen Rahmen für ihre Wettannahmestellen werben zu dürfen, berech-

tigt sie jedenfalls nicht zu Werbemaßnahmen, deren lotterierechtliche Zulässigkeit ungeklärt ist und die den Kläger der nicht von der Hand zu weisenden Gefahr einer Haftung für unlauteren Wettbewerb der Beklagten als seiner Handelsvertreter aussetzen.

51           Selbst wenn die unterschiedliche Behandlung der Internetwerbung gegenüber Werbung in Presse und Radio sowie per Post keinen Bestand haben sollte, könnten die Bundesländer eine Gleichbehandlung auch durch weitergehende Werbeverbote herstellen und nicht nur durch die Zulassung der Internetwerbung. Einen Anspruch auf Gestattung von Internetwerbung hätten die Beklagten auch dann nicht.

52           III. Hinsichtlich des auf die Einrichtung eines Treuhandkontos bezogenen Antrags des Klägers ist die Sache an das Berufungsgericht zurückzuverweisen, das die notwendigen Feststellungen zu dem vom Kläger bestrittenen und unter Beweis gestellten Vortrag der Beklagten, dass keine Bank bereit sei, ein Konto mit dem vom Kläger geforderten Vermerk einzurichten, nachzuholen haben wird. Sollte sich der Vortrag der Beklagten als zutreffend erweisen, wäre der Klageantrag zu IV des landgerichtlichen Urteils auf eine unmögliche Leistung gerichtet und abzuweisen.

53 Hingegen hat der Senat über die Widerklage selbst zu entscheiden, weil sie nach dem vom Berufungsgericht festgestellten Sachverhalt zur Endentscheidung reif ist (§ 563 Abs. 3 ZPO).

Bornkamm

Raum

Meier-Beck

RiBGH Dr. Strohn ist in Urlaub und  
kann daher nicht unterschreiben.

**Bornkamm**

**Kirchhoff**

Vorinstanzen:

LG München I, Entscheidung vom 09.12.2004 - 17 HKO 16990/03 -  
OLG München, Entscheidung vom 22.09.2005 - U (K) 1577/05 -