



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

KZR 62/11

Verkündet am:
24. September 2013
Führinger
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

Anybet

GWB § 1

Die Ordnungsbehörde eines Bundeslandes, die eine Erlaubnis für bestimmte Glücksspielangebote aus ordnungsrechtlichen Gründen widerruft, handelt auch dann nicht als Unternehmen, wenn das Bundesland Alleingesellschafter des Erlaubnisinhabers ist.

BGH, Urteil vom 24. September 2013 - KZR 62/11 - Brandenburgisches
Oberlandesgericht
LG Potsdam

Der Kartellsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 30. April 2013 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Bornkamm, den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Meier-Beck und die Richter Dr. Kirchhoff, Dr. Bacher und Dr. Deichfuß

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des Kartellsenats des Brandenburgischen Oberlandesgerichts vom 22. November 2011 aufgehoben.

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

Von Rechts wegen

Tatbestand:

- 1 Die Klägerin erbringt Dienstleistungen auf dem Gebiet der Vermittlung und technischen Abwicklung von Glücksspielen. Die Beklagte ist die landeseigene Lottogesellschaft des Landes Brandenburg und Mitglied des Deutschen Lotto- und Totoblocks, dem sämtliche Lottogesellschaften der Bundesländer angehören. Die Klägerin nimmt die Beklagte auf Schadensersatz wegen vorzeitiger Beendigung eines Hosting-Vertrags über den technischen Betrieb einer Internetplattform zum Vertrieb von Glücksspielen in Anspruch.

- 2 In Verträgen vom 12. November 2002 beauftragte die Beklagte die Klägerin und ihre Schwestergesellschaft f. GmbH (heute j.

GmbH) mit dem Aufbau eines internetbasierten Spielsystems. Durch den „Software-Vertrag“ erwarb die Beklagte die zur technischen Umsetzung des Glücksspielangebots im Internet erforderliche Software (Standardsoftware und angepasste Software) von der Klägerin. Mit dem „Hosting-Vertrag“ beauftragte die Beklagte die Klägerin mit dem technischen Betrieb der Internetplattform einschließlich Wartung und Pflege sämtlicher Infrastrukturkomponenten. Als Entgelt für die Dienstleistungen der Klägerin war in § 4 des Hosting-Vertrags eine Vergütung in Höhe von 9% der über die angepasste Software abgewickelten Spieleinsätze zuzüglich Umsatzsteuer vereinbart. Der auf unbestimmte Zeit abgeschlossene Vertrag konnte mit einer Frist von sechs Monaten zum Jahresende, erstmals zum 31. Dezember 2005, ordentlich gekündigt werden (§ 7 Hosting-Vertrag).

3 Die Klägerin erstellte die für den Spielbetrieb im Internet erforderliche Software, baute die Internetplattform auf und betrieb sie seit Dezember 2002. Sie erhielt hierfür die vereinbarte Vergütung.

4 Die Mitglieder des Deutschen Lotto- und Totoblocks hatten sich in § 2 des sogenannten Blockvertrags verpflichtet, Lotterien und Sportwetten jeweils nur in dem Bundesland zu vertreiben, in dem sie ihren Sitz haben (Regionalisierungsprinzip). Mit Beschluss vom 23. August 2006 (WuW/E DE-V 1251) hat das Bundeskartellamt unter anderem beschlossen:

B. § 2 des Blockvertrags der Deutschen Lotto- und Totounternehmen verstößt gegen Art. 81 EG, soweit sich die Gesellschafter des [Deutschen Lotto- und Totoblocks] darin geeinigt haben, Lotterien und Sportwetten, ... 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 [Lottogesellschaften der Bundesländer] wird daher nach § 32 GWB untersagt, ihr jeweiliges Vertriebsgebiet für Lotterien und Sportwetten un-

ter 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 [Lottogesellschaften der Bundesländer] untersagt, ihren Internetvertrieb aus diesem Grund auf Spielteilnehmer des Bundeslandes zu beschränken, die ihren Wohnsitz im Land der Lottogesellschaft haben.

5 Die Lottogesellschaften legten gegen diesen Beschluss Beschwerde ein und beantragten am 1. September 2006 unter anderem, die aufschiebende Wirkung ihrer Beschwerde gegen die Untersagungsverfügungen zu Abschnitt B der Verfügung des Bundeskartellamts anzuordnen.

6 Mit Beschluss vom 23. Oktober 2006 wies das Oberlandesgericht Düsseldorf den Antrag auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde hinsichtlich der Untersagungsverfügung zu B 1 mit der Klarstellung zurück,

dass sich die Untersagung der Beschränkung des Vertriebsgebiets auf das Gebiet des Bundeslandes, in dem die Beschwerdeführer über eine Genehmigung für die von ihnen angebotenen Glücksspiele verfügen, nur auf eine Beschränkung mit Rücksicht auf § 2 Blockvertrag und § 5 Abs. 3 Lotteriestaatsvertrag bezieht; eine Verpflichtung außerhalb des eigenen Bundeslandes tätig zu werden, ergibt sich aus dieser Unterlassungsverfügung nicht.

7 Den Antrag hinsichtlich der Untersagungsverfügung zu B 2 wies das Oberlandesgericht Düsseldorf zurück (OLG Düsseldorf, WuW/E DE-R 1869).

8 Am 6. November 2006 kamen die Chefs der Staats- und Landeskanzleien der Bundesländer in einer Telefonkonferenz mehrheitlich überein, den Internetvertrieb der Lottogesellschaften gänzlich einzustellen. Diese Übereinkunft beruhte auf einer Empfehlung der Glücksspielreferenten der Länder.

9 Mit Telefax vom 6. November 2006 teilte die Beklagte der Klägerin mit, dass das Ministerium des Innern des Landes Brandenburg die ihr erteilten Er-

laubnisse zum Internetvertrieb von Glücksspielprodukten mit Wirkung zum gleichen Tage widerrufen habe. Sie bat die Klägerin, die Einstellung des Internet-spielangebots bis 24.00 Uhr desselben Tages durch entsprechende technische Maßnahmen sicherzustellen. Dem kam die Klägerin nach. Mit Schreiben vom 16. November 2006 forderte die Beklagte die Klägerin auf, die Fortsetzung des Hosting-Vertrags mit einer Internetpräsenz ohne Spielangebot anzubieten. Die Klägerin kündigte unter dem 27. November 2006 an, kurzfristig ein entsprechendes Angebot zu unterbreiten, machte aber zugleich geltend, die Abschaltung des Internetangebots verletze den frühestens zum 31. Dezember 2007 kündbaren Hosting-Vertrag, weshalb sie sich vorbehalte, den ihr entgangenen Gewinn als Schadensersatz geltend zu machen.

10 Eine Vereinbarung der Parteien zur Fortsetzung des Hosting-Vertrags kam nicht zustande. Mit Schreiben vom 25. Juni 2007 kündigte die Beklagte den Vertrag zum 31. Dezember 2007. Die Klägerin betrieb den Internetauftritt bis Ende 2007 als Informationsplattform ohne Spielangebot für die Beklagte weiter.

11 Unter dem 13. Februar 2008 forderte die Klägerin die Beklagte auf, an sie Schadensersatz wegen Einstellung des Internetvertriebs für die Zeit vom 7. November 2006 bis zum 31. Dezember 2007 in Höhe von insgesamt 677.931,57 € zu zahlen. Die Beklagte trat dem entgegen, erklärte sich aber ohne Anerkennung einer Rechtspflicht bereit, eine übliche Vergütung für den Betrieb der Internetplattform als Informationsangebot in der Zeit bis zum 31. Dezember 2007 zu zahlen, sofern die Klägerin entsprechend abrechne und erkläre, dass damit sämtliche Forderungen im Zusammenhang mit dem Internetportal abgegolten seien. Darauf ging die Klägerin nicht ein.

12 Die Klägerin hat beantragt,

die Beklagte zu verurteilen, an sie 703.744,61 € zuzüglich Zinsen in Höhe von acht Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 28. Februar 2008 sowie außergerichtliche Mahnkosten in Höhe von 4.694,80 € zu zahlen.

13 Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Die Berufung der Klägerin ist ohne Erfolg geblieben (OLG Brandenburg, MMR 2012, 89). Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision, deren Zurückweisung die Beklagte begehrt, verfolgt die Klägerin ihren Antrag weiter.

Entscheidungsgründe:

14 I. Das Berufungsgericht hat die Klage für unbegründet gehalten und dazu ausgeführt:

15 Zwar sei das Vertragsverhältnis der Parteien erst zum 31. Dezember 2007 aufgelöst worden. Vertragliche Ansprüche der Klägerin bestünden aber weder hinsichtlich der von ihr weiter ausgeführten noch für die nicht erbrachten Leistungsteile.

16 Hinsichtlich des nicht ausgeführten Leistungsteils sei die Leistung der Klägerin aus Gründen unmöglich geworden, die die Beklagte nicht zu vertreten habe, so dass der Klägerin weder Vergütung abzüglich ersparter Aufwendungen (§ 649 BGB; § 275 i.V.m. § 326 Abs. 2 BGB) noch Schadensersatz (§§ 280, 281 BGB; § 275 i.V.m. §§ 280, 281, 283 BGB) zustehe. Der nach dem Hosting-Vertrag mit dem Internetspielbetrieb bezweckte Leistungserfolg sei der Abschluss wirksamer Spielverträge. Diese Leistung sei infolge des Widerrufs der Erlaubnis der Beklagten zum Internetvertrieb von Glücksspielen unmöglich geworden, weil über das Internet vermittelte Glücksspielverträge ohne die dafür erforderliche behördliche Erlaubnis nichtig seien (§ 134 BGB i.V.m. §§ 284, 287 StGB). Ein vertraglicher Zahlungsanspruch gegen die Beklagte komme deshalb

nur in Betracht, wenn sie den Erlaubniswiderruf zu vertreten habe. Das sei zu verneinen, weil sie insoweit weder eine Pflichtverletzung begangen noch nach der vertraglichen Risikoverteilung die Gefahr für den Fortbestand der Erlaubnis übernommen habe oder aus einem anderen Grund im Verhältnis zur Klägerin dafür einstehen müsse.

17 Insbesondere habe die Beklagte mit der Einstellung ihres Glücksspielangebots im Internet und der damit verbundenen Weigerung, den Hosting-Vertrag unverändert fortzusetzen, nicht gegen eine Verfügung der Kartellbehörde, eine Vorschrift des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen oder Art. 101 AEUV verstoßen. Es stelle keinen Verstoß gegen die Abstellungsverfügung des Bundeskartellamts dar, dass sich die Beklagte entschieden habe, ihren Internetvertrieb gänzlich einzustellen und nicht auf Spielteilnehmer aus anderen Bundesländern auszudehnen. Die Beklagte habe die Erweiterung des Internetangebots auf andere Bundesländer vor dem Hintergrund der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zum Bayerischen Staatslotteriegesetz (BVerfG, Beschluss vom 28. März 2006 - 1 BvR 1054/01, BVerfGE 115, 276) aus nicht zu beanstandenden Erwägungen unterlassen. Sie habe den Eintritt der Unmöglichkeit auch nicht deshalb zu vertreten, weil sie den Widerruf der Erlaubnis nicht angefochten habe. Denn eine Anfechtung wäre ohne Erfolg geblieben. Die Voraussetzungen für einen Widerruf der Erlaubnis wegen nachträglich eingetretener Tatsachen gemäß § 49 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 VwVfG seien gegeben. Das danach bestehende Widerrufsermessen sei fehlerfrei ausgeübt worden. Dem stehe nicht entgegen, dass der Widerruf einer vorherigen Abstimmung der Chefs der Staats- und Landeskanzleien folge.

18 Die Beklagte müsse für den Erlaubniswiderruf auch nicht aufgrund einer vertraglichen Risikoübernahme einstehen. Etwas anderes folge nicht aus dem Umstand, dass der Widerrufsbescheid durch das Ministerium des Inneren als

oberster Landesbehörde des Landes Brandenburg erlassen und das Land zugleich Alleingesellschafter der Beklagten sei. Eine Durchbrechung der gesellschaftsrechtlichen Trennung zwischen der Beklagten und ihrem Alleingesellschafter setze voraus, dass das Land als Ordnungsbehörde rechtsmissbräuchlich gehandelt habe. Das sei nicht der Fall, weil der Widerruf der Erlaubnis weder rechtsmissbräuchlich noch rechtswidrig, sondern aufgrund nachträglich eingetretener Tatsachen rechtmäßig ergangen sei.

19 Hinsichtlich der möglich gebliebenen und von der Klägerin erbrachten Teilleistung sei die Beklagte zwar nicht von ihrer Gegenleistung frei geworden. Die Feststellung einer verminderten Gegenleistung in bestimmter Höhe scheitere aber, weil nicht festgestellt werden könne, welche konkrete Teilleistung von der Beklagten erbracht worden sei und welche Bedeutung diese im Verhältnis zur vereinbarten Gesamtleistung habe. Die Klägerin sei ihrer Darlegungslast insoweit nicht nachgekommen.

20 II. Die Revision der Klägerin hat Erfolg. Mit der vom Berufungsgericht gegebenen Begründung kann ein Anspruch der Klägerin weder im Hinblick auf den unmöglich gewordenen Leistungsteil noch wegen der mit dem Weiterbetrieb als Informationsplattform nach dem 6. November 2006 erbrachten Teilleistung ausgeschlossen werden. Das ergibt sich zwar nicht aus einem Kartellrechtsverstoß. Es besteht jedoch zumindest aufgrund einer ergänzenden Vertragsauslegung dem Grunde nach ein Anspruch der Klägerin auf Aufwändungsersatz für die nicht mehr ausgeführten Leistungen. Zudem kann die Klägerin eine Vergütung für die von ihr trotz Widerruf der Erlaubnis erbrachten Leistungen verlangen.

21 1. Das Berufungsgericht hat den Hosting-Vertrag als Werkvertrag angesehen. Das lässt keinen Rechtsfehler erkennen (vgl. BGH, Urteil vom 4. März

2010 - III ZR 79/09, BGHZ 184, 345 Rn. 5 f., 24, 26 f.) und wird von der Revision auch nicht angegriffen. Die Klägerin schuldet als Erfolg den Betrieb einer virtuellen Annahmestelle, über die im Internet Glücksspielverträge abgeschlossen werden konnten, und das Hosting der dafür erforderlichen Software. Ebenfalls zutreffend ist das Berufungsgericht davon ausgegangen, dass der Wegfall der Erlaubnis der Beklagten für Glücksspielangebote im Internet weder ex tunc noch ex nunc zu einer Nichtigkeit des Hosting-Vertrags geführt hat, so dass er erst durch die ordentliche Kündigung der Beklagten zum 31. Dezember 2007 beendet worden ist.

22 2. Das Berufungsgericht ist davon ausgegangen, dass die von der Klägerin geschuldete Leistung ab 7. November 2006 im Wesentlichen rechtlich unmöglich geworden ist und nur noch eine Teilleistung in Form eines reinen Informationsangebots erbracht werden konnte. Das hält ebenfalls rechtlicher Nachprüfung stand.

23 Durch den Widerruf der Erlaubnis der Beklagten für Glücksspielangebote im Internet wurde der Klägerin die von ihr geschuldete Aufrechterhaltung des Internetspielbetriebs für die Beklagte unmöglich. Die weitere Bereitstellung der technischen Einrichtungen für unerlaubte öffentliche Glücksspiele im Internet hätte den Tatbestand des § 284 Abs. 1 StGB erfüllt. Zudem konnten über die von der Klägerin betriebene Internetplattform keine Spielverträge mehr abgeschlossen werden (§ 134 BGB). Dagegen konnte die Internetplattform noch als bloßes Informationsangebot ohne Spielmöglichkeit weiterbetrieben werden. Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts entsprach dieser eingeschränkte Weiterbetrieb dem Wunsch der Beklagten und war deshalb keineswegs sinnlos (vgl. BGH, Urteil vom 17. Dezember 1995 - V ZR 267/93, NJW-RR 1995, 853, 854 mwN).

24 3. Für den unmöglich gewordenen Leistungsteil steht der Klägerin kein
um ersparte Aufwendungen verminderter Anspruch auf die volle Gegenleistung
zu. In Betracht kommt aber ein Anspruch auf Aufwendungsersatz.

25 a) Das Berufungsgericht hat angenommen, den vertraglichen Abspra-
chen der Parteien sei nicht zu entnehmen, dass die Beklagte das Risiko eines
Widerrufs der ordnungsbehördlichen Erlaubnis für Glücksspielangebote im In-
ternet übernommen habe. Diese tatrichterliche Auslegung der Verträge lässt
keinen Rechtsfehler erkennen.

26 b) Der Klägerin steht kein Anspruch aus § 326 Abs. 2 Satz 1 Fall 1 BGB
zu. Nach dieser Bestimmung behält der Schuldner grundsätzlich den vollen An-
spruch auf die Gegenleistung, wenn der Gläubiger für den Umstand, aufgrund
dessen der Schuldner nach § 275 Abs. 1 bis 3 BGB nicht zu leisten braucht,
allein oder weit überwiegend verantwortlich ist.

27 aa) Im Werkvertragsrecht gilt die Sondervorschrift des § 645 BGB, die in
ihrem Anwendungsbereich den §§ 323 ff. BGB vorgeht. § 326 Abs. 2 BGB
bleibt aber im Falle der vom Besteller verschuldeten Unmöglichkeit anwendbar
(vgl. § 645 Abs. 2 BGB sowie BGH, Urteil vom 30. November 1972
- VII ZR 239/71, BGHZ 60, 14, 18; Urteil vom 21. August 1997 - VII ZR 17/96,
BGHZ 136, 303, 307). Im Streitfall hat die Beklagte den Widerruf der Erlaubnis
indessen nicht verschuldet.

28 bb) Grund für den Widerruf war kein Fehlverhalten der Beklagten bei
dem ihr erlaubten Vertrieb von Glücksspielprodukten über das Internet, sondern
allein die Veränderung der dafür maßgeblichen Rahmenbedingungen.

29 cc) Der Widerruf der Erlaubnis der Beklagten zum Internetvertrieb beruht
auch nicht auf einem Kartellrechtsverstoß des Landes Brandenburg, für den

die Beklagte gegenüber der Klägerin einzustehen hätte. Eine Anwendung des Kartellrechts ist ausgeschlossen, weil das Land Brandenburg beim Widerruf der Erlaubnis als Ordnungsbehörde und nicht unternehmerisch gehandelt hat.

30 (1) Ausweislich der Begründung des Widerrufs sah sich das Land Brandenburg widersprüchlichen Vorgaben des Bundeskartellamts und des Bundesverfassungsgerichts zum Internetvertrieb von Glücksspielen ausgesetzt.

31 Das Bundeskartellamt hatte den Lottogesellschaften der Bundesländer untersagt, den Internetvertrieb auf Spielteilnehmer zu beschränken, die ihren Wohnsitz im Land der jeweiligen Lottogesellschaft haben. Das Oberlandesgericht Düsseldorf hatte den auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde gegen diese Verfügung gerichteten Antrag der Lottogesellschaften zurückgewiesen. Es hatte dabei ausgeführt, es obliege zwar der freien unternehmerischen Entscheidung der Lottogesellschaften, ob sie einen Internetvertrieb eröffneten. Wenn sie sich aber dafür entschieden, könne seine Sperrung für Nutzer aus anderen Bundesländern nur der Umsetzung einer Kartellabsprache dienen. Vor diesem Hintergrund hatte das Bundeskartellamt unter anderem der Beklagten ein Zwangsgeld in Höhe von 1.000.000 € angedroht, wenn sie ihren Internetvertrieb nicht spätestens bis zum 7. November 2006 für Spielteilnehmer aus anderen Bundesländern öffne.

32 Demgegenüber hatte das Bundesverfassungsgericht im Beschluss vom 28. März 2006 (BVerfGE 115, 276) zum Bayerischen Staatslotteriegesezt die Erweiterung des Angebots staatlicher Wettveranstaltung bis zu einer verfassungskonformen Neuregelung des Glücksspielrechts ausgeschlossen und darüber hinaus das Internetangebot der Staatlichen Lotterieverwaltung Bayern als bedenklich angesehen (BVerfGE 115, 276 Rn. 139, 160; vgl. BGH, Beschluss vom 8. Mai 2007 - KVR 31/06, WuW/E DE-R 2035 Rn. 45 - Lotto im Internet).

- 33 Bei der Wahrnehmung ihrer Befugnisse hat die Ordnungsbehörde auch darauf Bedacht zu nehmen, dass die Ausübung einer ordnungsrechtlichen Erlaubnis im Einklang mit den Anforderungen stehen muss, die die Rechtsordnung im Übrigen an die Tätigkeit des Erlaubnisinhabers stellt. Wegen der gegensätzlichen Anforderungen kam im Streitfall zur Erreichung eines sowohl verfassungs- als auch kartellrechtskonformen Glückspielangebots insbesondere die vollständige Einstellung des Internetvertriebs in Betracht, die durch den Widerruf der Erlaubnis der Beklagten erreicht werden konnte. Mit dem Widerruf handelte die Ordnungsbehörde somit im Rahmen ihrer Zuständigkeiten. Der Widerruf stellt daher ein ordnungsbehördliches Handeln dar, das die Anwendung des Kartellrechts ausschließt.
- 34 Wird eine Lottogesellschaft, die im Land ihres Sitzes über eine Erlaubnis zum Internetvertrieb verfügt, in einem anderen Bundesland tätig, so ist es zwar nach der Rechtsprechung des Senats Aufgabe der Ordnungsbehörde des anderen Landes, daraus etwaige ordnungsrechtliche Konsequenzen zu ziehen (vgl. BGH, Beschluss vom 14. August 2008 - KVR 54/07, WuW/E DE-R 2408 Rn. 100 - Lottoblock). Das schließt indes nicht aus, dass ein Land seiner Lottogesellschaft aus ordnungsrechtlichen Gründen den Internetvertrieb insgesamt untersagt.
- 35 (2) Das ordnungsbehördliche, nicht unternehmerische Handeln des Landes wird auch nicht dadurch in Frage gestellt, dass der Widerruf der Erlaubnis einer Übereinkunft der Chefs der Staats- und Landeskanzleien der Bundesländer vom 6. November 2006 entsprach, die wiederum der Empfehlung der Glücksspielreferenten der Länder vom 2. November 2006 folgte, den Internetvertrieb gänzlich einzustellen. Im Hinblick auf die im fraglichen Zeitraum bestehende große rechtliche Unsicherheit bei der Beurteilung des Internetvertriebs

von Glücksspielen bestand ein ordnungsrechtlicher Abstimmungsbedarf zwischen den Bundesländern.

36 (3) Das Land Brandenburg hat der Beklagten mithin keine gesellschaftsrechtliche Weisung erteilt, sondern handelte hoheitlich als Ordnungsbehörde.

37 dd) Die Beklagte hat den Wegfall der Erlaubnis nicht dadurch verschuldet, dass sie gegen den Widerruf kein Rechtsmittel eingelegt hat. Die Revision erhebt insoweit auch keine Rügen.

38 Das Berufungsgericht hat zutreffend angenommen, dass die Voraussetzungen für einen Widerruf der Erlaubnis wegen nachträglich eingetretener Tatsachen gemäß § 49 Abs. 2 Nr. 3 VwVfGBbg vorlagen. Aufgrund der Abstellungsverfügung des Bundeskartellamts und unter Berücksichtigung des Sportwetten-Urteils des Bundesverfassungsgerichts (BVerfGE 115, 276) war das Land Brandenburg zum Zeitpunkt des Widerrufs am 6. November 2006 berechtigt, der Beklagten keine Erlaubnis für den Internetvertrieb von Glücksspielen zu erteilen. Weil bei einem Fortbestand der Erlaubnis die Ausdehnung des Internetangebots der Beklagten auf andere Bundesländer konkret in Betracht kam und es nicht fernlag, darin eine unzulässige Erweiterung staatlicher Wettveranstaltung im Sinne des Bundesverfassungsgerichts zu erkennen (vgl. BGH, WuW/E DE-R 2408 Rn. 100 - Lottoblock), wäre ohne den Widerruf auch das öffentliche Interesse gefährdet gewesen. Schließlich ist auch kein Anhaltspunkt dafür ersichtlich, dass dem Land bei der Entscheidung für den Widerruf ein Ermessensfehler unterlaufen wäre.

39 c) Das Berufungsgericht hat nicht geprüft, ob die Klage teilweise begründet ist, weil der Klägerin ein Anspruch auf Aufwendungsersatz zusteht. Dazu bestand indes Anlass.

40 aa) Es kommt in Betracht, dass der Klägerin im Vertrauen auf eine Vertragsfortsetzung jedenfalls bis zum nächsten ordentlichen Kündigungstermin (31. Dezember 2007) Aufwendungen - wie beispielsweise nicht mehr vermeidbare Personal- und Leasingkosten (etwa für Server) - entstanden sind, die wegen des Wegfalls der Erlaubnis nutzlos geworden sind. Solche Aufwendungen wären Teil des Schadens, den die Beklagte mit der vorliegenden Klage ersetzt verlangt. Sie sind deshalb vom Streitgegenstand dieses Verfahrens umfasst.

41 bb) Nach § 645 BGB kann der Unternehmer einen der geleisteten Arbeit entsprechenden Teil der Vergütung sowie Ersatz der in der Vergütung nicht inbegriffenen Auslagen verlangen, wenn das Werk vor der Abnahme infolge eines Mangels des von dem Besteller gelieferten Stoffes oder infolge einer von dem Besteller für die Ausführung erteilten Anweisung untergegangen, verschlechtert oder unausführbar geworden ist. Eine unmittelbare Anwendung dieser Vorschrift kommt nicht in Betracht, weil keiner dieser Fälle vorliegt.

42 cc) Ob Ansprüche der Klägerin mit einer entsprechenden Anwendung von § 645 Abs. 1 BGB begründet werden könnten, bedarf keiner Entscheidung. Denn ein Anspruch auf Aufwendungsersatz kommt jedenfalls aufgrund einer ergänzenden Vertragsauslegung in Betracht.

43 Das Berufungsgericht hat angenommen, die Parteien seien selbstverständlich davon ausgegangen, dass die Erlaubnis der Beklagten bestehen bleibe. Ihren Vereinbarungen sei daher weder eine ausdrückliche noch eine stillschweigende Übernahme des Risikos des Erlaubniswiderrufs durch die Beklagte zu entnehmen. Diese tatrichterliche Würdigung lässt keinen Rechtsfehler erkennen und wird von der Revision hingenommen. Das Berufungsgericht hat es aber versäumt, die in der fehlenden Regelung des Erlaubniswiderrufs liegende Vertragslücke im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung zu schließen. Die

im Streitfall gebotene ergänzende Vertragsauslegung führt zu dem Ergebnis, dass die Klägerin zwar keine volle Vergütung der unmöglich gewordenen Leistungen verlangen kann, dass ihr aber ein Anspruch auf Ersatz der nicht mehr vermeidbaren und inzwischen nutzlos gewordenen Aufwendungen bis zur nächstmöglichen ordentlichen Kündigung zusteht.

44 (1) Zwar gehört die ergänzende Vertragsauslegung grundsätzlich in den Bereich tatrichterlicher Feststellungen. Der Senat kann sie aber im Streitfall aufgrund der seiner Nachprüfung unterliegenden tatsächlichen Grundlagen selbst vornehmen, weil die hierfür erforderlichen Feststellungen getroffen und weitere Feststellungen nicht zu erwarten sind (BGH, Urteil vom 12. Oktober 2012 - V ZR 222/11, NJW-RR 2013, 494 Rn. 8, 16 mwN).

45 (2) Bei der ergänzenden Auslegung ist darauf abzustellen, was die Parteien bei einer angemessenen Abwägung ihrer Interessen nach Treu und Glauben als redliche Vertragspartner vereinbart hätten, wenn sie den von ihnen nicht geregelten Fall bedacht hätten (BGH, Urteil vom 6. Oktober 2006 - V ZR 20/06, BGHZ 169, 215 Rn. 11; BGH, NJW-RR 2013, 494 Rn. 12). Dabei ist zunächst an den Vertrag selbst anzuknüpfen; die darin enthaltenen Regelungen und Wertungen, sein Sinn und Zweck sind Ausgangspunkt der Vertragsergänzung. Sie findet ihre Grenze an dem im - wenn auch lückenhaften - Vertrag zum Ausdruck gekommenen Parteiwillen; sie darf daher nicht zu einer Abänderung oder Erweiterung des Vertragsgegenstandes führen, und sie muss im Vertrag auch eine Stütze finden (BGH, Urteil vom 25. Juni 1980 - VIII ZR 260/79, BGHZ 77, 301, 304; BGH NJW-RR 2013, 494 Rn. 12). Damit ist die ergänzende Vertragsauslegung nicht vorrangig am gesetzlichen Leitbild des Vertragstyps sondern am hypothetischen Parteiwillen auszurichten (vgl. BGH, NJW-RR 2013, 494 Rn. 14).

46 (3) Ein hypothetischer Wille der Parteien, im Fall des Fortfalls der Erlaubnis den Vergütungsanspruch der Klägerin bis zum nächstmöglichen Kündigungszeitpunkt in vollem Umfang oder allenfalls um ersparte Aufwendungen vermindert fortbestehen zu lassen, kann entgegen der Ansicht der Revision nicht angenommen werden.

47 Die im Software-Vertrag vereinbarte feste Vergütung hatte die Klägerin bereits vor dem Widerruf der Erlaubnis vollständig erhalten. Als Entgelt für die Leistungen gemäß Hosting-Vertrag war aber allein eine umsatzabhängige Vergütung vereinbart. Das zeigt, dass diese Vergütung nach dem Willen der Parteien grundsätzlich von den Verdienstmöglichkeiten der Beklagten abhängen sollte, die ihr durch die Leistungen der Klägerin eröffnet waren. Diese Verdienstmöglichkeiten bestanden nach dem - von der Beklagten unverschuldeten - Widerruf der Erlaubnis nicht mehr. Außerdem hatten die Parteien in § 7 Hosting-Vertrag vereinbart, dass die Beklagte ihn nach dem 31. Dezember 2005 ohne Entschädigungspflicht ordentlich kündigen konnte. Danach hatte die Klägerin grundsätzlich das Risiko einer bis dahin für sie etwa noch fehlenden Rentabilität des Vertrags zu tragen.

48 Aufgrund dieser Umstände kann kein hypothetischer Parteiwille angenommen werden, der Klägerin auch dann einen Anspruch auf volle oder allenfalls um ersparte Aufwendungen verminderte Vergütung zu gewähren, wenn die Beklagte ihre mit den Vereinbarungen der Parteien bezweckten Verdienstmöglichkeiten unverschuldet verliert. Etwas anderes ergibt sich entgegen der Ansicht der Revision auch nicht daraus, dass das Land Brandenburg zugleich für den Widerruf zuständige Ordnungsbehörde und Alleingesellschafter der Beklagten ist und die Parteien diesen Umstand berücksichtigt hätten. Zwar liegt nicht fern, dass die Parteien der Beklagten das Risiko einer unternehmerischen Entscheidung ihres Alleingesellschafters zugewiesen hätten. Der Widerruf durch

die Ordnungsbehörde erging aber allein aus ordnungsrechtlichen Gründen, so dass es an einer Handlung und insbesondere einer Weisung des Alleingesellschafters fehlte. Die auf der Rechtsunsicherheit beim Internetvertrieb von Glücksspielen beruhende Entscheidung der Ordnungsbehörde traf die Beklagte nicht anders als sie jeden Dritten hätte treffen können.

49 (4) Neben der umsatzabhängigen Vergütung haben die Parteien aber auch ein ordentliches Kündigungsrecht mit sechsmonatiger Frist zum Jahresende, erstmals zum 31. Dezember 2005, vereinbart und damit zum Ausdruck gebracht, dass beide Seiten auf eine weitere Durchführung des Vertrags jeweils bis zur nächsten ordentlichen Kündigungsmöglichkeit vertrauen durften. Da die Beklagte als Anbieterin von Glücksspielen im Internet die dafür erforderliche Erlaubnis benötigte, entspricht es auch dem hypothetischen Parteiwillen, dass sie für den Erwerb und die Aufrechterhaltung der Erlaubnis zu sorgen hatte.

50 Unter Berücksichtigung dieser Umstände hätten die Parteien nach Treu und Glauben bei einer angemessenen Abwägung ihrer Interessen als redliche Vertragspartner eine Regelung für den Fall getroffen, dass die Erlaubnis aus einem nicht in der Person oder dem Verhalten der Beklagten begründeten Umstands widerrufen wird. Sie hätten der Klägerin in dieser Fallkonstellation nicht das Risiko aufgebürdet, dass sich Aufwendungen als nutzlos erweisen, von denen sie annehmen musste, dass sie zur Erfüllung der von ihr übernommenen vertraglichen Pflichten erforderlich sind. Eine solche Regelung bürdet das durch Wegfall der Erlaubnis realisierte Risiko nicht vollständig der Klägerin auf, sondern führt zu einer angemessenen Verteilung: Im Hinblick darauf, dass die Unmöglichkeit der Fortführung des Vertrages von keiner der beiden Vertragsparteien zu vertreten ist, entspricht es der Billigkeit, dass keine Vertragspartei ihre an die Durchführung des Vertrags gestellte Gewinnerwartung realisieren kann. Ebenso ist es angemessen, dass die Klägerin die ihr im Vertrauen auf die

Durchführung des Vertrags entstandenen Aufwendungen ersetzt verlangen kann.

51 (5) Der Klägerin kann nicht entgegengehalten werden, dass sie bislang nicht hinreichend zu ihren Aufwendungen vorgetragen hat. Hätte das Berufungsgericht - wie geboten - die Möglichkeit der ergänzenden Vertragsauslegung erwogen, hätte es die Klägerin auf diesen Gesichtspunkt hinweisen und ihr Gelegenheit zu ergänzendem Vortrag geben müssen (§ 139 Abs. 1 und 2 ZPO). Dies wird im wiedereröffneten Berufungsverfahren nachzuholen sein.

52 III. Das Berufungsurteil ist danach aufzuheben. Da die Sache noch nicht zur Endentscheidung reif ist, ist sie zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen (§ 563 Abs. 1 ZPO).

53 IV. Für die neue Verhandlung gibt der Senat folgende Hinweise:

54 1. Für die Klägerin wird Gelegenheit bestehen, zu den ihr im Zeitraum vom 7. November 2006 bis zum 31. Dezember 2007 im Hinblick auf den unmöglich gewordenen Leistungsteil notwendig noch entstandenen Aufwendungen (etwa Personal- und Leasingkosten) vorzutragen.

55 2. Das Berufungsgericht hat zutreffend angenommen, dass der Klägerin dem Grunde nach eine Gegenleistung für den erbrachten Leistungsteil zusteht (§ 326 Abs. 1 Satz 1 Halbsatz 2, § 441 Abs. 3 BGB), deren Höhe sich nach dem objektiven Wert bemisst, den die Teilleistung im Verhältnis zur vollständigen Leistung hat.

56 Dabei ist zu berücksichtigen, dass die Klägerin einen Anspruch auf die volle Gegenleistung geltend gemacht hat. Die Beklagte als Besteller hat dann darzulegen, in welchem Umfang die Leistung unmöglich geworden ist und wel-

cher Wert den erbrachten Leistungen im Verhältnis zum Wert der Gesamtleistung zukommt (vgl. Baumgärtel/Reppen, Handbuch der Beweislast, 3. Aufl., § 275 BGB Rn. 16, § 326 Rn. 2; Staudinger/Otto, BGB, Bearbeitung 2009, § 326 Rn. B 72; Soergel/Gsell, BGB, 13. Aufl., § 323 Rn. 135; MünchKomm. BGB/Ernst, 6. Aufl., § 326 Rn. 119). Das entspricht den allgemeinen Grundsätzen der Verteilung der Darlegungslast, nach denen jede Partei die ihr günstigen Tatsachen - hier den Umfang der Minderung der Gegenleistung - darzulegen hat, sowie der Systematik der gesetzlichen Regelung, nach der die Minderung als Einrede ausgestaltet ist (vgl. BGH, Urteil vom 17. Februar 2004 - X ZR 108/02, NJW-RR 2004, 989, 990).

57 Im Streitfall besteht auch kein Anlass für eine Erleichterung der Beweisführung der Beklagten etwa nach den Grundsätzen der sekundären Darlegungslast. Die Beklagte kann ebenso gut wie die Klägerin zu Umfang und Wert der noch erbrachten Teilleistung vortragen. Allerdings wird das Berufungsgericht gegebenenfalls zu erwägen haben, den Wert der erbrachten Teilleistung nach § 441 Abs. 3 Satz 2 BGB, § 287 Abs. 2 ZPO zu schätzen. Dabei sind keine überspannten Anforderungen zu stellen (vgl. BGH, Urteil vom 6. Dezember 2012 - VII ZR 84/10, NJW 2013, 525 Rn. 18, 23 f.).

58 In diesem Zusammenhang kommt es nicht darauf an, dass die Parteien eine Vergütung in Höhe von 9% der vermittelten Spielumsätze vereinbart hatten, so dass sich rechnerisch auch eine anteilige Vergütung für den Zeitraum nach dem 6. November 2006 auf null belaufen würde. Denn die von der Klägerin noch erbrachten Leistungen hatten einen objektiven Wert, der ermittelt werden kann. Die vertragliche Vergütungsregelung ist auf den von den Parteien bei

Vertragsabschluss nicht vorhergesehenen Fall der Erbringung von Teilleistungen nach Widerruf der Erlaubnis für das Internetglücksspiel nicht anzuwenden.

Bornkamm

Meier-Beck

Kirchhoff

Bacher

Deichfuß

Vorinstanzen:

LG Potsdam, Entscheidung vom 23.04.2009 - 51 O 125/08 -

OLG Brandenburg, Entscheidung vom 22.11.2011 - Kart U 4/09 -