

# Wirksamkeit wettbewerbsbeschränkender Satzungsbestandteile

## Eigener Leitsatz:

Wettbewerbsverbote können nach Auffassung des Kartellsenats des BGH dann wirksam in Gesellschaftsverträge aufgenommen werden, wenn diese notwendig sind, um das im Übrigen kartellneutrale Unternehmen zu schützen. Das Verbot war im vorliegenden Fall daraufhin gerichtet, dass das Unternehmen vor einer Aushöhlung von innen geschützt werden sollte. Der entsprechende Satzungsbestandteil fällt dann nicht unter § 1 GWB.

## Bundesgerichtshof

Urteil vom 23.06.2009

Az.: KZR 58/07

## Tatbestand:

Die klagende A. GmbH & Co. KG (im Folgenden: A. ) gründete zusammen mit der Rechtsvorgängerin der L. GmbH & Co. KG (im Folgenden: L. ) und dem Verlagskaufmann Lo. die beklagte Verlags- und V. mbH (im Folgenden: V. ). A. und L. geben Tageszeitungen im Raum M. heraus. V. verteilte bis Juli 2007 in diesem Gebiet Anzeigenblätter.

In dem Gesellschaftsvertrag von V. ist bestimmt, dass näher aufgeführte Grundsatzentscheidungen eines einstimmigen Beschlusses der Gesellschafterversammlung bedürfen und dass die Gesellschafter umfassend Auskünfte von der Geschäftsführung und Einsicht in die Bücher und den Schriftverkehr verlangen können. Zu Lasten der Gesellschafter ist ein Wettbewerbsverbot vereinbart. Schließlich ist die

Einziehung von Geschäftsanteilen ohne Zustimmung des betroffenen Gesellschafters u.a. für den Fall vorgesehen, dass in seiner Person ein wichtiger Grund eingetreten ist, der für die übrigen Gesellschafter die Fortsetzung des Gesellschaftsverhältnisses unzumutbar macht.

Zwischen L. und Lo. einerseits und A. andererseits besteht seit 2005 Streit. Grund dafür ist unter anderem, dass A. im Mland über eine hundertprozentige Tochtergesellschaft die Gratiszeitung "Hallo!" herausgibt. L. und Lo. sehen darin einen Verstoß gegen das satzungsmäßige Wettbewerbsverbot. Mit ihren Stimmen wurde deshalb in den Gesellschafterversammlungen vom 28. Februar, 8. März und 18. Mai 2006 jeweils die Einziehung des Geschäftsanteils von A. beschlossen.

A. hat gegen diese Beschlüsse Anfechtungs- und Nichtigkeitsklagen erhoben. Das Landgericht hat die Klagen abgewiesen, das Oberlandesgericht hat ihnen stattgegeben (OLG Düsseldorf WuW/E DE-R 2166). Mit den vom Senat zugelassenen Revisionen verfolgt V. ihre Klageabweisungsbegehren weiter. Der Senat hat die Verfahren zur gemeinsamen Verhandlung und Entscheidung verbunden.

### **Entscheidungsgründe:**

Die Revision ist begründet und führt unter Aufhebung der angefochtenen Urteile zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

I. Das Berufungsgericht hat seine Entscheidungen wie folgt begründet:

Die drei Beschlüsse der Gesellschafterversammlung seien analog § 243 AktG für nichtig zu erklären, weil ein wichtiger Grund für eine Zwangseinziehung nicht vorgelegen habe. Insbesondere habe A. durch die Herausgabe der Gratiszeitschrift "Hallo!" nicht gegen ihre Pflichten aus dem Gesellschaftsvertrag verstoßen. Das darin vereinbarte Wettbewerbsverbot sei nämlich gemäß § 1 GWB, § 134 BGB nichtig.

Ein in einem Gesellschaftsvertrag vereinbartes Wettbewerbsverbot sei nur dann der Anwendung des § 1 GWB entzogen, wenn es erforderlich sei, die Funktionsfähigkeit des Gesellschaftsunternehmens zu erhalten. Bei einer Kapitalgesellschaft sei das nur der Fall, wenn der von dem Verbot betroffene Gesellschafter einen maßgeblichen Einfluss auf die Geschäftsführung habe. A. habe diesen maßgeblichen Einfluss nicht.

Auch aus dem Gesichtspunkt, dass es sich bei V. um ein konzentratives Gemeinschaftsunternehmen handele, ergebe sich nichts anderes. Insoweit hänge die Zulässigkeit eines Wettbewerbsverbots davon ab, ob die Muttergesellschaften ihre Tätigkeiten im Verhältnis zu dem Gemeinschaftsunternehmen koordinieren könnten. Auch dafür bedürfe es einer – hier nicht gegebenen – Beherrschungsmacht.

Auch die weitgehenden Informationsrechte der Gesellschafter könnten das Wettbewerbsverbot nicht rechtfertigen. Es sei nicht ersichtlich, dass A. wegen dieser Rechte über spezielle Informationen verfüge, derentwegen der Bestand des Unternehmens ohne ein Wettbewerbsverbot gefährdet sei.

II. Diese Beurteilung ist nicht frei von Rechtsfehlern.

Zutreffend ist das Berufungsgericht allerdings davon ausgegangen, dass die Einziehungsbeschlüsse der Gesellschafterversammlung von V. in entsprechender Anwendung des § 243 Abs. 1 AktG i.V. mit § 34 GmbHG angefochten werden können, wenn im Zeitpunkt ihrer Fassung kein wichtiger Grund für eine Zwangseinziehung i.S. des § 7 lit. c des Gesellschaftsvertrages vorgelegen hat, dass A. – unabhängig von der Wirksamkeit der Beschlüsse – zur Anfechtung berechtigt ist und dass sie die grundsätzlich auch für die GmbH geltende einmonatige Anfechtungsfrist des § 246 Abs. 1 AktG jeweils eingehalten hat.

Die Annahme, A. habe durch die Herausgabe der Gratiszeitung "Hallo!" ihre Pflichten aus dem Gesellschaftsvertrag nicht

verletzt, weil das in § 14 des Vertrages vereinbarte Wettbewerbsverbot gegen § 1 GWB verstoße und daher gemäß § 134 BGB nichtig sei, wird jedoch durch den vom Berufungsgericht festgestellten Sachverhalt nicht getragen. Danach erfüllt das vereinbarte Wettbewerbsverbot nicht den Tatbestand des § 1 GWB.

1. Die Anwendung des § 1 GWB ist allerdings nicht schon deshalb aus-geschlossen, weil die Gründer von V. ihr Vorhaben beim Bundeskartellamt angemeldet haben und dieses den Zusammenschluss freigegeben hat. Denn auf die Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens kommen nicht allein die Vorschriften über die Fusionskontrolle zur Anwendung. Vielmehr sind immer auch die Voraussetzungen des § 1 GWB und des Art. 81 EG zu prüfen (BGHZ 147, 325, 336 f. – Ost-Fleisch; BGH, Beschl. v. 4.3.2008 – KVZ 55/07, WuW/E DE-R 2361 Tz. 14 – Nord-KS/Xella).

2. Unter der vom Berufungsgericht bejahten Voraussetzung, dass V. ein kartellrechtlich unbedenkliches sogenanntes konzentratives Gemeinschafts-unternehmen betreibt, fällt das an die Gesellschafter gerichtete Verbot, auf demselben Markt wie V. tätig zu werden, aber deshalb nicht unter § 1 GWB, weil es erforderlich ist, um den Bestand und die Wettbewerbsfähigkeit von V. zu erhalten.

a) Hinsichtlich der Wirksamkeit wettbewerbsbeschränkender Satzungs-bestandteile gilt Folgendes:

aa) Sie werden nach der Rechtsprechung des Senats dann nicht von § 1 GWB erfasst, wenn sie notwendig sind, um das im Übrigen kartellrechtsneutrale Gemeinschaftsunternehmen in seinem Bestand und seiner Funktionsfähigkeit zu erhalten und davor zu schützen, dass ein Gesellschafter es von innen her aus-höhlt oder gar zerstört und damit einen leistungsfähigen Wettbewerb zu Gunsten seiner eigenen Konkurrenz-tätigkeit ausschaltet (BGHZ 104, 246, 251 ff. – neuform-Artikel; BGHZ 120, 161, 166 f. – Taxigenossenschaft II; BGH, Beschl. v. 15.4.1986 – KVR 1/85, WuW/E BGH 2271, 2273 –

Taxigenossenschaft I; ebenso BGHZ 89, 162, 169 [II. Zivilsenat]). Dabei ist kartellrechtsneutral ein –konzentratives – Gemeinschaftsunternehmen, das sämtliche Funktionen eines selbständigen Unternehmens wahrnimmt, marktbezogene Leistungen erbringt und nicht ausschließlich oder überwiegend auf demselben Markt wie die Mutterunternehmen tätig ist (BGHZ 96, 69, 79 – Mischwerke; BGHZ 147, 325, 336 – Ost-Fleisch; BGH WuW/E DE-R 2361 Tz. 14 – Nord-KS/Xella). Setzen die Mutterunternehmen dagegen ihre Tätigkeit auf demselben Markt wie das Gemeinschaftsunternehmen fort, spricht das im Regelfall für eine kartellrechtswidrige Zusammenarbeit im Rahmen des dann kooperativen Gemeinschaftsunternehmens. Das führt zwar mangels eines rechtskräftigen Urteils, durch das die Gesellschaft gemäß § 75 GmbHG, § 248 AktG für nichtig erklärt wird, nicht zur Nichtigkeit des Gesellschaftsvertrages (vgl. BGHZ 21, 378, 381; Scholz/K. Schmidt, GmbHG, 9. Aufl., § 75 Rdn. 1, 11 f.; Ulmer/Paura GmbHG, § 75 Rdn. 21), wohl aber zur Nichtigkeit des satzungsmäßigen Wettbewerbsverbots nach § 134 BGB i.V. mit § 1 GWB. Denn es fehlt dann an einem schutzwürdigen, weil kartellrechtsneutralen Gemeinschaftsunternehmen.

bb) Ausgehend von diesen Grundsätzen – die sowohl nach § 1 GWB in der bei Abschluss des Vertrages der Parteien im Jahre 1980 geltenden Fassung als auch nach der aktuellen Fassung der Norm anwendbar sind (BGHZ 154, 21, 26 ff.; Bornkamm in Festschrift Geiß, S. 539, 551) – hat der Senat ein in der Satzung einer kartellrechtlich neutralen GmbH vereinbartes Wettbewerbsverbot für unbedenklich gehalten, wenn der betroffene Gesellschafter eine Mehrheitsbeteiligung hält oder wenn er aufgrund satzungsmäßiger Sonderrechte – etwa des Rechts, einen von zwei Geschäftsführern zu bestellen und abuberufen – maßgeblichen Einfluss auf die Geschäftsführung nehmen kann. An diesem maßgeblichen Einfluss fehlt es entgegen der Auffassung der Revisi-on nicht schon dann, wenn ein Gesellschafter nur über "die üblichen Rechte eines am Kapital der GmbH zur Hälfte beteiligten Gesellschafters" verfügt (noch

offengelassen in BGHZ 104, 246, 251 – neuform-Artikel; vgl. dazu OLG Karlsruhe GmbHR 1999, 539). Entscheidend für die Anwendung des § 1 GWB ist vielmehr eine Gesamtwürdigung aller für das konkrete Gesellschaftsverhältnis wirksamen Umstände. Dabei kommt es insbesondere darauf an, ob der Gesellschafter in der Lage ist, strategisch wichtige Entscheidungen zu blockieren.

cc) In seiner Auslegung des § 1 GWB im Blick auf die Zulässigkeit wettbewerbsbeschränkender Satzungsbestandteile in an sich kartellrechtsneutralen Gemeinschaftsunternehmen sieht sich der Senat entgegen den Bedenken der Revisionserwiderung im Einklang mit dem Gemeinschaftsrecht (vgl. BGH, Urt. v. 10.12.2008 – KZR 54/08, WuW/E DE-R 2554 Tz. 17 – Subunternehmer-vertrag II).

Der Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften hat mit Urteil vom 15. Dezember 1994 (C-250/92, Slg. 1994, I-5641 = EuZW 1995, 244 – DLG) entschieden, dass eine Satzungsbestimmung einer Bezugsgenossenschaft, die ihren Mitgliedern eine Beteiligung an einer konkurrierenden Genossenschaft verbietet, nicht unter das Verbot des Art. 85 Abs. 1 EGV (= Art. 81 Abs. 1 EG) fällt, wenn diese Bestimmung auf das beschränkt ist, was notwendig ist, um das ordnungsgemäße Funktionieren der Genossenschaft sicherzustellen und ihre Vertragsgestaltungsmacht gegenüber den Erzeugern zu erhalten (ähnlich EuGH, Urt. v. 19.2.2002 – C-309/99, Slg. 2002, I-1577 Tz. 97 = WuW/E EU-R 533 – Wouters; vgl. auch Bunte in Langen/Bunte, Kartellrecht, 10. Aufl., Art. 81 Rdn. 69 f., 141 ff.). Daraus lässt sich auch für das Gemeinschaftsrecht der Grundsatz ableiten, dass Wettbewerbsverbote in Gesellschaftsverträgen nicht gegen das Kartellverbot verstoßen, wenn und soweit sie erforderlich sind, um den Bestand und die Funktionsfähigkeit der Gesellschaft zu erhalten.

Die Senatsrechtsprechung widerspricht entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts auch nicht der als Auslegungshilfe

dienenden (vgl. EuGH, Urt. v. 4.7.2000 – C-387/97, Slg. 2000, I-5047 Tz. 87 ff. = EuZW 2000, 531) Bekanntmachung der Kommission vom 5. März 2005 über Einschränkungen des Wettbewerbs, die mit der Durchführung von Unternehmenszusammenschlüssen unmittelbar verbunden und für diese notwendig sind (2005/C 56/03, ABl. C 56/24). Auch darin werden Wettbewerbsverbote als mit dem Kartellverbot des Art. 81 Abs. 1 EG vereinbar bezeichnet, die gewährleisten sollen, dass die Vermögenswerte des Gemeinschaftsunternehmens in vollem Umfang genutzt werden können, und die vor Wettbewerbshandlungen schützen sollen, denen u.a. durch den privilegierten Zugang der Gründer zu dem von dem Gemeinschaftsunternehmen aufgebauten Know-how Vorschub geleistet würde (a.a.O. Tz. 36). Das stimmt mit den vom Senat zu § 1 GWB aufgestellten Grundsätzen überein. Dass es in Tz. 40 der Bekanntmachung heißt, Wettbewerbsverbote zwischen Gründern "ohne Beherrschungsmacht" und einem Gemeinschaftsunternehmen würden nicht als mit der Durchführung des Zusammenschlusses unmittelbar verbunden und für diese notwendig gelten (krit. Immenga/Körper in Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, 4. Aufl., Art. 8 FKVO Rdn. 59), steht diesen Grundsätzen nicht entgegen. Denn eine Beherrschungsmacht setzt nicht notwendig eine Mehrheitsbeteiligung voraus. Es genügt, wenn das Gemeinschaftsunternehmen von mehreren Mutterunternehmen gemeinsam beherrscht wird, ohne dass es – jedenfalls bei unternehmensstrategischen Entscheidungen – zu wechselnden Mehrheiten kommen kann.

Diese Auslegung stimmt auch mit der Rechtsprechung des Gerichts erster Instanz zur Fusionskontrollverordnung überein. Das Gericht hat dazu ausgeführt, dass zwei oder mehr Unternehmen die Möglichkeit einer gemeinsamen Kontrolle i.S. des Art. 3 der Verordnung haben, wenn sie Aktionen blockieren und so das strategische Wirtschaftsverhalten des Unternehmens bestimmen können. Durch die damit entstehende Pattsituation würden die Anteilseigner gezwungen, die Geschäftspolitik des Gemeinschaftsunternehmens einvernehmlich festzulegen. Das

gelte in besonderem Maße für die Berufung der Geschäftsleiter (EuG, Urt. v. 23.2.2006 – T-282/02, Slg. 2006, II-319, Tz. 41 ff.; ebenso Mestmäcker/Veelken in Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, 4. Aufl. § 36 GWB Rdn. 68, 70 und Immenga/Körper in Immenga/Mestmäcker, a.a.O., Art. 3 FKVO Rdn. 88; s. auch BGHZ 62, 193, 200 ff. – Seitz-Gruppe).

b) Auf der Grundlage der danach mit dem Gemeinschaftsrecht übereinstimmenden Rechtsprechung des Senats zur Anwendung von § 1 GWB auf satzungsmäßige Wettbewerbsverbote ist das hier vereinbarte Verbot wirksam, sofern V. ein – wie das Berufungsgericht angenommen hat – kartellrechtsneutrales Unternehmen betreibt.

Die drei Gesellschafter haben jeweils einen starken Einfluss auf die Geschäftsführung, jedenfalls aber auf die strategische Ausrichtung des Gesellschaftsunternehmens. Jeder von ihnen kann durch das im Gesellschaftsvertrag vorgesehene Einstimmigkeitserfordernis für bestimmte Beschlussgegenstände strategische Unternehmensentscheidungen blockieren, etwa die Bestellung und Abberufung von Geschäftsführern, die Beteiligung an anderen Unternehmen, die Änderung des Verbreitungsgebiets der herausgegebenen Zeitungen, die Herausgabe neuer Objekt- und Teilausgaben und die Änderung der inhaltlichen Tendenz der Zeitungen. Damit können sie zwar ohne die Mitwirkung der anderen Gesellschafter keine Veränderungen herbeiführen. Sie haben aber die Möglichkeit, die Beklagte daran zu hindern, auf Änderungen der Marktsituation flexibel zu reagieren und das Geschäftskonzept an die sich verändernden Umstände anzupassen. Beim Ausscheiden eines Geschäftsführers können sie jeweils einen ihnen missliebigen Nachfolger verhindern.

Bei dieser Vertragsgestaltung bestünde ohne ein entsprechendes Wettbewerbsverbot die Gefahr, dass einzelne Gesellschafter einerseits eine Anpassung des Geschäftskonzepts an geänderte Marktbedingungen verhinderten und andererseits aufgrund ihres gesellschaftsrechtlich vermittelten Wissensstandes das

Wettbewerbsverhalten von V. behinderten und ihre eigene Konkurrenz- tätigkeit mit wettbewerbsfremden Mitteln förderten. Dass dies durch das in dem Gesellschaftsvertrag von V. vorgesehene Wettbewerbsverbot ausgeschlossen wird, schränkt den freien Wettbewerb nicht ein, sondern schützt ihn.

III. Das angefochtene Urteil ist auch nicht aus anderen Gründen im Ergebnis richtig.

Das satzungsmäßige Wettbewerbsverbot kann allerdings – wie bereits dargelegt – nach § 134 BGB, § 1 GWB nichtig sein, wenn V. ein kooperatives Gemeinschaftsunternehmen betreibt. Dazu hat das Berufungsgericht aber keine Feststellungen getroffen. Es hat im Gegenteil ohne nähere Begründung ange-nommen, dass V. als konzentratives Gemeinschaftsunternehmen kartell- rechtlich unbedenklich sei. Wie der Vertreter des Bundeskartellamts in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat zutreffend ausgeführt hat, bedarf es für diese Beurteilung einer Bestimmung der Märkte, auf denen V. einerseits und A. , L. und Lo. andererseits tätig sind. Dabei hat lediglich die gegen das Wettbewerbsverbot verstoßende Herausgabe des Anzeigenblatts "Hallo!" durch A. außer Betracht zu bleiben.

Diese Marktabgrenzung kann der Senat anhand des vom Berufungsgericht festgestellten Sachverhalts nicht selbst vornehmen. Dazu sind Feststellun-gen vor allem zur Abgrenzung der bei der Herausgabe von Tageszeitungen wie von Anzeigenblättern betroffenen Anzeigenmärkte erforderlich (BGHZ 96, 337, 342 – Abwehrblatt II; BGHZ 102, 180, 191 f. – Singener Wochenblatt; BGH, Beschl. v. 18.12.1979 – KVR 2/79, GRUR 1980, 734, 738 f. – insoweit nicht in BGHZ 76, 55 – Elbe- Wochenblatt I; Beschl. v. 16.2.1982 – KVR 1/81, WuW/E 1905, 1907 – Münchner Anzeigenblätter; Beschl. v. 26.5.1987 – KVR 3/86, WuW/E 2425 – Niederrheinische Anzeigenblätter). Diese Abgrenzung erfordert eine umfassende Abwägung aller Umstände des jeweiligen Einzelfalles und bedarf daher entsprechender Feststellungen des Berufungsgerichts.

IV. Die Sache ist danach an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

1. Das Berufungsgericht wird zu klären haben, ob V. ein konzentratives oder ein kooperatives Gemeinschaftsunternehmen betreibt und ob der Unternehmensgegenstand, sollte das Unternehmen kooperativ sein, deshalb gegen § 1 GWB verstößt.

2. Alternativ oder für den Fall, dass das Gemeinschaftsunternehmen kartellrechtlich unbedenklich sein sollte, wird festzustellen sein, ob das satzungsmäßige Wettbewerbsverbot hinsichtlich seines räumlichen Umfangs – Regierungsbezirk M. – erforderlich ist, um eine Schädigung von V. zu verhindern (vgl. BGH WuW/E DE-R 2554 Tz. 15, 24 f. – Subunternehmervertrag II, zu vergleichbaren Wettbewerbsverboten in Austauschverträgen; BGH, Urt. v. 14.7.1997 – II ZR 238/96, WM 1997, 1707, 1708; Urt. v. 18.7.2005 – II ZR 159/03, ZIP 2005, 1778, 1779 f.). Sollte das nicht der Fall sein, kommt eine Unwirksamkeit des Wettbewerbsverbots in Betracht, ohne dass es auf die Spürbarkeit der Wettbewerbsbeschränkung ankäme. Denn das Wettbewerbsverbot ist in diesem Fall schon nach § 138 BGB nichtig, ohne dass die Spürbarkeit im Außenverhältnis dabei von Bedeutung wäre (BGH WuW/E DE-R 2554 Tz. 23 f. – Subunternehmervertrag II).

3. Weiter wird das Berufungsgericht – sollte das Wettbewerbsverbot wirksam sein – aufgrund einer umfassenden Würdigung aller Umstände und auch des Verhaltens von L. und Lo. zu entscheiden haben, ob der Verstoß von A. gegen das Verbot und die ihr sonst zur Last gelegten Verhaltensweisen eine Einziehung ihres Geschäftsanteils aus wichtigem Grund rechtfertigen (vgl. BGH, Urt. v. 13.2.1995 – II ZR 225/93, ZIP 1995, 567, 569).

4. Schließlich wird gegebenenfalls zu klären sein, ob die gegen die Gesellschafterbeschlüsse vom 28. Februar und 8. März 2006 von A. vorgebrachten formellen Einwendungen –

Einberufungsmangel und fehlende Beschlussfähigkeit – begründet sind.

*Vorinstanzen:*

*LG Dortmund, Entscheidung vom 02.11.2006 – 13 O 55/06 Kart –*

*OLG Düsseldorf, Entscheidung vom 15.08.2007 – VI U (Kart) 11/07 –*