



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

KZR 4/17

Verkündet am:
29. Januar 2019
Führinger
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

Teilnehmerdaten V

TKG § 47 Abs. 4

§ 47 TKG Abs. 4 ist auf Sachverhalte, die durch das Bereitstellen von Teilnehmerdaten im Rahmen einer gesellschaftsvertraglichen Beitragsleistung gekennzeichnet sind, weder unmittelbar noch entsprechend oder nach seinem Rechtsgedanken anwendbar.

BGH, Urteil vom 29. Januar 2019 - KZR 4/17 - OLG Frankfurt am Main
LG Frankfurt am Main

Der Kartellsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 29. Januar 2019 durch die Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Meier-Beck und Dr. Raum sowie die Richter Dr. Bacher, Sunder und Dr. Deichfuß

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 1. Kartellsenats des Oberlandesgerichts Frankfurt am Main vom 6. Dezember 2016 in der Fassung des Berichtigungsbeschlusses vom 2. März 2017 wird auf Kosten der Klägerin zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

- 1 Die Parteien streiten über die Aufteilung des Erlöses aus der Herausgabe von Telefonbüchern in den Jahren 2009 bis 2013.
- 2 Die Beklagte zu 2 (ehemals: DeTeMedien, Deutsche Telekom Medien GmbH) war bis zum 14. Juni 2017 eine hundertprozentige Tochtergesellschaft der Beklagten zu 1, der Deutschen Telekom AG (DTAG), mit der ein Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrag bestand. Die Klägerin ist einer von über 100 Fachverlagen in Deutschland, die jeweils in Kooperation mit der Beklagten zu 2 bzw. ihren Rechtsvorgängerinnen (künftig zusammenfassend: Beklagte zu 2) Teilnehmerverzeichnisse - im Streitfall: "Das Telefonbuch" (TB) und "Das Örtliche" (ÖTB) - für bestimmte regionale Bereiche herausgeben. Zu diesem Zweck schloss die Beklagte zu 2 mit der Klägerin wie auch mit den anderen Partnerverlagen für jede Produktlinie einen die Zusammenarbeit regelnden

Vertrag, in dem es unter § 1 Abs. 1 jeweils heißt: "Die Vertragspartner bilden eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts".

3 In den durch diese - weitgehend inhaltsgleichen - Verträge begründeten Kooperationen (künftig: Herausgebergesellschaften) hat die Beklagte zu 2 unter anderem die zur Aufnahme in die Verzeichnisse bestimmten Teilnehmerdaten (Standardeintragsdaten) bereitzustellen, die sie ihrerseits von einem konzernverbundenen Unternehmen - bis zum 31. März 2010 von der Beklagten zu 1 und später von deren Tochtergesellschaft Telekom Deutschland GmbH (TDG) - erwirbt. Der Klägerin obliegt die Bearbeitung der Teilnehmerdaten, die vergütungspflichtige Aufnahme von Sondereinträgen und Werbeanzeigen sowie die Redaktion und Herstellung der Telefonbücher. Die Verteilung der Teilnehmerverzeichnisse fällt in den Aufgabenbereich der Beklagten zu 2.

4 Die Beklagte zu 2 und die Partnerverlage einschließlich der Klägerin sind über weitere Gesellschaften miteinander verbunden. Sie sind unter anderem Gesellschafter der für jede einzelne Produktlinie bestehenden Marketing- und Servicegesellschaften, die vor allem die bundesweite Gemeinschaftswerbung betreiben, und so bezeichneter "Zeichen-GbR's". Deren Zweck besteht in dem Halten, Verwalten, Nutzen, Verteidigen und Weiterentwickeln der für die Teilnehmerverzeichnisse genutzten Marken, insbesondere in der Überlassung der Schutzrechte zur unentgeltlichen Nutzung durch die aus den jeweiligen Partnerverlagen und der Beklagten zu 2 bestehenden Herausgebergesellschaften.

5 Die Herausgebergesellschaften erzielen ihre Einnahmen aus kostenpflichtigen Sondereinträgen und Werbeanzeigen. Die Standardeintragungen sind hingegen kostenlos, und die erstellten Verzeichnisse werden unentgeltlich verteilt bzw. elektronisch zur Verfügung gestellt. Die erzielten Einnahmen, die zunächst dem jeweiligen Partnerverlag zufließen, werden innerhalb der Herausgebergesellschaften nach einem vertraglich vereinbarten Schlüssel aufge-

teilt. So sah der zwischen der Klägerin und der Beklagten zu 2 im Dezember 2001 geschlossene Vertrag "Das Telefonbuch" in § 9 Abs. 2 vor, dass die Beklagte zu 2 vom gesamten Netto-Auftragswert ab 1. Januar 2001 18,5 % und ab 1. Januar 2004 20,5 % erhält; der Restbetrag verblieb der Klägerin. In der Herausgebergesellschaft "Das Örtliche" belief sich der vereinbarte Anteil der Beklagten zu 2 auf 28,5 bis 30,5 %.

6 In § 9 Abs. 4 der Kooperationsverträge verpflichteten sich die Vertragspartner, bei einer Veränderung wesentlicher Umstände (TB) bzw. bei einer Veränderung der von der Beklagten zu 2 aufzuwendenden Datenbeschaffungskosten (ÖTB) und einer hierdurch eingetretenen Änderung der Wettbewerbs- und Marktverhältnisse entsprechende Maßnahmen zu ergreifen und gegebenenfalls auch Vertragsänderungen vorzunehmen, um die Wettbewerbssituation der Herausgebergesellschaft zu stärken.

7 Im weiteren Verlauf sanken die Datenbeschaffungskosten. Das von allen Abnehmern der Teilnehmerdaten an die Beklagte zu 1 zu entrichtende (regulierte) Entgelt gemäß §§ 30 ff., 47 Abs. 4 TKG (Gesamtkosten des Datenbezugs) betrug - jeweils auf der Grundlage gegenüber dem Bundeskartellamt übernommener Verpflichtungen - ab 1999 rund 89 Mio. € und ab 2003 insgesamt 49 Mio. € jährlich. Mit Beschluss vom 17. August 2005 senkte die inzwischen zuständige Bundesnetzagentur (BNetzA) die Gesamtkosten des Datenbezugs auf höchstens 770.000 € jährlich. Nach der Aufhebung dieses Bescheids durch das Bundesverwaltungsgericht mit Urteil vom 16. Juli 2008 (NVwZ-RR 2008, 832) setzte die Bundesnetzagentur das Kostenvolumen für die Überlassung von Teilnehmerdaten mit Beschluss vom 20. September 2010 in der Produktvariante "Daten Transfer Comfort", die dem von der Beklagten zu 2 kooperationsintern zur Verfügung zu stellenden Datenumfang entsprach, auf höchstens 1.652.151,28 € fest.

8 Bereits im Jahr 2006 - vor Aufhebung des damals bereits angefochtenen Bescheides der Bundesnetzagentur vom 17. August 2005 - verhandelten die Partnerverlage und die Beklagte zu 2 über eine Änderung der Erlösverteilung. Wegen der Entscheidung der Bundesnetzagentur und der danach zu erwartenden Reduzierung der Gestehungskosten außenstehender, keiner Herausgebergesellschaft mit der Beklagten zu 2 angehörender Telefonbuchverlage (alternativer Telefonbuchverlage) rechneten die Beteiligten mit einer Verschärfung des Wettbewerbs, was insbesondere die Partnerverlage belasten könne. Über mögliche Anpassungsansprüche der Partnerverlage nach § 9 Abs. 4 der Kooperationsverträge bestand Uneinigkeit.

9 Am 13. Dezember 2006 schloss die Klägerin - ebenso wie die anderen Partnerverlage - mit der Beklagten zu 2 im wesentlichen gleichlautende Vereinbarungen zur Ergänzung der Kooperationsverträge, in denen eine dauerhafte Absenkung der Erlösanteile der Beklagten zu 2 um 4,6 Prozentpunkte vereinbart wurde. In den Vereinbarungen wird unter § 1 Nr. 1 die oben dargestellte Entwicklung der Datenbeschaffungskosten referiert. Anschließend heißt es dort:

"(...) Die Vertragsparteien sind der Auffassung, dass durch die Entscheidung der BNetzA vom 17.08.2005 eine erhebliche Veränderung der Marktverhältnisse in der Zukunft eintreten wird; aus Sicht der Verlage sind nachteilige Veränderungen u.a. durch niedrigere Gestehungskosten bei Wettbewerbern bereits seit vielen Jahren eingetreten; die DeTeMedien beurteilt dies anders.

Die DTAG hat die Entscheidung der BNetzA vom 17.08.2005 in einem Klageverfahren angegriffen, über das noch nicht entschieden ist. (...)"

10 In § 2 der Vereinbarungen ist u.a. bestimmt:

"1. Die im Zusammenhang mit dem in § 1 Ziffer 1 genannten Sachverhalt aufgetretene offene Fragestellung zwischen DeTeMedien und dem Verlag soll mit dieser Vereinbarung im Interesse der GbR-Gesellschafter gelöst werden. Damit soll erreicht werden, dass die feste, dauerhafte

und erfolgreiche Zusammenarbeit zwischen DeTeMedien und dem Verlag in der Vergangenheit auch gegenwärtig und zukünftig dauerhaft zum Wohle aller erfolgreich fortgesetzt wird.

2. Dementsprechend vereinbaren DeTeMedien und der Verlag - in Ergänzung zu sämtlichen bestehenden Gesellschaftsverträgen - eine dauerhafte Absenkung der Erlösanteile (...) um 4,6 Prozentpunkte (...).

3. (...) Der Verlag verzichtet hiermit dauerhaft auf die Geltendmachung von jedweden Ansprüchen im Zusammenhang mit § 1 Ziffer 1 dieser Vereinbarung, für die Vergangenheit, Gegenwart wie auch für die Zukunft. Insbesondere wird verzichtet auf alle vertraglichen und/oder gesetzlichen Ansprüche, die dem Verlag gegen DeTeMedien/DTAG unmittelbar und/oder mittelbar zustehen könnten, mögen sie heißen wie sie wollen, seien sie bekannt oder unbekannt im Zusammenhang mit der Absenkung der Datenkosten im Jahr 1999, zum 01.01.2003 und seit dem 17.08.2005 (vgl. § 1 Ziffer 1).

Mit diesem Verzicht sind sämtliche denkbaren Ansprüche des Verlages in diesem Zusammenhang dauerhaft für die Vergangenheit, Gegenwart und Zukunft abgegolten und erledigt. (...) Diese umfassende Verzichtserklärung für Vergangenheit, Gegenwart und Zukunft wird von dem Verlag auch - im Sinne eines echten Vertrages zugunsten Dritter - für alle derartigen Ansprüche im Zusammenhang mit der Absenkung der Datenkosten in 1999, zum 01.01.2003 und seit dem 17.08.2005 gegenüber der DTAG erklärt. (...)

Der in den vorangehenden Bestimmungen dieses § 2 Ziffer 3 angesprochene Verzicht gilt - soweit er auch für die Vergangenheit erklärt wurde - nicht im Falle, dass DeTeMedien bis zum 31.12.2016 an einen oder mehrere Allianzverlage oder an sonstige Dritte, die nicht mit der DTAG verbundene Unternehmen i. S. des AktG sind, verkauft wird. (...)"

11 Etwa 75 % der Fachverlage schlossen - ohne Beteiligung der Klägerin - mit den Beklagten Ende 2015 eine Rahmenvereinbarung, in der ihnen eine Option zum Kauf der Beklagten zu 2 mit Stichtag 1. Januar 2017 eingeräumt wurde, die nach Vorlage des Jahresabschlusses für 2016 ausgeübt werden konnte.

Die Beklagte zu 1 hat mit Wirkung zum 14. Juni 2017 ihre Anteile an der Beklagten zu 2 auf die beteiligten Partnerverlage übertragen.

12 Die Klägerin hält den in Nummer 3 der Vereinbarung vom 13. Dezember 2006 geregelten Anspruchsverzicht für unwirksam und die Beklagte zu 2 für verpflichtet, ihr die Teilnehmerdaten zu den Bedingungen des Beschlusses der Bundesnetzagentur vom 20. September 2010 zur Verfügung zu stellen. Sie beansprucht die teilweise Rückzahlung der in den Jahren 2009 bis 2013 an die Beklagte zu 2 entrichteten Erlösanteile und nimmt die Beklagte zu 1 als Gesamtschuldnerin mit in Anspruch. Im Wege der Zwischenfeststellungsklage begehrt die Klägerin die Feststellung, dass die in § 9 Abs. 2 der Gesellschaftsverträge vereinbarte Erlösbeteiligung nichtig ist, soweit die darin enthaltene Vergütung für die Überlassung von Teilnehmerdaten der Beklagten zu 1 das nach § 47 Abs. 4 TKG i.V.m. § 38 TKG zulässige Maß übersteigt, und weitergehend die Feststellung, dass § 9 der Gesellschaftsverträge wegen Verstoßes gegen § 1 GWB nichtig ist.

13 Die Vorinstanzen haben die Klage abgewiesen. Hiergegen wendet sich die Klägerin mit ihrer vom Berufungsgericht zugelassenen Revision.

Entscheidungsgründe:

14 Die zulässige Revision der Klägerin ist nicht begründet.

15 I. Das Berufungsgericht (OLG Frankfurt am Main, Urteil vom 6. Dezember 2016 - 11 U 38/15 (Kart), juris) hat seine Entscheidung im Wesentlichen wie folgt begründet:

16 Der Klägerin stünden die geltend gemachten Rückzahlungs- und (kartellrechtlichen) Schadensersatzansprüche schon deshalb nicht zu, weil sie in § 2 Nr. 3 der Vereinbarung vom 13. Dezember 2006, die als Vergleich im Sinne von

§ 779 BGB anzusehen sei, wirksam auf alle etwaigen Ansprüche aus dem die Klagegrundlage bildenden Sachverhalt verzichtet habe.

17 Der Verzicht sei hinsichtlich der im Streit stehenden Ansprüche aus den Jahren 2009 bis 2013 nicht durch einen bis zum 31. Dezember 2016 stattfindenden Verkauf der Beklagten zu 2 auflösend bedingt gewesen, so dass es nicht darauf ankomme, ob die Beklagten den Bedingungseintritt durch die Ausgestaltung der Ende 2015 geschlossenen Rahmenvereinbarung treuwidrig verhindert hätten. Die in § 2 Nr. 3 Abs. 3 verwendete Formulierung "für die Vergangenheit" erfasse nämlich ebenso wie der Begriff "Vergangenheit" in § 2 Nr. 3 Abs. 1 nur den bis zum Abschluss der Vereinbarung vom 13. Dezember 2006 abgelaufenen Zeitraum.

18 Der Verzicht sei auch nicht wegen Verstoßes gegen § 47 Abs. 4 TKG nichtig, wobei offenbleiben könne, ob die Beklagte zu 2 aufgrund ihrer Unternehmensverbundenheit mit der Beklagten zu 1 Normadressat des § 47 TKG sei. Zwar sei ein Vergleich, mit dem für die Zukunft auf die Einhaltung eines gesetzlichen Verbotes verzichtet werden solle, regelmäßig unwirksam. Die Klägerin habe sich aber in der Vereinbarung vom 13. Dezember 2006 nicht verpflichtet, für die Überlassung von Teilnehmerdaten ein gegen § 47 TKG verstoßendes Entgelt zu bezahlen. Eine "Überlassung von Teilnehmerdaten gegen Entgelt" i.S.d. § 47 Abs. 4 TKG liege nicht vor. Zwischen der Klägerin und der Beklagten zu 2 bestehe kein reines Austauschverhältnis, sondern (jeweils) eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts. In der hier vorliegenden Konstellation greife der Normzweck des § 47 TKG nicht ein, da sich die beanstandete Regelung der Erlösverteilung nicht nachteilig auf den Wettbewerb auswirke. Im Gegenteil würde die historisch begründete überragende Marktmacht der Herausgebergesellschaften zu Lasten alternativer Anbieter sogar weiter gestärkt, wenn die Klägerin einen geringeren Erlösanteil an die Beklagte zu 2 abführen müsste und deshalb in der Lage wäre, von ihren Anzeigenkunden niedrigere Preise zu ver-

langen. Aus Art. 25 der Universaldiensterichtlinie und Art. 5 der Wettbewerbsrichtlinie ergebe sich nichts anderes.

19 Die Verzichtvereinbarung sei auch nicht deshalb nach § 1 GWB i.V.m. § 134 BGB unwirksam, weil hierdurch mit der Erlösverteilungsklausel der Gesellschaftsverträge eine kartellrechtswidrige Regelung perpetuiert würde. Die Erlösverteilungsklausel als solche sei kartellrechtlich neutral, weil sie lediglich das Verhältnis der Parteien betreffe und keine Außenwirkung entfalte. Unwirksam wäre die Klausel nur dann, wenn der jeweilige zwischen der Klägerin und der Beklagten zu 2 bestehende Gesellschaftsvertrag insgesamt unwirksam wäre. Hierfür reiche es indes nicht aus, dass möglicherweise einzelne Klauseln als wettbewerbswidrig zu qualifizieren seien; im Hinblick auf die in den Gesellschaftsverträgen enthaltene salvatorische Klausel liege die Beweislast für eine aus der Unwirksamkeit einzelner Bestimmungen folgende Nichtigkeit des ganzen Vertrages bei der Klägerin.

20 Das "Grundmodell" der Kooperation sei kartellrechtlich nicht zu beanstanden. Die Vertragsparteien seien selbst keine Wettbewerber, und die internen Vereinbarungen hätten keine Auswirkungen auf den Markt. Wettbewerbliche Relevanz hätten die Verträge lediglich insoweit, als durch sie über die Beklagte zu 2 das Verhalten der Verlage auf dem Markt koordiniert werde und ein zwischen ihnen potentiell bestehender Wettbewerb so minimiert werden könnte. Auch dies führe jedoch nicht zur Unwirksamkeit der Verträge. Die vorgegebene Gebietsaufteilung, wonach jede Kooperation die Teilnehmerverzeichnisse nur für einen festgelegten Bezirk herausgibt, sei unbedenklich, weil sie sich schon aus der Natur der Sache ergebe und im Übrigen die Herausgabe mehrerer Verzeichnisse unter derselben Marke für denselben Bezirk zu einer Marktverwirrung führen würde. Ferner habe die Klägerin dem Vortrag der Beklagten nicht substantiiert widersprochen, dass sowohl im Print- als auch im Onlinebereich jeder Verlag im gesamten Bundesgebiet Anzeigenkunden werben dürfe. Die in

den Verträgen vorgesehene Festlegung gemeinsamer Produktkonzepte und grundsätzlicher Vermarktungsstrategien gehe nicht erkennbar über das hinaus, was zur Förderung des Gesellschaftszwecks und zum Schutz der Marken erforderlich sei. Die der Beklagten zu 2 vertraglich eingeräumten Informations- und Kontrollrechte seien allein schon durch das gesellschaftsvertraglich begründete Anrecht der Beklagten zu 2 auf eine Erlösbeteiligung gerechtfertigt. Sofern die tatsächliche Anwendung vertraglicher Klauseln - etwa in Form eines übermäßigen Informationsaustausches oder gar der (bestrittenen) Vorgabe von Preisen im Verhältnis zu allen beteiligten Fachverlagen - eine Beschränkung des Wettbewerbs bewirken sollte, sei eine solche Handhabung zwar gesetzeswidrig, führe aber nicht zur Unwirksamkeit des gesamten Vertrages, da dieser auch ohne kartellrechtswidrige Praktiken durchführbar sei.

21 Die Vereinbarung vom 13. Dezember 2006 verstoße auch nicht gegen §§ 19, 20 GWB in der hier anwendbaren Fassung der 7. GWB-Novelle.

22 Die Beklagte zu 2 sei auf dem relevanten Markt nicht marktbeherrschend. Auf dem Angebotsmarkt für die Bereitstellung von Telefonie-Teilnehmerdaten zum Zweck der Auskunftserteilung und/oder der Herausgabe von Teilnehmerverzeichnissen sei die Klägerin nicht auf der Marktgegenseite tätig, da sie die Teilnehmerdaten spezifisch zur Herausgabe eines Telefonverzeichnisses unter den Marken "Das Örtliche" bzw. "Das Telefonbuch" verwenden wolle. Auf einem Markt für die Bereitstellung von Telefonie-Teilnehmerdaten zum Zwecke der Herausgabe von Verzeichnissen unter den genannten Marken stehe der nachfragenden Klägerin nicht die Beklagte zu 2 als Anbieterin gegenüber, sondern die Beklagte zu 2 zusammen mit den Zeichen-GbR's, an der neben der Beklagten zu 2 auch die Fachverlage, darunter die Klägerin selbst, beteiligt seien. Denn nur in Abstimmung mit den Zeichen-GbR's bestehe die Berechtigung, die Marken tatsächlich zu verwenden. Die von der Klägerin empfundene "Marktmacht" der Beklagten zu 2 ergebe sich daher

erst aus einem Konglomerat gesellschaftsrechtlicher Verflechtungen, an denen die Klägerin selbst beteiligt sei.

23 Zwar spreche viel für eine unternehmensbedingte Abhängigkeit der Klägerin von der Beklagten zu 2 (§ 20 Abs. 2 GWB aF), die Klägerin werde von der Beklagten zu 2 aber nicht unbillig behindert oder diskriminiert (§ 20 Abs. 1 GWB aF). Sie werde nicht anders behandelt als die anderen Partnerverlage. Mit anderen Herausgebern von Teilnehmerverzeichnissen könne die Klägerin nicht verglichen werden, da sie die Teilnehmerdaten nicht zur Erstellung irgendeines von ihr frei verantworteten Verzeichnisses begehre, sondern für spezifische Verzeichnisse unter Nutzung der jahrzehntelang eingeführten Marken.

24 Auch nach § 307 BGB sei der erklärte Verzicht nicht unwirksam, selbst wenn es sich bei der entsprechenden Regelung um Allgemeine Geschäftsbedingungen handeln sollte, die die Beklagte zu 2 gestellt habe. Denn die Bestimmungen der im Dezember 2006 geschlossenen Vereinbarung unterlägen schon deshalb nicht der Inhaltskontrolle nach § 307 BGB, weil es sich um Regelungen auf dem Gebiet des Gesellschaftsrechts handele (§ 310 Abs. 4 BGB). Für den Verzicht gegenüber der Beklagten zu 1 gelte im Ergebnis nichts anderes, da auch dieser Verzicht seine Grundlage in dem Gesellschaftsvertrag mit der Beklagten zu 2 habe. Zudem sei die Verzichtserklärung schon deshalb einer Inhaltskontrolle entzogen, weil es sich bei ihr um eine Hauptleistungspflicht der Vereinbarung von 2006 handele. Ferner ergebe sich aus der Vereinbarung keine unangemessene Benachteiligung der Klägerin; die Verzichtserklärung sei auch nicht intransparent.

25 Schließlich sei die Verzichtvereinbarung auch nicht nach § 138 Abs. 1, 2 BGB nichtig. Da ein Vergleich vorliege, komme es auf ein etwaiges Missverhältnis im jeweiligen Nachgeben der Parteien an. Danach sei bereits das objektive Vorliegen eines auffälligen Missverhältnisses fraglich. Dass nach den vertraglichen Anpassungsklauseln in § 9 Abs. 4 der Verträge Ansprüche der Klägerin bestanden hätten oder auch nur ernsthaft in Betracht gekommen wären, die wesentlich höher gewesen seien als die von den Beklagten zugestandene Änderung der Erlösverteilung, könne nicht festgestellt werden. Zwar möge der Klägerin gegen die Beklagte zu 2 ein Anpassungsanspruch nach § 313 Abs. 1 BGB unter dem Gesichtspunkt des Wegfalls der Geschäftsgrundlage zugestanden haben. Es sei indes zweifelhaft, ob hieraus folgende Anpassungsansprüche tatsächlich in einer solchen Höhe bestanden hätten, dass im Verhältnis zu der vereinbarten Änderung der Erlösverteilung ein auffälliges Missverhältnis anzunehmen sei. Einer genauen Bewertung der jeweiligen Beiträge stehe entgegen, dass die Beteiligten den wirtschaftlichen Erfolg der Herausgebergesellschaften nicht nur durch fest definierte Beiträge gefördert hätten, sondern auch über die Zeichen-GbR's und die Marketing- und Servicegesellschaften. Jedenfalls seien die subjektiven Voraussetzungen des § 138 Abs. 2 BGB nicht feststellbar.

26 Die Zwischenfeststellungsklagen seien zwar zulässig, aus den dargelegten Gründen aber unbegründet.

27 II. Diese Ausführungen halten rechtlicher Überprüfung stand.

28 1. Der am 13. Dezember 2006 vereinbarte Anspruchsverzicht ist wirksam und erfasst die im Streit stehenden Ansprüche.

29 a) Ein wirksamer Verzicht auf zukünftige Ansprüche im Rahmen eines Vergleichs ist, wie die Revision nicht in Zweifel zieht, grundsätzlich möglich. Ob insoweit der Erlass einer künftigen Forderung (vgl. BGH, Urteil vom 28. No-

vember 1963 - II ZR 41/62, BGHZ 40, 326, 330 f.) oder die schuldrechtliche Unterbindung der Entstehung entsprechender Forderungen (vgl. Staudinger/Rieble, 2017, BGB, § 397 Rn. 114) anzunehmen ist, muss hier nicht entschieden werden.

30 b) Der vereinbarte Anspruchsverzicht ist nicht schon deshalb unwirksam, weil damit in unzulässiger Weise auf die zukünftige Beachtung gesetzlicher Verbote verzichtet würde, die auf allgemeinem Kartellrecht oder § 47 TKG beruhen. Hierbei muss nicht genauer bestimmt werden, welche Anforderungen an einen wirksamen Vergleich über zukünftiges kartellrechtsrelevantes Verhalten zu stellen sind (zur kartellrechtlichen Beurteilung von Abgrenzungsvereinbarungen vgl. etwa BGH, Urteil vom 22. Mai 1975 - KZR 9/74, BGHZ 65, 147, 151 f. - Thermalquelle; Urteil vom 7. Dezember 2010 - KZR 71/08, WRP 2011, 768 Rn. 19 ff. - Jette Joop; Urteil vom 15. Dezember 2015 - KZR 92/13, WRP 2016, 1271 Rn. 23 - Pelican/Pelikan). Denn es liegt schon im Ausgangspunkt keine Kartellrechtswidrigkeit vor. Die Annahme des Berufungsgerichts, dass die in § 9 Abs. 2 der Kooperationsverträge enthaltenen und durch die Vereinbarung vom 13. Dezember 2006 modifizierten Erlösverteilungsregelungen weder gegen § 47 Abs. 4 TKG verstießen noch aus kartellrechtlichen Gründen für sich genommen oder infolge einer Gesamtnichtigkeit der Kooperationsverträge unwirksam seien, ist aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden.

31 aa) Das Berufungsgericht hat rechtsfehlerfrei angenommen, dass es sich bei den Ausgangsvereinbarungen um Gesellschaftsverträge gemäß § 705 BGB handelt. In den Verträgen ist nicht nur ausdrücklich bestimmt, dass die Vertragspartner eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts bilden. Die Verträge legen auch inhaltlich die erforderlichen Merkmale einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts fest. Insbesondere beinhalten sie die Festlegung eines gemeinsamen Zwecks, der in dem gemeinschaftlichen Herausgeben und Verlegen der jeweiligen Teilnehmerverzeichnisse besteht, sowie die Verpflichtung der Vertrags-

partner, zur Verwirklichung des Gesellschaftszwecks beizutragen, wobei die beiderseitigen Verpflichtungen und Entscheidungsbefugnisse durch weitere Regelungen näher ausgestaltet werden. Zudem sind die Erlöse gemäß § 9 der Verträge aufzuteilen. Die demgegenüber auf die umsatzsteuerliche Behandlung gestützte Ansicht der Revision, es liege eine bloße Lieferbeziehung bzw. ein bloßer Leistungsaustausch vor, ist abzulehnen. Die steuerliche Einordnung sollte der nach dem Zivilrecht bestehenden Vertragslage Rechnung tragen, ist für die zivilrechtliche Einschätzung aber nicht entscheidend. Der von der Revision angeführte Grundsatz, dass eine (nur) zur Erzielung einer bestimmten steuerlichen Wirkung getroffene Vereinbarung von den Parteien regelmäßig auch ernstlich gewollt ist, führt zu keiner anderen Beurteilung, da der Inhalt der abgeschlossenen Verträge gerade die Gründung von Gesellschaften bürgerlichen Rechts belegt. Zwar sind die Vertragspartner den Vorgaben der Finanzverwaltung des Landes Nordrhein-Westfalen insofern gefolgt, als sie in § 10 der Gesellschaftsverträge (künftig: GV) die Inrechnungstellung der Ansprüche auf Erlösbeteiligung geregelt und derartige Rechnungen in der Folgezeit erteilt haben. Rechnungsempfänger ist gemäß § 10 GV indessen nicht der jeweils andere Gesellschafter, sondern die Gesellschaft, deren rechtliche Existenz damit vorausgesetzt wird. Im Übrigen begründet § 10 GV keinen eigenständigen Anspruch, sondern trifft lediglich eine Regelung zur verfahrenstechnischen Umsetzung der in § 9 Abs. 2 GV normierten Erlösverteilung. Die Höhe der Erlösanteile wird in § 9 Abs. 2 GV festgelegt.

32 bb) Weder sind die Erlösverteilungsregelungen für sich genommen noch die Gesellschaftsverträge insgesamt wegen eines Verstoßes gegen § 1 GWB nichtig (§ 134 BGB).

33 (1) Die Revision macht geltend, dass kartellrechtlich unzulässige Sternverträge ("Hub and Spoke") vorlägen. Durch ein Bündel koordinierter Vertikalverträge mit der Beklagten zu 2 komme es im Horizontalverhältnis der Partner-

verlage untereinander zu einer Wettbewerbsbeschränkung. Eine Gesamtschau der Regelungen in den Gesellschaftsverträgen ergebe, jedenfalls unter Berücksichtigung des tatsächlichen Verhaltens, dass eine Wettbewerbsbeeinträchtigung im Horizontalverhältnis bezweckt werde. Im Ergebnis sei deshalb die Nichtigkeit der Gesellschaftsverträge insgesamt oder jedenfalls der Erlösverteilungsregelungen anzunehmen.

34 Dem kann auf der Grundlage der getroffenen Feststellungen nicht beige-
treten werden. Die Revision zeigt auch nicht auf, dass erforderliche Feststellun-
gen verfahrenswidrig unterblieben sind.

35 (2) Richtig ist im Ausgangspunkt, dass eine Vertragskonstellation wie die
vorliegende zu einer unzulässigen Wettbewerbsbeschränkung führen kann. Für
die Prüfung maßgebend ist hierbei die Rechtslage nach der 7. GWB-Novelle
(2005), auf die auch das Berufungsgericht abgestellt hat. Denn auch wenn sich
die Wirksamkeit eines Vertrages im Allgemeinen nach dem zum Zeitpunkt des
Vertragsschlusses geltenden Recht richtet, erfasst eine Neufassung des Kar-
tellverbots grundsätzlich auch bereits wirksam begründete Dauerschuldverhält-
nisse in der Weise, dass sie, soweit sie gegen die Neuregelung verstoßen, ex
nunc unwirksam werden (vgl. BGH, Urteil vom 12. Juni 2018 - KZR 4/16,
NZKart 2018, 372 Rn. 28 mwN - Busverkehr im Altmarkkreis).

36 Sogenannte Sternverträge sind dadurch gekennzeichnet, dass durch ei-
ne Mehrzahl vertikaler Vereinbarungen mit einem Vertragspartner eine horizon-
tal wirkende Abstimmung zwischen (potentiellen) Wettbewerbern bewirkt wird
(vgl. BGH, Beschluss vom 19. Juni 1975 - KVR 2/74, BGHZ 65, 30, 34 f. - Ze-
mentverkaufsstelle Niedersachsen; Urteil vom 12. November 2002 - KZR 11/01,
BGHZ 152, 347, 351 - Ausrüstungsgegenstände für Feuerlöschzüge; Urteil vom
11. Mai 2004 - KZR 37/02, WRP 2004, 1053, 1055 - Nachbauvergütung; Krauß
in Langen/Bunte, Kartellrecht, 13. Auflage, § 1 GWB Rn. 82 f.). Ob eine solche

Abstimmung gegen § 1 GWB verstößt, hängt davon ab, ob im Einzelfall eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckt oder spürbar bewirkt wird.

- 37 Das Berufungsgericht hat angenommen, dass durch die Gesellschaftsverträge über die Beklagte zu 2 als gemeinsamem Vertragspartner das Verhalten der Verlage auf dem Markt koordiniert werde. Es hat eine daraus folgende Wettbewerbsbeschränkung, die zur Unwirksamkeit der Erlösverteilungsregelungen oder der Gesellschaftsverträge insgesamt führen könnte, in Betracht gezogen, sie aber im Ergebnis verneint. Hiergegen wendet sich die Revision ohne Erfolg.
- 38 (3) Die gesellschaftsvertraglichen Regelungen der Erlösverteilung, gegen die sich die Angriffe der Klägerin in erster Linie richten, da sie bei Annahme ihrer Wirksamkeit die rechtliche Grundlage für die im Streit stehenden Zahlungen an die Beklagte zu 2 bildeten, führen nicht zu einer Wettbewerbsbeschränkung nach § 1 GWB.
- 39 Das Berufungsgericht hat zu Recht ausgeführt, dass die Erlösverteilung unter den nicht miteinander in Wettbewerb stehenden Gesellschaftern, hier der Klägerin und der Beklagten zu 2, lediglich das Verhältnis zwischen diesen betrifft und als solche keine Außenwirkung entfaltet. Der Einwand der Revision, Auswirkungen auf den Markt seien spätestens dann gegeben, wenn die Partnerverlage aufgrund der Entgeltausgestaltung faktisch dazu gezwungen seien, ein überhöhtes Entgelt an ihre Kunden auf dem nachgelagerten Markt für Werbeanzeigen in Teilnehmerverzeichnissen weiterzugeben, und durch die sternmäßig abgeschlossene Erlösklausel werde das Preisniveau künstlich und flächendeckend über dem Marktniveau gehalten, ist unberechtigt.
- 40 Kartellrechtlich erheblich könnten die Erlösverteilungsregelungen unter diesem Gesichtspunkt nur sein, wenn zwischen den Verlagen, deren Verhalten nach der Annahme des Berufungsgerichts von der Beklagten zu 2 koordiniert wird, ein zumindest potentieller Wettbewerb bestünde. Hiervon kann aber nicht ausgegangen werden. Ein relevanter Wettbewerb unter Nutzung der gemein-

sam geschaffenen Marken scheidet der Sache nach aus. Zur ernsthaften Möglichkeit eines von der Markennutzung unabhängigen, aber gleichwohl der Steuerung der Beklagten zu 2 unterliegenden Wettbewerbs sind keine Feststellungen getroffen.

41 Jedenfalls kann sich die Revision für die von ihr angenommene Preiserhöhungswirkung nicht auf die getroffenen Feststellungen stützen, wie die Revisionserwiderung zutreffend anmerkt. Das Berufungsgericht, das die von der Klägerin postulierte strenge Anbindung einer angemessen begrenzten Erlösbeziehung der Beklagten zu 2 an die von dieser aufzuwendenden Datenbeschaffungskosten im Hinblick auf die überragende Bedeutung der auch der Klägerin zugute kommenden Markenbenutzung ablehnt, hat weder eine die Klägerin unangemessen benachteiligende Erlösverteilungsregelung festgestellt, noch eine daraus in einem weiteren Schritt folgende Überhöhung der Anzeigenpreise, der zudem wettbewerbsbeschränkende Wirkungen beizumessen wären. Dass das Berufungsgericht hierbei erhebliches Vorbringen der Klägerin verfahrenswidrig übergangen habe, zeigt die Revision nicht auf (§ 564 Satz 1 ZPO).

42 Entsprechend verhält es sich mit dem Vorbringen der Revision, die Erlösverteilungsklausel mache es unmöglich, Anzeigen in den Teilnehmerverzeichnissen der Herausgebergesellschaft mit Drittprodukten gemeinsam zu vertreiben. Auch insoweit kann die Revision weder an tatrichterliche Feststellungen anknüpfen, noch erhebt sie durchgreifende Verfahrensrügen.

43 (4) Eine Gesamtnichtigkeit der Gesellschaftsverträge, durch die zugleich die Erlösverteilungsregelungen wegfielen, hat das Berufungsgericht ebenfalls rechtsfehlerfrei verneint.

44 (a) Die gesellschaftsvertraglichen Informationsrechte und Steuerungsbefugnisse der Beklagten zu 2 führen schon deshalb nicht zur Annahme eines Kartellverstößes, weil sich die Partnerverlage auf dem betroffenen Geschäfts-

feld, wie bereits ausgeführt, nicht als potentielle Wettbewerber gegenüberstehen. Hiervon abgesehen lassen aber auch die Ausführungen des Berufungsgerichts keinen Rechtsfehler erkennen.

45 (aa) Soweit die Revision darauf abhebt, dass nach § 2 Abs. 4 bzw. Abs. 5 GV sämtliche mit dem Verkauf eines Produkts verbundenen geschäftlichen Gesichtspunkte einschließlich des Preises gemeinsam festgelegt würden, entspricht dies nicht den getroffenen Feststellungen. Die genannten Vertragsbestimmungen betreffen die Bearbeitung der Telefonbücher, deren Verteilung kostenlos erfolgt. In § 6 Abs. 3 GV ist geregelt, dass die Preise für Anzeigen und kostenpflichtige Einträge vom Fachverlag festgelegt werden. Der Beklagten zu 2 wird dort zwar das Recht eingeräumt, "in begründeten Ausnahmefällen" Änderungen der ihr vorzulegenden Preislisten zu verlangen. Dass die Umsetzung dieser Regelung zu einer Beeinträchtigung des Wettbewerbs führen könnte, ist indes nicht festgestellt.

46 Das Berufungsgericht hat den Verträgen keine zentrale Preisvorgabe durch die Beklagte zu 2 entnommen und sie lediglich als eine von der Klägerin behauptete, von den Beklagten aber bestrittene tatsächliche Handhabung in Betracht gezogen, die jedenfalls nicht zur Unwirksamkeit des gesamten Vertrags führe, da dieser auch ohne kartellrechtswidrige Praktiken durchführbar sei. Diese Einschätzung ist nicht zu beanstanden. Der Hinweis der Revision auf eine ungeachtet der salvatorischen Klausel (§ 17 GV) - auf der Grundlage der unstreitigen und festgestellten Tatsachen - vorzunehmende Prüfung nach § 139 BGB greift nicht, soweit nicht Regelungen des abgeschlossenen Vertrages, sondern erst die spätere Handhabung einzelner Regelungen gerügt wird. Dass die praktische Umsetzung von Vertragsregelungen Rückschlüsse auf deren Auslegung zulassen kann, ist zwar im Grundsatz richtig. Dies kann aber nur für eine von Anfang an praktizierte einvernehmliche Handhabung gelten. Insofern zeigt die Revision keinen Vortrag auf, der das Berufungsgericht veranlassen

musste, weitergehende Feststellungen zu treffen und seiner Vertragsauslegung zugrunde zu legen (§ 564 Satz 1 ZPO).

47 Zutreffend ist, dass in § 2 Abs. 4 bzw. 5 GV gemeinsam festgelegte, in Form von Rahmenregelungen erstellte "Produktkonzepte und grundsätzliche Vermarktungsstrategien" erwähnt werden. Das Berufungsgericht hat dies im Hinblick auf den Gesellschaftszweck und den Schutz der Marken aber als unbedenklich angesehen. Diese im Wesentlichen dem Tatrichter obliegende Wertung ist revisionsrechtlich nicht zu beanstanden.

48 (bb) Aus den gesellschaftsvertraglichen Regelungen, die gegenüber der Beklagten zu 2 bestehende Informationspflichten betreffen (vgl. § 5 Abs. 6 bzw. 7, § 6 Abs. 3 und § 7 Abs. 3 GV), will die Revision auf das Vorliegen eines wettbewerbswidrigen Informationsaustauschs schließen. Dies ergibt sich aus den Regelungen, die zudem dem in § 716 BGB vorgesehenen Kontrollrecht der Gesellschafter Rechnung tragen, indessen nicht und ist vom Berufungsgericht auch nicht festgestellt worden. Auch wenn die zu erteilenden Informationen der Beklagten zu 2 weitgehenden Aufschluss über die Geschäftstätigkeit der Verlage geben, folgt daraus noch kein wettbewerbswidriger Informationsaustausch auf horizontaler Ebene. Ferner wäre nicht ersichtlich, dass eine in diesem Punkt anzunehmende Unwirksamkeit gemäß § 139 BGB zur Unwirksamkeit der Gesellschaftsverträge insgesamt führen könnte. Mit dem weiteren Vorbringen, dass die Beklagte zu 2 tatsächlich eine umfassende Kontrolle ausübe, entfernt sich die Revision von dem Inhalt der Gesellschaftsverträge, um deren Wirksamkeit es geht.

49 (b) Die Gesellschaftsverträge verstoßen auch nicht wegen der in § 2 mit Anlage 1 vorgegebenen Gebietsaufteilung und der Wettbewerbsklausel in § 16 Abs. 4 gegen § 1 GWB.

50 (aa) Die Teilnehmerverzeichnisse sind jeweils für ein festgelegtes Gebiet herauszugeben. Nach § 16 Abs. 4 GV verpflichtet sich der Verlag zudem, während der Vertragsdauer ohne Zustimmung der Beklagten zu 2 kein Telekommunikationsverzeichnis in der Bundesrepublik Deutschland herauszugeben, wenn ein solches Verzeichnis die Interessen der Beklagten zu 2 oder anderer Herausgebergesellschaften wesentlich berührt.

51 Die Revision sieht diese Gebietsaufteilung, der sie - im Ansatz zu Recht - eine erhebliche Bedeutung für die kartellrechtliche Prüfung beimisst, nicht durch Gründe des Markenschutzes gerechtfertigt. Das Berufungsgericht verkenne insoweit, dass das Kartellrecht nur auf solche Wettbewerbsbeschränkungen nicht anwendbar sei, die sich aus dem Wesen eines betroffenen Schutzrechts selbst ergäben. Daher gelte hier nichts anderes als für die - als unzulässig zu beurteilende - Gebietsaufteilung innerhalb eines Markenverbandes.

52 Hierbei berücksichtigt die Revision aber schon das tatrichterlich begründete Argument des Berufungsgerichts nicht hinreichend, dass sich für den Printbereich die Notwendigkeit einer gebietsmäßigen Aufteilung aus der Natur der Sache ergebe, wie die Klägerin selbst konzediert habe. Ferner hat das Berufungsgericht auf der Grundlage des Parteivorbringens angenommen, dass jeder Partnerverlag sowohl im Print- als auch im Onlinebereich im gesamten Bundesgebiet Anzeigenkunden werben und damit auf dem hier allein relevanten Angebotsmarkt tätig werden dürfe, wengleich es dem Vortrag der Klägerin entsprechend unterstellt hat, dass faktisch in anderen Verzeichnisgebieten keine Anzeigenakquisition stattfinde, was mit der beschränkten Reichweite gebietsfremder Anzeigen zu erklären sei.

53 Unabhängig davon ist dem Berufungsgericht darin zuzustimmen, dass es zu einer nicht hinnehmbaren Marktverwirrung führen würde, wenn zwei Verzeichnisse für denselben Bezirk unter derselben Marke miteinander konkurrie-

ren würden. Der Senat hat zwar, worauf die Revision hinweist, Regelungen in einer Verbandszeichensatzung, die jedem Mitglied ein bestimmtes Gebiet exklusiv zuweisen, als wettbewerbswidrig beanstandet (BGH, Beschluss vom 12. März 1991 - KVR 1/90, BGHZ 114, 40, 47 - Verbandszeichen). Diese Entscheidung zum Vertrieb von Waren unter der Verbandsmarke "Golden Toast" betraf aber eine grundlegend andere Fallgestaltung.

54 Die hier in Rede stehende Herausgabe von Teilnehmerverzeichnissen, die als solche zudem kostenlos erfolgt, ist entscheidend durch die der Sache nach gebotene Beschränkung auf die Erfassung eines jeweils bestimmten Teilgebiets geprägt. Der Verkehr verbindet mit der Nutzung von aktuellen Teilnehmerverzeichnissen für dasselbe Gebiet unter derselben Marke die Vorstellung, einen vollständig identischen Inhalt vorzufinden. Dies wäre aber nicht mehr gewährleistet, wenn gebietsgleiche Verzeichnisse unter derselben Marke von verschiedenen Verlagen erstellt werden könnten, die unabhängig voneinander um kostenpflichtige Einträge konkurrieren.

55 Dem Wesen der danach konzeptionsgemäß gebotenen Gebietsaufteilung entspricht die Festlegung klarer Grenzen ohne überlappende Bereiche, die von den Teilnehmerverzeichnissen der benachbarten Gebiete zugleich erfasst werden. Eine solche Aufweichung des im Grundsatz gebotenen Regionalitätsprinzips ist in Anbetracht der daraus folgenden Abgrenzungsschwierigkeiten und Marktverwirrungsrissen aus kartellrechtlichen Gründen nicht geboten.

56 (bb) Dass das in § 16 Abs. 4 GV enthaltene Wettbewerbsverbot im Übrigen zu weit gehe, legt die Revision nicht dar. Allerdings enthält die Bestimmung keine Beschränkung auf die Herausgabe von Teilnehmerverzeichnissen unter Verwendung der gemeinsam genutzten Marken und untersagt daher ihrem Wortlaut nach die Herausgabe eines Telekommunikationsverzeichnisses ohne

Mitwirkung oder Zustimmung der Beklagten zu 2 im gesamten Bundesgebiet auch dann, wenn das Verzeichnis eine andere Bezeichnung trägt.

57 Hieraus folgt indes allenfalls die Unwirksamkeit des Wettbewerbsverbots nach § 138 BGB oder § 1 GWB i.V.m. § 134 BGB, nicht aber die Nichtigkeit des Gesellschaftsvertrags insgesamt. Da die Klägerin jedenfalls der gesellschaftlichen Treuepflicht unterliegt und außerhalb der Herausgebergesellschaft unabhängig von dem Wettbewerbsverbot ohnehin nicht zur Benutzung der geschützten Marken berechtigt wäre, ist das Wettbewerbsverbot zur Verwirklichung des Gesellschaftszwecks nicht unverzichtbar. Eine Berechtigung zur Verwendung der Marken besteht nach den Feststellungen des Berufungsgerichts nur in Abstimmung mit den Zeichen-GbR's, die den Herausgebergesellschaften eine Benutzung der Marken gestatten. Die für die Herausgabe von Teilnehmerverzeichnissen unter Benutzung der geschützten Marken vereinbarte Gebietsaufteilung bliebe demnach auch ohne das Wettbewerbsverbot bestehen. Unter diesen Umständen kann nicht angenommen werden, dass die Parteien den Gesellschaftsvertrag bei Unwirksamkeit des Wettbewerbsverbots als Ganzes verworfen hätten (§ 139 BGB). Die Darlegungs- und Beweislast hierfür liegt, da die Gesellschaftsverträge in § 17 eine salvatorische Klausel enthalten, bei der Klägerin (vgl. BGH, Urteil vom 24. September 2002 - KZR 10/01, NJW 2003, 347). Umstände, die ungeachtet der begrenzten Bedeutung des Wettbewerbsverbots gleichwohl für eine Gesamtnichtigkeit sprechen, sind nicht festgestellt und werden von der Revision auch nicht aufgezeigt. Die Revision beruft sich darauf, dass gerade die Regelungen zur Gebietsaufteilung und Erlösverteilung prägende Elemente der Gesellschaftsverträge seien. Diese Regelungen blieben aber auch unabhängig von dem gesellschaftsvertraglichen Wettbewerbsverbot wirksam.

58 (c) Die Gesellschaftsverträge sind auch nicht wegen einer unzulässigen Marktzugangsbeschränkung kartellrechtswidrig.

- 59 Gemäß § 8 Abs. 4 der Verträge ist die Beklagte zu 2 verpflichtet, die Auflagenhöhe der Telefonbücher nach Bedarf unter Berücksichtigung wirtschaftlicher Gesichtspunkte in Abstimmung mit dem Fachverlag festzulegen. Die Revision hält das damit bestehende Letztentscheidungsrecht der Beklagten zu 2, die von dieser Befugnis in der Praxis gegenüber abweichenden Auffassungen der beteiligten Verlage auch Gebrauch mache, für unzulässig. Die Beklagte zu 2 lege hohe Auflagen fest, wodurch eine Marktsättigung erreicht und eine Marktzugangsbeschränkung gegenüber Konkurrenten bewirkt werde.
- 60 Dieser Gesichtspunkt betrifft schon nicht eine horizontal wirkende Abstimmung zwischen den Partnerverlagen als möglichen Wettbewerbern. Die Festlegung der Auflagenhöhe ist eine innerhalb der jeweiligen Herausgebergesellschaft zu treffende unternehmerische Entscheidung. Dass die Beklagte zu 2 hierbei ein vertraglich vereinbartes Letztentscheidungsrecht hat, ist kartellrechtlich zunächst unbedenklich. Soweit die Beklagte zu 2 - wegen der damit verbundenen Kosten möglicherweise unter Missachtung wirtschaftlicher Gesichtspunkte und damit vertragswidrig - hohe Printauflagen durchsetzen sollte, kann auch dies nicht zur Gesamtnichtigkeit des Gesellschaftsvertrags führen. Ob die von der Klägerin behauptete tatsächliche Praxis zu einer Marktabschottung führen kann, ist insofern nicht entscheidungserheblich.
- 61 (d) Nach allem ist es rechtlich auch nicht zu beanstanden, dass das Berufungsgericht nicht aufgrund einer von der Revision angemahnten Gesamtwürdigung der wettbewerbsbeschränkenden Regelungen zu dem Schluss gelangt ist, dass die Gesellschaftsverträge insgesamt nichtig seien. Dementsprechend war das Berufungsgericht aus Rechtsgründen auch nicht gehalten, die Kooperation der Beklagten zu 2 mit den Partnerverlagen als "Hardcore-Kartell" zu werten. Schließlich erfüllen die Gesellschaftsverträge als solche entgegen der Ansicht der Revision auch nicht die Voraussetzungen für die Annahme einer bezweckten Wettbewerbsbeeinträchtigung (vgl. dazu z.B. BGH, Urteil vom

12. Juni 2018 - KZR 4/16, NZKart 2018, 372 Rn. 31 ff. mwN - Busverkehr im Altmarkkreis).

62 cc) Die Erlösverteilungsregelungen - in der durch die Vereinbarung vom 13. Dezember 2006 geänderten Fassung, die eine Absenkung der Erlösanteile der Beklagten zu 2 um 4,6 Prozentpunkte beinhaltet - sind auch nicht wegen Verletzung der §§ 19, 20 GWB 2005 unwirksam.

63 Soweit die Klägerin die missbräuchliche Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung geltend macht (§ 19 GWB 2005), kann der Senat offenlassen, ob das Berufungsgericht den sachlichen Markt zutreffend abgegrenzt und auf dieser Grundlage eine - mit Rücksicht auf ihre Zugehörigkeit zum Telekom-Konzern - marktbeherrschende Stellung der Beklagten zu 2 zu Recht verneint hat. Denn jedenfalls fehlt es nach den getroffenen Feststellungen an der missbräuchlichen Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung (§ 19 Abs. 1, 4 GWB 2005). Ebenso ist in Übereinstimmung mit dem Berufungsurteil eine Diskriminierung oder unbillige Behinderung der Klägerin zu verneinen (§ 20 GWB 2005).

64 (1) Eine nach § 20 Abs. 1 Fall 2 oder § 20 Abs. 1 Fall 2, Abs. 2 Satz 1 GWB 2005 unzulässige Diskriminierung der Klägerin liegt nicht vor. Nach diesen Vorschriften ist es den Normadressaten verboten, andere bzw. von ihnen abhängige Unternehmen gegenüber gleichartigen Unternehmen ohne sachlich gerechtfertigten Grund unterschiedlich zu behandeln.

65 Soweit die Revision zur Begründung einer solchen Diskriminierung eine unzulässige Preisdifferenzierung annimmt, lässt sie außer Acht, dass die gesellschaftsvertraglich vereinbarte Erlösbeteiligung der Beklagten zu 2 nicht als Entgelt oder Gegenleistung der Klägerin für die Bereitstellung von Teilnehmerdaten angesehen werden kann. Wie das Berufungsgericht rechtsfehlerfrei festgestellt hat, geht es in dem Rechtsverhältnis zwischen der Klägerin und der Be-

klagten zu 2 nicht um die Überlassung von Teilnehmerdaten mit der Vereinbarung bloßer Zusatzleistungen im Rahmen eines Austauschverhältnisses. Vielmehr stellt die Einbringung der zuvor bei der Beklagten zu 1 bzw. der TDG erworbenen Daten eine Beitragsleistung der Beklagten zu 2 für die gemeinsame Gesellschaft dar. Die Beteiligung eines Gesellschafters an dem von der Gesellschaft erzielten Erlös ist nicht das Entgelt für seinen Gesellschafterbeitrag, sondern die Partizipation an einem gemeinsamen Geschäftserfolg.

66 Die Bereitstellung der Daten steht auch bei einer rein wirtschaftlichen Betrachtung der zwischen der Klägerin und der Beklagten zu 2 bestehenden Beziehungen - unbeschadet der Annahme eines ohnehin nur unternehmensinternen Zusammenwirkens - nicht in einem auf Leistungsäquivalenz überprüfbares Gegenseitigkeits- oder Austauschverhältnis zu der Erlösbeteiligung. Dies folgt schon daraus, dass sich die Beiträge der Beklagten zu 2 zur Förderung des Gesellschaftszwecks nach dem revisionsrechtlich maßgebenden Sachverhalt nicht auf die Bereitstellung der Teilnehmerdaten beschränken. Zur Förderung des gemeinsamen Zwecks sind neben der gleichfalls in den Aufgabenbereich der Beklagten zu 2 fallenden Distribution der Teilnehmerverzeichnisse und der Erfüllung von Koordinationsaufgaben sowie den von der Klägerin zu erbringenden Gesellschaftsbeiträgen auch die Inanspruchnahme der Leistungen der Marketing- und Servicegesellschaften und vor allem die für den wirtschaftlichen Erfolg wesentlichen Marken von zentraler Bedeutung. Die Benutzung der Marken sichert den Herausgebergesellschaften ihre herausgehobene Marktposition. Gerade mit dem Wert der Marken begründet die Klägerin nach den tatbestandlichen Feststellungen des Berufungsgerichts die von ihr angenommene unternehmensbedingte Abhängigkeit von der Beklagten zu 2. Der wirtschaftliche Wert der Markenbenutzung dürfte zudem parallel zu dem Verfall der Datenbeschaffungskosten noch zugenommen haben, da die Funktion der Marken, die Teilnehmerverzeichnisse der Herausgebergesellschaften gegenüber den

Verzeichnissen alternativer Telefonbuchverlage herauszuheben, in Ansehung eines durch die Kostensenkung für alternative Verlage erleichterten Marktzutritts noch an Bedeutung gewonnen hat.

67 Die danach für den Markterfolg der Teilnehmerverzeichnisse und mithin die Höhe der erzielten Umsätze ausschlaggebende Nutzung der Marken wird durch die Zeichen-GbR's ermöglicht, die den Herausgebergesellschaften die Marken kostenlos zur Verfügung stellen. An den Zeichen-GbR's sind nach den Feststellungen des Berufungsgerichts die Beklagte zu 2 mit 50 % bzw. 25,1 % sowie die Partnerverlage mit insgesamt 50 % bzw. 74,9 % beteiligt, wobei auf die Klägerin Anteile von lediglich 0,73 % bzw. 1,65 % entfallen. Erst durch die Kooperation mit der Beklagten zu 2 wird die Klägerin in die Lage versetzt, die Marken mit zu benutzen. Der Wert der Markenbenutzung und der hierauf bezogenen Beitragsleistungen spiegelt sich in der von der Klägerin so empfundenen wirtschaftlichen Abhängigkeit von der Berechtigung zur Markenmitbenutzung.

68 Es kann infolgedessen nicht darauf abgestellt werden, dass gemäß der Erlösverteilungsregelung ein in Anbetracht der erzielten Umsätze deutlich höherer Betrag an die Beklagte zu 2 abzuführen ist, als ihn der Herausgeber eines ungebundenen Teilnehmerverzeichnisses als Entgelt lediglich für die von der Beklagten zu 1 bzw. der TDG unmittelbar bezogenen Teilnehmerdaten zu entrichten hätte.

69 (2) Ebenso fehlt es entgegen der Revision an einem Ausbeutungsmissbrauch in der Form des Preismissbrauchs (§ 19 Abs. 4 Nr. 2 GWB 2005). Auch die Geltendmachung dieses Verstoßes beruht auf der Annahme, dass zwischen den tatsächlichen Kosten für die Bereitstellung der Teilnehmerdaten und "dem tatsächlich verlangten Preis" ein Missverhältnis bestehe. Dem kann aber aus den soeben bereits dargelegten Gründen nicht gefolgt werden.

70

Soweit die Revision darauf hinweist, dass das Berufungsgericht - in anderem Zusammenhang - selbst von einem (ursprünglichen) Äquivalenzverhältnis der jeweiligen Beitragsleistungen gesprochen habe, lässt sie außer Betracht, dass das Berufungsgericht auch an dieser Stelle die Nutzung der Marken sowie der Marketingleistungen einbezogen und sich deshalb an einer konkreteren Bewertung gehindert gesehen hat. Eine bis zum Jahr 2006 zum Vorteil der Beklagten zu 2 eingetretene Änderung der Verhältnisse hat das Berufungsgericht allein daraus abgeleitet, dass in dieser Zeit eine erhebliche Absenkung des für die Überlassung von Teilnehmerdaten gemäß § 47 Abs. 4 TKG höchstens zulässigen Entgelts vorgenommen wurde, weshalb ein Teil des von der Beklagten zu erbringenden Beitrags, nämlich die Einbringung der Teilnehmerdaten in seinem Marktwert erheblich gesunken sei. Eine genauere Bewertung der jeweiligen Beiträge hat das Berufungsgericht aber gerade deshalb nicht vornehmen können, weil die Vertragsparteien wesentliche Beiträge auch über die Zeichen-GbR's sowie die Marketing- und Servicegesellschaften leisteten.

71 Die Revision zeigt kein Vorbringen der Klägerin auf, das es dem Berufungsgericht ermöglicht hätte, die von ihm in die Betrachtung einbezogenen Beitragsleistungen exakter zu bewerten und zu der am 13. Dezember 2006 im Hinblick auf die gesunkenen Datenbeschaffungskosten vereinbarten Absenkung der Erlösanteile der Beklagten zu 2 um 4,6 Prozentpunkte ins Verhältnis zu setzen.

72 Kann danach der Bereitstellung der Teilnehmerdaten kein genauer erfassbarer Anteil an den Beitragsleistungen der Beklagten zu 2 insgesamt zugeordnet werden, fehlt es - im Unterschied zu der Senatsentscheidung "Kabelkanalanlagen" (BGH, Urteil vom 24. Januar 2017 - KZR 2/15, NZKart 2017, 198 Rn. 25 ff. - Kabelkanalanlagen) - an der erforderlichen tatsächlichen Grundlage für den zur Ermittlung eines Preismissbrauchs vorzunehmenden Leistungsvergleich. Dass die Klägerin an einem unangemessenen Vertrag festgehalten wer-

de, kann schon deshalb nicht angenommen werden, weil nach dem revisionsrechtlich maßgebenden Sachverhalt keine Unangemessenheit festzustellen ist.

73 (3) Auch eine unbillige Behinderung der Klägerin, die die Revision im Wesentlichen erneut damit begründet, dass die beanstandete Umsatzbeteiligung die Gegenleistung für die Überlassung der Daten darstelle, ist danach nicht gegeben (§ 20 GWB 2005).

74 (4) Aus den dargelegten Gründen ist auch - bei Annahme einer marktbeherrschenden Stellung der Beklagten zu 2 - eine missbräuchliche Ausnutzung dieser Stellung zu verneinen (§ 19 Abs. 1 GWB 2005). Zudem wäre die von der Klägerin angenommene Benachteiligung durch die Beklagte zu 2 nicht Ausfluss einer marktbeherrschenden Stellung als Anbieter von Teilnehmerdaten, deren Erwerb den Herausgebern von Teilnehmerverzeichnissen auf der Grundlage eines regulierten Preises offensteht. Die von der Klägerin als solche empfundene Marktmacht der Beklagten zu 2 ergibt sich vielmehr, wie das Berufungsgerecht zutreffend ausgeführt hat, aus vielschichtigen gesellschaftsrechtlichen Verflechtungen, wobei der Ermöglichung der Markennutzung wesentliche Bedeutung zukommt.

75 dd) Ein Verstoß gegen die aus § 47 TKG folgende Preisbegrenzung, der im Umfang der Preisüberhöhung zur (teilweisen) Nichtigkeit der Erlösverteilungsregelung führen würde (vgl. BGH, Urteil vom 29. Juni 2010 - KZR 9/08, WRP 2010, 1262 Rn. 23 - Teilnehmerdaten IV) liegt jedenfalls deshalb nicht vor, weil es an einer Überlassung von Teilnehmerdaten gegen Entgelt im Sinne von § 47 Abs. 4 TKG fehlt. Die Erlösbeteiligung der Beklagten stellt sich, wie ausgeführt, nicht als Entgeltleistung der Klägerin für die von der Beklagten zu 2 zum Erfolg der Herausgebergesellschaften beigetragene Datenbeschaffung dar.

76

(1) Dem lässt sich nicht entgegengehalten, dass § 47 TKG zur Vermeidung einer Umgehung der Preisregulierung auch ein Überlassen von Teilnehmerdaten als Gesellschafterbeitrag im Rahmen eines Kooperationsverhältnisses erfassen müsse.

77 § 47 Abs. 4 TKG hat den Zweck, einen chancengleichen Wettbewerb auf den Telekommunikationsmärkten und speziell auf dem Markt für Auskunftsdienste und Teilnehmerverzeichnisse herzustellen; dafür bedarf es nach der Liberalisierung der Telekommunikationsmärkte einer Beseitigung noch bestehender Marktzutrittsschranken, wobei auf dem Markt für Auskunftsdienste und Teilnehmerverzeichnisse die wesentliche Marktzutrittsschranke für potenzielle Wettbewerber in der Schwierigkeit besteht, auf die vergebenen Rufnummern und die zugehörigen sonstigen Teilnehmerdaten zugreifen zu können (BGH, Urteil vom 29. Juni 2010 - KZR 9/08, WRP 2010, 1262 Rn. 24 - Teilnehmerdaten IV).

78 Dieser Normzweck erfordert zum Schutz vor einer Umgehung des § 47 Abs. 4 TKG keine Erstreckung der Regelung auf Sachverhalte, die durch das Bereitstellen von Teilnehmerdaten im Rahmen einer gesellschaftsvertraglichen Beitragsleistung gekennzeichnet sind, wobei es in solchen Konstellationen auch typischerweise an einem Überlassungsantrag des Mitgesellschafters nach § 47 Abs. 1 TKG fehlen wird. Die Zugehörigkeit und der Verbleib in einer zum Zweck der Bereitstellung von Teilnehmerverzeichnissen bestehenden Herausgebergesellschaft beruhen grundsätzlich auf der freien Entscheidung der als Gesellschafter beteiligten Verlage, die außerhalb der Gesellschaft am Wettbewerb teilnehmen und hierfür selbst Teilnehmerdaten zu den Bedingungen nach § 47 Abs. 4 TKG beziehen könnten.

79 Den Beklagten kann danach nicht vorgehalten werden, dass sie sich durch den Betrieb von Herausbergergesellschaften im Verhältnis zu den an die-

sen Gesellschaften beteiligten Partnerverlagen einer gesetzlichen Preisregulierung in unzulässiger Weise entzogen. Der Senat hat zu § 12 TKG 1996, an dessen Stelle § 47 Abs. 4 TKG 2004 getreten ist, zwar wiederholt ausgesprochen, dass sich ein nach dieser Vorschrift zur Herausgabe von Teilnehmerdaten Verpflichteter der dort angeordneten Preisbegrenzung nicht dadurch entziehen könne, dass er die Teilnehmerdaten nur im Zusammenhang mit weiteren, der Preisregulierung nicht unterfallenden Leistungen anbiete (BGH Urteil vom 11. Juli 2006 - KZR 29/05, WuW/E DE-R 1829 Rn. 18 - Suchmaschine; Urteil vom 13. Oktober 2009 - KZR 41/07, juris Rn. 53 - Teilnehmerdaten II; Urteil vom 29. Juni 2010 - KZR 50/07, juris Rn. 23 - Überlassung von Basisdaten; siehe auch BVerwG, NVwZ-RR 2008, 832, 836). Um einen solchen Sachverhalt geht es hier indessen nicht; es fehlt im Streitfall im Verhältnis der Parteien bereits an einer Überlassung von Teilnehmerdaten gegen Entgelt im Sinne von § 47 Abs. 4 TKG. Die Klägerin ist infolge ihrer auf die gemeinschaftliche Bereitstellung von Teilnehmerverzeichnissen ausgerichteten Kooperation mit der Beklagten zu 2 nicht mit einem Unternehmen gleichzustellen, das Teilnehmerverzeichnisse eigenständig bereitstellt und dem zu diesem Zweck Teilnehmerdaten entgeltlich zu überlassen sind.

80 (2) Diese Auslegung des § 47 Abs. 4 TKG steht in Einklang mit dem Unionsrecht. Weder Art. 25 Abs. 2 der Richtlinie 2002/22/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. März 2002 über den Universaldienst und Nutzerrechte bei elektronischen Kommunikationsnetzen und -diensten (Universaldienstrichtlinie - URL) noch Art. 5 der Richtlinie 2002/77/EG der Kommission vom 16. September 2002 über den Wettbewerb auf den Märkten für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste (im Folgenden: Wettbewerbsrichtlinie) stehen der Auslegung entgegen.

81 (a) Nach Art. 25 Abs. 2 URL haben die Mitgliedstaaten sicherzustellen, dass alle Unternehmen, die Teilnehmern Telefonnummern zuweisen, allen zu-

mutbaren Anträgen entsprechen, die relevanten Informationen zum Zweck der Bereitstellung von öffentlich zugänglichen Auskunftsdiensten und Teilnehmerverzeichnissen in einem vereinbarten Format und zu gerechten, objektiven, kostenorientierten und nichtdiskriminierenden Bedingungen zur Verfügung zu stellen. Diese Bestimmung kann aus den zur Auslegung von § 47 Abs. 4 TKG bereits angeführten Gründen nicht auf eine umsatzbezogene Erlösverteilungsregelung in einem Gesellschaftsvertrag wie dem hier vorliegenden angewandt werden.

82 Art. 25 Abs. 2 URL steht in dem Kapitel IV der Richtlinie, das die Interessen und Rechte der Endnutzer betrifft. Die Bestimmung hat den besonderen Zweck, die Einhaltung der in Art. 5 Abs. 1 URL vorgesehenen Universaldienstverpflichtung zu gewährleisten, nach der sicherzustellen ist, dass den Endnutzern mindestens ein umfassendes Teilnehmerverzeichnis zur Verfügung steht. Weiter ermöglicht die aus Art. 25 Abs. 2 URL folgende Verpflichtung es grundsätzlich nicht nur dem für die Gewährleistung der Einhaltung der in Art. 5 Abs. 1 der Richtlinie vorgesehenen Universaldienstverpflichtung benannten Unternehmen, sondern auch jedem Telefondienstanbieter, eine umfassende Datenbank zu erstellen und auf dem Markt der Auskunftsdienste und der Teilnehmerverzeichnisse tätig zu werden (vgl. EuGH, Slg. 2011, I-3441 Rn. 31, 35 f. - Deutsche Telekom; WRP 2017, 691 Rn. 26 f.). Die Bestimmung hat hingegen keinen Einfluss auf die rechtliche Beurteilung von Erlösverteilungsregelungen in einer Herausgebergesellschaft, in der die Beitragspflicht des einen Gesellschafters auch, aber nicht nur, darin besteht, die erforderlichen Teilnehmerdaten bereitzustellen.

83 (b) Gemäß Art. 5 der Wettbewerbsrichtlinie haben die Mitgliedstaaten dafür Sorge zu tragen, dass alle ausschließlichen und/oder besonderen Rechte bei der Einrichtung und Bereitstellung von Auskunftsdiensten, sei es in Form der Veröffentlichung von Verzeichnissen oder in Form von mündlichen Aus-

kunftsdiensten, in ihrem Hoheitsgebiet aufgehoben werden. Auch diese Bestimmung beeinflusst die Auslegung von § 47 TKG nicht in dem von der Revision gewünschten Sinne. Eine andere Erlösverteilung innerhalb der Herausgebergesellschaften, wie sie von der Klägerin angestrebt wird, trägt nichts zur Beseitigung von aus der Zeit vor der Liberalisierung des Telekommunikationsmarktes noch verbliebenen Sonderrechten oder Strukturen bei, die den begünstigten Unternehmen wettbewerbsfremde Vorteile auf dem Markt sichern können. Die hiervon zu trennende Frage nach dem Fortbestand der Herausgebergesellschaften stellt sich im vorliegenden Rechtsstreit nicht.

84 (c) Ein Vorabentscheidungsersuchen nach Art. 267 AEUV an den Gerichtshof der Europäischen Union ist nicht erforderlich. Die Frage, wie § 47 Abs. 4 TKG hinsichtlich der für den Streitfall bedeutsamen Punkte richtlinienkonform auszulegen ist, kann zweifelsfrei geklärt werden. Abweichende Auffassungen werden von der Revision nicht aufgezeigt und sind auch sonst nicht ersichtlich.

85 (3) Ob die Beklagte zu 2 gemäß § 3 Nr. 29 TKG Normadressatin des § 47 TKG ist, kann offenbleiben, da in ihrem Verhältnis zur Klägerin jedenfalls keine Überlassung von Teilnehmerdaten gegen Entgelt im Sinne von § 47 TKG vorliegt.

86 c) Die Verzichtvereinbarung ist auch nicht aus anderen, nicht aus einer kartellrechtlich oder durch § 47 TKG begründeten Unwirksamkeit der gesellschaftsvertraglichen Erlösverteilungsregelungen abgeleiteten Gründen unwirksam.

87 aa) Die Revision sieht einen nur die Vereinbarung vom 13. Dezember 2006 betreffenden Verstoß gegen § 47 TKG darin, dass mit der Verzichtserklärung sämtliche gesetzlichen Ansprüche auch gegenüber der Beklagten zu 1 ausgeschlossen würden, womit auch der Fall erfasst werde, dass die Klägerin

die Teilnehmerdaten unmittelbar bei der Beklagten zu 1 bzw. der TDG beziehe. Eine dahingehende Auslegung der Vereinbarung hat das Berufungsgericht indes zu Recht abgelehnt.

88 Die Vereinbarung vom 13. Dezember 2006 bezieht sich gemäß der Umschreibung des Regelungsgegenstandes in § 2 Nr. 1 auf den in § 1 Nr. 1 dargestellten Sachverhalt, der die allgemeine Absenkung der Datenbeschaffungskosten und ihre möglichen Auswirkungen auf die Marktverhältnisse zum Nachteil der Herausbergesellschaften thematisiert. Die im Zusammenhang mit diesem Sachverhalt "aufgetretene offene Fragestellung zwischen DeTeMedien und dem Verlag" sollte gelöst werden (§ 2 Nr. 1). Die Verzichtserklärung wurde überdies ausdrücklich auf Ansprüche "im Zusammenhang mit der Absenkung der Datenkosten im Jahr 1999, zum 01.01.2003 und seit dem 17.08.2005" bezogen. Danach lässt sich die mit der Verminderung der gesellschaftsvertraglichen Erlösbeteiligung der Beklagten zu 2 korrespondierende Verzichtserklärung nicht auf die von der Revision beschriebene Konstellation eines Bezugs der Teilnehmerdaten bei der Beklagten zu 1 oder der TDG erstrecken, die eine grundlegende Umstellung der vertraglichen Zusammenarbeit voraussetzen würde.

89 bb) Die Verzichtsvereinbarung ist nicht gemäß § 276 Abs. 3 BGB nichtig. Nach dieser Vorschrift darf die Haftung wegen Vorsatzes dem Schuldner nicht im Voraus erlassen werden. Eine derartige Haftungsbefreiung beinhaltet die Vereinbarung vom 13. Dezember 2006 aber nicht.

90 Die Verzichtsabrede ist zwar weit gefasst, bezieht sich aber, wie soeben schon zu § 47 TKG ausgeführt, lediglich auf Ansprüche im Zusammenhang mit der Absenkung der Datenkosten. Derartige Ansprüche könnten darauf gestützt werden, dass die Erlösbeteiligung der Beklagten zu 2 überhöht erscheint. In diesem Rahmen kommen Ansprüche aus einer vorsätzlichen Pflichtverletzung

der Beklagten allenfalls dann in Betracht, wenn die Beklagte zu 2 vereinbarte Erlösanteile in dem Bewusstsein entgegennehmen würde, dass ihr diese Anteile in Wahrheit nicht zustehen. Eine Erfüllung dieser Voraussetzung kann aber, wie sich schon aus den Ausführungen zur Wirksamkeit der Erlösverteilungsregelungen ergibt, ausgeschlossen werden.

91 cc) Im Ergebnis zu Recht hat das Berufungsgericht die Verzichtvereinbarung auch nicht wegen Sittenwidrigkeit als nichtig angesehen (§ 138 BGB).

92 Die Feststellung der subjektiven Voraussetzungen des Wuchertatbestandes (§ 138 Abs. 2 BGB), zu der sich das Berufungsgericht nicht in der Lage gesehen hat, wäre allerdings entbehrlich, wenn, was das Berufungsgericht in seiner Entscheidung keiner ausdrücklichen Prüfung unterzogen hat, objektiv ein besonders grobes Missverhältnis vorläge mit der Folge, dass eine verwerfliche Gesinnung der Beklagten zu 2 vermutet würde.

93 Die getroffenen Feststellungen tragen aber schon nicht die Annahme eines - vom Berufungsgericht auch nur vorsorglich unterstellten - objektiven Missverhältnisses der wechselseitigen Leistungen. Wie bereits dargelegt wurde, können bei der Beurteilung der Gesellschaftsverträge Überlegungen zur Angemessenheit der jeweils geleisteten Beiträge bezüglich der Beklagten zu 2 nicht auf die Beibringung der Daten und die Verteilung der Verzeichnisse beschränkt werden. Vielmehr muss insbesondere auch die über weitere Gesellschaften kostenfrei ermöglichte Markennutzung in den Blick genommen werden, die auf Grundlage der Feststellungen indessen nicht näher bewertet werden kann. Diesen Vorgaben wird der von der Revision in Bezug genommene Vortrag der Klägerin nicht gerecht, der einer verengten Äquivalenzbetrachtung verhaftet bleibt.

94 Da es um die Wirksamkeit der Vereinbarung vom 13. Dezember 2006 und damit um einen Vergleichsabschluss geht, wie das Berufungsgericht zu Recht und von der Revision unbeanstandet annimmt, ist zudem auf ein mögli-

ches Missverhältnis des jeweiligen Nachgebens abzustellen. Dabei verbietet sich ein schematisches Abstellen auf das rein quantitative Maß des wechselseitigen Nachgebens. Denn es kommt wesentlich auch darauf an, welche Erfolgsaussichten den wechselseitigen Positionen beizumessen waren. Hierbei geben die objektive Rechtslage und die danach zu bemessenden Erfolgsaussichten nicht den alleinigen Maßstab vor, da eine Prüfung nach § 138 BGB sinnvollerweise nicht zu einer Erneuerung des durch den Vergleich bereinigten Streitiges führen soll. Entscheidend ist im Ergebnis vielmehr, ob der Vergleichsinhalt aus der Sicht der Vertragsparteien beim Vergleichsschluss als sachgerechte Bereinigung des Streitfalls erschien (BGH, Urteil vom 2. Juli 1999 - V ZR 135/98, NJW 1999, 3113). Die Revision zeigt keinen nach diesen Maßgaben rechtserheblichen Vortrag der Klägerin auf. Dass der Klägerin im Dezember 2006 ein - durch das Vergleichsergebnis nur teilweise ausgeglichener - Anpassungsanspruch nach § 313 Abs. 1 BGB zugestanden haben könnte, wie das Berufungsgericht erwägt, kann zur Annahme der Sittenwidrigkeit nicht genügen.

95 dd) Auch eine Unwirksamkeit nach § 307 Abs. 1 BGB scheidet aus. Auf die vom Berufungsgericht offengelassene Frage, ob es sich bei der Verzichtabrede um Allgemeine Geschäftsbedingungen handelt, kommt es dabei nicht an.

96 (1) Das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen ist nicht anwendbar, weil die Vereinbarung vom 13. Dezember 2006 der Bereichsausnahme für Gesellschaftsrecht (§ 310 Abs. 4 Satz 1 BGB) unterfällt.

97 Die Neuregelung der Erlösverteilung wurde gemäß § 2 Nr. 2 der Vereinbarung in Ergänzung der bestehenden Gesellschaftsverträge vereinbart. Sie änderte diese inhaltlich ab und ist mithin gesellschaftsvertraglicher Natur. Der Verzicht der Klägerin auf weitergehende Ansprüche ist untrennbarer Bestandteil

der Neuregelung; er beschränkt zugleich den gesellschaftsvertraglichen Anpassungsanspruch (§ 9 Abs. 4 GV) der Klägerin.

98 Der Ansicht der Revision, die Bereichsausnahme greife bei einer gesellschaftsrechtlichen Konstruktion der vorliegenden Art nicht, zumal die Gesellschaft kein eigenes Gesellschaftsvermögen bilde und es an Gesellschaftsorganen fehle, ist nicht zu folgen. Die Herausgebergesellschaften lassen sich nicht im Wesentlichen auf ein Austauschverhältnis zurückführen, auf das die §§ 305 ff. BGB maßgeblich zugeschnitten sind. Sie bestehen zu dem Zweck des gemeinschaftlichen Herausgebens und Verlegens von Teilnehmerverzeichnissen, wozu die Gesellschafter verschiedene Beiträge leisten, die - wie das Berufungsgericht zutreffend dargelegt hat - gerade in Anbetracht der für den Geschäftserfolg überragend wichtigen Markenbenutzung weder konkret bewertet noch in ein Gegenseitigkeitsverhältnis gesetzt werden können. Schon hierdurch unterscheiden sich die Herausgebergesellschaften grundlegend von einer stillen Gesellschaft gemäß § 230 HGB, auf die sich die von der Revision für ihre Ansicht genannte Literaturstelle (Ulmer/Schäfer in Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht, 12. Aufl., § 310 Rn. 128 f.) in erster Linie bezieht. Im Übrigen erfasst die Bereichsausnahmeregelung in § 310 Abs. 4 Satz 1 BGB (§ 23 Abs. 1 AGBG aF) nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs auch die stille Gesellschaft (BGH, Urteil vom 10. Oktober 1994 - II ZR 32/94, BGHZ 127, 176, 183 ff.).

99 Weiter gilt die Bereichsausnahme zwar nur für gesellschaftsrechtliche Vereinbarungen im eigentlichen Sinne. Um eine solche handelt es sich hier aber, da sie die Verteilung des Erlöses unter den Gesellschaftern einschließlich möglicher Rückzahlungsansprüche regelt. Der vereinbarte Anspruchsverzicht erfasst lediglich Ansprüche im Zusammenhang mit der zuvor näher dargestellten Absenkung der Datenkosten, aus der gemäß § 1 Nr. 1 der Vereinbarung vom 13. Dezember 2006 eine - bevorstehende oder bereits eingetretene - er-

hebliche Veränderung der Marktverhältnisse abgeleitet wird. Es ist nicht ersichtlich und wird von der Revision nicht aufgezeigt, dass der so umschriebene Verzicht auch Ansprüche erfassen könnte, die sich nicht auf das gesellschaftsvertragliche Zusammenwirken in seinem Kern und namentlich auf die Erlösverteilungsregelung beziehen.

100 Die Vereinbarung betrifft danach insbesondere kein Austausch- oder sonstiges Benutzungsverhältnis, auf das AGB-rechtliche Regelungen gegebenenfalls auch dann anwendbar sein können, wenn es formal in dem Gesellschaftsvertrag oder der Satzung geregelt ist (vgl. BGH, Urteil vom 8. Februar 1988 - II ZR 228/87, BGHZ 103, 219, 221 ff.; Urteil vom 11. November 1991 - II ZR 44/91, ZIP 1992, 326; Urteil vom 8. Oktober 1997 - IV ZR 220/96, BGHZ 136, 394, 396 ff.; Ulmer/Schäfer in Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht, 12. Aufl., § 310 Rn. 122 f., 125; MünchKomm.BGB/Basedow, 8. Aufl., § 310 Rn. 125 f.). Ferner liegt auch keine Vereinbarung im Zusammenhang mit dem Ausscheiden aus dem Gesellschaftsverhältnis vor (vgl. hierzu KG, KGR Berlin 1998, 301, 302 f.; Ulmer/Schäfer in Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht, 12. Aufl., § 310 Rn. 123).

101 Die Einbeziehung der Beklagten zu 1, die den Herausgebergesellschaften nicht angehört, in die Verzichtvereinbarung ändert an der Unanwendbarkeit des AGB-Rechts im Ergebnis nichts. Die von der Klägerin behauptete, durch die Vereinbarung abbedungene Mithaftung der Beklagten zu 1 knüpft an die gesellschaftsvertraglich fundierte Haftung der Beklagten zu 2 auf Rückzahlung überhöhter Erlösanteile unmittelbar an und kann auch wegen der Rückwirkungen, die eine Inanspruchnahme der Beklagten zu 1 nach § 426 BGB auf die Beklagte zu 2 haben könnte, aus der Anwendung des § 310 Abs. 4 BGB nicht ausgeklammert werden. Ansprüche, die sich ergeben könnten, wenn die Herausgebergesellschaften die Teilnehmerdaten (zu überhöhten Preisen) unmittelbar bei der Beklagten zu 1 oder der TDG bezögen, werden entgegen der Revi-

sion von der Verzichtvereinbarung ersichtlich nicht erfasst. Denn mit der hierzu notwendigen Vereinbarung zwischen der Herausgebergesellschaft und der Beklagten zu 1 bzw. der TDG würde das Vertragsgefüge verlassen, zu dessen weiterer Ausgestaltung die Vereinbarung vom 13. Dezember 2006 geschlossen wurde. Der Regelungsgegenstand betrifft gemäß § 2 der Vereinbarung das Verhältnis zwischen der Beklagten zu 2 und der Klägerin, so dass mögliche Ansprüche gegen die Beklagte zu 1 von der Vereinbarung nur erfasst werden, soweit sie sich aus einer Mit- oder Ausfallhaftung der Beklagten zu 1 ergeben könnten.

102 (2) Das Berufungsgericht hat zudem rechtsfehlerfrei angenommen, dass die Verzichtserklärung einer AGB-rechtlichen Kontrolle standhielte.

103 (a) Die Verzichtserklärung genügt dem Transparenzgebot (§ 307 Abs. 1 Satz 2 BGB).

104 Gemäß § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB kann sich eine unangemessene Benachteiligung des Vertragspartners, die gemäß § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB die Unwirksamkeit der betreffenden Bestimmung zur Folge hat, auch daraus ergeben, dass diese nicht klar und verständlich ist. Die Verpflichtung, Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen klar und verständlich zu formulieren, besteht allerdings nur im Rahmen des Möglichen. Dementsprechend müssen die Regelungen keinen solchen Grad an Konkretisierung annehmen, dass alle Eventualitäten erfasst sind und im Einzelfall keinerlei Zweifelsfragen auftreten können (BGH, Urteil vom 25. November 2015 - VIII ZR 360/14, BGHZ 208, 52 Rn. 36; Urteil vom 4. April 2018 - IV ZR 104/17, NJW 2018, 1544 Rn. 8).

105 Danach ist die vorliegende Verzichtserklärung nicht zu beanstanden. Soweit die Revision einwendet, die Formulierung "im Zusammenhang mit der Absenkung der Datenkosten (...)" sei unklar, weil offenbleibe, ob nur ein unmittelbarer oder auch ein mittelbarer Zusammenhang ausreiche, lässt sie außer Acht, dass die unter § 1 Nr. 1 der Vereinbarung gegebene Darstellung eine ausreichende Konkretisierung ermöglicht. Für eine noch weitergehende Beschränkung der Verzichtserklärung auf einen unmittelbaren Zusammenhang, die überdies zu nachfolgenden Abgrenzungsfragen führen könnte, spricht nichts.

106 (b) Die Verzichtserklärung ist auch nicht wegen inhaltlicher Unausgewogenheit unwirksam (§ 307 Abs. 1 Satz 1 BGB).

107 (aa) Sie unterliegt insoweit, wie das Berufungsgericht rechtsfehlerfrei angenommen hat, schon nicht der Inhaltskontrolle (§ 307 Abs. 3 Satz 1 BGB).

108 Nach § 307 Abs. 3 Satz 1 BGB sind Klauseln, die Art, Umfang und Güte der vertraglichen Hauptleistung und der hierfür zu bezahlenden Vergütung unmittelbar bestimmen (Leistungsbeschreibungen und Preisvereinbarungen), von der Inhaltskontrolle ausgenommen. Es ist nach dem im Bürgerlichen Recht geltenden Grundsatz der Privatautonomie den Vertragsparteien im Allgemeinen

freigestellt, Leistung und Gegenleistung zu bestimmen; mangels gesetzlicher Vorgaben fehlt es insoweit regelmäßig auch an einem Kontrollmaßstab (st. Rspr., vgl. nur BGH, Urteil vom 5. Oktober 2017 - III ZR 56/17, NJW 2018, 534 Rn. 15 mwN). Diese Grundsätze gelten auch für Vergleichsvereinbarungen (OLG Karlsruhe, WM 2007, 590, 592; Palandt/Grüneberg, BGB, 78. Aufl., § 307 Rn. 46).

109 Von der Inhaltskontrolle ausgenommen sind jedoch nur Bestimmungen über den unmittelbaren Gegenstand der Hauptleistung, während Regelungen, die die Leistungspflicht einschränken, ausgestalten oder modifizieren, inhaltlich zu kontrollieren sind. Damit bleibt für die der Überprüfung entzogene Leistungsbeschreibung nur der enge Bereich von Regelungen, ohne deren Vorliegen mangels Bestimmtheit oder Bestimmbarkeit des wesentlichen Vertragsinhalts ein wirksamer Vertrag nicht mehr angenommen werden kann. Diese zum Kernbereich privatautonomer Vertragsgestaltung gehörenden Abreden sind von den kontrollfähigen Nebenabreden zu unterscheiden, die zwar mittelbare Auswirkungen auf Preis und Leistung haben, aber nicht das Ob und den Umfang der zu erbringenden Leistungen bestimmen, sondern als ergänzende Regelungen lediglich Art und Weise der Leistungserbringung oder etwaige Leistungsmodifikationen zum Inhalt haben. Diese treten neben eine bereits bestehende Leistungshauptabrede, und an deren Stelle kann, wenn eine vertragliche Regelung fehlt, dispositives Gesetzesrecht gelten (vgl. BGH, Urteil vom 5. Oktober 2017 - III ZR 56/17, NJW 2018, 534 Rn. 15; Urteil vom 28. November 2017 - X ZR 42/16, NJW 2018, 1157 Rn. 9; Urteil vom 6. Dezember 2018 - IX ZR 143/17, NJW 2019, 1446 Rn. 30, jew. mwN).

110 Bei dem im Streitfall vereinbarten Verzicht handelt es sich nicht, wie die Revision meint, um eine Nebenabrede, sondern um ein im Vergleichswege vereinbartes Entgegenkommen der Klägerin für die Erhöhung ihrer Erlösbeteiligung. Ohne diesen zum Kernbereich der Vereinbarung vom 13. Dezember

2006 gehörenden Verzicht auf weitergehende Ansprüche verlöre die Vereinbarung den von den Parteien gewollten Charakter eines auch die zukünftige Zusammenarbeit erfassenden umfassenden Vergleichs. Eine sachgerechte Trennung zwischen einer Hauptleistung und einer neben sie tretenden Nebenleistung oder bloßen Modifikation kann insoweit nicht vorgenommen werden.

111 Entgegen der Ansicht der Revision steht die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts dieser Einschätzung nicht entgegen. Das Bundesarbeitsgericht hat entschieden, dass Ausgleichsklauseln in Vereinbarungen über die Beendigung eines Arbeitsverhältnisses gegen Abfindungszahlung kontrollfähig sind. Im Äquivalenzverhältnis stünden insoweit lediglich die Aufhebung des Arbeitsverhältnisses und die Abfindungszahlung. Die Ausgleichsklausel sei als Teil des Aufhebungsvertrags nur Nebenabrede zur kontrollfreien Aufhebungsvereinbarung und Abfindungszahlung (BAG, BAGE 138, 136 Rn. 42). Diese Erwägungen lassen sich auf den vorliegenden Sachverhalt, in dem es an einer vom Anspruchsverzicht trennbaren Hauptleistung der Klägerin fehlt, nicht übertragen (vgl. auch Klumpp in Clemenz/Kreft/Krause, AGB-Arbeitsrecht, 2. Aufl., § 307 BGB Rn. 136 mwN). Ferner geht es hier auch nicht um die in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (BGH, Urteil vom 25. Oktober 1984 - VII ZR 95/83, NJW 1985, 970; Urteil vom 17. Dezember 1985 - VI ZR 192/84, VersR 1986, 467) als kontrollfähig beurteilte Erstreckung einer Abfindungserklärung auf "jeden Dritten".

112 (bb) Die Verzichtserklärung hielte einer Inhaltskontrolle im Übrigen stand.

113 Die Revision nimmt eine unangemessene Benachteiligung an, weil die Klausel auf eine vollständige Rechtlosstellung der Klägerin hinauslaufe. Der Verzicht erfasse zudem auch Ansprüche, die auf grobes Verschulden gestützt seien.

114 Dem steht aber entgegen, dass sich die Verzichtregelung, wie bereits dargelegt, nur auf Ansprüche im Zusammenhang mit der Absenkung der Datenkosten bezieht. Mit der Absenkung der Datenkosten ist die Frage aufgeworfen, ob die Beitragspflichten oder die Erlösverteilung innerhalb der Herausgebergesellschaften einer Anpassung bedürfen. Anderweitige mögliche Ansprüche der Klägerin sind in diesem Zusammenhang nicht ersichtlich und werden von der Revision auch nicht aufgezeigt. Insbesondere gilt dies für Ansprüche, die auf ein grobes Verschulden der Beklagten gestützt werden könnten. In Anbetracht des begrenzten Gegenstandes des erklärten Anspruchsverzichts und der im Gegenzug vereinbarten Änderung der Erlösverteilung kann auch nicht von einer vollständigen Rechtlosstellung der Klägerin gesprochen werden.

115 ee) Aus den eben dargelegten Gründen scheidet auch ein Verstoß der Verzichtregelung gegen § 242 BGB aus. Ob die Vereinbarung vom 13. Dezember 2006 bei Geltung der Bereichsausnahme nach § 310 Abs. 4 BGB - gestützt auf § 242 BGB - einer ähnlichen Inhaltskontrolle wie Allgemeine Geschäftsbedingungen unterläge, wie dies der Bundesgerichtshof insbesondere für Gesellschaftsverträge von Publikumsgesellschaften annimmt (vgl. BGH, Urteil vom 14. März 2017 - II ZR 42/16, juris Rn. 15 mwN), bedarf hier deshalb keiner Entscheidung.

116 d) Schließlich ist die Verichtsvereinbarung auch nicht gemäß § 2 Nr. 3 Abs. 3 der Vereinbarung vom 13. Dezember 2006 wegen des Eintritts einer auflösenden Bedingung weggefallen.

117 aa) Die Beklagte zu 1 hat ihre Anteile an der Beklagten zu 2 erst mit Wirkung zum 14. Juni 2017 und damit nach dem in der Vereinbarung genannten Stichtag 31. Dezember 2016 an eine Gruppe von Partnerverlagen übertragen.

- 118 Das Berufungsgericht hat zwar offengelassen, ob die vereinbarte Bedingung gleichwohl eingetreten oder als eingetreten zu behandeln ist, weil die Übertragung auf einer schon Ende 2015 geschlossenen Rahmenvereinbarung beruhte, die eine ab dem 1. Januar 2017 ausübhbare Kaufoption beinhaltete. Auf den Abschluss der Rahmenvereinbarung kommt es aber nicht an, da diese noch keinen "Verkauf" darstellt und es der Beklagten zu 1 auch freistand, eine Übertragung vor dem 31. Dezember 2016 zu vermeiden.
- 119 bb) Im Übrigen hat das Berufungsgericht Auswirkungen eines möglichen Bedingungseintritts auf den hier im Streit stehenden Zeitraum, der die Jahre 2009 bis 2013 umfasst, verneint, weil es den in § 2 Nr. 3 Abs. 3 der Vereinbarung vom 13. Dezember 2006 verwendeten Begriff "Vergangenheit" in dem gleichen Sinne verstanden hat wie in § 2 Abs. 1 und 2 der Vereinbarung ("für die Vergangenheit, Gegenwart und Zukunft"). Dort umschreibt der Begriff "Vergangenheit" zweifelsfrei nur den bis zum Abschluss der Vereinbarung, also bis Dezember 2006 verstrichenen Zeitraum.
- 120 Diese Auslegung, die der Senat vollständig nachprüfen kann, da die Vertragsregelung gleichlautend in zahlreichen Verträgen mit bundesweit ansässigen Partnerverlagen enthalten ist, ist nicht zu beanstanden. Sie entspricht dem Wortlaut und der Systematik der Vereinbarung. Die Revision weist zwar im Ansatz zu Recht darauf hin, dass bei einer Auslegung im Zweifel anzunehmen ist, dass die Parteien etwas Sinnvolles gewollt haben. Hier liegt aber schon kein solcher Zweifelsfall vor. Die Annahme der Revision, dass der bedingt vereinbarte Wegfall des Verzichts nicht "nur" die Vergangenheit, sondern zusätzlich neben Gegenwart und Zukunft "auch" die Vergangenheit erfassen sollte, ist mit dem eindeutigen Wortlaut ("... soweit er auch für die Vergangenheit erklärt wurde ...") nicht zu vereinbaren. Nach dem Verständnis der Revision hätte es heißen müssen: "... auch soweit er für die Vergangenheit erklärt wurde ...". Ferner gibt der Umstand, dass die vereinbarte Absenkung der an die Beklagte zu 2

abzuführenden Erlösanteile um 4,6 Prozentpunkte erst ab dem 1. Januar 2007 wirksam wurde, es bis zum Abschluss der Vereinbarung im Dezember 2006 also bei der für die Partnerverlage ungünstigeren Erlösverteilung geblieben war, einen möglichen Erklärungsansatz für eine zwischen der Zeit vor und nach der Vereinbarung differenzierende Regelung der Bedingungsvoraussetzungen.

121 2. Die Abweisung der Zwischenfeststellungsklagen durch das Berufungsgericht lässt nach allem gleichfalls keinen Rechtsfehler erkennen.

Meier-Beck

Raum

Bacher

Sunder

Richter am Bundesgerichtshof
Dr. Deichfuß ist erkrankt und kann
deshalb nicht unterschreiben.

Meier-Beck

Vorinstanzen:

LG Frankfurt am Main, Entscheidung vom 26.02.2016 - 2-3 O 236/14 -

OLG Frankfurt am Main, Entscheidung vom 06.12.2016 - 11 U 38/15 (Kart) -