



Kammergericht

Im Namen des Volkes

Geschäftsnummer:
23 U 112/12
99 O 50/12 Landgericht Berlin

verkündet am : 29.08.2012
Schwanz
Justizhauptsekretärin
als Urkundsbeamtin der Geschäfts-
stelle des
Kammergerichts Berlin

In dem Rechtsstreit

V■■■■ W■■■■ GmbH,
vertreten d. d. Geschäftsführer R■■■■■ H■■■ ,
K■■ U■■■ K■■■■ , M■■■■ C■■■■ und F■■■■ K■■■■ ,
U■■ d■ L■■■■ ■ , ■■■■ B■■■■ ,

Verfügungsklägerin und
Berufungsklägerin,

Prozessbevollmächtigte:
Rechtsanwälte N■■■ LLP,
C■■■■■■■ straÙe ■ , ■■■■ B■■■■ ,

g e g e n

R■ A■■■ GmbH,
vertreten d. d. Geschäftsführer Dr. C■■■■■ H■■■ und
F■■ -J■■ S■■■■ ,
F■■■■■ straÙe ■ , ■■■■ B■■■■ ,

Verfügungsbeklagte und
Berufungsbeklagte,

Prozessbevollmächtigte:
Rechtsanwälte L■■■■■■■ LLP,
K■■■■■ allee ■ -■■■ , ■■■■ D■■■■■■■ ,

hat der 23. Zivilsenat des Kammergerichts in Berlin-Schöneberg, Eißholzstraße 30-33, 10781 Berlin, auf die mündliche Verhandlung vom 29.08.2012 durch den Vorsitzenden Richter am Kammergericht Domke, den Richter am Landgericht Leinweber und den Richter am Kammergericht Wagner

f ü r R e c h t e r k a n n t :

Die Berufung der Verfügungsklägerin gegen das am 30.05.2012 verkündete Urteil der Kammer für Handelssachen 99 des Landgerichts Berlin wird zurückgewiesen.

Die Verfügungsklägerin hat die Kosten des Berufungsverfahrens zu tragen.

Gründe

I. Die Parteien sind zu gleichen Teilen Gesellschafter der zunächst als B■ B■■■■■■■ AG gegründeten, später umgewandelten und umbenannten R■ -V■■■ B■■■■■■■ B■■■■■■■ GmbH (RVB). Diese Gesellschaft hält 49,9 % der Anteile der B■■■■■■■ Holding AG; 50,1 % der Anteile hält das Land Berlin.

Die Berlinwasser Holding AG ist als stille Gesellschafterin zu 49,9 % an den Berliner Wasserbetrieben (Anstalt öffentlichen Rechts) beteiligt. An dieser Beteiligung der Holding ist die RVB als stille Gesellschafterin der Holding zu 100 % beteiligt.

Die Rechtsbeziehungen der Parteien sind u.a. in einem mit dem Land Berlin und weiteren Beteiligten geschlossenen Konsortialvertrag vom 18.06.1999 sowie einem Gesellschaftervertrag der Parteien (Shareholders' Agreement) vom 30.10.2008 geregelt.

Die Verfügungsklägerin hat mit notariellem Vertrag vom 18.07.2012 ihren Geschäftsanteil an der RVB an das Land Berlin verkauft. Die Abtretung des Anteils soll nach § 9.2.2 des Vertrages gesondert erfolgen, wenn in § 6.1 näher genannte Vollzugsvoraussetzungen, u.a. die Zustimmung des Abgeordnetenhauses von Berlin vorliegen.

Die Verfügungsklägerin hält die Abtretung des Geschäftsanteils an das Land Berlin ohne ihre Zustimmung für unzulässig. Sie hat am 21.05.2012 beantragt, der Verfügungsbeklagten durch einstweilige Verfügung zu untersagen, den Geschäftsanteil ohne ihre vorherige Zustimmung ganz oder teilweise an das Land Berlin oder eine von dem Land Berlin abhängige Gesellschaft zu veräußern.

Das Landgericht hat den Verfügungsantrag mit Urteil vom 30.05.2012 zurückgewiesen. Mit der Berufung verfolgt die Verfügungsklägerin ihren Antrag weiter.

II. Die statthafte Berufung der Verfügungsklägerin wahrt die gesetzlichen Formen und Fristen und ist daher auch im übrigen zulässig.

In der Sache hat das Rechtsmittel keinen Erfolg.

1. Das Berufungsgericht teilt allerdings nicht die Ansicht des Landgerichts, dass die Verfügungsklägerin die Eilbedürftigkeit der Entscheidung (Verfügungsgrund) durch zu langes Zuwarten selbst widerlegt und ihrem Antrag damit die Grundlage entzogen habe.

Der (im Wettbewerbsrecht entwickelte) Gesichtspunkt der Selbstwiderlegung beruht auf der Erwägung, dass eine Partei, die einen von ihr als rechtswidrig empfundenen Zustand längere Zeit taatenlos hinnimmt, später nicht glaubhaft behaupten kann, dass nunmehr ein unabweisbares dringendes Bedürfnis für gerichtliches Einschreiten bestehe. Darum geht es im vorliegenden Fall nicht. Die Verfügungsklägerin begehrt hier nicht die Beseitigung eines bestehenden rechtswidrigen Zustands, sie begehrt vielmehr die Unterlassung einer erst noch bevorstehenden, von ihr als rechtswidrig angesehenen Handlung.

Angesichts der langwierigen Verhandlungen zwischen der Verfügungsbeklagten und dem Land Berlin, der parallel geführten Verhandlungen mit der Verfügungsklägerin und der bis ins Jahr 2012 hinein bestehenden Ungewissheit, wie die vom Land gewünschte Reprivatisierung rechtlich gestaltet werden sollte, muss sich die Verfügungsklägerin nicht vorhalten lassen, dass sie nicht vorsorglich schon früher Rechtsschutz gesucht hat. Es war vertretbar, dass die Verfügungsklägerin abwartete, worauf die Verhandlungen hinauslaufen würden. Erst als die Verkaufsverhandlungen so weit gediehen waren, dass sich die Veräußerung des Geschäftsanteils als tatsächlich unmittelbar bevorstehend abzeichnete, bestand eine mehr als nur hypothetische Gefährdung ihrer Interessen und damit ein Verfügungsgrund. Dieses Stadium war – für die Verfügungsklägerin erkennbar – erst im Mai 2012 erreicht. Auch die Verfügungsbeklagte, die über die besseren Informationen verfügte, hat es erst im April 2012 für erforderlich gehalten, eine Schutzschrift einzureichen.

2. Die Entscheidung des Landgerichts, dass die Verfügungsklägerin keinen Anspruch auf Unterlassung der Anteilsveräußerung (Verfügungsanspruch) hat, ist frei von Rechtsfehlern. Auch die weiteren im Berufungsverfahren vorgetragenen, unstreitigen Tatsachen rechtfertigen keine andere Entscheidung.

a) Die Berufungsrüge der Verfügungsklägerin, dass das Landgericht unter Verletzung von Auslegungsgrundsätzen verkannt habe, dass sich aus dem Konsortialvertrag vom 18.06.1999 und dem Gesellschaftervertrag der Parteien (Shareholders' Agreement) vom 30.10.2008 bei richtiger Auslegung ein Zustimmungsvorbehalt ergebe, ist unbegründet.

aa) Dem Konsortialvertrag lässt sich ein Zustimmungsvorbehalt für den Fall einer vollständigen oder anteiligen Rekommunalisierung schon deswegen nicht entnehmen, weil der Vertrag für diesen Fall keine Vereinbarungen enthält.

Die Annahme der Verfügungsklägerin, dass § 16 des Konsortialvertrags eine abschließende Regelung für den Fall der Rekommunalisierung enthalte, ist unrichtig. § 16 des Konsortialvertrages ist eine reine Sanktionsnorm, die dem Land Berlin einen Anspruch auf Abtretung der von der RVB gehaltenen Beteiligung für den Fall einräumt, dass deren Gesellschafter die vertragsgemäßen Anforderungen des Konsortialvertrages rechtlich oder wirtschaftlich nicht mehr erfüllen. Der Fall, dass ein privater Teilhaber aus freien Stücken seine mittelbare Beteiligung an das Land Berlin abtreten will, wird von dieser Bestimmung nicht erfasst.

Auch die anderen von der Verfügungsklägerin zitierten Bestimmungen des Konsortialvertrages enthalten keine Vereinbarungen, aus denen sich ein Zustimmungsvorbehalt für den hier vorliegenden Fall einer freiwilligen Anteilsveräußerung herleiten ließe.

§ 12.3 des Konsortialvertrages enthält Regelungen für den Fall, dass ein privater Teilhaber seinen Geschäftsanteil an der RVB an einen Dritten übertragen will. Solche Übertragungen sind nur mit Zustimmung des Landes Berlin zulässig. Hieraus lässt sich nicht ableiten, dass die Abtretung von Geschäftsanteilen an das Land Berlin der Zustimmung aller Gesellschafter der RVB bedarf. Für diesen Fall enthält die Vertragsklausel keine Regelung.

§ 36 des Konsortialvertrages enthält Vereinbarungen für den hier nicht vorliegenden Fall, dass das Land Berlin weitere Anteile seines Anteilsbesitzes privatisieren will. § 34 des Konsortialvertrages betrifft den hier nicht vorliegenden Fall der vollständigen Kündigung des Vertrages durch alle privaten Teilhaber.

bb) Auch der Gesellschaftervertrag vom 30.10.2008 (Shareholders' Agreement) enthält keine Vereinbarungen, die der Verfügungsbeklagten eine Abtretung ihres Geschäftsanteils an das Land Berlin verbieten:

§ 7d des Vertrages enthält, wie das Landgericht zutreffend ausgeführt hat, eine reine Zuständigkeitsbestimmung (Kompetenznorm) für den Gesellschafterausschuss der RVB. Inhaltliche Vorgaben oder Verbote bestimmter Entscheidungen enthält diese Vereinbarung nicht.

§ 16 Satz 1 des Vertrages besagt, dass eine Übertragung der von den Parteien gehaltenen Anteile nur erlaubt ist, wenn der Erwerber dem Vertrag beiträgt. Diese Bedingung für die Zulässigkeit der Abtretung ist hier erfüllt. Denn in Ziffer 13.5.1 des Unternehmenskaufvertrags vom 18.07.2012 erklärt der Käufer mit Wirkung zum Vollzug, also für den Fall der Abtretung, seinen Eintritt in das Shareholders' Agreement.

Ob die Verfügungsklägerin dem Beitritt des Käufers gemäß § 16 Satz 2 des Vertrages bereits vorab - unwiderruflich - zugestimmt hat oder ob die dort vorweggenommene, unwiderrufliche Zustimmung zum Beitritt eines Dritten, der mit Zustimmung des Landes Berlin Anteile erwirbt, nicht für einen Anteilsenerwerb durch das Land Berlin selbst gilt, kann dahinstehen. Im letzteren Fall stünde es der Verfügungsklägerin frei, dem Beitritt des Landes zum Shareholder's Agreement zuzustimmen oder ihre Zustimmung zu verweigern. Durch eine Verweigerung der Zustimmung könnte sie die Abtretung des Geschäftsanteils aber nicht verhindern. § 16 Satz 1 des Vertrages begründet nur die Verpflichtung des Veräußerers, den Erwerber zum Beitritt zu dem Shareholder's Agreement zu verpflichten. Die Vereinbarung berechtigt die Verfügungsklägerin nicht, durch Verweigerung ihrer Zustimmung die Abtretung des Geschäftsanteils zu vereiteln. Denn die Abtretung des Geschäftsanteils bedarf gerade nicht der Zustimmung der Verfügungsklägerin. Dies ergibt sich aus der unstrittigen Entstehungsgeschichte der Vereinbarungen in § 16 und 17 des Shareholder's Agreement. § 17 des Shareholder's Agreement, der einen Zustimmungsvorbehalt vorsah, ist von den Parteien im endgültigen Vertragstext einvernehmlich weggelassen worden. Die Abtretung von Geschäftsanteilen sollte also nach dem zuletzt maßgeblichen, übereinstimmenden Willen beider Vertragsparteien nicht von der Zustimmung der anderen abhängig sein.

cc) Die Einfügung eines Zustimmungsvorbehalts im Wege ergänzender Auslegung des Gesellschaftsvertrages der RVB, des Konsortialvertrages oder des Gesellschaftervertrages (Shareholders' Agreement) kommt nicht in Betracht.

Voraussetzung einer ergänzenden Vertragsauslegung ist das Bestehen einer Regelungslücke, also einer planwidrigen Unvollständigkeit der Bestimmungen des Rechtsgeschäfts (BGHZ 90, 69 = NJW 1984, 1177, 1178). Eine planwidrige Unvollständigkeit liegt hier schon deswegen nicht vor, weil die Parteien über die Aufnahme eines Zustimmungsvorbehalts in den Gesellschaftervertrag verhandelt und sich letztlich dagegen entschieden haben. Das Fehlen eines Zustimmungsvorbehalts ist mithin nicht planwidrig, sondern von den Vertragsparteien gewollt.

b) Die Berufungsrüge der Verfügungsklägerin, dass das Landgericht rechtsfehlerhaft einen sich unter dem Gesichtspunkt der gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht ergebenden Zustimmungsvorbehalt im Fall des Verkaufs eines Geschäftsanteils der RVB durch die Verfügungsbeklagte an das Land Berlin verneint habe, ist unbegründet.

Der Gesellschaftsvertrag der Parteien enthält keine Einschränkung der Veräußerlichkeit von Geschäftsanteilen. Es gilt daher zunächst der Grundsatz des § 15 I GmbH, dass GmbH-Geschäftsanteile frei veräußerbar sind.

Der Verfügungsklägerin ist allerdings darin beizupflichten, dass die Verfügungsbeklagte auch ohne besondere gesellschaftsvertragliche Regelung aufgrund der gesellschaftlichen Treuepflicht gehalten ist, von ihrem Übertragungsrecht nicht derart Gebrauch zu machen, dass sie einer Person die Gesellschafterstellung einräumt, die für sie unzumutbar ist. Unzumutbarkeit ist grundsätzlich dann anzunehmen, wenn in der Person des neuen Gesellschafters Gründe gegeben sind, die seine Ausschließung rechtfertigen würden (vgl. BGH, Ur. vom 14.12.1981 – II ZR 200/80). Zu berücksichtigen sind aber nur schon jetzt tatsächlich bestehende Ausschlussgründe. Rechtstheoretische Betrachtungen sind ebenso unerheblich wie das bloße Risiko, dass Ausschlussgründe später entstehen könnten.

Bei der hierbei gebotenen Interessenabwägung und Gesamtwürdigung aller Umstände kann im vorliegenden Falle von einer Unzumutbarkeit der Zusammenarbeit mit dem Land Berlin als Mitgesellschafter der RVB keine Rede sein.

aa) Die durch den Eintritt eines öffentlich-rechtlich gebundenen Mitgesellschafters zukünftig bestehende gesetzliche Pflicht zur Offenlegung interner Vorgänge der Betreibergesellschaft (§ 1 I Offenlegungsg), die die Verfügungsklägerin als die gravierendste Konsequenz einer Anteilseignerschaft des Landes Berlin ansieht, mag der Verfügungsklägerin lästig erscheinen. Die Erfüllung gesetzlicher Pflichten kann aber nicht als unzumutbar angesehen werden. Solches hat die Klägerin auch in § 33.9 d des Gesellschaftsvertrages (Shareholders' Agreement) letztlich akzeptiert. Im übrigen ist der von der Verfügungsklägerin als Nachteil empfundene Zwang zur Offenlegung geschäftlicher Vorgänge in dem Geschäftsmodell einer sogenannten Public Private Partnership der Sache nach angelegt und kann von den privaten Partnern, die sich auf dieses Geschäftsmodell einlassen, nicht als unerträgliche Belastung empfunden werden. Die Verfügungsklägerin hat denn auch in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat trotz wiederholt gestellter Fragen nicht dargelegt, insoweit ihr aus der Befolgung dieser Pflicht Ungemach droht.

bb) Die Sorge der Verfügungsklägerin, dass durch Eintritt des Landes Berlin in die RVB Kontrollbefugnisse des Landesrechnungshofes gegenüber der RVB entstehen, ist unbegründet, da das Land keine Mehrheitsbeteiligung erwirbt (§§ 53, 54 HGrG). § 44 HGrG betrifft nur die Prüfung der Beteiligung bei dem Land Berlin. Allerdings fordert § 67 LHO Berlin, dass das Land Berlin auf die Einräumung entsprechender Rechte in der Satzung der Gesellschaft hinzuwirken hat. Dies begründet aber weder ein Recht zur Satzungsänderung, noch einen Anspruch auf eine solche.

Im Übrigen ist nicht zu erkennen, warum eine haushaltsrechtliche Kontrolle der Beteiligungsgesellschaft sich wirtschaftlich nachteilig für die Verfügungsklägerin auswirken soll. Die Verfügungsklägerin hat insoweit lediglich abstrakte Rechtsbetrachtungen angestellt. Konkrete Nachteile, die sich aus einer Kontrolle durch den Landesrechnungshof ergeben könnten, hat sie nicht dargelegt.

cc) Auch im Hinblick auf die nach Eintritt des Landes Berlin in die RVB entstehenden Informations- und Einsichtsrechte des Landes in die Verhältnisse der RVB hat es die Verfügungsklägerin mit der abstrakten Darlegung der Rechtslage bewenden lassen. Aus der abstrakten Tatsache, dass das Land Berlin Zugang zu allen die Beteiligungsgesellschaft betreffenden Geschäftsangelegenheiten erhält, lässt sich aber noch kein konkreter Nachteil herleiten. Die internen Angelegenheiten der Verfügungsklägerin selbst bleiben von der Veränderung der Verhältnisse völlig unberührt. Die Geschäftstätigkeit der Beteiligungsgesellschaft erschöpft sich, wie die Verfügungsklägerin selbst ausführt, in der Verwaltung der Beteiligungen. Dem Vorbringen der Verfügungsklägerin ist nicht zu entnehmen, welche geheimhaltungsbedürftigen, dem Land Berlin durch seine Beteiligung auf der Ebene der BHW nicht ohnehin bekannten Informationen bei dieser Geschäftstätigkeit anfallen können. Soweit die Verfügungsklägerin in diesem Zusammenhang auf etwaige gegen das Land zu führende Schiedsverfahren verweist, ist zu bemerken, dass das Land in diese Vorgänge als Prozessgegner ohnehin einzubeziehen ist und damit Kenntnis von allen im Prozess vorgetragenen Tatsachen erlangt. Prozessstrategische Überlegungen, von denen der Prozessgegner keine Kenntnis erhalten soll, können im forum internum der jeweiligen Prozessvertreter erwogen werden und müssen nicht Gegenstand der Geschäftstätigkeit der Gesellschaft werden.

dd) Die Befürchtung der Verfügungsklägerin, dass das Land Berlin zukünftig in allen Leitungsgremien der BWB-Gruppe eine Mehrheit von 75 % haben werde, ist unbegründet. Denn soweit die RVB Vorstände und Aufsichtsräte für die BWB und die BWH vorschlagen können, bleibt es dabei, dass beide Gesellschafter auf das Einvernehmen des Mitgesellschafters angewiesen sind. Nach § 21.1 des Gesellschaftervertrags hat jede Partei das Recht, die gleiche Anzahl von Vertretern in die Gesellschaftsorgane der BWB-Gruppe (insbesondere BWH und BWB) zu berufen. Gemäß § 21.3 bedarf die Ausübung des Rechts aber der vorherigen Einigung der Parteien. Die Gesellschafter der RVB sind, wie auch schon bisher, gehalten, eine Einigung zu erzielen, die nur aus wichtigem Grund verweigert werden darf. Es besteht kein Grund zu der Annahme, dass das Land Berlin als

Mitgeschafter seinen gesellschaftsrechtlichen Verpflichtungen innerhalb der RVB nicht nachkommen wird. Der Umstand, dass Vertreter des Landes Berlin in der Vergangenheit für eine Klageerhebung und Klageerweiterung gegen das Land Berlin gestimmt haben, zeigt, dass die Körperschaft ihre öffentlich-rechtlichen und ihre privatrechtlichen Interessen zu trennen vermag.

ee) Es trifft auch nicht zu, dass das Land Berlin als Mitgeschafter der RVB die Verfolgung und Durchsetzung berechtigter Ansprüche dieser Gesellschaft gegen das Land erfolgreich verhindern könnte. Die Befürchtung der Verfügungsklägerin, dass die in Ziffer 7.6 des Gesellschaftsvertrages der RVB vereinbarte Befreiung von den Beschränkungen des § 47 IV GmbH es dem Land Berlin gestatten werde, gegen die Einleitung oder Fortsetzung von Rechtsstreitigkeiten gegen sich selbst abzustimmen, ist unbegründet. § 47 IV 2 GmbHG schließt ein Stimmrecht des Landes bei einer Beschlussfassung, welche die Einleitung oder Erledigung eines Rechtsstreites gegenüber ihm selbst betrifft, aus. Diese dem Grundsatz, dass niemand Richter in eigener Sache sein kann, entspringende rechtliche Selbstverständlichkeit kann durch gesellschaftsvertragliche Bestimmungen nicht beseitigt werden (vgl. BGH, Urt. vom 28.01.1980 – II ZR 84/79 Rn. 19; Urt. vom 12.06.1989 – II ZR 246/88 Rn. 19; OLG Hamm, Urt. vom 02.11.1992 – 8 U 43/92). Dementsprechend heißt es in Ziffer 7.6 des Gesellschaftsvertrags auch ausdrücklich, dass die Geschafter von den Beschränkungen des § 47 IV GmbH nur – soweit zulässig – befreit sind.

ff) Der Umstand, dass der Eintritt des Landes Berlin in die RVB nach Ansicht der Verfügungsklägerin die von beiden Parteien von Anbeginn an entworfene und vertraglich gestaltete Beteiligungsstruktur sowie ihre legitimen Erwartungen in den Fortbestand dieser Struktur konterkariert, kann keinen Unterlassungsanspruch unter dem Gesichtspunkt der gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht (Loyalitätspflicht) begründen. Da die Veräußerung von Geschäftsanteilen nach dem Inhalt des Gesellschaftsvertrags keinen Beschränkungen unterliegt, konnte die Verfügungsklägerin nicht erwarten, dass die anfängliche Beteiligungsstruktur auf unbestimmte Zeit fortbestehen und sich allenfalls mit ihrer Zustimmung ändern würde.

gg) Auch eine illoyale Vereitelung des Gesellschaftszwecks liegt nicht vor. Der Gesellschaftszweck, die Verwaltung eigenen Vermögens und die Beteiligung an Unternehmen (Gegenstand des Unternehmens) lässt sich auch mit dem Land Berlin als Mitgeschafter verwirklichen. Die von der Verfügungsklägerin vertretene Ansicht, dass der Zweck der Gesellschaft über den Standardtext des Vertrages hinaus in einer Bündelung der Interessen der privaten Teilhaber und ihrer gemeinsamen Wahrnehmung gegen das (statt mit dem) Land Berlin bestanden habe, findet im Gesellschaftsvertrag keine Stütze.

Auch in dem Consortium Agreement vom 28.02.1999 ist weder wörtlich noch sinngemäß von der beabsichtigten Bündelung privater Interessen in der Beteiligungsgesellschaft die Rede. Auch die Kartellanmeldung vom 10.08.1999 spricht nicht für die Behauptung der Klägerin. Denn der Abschnitt „Art der Zusammenarbeit,“ (KA S. 8) wird eingeleitet mit dem Hinweis, dass und warum eine unmittelbare Beteiligung der Investoren an den BWB als einer Anstalt öffentlichen Rechts ausgeschlossen war. Das belegt nur die Notwendigkeit einer mittelbaren Beteiligung über die BWB, besagt aber nicht, dass die RVB nur gegründet wurde, um die Interessen der privaten Investoren zu bündeln, denn es wäre auch deren unmittelbare Beteiligung an der BWB möglich gewesen.

hh) Schließlich ist der Eintritt des Landes Berlin in die Beteiligungsgesellschaft der Verfügungsklägerin auch unter dem Gesichtspunkt des Wegfalls der Geschäftsgrundlage nicht unzumutbar.

Die Verfügungsklägerin bemerkt zwar zu Recht, dass der Wegfall der Geschäftsgrundlage im Ausnahmefall auch zum Ausschluss eines Gesellschafters berechtigen kann (vgl. BGHZ 10, 44, ; BGH, Urt. vom 23.01.1967 – II ZR 166/65 Rn. 12) und dass das Vorliegen von Ausschlussgründen den Eintritt des Gesellschafters von vornherein unzumutbar macht. Der Umstand, dass nur private Unternehmen, nicht aber das Land Berlin Gesellschafter der RVB sein können, ist aber nicht Geschäftsgrundlage der Gründung der Gesellschaft gewesen.

Die Annahme, dass die Verfügungsklägerin eine wirtschaftliche Zusammenarbeit mit dem Land Berlin grundsätzlich ablehnte und dies als Geschäftsgrundlage der Privatisierungsverträge ansah, ist von vornherein ausgeschlossen. Denn die partnerschaftliche Zusammenarbeit mit dem Land Berlin war gerade der Zweck der Verträge. Dass die Verfügungsklägerin es für selbstverständlich und unerlässlich hielt, dass das Land Berlin sich nicht an der RVB beteiligt, könnte nur angenommen werden, wenn diese Beteiligungsgesellschaft als exklusive Interessenvertretung der beiden privaten Partner konzipiert gewesen wäre. Das ist aber, wie bereits ausgeführt, nicht der Fall.

III. Abschließend ist zu bemerken, dass das Kammergericht bei allen vorstehenden Erwägungen zu Gunsten der Verfügungsklägerin davon ausgegangen ist, dass die Privatisierungsverträge, aus denen Verfügungsklägerin ihre im vorläufigen Rechtsschutzverfahren zu sichernde Rechtsposition herleitet, rechtswirksam sind. Ob die bis zum Jahr 2010 geheim gehaltenen Verträge einer rechtlichen Überprüfung am Maßstab der §§ 134, 138 BGB standhalten, ist – soweit ersichtlich – gerichtlich bisher nicht geklärt. Wäre dies nicht der Fall, fehlte dem geltend gemachten Unterlassungsanspruch von Anfang an jede Rechtsgrundlage.

Da der Verfügungsantrag sich auch bei Annahme der Rechtswirksamkeit der Privatisierungsverträge als unbegründet erweist, bedurfte die Frage, ob die der RVB eingeräumten Gewinngarantien, deren Entwertung die Klägerin nunmehr befürchtet, durch die Verfolgung legitimer öffentlicher Aufgaben im Rahmen einer an den Grundsätzen der Rechtsstaatlichkeit orientierten Verwaltung gedeckt waren (vgl. BGHZ 47, 30, 40; BGH, Urt. vom 17. September 2004 – V ZR 339/03 sowie VerfGH Berlin, Urt vom 21.10.1999 – 42/99), keiner Entscheidung.

IV. Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 I ZPO.

Domke

Leinweber

Wagner