



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

KZR 29/05

Verkündet am:
11. Juli 2006

Walz

Justizamtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

Suchmaschine

TKG § 12 i.d.F. vom 25. Juli 1996

- a) Nach § 12 TKG a.F. müssen Lizenznehmer, die Sprachkommunikationsdienstleistungen für die Öffentlichkeit anbieten, einem Dritten, der einen Auskunftsdienst betreiben will, die Teilnehmerdaten so überlassen, dass sie ohne Schwierigkeiten in eine Telefonauskunftsdienst-Datenbank übernommen werden können. Der Lizenznehmer muss dem Dritten dagegen keinen Online-Zugriff auf seine eigene, mit einer für den Betrieb eines Auskunftsdienstes tauglichen Such-Software ausgestattete Datenbank eröffnen.

- b) Bietet der Lizenznehmer die Teilnehmerdaten nur über den Zugriff auf eine eigene Datenbank mit Such-Software an, gilt für den Preis der gesamten Leistungen die Begrenzung des § 12 TKG a.F.

BGH, Urteil vom 11. Juli 2006 - KZR 29/05 - OLG Düsseldorf
LG Köln

Der Kartellsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 11. Juli 2006 durch den Präsidenten des Bundesgerichtshofs Prof. Dr. Hirsch und die Richter Ball, Prof. Dr. Bornkamm, Dr. Raum und Dr. Strohn

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 1. Kartellsenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 22. Juni 2005 aufgehoben.

Die Sache wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung - auch über die Kosten des Revisionsverfahrens - an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

- 1 Die Klägerin betreibt einen "operatorgestützten" Telefonauskunftsdienst. Die dafür benötigten Teilnehmerdaten bezieht sie von der Beklagten, der Deutsche Telekom AG. Grundlage ist ein Vertrag vom 8. November 1996 mit mehreren Änderungsvereinbarungen (im Folgenden: Überlassungsvertrag). Das danach geschuldete Entgelt kürzte die Klägerin im Zeitraum Januar bis September 1999 um 3.883.319,96 DM (= 1.985.509,97 €). Dabei legte sie einen Preis

zugrunde, den die Beklagte als Obergrenze dem Bundeskartellamt im Rahmen eines - dann eingestellten - Missbrauchsverfahrens zugesagt hatte.

2 Gegenstand der Klage ist ein unstreitiger Zahlungsanspruch der Klägerin gegen die Beklagte aus einem Inkassoauftrag, gegen den die Beklagte mit dem streitigen Anspruch auf Zahlung des einbehaltenen Entgelts aufgerechnet hat. Während des Rechtsstreits hat die Beklagte ihre Kosten für das Jahr 1999 abgerechnet, um den endgültigen Preis für die Überlassung der Teilnehmerdaten festzulegen - wie sie es dem Bundeskartellamt zugesagt hatte. Daraus hat sich ein noch geringerer Preis ergeben, so dass die Klägerin in Höhe des zusätzlichen Betrages einen Rückzahlungsanspruch geltend gemacht und dementsprechend ihre Klage auf 4.251.711,49 € erhöht hat. Hilfsweise hat sie Schadensersatz in gleicher Höhe verlangt und dazu behauptet, die Beklagte habe ihr die Teilnehmerdaten nur unvollständig zur Verfügung gestellt.

3 Das Landgericht hat die Klage abgewiesen (LG Köln TMR 2002, 45), das Oberlandesgericht hat ihr stattgegeben. Dagegen richtet sich die vom Senat zugelassene Revision der Beklagten.

Entscheidungsgründe:

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

I.

5 Das Berufungsgericht hat ausgeführt: Die Beklagte habe in Höhe der Klageforderung zu Unrecht ein Entgelt für die Nutzung ihrer Auskunftsdatenbank NDIS ("National Directory Inquiry System") erhalten bzw. im Rahmen der Aufrechnung einbehalten. Das ergebe sich aus § 13 Abs. 4 Satz 3 des Überlassungsvertrages. Danach seien die Parteien verpflichtet, "im Falle von auf den Vertragsgegenstand bezogenen regulierungs- oder wettbewerbsrechtlichen Vorgaben durch nationale oder europäische Gremien ... den Vertrag ... entsprechend an(zu)passen". Diese Voraussetzungen seien erfüllt. Die von dem Bundeskartellamt angekündigte Untersagungsverfügung habe sich nicht nur auf die Offline-Überlassung der Teilnehmerdaten aus der Datenbank BUDI - später umbenannt in DARED ("Datenredaktion") -, sondern auch auf die in dem Vertrag vorgesehene Online-Nutzung der mit einer Such-Software ausgestatteten Datenbank NDIS bezogen, wie auch der als Zeuge vernommene Berichterstatler der zuständigen 7. Beschlussabteilung bestätigt habe. Da sich die Beklagte der Abmahnung des Bundeskartellamts freiwillig unterworfen habe, sei sie so zu behandeln, als wäre gegen sie eine entsprechende - bestandskräftige - Verfügung ergangen. Unerheblich sei deshalb, ob diese Verfügung rechtmäßig gewesen wäre. Nach dem Vertrag müsse die Beklagte einer Preisanpassung auf die dem Bundeskartellamt zugesagte Höhe zustimmen. Der sich daraus ergebende Betrag sei zwar dem Grunde nach um angemessene Entgelte für die eigenrecherchierten Daten der Beklagten und die Inanspruchnahme der Suchfunktionen der Datenbank NDIS zu erhöhen, da beides von der Preiszusage gegenüber dem Bundeskartellamt nicht erfasst sei. Zum Umfang der dadurch entstandenen Kosten fehle es aber an Vortrag der Beklagten.

II.

6 Diese Ausführungen halten im entscheidenden Punkt revisionsgerichtlicher Überprüfung nicht stand.

7 Das Berufungsgericht hat nicht ausreichend beachtet, dass der Vertragsgegenstand und der Gegenstand der Abmahnung des Bundeskartellamts nicht identisch sind, wie es für eine Anwendung des § 13 Abs. 4 Satz 3 des Überlassungsvertrages erforderlich wäre.

8 1. Das Bundeskartellamt hat mit Schreiben vom 2. November 1998 an die Beklagte angekündigt, eine Verfügung folgenden Inhalts zu erlassen:

1. Der DTAG wird untersagt, sich zu weigern, anderen Unternehmen ... sämtliche bei ihr verfügbaren Teilnehmerdaten ... im Wege der Offline-Nutzung dauerhaft zu überlassen. ...

2. Der DTAG wird weiterhin untersagt, für die Bereitstellung der unter 1. bezeichneten Teilnehmerdaten ... ein Entgelt zu erheben, das über 0,145 DM pro Nutzungsfall ... liegt, und bei der Entgeltberechnung danach zu unterscheiden, ob die Grunddatenmenge oder Veränderungsdaten (Updates) bereitgestellt werden. Die Erhebung eines Entgelts für den Datentransfer bleibt von dieser Verfügung unberührt.

9 In der Unterwerfungserklärung der Beklagten vom 22. Dezember 1998 heißt es:

Die DTAG ... ist bereit, eine Beendigung des ... Verfahrens ohne Sachentscheidung zu akzeptieren, wenn der Ermittlung des Entgelts für die Übergabe des Teilnehmerdatenbestandes aus der Datenbank BUDI ... folgendes zugrunde gelegt wird:

1. Es wird von berücksichtigungsfähigen Geschäftskosten für die Übergabe des Teilnehmerdatenbestandes von DM 176 Mio. ausgegangen. Diese Kosten sind entsprechend dem jeweiligen Nutzungsanteil auf die Nutzer jener Daten zu verteilen. ...

10 Dem entspricht die Einstellungsverfügung des Bundeskartellamts vom 13. Januar 1999, in der die Voraussetzungen für die Einstellung wie folgt zusammengefasst werden:

Die DTAG überlässt ... ihre Datensätze vollständig und in kundengerechter Form. ...

Als Kosten der effizienten Bereitstellung der Teilnehmerdaten werden jährliche Kosten in Höhe von insgesamt 176 Mio. DM zugrunde gelegt. Kosten für den Datentransfer können gesondert berechnet werden. ...

11 Damit ging es in dem Verfahren vor dem Bundeskartellamt lediglich um die Bereitstellung der Teilnehmerdaten - sei es offline über einen physischen Datenträger oder online über ein Herunterladen -, nicht aber um die Möglichkeit eines unmittelbaren Zugriffs auf die Auskunftsdatenbank der Beklagten mit Nutzung der dazu gehörenden Suchfunktionen. Die von der Beklagten in ihrem Schreiben vom 22. Dezember 1998 angesprochene Datenbank BUDI enthielt sämtliche Teilnehmerdaten, die von der Beklagten selbst über ihre Kundendatenbank ANDI ("Anmeldedienst") oder von dritten Unternehmen erhoben wurden. Dieser Datenbestand wurde von der Beklagten in deren NDIS-Datenbank mit dem für einen Auskunftsdienst erforderlichen Such-Programm übernommen. Die an den Teilnehmerdaten interessierten Unternehmen hatten die Möglichkeit, den Datenbestand aus der Datenbank BUDI zu übernehmen und - hinsichtlich der Einzelheiten streitig - per Updates auf dem aktuellen Stand zu halten. Sie mussten diese "Rohdaten" dann aber in eine eigene Datenbank einpflegen und eine eigene "Suchmaschine" vorhalten, um auf dieser Grundlage einen telefonischen Auskunftsdienst betreiben zu können - wie es mittlerweile die Klägerin mit einem eigenen NDIS-System tut. Alternativ konnten sie - wie die Klägerin in dem streitigen Zeitraum - von dem Angebot der Beklagten Gebrauch machen, per Online-Verbindung auf deren Datenbank und "Suchmaschine" NDIS zuzugreifen. Auf diesem Wege konnten sie die Daten nur so, wie

von dem System vorgegeben, durch ihr Call-Center abfragen lassen, ersparten sich aber die Einrichtung und Pflege einer eigenen Datenbank und eines eigenen Suchsystems und das damit verbundene Risiko einer Fehlinvestition.

12 Das Bundeskartellamt ist bei der Bemessung des Preises für die Überlassung der Teilnehmerdaten von § 12 TKG i.d.F. vom 25. Juli 1996 (BGBl I 1120) ausgegangen. Danach ist ein Lizenznehmer, der - wie die Beklagte - Sprachkommunikationsdienstleistungen für die Öffentlichkeit anbietet, verpflichtet, die Teilnehmerdaten jedem Dritten zum Zwecke der Aufnahme eines Auskunftsdienstes zugänglich zu machen gegen ein angemessenes bzw. - wenn der Dritte selbst Lizenznehmer ist und Sprachkommunikationsdienstleistungen für die Öffentlichkeit anbietet - gegen ein an den Kosten der effizienten Bereitstellung orientiertes Entgelt. Das hat "in kundengerechter Form" zu geschehen. Darunter ist indes nicht zu verstehen, dass dem Abnehmer der ständige Zugriff auf eine fremde Datenbank und die Nutzung einer die Bedürfnisse eines telefonischen Auskunftsdienstes abdeckenden Such-Software ermöglicht werden muss. Die gesetzliche Verpflichtung ist vielmehr schon dann erfüllt, wenn die Daten so überlassen werden, dass sie ohne Schwierigkeiten in eine eigene Auskunftsdienst-Datenbank übernommen und weiterbearbeitet werden können (vgl. BeckTKG-Komm/Büchner, 2. Aufl. § 12 Rdn. 13; Scheurle/Mayen/Ulmen, TKG § 12 Rdn. 8; s. auch § 47 Abs. 2 TKG i.d.F. vom 22. Juni 2004).

13 Eine über die Bereitstellung der weiterverarbeitungsfähigen Rohdaten hinausgehende Pflicht ergibt sich für den streitigen Zeitraum auch nicht aus Art. 6 der Richtlinie 98/10/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 1998 über die Anwendung des offenen Netzzugangs (ONP) beim Sprachtelefondienst und den Universaldienst im Telekommunikationsbereich in einem wettbewerbsorientierten Umfeld (ONP-Sprachtelefondienstricht-

linie II, Amtsblatt Nr. L 101 vom 1.4.1998, S. 24; außer Kraft gesetzt durch Art. 26 der Richtlinie 2002/21/EG vom 7.3.2002, Amtsblatt Nr. L 108 vom 24.4.2002, S. 33). Danach haben die Mitgliedstaaten sicherzustellen, dass "die entsprechenden Informationen" zu gerechten, kostenorientierten und nicht diskriminierenden Bedingungen zur Verfügung gestellt werden. In der Auslegung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften (Urt. v. 25.11.2004 - C-109/03, Slg. 2004, I-11273, Tz. 36 - KPN Telekom) sind davon nur die sog. Grunddaten erfasst, also Namen, Anschriften und Telefonnummern der Teilnehmer. Es steht den Mitgliedstaaten lediglich frei vorzusehen, dass den Nutzern weitere Daten zur Verfügung gestellt werden. Die Richtlinie betrifft aber nicht den permanenten Zugang zu einer fremden Auskunftsdatenbank einschließlich der Nutzung der damit verbundenen Such-Software, die eine eigene Datenaufbereitung überflüssig macht.

- 14 Entgegen der Auffassung der Klägerin ergibt sich eine weitergehende Bindung der Beklagten auch nicht aus dem Schreiben des Bundeskartellamts vom 25. Januar 1999. Darin hat das Amt zwar ausgeführt, es beziehe die Entgeltregelung auch auf die Online-Nutzung über das System NDIS. Es heißt aber weiter, zu den - von der Regelung nicht erfassten - Kosten des Datentransfers gehörten die anteiligen Kosten für die Nutzung der Software. In diesem Sinne hat sich das Bundeskartellamt auch während des Rechtsstreits in einem Schreiben vom 13. Juni 2003 an das Berufungsgericht geäußert. Nichts anderes ergibt sich aus der Zeugenaussage des Berichterstatters der zuständigen Beschlussabteilung des Bundeskartellamts. Auch er hat bestätigt, dass nach Auffassung des Amtes neben dem Entgelt für die Überlassung der Teilnehmerdaten ein Entgelt für die Nutzung von NDIS geschuldet werde, mit dem sich das Amt nicht befasst habe.

15 2. Damit fehlt es an einer für eine Vertragsanpassung nach § 13 Abs. 4 Satz 3 des Überlassungsvertrages erforderlichen "Vorgabe". Das in dem Vertrag vereinbarte Entgelt bezog sich sowohl auf die Überlassung der Teilnehmerdaten - in Form des Zugriffs auf den Datenbestand aus der Datenbank BUDI über die Datenbank NDIS - als auch auf die Nutzung der Datenbank NDIS an Stelle einer eigenen Datenbank einschließlich der Nutzung der Suchfunktionen dieses Systems. Für die Überlassung der Teilnehmerdaten war - durch die Unterwerfung der Beklagten unter die Abmahnung des Bundeskartellamts - ein Preis vorgegeben, nicht aber auch für die Nutzung von NDIS als Ersatz für eine eigene Datenbank mit Suchfunktionen. Ob - wie das Berufungsgericht meint - auch insoweit schon nach § 12 TKG a.F. nur die Kosten der "effizienten Bereitstellung" umgelegt werden dürfen (ebenso Maier, K&R 2005, 523, 525) und wie hoch diese Kosten sind, spielt für die Vertragsanpassung nach § 13 Abs. 4 Satz 3 des Überlassungsvertrages keine Rolle. Diese Vertragsklausel stellt nicht auf den Preis ab, der nach der Gesetzeslage zulässig ist, sondern allein auf die "Vorgaben" der nationalen oder europäischen "Gremien".

16 Die vertragliche Anpassungsregelung ist im Übrigen auch deshalb nicht anwendbar, weil die Beklagte der Klägerin eigenrecherchierte Daten überlassen hat, die ebenfalls von der Preisvorgabe des Bundeskartellamts nicht erfasst sind.

III.

17 Die Sache ist an das Berufungsgericht zurückzuverweisen, damit die noch erforderlichen Feststellungen getroffen werden können.

18 1. So hat die Klägerin - worauf die Revisionserwiderung zu Recht hinweist - vorgetragen, die Beklagte habe die Telefonauskunftsbetreiber faktisch gezwungen, die von ihr vorgehaltene Datenbank NDIS zu benutzen, weil sie in dem streitigen Zeitraum die Teilnehmerdaten online nur über dieses Portal zur Verfügung gestellt habe und ein Ausweichen auf eine Offline-Nutzung der Datenbank BUDI wegen nicht zeitnaher Updates unpraktikabel gewesen sei. Trifft das zu, durfte die Beklagte insgesamt nur die Kosten der effizienten Bereitstellung der Teilnehmerdaten einschließlich der durch die Benutzung der Such-Software NDIS angefallenen Kosten umlegen. Der nach § 12 TKG a.F. Verpflichtete kann sich nämlich der dort vorgesehenen Preisbegrenzung nicht dadurch entziehen, dass er die Teilnehmerdaten nur im Zusammenhang mit weiteren, der Preisregulierung nicht unterfallenden Leistungen anbietet. Die Beklagte müsste sich dann auch im Rahmen der Preisanpassung nach § 13 Abs. 4 Satz 3 des Überlassungsvertrages so behandeln lassen, als wäre der Preis für die Nutzung der Datenbank NDIS einschließlich der Such-Software und der eigenrecherchierten Daten von dem Bundeskartellamt vorgegeben worden.

19 Dabei kommt es nicht darauf an, ob die Klägerin in dem streitigen Zeitraum im Sinne des § 12 Abs. 1 TKG a.F. als Lizenznehmerin, die Sprachkommunikationsdienstleistungen für die Öffentlichkeit anbietet, oder im Sinne des Absatzes 2 der Norm als Dritte anzusehen ist und ob die damit verbundene Differenzierung zwischen einem Entgelt, das sich an den "Kosten der effizienten Bereitstellung" orientiert - so Abs. 1 - und einem "angemessenen Entgelt" - so Abs. 2 - wegen Verstoßes gegen die ONP-Sprachtelefondienstrichtlinie II (dazu EuGH, Urt. v. 25.11.2004 - C-109/03, Slg. 2004, I-11273 - KPN Telekom) richtlinienkonform dahin auszulegen ist, dass gegenüber sämtlichen Telefonaus-

kunftsbetreibern nur die Kosten der effizienten Bereitstellung umgelegt werden dürfen (so LG Köln, K&R 2005, 522; Gärtner, TMR 2002, 48; Maier, K&R 2005, 362, 365 und K&R 2005, 523; Wilms, MMR 2006, 74, 77; zweifelnd BeckTKG-Komm/Büchner aaO § 12 Rdn. 21 b; zur richtlinienkonformen Auslegung nationaler Rechtsvorschriften s. EuGH, Urt. v. 5.5.1994 - C-421/92, Slg. 1994, I-1657, Tz. 10 - Gabriele Habermann-Beltermann/Arbeiterwohlfahrt). Denn in dem Verfahren vor dem Bundeskartellamt hat sich die Beklagte bereit erklärt, Preise nach einem einheitlichen, kostenorientierten Maßstab zu verlangen.

20 2. Daneben ist ggf. zu prüfen, ob die Beklagte mit ihrer Preisgestaltung gegen § 19 Abs. 1, 4 GWB verstoßen hat. In diesem Fall kommt ein Schadensersatzanspruch der Klägerin aus § 33 GWB in Betracht (vgl. Senat, BGHZ 36,

91, 100 - Gummistrümpfe; 49, 90, 98 - Jägermeister; Urt. v. 16.12.1986 - KZR 36/85, WuW/E 2341, 2342 - Taxizentrale Essen; v. 12.5.1998 - KZR 23/96, WuW/E DE-R 206 - Depotkosmetik, jeweils zu § 26 Abs. 2 GWB a.F.).

Hirsch

Ball

Bornkamm

Raum

Strohn

Vorinstanzen:

LG Köln, Entscheidung vom 12.09.2001 - 91 O 72/00 -

OLG Düsseldorf, Entscheidung vom 22.06.2005 - VI-U (Kart) 4/02 -