



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

KZR 9/08

Verkündet am:
29. Juni 2010
Bürk
Justizhauptsekretärin
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

Teilnehmerdaten IV

BGB § 134; TKG § 47; Richtlinie 2002/22/EG Art. 25 Abs. 2

Eine gegen § 47 Abs. 4 TKG - in gemeinschaftsrechtskonformer Auslegung nach Art. 25 Abs. 2 der Richtlinie 2002/22/EG (Universaldienstrichtlinie) - verstoßende Vereinbarung eines Entgelts für die Überlassung von Basisdaten der eigenen Kunden eines Telefondienstbetreibers ist gemäß § 134 BGB im Umfang des Verstoßes nichtig.

BGH, Urteil vom 29. Juni 2010 - KZR 9/08 - OLG Düsseldorf
LG Köln

Der Kartellsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 29. Juni 2010 durch den Präsidenten des Bundesgerichtshofs Prof. Dr. Tolksdorf und die Richter Dr. Raum, Dr. Bergmann, Dr. Strohn und Dr. Kirchhoff

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 1. Kartellsenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 16. Januar 2008 in der Fassung des Berichtigungsbeschlusses vom 22. Januar 2008 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als zum Nachteil der Beklagten entschieden worden ist.

Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung - auch über die Kosten des Revisionsverfahrens - an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

- 1 Die beklagte Deutsche Telekom AG (DTAG) ist der in Deutschland führende Betreiber von öffentlich zugänglichen Telefondiensten. Die klagende GoYellow GmbH betreibt einen Auskunftsdienst in Form einer im Internet anwählbaren Datenbank. Die dafür erforderlichen Teilnehmerdaten bezieht sie

von DTAG. Grundlage dafür ist ein Vertrag vom 31. März 2005. Nach dessen § 4 hat GoYellow pro Zugriff auf die Internetseite ein Entgelt in Höhe von 0,0882 € netto zuzüglich der Kosten der Datenübermittlung zu zahlen. In dieses Entgelt sind die nach der Nutzungshäufigkeit umgelegten Kosten einer von DTAG betriebenen Datenbank "DaRed" (Datenredaktion) und der Pflege der darin gespeicherten Daten einkalkuliert. Nach § 3 lit. j des Vertrages hat GoYellow monatlich Auskunft über die Anzahl der Zugriffe auf ihren Auskunftsdienst zu erteilen. Ferner hat sie eine Sicherheitsleistung in Höhe von 300.000 € gezahlt.

- 2 DTAG speichert die Daten ihrer Kunden einschließlich vertrags- und abrechnungstechnischer Informationen in einer Datenbank "Andi" (Anmeldedienst). Von dort werden diejenigen Daten, die in Auskunftsdienste oder Teilnehmerverzeichnisse aufgenommen werden sollen, in die Datenbank DaRed übertragen und entsprechend aufbereitet. In diese Datenbank werden auch Teilnehmerdaten übernommen, die DTAG von Wettbewerbern zum Zwecke der Bereitstellung eines Telefonauskunftsdienstes und von Teilnehmerverzeichnissen überlassen werden (sog. Carrierdaten).
- 3 Unter Berufung auf eine Entscheidung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften vom 25. November 2004 (C-109/03, Slg. 2004, I-11273 = EuZW 2005, 17 - KPN Telecom) vertritt GoYellow die Auffassung, nur ein Entgelt in Höhe der Kosten der Datenübermittlung zu schulden; mit den Kosten der Datenbank DaRed und denen der Aufbereitung der Teilnehmerdaten durch DTAG dürfe sie nicht belastet werden.
- 4 Mit der Klage hat GoYellow - soweit für das Revisionsverfahren von Interesse - verlangt festzustellen, dass die Bestimmungen unter § 4 und § 3 lit. j

des zwischen den Parteien bestehenden Teilnehmerdatenüberlassungsvertrages nichtig sind. Ferner hat sie beantragt, DTAG zu verurteilen, die Sicherheitsleistung in Höhe von 300.000 € zurückzuzahlen. In Bezug auf den letzteren Antrag hat GoYellow während des Berufungsverfahrens den Rechtsstreit in der Hauptsache für erledigt erklärt, nachdem DTAG ein Entgelt nach den Vorgaben eines Beschlusses der Bundesnetzagentur vom 17. August 2005 errechnet, damit die Aufrechnung gegen den Anspruch auf Rückzahlung der 300.000 € erklärt und den Restbetrag an GoYellow zurückgezahlt hatte.

5 Das Berufungsgericht hat - unter Klageabweisung im Übrigen - festgestellt, dass § 4 des Datenüberlassungsvertrages insoweit nichtig ist, als in dem dort angegebenen Preis die Kosten für den Aufbau und die Unterhaltung der Datenbank DaRed sowie die Kosten für die Pflege des Datenbestandes einbezogen sind und die Höhe des zu zahlenden Entgelts von der Nutzungshäufigkeit abhängig gemacht wird, dass § 3 lit. j des Vertrages nichtig ist und dass hinsichtlich des Zahlungsantrags der Rechtsstreit in der Hauptsache erledigt ist.

6 Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision verfolgt DTAG ihren Antrag auf volle Klageabweisung weiter.

Entscheidungsgründe:

7 Die Revision hat Erfolg und führt, soweit zum Nachteil der Beklagten entschieden worden ist, zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

8 I. Das Berufungsgericht hat seine Entscheidung wie folgt begründet (OLG Düsseldorf, Urt. v. 16. Januar 2008 - VI U (Kart) 10/06, veröffentlicht in juris):

9 Die Entgeltregelung in § 4 des Datenüberlassungsvertrages sei gemäß § 134 BGB unwirksam, soweit sie gegen die in § 47 TKG angeordnete Preisgrenze verstoße. Diese Norm sei anhand 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) dahin auszulegen, dass unter "Entgelt" i.S. des § 47 Abs. 4 TKG nur die Kosten der Datenüberlassung zu verstehen seien. Mit den Kosten des Aufbaus und der Pflege der Datenbank DaRed und ihres Datenbestandes dürfe der Abnehmer von Teilnehmerdaten dagegen nicht belastet werden.

10 Die Regelung in § 3 lit. j des Vertrages über die Angabe der Nutzungen des Auskunftsdienstes von GoYellow sei ebenfalls unwirksam. Das nach § 47 TKG zu zahlende Entgelt dürfe nicht nutzungsabhängig errechnet werden, weil die Kosten der Datenüberlassung nicht vom Umfang der Nutzung abhingen.

11 Bezüglich des Anspruchs auf Rückzahlung der Sicherheitsleistung in Höhe von 300.000 € sei der Rechtsstreit in der Hauptsache erledigt. Der Anspruch sei ursprünglich begründet gewesen, da DTAG angesichts des nur geringen Umfangs ihres Entgeltanspruchs übersichert gewesen sei. Erst durch die Aufrechnung sei die Klage unbegründet geworden.

12 II. Diese Ausführungen halten in einem entscheidenden Punkt revisionsrechtlicher Überprüfung nicht stand.

13 1. Das Berufungsgericht hat allerdings zu Recht angenommen, dass der Feststellungsklage nicht das nach § 256 ZPO erforderliche Feststellungsinteresse fehlt.

14 DTAG berührt sich des Rechts, das Entgelt für die Datenüberlassung entsprechend § 4 des Vertrages erheben und dabei auch die Angaben zur Nutzungshäufigkeit gemäß § 3 lit. j des Vertrages verlangen zu dürfen.

15 Diese Regelung entspricht zwar der Unterwerfungserklärung, die DTAG in dem vom Bundeskartellamt im Jahr 2002 eingeleiteten Preismissbrauchsverfahren abgegeben hat und aufgrund deren das Verfahren durch Verfügung des Bundeskartellamts vom 18. September 2003 eingestellt worden ist. Mit dieser Verfügung hat das Bundeskartellamt aber nicht den gesetzlich zulässigen Preis verbindlich festgelegt. Der Inhalt der Verfügung beschränkt sich vielmehr auf die Einstellung des Verwaltungsverfahrens. Damit ist nicht festgelegt worden, dass die von DTAG zugesagten Entgelte in dieser Höhe den gesetzlichen Bestimmungen entsprechen (BGH, Urteile vom 13. Oktober 2009 - KZR 34/06, K&R 2010, 349 Tz. 44 - Teilnehmerdaten I und KZR 41/07 Tz. 57, juris - Teilnehmerdaten II).

16 Ebenso wenig ist das Feststellungsinteresse durch den Beschluss der Bundesnetzagentur vom 17. August 2005 über das zulässige Entgelt für die Teilnehmerdatenüberlassung weggefallen. Denn dieser Beschluss ist durch Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 16. Juli 2008 (6 C 2/07, NVwZ-RR 2008, 832) aufgehoben worden.

- 17 2. Das Berufungsgericht hat aber nicht beachtet, dass die von ihm angenommene Preisgrenze nur für die sogenannten Basisdaten (Name, Anschrift, Rufnummer) der eigenen Kunden von DTAG gilt, nicht dagegen für die sogenannten Zusatzdaten (wie Beruf, Branche, Art des Anschlusses oder Mitbenutzer) und die sogenannten Fremddaten (Carrierdaten). Dieser unterschiedliche Preismaßstab ergibt sich aus einer an der Universaldienstrichtlinie orientierten Auslegung des § 47 TKG.
- 18 Gemäß § 47 Abs. 1 TKG hat ein Unternehmen, das Telekommunikationsdienste für die Öffentlichkeit erbringt und Rufnummern an Endnutzer vergibt, unter Beachtung der einschlägigen datenschutzrechtlichen Regelungen jedem Unternehmen auf Antrag Teilnehmerdaten zum Zwecke der Bereitstellung von öffentlich zugänglichen Auskunftsdiensten und Teilnehmerverzeichnissen zur Verfügung zu stellen. Es darf dafür nach § 47 Abs. 4 TKG ein Entgelt erheben. Dieses Entgelt unterliegt bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 38 Abs. 2 TKG - nämlich bei der gerechtfertigten Annahme, dass ein Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht missbräuchlich überhöhte Preise fordert - einer nachträglichen Regulierung. Verfügt das herausgabepflichtige Unternehmen auf dem Markt für Endnutzerleistungen über eine beträchtliche Marktmacht, soll das Entgelt nach § 47 Abs. 4 Satz 2 TKG einer Genehmigungspflicht gemäß § 31 TKG unterworfen werden.
- 19 Wie der Senat in seinem Urteil "Teilnehmerdaten III" (Urt. v. 20. April 2010 - KZR 53/07, Tz. 17 ff., juris) näher ausgeführt hat, ist § 47 Abs. 4 TKG dahingehend auszulegen, dass für die Überlassung der Basisdaten der eigenen Kunden des Herausgabepflichtigen kein Entgelt verlangt werden darf, das die (Grenz-)Kosten der Datenübermittlung (Kostenkategorie 3 nach der Definition der Senatsurteile vom 13. Oktober 2009, aaO Tz. 16 bzw. Tz. 19 - Teilnehmer-

daten I und II) übersteigt oder nach dem Umfang der Nutzung berechnet wird, während für die Zusatzdaten und die Fremddaten diese Beschränkung nicht gilt. Insoweit können auch die Kosten gemäß Kostenkategorie 1 (Kosten für die Datenbank unter Berücksichtigung von Kapitalkosten, Betriebskosten und Datenbankentwicklungskosten) und Kostenkategorie 2 (Prozesskosten für die Pflege des Bestands der Standardeinträge) nutzungsabhängig umgelegt werden. Der Senat hat dabei in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts (aaO Tz. 19 ff.) das nationale Recht anhand des Art. 25 Abs. 2 Universaldienstrichtlinie und der Entscheidung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften vom 25. November 2004 (aaO Tz. 37 ff. - KPN Telecom) gemeinschaftsrechtskonform ausgelegt.

20 Ohne Erfolg macht die Revision geltend, durch diese Auslegung des § 47 TKG werde DTAG in ihren Grundrechten aus Art. 3, 12 und 14 GG verletzt, weil nach § 45m Abs. 1 Satz 1, Abs. 3 TKG in der ab dem 24. Februar 2007 geltenden Fassung (zuvor § 21 Telekommunikations-Kundenschutzverordnung - TKV) die Teilnehmerdaten - bis auf Ausnahmen nach § 45m Abs. 1 Satz 3 Halbs. 2 TKG - kostenlos in ein Teilnehmerverzeichnis einzutragen oder in einen Auskunftsdienst zu übernehmen seien und die damit verbundenen Kosten nicht über die allgemeinen Entgelte umgelegt werden könnten. Die Pflicht, Teilnehmerdaten kostenlos zu veröffentlichen, lässt die Möglichkeit unberührt, die dadurch entstehenden Kosten als Teil der umlagefähigen Kosten und Aufwendungen nach § 31 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2, Abs. 3 Satz 1 TKG bei der Berechnung genehmigungsfähiger Entgelte zu berücksichtigen (BVerwG, Urt. v. 16. Juli 2006, aaO Tz. 20; BGH, Urteile v. 13. Oktober 2009, aaO Tz. 27 bzw. 30 - Teilnehmerdaten I und II). Das Gebot des § 45m TKG, die Teilnehmerdaten kostenlos zu veröffentlichen, ist erfüllt, wenn für die Veröffentlichung der Daten kein gesondertes Entgelt verlangt wird.

21 3. Die Preisvereinbarung in § 4 des Datenüberlassungsvertrages der Parteien verstößt danach gegen § 47 Abs. 4 TKG. Denn in die vereinbarten Preise sind die Kosten gemäß Kostenkategorien 1 bis 3 für sämtliche zu überlassende Daten nach dem Nutzungsumfang einkalkuliert. Das ist aber nur bei den Zusatz- und Fremddaten zulässig.

22 4. Damit ist die Preisvereinbarung im Umfang des Verstoßes nach § 134 BGB nichtig.

23 Für die Vorgängernorm des § 47 TKG - den § 12 TKG vom 25. Februar 1996 - hat der Senat in seinen Urteilen Teilnehmerdaten I und Teilnehmerdaten II (aaO Tz. 10 ff. bzw. Tz. 62 ff.) bereits entschieden, dass eine dagegen verstoßende Preisvereinbarung gemäß § 134 BGB im Umfang des Verstoßes nichtig ist. Für § 47 TKG kann zumindest im Anwendungsbereich des Art. 25 Abs. 2 Universaldienstrichtlinie nichts anderes gelten.

24 a) Ob der Verstoß einer Vereinbarung gegen ein gesetzliches Verbot nach § 134 BGB zu deren Nichtigkeit führt oder ob sich aus dem Gesetz - wie es in § 134 BGB heißt - etwas anderes ergibt, ist anhand von Sinn und Zweck der Verbotsnorm zu bestimmen (st. Rspr.; siehe etwa BGH, Urt. v. 14. Dezember 1999 - X ZR 34/98, NJW 2000, 1186, 1187). Die Entgeltvorschrift des § 47 Abs. 4 TKG ist - ebenso wie § 12 TKG 1996 - eine Bestimmung des materiellen Preisrechts. Ihr Zweck besteht darin, einen chancengleichen Wettbewerb auf den Telekommunikationsmärkten und speziell auf dem Markt für Auskunftsdienste und Teilnehmerverzeichnisse herzustellen (Schadow in Scheurle/Mayen, Telekommunikationsgesetz, 2. Aufl., § 47 Rdn. 1). Dafür bedarf es nach der Liberalisierung der Telekommunikationsmärkte einer Beseitigung noch bestehender Marktzutrittsschranken. Auf dem Markt für Auskunftsdienste und

Teilnehmerverzeichnisse besteht die wesentliche Marktzutrittsschranke in der Schwierigkeit für potenzielle Wettbewerber, auf die vergebenen Rufnummern und die zugehörigen sonstigen Teilnehmerdaten zugreifen zu können. Deshalb hat der Gesetzgeber die Unternehmen, die Rufnummern vergeben, in § 47 TKG nicht nur verpflichtet, die Teilnehmerdaten an aktuelle und potenzielle Wettbewerber auf dem nachgelagerten Markt für Auskunftsdienste und Teilnehmerverzeichnisse herauszugeben, sondern er hat auch angeordnet, welcher Preis dafür höchstens verlangt werden darf. Diese Preisregelung ist wesentlich für das Entstehen eines freien, chancengleichen Wettbewerbs, weil ohne sie der Anspruch auf Herausgabe der Teilnehmerdaten durch überhöhte Preisforderungen unterlaufen werden könnte. Mit ihr wird zugleich die Universaldienstrichtlinie in nationales Recht umgesetzt. Sowohl der Schutzzweck des § 47 TKG als auch das Gebot einer möglichst wirksamen Anwendung des Gemeinschaftsrechts (effet utile) erfordern die Anwendung des § 134 BGB zumindest auf solche Vereinbarungen, mit denen die Preisgrenze für die Basisdaten der eigenen Kunden des Herausgabepflichtigen überschritten wird.

25 b) Allerdings sieht § 47 TKG - im Gegensatz zu § 12 TKG 1996 - die Möglichkeit einer Preisregulierung vor. Die Revision meint deshalb, erst die Entscheidung der Bundesnetzagentur entfalte unmittelbare Rechtswirkungen, ein Verstoß gegen § 47 TKG könne dagegen nicht schon automatisch zur Nichtigkeit der Preisvereinbarung nach § 134 BGB führen. Dem vermag der Senat in dieser Allgemeinheit nicht zu folgen.

26 Dabei kann offen bleiben, inwieweit Verstöße gegen Missbrauchsverbote zur Anwendung des § 134 BGB führen können (siehe für § 20 GWB BGH, Urt. v. 24. Juni 2003 - KZR 32/01, WuW/E DE-R 1144, 1145 - Schülertransporte; ebenso für § 19 GWB Möschel in Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht,

4. Aufl., GWB § 19 Rdn. 248; Bechtold, aaO § 19 Rdn. 103). Das Entgelt für die eigenen Basisdaten richtet sich aufgrund der gemeinschaftsrechtlich gebotenen einschränkenden Auslegung des § 47 Abs. 4 TKG allein nach dem Maßstab des Art. 25 Abs. 2 Universaldienstrichtlinie. Damit besteht zwischen § 47 Abs. 4 TKG und § 12 TKG 1996 hinsichtlich der Anwendbarkeit des § 134 BGB jedenfalls insoweit kein Unterschied. Denn § 12 TKG 1996 ist im Lichte von Art. 6 Abs. 3 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 II-Richtlinie) bezüglich der Basisdaten der eigenen Kunden des Herausgabepflichtigen in gleicher Weise auszulegen wie § 47 Abs. 4 TKG (BGH, Urteile vom 13. Oktober 2009, aaO Tz. 24 ff. bzw. Tz. 27 ff.).

27 c) Dem Einwand der Revisionserwiderung, angesichts der gebündelten Abgabe sämtlicher Teilnehmerdaten durch DTAG sei eine Teilnichtigkeit der Entgeltabrede nicht durchführbar, die Zahl der Zugriffe auf Zusatz- und Fremddaten lasse sich nicht ermitteln, braucht im gegenwärtigen Verfahrensstadium nicht nachgegangen zu werden. Das Berufungsgericht wird im Rahmen der wiedereröffneten mündlichen Verhandlung - gegebenenfalls nach ergänzendem Vortrag der Parteien - zu prüfen haben, ob der Vertrag der Parteien - etwa im Wege einer ergänzenden Vertragsauslegung - an die Rechtslage angepasst werden kann und ob in diesem Rahmen die von der Revisionserwiderung aufgezeigten Schwierigkeiten überwunden werden können.

28 Dabei wird das Berufungsgericht unter anderem zu erwägen haben, ob sich die Zahl der Zugriffe auf Fremddaten anhand des Verhältnisses der Fremddaten zu den Daten der Kunden von DTAG ermitteln lässt. Denn mögli-

cherweise werden die Rufnummern von Kunden anderer Telefondienstleister im Durchschnitt ebenso häufig nachgefragt wie diejenigen von Kunden der DTAG. Das gilt zwar nicht für die Zusatzdaten im Verhältnis zu den Basisdaten. Auch für ihre Nachfrage könnte es aber Erfahrungswerte geben, auf deren Grundlage eine Schätzung möglich ist.

29 5. Der auf Feststellung der Nichtigkeit von § 3 lit. j des Datenüberlassungsvertrages gerichtete Klageantrag ist auf der Grundlage der bisherigen Feststellungen des Berufungsgerichts unbegründet. DTAG hat ein berechtigtes Interesse an der Kenntnis der Nutzungshäufigkeit in Bezug auf die überlassenen Teilnehmerdaten, weil sie das Entgelt für die Zusatz- und Fremddaten nutzungsabhängig berechnen darf. Damit ist sie auf entsprechende Auskünfte von GoYellow angewiesen. Den genauen Umfang der Auskunftspflicht wird das Berufungsgericht im Rahmen seiner Feststellungen zu dem höchstzulässigen Preis zu ermitteln haben.

30 6. Das Berufungsurteil kann auch nicht insoweit bestehen bleiben, als hinsichtlich der Zahlungsklage die Erledigung des Rechtsstreits in der Hauptsache festgestellt worden ist.

31 Dabei kann offenbleiben, ob die Rüge der Revision zutrifft, die Erledigung habe schon deshalb nicht festgestellt werden können, weil der gezahlte Betrag nicht der Sicherung der Entgeltforderung, sondern der Sicherung von Schadensersatzansprüchen aus unerlaubter Verwendung der überlassenen Daten gedient habe. Denn jedenfalls reichen die Feststellungen des Berufungsgerichts nicht aus, um eine Übersicherung i.S. des § 138 Abs. 1 BGB annehmen zu können (vgl. BGH, Urt. v. 12. März 1998 - XI ZR 74/95, NJW 1998, 2047). Es steht nicht fest, wie hoch der wirksam vereinbarte Preis ist.

32 III. Danach ist das angefochtene Urteil aufzuheben und die Sache an das Berufungsgericht zurückzuverweisen, damit die noch erforderlichen Feststellungen getroffen werden können.

33 Für das weitere Verfahren weist der Senat darauf hin, dass dem Antrag festzustellen, dass die Entgeltregelung in § 4 des Datenüberlassungsvertrages nichtig ist, nur dann teilweise stattgegeben werden kann, wenn das zulässige

Entgelt so genau bezeichnet wird, dass sich die einzelnen Jahresentgelte daraus berechnen lassen. Der Tenor des Berufungsurteils wird dieser Anforderung nicht gerecht.

Tolksdorf

Raum

Bergmann

Strohn

Kirchhoff

Vorinstanzen:

LG Köln, Entscheidung vom 01.03.2006 - 91 O 49/05 -

OLG Düsseldorf, Entscheidung vom 16.01.2008 - VI U (Kart) 10/06 -