



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

KZR 51/07

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

in dem Rechtsstreit

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 2. Kartellsenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 18. Juli 2007 in der Fassung des Berichtigungsbeschlusses vom 9. Oktober 2007 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 Anbieter von öffentlich zugänglichen Telefondiensten. Eine Rechtsvorgängerin der klagenden debitel AG, die Talkline GmbH & Co. KG (im Folgenden einheitlich: Talkline), betrieb einen Telefonauskunftsdienst. Die Parteien streiten

über die zulässige Höhe des für die Überlassung von Teilnehmerdaten zu entrichtenden Entgelts.

- 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 eine Datenbank "Budi" (Buchdienst) - später "DaRed" (Datenredaktion, im Folgenden einheitlich: 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). Der Datenbestand aus der Datenbank DaRed wird schließlich in eine Datenbank "NDIS" (National Directory Inquiry System) übertragen, die über eine Software zur intelligenten Datensuche (Suchmaschine) verfügt.
- 3 Von August 1999 bis einschließlich März 2003 nahm Talkline aufgrund eines Vertrages mit DTAG auf deren Datenbank NDIS Zugriff. Für die überlassenen Daten und die Benutzung der Suchmaschine zahlte Talkline 1.346.420,92 € netto zuzüglich der Kosten der Datenübermittlung.
- 4 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 sie die Auffassung, für die Überlassung der Teilnehmerdaten nur ein Entgelt in Höhe der Kosten der Datenübermittlung geschuldet zu haben; mit den Kosten der Datenbank DaRed und denen der Aufbereitung der Teilnehmerdaten durch DTAG dürfe sie dagegen nicht belastet werden.

5 Mit der Klage verlangt Talkline Rückzahlung der 1.346.420,92 € nebst Zinsen und die Feststellung, dass DTAG verpflichtet sei, auf die von Talkline verauslagten Gerichtskosten Zinsen zu zahlen, hilfsweise die Verurteilung zur Zahlung dieser Zinsen. Das Berufungsgericht hat der Klage bis auf den Feststellungsantrag und einen Teil der Zinsen stattgegeben und sie im Übrigen abgewiesen. Mit der vom erkennenden Senat zugelassenen Revision verfolgt DTAG ihren Antrag auf volle Klageabweisung weiter.

Entscheidungsgründe:

6 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.

7 I. Das Berufungsgericht hat seine Entscheidung wie folgt begründet:

8 DTAG sei nach §§ 33, 19 Abs. 1, 4 Nr. 1 GWB i.d.F. der 6. GWB-Novelle zum Schadensersatz verpflichtet, weil sie als marktbeherrschendes Unternehmen die Wettbewerbsmöglichkeiten von Talkline schuldhaft in erheblicher Weise ohne sachlich gerechtfertigten Grund beeinträchtigt habe.

9 Sie habe die von ihr vorgehaltenen Teilnehmerdaten für eine offline-Nutzung nur zu Preisen angeboten, die über den nach § 12 TKG vom 25. Juli 1996 (im Folgenden: TKG 1996) zulässigen Entgelten gelegen hätten. Nach dieser Vorschrift sei DTAG nur berechtigt, ein Entgelt in Höhe der Kosten des tatsächlichen Zurverfügungstellens, nicht dagegen - wie angeboten - auch der Kosten des Aufbaus und der Unterhaltung der Datenbank DaRed zu berech-

nen. Das ergebe sich aus einer an 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-RL) orientierten Auslegung des § 12 TKG 1996.

10 Hätte DTAG stattdessen den nur zulässigen Preis für die offline-Nutzung verlangt, hätte Talkline auch nur einen Vertrag über die offline-Nutzung abgeschlossen und sich die erforderliche Suchsoftware anderweitig besorgt. Denn das wäre für sie wirtschaftlich günstiger gewesen als der Abschluss des NDIS-Vertrages mit DTAG.

11 II. Diese Ausführungen halten nicht in allen Punkten revisionsrechtlicher Überprüfung stand.

12 1. Das Berufungsgericht ist allerdings zu Recht davon ausgegangen, dass der online-Zugriff auf eine Teilnehmerdatenbank mit Nutzung der Such-Software nicht der Preisgrenze des § 12 TKG 1996 unterfällt. Wie der Senat in seinem Urteil vom 11. Juli 2006 (WuW/E DE-R 1829 Tz. 12 f. - Suchmaschine; ebenso Urt. v. 13. Oktober 2009 - KZR 41/09, juris Tz. 53 f. - Teilnehmerdaten II) entschieden hat, gehört ein online-Zugriff mit Nutzung einer Such-Software nicht zu den Leistungen, die ein Lizenznehmer, der Sprachkommunikationsdienstleistungen für die Öffentlichkeit anbietet, nach § 12 TKG 1996 einem Unternehmen, das einen Auskunftsdienst betreiben oder ein Teilnehmerverzeichnis herausgeben will, gestatten muss. Die Vorschrift verlangt vielmehr nur die Überlassung der Daten in kundengerechter Form. Dieses Merkmal ist erfüllt, wenn die Daten - offline - so herausgegeben werden, dass sie ohne Schwierig-

keiten in eine eigene Auskunftsdienstdatenbank des Abnehmers übernommen und weiterbearbeitet werden können.

13 Ein nach § 12 TKG 1996 zur Herausgabe von Teilnehmerdaten Verpflichteter kann sich aber der dort angeordneten Preisbegrenzung nicht dadurch entziehen, dass er die Teilnehmerdaten nur im Zusammenhang mit weiteren, der Preisregulierung nicht unterfallenden Leistungen - wie dem Zugriff auf eine Suchmaschine - anbietet. Dem steht es gleich, wenn der Verpflichtete eine offline-Herausgabe an Bedingungen knüpft, die so ungünstig sind, dass der Abnehmer faktisch gezwungen wird, die online-Nutzung der Suchmaschine zu wählen. Einen derartigen Zwang hat der Senat für möglich gehalten, wenn ein Ausweichen auf eine offline-Nutzung der Datenbank wegen nicht zeitnaher updates unpraktikabel ist (Urt. v. 11. Juli 2006, aaO Tz. 18 - Suchmaschine) oder wenn für die offline-Nutzung ein erheblich höheres Entgelt verlangt wird als für die online-Nutzung (Urt. v. 13. Oktober 2009, aaO Tz. 54 f. - Teilnehmerdaten II).

14 2. Ohne Rechtsfehler hat das Berufungsgericht angenommen, ein derartiger unzulässiger faktischer Zwang bestehe auch dann, wenn DTAG für die offline-Datenüberlassung einen erheblich höheren als den gesetzlich zulässigen Preis verlange und es deshalb für den Abnehmer wirtschaftlich vernünftiger sei, einen Vertrag über die online-Nutzung der Datenbank NDIS abzuschließen. Auch dann wird der Abnehmer mit unlauteren Mitteln davon abgehalten, von seinem Recht auf Datenüberlassung aus § 12 TKG 1996 zu dem dort vorgeschriebenen (Höchst-)Preis Gebrauch zu machen, und stattdessen dazu gebracht, eine nicht der Preisregulierung unterliegende Leistung von DTAG in Anspruch zu nehmen. Das rechtfertigt es, DTAG in derartigen Fällen auch hinsichtlich der NDIS-Nutzung an den Preisen festzuhalten, die sie nach § 12 TKG 1996 für eine offline-Datenüberlassung hätte verlangen können.

- 15 3. Die Annahme des Berufungsgerichts, DTAG habe einen in diesem Sinne erheblich überhöhten Preis für die offline-Datenüberlassung verlangt, wird aber durch die getroffenen Feststellungen nicht getragen. Das Berufungsgericht hat § 12 TKG 1996 fehlerhaft ausgelegt und ist so zu einem zu niedrigen gesetzlich zulässigen Preis gelangt.
- 16 Gemäß § 12 TKG 1996 hat ein Lizenznehmer, der Sprachkommunikationsdienstleistungen für die Öffentlichkeit anbietet, anderen Unternehmen zum Zwecke der Aufnahme eines Auskunftsdienstes oder der Herausgabe eines Verzeichnisses Teilnehmerdaten in kundengerechter Form zugänglich zu machen. Ist der Empfänger der Teilnehmerdaten ebenfalls ein Lizenznehmer, der Sprachkommunikationsdienstleistungen für die Öffentlichkeit anbietet, kann der die Daten überlassende Lizenznehmer nach § 12 Abs. 1 Satz 2 TKG 1996 dafür ein Entgelt erheben, das sich an den "Kosten der effizienten Bereitstellung orientiert". Werden die Daten einem Dritten i.S. des § 12 Abs. 2 TKG 1996 zugänglich gemacht, kann von diesem ein "angemessenes Entgelt" verlangt werden.
- 17 Wie der Senat in seinen Urteilen "Teilnehmerdaten I" und "Teilnehmerdaten II" (jeweils vom 13. Oktober 2009 - KZR 34/06, K&R 2010, 349 Tz. 14 ff. und KZR 41/07 Tz. 16 ff., juris) näher ausgeführt hat, ist § 12 TKG 1996 ab dem Ende der Umsetzungsfrist der ONP II-Richtlinie am 30. Juni 1998 dahingehend auszulegen, dass sowohl von einem Anbieter von Sprachkommunikationsdienstleistungen i.S. des Absatzes 1 als auch von einem Dritten i.S. des Absatzes 2 für die Überlassung von sogenannten Basisdaten (Name, Anschrift, Rufnummer) der eigenen Kunden des Herausgabepflichtigen kein Entgelt verlangt werden darf, das die (Grenz-)Kosten der Datenübermittlung (Kostenkategorie 3 nach der Definition der Urteile vom 13. Oktober 2009, aaO Tz. 16 bzw. 19)

übersteigt oder nach dem Umfang der Nutzung berechnet wird, während für die sogenannten Zusatzdaten (wie Beruf, Branche, Art des Anschlusses oder Mitbenutzer) und die sogenannten Fremddaten (Carrierdaten) diese Beschränkung nicht gilt. Insoweit können im Rahmen der Kosten der effizienten Bereitstellung 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; von Dritten i.S. des § 12 Abs. 2 TKG 1996 kann ein darüber hinausgehendes angemessenes Entgelt verlangt werden. Der Senat hat dabei in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts (Urt. v. 16. Juli 2006 - 6 C 2/07, NVwZ-RR 2008, 832 Tz. 19 ff.) das nationale Recht anhand der hier maßgeblichen ONP II-Richtlinie und der Entscheidung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften vom 25. November 2004 (aaO Tz. 37 ff. - KPN Telecom) gemeinschaftsrechtskonform ausgelegt.

- 18 Ohne Erfolg macht die Revision geltend, durch diese Auslegung des § 12 TKG 1996 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.

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

20 IV. Für das weitere Verfahren weist der Senat auf Folgendes hin:

21 1. Wenn DTAG als auf dem Markt für Telefondienstleistungen marktbeherrschendes Unternehmen die Abnehmer von Teilnehmerdaten durch das Fordern unzulässig hoher Preise für eine offline-Datenüberlassung dazu veranlasst hat, die online-Nutzung der Suchmaschine NDIS zu wählen, ist das - wie das Berufungsgericht zutreffend angenommen hat - eine erhebliche und sachlich nicht gerechtfertigte Beeinträchtigung der Wettbewerbsmöglichkeiten anderer Unternehmen i.S. des § 19 Abs. 1, 4 Nr. 1 GWB und führt zu einem Schadensersatzanspruch von Talkline nach § 33 Satz 1 Halbs. 2 GWB i.d.F. der 6. GWB-Novelle (vgl. BGH, Urt. v. 13. Oktober 2009 - KZR 41/07, juris Tz. 59 ff. - Teilnehmerdaten II, zu § 20 Abs. 1 GWB).

22 2. Die Frage, ob die Preisforderung der DTAG für eine offline-Überlassung der Teilnehmerdaten so erheblich über dem gesetzlich zulässigen Maß gelegen hat, dass sie in diesem Sinne ursächlich für den Abschluss des NDIS-Vertrages geworden ist, kann abschließend erst beantwortet werden, wenn feststeht, wie hoch das nach § 12 TKG 1996 zulässige Entgelt war.

23 Dabei wird das Berufungsgericht auch zu berücksichtigen haben, dass der Erwerb einer Suchmaschine und die Einrichtung einer eigenen Datenbank regelmäßige jährliche Kosten verursacht. Neben den erhöhten Personalkosten fallen insbesondere die Abschreibungen auf die Anschaffungskosten ins Gewicht.

24 3. Der gegebenenfalls ersatzfähige Schaden besteht höchstens in der Differenz zwischen den gezahlten und den nach § 12 TKG 1996 nur zulässigen Preisen. Dabei sind die Vorteile zu berücksichtigen, die für Talkline durch die Nutzung der NDIS-Datenbank von DTAG in den Jahren 1999 bis 2003 entstanden sind. Dazu hat DTAG vorgetragen, für das NDIS-System seien ihr jährliche Kosten in Höhe von 9,7 Mio. € entstanden, die auch bei Talkline angefallen wären, wenn Talkline die offline-Datenüberlassung von Anfang an gewählt hätte.

Tolksdorf

Raum

Bergmann

Strohn

Kirchhoff

Vorinstanzen:

LG Köln, Entscheidung vom 30.09.2005 - 81 O (Kart) 1/05 -

OLG Düsseldorf, Entscheidung vom 18.07.2007 - VI-2 U (Kart) 12/05 -