



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

KZR 34/06

Verkündet am:
13. Oktober 2009
Bürk
Justizhauptsekretärin
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: nein
BGHR: ja

Teilnehmerdaten I

TKG 1996 § 12; BGB § 134; EG-RL 10/98 Art. 6 Abs. 2, 3

- a) Eine gegen § 12 TKG 1996 verstoßende Preisvereinbarung ist - im Umfang des Verstoßes - nach § 134 BGB nichtig.
- b) Auf der Grundlage der Richtlinie 98/10/EG (ONP II-Richtlinie) sind § 12 Abs. 1 Satz 2 und § 12 Abs. 2 TKG 1996 so auszulegen, dass ein Telefondienstbetreiber für die Überlassung von Basisdaten - Name, Anschrift, Telefonnummer - seiner eigenen Kunden an Unternehmen, die einen Auskunftsdienst aufnehmen oder ein Teilnehmerverzeichnis herausgeben wollen, ein Entgelt nur bis zur Höhe der (Grenz-)Kosten der Datenübermittlung erheben kann. Für die Überlassung sonstiger Teilnehmerdaten gilt diese Beschränkung nicht.

BGH, Urteil vom 13. Oktober 2009 - KZR 34/06 - OLG Düsseldorf
LG Köln

Der Kartellsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 13. Oktober 2009 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 Klägerin wird das Urteil des 1. Kartellsenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 15. November 2006 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 klagende Deutsche Telekom AG (DTAG) ist der in Deutschland führende Betreiber von öffentlich zugänglichen Telefondiensten. Die beklagte datagate GmbH befasst sich mit der Beschaffung und Aufbereitung von Teilnehmerdaten, auf deren Grundlage ihre Muttergesellschaft telegate AG einen Auskunftsdienst betreibt. Überwiegend bezieht datagate die Teilnehmerdaten von DTAG. Grundlage dafür ist ein Vertrag vom 11./31. Oktober 2000. Danach

hat datagate ein Entgelt zu entrichten, dessen Höhe sich einerseits nach der Zahl der Zugriffe auf den Auskunftsdienst der telegate und auf eine von telegate unterstützte Zugangsseite "BMW Assist", andererseits nach den Kosten einer von DTAG betriebenen Datenbank "DaRed" (Datenredaktion) und der Pflege der darin gespeicherten Daten sowie der Kosten für deren Übermittlung richtet.

- 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 Nach dem Vertrag ist datagate verpflichtet, DTAG monatlich die Zahl der Zugriffe auf die von ihr betreuten Auskunftsdienste mitzuteilen. Ab März 2002 kam sie dieser Pflicht nur noch teilweise, ab Dezember 2004 gar nicht mehr nach. Außerdem kürzte sie die Rechnung der DTAG für Februar 2002 um 562.972,96 € und zahlte die Rechnung für Oktober 2004 in Höhe von 186.284,88 € nicht.
- 4 DTAG verlangt mit einer Stufenklage Auskunft über die Zahl der Anrufe bei dem Auskunftsdienst der telegate für die Zeit von März 2002 bis Januar 2006 und der Zugriffe auf die Zugangsseite "BMW Assist" sowie Zahlung des sich daraus ergebenden vertragsgemäßen Entgelts. Weiter begehrt sie die Feststellung, dass datagate künftig zu einer entsprechenden Auskunftserteilung und zur Bezahlung der Teilnehmerdaten gemäß den vertraglichen Bestimmun-

gen verpflichtet ist. Schließlich beantragt sie eine Verurteilung von datagate zur Zahlung der ausstehenden Beträge für Februar 2002 und Oktober 2004.

5 Die Klage ist in beiden Vorinstanzen ohne Erfolg geblieben. Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision verfolgt DTAG ihre Klageanträge weiter.

Entscheidungsgründe:

6 Die Revision ist begründet und führt unter Aufhebung des angefochtenen Urteils zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

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

8 DTAG habe weder einen Zahlungsanspruch gemäß § 4 des Vertrags noch einen Auskunftsanspruch. Die Preisvereinbarung sei nämlich teilweise wegen Verstoßes gegen § 12 TKG in der Fassung vom 25. Juli 1996 (im Folgenden: TKG 1996) nach § 134 BGB nichtig. Dabei könne offenbleiben, ob datagate oder ihre Muttergesellschaft telegate als Lizenznehmer Sprachkommunikationsdienstleistungen für die Öffentlichkeit anböten (§ 12 Abs. 1 TKG 1996) oder als Dritte anzusehen seien (§ 12 Abs. 2 TKG 1996). In jedem Fall sei DTAG nur berechtigt, ein Entgelt in Höhe der Kosten einer effizienten Bereitstellung der Daten zu verlangen. Unter "angemessenem Entgelt" in Absatz 2 der Vorschrift, die sich auf Nicht-Lizenznehmer beziehe, sei dasselbe zu verstehen wie unter "Kosten der effizienten Bereitstellung" in Absatz 1. Darunter fielen nur die Kosten des tatsächlichen Zurverfügungstellens, nicht dagegen die - von der Preisvereinbarung der Parteien ebenfalls erfassten - Kosten des Aufbaus und

der Unterhaltung der Datenbank DaRed. Das ergebe sich aus einer gemeinschaftsrechtskonformen Auslegung unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften. DTAG habe nicht vorge-
tragen, wie hoch das danach nur zulässige Entgelt sei.

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

10 1. Das Berufungsgericht ist allerdings zu Recht davon ausgegangen,
dass eine gegen § 12 TKG 1996 verstoßende Preisvereinbarung - im Umfang
des Verstoßes - nach § 134 BGB nichtig ist.

11 Gemäß § 12 TKG 1996 hat ein Lizenznehmer, der Sprachkommunikati-
onsdienstleistungen für die Öffentlichkeit anbietet, anderen Unternehmen zum
Zwecke der Aufnahme eines Auskunftsdienstes oder der Herausgabe eines
Verzeichnisses Teilnehmerdaten in kundengerechter Form zugänglich zu ma-
chen. 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 ori-
entiert". Von anderen Unternehmen kann er nach § 12 Abs. 2 TKG 1996 ein
"angemessenes" Entgelt verlangen. Diese Vorschriften enthalten ein gesetzli-
ches Verbot, höhere als die darin zugelassenen Entgelte zu erheben.

12 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. 14.12.1999
- X ZR 34/98, NJW 2000, 1186, 1187). Dabei kann von Bedeutung sein, ob sich

das Verbot - wie hier - nur an einen oder aber an beide Vertragspartner richtet. Die Zuwiderhandlung gegen ein einseitiges gesetzliches Verbot lässt im Regelfall die Wirksamkeit der Vertragsabsprache unberührt. Sie kann nach dem Sinn und Zweck der verletzten Norm aber auch die Nichtigkeit der Vereinbarung bewirken (BGHZ 37, 262; 53, 156; 71, 358, 360 f.; 89, 369, 373; BGH NJW 2000, 1186, 1187).

- 13 Danach ist eine gegen § 12 TKG 1996 verstoßende Preisvereinbarung gemäß § 134 BGB (teil-)nichtig. Die Entgeltvorschriften in § 12 TKG 1996 sind Bestimmungen des materiellen Preisrechts. Ihr Zweck besteht darin, einen chancengleichen Wettbewerb auf den Telekommunikationsmärkten und speziell auf dem Markt für Auskunftsdienste und Teilnehmerverzeichnisse herzustellen (Ulmen in Scheurle/Mayen, Telekommunikationsgesetz, 1. Aufl., § 12 Rdn. 1; BeckTKG-Komm/Büchner, 2. Aufl., § 12 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 Lizenznehmer, die Sprachkommunikationsdienstleistungen für die Öffentlichkeit anbieten und dabei Rufnummern vergeben, in § 12 TKG 1996 einerseits verpflichtet, die Teilnehmerdaten an aktuelle und potenzielle Wettbewerber auf dem nachgelagerten Markt für Auskunftsdienste und Teilnehmerverzeichnisse herauszugeben. Andererseits hat er 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 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) in nationales Recht umgesetzt. Sowohl der Schutzzweck des § 12 TKG 1996 als auch das Gebot einer möglichst wirksamen Anwendung des Gemeinschaftsrechts (effet utile) erfordern die Anwendung des § 134 BGB auf Vereinbarungen, mit denen die Preisgrenze überschritten wird.

14 2. Dagegen ist dem Berufungsgericht in seiner Annahme, die Preisvereinbarung der Parteien verstoße hinsichtlich aller Arten von Teilnehmerdaten gegen § 12 TKG 1996, aus Rechtsgründen nicht zu folgen. Vielmehr ist der Preis - nur - hinsichtlich der Basisdaten der eigenen Kunden von DTAG auf die Kosten der Datenübermittlung beschränkt. Dabei kommt es - wie das Berufungsgericht zutreffend gesehen hat - nicht darauf an, ob datagate oder ihre Muttergesellschaft telegate zu den Anbietern von Sprachkommunikationsdienstleistungen i.S. des § 12 Abs. 1 TKG 1996 gehört oder als Dritte i.S. des Absatzes 2 der Norm anzusehen ist.

15 a) Nach den Maßstäben des deutschen Rechts - ohne Berücksichtigung gemeinschaftsrechtlicher Vorgaben - ist der Entgeltbegriff in § 12 TKG 1996 so auszulegen, dass nach Absatz 1 sämtliche Bereitstellungskosten (dazu im Folgenden aa) umgelegt werden dürfen (dazu bb) und nach Absatz 2 ein darüber hinausgehender Betrag verlangt werden darf (dazu cc).

16 aa) Die Bereitstellungskosten setzen sich bei einem Datenverarbeitungssystem der von DTAG betriebenen Art aus drei Kostenkategorien zusammen. In die Kostenkategorie 1 fallen die jährlichen Kosten für die Datenbank (bei DTAG die Datenbank DaRed) unter Berücksichtigung von Kapitalkosten, Betriebskosten und Datenbankentwicklungskosten. Zur Kostenkategorie 2 gehören die Prozesskosten für die Pflege des Bestands der Standardeinträge, die sich aus den

Kosten für das manuelle Bearbeiten der Teilnehmerdaten bei der erstmaligen Aufnahme, der etwaigen Aufbereitung sowie ihrer Löschung zusammensetzen. Von der Kostenkategorie 3 werden die (Grenz-)Kosten für die Überlassung der Teilnehmerdatensätze erfasst; dabei handelt es sich um die Kosten für die Betreuung der Datenabnehmer, die Auftragsannahme, die Auftragsabwicklung und die Fakturierung sowie um die Kosten für die technische Schnittstelle, über die die Teilnehmerdaten übermittelt werden.

17 Diese drei Kostenkategorien beziehen sich auf sämtliche für einen Auskunftsdienst erforderlichen Teilnehmerdaten. Dazu gehören die sogenannten Basisdaten (Name, Anschrift und Rufnummer), die sogenannten Zusatzdaten (wie Beruf, Branche, Art des Anschlusses oder Mitbenutzer) und die sogenannten Fremddaten (Teilnehmerdaten, die dem Telefondienstbetreiber von Wettbewerbern für die Aufnahme in den von ihm betriebenen Auskunftsdienst und in die von ihm herausgegebenen Teilnehmerverzeichnisse überlassen werden). Hinzu kommen jeweils die sogenannten Annexdaten; das sind Daten, die erforderlich sind, um die Teilnehmerdaten miteinander zu verknüpfen und in eine verwendungsgerechte Form zu bringen.

18 bb) Der Begriff "Kosten der effizienten Bereitstellung" in § 12 Abs. 1 Satz 2 TKG 1996 umfasst - ohne Berücksichtigung gemeinschaftsrechtlicher Vorgaben - sämtliche dieser drei Kostenkategorien in Bezug auf sämtliche der genannten Teilnehmerdaten und erlaubt eine Umlage nach dem Umfang der Datennutzung.

19 Für diese Auslegung spricht schon der Wortlaut der Norm ("Kosten der Bereitstellung"). Hätte der Gesetzgeber das Entgelt auf die bloßen (Grenz-)Kosten der Datenüberlassung beschränken wollen, hätte es nahegelegen, den Begriff "Kosten der Überlassung" zu wählen.

20 Auch der systematische Zusammenhang spricht für eine weite Auslegung. Der Aufbau und die Unterhaltung der Datenbank (DaRed) sowie die Pflege des darin enthaltenen Datenbestandes sind Tätigkeiten, die dazu dienen, die Daten in eine "kundengerechte Form" i.S. von § 12 TKG 1996 zu bringen. Sie ermöglichen also gerade die Erfüllung der gesetzlichen Herausgabepflicht nach § 12 Abs. 1 Satz 1 TKG 1996.

21 Die weite Auslegung des § 12 Abs. 1 Satz 2 TKG 1996 steht auch mit Sinn und Zweck der Norm in Einklang. Mit der Herausgabepflicht wie auch der Begrenzung des dafür zulässigen Entgelts in § 12 TKG 1996 wird der Zweck verfolgt, einen chancengleichen Wettbewerb auf den Telekommunikationsmärkten und speziell auf dem Markt für Auskunftsdienste und Teilnehmerverzeichnisse herzustellen. Die Erreichung dieses Zwecks wird nicht erschwert, wenn das Entgelt anhand der Gesamtkosten der Bereitstellung von Teilnehmerdaten (Kostenkategorien 1 bis 3) und nach dem Nutzungsumfang berechnet wird. Dem Umstand, dass der herausgabepflichtige Telefondienstbetreiber die Datenbank auch selbst benötigt, um seinen eigenen Auskunftsdienst zu betreiben und eigene Teilnehmerverzeichnisse herauszugeben, wird ausreichend dadurch Rechnung getragen, dass er von den umzulegenden Gesamtkosten den seiner Nutzung entsprechenden Anteil zu tragen hat.

22 cc) Davon unterscheidet sich das Entgelt, das nach § 12 Abs. 2 TKG 1996 für Teilnehmerdaten verlangt werden darf, die an Dritte herausgegeben werden, die nicht als Lizenznehmer auch selbst Sprachkommunikationsdienstleistungen für die Öffentlichkeit anbieten.

23 Das ergibt sich schon aus dem Wortlaut der Norm. Indem der Gesetzgeber einerseits von einem "angemessenen Entgelt" und andererseits von "Kos-

ten der effizienten Bereitstellung" spricht, hat er zu erkennen gegeben, dass der Entgeltmaßstab bei Nachfragern i.S. des § 12 Abs. 2 TKG 1996 weniger streng ist als bei denen i.S. des Absatzes 1. Danach ist im Rahmen des angemessenen Entgelts etwa auch ein Gewinnaufschlag zulässig, der bei der Umlage der Bereitstellungskosten nicht erhoben werden darf.

24 b) Diese Auslegung bedarf für die - hier allein maßgebliche - Zeit der Geltung der ONP II-Richtlinie der Modifikation. Im Hinblick auf die Richtlinie ist das nationale Recht gemäß Art. 10, 249 Abs. 3 EG mit dem Ablauf der Umsetzungsfrist am 30. Juni 1998 gemeinschaftsrechtskonform auszulegen. Dabei muss, soweit es die nationalen Auslegungsregeln zulassen, die volle Wirksamkeit der Richtlinie gewährleistet und ein Ergebnis erzielt werden, das mit dem von der Richtlinie verfolgten Ziel übereinstimmt (vgl. EuGH, Urt. v. 23.4.2009 - C-378-380/07, Tz. 200 - Angelidaki, zur Veröffentlichung in Slg. 2009 vorgehen; BGHZ 179, 27 Tz. 19 ff.).

25 aa) Art. 6 Abs. 3 ONP II-RL gibt den Mitgliedstaaten auf sicherzustellen, dass alle Organisationen, die Telefonnummern an Teilnehmer vergeben, jedem vertretbaren Antrag stattgeben, die entsprechenden Informationen in einer vereinbarten Form zu gerechten, kostenorientierten und nichtdiskriminierenden Bedingungen zur Verfügung zu stellen.

26 (1) Nach der Entscheidung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften vom 25. November 2004 (EuZW 2005, 17 Tz. 37 ff. - KPN Telecom; ebenso Schlussanträge des Generalanwalts vom 14. Juli 2004, Slg. 2004, I-11273, Tz. 48 ff.) ist Art. 6 Abs. 3 ONP II-RL so auszulegen, dass für die Überlassung der Basisdaten der eigenen Kunden des jeweils Verpflichteten nur die durch das Zurverfügungstellen zusätzlich entstehenden Kosten als Entgelt ver-

langt werden dürfen. Diese Kosten sind mit denen der Kostenkategorie 3 identisch. Es handelt sich um die (Grenz-)Kosten der Datenübermittlung.

27 Wie der Gerichtshof ausgeführt hat, sind die Kosten für den Aufbau und den Betrieb einer Datenbank (Kostenkategorien 1 und 2), mit der ein Telefondienstbetreiber die Möglichkeit schafft, die Daten seiner Kunden in ein Teilnehmerverzeichnis aufzunehmen, von ihm zu tragen. Der Telefondienstbetreiber kommt damit seiner Pflicht aus Art. 6 Abs. 2 lit. a ONP II-RL nach, die Kunden in ein allgemein zugängliches, nicht notwendig anbieterspezifisches Teilnehmerverzeichnis einzutragen, die Einträge zu prüfen, gegebenenfalls zu berichtigen und auf Verlangen wieder zu streichen. Das hat zwar unentgeltlich zu geschehen. Es ist dem Telefondienstbetreiber aber durch die ONP II-Richtlinie nicht verwehrt, die entstehenden Kosten über den Preis für die Telefondienstleistungen auf seine Kunden umzulegen. Vor diesem Hintergrund sind die mit dem Erhalt und der Zuordnung der Daten verbundenen Kosten nach Ansicht des Gerichtshofs bereits in den Kosten und Einnahmen eines solchen Dienstes enthalten (a.a.O. Tz. 39; ebenso Generalanwalt, a.a.O. Tz. 49 und Fn. 34). Würde der Telefondienstbetreiber diese Kosten auf die Betreiber von Auskunftsdiensten und Herausgeber von Teilnehmerverzeichnissen umlegen, wäre er doppelt entschädigt.

28 Von demselben Verständnis geht auch das Bundesverwaltungsgericht in seinem Urteil vom 16. Juli 2006 (6 C 2/07, NVwZ-RR 2008, 832, Tz. 19 ff.) aus. Es hatte über die Rechtmäßigkeit eines Beschlusses der Bundesnetzagentur zu entscheiden, mit dem DTAG verpflichtet werden sollte, für die Überlassung von Teilnehmerdaten nur noch ein Entgelt in Höhe der Kosten gemäß Kostenkategorie 3 zu verlangen. Das Bundesverwaltungsgericht hat diesen Beschluss der Bundesnetzagentur an § 47 Abs. 4 TKG in der Fassung vom 22. Juni 2004 (im Folgenden: TKG 2004) - der Nachfolgenorm des § 12 Abs. 1 Satz 2, Abs. 2

TKG 1996 - gemessen und diese Bestimmung unter Beachtung von Art. 25 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) gemeinschaftsrechtskonform ausgelegt. Dabei hat es auf das zu Art. 6 Abs. 3 ONP II-RL ergangene Urteil des Gerichtshofs vom 25. November 2004 abgestellt und angenommen, dass zwischen dieser Norm und der Nachfolgenorm des Art. 25 Universaldienstrichtlinie inhaltlich kein wesentlicher Unterschied bestehe. Auf dieser Grundlage ist es zu dem Ergebnis gelangt, dass auch nach Art. 25 Universaldienstrichtlinie lediglich ein Entgelt in Höhe der Kosten gemäß Kostenkategorie 3 erhoben werden dürfe.

29 (2) Was das Ausmaß der Beschränkung anbelangt, hat der Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften in seinem Urteil vom 25. November 2004 (EuZW 2005, 17 Tz. 34 f., 42) ausgeführt: Nach Art. 6 Abs. 2 ONP II-RL seien lediglich die Daten zu überlassen, die erforderlich seien, um den Nutzern eines Auskunftsdienstes oder eines Verzeichnisses die Identifizierung der Teilnehmer zu ermöglichen. Das seien grundsätzlich nur Name, Anschrift und Rufnummer. Den Mitgliedstaaten bleibe es vorbehalten anzuordnen, dass Dritten in einem bestimmten nationalen Kontext zusätzliche Daten zur Verfügung zu stellen seien. Der Kostenmaßstab des Art. 6 Abs. 3 ONP II-RL sei nicht auf zusätzliche Daten anwendbar, die der Telefondienstanbieter Dritten nicht überlassen müsse und für deren Erhalt er zusätzliche Kosten habe aufwenden müssen. Das Gemeinschaftsrecht hindere nicht daran, Dritten diese Kosten in Rechnung zu stellen.

30 Daraus ergibt sich zunächst, dass Zusatzdaten im Sinne der oben gegebenen Definition nicht unter die Pflicht zur Überlassung der Teilnehmerdaten nach Art. 6 Abs. 2 ONP II-RL fallen und damit nicht der engen Entgeltregu-

lierung mit Beschränkung auf die Kostenkategorie 3 unterliegen. Es handelt sich dabei nicht um Daten, die wegen bestimmter nationaler Besonderheiten zur Identifizierung der Teilnehmer erforderlich sind.

31 Weiter folgt aus den Ausführungen des Gerichtshofs, dass Fremddaten ebenfalls nicht nach Gemeinschaftsrecht überlassen werden müssen und daher auch das Entgelt für ihre Überlassung nicht auf die Kosten gemäß Kostenkategorie 3 begrenzt ist. Auch insoweit steht der Senat im Einklang mit der Auffassung des Bundesverwaltungsgerichts in dem erwähnten Urteil (NVwZ-RR 2008, 832 Tz. 27 ff.).

32 (3) Aus diesen unterschiedlichen Anknüpfungspunkten ergeben sich zugleich Unterschiede für das Abrechnungssystem. Da die Kosten gemäß Kostenkategorie 3 unabhängig von der Zahl der Zugriffe auf den jeweiligen Auskunftsdienst und unabhängig von der Auflage des jeweiligen Teilnehmerverzeichnisses anfallen, darf der anhand dieser Kosten gebildete Preis nicht vom Nutzungsumfang abhängen (BVerwG a.a.O. Tz. 37).

33 (4) Weiter folgt aus Art. 6 Abs. 3 ONP II-RL in der Auslegung des Gerichtshofs, dass hinsichtlich der eigenen Basisdaten nicht zwischen Anbietern von Sprachkommunikationsdienstleistungen (§ 12 Abs. 1 TKG 1996) und Dritten zu unterscheiden ist, die ausschließlich einen Auskunftsdienst betreiben oder ein Teilnehmerverzeichnis herausgeben wollen (§ 12 Abs. 2 TKG 1996).

34 Der Wortlaut des Art. 6 Abs. 3 ONP II-RL differenziert nicht zwischen den beiden Nachfragergruppen. Auch der Zweck der Regelung rechtfertigt keine Unterscheidung. Er besteht - entgegen der Auffassung der Revision - nicht nur darin, den Wettbewerb zwischen den Anbietern von Sprachkommunikationsdienstleistungen zu verstärken. Wie der Gerichtshof der Europäischen Gemein-

schaften in seinem Urteil vom 25. November 2004 (EuZW 2005, 17 Tz. 25) ausgeführt hat, dient Art. 6 Abs. 3 ONP II-RL vielmehr dem allgemeinen Ziel, die Öffnung wettbewerbsorientierter Telekommunikationsmärkte zu fördern. Dazu gehört auch - wie in Erwägungsgrund 7 der Richtlinie angesprochen - die wettbewerbsorientierte Tätigkeit der Bereitstellung von Teilnehmerverzeichnisdiensten. Es soll Telefondienstbetreibern nicht nur ermöglicht werden, umfassende Auskunftsdienste und Verzeichnisse mit den Daten aller Teilnehmer anzubieten und damit einen sonst bestehenden Nachteil auf dem Markt für Sprachkommunikationsdienstleistungen auszugleichen. Vielmehr soll auch der Wettbewerb auf dem Markt für Auskunftsdienste und Teilnehmerverzeichnisse selbst gefördert werden. Der Gerichtshof unterscheidet folgerichtig in dem genannten Urteil nicht zwischen Anbietern von Sprachkommunikationsdienstleistungen und anderen Unternehmen.

35 (5) Entgegen der Auffassung der Revision kommt es auch nicht darauf an, ob das Unternehmen, von dem die Überlassung der Teilnehmerdaten verlangt wird, einen Universaldienst i.S. des Art. 2 Abs. 2 lit. f ONP II-RL anbietet. Zum einen enthält der Wortlaut des Art. 6 Abs. 3 ONP II-RL keinen Hinweis auf eine derartige Einschränkung. Zum anderen kann ein Unternehmen ohnehin nur dann zum Universaldienst verpflichtet werden, wenn das damit verbundene Mindestangebot nicht schon auf freiwilliger Basis sichergestellt ist, vgl. Art. 5 ONP II-RL und § 19 TKG 1996 i.V.m. § 1 Telekommunikations-Universaldienstleistungsverordnung vom 30. Januar 1997 (jetzt § 81 TKG 2004). Von diesem eher zufälligen Befund kann der Anwendungsbereich des Art. 6 Abs. 3 ONP II-RL nicht abhängen.

36 (6) Angesichts dieses klaren, mit dem Urteil des Gerichtshofs übereinstimmenden Auslegungsergebnisses besteht - anders als die Revision meint -

kein Anlass, eine Vorabentscheidung des Gerichtshofs nach Art. 234 EG einzuholen.

37 bb) Auf dieser gemeinschaftsrechtlichen Grundlage ist § 12 TKG 1996 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 Basisdaten der eigenen Kunden des Herausgabepflichtigen kein Entgelt verlangt werden darf, das die Kosten gemäß Kostenkategorie 3 übersteigt oder nach dem Umfang der Nutzung berechnet wird. Für die sonstigen Teilnehmerdaten gilt diese Beschränkung nicht.

38 (1) Die "gespaltene" Auslegung des § 12 Abs. 1 Satz 2 TKG 1996 in Bezug auf die eigenen Basisdaten und die übrigen Teilnehmerdaten überschreitet nicht die Grenzen einer nach nationalem Recht zulässigen Gesetzesauslegung. Sie ist vielmehr mit dem Wortlaut der Norm vereinbar. Die "Kosten der effizienten Bereitstellung" umfassen sowohl die Kosten des bloßen Zurverfügungstellens der Daten - Kostenkategorie 3 - als auch die mit dem Erhalt und der Zuordnung der Daten verbundenen Kosten - Kostenkategorien 1 und 2. Eine restriktive Auslegung mit dem Ergebnis, dass der Wortlaut der Norm nicht voll ausgeschöpft wird, ist dem deutschen Recht nicht fremd.

39 Für eine - bei grundsätzlich weiter Auslegung des Begriffs der "Kosten der effizienten Bereitstellung" - Einschränkung nur hinsichtlich des Bereichs der eigenen Basisdaten spricht auch die Neuregelung in § 47 Abs. 4 TKG 2004. In dieser Vorschrift ist der Kostenmaßstab nicht mehr definiert, sondern es wird - sofern das Entgelt nicht nach Satz 2 einer Genehmigungspflicht unterworfen wird - die Möglichkeit einer nachträglichen Regulierung nach Maßgabe des § 38 Abs. 2 bis 4 TKG 2004 eröffnet. Danach kommt aufgrund einer Weiterverweisung in § 38 TKG 2004 auch § 28 TKG 2004 zur Anwendung. Nach dieser

Vorschrift ist es einem Anbieter von Telekommunikationsdiensten lediglich verboten, seine Stellung bei der Forderung und Vereinbarung von Entgelten missbräuchlich auszunutzen (vgl. Hartl in Arndt/Fezer/Scherer, Telekommunikationsgesetz, § 47 Rdn. 14).

40 Das Bundesverwaltungsgericht hat dazu in seinem Urteil vom 16. Juli 2008 (NVwZ-RR 2008, 832 Tz. 19 ff., 23 ff.) ausgeführt: Das Entgelt für die Überlassung der eigenen Basisdaten eines Telefondienstbetreibers sei nach der Kostenkategorie 3 zu begrenzen. Obwohl § 47 Abs. 4 TKG n.F. auf § 38 Abs. 2 bis 4 TKG n.F. verweise und damit auch § 28 TKG n.F. mit dem Verbot missbräuchlich überhöhter Entgelte anwendbar sei, komme es hier nicht auf den allgemein bei der Missbrauchsuntersagung maßgebenden "Als-Ob-Wettbewerbspreis" an. Im Anwendungsbereich des Art. 25 Universaldienstrichtlinie sei dieser Maßstab vielmehr durch den der Kostenorientierung zu ersetzen. Diese Kosten seien nämlich kraft Gemeinschaftsrechts dem Telefondienst zugeordnet und nicht den Auskunftsdiensten oder Teilnehmerverzeichnissen.

41 (2) Auch die Auslegung des § 12 Abs. 2 TKG 1996, wonach auch von Nicht-Lizenznehmern für die eigenen Basisdaten nur ein Entgelt in Höhe der Kosten gemäß Kostenkategorie 3 erhoben werden darf (ebenso Gärtner, TMR 2002, 48, 49; offengelassen von BGH, Urt. v. 11.7.2006 - KZR 29/05, WuW/E DE-R 1829 Tz. 19 - Suchmaschine), ist mit nationalem Recht vereinbar. Sie ist von dem Wortlaut des auslegungsbedürftigen unbestimmten Rechtsbegriffs des angemessenen Entgelts gedeckt.

42 c) Nach diesen Maßstäben verstößt die Preisvereinbarung der Parteien - nur - insoweit gegen § 12 TKG 1996, als der Preis, den DTAG für die Überlassung ihrer eigenen Basisdaten einschließlich der zugehörigen Annexdaten von

datagate vertragsgemäß verlangen kann, die Kosten gemäß Kostenkategorie 3 übersteigt und nach dem Umfang der Nutzung zu berechnen ist.

43 Wie das Berufungsgericht zutreffend ausgeführt hat, kann sich DTAG nicht mit Erfolg darauf berufen, dass die beiden gegen sie geführten Preismissbrauchsverfahren vom Bundeskartellamt eingestellt worden sind, nachdem sie sich verpflichtet hatte, für alle Teilnehmerdaten nur ein Entgelt in Höhe der Kosten gemäß Kostenkategorien 1 bis 3 zu berechnen.

44 Mit seinen Einstellungsverfügungen hat das Bundeskartellamt nicht den gesetzlich zulässigen Preis verbindlich festgelegt. Der Inhalt dieser Verfügungen beschränkt sich vielmehr auf die Einstellung der jeweiligen Verwaltungsverfahren. Damit ist nicht festgelegt worden (und konnte auch nicht festgelegt werden), dass die von DTAG zugesagten Entgelte in dieser Höhe den gesetzlichen Bestimmungen entsprechen.

45 III. Danach ist das angefochtene Urteil aufzuheben und die Sache an das Berufungsgericht zurückzuverweisen, damit die noch erforderlichen Feststellungen zur Höhe des zulässigen Entgelts getroffen werden können.

46 Für das weitere Verfahren weist der Senat auf Folgendes hin:

47 1. Die Bestimmung des zulässigen Preises hängt nicht davon ab, ob DTAG - wie datagate behauptet hat - nur bereit war, sämtliche ihr vorliegenden Teilnehmerdaten entsprechend dem von ihr verwendeten Standardvertrag zu überlassen, oder ob sie bei entsprechender Nachfrage auch lediglich die Teilnehmerdaten ihrer eigenen Kunden oder gegebenenfalls nur deren Basisdaten überlassen hätte.

- 48 Die Revisionserwiderung beruft sich insoweit zu Unrecht auf das Urteil des Senats vom 11. Juli 2006 (WuW/E DE-R 1829 - Suchmaschine). Darin hat der Senat zwar klargestellt, dass sich DTAG nicht der Preisbegrenzung gemäß § 12 TKG 1996 dadurch entziehen könne, dass sie die Teilnehmerdaten nur im Zusammenhang mit weiteren, der Preisbegrenzung nicht unterfallenden Leistungen anbiete, und entschieden, dass sie sich als Folge eines solchen Angebots so behandeln lassen müsse, als dürfe sie insgesamt nur einen begrenzten Preis verlangen. Dabei ging es aber um die Gestattung, im Rahmen von online-Abfragen eine von DTAG verwendete Such-Software zu benutzen, für die keine Preisgrenze vorgegeben war. Hier unterliegt DTAG dagegen insgesamt der Preisregelung des § 12 TKG 1996.
- 49 2. Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs hat - wie das Berufungsgericht richtig gesehen hat - der Verstoß gegen das preisrechtliche Verbotsgesetz die Nichtigkeit der Entgeltklausel nur in dem Umfang zur Folge, als diese den zulässigen Preis überschreitet; im Übrigen bleibt der zulässige Preis geschuldet (vgl. BGHZ 51, 174, 181; 108, 147, 150).

50 3. Das Berufungsgericht wird aufgrund tatrichterlicher Würdigung unter Berücksichtigung der Teilnichtigkeit zu prüfen haben, ob die Preisvereinbarung der Parteien - etwa im Wege einer ergänzenden Vertragsauslegung - auf eine zulässige Regelung zurückgeführt werden kann.

Tolksdorf

Raum

Bergmann

Strohn

Kirchhoff

Vorinstanzen:

LG Köln, Entscheidung vom 31.08.2005 - 91 O 61/03 -

OLG Düsseldorf, Entscheidung vom 15.11.2006 - VI-U (Kart) 1/06 -