



# BUNDESGERICHTSHOF

## IM NAMEN DES VOLKES

### URTEIL

KZR 41/07

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

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja  
BGHZ: nein  
BGHR: ja

Teilnehmerdaten II

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

- a) Für den Zeitraum vor Ablauf der Umsetzungsfrist der Richtlinie 98/10/EG (ONP II-Richtlinie) am 30. Juni 1998 ist § 12 Abs. 1 Satz 2 TKG 1996 so auszulegen, dass ein Telefondienstbetreiber für die Überlassung von Teilnehmerdaten an Lizenznehmer, die Sprachkommunikationsdienstleistungen für die Öffentlichkeit anbieten, ein Entgelt bis zur Höhe seiner Kosten für den Betrieb einer Datenbank und die Aufbereitung und Überlassung der Daten erheben darf.
- b) Für den Zeitraum nach Ablauf der Umsetzungsfrist der 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 darf. Für die Überlassung der sonstigen Teilnehmerdaten gilt diese Beschränkung nicht.

BGH, Urteil vom 13. Oktober 2009 - KZR 41/07 - 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 Beklagten wird das Urteil des 2. Kartellsenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 16. Mai 2007 aufgehoben, soweit 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. Die klagende telegate AG betreibt 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 Bis zum 31. Dezember 1999 nahm telegate aufgrund eines Vertrages mit DTAG vom 8. November 1996 auf deren Datenbank NDIS Zugriff. Seit Januar 2000 betreibt telegate, nachdem sie die NDIS-Software selbst erworben hat, ein eigenes Datensuch-System. Die dafür benötigten Teilnehmerdaten bezieht sie aufgrund eines Vertrages vom April 1999 offline von DTAG.
- 4 Im Rahmen eines Verfahrens des Bundeskartellamts wegen missbräuchlich überhöhter Preise nach § 22 Abs. 4 Satz 1 GWB (in der bis zum 31. Dezember 1998 geltenden Fassung, im Folgenden: a.F.) verpflichtete sich DTAG, für die Überlassung der Teilnehmerdaten neben den Kosten für deren Übermittlung nur noch ein Entgelt in Höhe der Kosten der Datenbank DaRed und der Pflege der darin gespeicherten Daten - insgesamt 176 Mio. DM jährlich - zu erheben.
- 5 Gegenüber telegate hielt sich DTAG für nicht an diese Verpflichtungserklärung gebunden, weil telegate nicht nur den Datenbestand der Datenbank

DaRed, sondern auch die Suchmaschine NDIS nutzte. Deshalb kam es zu einem Rechtsstreit zwischen den Parteien, der dazu führte, dass DTAG zur Zahlung von insgesamt 4.251.711,49 € rechtskräftig verurteilt wurde (OLG Düsseldorf, Ur. v. 20.6.2007 - U (Kart) 47/02).

6           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 telegate die Auffassung, sie schulde nur ein Entgelt in Höhe der Kosten der Datenübermittlung; mit den Kosten der Datenbank NDIS oder DaRed und denen der Aufbereitung der Teilnehmerdaten durch DTAG dürfe sie dagegen nicht belastet werden. Sie hat Klage auf Rückzahlung von 39.758.329,47 € erhoben. Das ist die Differenz zwischen den gezahlten Entgelten und den Kosten der Datenübermittlung für den Zeitraum vom 1. Januar 1998 bis zum 22. Januar 2001 abzüglich des bereits ausgeurteilten Betrages und abzüglich der Bereitstellungspauschale in Höhe von 15.065 DM pro Monat. Außerdem hat sie Ersatz der von DTAG gezogenen Kapitalnutzungen in Höhe von 13.391.535,27 € verlangt.

7           Das Berufungsgericht hat DTAG zur Zahlung von insgesamt 52.042.794,54 € verurteilt und die Klage im Übrigen abgewiesen. Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision verfolgt DTAG ihren Klageabweisungsantrag weiter.

Entscheidungsgründe:

8 Die Revision ist begründet und führt unter Aufhebung des angefochtenen Urteils - soweit zum Nachteil der Beklagten entschieden worden ist - zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

9 A. Das Berufungsgericht hat seine Entscheidung wie folgt begründet:

10 DTAG sei nach §§ 35, 26 GWB a.F. bzw. §§ 33, 20 GWB n.F. zum Schadensersatz verpflichtet, weil sie als marktbeherrschendes Unternehmen telegate in einem Geschäftsverkehr, der gleichartigen Unternehmen üblicherweise zugänglich sei, unbillig behindert habe. Die unbillige Behinderung liege darin, dass DTAG die von ihr vorgehaltenen Teilnehmerdaten nur zu Preisen überlassen habe, die über den nach § 12 Abs. 1 Satz 2 TKG in der Fassung vom 25. Juli 1996 (im Folgenden: TKG 1996) zulässigen Entgelten gelegen hätten. Da telegate am 18. Dezember 1997 eine Lizenz zum Angebot von Sprachkommunikationsdienstleistungen erhalten habe, sei davon auszugehen, dass sie ernsthaft und von außen wahrnehmbar beabsichtigt habe, Sprachkommunikationsdienstleistungen für die Öffentlichkeit auch tatsächlich anzubieten. Damit falle sie in den Anwendungsbereich des § 12 Abs. 1 TKG 1996. Nach dieser Vorschrift dürfe für die Überlassung von Teilnehmerdaten nur ein Entgelt erhoben werden, das sich an den Kosten der effizienten Bereitstellung orientiere. Dazu zählten lediglich die Kosten der Datenübermittlung, nicht auch die Kosten des Aufbaus, der Unterhaltung und der Pflege der Teilnehmerdatenbank. Das ergebe sich nach Inkrafttreten 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)

und nach Ablauf der Umsetzungsfrist aus einer richtlinienkonformen Auslegung des § 12 TKG 1996; für den davor liegenden Zeitraum gelte aber im Ergebnis dasselbe.

11 Bis zum Ende des Jahres 1999 habe telegate zwar nicht nur Teilnehmerdaten bezogen, sondern auch die Suchmaschine NDIS von DTAG genutzt. Dafür könne grundsätzlich ein frei berechnetes Entgelt erhoben werden, da es sich nicht um eine Leistung i.S. des § 12 TKG 1996 handele. Hier dürfe das Entgelt aber auch bezüglich der NDIS-Nutzung nicht höher sein als die DTAG dadurch entstandenen Kosten. Denn DTAG habe ihre Wettbewerber zu der NDIS-Nutzung faktisch gezwungen, indem sie eine alternative offline-Nutzung der Datenbank DaRed nur zu höheren Entgelten angeboten habe. Mangels gegenteiligen Vortrags der DTAG sei davon auszugehen, dass die zusätzliche NDIS-Nutzung durch die - DTAG verbleibenden - monatlichen Bereitstellungspauschalen angemessen vergütet sei.

12 Der Klageanspruch sei auch aus § 812 BGB begründet. Da § 12 TKG 1996 ein Verbotsgesetz i.S. des § 134 BGB sei, seien die Preisregelungen bei-der Verträge insoweit nichtig, als sie den gesetzlich zulässigen Preis überschrit-ten. Damit seien die Entgelte in diesem Umfang ohne Rechtsgrund gezahlt.

13 DTAG könne demgegenüber nicht mit Erfolg geltend machen, telegate habe die überhöhten Kosten an ihre Kunden weitergegeben. Bei wertender Be-trachtung sei eine Anrechnung dieser Vorteile nicht gerechtfertigt.

14 Für den Zeitraum ab dem 1. Januar 2000 schulde DTAG zudem Heraus-gabe der aus den überhöhten Zahlungen gezogenen Nutzungen. Sie habe die erhaltenen Gelder als Betriebsmittel eingesetzt und dadurch Zinszahlungen für

Fremdkapital erspart. Hinsichtlich der davor gezogenen Nutzungen sei die Klageforderung verjährt.

15                    B. Die gegen diese Beurteilung gerichteten Angriffe der Revision haben Erfolg.

16                    I. Das Berufungsgericht hat § 12 TKG 1996 fehlerhaft ausgelegt und ist so zu einem unrichtigen Ergebnis gelangt.

17                    1. 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.

18                    2. 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 a) umgelegt werden dürfen (dazu b) und nach Absatz 2 ein darüber hinausgehender Betrag verlangt werden darf (dazu c).

19                    a) 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.

20                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.

21                b) 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.

- 22 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.
- 23 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.
- 24 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 (Ulmen in Scheurle/Mayen, Telekommunikationsgesetz, 1. Aufl., § 12 Rdn. 1; BeckTKG-Komm/Büchner, 2. Aufl., § 12 Rdn. 1). 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.

25 c) 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.

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

27 3. Diese Auslegung bedarf für die 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 vorgesehen; BGHZ 179, 27 Tz. 19 ff.).

28 a) 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.

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

30           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 anbieter eigenes 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.

31           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.

32           bb) 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 Telefondiensteanbieter Dritten nicht überlassen müsse und für deren Erhalt er zusätzliche Kosten habe aufwenden müssen. Das Ge-

meinschaftsrecht hindere nicht daran, Dritten diese Kosten in Rechnung zu stellen.

33 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 Entgeltregulierung 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.

34 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.).

35 cc) 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).

36 dd) 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).

- 37 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 Gemeinschaften 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.
- 38 ee) 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.
- 39 b) Auf dieser gemeinschaftsrechtlichen Grundlage ist § 12 TKG 1996 für die Geltungsdauer der ONP II-Richtlinie - und der ihr nachfolgenden Universalrichtlinie - 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.

40           aa) 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.

41           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).

- 42 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.
- 43 bb) 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.
- 44 4. Entgegen der Auffassung der Revisionserwiderung besteht kein Anlass, auch schon für den Zeitraum vor Ablauf der Umsetzungsfrist der ONP II-Richtlinie die nach deutschem Recht erfolgte Auslegung des § 12 TKG 1996 gemeinschaftsrechtskonform zu modifizieren. Die vor Ablauf der Umsetzungsfrist der ONP II-Richtlinie zu beachtende Richtlinie 95/62/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Dezember 1995 zur Einführung des offenen Netzzugangs (ONP) beim Sprachtelefondienst (ONP I-RL) enthält keine Bestimmungen, die für die Auslegung des Entgeltmaßstabs in § 12 TKG 1996 von Bedeutung wären.

45 a) Nach Art. 16 lit. c ONP I-RL hatten die nationalen Regulierungsbehörden sicherzustellen, dass die Telekommunikationsorganisationen auf Anfrage und auf Grundlage veröffentlichter chancengleicher, angemessener und nicht-diskriminierender Bedingungen Informationen aus öffentlichen Telefenteilnehmerverzeichnissen zur Verfügung stellten. Diese Vorschrift steht der Auslegung des § 12 TKG 1996 dahingehend, dass für den Zeitraum vor Ablauf der Umsetzungsfrist der ONP II-Richtlinie sämtliche Kosten der Datenbereitstellung und -überlassung ohne eine Beschränkung hinsichtlich der eigenen Basisdaten bei der Entgeltberechnung nutzungsfallabhängig berücksichtigt werden können und von Nicht-Lizenznehmern auch ein höheres Entgelt erhoben werden darf, nicht entgegen. Aus ihr lassen sich - entgegen der Auffassung der Revisionserweiterung - keine Anhaltspunkte dafür entnehmen, dass der Begriff "angemessen" im Sinne des Art. 16 lit. c ONP I-RL dahin zu verstehen wäre, es dürften bei der Überlassung von Teilnehmerdaten an andere Auskunftsdienste nur die (Grenz-) Kosten der Datenübermittlung in Rechnung gestellt werden.

46 Anders als in der ONP II-Richtlinie wird weder in den Bestimmungen noch in den Erwägungsgründen der ONP I-Richtlinie auf den Markt für das Betreiben von Auskunftsdiensten und die Herausgabe von Teilnehmerverzeichnissen abgestellt. Im Erwägungsgrund 8 heißt es lediglich, das Prinzip der Nichtdiskriminierung gelte unter anderem für die Bereitstellung netz- und kundenspezifischer Informationen, und nach Erwägungsgrund 32 sollten Teilnehmerverzeichnisse ohne weiteres verfügbar sein sowie die darin enthaltenen Informationen zu fairen und nichtdiskriminierenden Bedingungen zugänglich gemacht werden. Erst die ONP II-Richtlinie hat - wie oben (B I 3) dargestellt - auch den Wettbewerb auf dem Markt für die Bereitstellung von Auskunftsdiensten und die Herausgabe von Teilnehmerverzeichnissen als schutzwürdig herausgestellt.

47            b) Einer Vorabentscheidung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften nach Art. 234 EG bedarf es zu dieser Frage gleichfalls nicht. Es besteht keine Gefahr voneinander abweichender Gerichtsentscheidungen innerhalb der Europäischen Gemeinschaft (vgl. EuGH, Urt. v. 15.9.2005 - C-495/03, Slg. 2005, I-8151 Tz. 33 - Intermodal Transports), zumal die ONP I-Richtlinie seit mehr als elf Jahren außer Kraft ist.

48            II. Damit ist das Urteil des Berufungsgerichts aufzuheben, soweit zum Nachteil der Beklagten entschieden worden ist.

49            Das Berufungsgericht hat für sämtliche streitgegenständlichen Zeiträume zum Nachteil von DTAG falsche Maßstäbe an das nach § 12 TKG 1996 zu zahlende Entgelt angelegt. Seine Ansicht, DTAG dürfe insgesamt nur ein Entgelt in Höhe der Kostenkategorie 3 erheben, wird der Norm weder für den Zeitraum vor Inkrafttreten der ONP II-Richtlinie gerecht, für den die Auslegung wesentlich durch den Kostenmaßstab in ihrem Absatz 1 Satz 2 und die unterschiedlichen Entgeltmaßstäbe in den Absätzen 1 und 2 bestimmt wird, noch für den Zeitraum nach Inkrafttreten dieser Richtlinie, für den als Folge der gebotenen gemeinschaftsrechtskonformen Auslegung hinsichtlich der eigenen Basisdaten - aber auch nur für diese - die dargestellte Begrenzung des zulässigen Entgelts greift.

50            III. Der Rechtsstreit ist an das Berufungsgericht zurückzuverweisen, damit es die noch erforderlichen Feststellungen zur Höhe des von telegate geschuldeten Entgelts treffen kann.

51            Die Sache ist nicht aus anderen Gründen zur - teilweisen - Endentscheidung reif.

52           1. Die Klage ist hinsichtlich des Zeitraums bis zum 31. Dezember 1999 nicht schon deshalb unbegründet, weil telegate - wie vertraglich vereinbart - in dieser Zeit nicht nur Daten von DTAG bezogen, sondern auch deren Suchmaschine NDIS benutzt hat.

53           Zwar unterfällt der online-Zugriff auf eine Teilnehmerdatenbank mit Nutzung der Such-Software nicht der Preisgrenze des § 12 TKG 1996. Wie der Senat in seinem Urteil vom 11. Juli 2006 (WuW/E DE-R 1829 - Suchmaschine) 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 Schwierigkeiten in eine eigene Auskunftsdienstdatenbank des Abnehmers übernommen und weiterbearbeitet werden können. 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.

54           Das gilt auch hier. Die gesetzlichen Entgeltgrenzen entfallen nicht deshalb, weil DTAG vertragsgemäß nicht nur Teilnehmerdaten zugänglich gemacht, sondern auch die Benutzung der Suchmaschine NDIS ermöglicht hat. Denn sie hat ihre Nachfrager faktisch gezwungen, die online-Nutzung der Suchmaschine zu wählen, indem sie für eine offline-Nutzung ihrer Datenbank DaRed ein erheblich höheres Entgelt verlangt hat.

55                Dazu hat das Berufungsgericht ohne Rechtsfehler festgestellt, dass DTAG eine offline-Nutzung der Datenbank DaRed nur zu einem um mindestens 2,5 Mio. DM höheren Jahrespreis als die online-Nutzung der Suchmaschine NDIS angeboten hat. Bei der Berechnung der Vergleichspreise durfte von den Zahlen ausgegangen werden, die das Bundeskartellamt seiner Abmahnung zugrundegelegt hat. Dass DTAG in dem Verwaltungsverfahren des Bundeskartellamts andere Zahlen genannt hatte, ist unerheblich. Denn sie hat sich durch ihre Verpflichtungserklärung der Abmahnung im Wesentlichen unterworfen. Angesichts dessen hätte es eines entsprechenden Vortrags im Prozess bedurft, um die vom Bundeskartellamt ermittelten Zahlen in Frage zu stellen.

56                2. DTAG kann sich - wie das Berufungsgericht zutreffend angenommen hat - auch nicht mit Erfolg darauf berufen, dass das gegen sie geführte Preismissbrauchsverfahren vom Bundeskartellamt eingestellt worden ist, nachdem sie sich verpflichtet hatte, für alle Teilnehmerdaten nur ein Entgelt in Höhe der Kosten gemäß Kostenkategorien 1 bis 3 zu berechnen.

57                Mit seiner Einstellungsverfügung hat das Bundeskartellamt nicht den gesetzlich zulässigen Preis verbindlich festgelegt. Der Inhalt dieser Verfügung beschränkt sich vielmehr auf die Einstellung des Verwaltungsverfahrens. Damit ist nicht festgelegt worden (und konnte auch nicht festgelegt werden), dass die von DTAG zugesagten Entgelte in dieser Höhe den gesetzlichen Bestimmungen entsprechen.

58                C. Für das weitere Verfahren weist der Senat auf Folgendes hin:

59                1. Als Anspruchsgrundlage für den Anspruch auf Erstattung geleisteter Entgelte kommen - wie das Berufungsgericht richtig gesehen hat - § 35 Abs. 1

Satz 1, § 26 Abs. 2 Satz 1 GWB a.F. bzw. § 33 Satz 1 Halbsatz 2, § 20 Abs. 1 GWB in der Fassung der 6. GWB-Novelle in Betracht.

60 DTAG ist Normadressatin der § 26 Abs. 2 Satz 1 GWB a.F., § 20 Abs. 1 GWB n.F. und damit bei Vorliegen der weiteren Voraussetzungen der Normen zum Schadensersatz verpflichtet.

61 Nach den rechtsfehlerfreien Feststellungen des Berufungsgerichts ist DTAG sowohl auf dem Markt für die Überlassung von Teilnehmerdaten für Auskunftsdienste und Teilnehmerverzeichnisse als auch auf dem nachgelagerten Markt für die Erbringung solcher Auskunftsleistungen ein marktbeherrschendes Unternehmen i.S. des § 26 Abs. 2 Satz 1 GWB a.F., § 20 Abs. 1 GWB n.F. Die Überlassung von Teilnehmerdaten stellt ferner einen Geschäftsverkehr dar, der gleichartigen Unternehmen üblicherweise zugänglich ist. Zutreffend ist auch die Annahme des Berufungsgerichts, dass die Wettbewerber auf dem nachgelagerten Markt für Auskunftsdienste und Teilnehmerverzeichnisse i.S. von § 26 Abs. 2 GWB a.F., § 20 Abs. 1 GWB n.F. unbillig behindert werden, wenn ihnen die erforderlichen Teilnehmerdaten nicht zu den gesetzlich zulässigen Preisen angeboten werden.

62 2. Die Grundlage für den Anspruch auf Ersatz des Wertes der Kapitalnutzungen ab dem 1. Januar 2000 ist - wie das Berufungsgericht ebenfalls zutreffend angenommen hat - § 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1, § 818 Abs. 1, 2 BGB i.V. mit §§ 134 BGB, 12 TKG 1996. Eine Entgeltvereinbarung, die - wie in dem Vertrag aus April 1999 - gegen § 12 TKG 1996 verstößt, ist nach § 134 BGB im Umfang des Verstoßes nichtig.

63 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).

64            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. Dafür ist die Preisregelung in § 12 TKG 1996 wesentlich. Ohne sie könnte der Anspruch auf Herausgabe der Teilnehmerdaten durch überhöhte Preisforderungen unterlaufen werden. Zudem ist mit ihr die ONP II-Richtlinie in nationales Recht umgesetzt worden. 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.

65            3. Für den Beginn des Zeitraums der richtlinienkonformen Auslegung des § 12 TKG 1996 und der darauf gestützten Beschränkung des nach nationalem Recht geltenden Auslegungsergebnisses kommt es allein auf den Ablauf der Umsetzungsfrist der ONP II-Richtlinie am 30. Juni 1998 an. Für die Zeit bis zu diesem Termin bleibt es dagegen bei der Auslegung allein nach nationalen Maßstäben.

66            Für die nationalen Gerichte besteht erst mit Ablauf der Umsetzungsfrist die Pflicht, nationale Rechtsvorschriften richtlinienkonform auszulegen (BGHZ 167, 91, Tz. 33). Soweit sich die Revisionserwiderung für ihren gegenteiligen Standpunkt auf die Entscheidung BGHZ 138, 55, 59 f. beruft, verkennt sie, dass darin nur ein Recht, nicht aber auch eine Pflicht zur vorgreiflich richtli-

nienkonformen Auslegung angenommen wird. Dafür werden in der Entscheidung zudem Voraussetzungen aufgestellt, die hier nicht erfüllt sind.

67           4. Bezüglich des Zeitraums bis zum Ablauf der Umsetzungsfrist der ONP II-Richtlinie am 30. Juni 1998 hängt die Höhe des nach § 12 TKG 1996 zulässigen Entgelts davon ab, ob telegate in diesem Zeitraum ein Anbieter von Sprachkommunikationsdienstleistungen i.S. des § 12 Abs. 1 TKG 1996 war oder als Dritter i.S. des Absatzes 2 anzusehen ist. Bei Anwendung des § 12 Abs. 1 TKG 1996 hat telegate - bei entsprechendem Verschulden von DTAG und einer etwa erforderlichen Vorteilsanrechnung - einen Schadensersatzanspruch in Höhe der Differenz zwischen dem gezahlten Preis und dem Entgelt, das sich an den umlagefähigen Kosten gemäß Kostenkategorien 1 bis 3 orientiert. Bei Anwendung des Absatzes 2 kommt dagegen ein Anspruch von telegate nur dann in Betracht, wenn DTAG ein höheres als das angemessene Entgelt i.S. des § 12 Abs. 2 TKG 1996 verlangt hätte.

68           Dazu wird das Berufungsgericht der Auffassung der Revision nachzugehen haben, telegate falle nicht in den Anwendungsbereich des § 12 Abs. 1 Satz 2 TKG 1996, weil sie zwar eine Lizenz im Sinne dieser Vorschrift gehabt habe, aber die von ihr geplante Weitervermittlung von Auskunftssuchenden zu der von ihnen erfragten Zielnummer keine Sprachkommunikationsdienstleistung

i.S. des § 12 Abs. 1 TKG 1996 darstelle. Sollte diese Auffassung zutreffen, wäre telegate als Dritter i.S. des § 12 Abs. 2 TKG 1996 anzusehen, von dem ein "angemessenes" Entgelt erhoben werden durfte.

Tolksdorf

Raum

Bergmann

Strohn

Kirchhoff

Vorinstanzen:

LG Köln, Entscheidung vom 31.08.2005 - 91 O 230/04 -

OLG Düsseldorf, Entscheidung vom 16.05.2007 - VI-2 U (Kart) 10/05 -