

Oberlandesgericht Düsseldorf, VI-2 U (Kart) 10/05

Datum: 16.05.2007
Gericht: Oberlandesgericht Düsseldorf
Spruchkörper: 2. Kartellsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: VI-2 U (Kart) 10/05

Tenor: Auf die Berufung der Klägerin wird das am 31. August 2005 verkündete Urteil der 11. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Köln teilweise abgeändert und wie folgt neu gefasst:

Die Beklagte wird verurteilt, 52.042.794,54 EUR nebst Zinsen in Höhe von vier Prozent von 29.241.388,28 EUR sowie Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz von 10.516.941,19 EUR seit dem 17. Januar 2005 an die Klägerin zu zahlen.

Die weitergehende Klage wird abgewiesen.

Die Revision wird für die Beklagte zugelassen.

Die Kosten des Rechtsstreits in beiden Rechtszügen werden zu 95 % der Beklagten, im Übrigen der Klägerin auferlegt.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Die Beklagte kann die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 120 % des aufgrund des Urteils zu vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht die Klägerin vor der Vollstreckung in derselben Höhe Sicherheit leistet.

(Hier Freitext: Tatbestand, Gründe etc.)	1
A) Die Klägerin bezog für den von ihr unterhaltenen Telefonauskunftsdienst Informationen über Inhaber von Telefonanschlüssen (Teilnehmerdaten, d.h. Angaben über Namen, Anschriften und Telefonnummern) von der Beklagten, der X...AG. Mit der Klage erstrebt sie von der Beklagten u.a. einen Bereicherungsausgleich wegen zuviel gezahlter Entgelte und einer Zinsnutzung.	2
Bis Ende des Jahres 1999 rechnete die Beklagte das Bereitstellen von Teilnehmerdaten durch eine Online-Zugriffsmöglichkeit auf ihre Auskunftsdatenbank und Suchmaschine NDIS (National Directory Inquiry System) aufgrund des Vertrages vom 8.11.1996 (Anlage 1 – NDIS-Vertrag) ab. Seither, und zwar auf der Grundlage Vertrages vom 6.4./14.4./19.4.1999 (Anlage 4 und Anlage 1 zum Sitzungsprotokoll vom 20.12.2006 - BUDI-/DaRed-Vertrag), stellte die Beklagte der Klägerin nebst Aktualisierungen Teilnehmerdaten aus ihrer Datenbank BUDI (Buchdienst) – später DaRed (Datenredaktion) – auf Anforderung offline zur Verfügung (auf einem Datenträger, einschließlich der Möglichkeit, Daten	3

im Internet online herunterzuladen) und berechnete dies nach jenem Vertrag. Da die Klägerin die NDIS-Software inzwischen selbst erworben hatte, nutzte sie das NDIS-System der Beklagten nicht weiter, sondern übertrug die ihr überlassenen Teilnehmerdaten in das eigene Suchprogramm.

Die im NDIS-Vertrag wie im späteren DaRed-Vertrag verabredeten Entgelte waren abhängig von der Anzahl der vorkommenden Nutzungen. Außerdem enthielten sie Kosten-, Verzinsungs- und Gewinnelemente, denen die Klägerin eine sachliche Berechtigung abspricht. Darum kürzte die Klägerin die Zahlungen an die Beklagte. Daneben betrieb das Bundeskartellamt unter anderem wegen überhöhter Entgelte bei der Teilnehmerdatenüberlassung gegen die Beklagte ein Missbrauchsverfahren (Az. B 7 – 76/98). Das Amt stellte das Verfahren durch Verfügung vom 13.1.1999 ein, nachdem die Beklagte sich – bei teilweiser Modifikation – durch Schreiben vom 22.12.1998 der Abmahnung vom 2.11.1998 (Anlage K 7) unterworfen hatte. Dies führte zu einer Ermäßigung der für das Zurverfügungstellen von Teilnehmerdaten (auch) von der Klägerin zu leistenden Entgelte. In einem anderen Rechtsstreit klagt die Klägerin – auf der Grundlage der Unterwerfungserklärung der Beklagten im Verfahren vor dem Bundeskartellamt – (vereinfachend ausgedrückt) auf teilweise Erstattung aufgrund des NDIS-Vertrages im Jahr 1999 überzahlter Entgelte (Az. 91 O 72/00 LG Köln, VI-U (Kart) 4/02 OLG Düsseldorf, KZR 29/05 BGH). Die Klageforderung in jenem Verfahren beläuft sich auf 4.251.711,49 EUR.

4

Unterdessen entschied der Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften durch Urteil vom 25.11.2004 (Rs. C-109/03) unter anderem, dass nach Maßgabe des einschlägigen Art. 6 Abs. 3 der Richtlinie 98/10/EG vom 26.2.1998 über die Anwendung des offenen Netzzugangs der Universaldienstanbieter für die Überlassung von Teilnehmerdaten (ONP-Richtlinie) nur die Kosten für das tatsächliche Zurverfügungstellen dieser Daten an Dritte in Rechnung gestellt werden können. Da das Urteil des EuGH weiter geht als die Unterwerfungserklärung der Beklagten gegenüber dem Bundeskartellamt, ermittelt die Klägerin sich hiervon ausgehend für den Zeitraum von Januar 1998 bis Januar 2001 nunmehr Zuvielzahlungen im Gesamtbetrag von 44.010.040,96 EUR. Davon hat sie den im anderweiten Rechtsstreit, der zur Zeit noch vor dem OLG Düsseldorf anhängig ist (Az. VI-U (Kart) 4/02), eingeklagten Betrag von 4.251.711,49 EUR abgesetzt. Den Differenzbetrag von 39.758.329,47 EUR nebst Zinsen klagt sie im vorliegenden Prozess ein (vgl. Klageschrift GA 13 bis 17). Darüber hinaus begehrt die Klägerin für den Zeitraum von Februar 1998 bis Dezember 2004 im Betrag von 13.391.535,27 EUR einen Bereicherungsausgleich wegen einer Zinsnutzung rechtsgrundlos zugewandter Zahlungen (Klageschrift GA 17 bis 22). Die Klägerin hat bei den Rückforderungen im ersten Rechtszug nicht ausdrücklich danach unterschieden, ob Teilnehmerdaten aufgrund des NDIS-Vertrages (online) oder des BUDI-/DaRed-Vertrages (offline) zur Verfügung gestellt worden sind.

5

Die Klägerin ist der Ansicht gewesen, die Beklagte habe bei richtlinienkonformer Auslegung der nationalen Rechtsvorschrift in § 12 TKG aF über das Entgelt beim Zurverfügungstellen von Teilnehmerdaten ungeachtet dessen, ob sie, die Klägerin, als Lizenznehmerin, die Sprachkommunikationsdienstleistungen für die Öffentlichkeit anbiete (Absatz 1 von § 12 TKG aF), oder als Dritte anzusehen sei (§ 12 Abs. 2 TKG), bei der Überlassung von Teilnehmerdaten nur die bloßen, für das Zurverfügungstellen der Daten entstehenden Kosten in Rechnung stellen dürfen. Tatsächlich habe die Beklagte das Entgelt anhand nicht berücksichtigungsfähiger Kosten, unter anderem nach Kosten der Errichtung und Unterhaltung des Datenverzeichnisses sowie nach der Häufigkeit der Nutzung, berechnet und diese Berechnung zum Gegenstand von Entgeltvereinbarungen in

6

den NDIS- und BUDI-/DaRed-Verträgen gemacht. Jene Entgeltabreden seien wegen Verstoßes gegen ein bei richtlinienkonformer Auslegung in § 12 TKG aF zu erkennendes gesetzliches Verbot nichtig.

Die Beklagte ist der Klage entgegengetreten. Sie hat sich – neben Zulässigkeitsrügen – in der Sache im Wesentlichen wie folgt verteidigt:

7

Die Klägerin sei als Dritte im Sinne von § 12 Abs. 2 TKG aF anzusehen, der für die Überlassung von Teilnehmerdaten ein angemessenes und nicht nur ein an den Kosten orientiertes Entgelt habe in Rechnung gestellt werden dürfen. Abgesehen davon sei die Entgeltregelung, die im Verfahren vor dem Bundeskartellamt ermittelt worden sei, auch für die Klägerin verbindlich. Die von der Klägerin vertretene Auslegung des § 12 TKG messe der Richtlinie 98/10/EG überdies eine Bedeutung zu, die auf eine unzulässige Richtliniengeltung zwischen Privaten hinauslaufe. Davon abgesehen würden dadurch ihre, der Beklagten, Urheberrechte verletzt. Im Übrigen habe die Klägerin in Kenntnis einer Nichtschuld geleistet. Die Beklagte hat ferner die Einrede der Verjährung erhoben.

8

Das Landgericht hat der Klage unter Abweisung im Übrigen teilweise stattgegeben. Die Zulässigkeitsrügen der Beklagten hat es abschlägig beschieden. In der Sache hat das Landgericht geurteilt:

9

Für den Zeitraum von Januar 1998 bis zum 30.6.1998 – dem Ablauf der Frist für die nationale Umsetzung der Richtlinie 98/10/EG – stehe der Klägerin ein Bereicherungsanspruch (im Betrag von 4.618.787,51 EUR) nicht zu, da die Beklagte im Einklang mit § 12 Abs. 2 TKG aF auf der Grundlage des NDIS-Vertrages unwiderlegt ein angemessenes Entgelt berechnet habe. Die Klägerin sei im genannten Zeitraum als Dritte im Sinne von § 12 Abs. 2 TKG aF zu behandeln, weil sie seinerzeit Sprachkommunikationsleistungen für die Öffentlichkeit tatsächlich nicht angeboten habe. Dritten gegenüber sei die Beklagte nicht auf die Berechnung eines lediglich kostenorientierten Entgelts beschränkt.

10

Für den Zeitraum von Juli 1998 bis Januar 2001 hat das Landgericht den geltend gemachten Bereicherungsanspruch nach richtlinienkonformer Auslegung von § 12 TKG aF zuerkannt, da die Beklagte bei der Bereitstellung von Teilnehmerdaten kein kostenorientiertes Entgelt erhoben habe. Die entsprechende Entgeltvereinbarung sei wegen Verstoßes gegen das gesetzliche Verbot nach § 12 Abs. 1 TKG aF nichtig. Die Verjährungseinrede hat das Landgericht für unbegründet erachtet.

11

Den Anspruch auf Erstattung von Nutzungszinsen hat das Landgericht abgewiesen. Auf den Tatbestand und die Entscheidungsgründe des Urteils wird verwiesen.

12

Dagegen haben beide Parteien Berufung eingelegt. Die Klägerin verfolgt denjenigen Teil ihrer Forderungen weiter, die das Landgericht abgewiesen hat (4.618.787,51 EUR sowie Nutzungszinsen im Betrag von 13.391.535,27 EUR, insgesamt 18.010.322,78 EUR). Die Beklagte will die Klage abgewiesen sehen.

13

Die Klägerin ergänzt unter Aufrechterhaltung des erstinstanzlichen Vortrags ihr Vorbringen im Wesentlichen wie folgt:

14

Sie sei aufgrund von Rahmenbedingungen, welche die Beklagte gesetzt habe, während der Geltung des NDIS-Vertrages faktisch dazu gezwungen gewesen, Teilnehmerdaten online durch eine Nutzung des NDIS-Portals der Beklagten zu beziehen, mit der Folge, dass die Beklagte mit Rechtsgrund nur die entsprechenden Kosten habe in Rechnung stellen dürfen. Die Rechtslage nach NDIS-Vertrag (Online-Bereitstellung) und BUDI-/DaRed-Vertrag (Offline-Zugang) sei mithin gleich zu beurteilen. Darüber hinaus beruft die Klägerin sich zur Begründung einer Schadensersatzforderung nunmehr auch auf kartellrechtliche Anspruchsnormen.

15

Die Klägerin beantragt,	16
das Urteil des Landgerichts abzuändern und die Beklagte zu verurteilen,	17
weitere 18.010.322,78 EUR nebst Zinsen in Höhe von 8 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 17.1.2005 an sie zu zahlen.	
Die Beklagte beantragt,	18
die Berufung der Klägerin zurückzuweisen	19
sowie	20
unter Abänderung des angefochtenen Urteils die Klage abzuweisen.	21
Die Beklagte vertieft und ergänzt ihren erstinstanzlichen Vortrag. Sie verteidigt die von ihr erhobenen Entgelte, die Maßstäbe und die in Ansatz gebrachten Bemessungsfaktoren. Die Beklagte beruft sich insoweit u.a. auf einen Grundrechts-schutz. Der Behauptung der Klägerin, zu einer Nutzung der NDIS-Datenbank und Suchmaschine faktisch gezwungen gewesen zu sein, tritt sie entgegen. Die Forderung auf Erstattung von Nutzungszinsen hält sie für un-schlüssig. Kartellrechtliche Schadensersatzforderungen sind nach ihrer Meinung aus prozessualen und sachlichen Gründen nicht gegeben. Unabhängig davon behauptet die Beklagte, die Klägerin habe angeblich überhöhte Überlassungsentgelte – insbesondere einen Schaden ausschließend – gegenüber ihren Kunden weiterberechnet.	22
Die Klägerin beantragt,	23
die Berufung der Beklagten zurückzuweisen.	24
Wegen der Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die Schriftsätze nebst Anlagen sowie auf die Sitzungsniederschriften vom 20.12.2006 und 28.3.2007 Bezug genommen.	25
B) Die Berufung der Klägerin ist überwiegend begründet. Die Berufung der Beklagten hat nur einen Teilerfolg.	26
I. Die Klage ist zulässig.	27
1. Der Klageantrag ist hinreichend bestimmt (§ 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO). Die Zusammensetzung der hauptsächlichen Klageforderung (39.758.329,47 EUR) geht aus der betragsmäßigen Aufstellung in der Klageschrift nebst den dazugehörigen Erläuterungen hervor (GA 13 bis 17). Danach will die Klägerin der Beklagten nur die als "Kosten Zurverfügungstellung" ausgewiesenen Zahlungen zuerkennen (Spalte 6 der Aufstellung). Der Umstand, dass die Klägerin Rückforderungen nicht ausdrücklich dem NDIS- oder DaRed-Vertrag zugeordnet hat, ist unschädlich. Denn ungeachtet dessen, dass die Verträge bereits im ersten Rechtszug vorgelegt worden sind und die Laufzeit außer Streit steht (so die Beklagte selbst GA 515: seit dem 1.1.2000 wurden Teilnehmerdaten aufgrund des DaRed-Vertrages offline zur Verfügung gestellt), will die Klägerin die Beklagte sowohl bei einer Online- wie bei einer Offline-Überlassung von Teilnehmerdaten auf die bloßen Kosten des Zurverfügungstellens gesetzt sehen. Einen so weitgehenden Standpunkt hat sie im Prozess VI-U (Kart) 4/02 vor dem 1. Kartellsenat des Oberlandesgerichts Düsseldorf nicht eingenommen. Sie hat die in jenem Rechtsstreit gegenständliche Forderung vom Klageanspruch im vorliegenden Prozess deutlich abgesetzt. Die Zeiträume, auf die die Klageforderung sich stützt, sind in der Aufstellung GA 13 bis 15 individualisierbar angegeben worden. Die Rechnungsdaten und -monate sind in der Aufstellung der Klägerin ausgewiesen. Aufgrund dessen konnten die Beträge zugeordnet werden.	28
2. Die Einrede einer teilweise anderweitigen Rechtshängigkeit der Klage (§ 261 Abs. 2 Nr. 1 ZPO), und zwar mit Blick auf die vor dem 1. Kartellsenat des Oberlandesgerichts Düsseldorf anhängige Forderung, ist unbegründet. In der Sache sind Gegenstand jenes Rechtsstreits Erstattungsansprüche der Klägerin	29

wegen Entgeltüberzahlungen in der Zeit von Januar bis September 1999 im Betrag von 4.251.711,49 EUR. Der Zeitraum geht zwar im Anspruchszeitraum, aus dem die Klägerin sich im vorliegenden Prozess Forderungen berechnet, auf. Doch sind die Streitgegenstände verschieden. Grundlage der Klageforderung im Rechtsstreit vor dem 1. Kartellsenat ist jene Entgeltberechnung für das Überlassen von Teilnehmerdaten, die sich aus der Unterwerfungserklärung der Beklagten vom 22.12.1998 im Verwaltungsverfahren B 7 – 76/98 gegenüber dem Bundeskartellamt ergibt. Demgegenüber gründet sich der vorliegende Prozess auf den Vortag der Klägerin, die Beklagte sei bei der Überlassung von Teilnehmerdaten weitergehend auf eine Berechnung der bloßen Kosten für Datenträger, Datentransfer, Verpackung und Versand sowie einer Bereitstellungspauschale beschränkt, tatsächlich jedoch darüber hinausgegangen (GA 16).

II. Die Klage ist in der Hauptsache auch begründet. 30

1. Die Beklagte hat der Klägerin aus der Zeit vom 1.1.1998 bis zum 22.1.2001 unter den Gesichtspunkten des Schadensersatzes und der Bereicherung 39.758.329,47 EUR an zuviel gezahlten Entgelten für die Überlassung von Teilnehmerdaten zu erstatten. Der Betrag von 4.251.711,49 EUR, der Gegenstand des in zweiter Instanz vor dem 1. Kartellsenat des Oberlandesgerichts Düsseldorf anhängigen Rechtsstreits VI-U (Kart) 4/02 ist, ist davon abgezogen. Das Landgericht hat den Zahlungsanspruch in Höhe von 4.618.787,51 EUR zu Unrecht abgewiesen. 31

a) Die Beklagte hat der Klägerin in der Zeit von Januar 1998 bis Ende 1999 (Zeitraum der Abrechnung nach dem NDIS-Vertrag) wegen einer unbilligen Behinderung nach § 35 Abs. 1 S. 1, § 26 Abs. 2 S. 1 GWB in der Fassung der Bekanntmachung vom 20.2.1990 (aF) sowie nach § 33 S. 1, § 20 Abs. 1 GWB (in der Fassung der 6. GWB-Novelle) Schadensersatz zu leisten. Die Beklagte als marktbeherrschendes Unternehmen hat die Klägerin in einem Geschäftsverkehr, der gleichartigen Unternehmen üblicherweise zugänglich ist, unbillig behindert, indem sie Teilnehmerdaten i.S.v. § 12 TKG 1996 (aF) zu übersetzten und nicht kostenorientierten Preisen zur Verfügung gestellt hat. 32

aa) Für den Anspruchszeitraum vom 1.1.1998 bis zum Inkrafttreten der EG-Richtlinie 98/10/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26.2.1998 (ONP-Richtlinie, ABl. EG Nr. L 101 v. 1.4.1998, S. 24) am 21.4.1998, bzw. bis zum Ablauf der Umsetzungsfrist am 30.6.1998, folgt die Schadensersatzforderung aus §§ 35 Abs. 1 S. 1, 26 Abs. 2 S. 1 GWB aF. Die dazu erforderlichen Tatsachenfeststellungen sind im Verwaltungsverfahren B 7 – 76/98 vom Bundeskartellamt getroffen und in der Abmahnung vom 2.11.1998 zusammengefasst worden. Die Klägerin hat sich darauf ausdrücklich berufen, ohne dass die Beklagte jenen Feststellungen entgegengetreten ist. 33

(1.) Die Beklagte war auf dem Markt für Teilnehmerdaten als Anbieterin marktbeherrschend. Das geht aus den Feststellungen des Bundeskartellamts hervor (Abmahnung S. 9, 38 ff., 42 f., 50). Beim sachlich relevanten Markt handelt es sich um den Markt für die Bereitstellung von Teilnehmerdaten für Zwecke der telefonischen Auskunftserteilung. Der Markt ist bundesweit abzugrenzen. Auf diesem Markt war die Beklagte keinem wesentlichen Wettbewerb ausgesetzt, mindestens aber nahm sie eine überragende Marktstellung ein (§ 22 Abs. 1 Nr. 1, 2 GWB aF). Wie außer Streit steht, verfügte sie aufgrund dessen, dass sie Telekommunikationsdienstleistungen in einem seit langem bestehenden Festnetz vertrieb, um die Jahreswende 1997/1998 über etwa 40 Mio Teilnehmerdatensätze. Dies entsprach einem Marktanteil von deutlich mehr als 90 %. Die Klägerin war beim Betrieb eines Telefonauskunftsdienstes infolgedessen davon abhängig, von der Beklagten mit Teilnehmerdaten beliefert zu werden (vgl. Abmahnung S. 17, 34

40). Dass sich infolge der Liberalisierung der Telekommunikationsmärkte die Marktverhältnisse sogleich entscheidend veränderten, macht die Beklagte nicht geltend. Dies ist auch nicht anzunehmen. Die Beklagte war und ist selbst aber auch auf dem Markt für telefonische Auskunftsdienste tätig und hatte auf diesem Markt gleichfalls eine überragende Marktstellung (§ 22 Abs. 1 Nr. 2 GWB aF). Ihr Marktanteil bei den Auskunftsdiensten lag 1997 bei mehr als 90 %. Auch insoweit beruft sich die Beklagte nicht auf eine namhafte Änderung der tatsächlichen Verhältnisse.

(2.) Die Beklagte hat die Klägerin in einem Geschäftsverkehr, der gleichartigen Unternehmen üblicherweise zugänglich ist, behindert. Die wettbewerbliche Behinderung erfolgte auf dem Markt für die Bereitstellung von Teilnehmerdaten zum Zweck von Telefonauskunftsdiensten. Sie wirkte sich auf dem nachgelagerten Markt für die Erbringung solcher Auskunftsdienste aus, auf dem die Beklagte als Anbieterin zur Klägerin in einem aktuellen Wettbewerbsverhältnis steht. Die Behinderung ist darin zu sehen, dass die Beklagte für die Überlassung von Teilnehmerdaten ein Entgelt erhoben hat, das sich nicht an den Kosten einer effizienten Bereitstellung orientiert hat, sondern weit darüber hinausgegangen ist. Nach eigener Darstellung der Beklagten sind u.a. die Kosten der Errichtung, Unterhaltung und Pflege der Teilnehmerdatenbank zur Grundlage der Entgeltberechnung gemacht worden, darüber hinaus Gemeinkosten, langfristige zusätzliche Kosten, eine Kapitalverzinsung sowie ein Gewinn. Zudem war das Entgelt nutzungsfallabhängig. Von der Beklagten sind im Amtsverfahren jährliche Gesamtaufwendungen von 200 bis 300 Mio DM für das Zurverfügungstellen von Teilnehmerdaten behauptet worden, wohingegen nach den unbestrittenen Feststellungen des Amtes Gesamtkosten von lediglich 100 Mio DM angefallen sind (vgl. Abmahnung S. 69 bis 80, 85). Infolgedessen berechnete die Beklagte der Klägerin auf der Grundlage des NDIS-Vertrages für das Überlassen von Teilnehmerdaten je Auskunftersuchen 0,324 DM (0,12 DM je Transaktion mal 2,7 Transaktionen pro Auskunftersuchen). Die monatliche Bereitstellungspauschale von 15.065 DM kam noch hinzu. Demgegenüber stellte die Beklagte dem eigenen Auskunftsdienst für dieselbe Dienstleistung nur 0,15 DM je Auskunftersuchen in Rechnung (87,2 Mio DM geteilt durch 581,12 Mio Auskunftersuchen, vgl. Abmahnung S. 86). Der von der Beklagten praktizierte Abrechnungsmodus stellt eine Behinderung der Klägerin dar, für deren Annahme jede wettbewerblich nachteilige Behandlung genügt. Die Entgeltberechnung der Beklagten bildete für dritte Unternehmen eine ernstzunehmende Marktzutrittsschranke. Für die Klägerin wirkte sie sich dahin aus, dass ein telefonischer Auskunftsdienst im Wettbewerb mit der Beklagten unter erschwerenden wirtschaftlichen Bedingungen betrieben werden mußte. Die Klägerin wurde folglich auch auf dem nachgelagerten Markt behindert.

35

Die Behinderung erfolgte in einem üblicherweise zugänglichen Geschäftsverkehr, was sich daraus ergibt, dass Teilnehmerdaten zum Zweck von telefonischen Auskunftsdiensten nicht nur von der Klägerin und vom eigenen Auskunftsdienst der Beklagten, sondern auch von den damaligen Festnetz- und Mobilfunkanbietern Mannesmann Arcor/Mannesmann Mobilfunk, o.tel.o/E-Plus und VIAG Interkom/E2 nachgefragt wurden. Der Geschäftsverkehr war gleichartigen Unternehmen zugänglich, wobei maßgebend ist, dass die beteiligten Unternehmen dieselben Grundfunktionen ausüben (vgl. BGH WuW/E/BGH 2399, 2404 – Krankentransporte). Dies ist zu bejahen, denn sowohl die Beklagte, als auch die Klägerin und die vorhin genannten weiteren Unternehmen fragten Teilnehmerdaten zum Betrieb von Telefonauskunftsdiensten nach und boten dergleichen Leistungen an.

36

(3.) Die Beklagte hat die Klägerin i.S.v. § 26 Abs. 2 unbillig behindert. Das

37

dahingehende Unwerturteil beruht auf einer Abwägung der Interessen der Parteien unter Berücksichtigung der auf die Freiheit des Wettbewerbs gerichteten Zielsetzung des GWB (vgl. insoweit BGH WuW/E/BGH 3058, 3063 – Pay-TV-Durchleitung m.w.N.).

Bei der Interessenabwägung ist die gesetzliche Wertung in § 12 Abs. 1 TKG 1996 (aF) heranzuziehen. Danach ist, mit Blick auf den Streitfall zusammengefasst, ein Lizenznehmer, der – wie die Beklagte – Sprachkommunikationsdienstleistungen für die Öffentlichkeit anbietet, verpflichtet, auf Anforderung anderen Lizenznehmern, die Sprachkommunikationsdienstleistungen für die Öffentlichkeit anbieten, u.a. zum Zwecke der Aufnahme eines Auskunftsdienstes Teilnehmerdaten in kundengerechter Form zugänglich zu machen. Dafür kann ein Entgelt erhoben werden, das sich an den Kosten der effizienten Bereitstellung orientiert. Die Norm soll sicherstellen, dass Lizenznehmern, die Sprachkommunikationsdienstleistungen für die Öffentlichkeit anbieten, im Sinn der angestrebten Liberalisierung der Telekommunikationsmärkte die Daten von Telefonanschlussinhabern von denjenigen Sprachtelefondienstleistern, die über solche Daten verfügen, auf Ersuchen zugänglich gemacht werden (vgl. BT-Drucksache 13/3609, S. 40).

38

§ 12 Abs. 1 TKG aF ist, auch soweit er sich über das Entgelt für die Überlassung von Teilnehmerdaten verhält, ein Verbotsgesetz i.S.v. § 134 BGB (so auch der 1. Kartellsenat des OLG Düsseldorf, Urteile vom 2.5.2007, VI-U (Kart) 31/06, UA 12 und vom 15.11.2006 – VI-U (Kart) 1/06, UA 8). Die Vorschrift bezweckt eine Marktöffnung und die Entwicklung eines chancengleichen Wettbewerbs auf den angesprochenen Märkten. Sie entfaltet Schutzwirkung zugunsten derjenigen Unternehmen, die – wie die Klägerin – zum Zweck des Betriebs eines Telefonauskunftsdienstes um eine Bereitstellung von Teilnehmerdaten nachsuchen. Sähe man dies anders, wäre der Verpflichtete durch die Gestaltung der von ihm für die Datenüberlassung erhobenen Entgelte in die Lage versetzt, den Normzweck zu unterlaufen. Das konterkarierte den Willen des Gesetzgebers. Dem Normzweck ist dadurch Rechnung zu tragen, dass § 12 Abs. 1 S. 2 TKG aF verbietet, beim Bereitstellen von Teilnehmerdaten mehr als ein kostenorientiertes Entgelt zu erheben. Das Verbot muss in einer gesetzlichen Bestimmung als solches nicht ausdrücklich ausgesprochen sein. Es genügt, wenn es sich, wie hier, aus dem Zusammenhang ergibt.

39

aaa) Die Klägerin gehört zum Kreis der durch § 12 Abs. 1 TKG aF geschützten Anbieter von Sprachkommunikationsdienstleistungen, obwohl sie, so die Beklagte, in Verbindung mit Telefonauskünften Anrufe erst seit dem Jahr 1999 zur erfragten Rufnummer weitervermitteln, mithin Telefondienstleistungen anbieten soll. Über den streitigen Sachverhalt – die Klägerin will Sprachtelefondienste bereits 1998 angeboten haben – muss indes nicht aufgeklärt werden. Denn die Klägerin ist auch bei einer Wahrunterstellung des Vortrags der Beklagten nicht Dritte i.S.v. § 12 Abs. 2 TKG aF, der gegenüber für die Übermittlung von Teilnehmerdaten ein angemessenes und bei isolierter Betrachtung im Zweifel marktübliches, nicht an den bloßen Kosten der Bereitstellung ausgerichtete, Entgelt berechnet werden konnte. Denn als Anbieter von Sprachkommunikationsdienstleistungen i.S.v. § 12 Abs. 1 TKG aF ist schon dasjenige Unternehmen anzusehen, das einen Auskunftsdienst mit Weitervermittlung von Telefonaten im Zeitpunkt der Anforderung tatsächlich zwar noch nicht betreibt, diesen aber ernsthaft aufzunehmen beabsichtigt und deswegen ein potentieller Wettbewerber ist. Eine andere Auslegung widerspricht dem Wettbewerbsförderungsziel der Norm. Damit ist nicht zu vereinbaren, demjenigen, der einen Sprachtelefondienst noch nicht unterhält, aber Vorbereitungen dafür getroffen hat, die tatsächliche Aufnahme eines solchen Dienstes wirtschaftlich dadurch zu erschweren, dass er die

40

erforderlichen Teilnehmerdaten vorher zu marktüblichen, d.h. praktisch zu höheren als kostenorientierten Preisen erwerben muss.

Um in den Genuss einer Kostenprivilegierung nach § 12 Abs. 1 TKG aF zu gelangen, wird über die unternehmensinterne Entscheidung hinaus im Allgemeinen zwar eine nach außen wahrnehmbare Verfestigung des Vorhabens, einen Sprachtelefondienst aufzunehmen, zu fordern sein. Daran mangelt es im Streitfall jedoch nicht. Denn die Klägerin verfügt unstreitig seit dem 18.12.1997 über eine Lizenz zur Ausübung von Sprachtelefondiensten. Da eine Lizenz nur mit entsprechendem Kosten- und sonstigem Aufwand zu erwirken ist, spricht nach wirtschaftlicher Erfahrung die Tatsache der Beantragung und Erteilung einer Lizenz für Sprachtelefondienste in der Regel dafür, dass das betreffende Unternehmen die lizenzierten Dienste auch aufzunehmen vorhat. Dies trifft auch auf die Klägerin zu. Ungeachtet dessen ist auf der Grundlage der Sachdarstellung der Beklagten unwiderlegt und daher nicht auszuschließen, dass die Klägerin Sprachkommunikationsdienstleistungen nur deswegen verzögert aufgenommen hat, weil die dazu notwendigen Teilnehmerdaten von der Beklagten nicht zu kostengerechten Preisen zur Verfügung gestellt worden sind und sie, die Klägerin, sich aufgrund der Behinderung durch die Beklagte wirtschaftlich nicht in der Lage gesehen hat, auf dem Gebiet von Sprachtelefondiensten einen Wettbewerb aufzunehmen. Dann ist der Beklagten nach Treu und Glauben (§ 242 BGB) der Einwand verwehrt, die Klägerin sei als Dritte i.S.v. § 12 Abs. 2 TKG aF zu behandeln gewesen. Die Klägerin konnte von der Beklagten eine Überlassung von Teilnehmerdaten nach Maßgabe von § 12 Abs. 1 TKG aF zu kostenorientierten Preisen beanspruchen.

41

bbb) Als Kosten einer effizienten Bereitstellung von Teilnehmerdaten i.S.v. § 12 Abs. 1 S. 2 TKG aF sind die bloßen Aufwendungen für das Zurverfügungstellen der Daten anzusehen. Bei einer Offline-Überlassung sind davon lediglich die Kosten für den Datenträger, für das Markieren der Daten und deren Übertragen auf den Datenträger sowie die Kosten für das Übermitteln des Datenträgers umfasst. Bei einer Online-Bereitstellung – so im Rahmen des hier behandelten NDIS-Vertrages – fallen Kosten für Datenträger und deren körperliche Versendung nicht an, sondern entstehen nur Aufwendungen bei der Öffnung der Datenbank für das um Information nachsuchende Unternehmen. Möglicherweise dürfen außerdem die Kosten einer Benutzung der Suchmaschine NDIS in Ansatz gebracht werden. Dem Inhalt nach hat der Verpflichtete Namen und Anschrift (einschließlich der Postleitzahl) der Teilnehmer sowie die Telefonnummer zu übermitteln. Dabei handelt es sich um die für einen Zugang zum nachgelagerten Markt für Telefonauskunftsdienste erforderlichen Grunddaten.

42

§ 12 Abs. 1 S. 2 TKG aF ist demzufolge genauso zu verstehen wie Art. 6 Abs. 3 der späteren Richtlinie 98/10/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26.2.1998 über die Anwendung des offenen Netzzugangs (ONP), wonach die Mitgliedstaaten sicherzustellen haben, dass die zum Betrieb eines Telefonauskunftsdienstes erforderlichen Informationen vom Pflichtigen zu "kostenorientierten Bedingungen" zur Verfügung gestellt werden. Die in § 12 Abs. 1 TKG aF vorgesehene Beschränkung auf ein Entgelt, "das sich an den Kosten der effizienten Bereitstellung orientiert", nimmt die Regelung in Art. 6 Abs. 3 der Richtlinie vorweg. Sie schließt nach ihrem Wortlaut und Zweck aus, dass für die Bereitstellung von Teilnehmerdaten mehr als die Kosten des bloßen Zurverfügungstellens der Daten in Rechnung gestellt und dass die Kosten anders berechnet werden. So müssen die Kosten der Datenerhebung sowie der Errichtung und Unterhaltung der Teilnehmerdatenbank außer Ansatz bleiben. Dabei handelt es sich begrifflich nicht um Kosten für das Bereitstellen der Daten, sondern um Ohnehinkosten, die vom Verpflichteten, der, wie die Beklagte,

43

Sprachtelefondienste anbietet, selbst zu tragen sind. Die genannten Aufwendungen sind in den Kosten des eigenen Sprachtelefondienstes enthalten. Sie werden von den beim Betrieb erwirtschafteten Erlösen abgedeckt. Eine Doppeltberechnung gegenüber dem um die Bereitstellung von Teilnehmerdaten Nachsuchenden scheidet aus. Erst recht können eine Kapitalverzinsung und ein Gewinn nicht angesetzt werden. Genauso wenig ist zur Bemessung des Entgelts die Häufigkeit der Nutzung durch Suchanfragen heranzuziehen. Zu erstatten sind nur die Kosten der Bereitstellung, die dadurch anfallen, dass die Daten dem anfordernden Unternehmen zugänglich gemacht werden. Wie oft vom zugänglich gemachten Datenbestand durch Suchanfragen später Gebrauch gemacht wird, steht mit der Datenbereitstellung und dem dadurch veranlassten Aufwand in keinem Zusammenhang (so auch OLG Düsseldorf, 1. Kartellsenat, Urteil vom 15.11.2006 – VI-U (Kart) 1/06, UA 17).

ccc) Da die Beklagte im NDIS-Vertrag anders verfahren ist und sich ein nicht kostenorientiertes Entgelt, welches zugleich nutzungsfallabhängig war, hat versprechen lassen, ist die im Vertrag vorgegebene Entgeltabrede gemäß § 134 BGB nichtig. Allein dies qualifiziert die von der Preisgestaltung der Beklagten ausgehende Behinderung als unbillig i.S.v. § 26 Abs. 2 GWB aF. Daneben sind schutzwürdige Interessen der Beklagten an einer über einen bloßen Kostenausgleich hinausgehenden Entgeltberechnung nicht zu erkennen. Zwar ist auch von einem Marktbeherrscher grundsätzlich nicht zu verlangen, dass er durch seine Preisgestaltung fremden Wettbewerb fördert. Jedoch schreibt § 12 Abs. 1 TKG aF Anbietern von Sprachkommunikationsdienstleistungen eine fremden Wettbewerb begünstigende Entgeltgestaltung gewolltermaßen ausdrücklich vor. Dagegen setzt sich das Interesse der Beklagten deswegen nicht durch, da ihre Preisbildung die Wirkung einer Marktzugangssperre entfaltet und geeignet war, die Aufnahme eines Wettbewerbs bei Telefonauskunftsdiensten schon im Ansatz zu verhindern. Dabei kommt es nicht darauf an, ob die Beklagte informationswilligen Unternehmen wie der Klägerin Teilnehmerdaten online durch einen Zugang zu ihrer Auskunftsdatenbank und Suchsoftware NDIS oder offline durch Bereitstellen der BUDI- (später DaRed-) Datenbank zur Verfügung stellte. Bei der Wahl der Technik (online oder offline, möglicherweise auch in anderer Form) war die Beklagte frei. Unabhängig davon durfte indes nur ein Entgelt erhoben werden, das den Kosten einer Bereitstellung der Teilnehmerdaten entsprach.

44

Dadurch wird nicht rechtswidrig in eine schutzwürdige Eigentumsposition der Beklagten eingegriffen (Art. 14 GG). § 12 Abs. 1 TKG aF stellt eine Inhalts- und Schrankenbestimmung des Eigentumsrechts i.S.v. Art. 14 Abs. 1 GG dar. Der Vorschrift kommt keine enteignende Wirkung zu. Die gesetzliche Verpflichtung, Teilnehmerdaten dritten Unternehmen zur Verfügung zu stellen, ist aus Gründen des Gemeinwohls gerechtfertigt. Denn die Regelung in § 12 Abs. 1 TKG aF hat zum Ziel, die weitgehend monopolistisch strukturierten Telekommunikationsmärkte aufzubrechen und diese für einen chancengleichen Wettbewerb zu öffnen. Dadurch wird die Beklagte als Marktbeherrscherin nicht unverhältnismäßig belastet. Sie hat Teilnehmerdaten nicht kostenlos zur Verfügung zu stellen, sondern kann dafür ein kostenorientiertes Entgelt berechnen, das einen angemessenen Ausgleich gewährt (so auch OLG Düsseldorf, 1. Kartellsenat, Urteil vom 15.11.2006 – VI-U (Kart) 1/06, UA 16). Was die Beklagte mit der Verteidigung ihrer Entgeltstruktur angestrebt hat, ist demgegenüber in Wahrheit ein Mehrfachausgleich eigener Kosten bei der Vorhaltung von Teilnehmerdaten, der unter keinen Umständen zu rechtfertigen ist (s. auch oben unter bbb).

45

Auch der von der Beklagten behauptete Verstoß gegen die Freiheit der Berufsausübung ist nicht gegeben (Art. 12 GG). Die unternehmerische Freiheit der

Beklagten, die ihr verfügbaren Teilnehmerdaten nach eigenen Vorstellungen, und zwar auch hinsichtlich des Preises, zu verwerten, hat in § 12 Abs. 1 TKG aF eine gesetzliche Regelung gefunden, die durch Gründe des Gemeinwohls gerechtfertigt ist (so auch OLG Düsseldorf, 1. Kartellsenat, Urteil vom 15.11.2006 – VI-U (Kart) 1/06, UA 16 f.).	46
Die Beklagte beruft sich bei der von ihr angelegten Datenbank DaRed – was auch auf die Vorläuferdatei BUDI auszudehnen ist – ebenfalls zu Unrecht auf einen Sonderrechtsschutz nach dem Urheberrechtsgesetz. Ungeachtet dessen, ob die Datenbank BUDI (und ihr nachfolgend die Datenbank DaRed) einem Urheberrechtsschutz nach § 87 b UrhG (eingefügt durch Gesetz vom 22.7.1997, BGBl. I 1870) unterliegt, ist die Beklagte jedenfalls daran gehindert, für das Bereitstellen der Daten im Rahmen des NDIS-Vertrages Zahlung einer über den in § 12 Abs. 1 TKG aF normierten Entgeltmaßstab hinausgehenden Lizenz zu verlangen. § 12 Abs. 1 TKG aF geht nach dem Willen des Gesetzgebers den urheberrechtlichen Bestimmungen vor. Anderenfalls könnte die Vorschrift die ihr zgedachte ordnungspolitische Funktion nicht erfüllen (ebenso: OLG Düsseldorf, 1. Kartellsenat, Urteil vom 15.11.2006 – VI-U (Kart) 1/06, UA 19). Unabhängig davon ist der Beklagten verwehrt, den Entgeltmaßstab in § 12 Abs. 1 TKG aF dadurch außer Kraft zu setzen, indem sie Teilnehmerdaten – über die Verpflichtung nach dem Gesetz hinaus – ausschließlich in der Form einer an sich urheberrechtlich geschützten Datenbank zugänglich macht (BGH, Urteil vom 11.7.2006 – KZR 29/05, UA 11).	47
ddd) Von der Beschränkung auf die Erhebung eines kostenorientierten Entgelts ist die Benutzung der Suchsoftware NDIS im Prinzip allerdings nicht umfasst. Die Klägerin sowie andere um Teilnehmerdaten nachsuchende Unternehmen haben insoweit eine über das bloße Bereitstellen der Daten hinausgehende Mehrleistung der Beklagten in Anspruch genommen, die ihnen alternativ nur zur Verfügung gestanden hätte, wenn sie das Programm NDIS auf eigene Kosten und Risiken angeschafft und eingesetzt hätten. Für die Benutzung von NDIS durfte die Beklagte daher grundsätzlich einen angemessenen Preis verlangen.	48
Aufgrund der Besonderheiten des vorliegenden Falls darf die Beklagte jedoch auch für die Benutzung des Suchprogramms NDIS nur die insoweit angefallenen Kosten in Rechnung stellen. Denn die Beklagte hat Nachfrager nach Teilnehmerdaten wie die Klägerin faktisch dazu gezwungen, das Suchprogramm NDIS zu benutzen, wenn sie die gewünschten Daten erlangen wollten. Daneben konnten die in der Datenbank BUDI gespeicherten Teilnehmerdaten an sich zwar auch offline zugänglich gemacht werden. Indes hat die Beklagte durch ihre Preisgestaltung bei dieser Alternative tatsächlich verhindert, dass davon unter wirtschaftlichen Gesichtspunkten Gebrauch gemacht werden konnte. Eine Offline-Bereitstellung war aufgrund der Preisvorgaben der Beklagten unwirtschaftlich. Deren Inanspruchnahme hätte die von den ohnehin übersetzten Online-Preisen ausgehende Behinderungswirkung im Wettbewerb nochmals verstärkt. Deshalb ist die Beklagte auch bei einer Benutzung der Suchmaschine NDIS auf eine reine Kostenerstattung beschränkt, m.a.W. hinsichtlich des Entgelts analog § 12 Abs. 1 TKG aF zu behandeln (vgl. BGH, Urteil vom 11.7.2006 – KZR 29/05, UA 11).	49
Bei einer Offline-Bereitstellung einschließlich eines Bezugs von Änderungsdaten in Form der BUDI-Datenbank wäre nach dem Preissystem der Beklagten 1998 und im folgenden Jahr als Vergütung angefallen (vgl. die Abmahnung des Bundeskartellamts vom 2.11.1998, S. 22, 24):	50
Beim Bezug nur von Grunddaten:	51
je Datensatz 0,50 DM x 100 % = 0,5000 DM	52
Veränderungen:	53

für den Wegfall eines Datensatzes $0,50 \text{ DM} \times 7,2 \% = 0,0360 \text{ DM}$	54
für das Hinzufügen eines Datensatzes $0,99 \text{ DM} \times 7,4 \% = 0,0733 \text{ DM}$	55
für das Ändern eines Datensatzes $1,49 \text{ DM} \times 21,4 \% = \underline{0,3189 \text{ DM}}$	56
0,9282 DM.	57
Wurden außerdem Ergänzungsdaten bereitgestellt – nur dann war das Offline-Angebot einer NDIS-Nutzung auch tatsächlich vergleichbar – sollten weitere 0,055 DM je Datensatz erhoben werden (Abmahnung S. 23), so dass sich für jeden zur Verfügung gestellten Datensatz ein Preis von 0,9832 DM	58
ergeben hätte.	59
Bei den in der Datenbank BUDI verfügbaren etwa 40 Mio Datensätzen (vgl. Abmahnung S. 9) wären demnach im Wege einer Offline-Bereitstellung	60
<ul style="list-style-type: none"> • der Grunddaten (nebst Änderungsdienst) rund 37.000.000 Mio DM oder • der Grund- und Ergänzungsdaten (einschließlich Änderungen) rund 39.500.000 Mio DM 	61
	62
jährlich als Vergütung aufzubringen gewesen (vgl. auch Abmahnung S. 31, 86). Den Berechnungen sind die in der Abmahnung des Bundeskartellamts vom 2.11.1998 (B 7 – 76/98) dokumentierten Feststellungen zugrunde zu legen. Die Klägerin hat sich auf das Abmahnschreiben ausdrücklich bezogen. Der Inhalt ist damit vorgetragen. Die Beklagte hat den Feststellungen des Amtes nicht widersprochen.	63
Demgegenüber fielen nach der Aufstellung in der Klageschrift für eine Online-Nutzung im Jahr 1998 (bei knapp 80 Millionen Suchanfragen zu je 0,324 DM, s.o. S. 11, zuzüglich einer monatlichen Bereitstellungspauschale von 15.065 DM) an Kosten nur rund 25 Mio DM an (GA 13, 14). Infolgedessen war eine Offline-Bereitstellung in der Größenordnung von etwa 12 bis 14 Mio DM teurer. Zudem hätte bei einer Offline-Bereitstellung die mehrere Millionen DM teure Suchsoftware NDIS erworben werden müssen (vgl. Anlage 7 zur Sitzungsniederschrift vom 20.12.2006). Rabattgewährungen durch die Beklagte (vgl. Abmahnung S. 19) fallen dabei nicht ins Gewicht. Auch die im Laufe des Jahres 1998 an der Preisstruktur der Online-Nutzung vorgenommene Änderung (Ermäßigung der monatlichen Bereitstellungspauschale auf 7.115 DM und Erhöhung des Transaktionsentgelts auf 0,1437 DM) wirkte sich im Verhältnis zur Klägerin nicht aus. Ihr gegenüber blieb es bei einer monatlichen Bereitstellungspauschale von 15.065 DM und bei einem Transaktionspreis von 0,12 DM (vgl. Abmahnung S. 19).	64
Im Folgejahr 1999 war das Kostenverhältnis zwischen der Online- und Offline-Bereitstellung nicht entscheidend anders, zumal die Beklagte nicht vorgetragen hat, dass und mit welchem von der obenstehenden Darstellung (S. 19 f.) abweichenden Inhalt sie das für einen Offline-Datenbezug vorgesehene Entgeltsystem umgestaltet hat, und der NDIS-Vertrag für die Klägerin einer sechsmonatigen Kündigungsfrist unterlag, bevor zu einem Offline-Bezug der Daten hätte übergegangen werden können.	65
Berechnet wurden von der Beklagten gemäß der in der Klageschrift enthaltenen Aufstellung für die Online-Nutzung der Teilnehmerdaten 37.049.623 DM (GA 14). Der in der Aufstellung zuletzt aufgeführte Rechnungsbetrag von 1.837.247,23 DM reicht in das Jahr 2000 hinüber. Er ist auf den anteilig bis zum 31.12.1999 entstandenen Rechnungsbetrag von 328.079,86 DM zu kürzen.	66
Ein vergleichbarer Offline-Datenbezug mit demselben Dateninhalt hätte demgegenüber rund 2,5 Mio DM mehr, nämlich etwa 39.500.000 DM, gekostet. Auch hier wären die Kosten einer Anschaffung des mehrere Mio DM teuren Suchprogramms NDIS hinzugekommen. Eine preiswertere Offline-Bereitstellung	67

hätte sich die Klägerin nur durch Hinnahme einer Minderleistung erkaufen können. Ergänzungsdaten wären ihr dann nicht zugänglich gemacht worden.

Der Umstand, dass ein Online-Bezug gegenüber einer Offline-Bereitstellung – die Kosten einer Anschaffung des Suchprogramms NDIS und von deren Umlage noch nicht eingerechnet – um 2,5 bis 14 Mio DM preisgünstiger war, zwang die Klägerin faktisch dazu, es bei einer Online-Nutzung zu belassen. Ein Wechsel zum Offline-Bezug ließ einen noch höheren Kostendruck entstehen, als er bei der Online-Datenbereitstellung ohnedies schon bestand. Parallel dazu hätte sich im Verhältnis zur Beklagten die Wettbewerbssituation der Klägerin verschlechtert. Sofern – so der Bundesgerichtshof im Urteil vom 11.7.2006 (KZR 29/05, UA 11) – ein faktischer Zwang, bei der Online-Nutzung zu bleiben, bereits davon ausgeht, dass eine Datenbereitstellung offline wegen nicht zeitnaher Veränderungsdaten unpraktikabel ist, hat dies erst recht in dem Fall zu gelten, in dem ein Offline-Datenbezug um mehrere Millionen DM teurer als der Online-Bezug ist.

68

Wenn man dies anders sehen wollte, war es Aufgabe der Beklagten darzulegen, dass die Online-Nutzung von NDIS i.S. einer frei zu verabredenden Vergütung nicht bereits mit denjenigen Zahlungen angemessen abgegolten ist, welche die Klägerin in den Jahren 1998 und 1999 geleistet hat und die ihr, der Beklagten, nach der der Klage zugrunde liegenden Vorstellung verbleiben sollen. Ausweislich der in der Klageschrift enthaltenen Aufstellung (GA 13, 14) handelt es sich dabei um die Beträge der nach dem NDIS-Vertrag monatlich zu zahlenden Bereitstellungspauschale von 15.065 DM zuzüglich Umsatzsteuer. Dass jene Zahlungen einer angemessenen Vergütung nicht entsprachen, ist von der Beklagten indes nicht vorgetragen worden.

69

Die vorstehende Überlegung ist im Übrigen auch auf das Zurverfügungstellen solcher Teilnehmerdaten – wie sogenannter Ergänzungsdaten – zu beziehen, deren Überlassung nicht der Beschränkung auf die Kosten einer effizienten Bereitstellung unterfiel. Wollte die Beklagte dafür ein höheres Entgelt berechnet sehen, als ihr an erbrachten Zahlungen belassen werden soll, hätte sie dies geltend machen müssen.

70

eee) Die Klägerin ist im Übrigen nicht an das Ergebnis des Verwaltungsverfahrens vor dem Bundeskartellamt gebunden. Weder durch die Abmahnung vom 2.11.1998 noch durch die Unterwerfungserklärung der Beklagten vom 22.12.1998 ist die Höhe des Entgelts beim Bereitstellen von Teilnehmerdaten mit bindender Wirkung festgesetzt oder erst recht genehmigt worden. Das Amt hat in der Abmahnung lediglich eine Höchstgrenze festgelegt, bei deren Überschreiten ein Preismissbrauch anzunehmen sein sollte. Nicht anders ist die Unterwerfungserklärung der Beklagten zu verstehen. Dadurch wurde lediglich die Beklagte gebunden, nicht aber ist die Klägerin daran gehindert geltend zu machen, ihr gegenüber sei die Beklagte zu einer weitergehenden Herabsetzung der Entgelte verpflichtet (ebenso: OLG Düsseldorf, 1. Kartellsenat, Urteil vom 15.11.2006 – VI-U (Kart) 1/06, UA 9 f.).

71

(4.) Die Beklagte hat mindestens fahrlässig gegen § 26 Abs. 2 GWB verstoßen (§ 35 Abs. 1 S. 1 GWB aF). Auf einen Rechtsirrtum kann sie sich trotz damals höchstrichterlich ungeklärter und unübersichtlicher Rechtslage nicht mit Erfolg berufen. So ist eine fehlerhafte Beurteilung höchstrichterlich noch nicht entschiedener Rechtsfragen nicht bereits dann entschuldigt, wenn der fehlerhafte Rechtsstandpunkt ernsthaft vertreten werden kann. Ein Rechtsirrtum ist vielmehr nur entschuldigt, wenn der Verletzer bei Anwendung der im Verkehr gebotenen Sorgfalt mit einer anderen Beurteilung durch die Gerichte nicht zu rechnen brauchte (BGH WuW/E BGH 2341, 2345 – Taxizentrale Essen). Dies kann die Beklagte für sich nicht in Anspruch nehmen. Stichhaltige Gründe, welche ihre Preisgestaltung zu entschuldigen geeignet und die zu widerlegen sind, waren

Anfang des Jahres 1998 nicht gegeben. Sie sind von der Beklagten ebenso wenig vorgebracht worden. Die Annahme, dass § 12 Abs. 1 TKG aF auf eine NDIS-Bereitstellung der Teilnehmerdaten nicht anzuwenden sei, war haltlos, wenn Daten faktisch nur über diese Plattform zur Verfügung gestellt wurden. Der Umstand, dass das Entgelt von der zuständigen Telekommunikationsbehörde genehmigt worden war, räumte die bei der nötigen Anspannung erkennbaren kartellrechtlichen Bedenken nicht aus. Insoweit musste die Beklagte insbesondere erkennen, dass sie für eine Offline-Bereitstellung ein höheres Entgelt als für die NDIS-Nutzung forderte und dass dieses geeignet war, Wettbewerber von einem Wechsel zur anderen Nutzungsform abzuhalten, obwohl diese nur dann einen Spielraum besessen hätten, Daten weiterzubearbeiten, diese um zusätzliche Informationen für Auskunftssuchende zu erweitern und sich dadurch von ihrem, der Beklagten, Auskunftsangebot wettbewerblich abzusetzen. Auch insoweit ist die Klägerin durch die Bereitstellungspraxis der Beklagten behindert worden. Bei alledem hat die Beklagte einseitig ihre Unternehmensinteressen verfolgt und die Durchsetzung des von ihr bestimmten Entgelts, das sich an Gewinnmaßstäben sowie an einem Mehrfachausgleich eigener Kosten orientierte, kraft ihrer wirtschaftlichen Machtstellung betrieben. Wer seine Interessen trotz erkennbar ungeklärter Rechtslage in dieser Weise wahrnimmt, hat grundsätzlich das Risiko einer unzutreffenden rechtlichen Beurteilung zu tragen. Er handelt, wenn sich seine Beurteilung als unrichtig erweist, im Zweifel fahrlässig und schuldhaft (vgl. BGH aaO).

72

bb) Vom Inkrafttreten der EG-Richtlinie 98/10/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26.2.1998 (ONP-Richtlinie) am 21.4.1998 oder vom Ablauf der Umsetzungsfrist am 30.6.1998 an bis zum 31.12.1999 – ebenfalls noch zu Zeiten der NDIS-Nutzung und -abrechnung – beruht die Schadensersatzforderung gegen die Beklagte wegen einer unbilligen Behinderung im Wettbewerb auf §§ 35 Abs. 1 S. 1, 26 Abs. 2 S. 1 GWB aF, §§ 33 S. 1, 20 Abs. 1 GWB (in der Fassung der 6. GWB-Novelle). Zur Begründung ist auf die Ausführungen im Abschnitt aa) (S. 10 ff.) zu verweisen.

73

Da inzwischen die neue ONP-Richtlinie in Kraft getreten war, ist § 12 Abs. 1 TKG aF nunmehr auch richtlinienkonform dahin auszulegen, dass unter einem an den Kosten einer effizienten Bereitstellung orientierten Entgelt ausschließlich die bloßen Kosten des Zurverfügungstellens der Teilnehmerdaten zu verstehen sind. Die Kosten des Aufbaus und der Unterhaltung und Pflege der Teilnehmerdatenbank sind deswegen beim Entgelt genauso wenig ansatzfähig wie die Zahl der jährlich vorkommenden Nutzungsfälle oder erst recht ein Unternehmensgewinn (s.o. S. 15 f.). In diesem Sinn hat auch der Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften entschieden (Urteil vom 25.11.2004 – C-109/03, Tz. 37 ff. i.V.m. den Schlussanträgen des Generalanwalts vom 14.7.2004, Tz. 49 ff.). Eine richtlinienkonforme Auslegung der einschlägigen nationalen Rechtsvorschrift kommt keiner unzulässigen Rechtswirkung der Richtlinie unter Privatrechtssubjekten gleich. Im Rechtsinn war die Beklagte im Anspruchszeitraum weiterhin allein durch § 12 Abs. 1 TKG aF verpflichtet, für das Bereitstellen von Teilnehmerdaten ein lediglich kostenorientiertes Entgelt zu berechnen.

74

Davon abgesehen ist bei richtlinienentsprechender Auslegung von § 12 TKG aF bereits im Ansatz eine Differenzierung nach Anbietern von Sprachtelefondienstleistungen und Dritten beim Entgelt für die Bereitstellung von Teilnehmerdaten nicht gerechtfertigt. Die ONP-Richtlinie vom 26.2.1998 unterscheidet bei der Entgeltbestimmung nicht danach, ob Teilnehmerdaten für Sprachtelekommunikationsdienstleister oder für Dritte bereitgestellt werden (ebenso OLG Düsseldorf, 1, Kartellsenat, Urteil vom 15.11.2006 – VI- U (Kart) 1/06, UA 12).

75

- cc) Vom 1.1.2000 bis zum 22.1.2001 hat die Beklagte die Bereitstellung von Teilnehmerdaten nach dem BUDI-/DaRed-Vertrag berechnet. Auch dabei ist sie indes nicht nach dem bei richtlinienkonformer Auslegung von § 12 Abs. 1 TKG aF anzuwendenden Prinzip der Kostenorientierung, sondern verbotswidrig genauso wie in der davor liegenden Zeit verfahren. Auf die vorstehenden Ausführungen (unter aa), S. 10 ff.) kann deswegen Bezug genommen werden. Aufgrund dessen steht der Klägerin auch für diesen Zeitraum unter dem rechtlichen Gesichtspunkt einer unbilligen Behinderung nach den §§ 33 S. 1, 20 Abs. 1 GWB (in der Fassung der 6. GWB-Novelle) ein Schadensersatzanspruch gegen die Beklagte zu. Die Entgeltforderung der Beklagten war nicht an den Kosten der Bereitstellung von Teilnehmerdaten, sondern weiterhin an denselben kostenfremden Maßstäben ausgerichtet, die an den früheren Rechnungsstellungen zu beanstanden sind (s.o. S. 10 ff.). 76
- b) Die Beklagte ist ferner nach § 812 Abs. 1 S. 1 1. Alt., § 818 Abs. 2 BGB verpflichtet, der Klägerin im Zeitraum vom 1.1.1998 bis zum 22.1.2001 berechnete und überzahlte Entgelte im Betrag von 39.758.329,47 EUR aus ungerechtfertigter Bereicherung zu erstatten (vom Landgericht im Betrag von 4.618.787,51 EUR zu Unrecht aberkannt). Die Beklagte hat den genannten Geldbetrag durch Leistung der Klägerin erlangt. Die Leistung erfolgte ohne Rechtsgrund. Sie beruhte zwar auf einer entsprechenden Entgeltvereinbarung im von den Parteien abgeschlossenen BUDI-/DaRed-Vertrag. Doch ist die Entgeltbestimmung wegen Verstoßes gegen das gesetzliche Verbot in § 12 Abs. 1 S. 2 TKG aF nichtig (§ 134 BGB). Auf die diesbezüglichen vorstehenden Ausführungen wird verwiesen (S. 13). 77
- c) aa) Der Erstattungsanspruch der Klägerin beläuft sich nach Schadensersatz- und Bereicherungsgrundsätzen auf 39.758.329,47 EUR. Als Schaden hat die Beklagte ausgehend von der Differenzmethode den Unterschiedsbetrag zwischen dem für die Bereitstellung von Teilnehmerdaten tatsächlich entrichteten Entgelt und demjenigen Entgelt zu erstatten, das in Übereinstimmung mit § 12 Abs. 1 TKG aF an den Kosten der Bereitstellung orientiert ist. Im letztgenannten Sinn will die Klägerin während der Abrechnung nach dem NDIS-Vertrag lediglich gezahlte Bereitstellungspauschalen (nebst Umsatzsteuer) sowie auf der Grundlage des BUDI-/DaRed-Vertrages als solche ausgewiesene Übermittlungskosten gelten lassen. Die Differenz zu den erbrachten Zahlungen – 44.010.040,96 EUR abzüglich des Betrages von 4.251.711,49 EUR, welcher noch den Gegenstand des Rechtsstreits VI-U (Kart) 4/02) vor dem Oberlandesgericht Düsseldorf bildet, mithin 39.758.329,47 EUR – macht, so der Vortrag der Klägerin, den ihr entstandenen Schaden aus. Der Klagevortrag ist der Schadensberechnung zugrunde zu legen, da die Beklagte dem Vorbringen der Klägerin mit keiner alternativen Kostenberechnung entgegengetreten ist. Ein Hinweis auf die prozessuale Erforderlichkeit einer derartigen Gegendarstellung war unnötig. Die Beklagte konnte sich dazu bereits durch die Gründe des angefochtenen Urteils aufgerufen sehen (vgl. Urteil des Landgerichts Köln vom 31.8.2005 – 91 O 230/04, UA 18). Auch der Bereicherungsanspruch der Klägerin beträgt 39.758.329,47 EUR. 78
- bb) Die Beklagte hält der Klageforderung allerdings entgegen, die Klägerin habe den überhöhten und daher zu Unrecht gezahlten Teil der Datenentgelte ohne finanzielle Einbuße an ihre Kunden weiterberechnet. Dadurch seien ihr Vorteile zugeflossen, welche Schadensersatz- und Bereicherungsansprüche minderten und im Ergebnis sogar ganz entfallen ließen. Der dahingehende Einwand der Beklagten ist indes nicht berechtigt. Ob die Klägerin überhöhte Entgelte in vollem Umfang an ihre Kunden weitergegeben hat, bedarf keiner Aufklärung. Dies kann als wahr unterstellt werden. 79

Denn auf bereicherungsrechtliche Ansprüche findet die von der Beklagten angestrebte Vorteilsanrechnung bereits im Ansatz nicht statt (vgl. BGH NJW 2003,

582, 584). Im Schadensrecht sind Vorteile, die dem Geschädigten im Zusammenhang mit dem schädigenden Ereignis zufließen, nur schadensmindernd zu berücksichtigen, wenn sie durch das Schadensereignis adäquat kausal verursacht worden sind und darüber hinaus eine Anrechnung dem Sinn und Zweck der Schadensersatzpflicht entspricht, m.a.W. der Geschädigte dadurch nicht unzumutbar belastet und der Schädiger nicht unbillig begünstigt wird. Anrechenbar sind danach nur solche Vorteile, die mit dem geltend gemachten Schaden in einem qualifizierten Zusammenhang stehen, so dass Schaden und Vorteil bei wertender Betrachtung zu einer Rechnungseinheit verbunden sind. Der einzelne Vorteil muss, sofern er angerechnet werden soll, mit dem einzelnen Nachteil kongruent sein, d.h. ihm seiner Art nach entsprechen (vgl. BGH NJW-RR 2004, 79, 80; NJW 1997, 2378, 2379; 1984, 229, 230; BGHZ 77, 151, 154 ff.).

80

Von diesen Rechtsgrundsätzen ausgehend steht einer Vorteilsanrechnung im vorliegenden Fall entgegen, dass der geltend gemachte Schaden und der bei Auskunfts- und Sprachtelefondiensten von der Klägerin erzielte Erlös auch dann, wenn es der Klägerin gelungen ist, die überhöhten Preise der Beklagten in vollem Umfang an ihre Kunden weiterzugeben, nicht derart miteinander zusammenhängen, dass sie bei wertender Betrachtung zu einer Rechnungseinheit zusammenzufassen sind (im Ergebnis ebenso: Roth in Frankfurter Kommentar zum GWB, § 33 Rn. 145-148; Schiemann in Staudinger, Kommentar zum BGB, Vorbem. vor § 249 Rn. 145; Köhler, GRUR 2004, 99, 103; Lettl, ZHR 167 (2003), 473, 486 ff.; a.A.: OLG Karlsruhe WuW/E DE-R 1229, 1231 f.). Schaden und Erlös sind, was für eine Vorteilsanrechnung nicht ausreicht, vielmehr nur insoweit – rein äußerlich – miteinander verbunden, als der Klägerin ein Betrieb von Auskunfts- und Sprachtelefondiensten durch die Verwendung der überteuert zur Verfügung gestellten Teilnehmerdaten ermöglicht worden ist. Dagegen fehlt es an einem inneren Zusammenhang zwischen Schaden und Vorteil. Die Vorteile sind mit dem Schaden nicht kongruent. Sie stellen sich weder als eine unmittelbare Folge der übersetzten Entgeltberechnung dar, noch hat die Beklagte in irgendeiner Weise zu Vorteilen beigetragen oder deren Eintreten sogar veranlasst. Vielmehr hing es ausschließlich von den Absatzbemühungen, von der Kalkulation und vom geschäftlichen Erfolg der Klägerin ab, ob und zu welchem Grad der überteuerte "Einkauf" kompensiert werden konnte. Allein die Klägerin trug auch das wirtschaftliche Risiko, trotz übersetzter und von ihr gezahlter Datenkosten auf dem Markt für Telefonauskunftsdienste im Wettbewerb insbesondere neben der Beklagten bestehen zu können. Dann gebühren ihr im Gegenzug ohne Weiteres auch die Vorteile. Sie sind ausschließlich auf ihre eigene Geschäftstüchtigkeit zurückzuführen. Eine Vorteilsanrechnung belastete die Klägerin unzumutbar und begünstigte umgekehrt Beklagte ohne sachlich gerechtfertigten Grund. Bei wertender Betrachtung liegt der Streitfall damit im Ergebnis nicht anders als die Fallgestaltung, bei welcher der geschädigte Verkäufer durch einen Deckungsverkauf einen den Verkehrswert übersteigenden Erlös erzielt. Auch in jenem Fall ist ein Vorteilsausgleich abzulehnen, wenn der Mehrerlös entweder auf überobligationsmäßigen Verkaufsanstrengungen des Geschädigten oder auf einem besonderen Erwerbsinteresse des dritten Käufers beruht. Daran hat der Schädiger keinen Verdienst (vgl. BGH NJW 1997, 2378, 2379).

81

Eine schadensmindernde Anrechnung der Erlöse widerspräche darüber hinaus dem Sinn und Zweck der Schadensersatzpflicht nach § 35 GWB aF und § 33 GWB nF. Die Schadensersatzhaftung desjenigen, der gegen Vorschriften des GWB, namentlich auch gegen das Behinderungsverbot nach § 26 Abs. 2 GWB aF, § 20 Abs. 1 GWB nF, verstößt, ist mit dem Ziel begründet worden, im Interesse eines wirksamen Wettbewerbs die Durchsetzungskraft der Wettbewerbsregeln zu erhöhen und die Marktteilnehmer von Kartellverstößen abzuhalten. Tatsächlich

trägt die privatrechtliche Durchsetzung des Kartellrechts entscheidend zur praktischen Wirksamkeit kartellrechtlicher Verbote bei. Könnte der Schädiger mit dem Einwand durchdringen, der geschädigte Abnehmer habe die kartellrechtswidrig überhöhten Entgelte an seine Kunden weitergegeben und deswegen keinen Schaden erlitten, wäre die Abschreckungswirkung weitgehend verfehlt worden (so auch Lettl, aaO 487). Verstöße gegen kartellrechtliche Normen wären praktisch ohne haftungsrechtliche Folgen geblieben. Fehlte es an hinreichenden Ausweichmöglichkeiten, hätten kartellrechtswidrig überhöhte Preise durch sämtliche Marktstufen bis zum Endverbraucher hindurchgereicht werden können, ohne dass der Schädiger ernsthaft hätte befürchten müssen, im Schadensersatzweg zur Verantwortung gezogen zu werden. Infolgedessen wäre das Kartellrecht der mit der Schadensersatzhaftung bezweckten Präventivfunktion beraubt gewesen. 82

2. Nach den §§ 812 Abs. 1 S. 1, 1. Alt., 818 Abs. 1 und 2 BGB hat die Beklagte der Klägerin ferner die aus dem rechtsgrundlos gezahlten Kapital gezogenen Nutzungen zu ersetzen. Insofern ist (tatsächlich) zu vermuten, dass Nutzungen im Wert der sonst üblicherweise zu zahlenden Zinsen gezogen worden sind, wenn das Kapital – wie etwa bei dessen Einsatz als Betriebsmittel – in einer Art und Weise verwendet worden ist, die nach der Lebenserfahrung einen bestimmten wirtschaftlichen Vorteil erwarten lässt (BGH NJW 1997, 933, 935). 83

Dies ist hier der Fall. So macht die Klägerin geltend, die Beklagte habe die für das Bereitstellen von Teilnehmerdaten eingenommenen Gelder in ihrem Unternehmen dazu verwendet, die Teilnehmerdatenbank BUDI/DaRed zu führen und zu unterhalten. Eine derartige Verwendung oder eine solche für andere Unternehmenszwecke ist nach der wirtschaftlicher Erfahrung naheliegend. Die Kosten der Führung und Pflege der Teilnehmerdatenbank beliefen sich nach den in der Abmahnung des Bundeskartellamts vom 2.11.1998 getroffenen Feststellungen jährlich auf etwa 100 Mio DM. Daneben waren ausweislich der Bilanzen der Beklagten in den Jahren 1998 und 1999 Fremdkapitalaufnahmen in der Größenordnung von jeweils rund 80 Mio DM zu verzeichnen (GA 18). In den Jahren 2000 und 2001 belief sich das aufgenommene Fremdkapital auf rund 120 Mio DM und darüber hinaus. Die der Beklagten aus der Bereitstellung von Teilnehmerdaten zufließenden Entgelte führten dazu, dass bei einer Verwendung für Zwecke des Unternehmens in gleicher Höhe auf Fremdkapitalaufnahmen verzichtet werden konnte. Infolgedessen hat die Beklagte Aufwendungen für Sollzinsen erspart. Die Ersparnis von Fremdkapitalzinsen hat Vermögenswert (vgl. BGH, Urteil vom 6.3.1998 – V ZR 244/96, UA unter II.3.). Zwar stellt die Beklagte durch schlichtes Bestreiten in Abrede, Erlöse aus der Bereitstellung von Teilnehmerdaten als Betriebsmittel eingesetzt zu haben. Dieses Bestreiten ist jedoch unklar, da eine Verwendung eingehender Zahlungen zu diesem Zweck nach den Umständen nahe lag und nicht zu erkennen ist, wofür die Beklagte diese sonst ausgegeben haben sollte. Bei dieser Sachlage hatte die Beklagte sich zur Art einer gegebenenfalls anderweitigen Mittelverwendung näher zu erklären. Dazu war die Beklagte auch im Sinn einer prozessualen Mitwirkungsobliegenheit gehalten, da der Klägerin ihre unternehmensinternen Vorgänge unbekannt sind und sie von daher nicht einmal in der Lage war, ihren Vortrag sachgerecht unter Beweis zu stellen. Da sich die Beklagte zur Verwendung der Mittel nicht näher, insbesondere positiv, erklärt hat, ist ihr Bestreiten prozessual nicht verwertbar (§ 138 Abs. 3, 4 ZPO). Grundlage der Entscheidung ist der Vortrag der Klägerin, wonach das zugewandte Kapital in einer Weise verwendet worden ist, die der Beklagten einen wirtschaftlichen Vorteil gewährte. Aufgrund dessen ist zu vermuten, dass die Beklagte daraus Nutzungen im Wert der sonst üblicherweise zu entrichtenden Zinsen gezogen hat. Die Vermutung ist von der Beklagten nicht 84

widerlegt oder entkräftet worden. Es kommt entgegen ihrer Meinung nicht darauf an, dass die Verwendung der eingenommenen Gelder bei einem Wirtschaftsgut des Unternehmens zu einer Substanzwerterhöhung geführt hat, wobei aufgrund des Bestreitens der Beklagten im Dunkeln bleibt, um welches Gut es sich dabei gehandelt haben soll. Auch eine Ersparnis von Sollzinsen hat Vermögenswert. Der Einwand der Beklagten, jetzt nicht mehr bereichert zu sein, weil die Teilnehmerdatenbank infolge fortlaufender Änderung und Pflege in ihrer damaligen Gestalt nicht mehr vorhanden sei, ist unerheblich. Das schließt nämlich nicht aus, dass die Beklagte in der Vergangenheit in der Weise Nutzungen aus dem zugewandten Kapital gezogen hat, dass damit gerade auch die Weiterentwicklung und Pflege der Datenbank finanziert worden ist.

Für den Wert der gezogenen Nutzungen (§ 818 Abs. 2 BGB) ist zu vermuten, dass er mindestens dem marktüblichen Preis für die Überlassung von Fremdkapital entspricht (vgl. BGH NJW 1997, 933, 936). Die aufzuwendenden Zinssätze sind von der Klägerin unter Bezugnahme auf die Zinsstatistik der Deutschen Bundesbank dargestellt worden. Die von der Klägerin angenommenen Zinssätze entsprechen dem marktüblichen Preis. Auf die unternehmensindividuellen Verhältnisse ist dabei entgegen der Ansicht der Beklagten nicht abzustellen. Die auf dieser Grundlage in der Klageschrift erstellte sowie rechnerisch und als solche außer Streit stehende Zinsberechnung (GA 19 bis 22) weist für den Zeitraum vom 4.2.1998 bis zum 29.12.2004 Zinsnutzungen im Betrag von 13.391.535,27 EUR aus, welche an die Klägerin an sich herauszugeben sind. 85

3. a) Die Beklagte ist nicht berechtigt, die Erfüllung der kartellrechtlich begründeten Schadensersatzforderung im Betrag von 39.758.329,47 EUR unter Berufung auf einen Ablauf der Verjährung zu verweigern. 86

Gemäß § 852 Abs. 1 BGB aF verjährt der im Kartellrecht angelegte Schadensersatzanspruch in drei Jahren von dem Zeitpunkt an, in welchem die Klägerin von dem Schaden Kenntnis erlangt (zur Anwendbarkeit von § 852 BGB: BGH NJW 1996, 3005, 3006). Die Verjährungsfrist nach den §§ 195, 199 Abs. 1 BGB nF ist länger. Sie beginnt erst mit dem Schluss des Kalenderjahres, in welchem der Gläubiger von den anspruchsbegründenden Tatsachen Kenntnis erlangt oder ohne grobe Fahrlässigkeit davon Kenntnis hätte erlangen müssen (vgl. BGH, Urteil vom 23.1.2007 – XI ZR 44/06, UA unter II.3.b); Heß, NJW 2002, 253, 258; Gsell, NJW 2002, 1297, 1298). Darum ist auf die Verjährungsvorschrift des § 852 Abs. 1 BGB aF abzustellen (Art. 229 § 6 Abs. 3 EGBGB). 87

Die Klägerin hat allerdings frühestens durch das Urteil des EuGH vom 24.11.2004 Kenntnis davon erlangt, dass aufgrund des NDIS-Vertrages die Online-Bereitstellung von Teilnehmerdaten von der Beklagten überteuert abgerechnet worden war. Das Abmahnschreiben des Bundeskartellamts vom 2.11.1998 verhielt sich nicht über die Entgeltberechnung bei einer Online-Nutzung aufgrund des NDIS-Vertrages. Die Rechtslage blieb insoweit unübersichtlich und zweifelhaft. Zwar war der Klägerin zuzumuten, sich anwaltlich beraten zu lassen. Jedoch war die Rechtslage mit Blick auf die NDIS-Nutzung auch von Rechtskundigen nicht zuverlässig einzuschätzen. Rechtssicherheit ist insoweit erst infolge des Urteils des Bundesgerichtshofs vom 11.7.2006 (KZR 29/05) eingetreten. Infolgedessen fehlte es jedenfalls vor dem Zeitpunkt, unter dem die Klägerin die Klage eingereicht hat (dem 30.12.2004) an der Zumutbarkeit einer Klageerhebung als einer übergreifenden Voraussetzung für den Verjährungsbeginn (vgl. BGH NJW 1999, 2041, 2042). 88

Was die vom Jahr 2000 an praktizierte Abrechnung nach dem BUDI-/DaRed-Vertrag anbelangt, hat die Klägerin infolge der Abmahnung des Bundeskartellamts vom 2.11.1998 und der Unterwerfungserklärung der Beklagten vom 22.12.1998 zwar Kenntnis davon erhalten, dass die Beklagte bis zur vom Amt angenommenen 89

Grenze unstatthafte Entgelte für das Zurverfügungstellen von Teilnehmerdaten berechnet haben konnte. Da das Verfahren vor dem Bundeskartellamt infolge der Unterwerfungserklärung der Beklagten faktisch durch einen Vergleich beendet worden war, blieb die Beurteilung der Rechtslage – was darüber hinausgehende Einwendungen gegen die Entgeltberechnung der Beklagten betraf – jedoch weiterhin schwierig und zweifelhaft. Rechtliche Klarheit erwuchs insoweit erst aus dem Urteil des EuGH vom 24.11.2004. Auch insoweit war der Klägerin eine Klageerhebung vor Ablauf des Jahres 2004 mithin nicht zuzumuten.	
b) Der Anspruch auf Erstattung von Zinsnutzungen ist jedoch nur im Betrag von 12.284.465,07 EUR (= 24.026.325,31 DM) durchsetzbar. Im Übrigen steht ihm die Einrede der Verjährung entgegen.	90
Die Verjährung bemisst sich nach § 197 BGB aF. Bereicherungsrechtliche Ansprüche wegen gezogener Zinsnutzungen unterliegen der vierjährigen Verjährung nach § 197 BGB aF, die mit dem Schluss des jeweiligen Kalenderjahres beginnt (§ 201 BGB aF; vgl. BGH NJW 2000, 1637, 1638). Die Verjährungsfrist nach den §§ 195, 199 Abs. 1 BGB nF ist mit Rücksicht auf das Erfordernis der subjektiven Verjährungsvoraussetzungen länger als die Verjährungsfrist nach der früheren Gesetzesfassung. Deshalb bleiben für die Verjährung die §§ 197, 201 BGB aF maßgebend.	91
Davon ausgehend unterliegen die Ansprüche auf Zinsnutzungen, soweit sie an die bis zum Ablauf des Jahres 1999 geleisteten Entgeltzahlungen anknüpfen, der Verjährung. Die Verjährung war mit Ablauf des Jahres 2003 vollendet. Ansprüche aus Zahlungen im Jahr 2000 verjährten mit Ablauf des Jahres 2004. Die am 30.12.2004 als Telefax beim Landgericht eingereichte Klage unterbrach die Verjährung (§ 209 Abs. 1 BGB aF, Art. 229 § 6 Abs. 1 EGBGB). Die am 17.1.2005 erfolgte demnächstige Zustellung ließ die verjährungsunterbrechende Rechtswirkung mit dem Eingang der Klage bei Gericht eintreten (§ 167 ZPO). Soweit die Klägerin den Anspruch auf Erstattung von Zinsnutzungen auf die im Jahr 2001 geleisteten Zahlungen bezieht, ist die Forderung daher ebenso wenig verjährt.	92
4. Der Zinsanspruch ist gemäß § 288 Abs. 1 S. 2, § 291 BGB i.V.m. Art. 229 § 1 Abs. 1 EGBGB in Höhe von vier Prozent bei den bis zum 30.4.2000 fällig gewordenen Forderungen sowie in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz bei der restlichen Forderung seit Rechtshängigkeit der Klage begründet. Der Zinsansprüche aus § 288 Abs. 2 BGB, § 352 HGB beziehen sich nur auf Entgeltforderungen aus Rechts- und Handelsgeschäften. Auf die herauszugebenden Zinsnutzungen (12.284.465,07 EUR) sind Zinsen nicht zu entrichten (§ 289 BGB).	93
Die Revision ist aus den Gründen von § 543 Abs. 2 ZPO zugelassen worden.	94
Die Kostenentscheidung beruht auf den §§ 91, 92 Abs. 1, 97 Abs. 1 ZPO. Dabei ist das teilweise Unterliegen der Klägerin bei den Zinsnutzungen sowie beim Zinsanspruch berücksichtigt worden. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit folgt aus §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO.	95
Streitwert für das Berufungsverfahren:	96
für die Berufung der Klägerin 18.010.322,78 EUR	97
für die Berufung der Beklagten <u>35.139.541,96 EUR</u>	98
53.149.864,74 EUR	99
Wert der Beschwer der Klägerin 1.150.000 EUR	100
Wert der Beschwer der Beklagten 52.050.000 EUR	101