
Datum: 29.02.2000
Gericht: Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper: 3. Zivilsenat
Entscheidungsart: Beschluss
Aktenzeichen: 3 U 101/99
ECLI: ECLI:DE:OLGK:2000:0229.3U101.99.00

Tenor:

Auf Antrag der Klägerin erklärt sich das Oberlandes-gericht Köln für sachlich unzuständig und verweist den Rechtsstreit an das Oberlandesgericht Düsseldorf - Kartellsenat - (§ 281 ZPO).

G r ü n d e :

1

I.

2

Die Klägerin, die seit dem 01.01.1996 als Rechtsnachfolgerin der staatlichen Behörde "L.radio" an deren Stelle das staatliche Telefonnetz der Niederländischen Antillen betreibt, begehrt von der Beklagten, die das Telefonnetz der Bundesrepublik Deutschland betreibt, es zu unterlassen, anderen Telefongesellschaften außerhalb der Bundesrepublik Deutschland für den Betrieb von Ansagediensten günstigere Abrechnungspreise zu gewähren sowie weniger strenge Sicherheitsmaßnahmen abzuverlangen als der Klägerin. Desweiteren macht sie im Wege der Stufenklage einen Auskunftsanspruch zur Vorbereitung einer Schadensersatzklage wegen vertragswidriger Zulassung ausländischer Telefondienstleistungen auf dem deutschen Markt geltend. Ihre Ansprüche hat sie aus einem am 01.03.1995 zwischen L.radio und der Beklagten abgeschlossenen "Memorandum of Agreement" hergeleitet, indem es unter Ziffer 5 heißt:

3

4

"D. T. agrees not to grant more favourable accounting rates and less strict fraud prevention and control measures to any other international audiotex terminating country."

5

Durch Urteil vom 22.12.1998 (Bl. 198 ff. d.A.) hat das Landgericht die Klage mit der Begründung abgewiesen, Ziffer 5 des Memorandums könne weder dahin verstanden werden, dass die Beklagte zur Herbeiführung vertraglicher Vereinbarungen mit ausländischen Telefongesellschaften, über deren Netze wilde Telefonsexangebote eingeschleust werden,

6

verpflichtet sei, noch dahin, dass die Beklagte sich der Klägerin gegenüber dazu habe verpflichten wollen, gegen "wilden Telefonverkehr" anderer ausländischer Ansagedienste einzuschreiten.

Gegen dieses ihr am 13.01.1999 zugestellte Urteil hat die Klägerin am 05.02.1999 Berufung eingelegt und diese nach entsprechender Fristverlängerung am 07.06.1999 begründet. Sie hält daran fest, dass Ziffer 5 des Memorandums eine Meistbegünstigungsklausel darstelle, die eine selbständig einforderbare Verpflichtung der Beklagten begründe, alles ihr Zumutbare zu unternehmen, um "wilden" Telefonverkehr zu verhindern. Als "dynamische Meistbegünstigungsklausel" sei die Bestimmung wirksam. Zusätzlich stützt sie ihre Klage nunmehr auch auf §§ 33, 20 Abs. 1 GWB und Art. 82 EGV unter dem Gesichtspunkt des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung der Beklagten gegenüber der Klägerin.

Die Klägerin beantragt,

den Rechtsstreit an das zuständige Kartellgericht zu verweisen,

unter Abänderung des angefochtenen Urteils die Beklagte zu verurteilen

1. es zu unterlassen, Telefongesellschaften außerhalb Deutschlands für den Betrieb von Ansagediensten

aa) einen günstigeren Abrechnungspreis als 0,45 SDR

pro Minute zu gewähren und/oder

bb) weniger strenge Sicherheitsmaßnahmen abzuverlan-

gen, als diese in dem "Commitment by L.radio on the implementation of security measures to protect against fraudulent manipulation in the traffic relation Netherlands Antilles - Germany" vom 01.04.1995 zwischen den Parteien vereinbart wurden;

hilfsweise

a1) es zu unterlassen, Telefongesellschaften außer	27
	28
halb Deutschlands für den Betrieb von Ansagedien	29
	30
sten	31
	32
aa) einen günstigeren Abrechnungspreis als 0,45 SDR	33
	34
	35
pro Minute zu gewähren und/oder	36
	37
bb) weniger strenge Sicherheitsmaßnahmen abzuverlan-	38
	39
	40
gen als diese in dem "Commitment by L.radio on the implementation of security mesures to	41
protect against fraudulent manipulation in the traffic relation Netherlands Antilles - Germany"	
vom 01.04.1995 zwischen den Parteien vereinbart wurden, insbesondere die Verpflichtung	
zur sorgfältigen Auswahl von Service Providern, zur ständigen Überwachung des	
Telefonverkehrs, zur Begrenzung der Gesprächsdauer auf maximal 15 Minuten, zur	
Information des Anrufers zu Beginn des Anrufes über dessen Kosten, zur Information über	
die für Ansagedienste geschalteten Telefonnummern, die Identität der Serviceprovider sowie	
alle Fälle eines Verdachtes auf betrügerische Machenschaften, zur Beachtung der	
Vorschriften des deutschen Rechts, zur Einrichtung eines selbständigen	
Überwachungsorgans soweit rechtlich möglich und zur regelmäßigen Information über die	
getroffenen Maßnahmen sowie die Berechtigung der Beklagten, den Telefonverkehr zu den	
Ansagediensten im Falle von Verstößen gegen diese Verpflichtung oder bei sonstigen unter	
Berücksichtigung der Vorschriften der ITU schwerwiegenden Gründen auf Handvermittlung	
umzuschalten oder zu unterbrechen;	
	42
hilfsweise	43
	44
a2) es zu unterlassen, Telefongesellschaften außerhalb Deutschlands für den Betrieb von	45
Ansagediensten	
	46
	47

aa) einen günstigeren Abrechnungspreis als 0,45 SDR	48
	49
pro Minute zu gewähren und/oder	50
	51
bb) weniger strenge Sicherheitsmaßnahmen abzuverlan-	52
	53
	54
gen als diese in dem "Commitment by L.radio on the implementation of security mesures to protect against fraudulent manipulation in the traffic relation Netherlands Antilles - Germany" vom 01.04.1995 zwischen den Parteien vereinbart wurden, insbesondere die Verpflichtung zur sorgfältigen Auswahl von Service Providern, zur ständigen Überwachung des Telefonverkehrs, zur Begrenzung der Gesprächsdauer auf maximal 15 Minuten, zur Information des Anrufers zu Beginn des Anrufes über dessen Kosten, zur Information über die für Ansagedienste geschalteten Telefonnummern, die Identität der Serviceprovider sowie alle Fälle eines Verdachtes auf betrügerische Machenschaften, zur Beachten der Vorschriften des deutschen Rechts, zur Einrichtung eines selbständigen Überwachungsorgans sowie rechtlich möglich und zur regelmäßigen Information über die getroffenen Maßnahmen sowie die Berechtigung der Beklagten, den Telefonverkehr zu den Ansagediensten im Falle von Verstößen gegen diese Verpflichtung oder bei sonstigen unter Berücksichtigung der Vorschriften der ITU schwerwiegenden Gründen auf Handvermittlung umzuschalten oder zu unterbrechen;	55
	56
indem sie Telefonverkehr zu Telefonnummern für Ansagedienste bei Telefongesellschaften der Länder	57
	58
Antigua + 1809	59
	60
Boliven + 591	61
	62
Brit. Jungferninseln + 1809	63
	64
Cook Inseln + 681	65
	66
	67

Guinea Bissau + 245

68

Haiti + 509

69

70

Jamaica + 1809

71

72

Marianen + 670

73

74

Montserrat + 1809

75

76

Nauru + 674

77

78

Norfolkinseln + 672

79

80

Nuie + 683

81

82

Palau + 680

83

84

Papua Neuguinea + 675

85

86

Philippinen + 63

87

88

Sao Tome + 239

89

90

Sierra Leone + 232

91

92

Solomon Inseln + 677

93

94

95

St. Lucia + 1758	96
Suriname + 597	97
	98
Tuvalu + 10	99
	100
Vanuatu + 678	101
	102
Venezuela + 58	103
	104
und/oder anderer ihr von der Klägerin bezeichneter Länder im automatischen Selbstwählverkehr zulässt;	105
• ohne einen Abrechnungspreis von höchstens 0,45 SDR pro Minute für die Vergütung des mit diesen Ansagediensten generierten Telefonverkehrs vereinbart und/oder ohne eine in bb) genannte Vereinbarung mit den Telefongesellschaften dieses Landes getroffen zu haben und • ohne den Telefonverkehr zu Telefonnummern für Ansagedienste der genannten Länder innerhalb von 48 Stunden • nach ihrer erstmaligen Veröffentlichung und/oder verdeckten Bewerbung in den Zeitschriften Bildzeitung Hamburg, Hamburger Morgenpost, TZ München, Abendzeitung München, Express Düsseldorf, B.Z. Berlin, Bildzeitung München, Bildzeitung Düsseldorf, Männer aktuell, Dynamit, Covergirls, St. Pauli im Team, Du und ich, St. Paulis Neue, St. Pauli Nachrichten, Tennage-Girls, Hustler, Das neue Wochenende, Praline, Freizeit Revue, Super Illu, Blitz Illu, Coupé, Playboy, Penthouse und/oder anderen ihr von der Klägerin benannten Medien	106 107 108
	109
	110
oder	111
• nach Mitteilung durch die Klägerin	112
	113
	114
durch Umschaltung auf Handvermittlung und/oder andere entsprechend effiziente Maßnahmen zu erschweren oder zu unterbrechen;	115

	116
äußerst hilfsweise	117
	118
a3) Die Beklagte zu verpflichten, den Telefonverkehr zu Telefonnummern für Ansagedienste bei Telefongesellschaften der Länder	119
	120
Antigua + 1809	121
	122
Boliven + 591	123
	124
Brit. Jungferninseln + 1809	125
	126
Cook Inseln + 681	127
	128
Guinea Bissau + 245	129
	130
Haiti + 509	131
	132
Jamaica + 1809	133
	134
Marianen + 670	135
	136
Montserrat + 1809	137
	138
Nauru + 674	139
	140
Norfolkinseln + 672	141
	142
Nuie + 683	143

	144
Palau + 680	145
	146
Papua Neuguinea + 675	147
	148
Philippinen + 63	149
	150
Sao Tome + 239	151
	152
Sierra Leone + 232	153
	154
Solomon Inseln + 677	155
	156
St. Lucia + 1758	157
	158
Suriname + 597	159
	160
Tuvalu + 10	161
	162
Vanuatu + 678	163
	164
Venezuela + 58	165
	166
und/oder anderer ihr von der Klägerin benannter Länder innerhalb von 48 Stunden	167
• nach ihrer erstmaligen Veröffentlichung und/oder verdeckten Bewerbung in den Zeitschriften Bildzeitung Hamburg, Hamburger Morgenpost, TZ München, Abendzeitung München, Express Düsseldorf, B.Z. Berlin, Bildzeitung München, Bildzeitung Düsseldorf, Männer aktuell, Dynamit, Covergirls, St. Pauli im Team, Du und ich, St. Paulis Neue, St. Pauli Nachrichten, Tennage-Girls, Hustler, Das neue Wochenende, Praline, Freizeit Revue, Super Illu, Blitz Illu, Coupé, Playboy, Penthouse und/oder anderen ihr von der Klägerin benannten	168

Medien	169
oder	170
• nach Mitteilung durch die Klägerin	171
	172
durch Umschaltung auf Handvermittlung und/oder andere entsprechend effiziente Maßnahmen zu erschweren oder zu unterbrechen,	173
	174
wenn die Beklagte mit der Telefongesellschaft nicht einen Abrechnungspreis von höchstens 0,45 SDR pro Minute für die Vergütung des mit diesen Ansagediensten generierten Telefonverkehrs vereinbart und keine Vereinbarung getroffen hat, die inhaltlich dem "Commitment by L.radio on the implementation of security measures to protect against fraudulent manipulation in the traffic relation Netherlands Antilles - Germany" vom 01.04.1995 entspricht, d.h. insbesondere beinhaltet die die Verpflichtung zur sorgfältigen Auswahl von Serviceprovidern, zur ständigen Überwachung des Telefonverkehrs, zur Begrenzung der Gesprächsdauer auf maximal 15 Minuten, zur Information des Anrufers zu Beginn des Anrufes über dessen Kosten, zur Information über die für Ansagedienste geschalteten Telefonnummern, die Identität der Serviceprovider sowie alle Fälle eines Verdachtes auf betrügerische Machenschaften, zur Beachtung der Vorschriften des deutschen Rechts, zur Einrichtung eines selbständigen Überwachungsorgans soweit rechtlich möglich und zur regelmäßigen Information über die getroffenen Maßnahmen sowie die Berechtigung der Beklagten, den Telefonverkehr zu den Ansagediensten im Falle von Verstößen gegen diese Verpflichtung oder bei sonstigen unter Berücksichtigung der Vorschriften der ITU schwerwiegenden Gründen auf Handvermittlung umzuschalten oder zu unterbrechen;	175
1.b) für jeden Fall der Zuwiderhandlung gegen die Ver-	176
	177
pflchtungen gemäß den Anträgen zu a), a 1) und a 2) ein Ordnungsgeld in Höhe von bis zu DM 500.000,00 - ersatzweise Ordnungshaft bis zu 2 Jahren oder Geldstrafe , zu vollziehen an den Mitgliedern des Vorstandes - zu zahlen;	178
1.c) Auskunft darüber zu erteilen, wie viele Telefonminuten	179
	180
mit Ansagediensten in den Ländern	181
	182
Antigua + 1809	183
	184
Boliven + 591	185

	186
Brit. Jungferninsel + 1809	187
	188
Cook Inseln + 681	189
	190
Guinea Bissau + 245	191
	192
Haiti + 509	193
	194
Jamaica + 1809	195
	196
Marianen + 670	197
	198
Montserrat + 1809	199
	200
Nauru + 674	201
	202
Norfolkinseln + 672	203
	204
Nuie + 683	205
	206
Palau + 680	207
	208
Papua Neuguinea + 675	209
	210
Philippinen + 63	211
	212
Sao Tome + 239	213
	214

Sierra Leone + 232	215
	216
Solomon Inseln + 677	217
	218
St. Lucia + 1758	219
	220
Suriname + 597	221
	222
Tuvalu + 10	223
	224
Vanuatu + 678	225
	226
Venezuela + 58	227
	228
ab dem 01.03.1997 angefallen sind, und ob und welche Vereinbarungen die Beklagte wann mit den Telefongesellschaften dieser Länder getroffen hat.	229
1.d) der Klägerin den nach Auskunftserteilung noch zu be-	230
	231
ziffernden Schaden, der durch die Zulassung des Telefonverkehrs mit den in Ziffer 1 c) der Anträge genannten Staaten entstanden ist, zu ersetzen;	232
	233
weiter hilfsweise im Wege der Klageerweiterung	234
	235
es bei der Vermeidung eines für jeden Fall der Zuwiderhandlung festzusetzenden Ordnungsgeldes in Höhe von 500.000,00 DM ersatzweise Ordnungshaft oder der Ordnungshaft, zu vollziehen an den Mitgliedern des Vorstandes,	236
	237
zu unterlassen,	238
	239

gegenüber der Klägerin den Zugang von Telefonkunden zu den Anschlüssen der Klägerin im Wege des automatischen Selbstwählverkehrs von der Erfüllung der Bedingungen abhängig zu machen, wie sie im Accounting Rates Agreement vom 01.04.1995 und dem Fraud Protection Agreement vom 01.04.1995, beigelegt als Anlage K 2 a und K 2 b zur Klageschrift der Rechtsanwälte M. Hoffmann & Partner vom 25.09.1997, enthalten sind,	240
	241
wenn die Beklagte gegenüber anderen Telefondienstleistungsgesellschaften den Zugang von Telefonkunden zu den Anschlüssen dieser Telefondienstleistungsgesellschaften nicht von der Erfüllung der gleichen Bedingungen abhängig macht.	242
Die Beklagte beantragt,	243
	244
Zurückweisung der Berufung.	245
Sie widerspricht der Klageerweiterung und meint, die Klage sei mangels hinreichender Bestimmtheit der Klageanträge i.S.v. § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO unzulässig. In dem "Memorandum of Agreement" seien nur einseitig, ohne rechtsgeschäftliche Bindung, Vorstellungen über die künftige Praxis im Telefonverkehr niedergelegt worden. Wollte man hingegen Ziffer 5 des Memorandums so auslegen wie die Klägerin, so sei diese Bestimmung als "echte" Meistbegünstigungsklausel wegen Verstoßes gegen § 14 GWB und Art. 81 EGV nichtig.	246
II.	247
Die in formeller Hinsicht bedenkenfreie Berufung der Klägerin führt auf ihren entsprechenden Antrag hin zur Verweisung der Sache an den Kartellsenat des Oberlandesgerichts Düsseldorf.	248
Bei dem vorliegenden Rechtsstreit handelt es sich um eine Kartellsache i.S.d. §§ 87, 91 GWB n.F..	249
Während nach früherem Recht die "sonstigen Verträge" nach §§ 15 ff. GWB von § 87 GWB nicht erfasst wurden, wenn nicht ihre Vereinbarkeit mit dem GWB selbst Streitgegenstand war wie z.B. bei einer Feststellungsklage (vgl. Immenga/Mestmäcker, GWB, 2. Aufl., § 87 Rdnr. 13, 17, 20 u. Langen/Bunte, Kartellrecht, 7. Aufl., § 87 Rdnr. 11) und es gegebenenfalls einer Aussetzung des Prozesses bis zur Entscheidung des Kartellgerichts über die kartellrechtliche Vorfrage bedurfte, sind nunmehr durch § 87 Abs. 1 S. 2 GWB in der seit dem 01.01.1999 geltenden Fassung auch diejenigen Rechtsstreitigkeiten dem Kartellgericht zugewiesen, bei denen die Entscheidung von einer kartellrechtlichen Frage abhängt, insbesondere die Beurteilung der Wirksamkeit einer Wettbewerbsbeschränkung gem. § 14 ff. GWB n.F. (vgl. Wiedemann-Bumiller, Handbuch des Kartellrechts, § 60 Rdnr. 3 ff.).	250
Soweit die Klägerin die geltend gemachten Ansprüche auf Ziffer 5 des Memorandums stützt und daraus eine wirtschaftliche Bindung der Beklagten hinsichtlich der Gestaltung von Zweitverträgen und ein wirtschaftliches Verbot jeder Besserstellung dritter Telefongesellschaften herleitet, bedarf es der kartellrechtlichen Prüfung, ob diese Bestimmung eine unter das Verbot des § 14 GWB und des Artikel 81 EGV fallende Meistbegünstigungsklausel darstellt (vgl. hierzu Immenga/Mestmäcker, GWB, 2. Aufl., § 15 Rdnr. 62 ff.; Wiedemann-Kirchhoff, Handbuch des Kartellrechts, § 11 Rdnr. 8 ff.).	251

Zudem stützt die Klägerin ihr Begehren nunmehr ausdrücklich auch auf die §§ 20 Abs. 1, 33 252
GWB sowie Art. 82 EGV und stellt hierzu einen weiteren Hilfsantrag. Es liegt somit ein
einheitliches Klagebegehren vor, das sowohl auf kartellrechtliche als auch auf nicht
kartellrechtliche Anspruchsgrundlagen gestützt wird. In einem solchen Fall bestimmt der
kartellrechtliche Anspruch die Qualifikation des Rechtsstreits als Kartellsache (vgl.
Wiedemann-Bumiller a.a.O. § 60 Rdnr. 8).

Als allgemeines Gericht wäre der Senat zu einer eigenen Entscheidung nur befugt, wenn die 253
Klage unabhängig vom Kartellrecht unzulässig oder unbegründet wäre. Diese
Voraussetzungen liegen hier nicht vor. Die Klage ist entgegen der Auffassung der Beklagten
nicht bereits mangels eines konkreten Antrages im Sinne von § 253 Abs. 2 Ziffer 2 ZPO
unzulässig. Jedenfalls die Hilfsanträge erscheinen hinreichend konkretisiert. Nach der
Neufassung des GWB kann der Senat auch nicht - anders als das Landgericht unter der
Geltung des früheren Rechts - die Klage unter Ausklammerung sich aus dem Kartellrecht
ergebender gesetzlicher Anspruchsgrundlagen als unbegründet abweisen.

Nach alledem handelt es sich ihrer Rechtsnatur nach um eine Kartellsache. Gem. § 91 GWB 254
n.F. ist daher das Kartellgericht und hier der Kartellsenat für die Entscheidung über die
Berufung zuständig, auch wenn das Landgericht nicht als Kartellgericht entschieden hat (vgl.
Wiedemann-Bumiller a.a.O. Rdnr. 19; Bracher in: Frankfurter Kommentar zum GWB,
Wegweiser § 92 a.F.). Gemäß § 95 GWB handelt es sich dabei um eine ausschließliche
Zuständigkeit. Nach § 96 GWB gilt sie auch für Ansprüche aus den Art. 81, 82 EGV. Nach
der Verordnung über die Bildung gemeinsamer Kartellgerichte vom 22.11.1994 (GV-NW 94,
1067) ist dem Kartellsenat des Oberlandesgerichts Düsseldorf die Entscheidung über die
Berufung zugewiesen. An diesen war der Rechtsstreit daher auf den entsprechenden Antrag
der Klägerin hin gemäß § 281 ZPO zu verweisen (vgl. BGH NJW 78, 2096 ff.;
Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, ZPO 57. Aufl., § 281 Rdnr. 7; Zöller-Greger, ZPO
21. Aufl., § 281 Rdnr. 4; Thomas-Putzo, ZPO 19. Aufl. § 281 Rdnr. 6; OLG Köln, OLG Report
94, 265 f.).

Die Entscheidung kann durch Beschluss ergehen. Soweit die Auffassung vertreten wird, in 255
der Berufungsinstanz müsse die Verweisung durch Urteil unter Aufhebung des
angefochtenen Urteils geschehen (vgl. BGH NJW 86, 1994 f.; Zöller-Greger a.a.O. Rdnr. 9;
Thomas-Putzo a.a.O. Rdnr. 10), kann dies nicht für den vorliegenden Fall gelten; denn das
Landgericht hat nicht als unzuständiges Gericht entschieden. Erst durch die am 01.01.1999 in
Kraft getretene 6. Kartellrechtsnovelle ist die Sache zu einer Kartellsache geworden. Die
jetzige Zuständigkeit des Düsseldorfer Kartellsenats ist erst durch § 91 GWB n.F. begründet
worden. Dieser ist damit unmittelbar für die Entscheidung über die am 05.02.1999
eingegangene Berufung zuständig. Übergangsvorschriften für derartige Fälle sind in § 131
GWB n.F. nicht vorgesehen. Demnach ist davon auszugehen, dass der Gesetzgeber es bei
der Neufassung des GWB in Kauf genommen hat, dass den Parteien in einem Fall wie dem
vorliegenden hinsichtlich der kartellrechtlichen Beurteilung eine Instanz verlorenggeht.

Die Berufungsfrist ist durch die Einlegung des Rechtsmittels bei dem allgemein zuständigen 256
Oberlandesgericht gewahrt (BGH NJW 78, 2096 f.; Wiedemann-Bumiller a.a.O. § 60 Rdnr.
21).
