

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch den Senatspräsidenten Dr. Prückner als Vorsitzenden sowie den Hofrat Hon.-Prof. Dr. Neumayr, die Hofrätin Dr. Lovrek und die Hofräte Dr. Jensik und Dr. Roch als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei U***** AG, *****, vertreten durch Engin-Deniz Reimitz Hafner Rechtsanwälte KG in Wien, gegen die beklagte Partei O***** Gesellschaft m.b.H., *****, vertreten durch bpv Hügel Rechtsanwälte OG in Wien, wegen 146.905,99 EUR sA und Feststellung (35.000 EUR), über die Revision der klagenden Partei gegen das Urteil des Oberlandesgerichts Wien als Berufungsgericht vom 31. Oktober 2011, GZ 5 R 121/11t-19, womit infolge Berufung der klagenden Partei das Urteil des Handelsgerichts Wien vom 29. März 2011, GZ 23 Cg 21/10d-15, bestätigt wurde, den

B e s c h l u s s

gefasst:

Die Revision der klagenden Partei wird zurückgewiesen.

Die klagende Partei ist schuldig, der beklagten Partei die mit 2.354,66 EUR (darin 392,44 EUR

Umsatzsteuer) bestimmten Kosten der Revisionsbeantwortung zu ersetzen.

B e g r ü n d u n g :

Die klagende Partei begehrt von der beklagten Partei die Zahlung einer - aus 27 Einzelbeträgen in einer Höhe von 2.197,60 EUR bis 9.892 EUR - bestehenden Gesamtsumme von 146.905,99 EUR sowie die Feststellung der Haftung der beklagten Partei für alle weiteren Schäden aus ihrer Teilnahme bzw Mitwirkung am „Aufzugskartell“.

Die klagende Partei und mit ihr konzernmäßig verbundene Gesellschaften seien Eigentümer eines umfangreichen Zinshausbestandes in Österreich. Die beklagte Partei habe in den vergangenen Jahren in diesen Gebäuden zahlreiche Liftanlagen neu errichtet bzw die Wartung/Reparatur von Liftanlagen übernommen.

Das Zahlungsbegehren wird von der klagenden Partei - gestützt auf zwei Gutachten über die ökonomischen Konsequenzen der Kartellbildung in der Aufzugsbranche in Österreich sowie über die Ermittlung der Schadenshöhe - im Wesentlichen damit begründet, dass es durch die Bildung des Kartells sowohl im Marktbereich Neuerrichtung von Aufzugsanlagen als auch im Marktbereich für die Wartung/Reparatur von Aufzugsanlagen zu erheblichen „Kartellpreisaufschlägen“ gekommen sei, die in jedem Einzelfall als von der beklagten Partei zu ersetzender Schaden (bzw als Bereicherung) zu qualifizieren seien. Konkret gehe es um die Neuerrichtung von elf Liftanlagen im Zeitraum von 1993 bis 2005 (Gesamtschaden: 77.646 EUR) und um die Wartung/Reparatur von 16 Liftanlagen im Zeitraum von 1995 bis 2003 (Gesamtschaden: 69.259,99 EUR). Da der tatsächlich verursachte Schaden den bislang bezifferbaren Schaden

übersteige, werde das Leistungsbegehren mit einem Feststellungsbegehren verbunden.

Den erstinstanzlichen Behauptungen zur Höhe der begehrten Ersatzbeträge ist zu entnehmen, dass im Marktbereich „Neuerrichtung von Aufzugsanlagen“ der Kartellpreisaufschlag für Aufzugsanlagen mit den Baujahren 1992 bis 1996 und 1999 bis 2004 17,91 % der tatsächlich bezahlten Preise betragen habe, für Anlagen mit dem Baujahr 2005 10,09 % des tatsächlich bezahlten Preises. Im Marktbereich „Wartung/Reparatur von Aufzugsanlagen“ betrage der Kartellpreisaufschlag für Anlagen mit einem ersten voll entgeltlichen Wartungsjahr im Zeitraum 1995 bis 2003 10,72 % des tatsächlich bezahlten Preises. Dadurch sei bei jeder klagegegenständlichen neu errichteten Liftanlage bzw bei jedem klagegegenständlichen Wartungsvertrag ein Schaden in Höhe der Kartellpreisaufschläge verursacht worden. Da „für manche Liftanlagen konkrete Echtdateien“ bei der Schadensermittlung, insbesondere die den jeweiligen Aufträgen zugrunde liegenden Verträge, nicht (mehr) zur Verfügung stünden, würden die Berechnung der im einzelnen begehrten Ersatzbeträge auf statistischen Schätzungen bzw Näherungsverfahren beruhen. Da diese Vorgangsweise nicht zu einer Überschreitung des tatsächlich verursachten Schadens, sondern im Gegenteil zu einer vorsichtigen und eher unter dem tatsächlich zugefügten Schaden liegenden Schadensermittlung geführt habe, werde das Leistungsbegehren eben auch mit einem Feststellungsbegehren verbunden, um die Haftung der beklagten Partei für die über das Leistungsbegehren hinausgehenden Schäden verbindlich festzulegen.

Die konzernmäßig verbundene Gesellschaft, die ebenfalls von der verbotenen Verhaltensweise der beklagten Partei betroffen gewesen sei, habe alle ihre Ansprüche und Gestaltungsrechte, die ihr gegen die beklagte Partei im

gegebenen Zusammenhang zustünden, an die klagende Partei abgetreten.

Das Erstgericht, das die Frage der Behauptungen zur Schadensberechnung mit den Parteien erörterte und letztlich nur Urkundenbeweise aufnahm, wies nach mehrfacher Erörterung der Frage der Schadensberechnung das Klagebegehren mit der wesentlichen Begründung ab, dass der geltend gemachte Schadenersatzanspruch bereits an der nicht ausreichenden Behauptung eines konkreten Schadens bzw einer konkret eingetretenen Bereicherung (jeweils bezogen auf die Einzelanlagen) scheitere. Für das Feststellungsbegehren fehle es am erforderlichen rechtlichen Interesse, weil bereits ein Leistungsbegehren gestellt werden hätte können.

Das Berufungsgericht bestätigte das Ersturteil, sprach aus, dass der Wert des Entscheidungsgegenstands bei jeder einzelnen verfahrensgegenständlichen Aufzugsanlage 5.000 EUR, nicht jedoch 30.000 EUR übersteige, und ließ die Revision - hinsichtlich jeder einzelnen gegenständlichen Aufzugsanlage - zu.

Es verneinte eine Mangelhaftigkeit des erstinstanzlichen Verfahrens, weil die behauptete Verletzung der materiellen Prozessleitungspflicht im Zusammenhang mit der Anleitung zur Ergänzung bzw Präzisierung des Klagevorbringens nicht gegeben sei. Das Erstgericht habe seine Rechtsansicht in Bezug auf die Behauptungslast klar zum Ausdruck gebracht. Das vom Erstgericht vermisste Vorbringen habe die klagende Partei auch in der Berufung nicht nachgeholt.

In der rechtlichen Beurteilung folgte es der herrschenden Lehre, dass die Wettbewerbsregeln der EU und Österreichs als Schutzgesetze iSd § 1311 ABGB zu qualifizieren seien, deren Übertretung einen Schadenersatzanspruch begründen könne. Im Fall der

Verletzung eines Schutzgesetzes müsse der Geschädigte den Schadenseintritt und die Kausalität behaupten und beweisen. Allerdings habe die klagende Partei die Grundlagen für eine Berechnung eines konkreten Schadens nicht in ausreichendem Ausmaß erfüllt. Weiters fehle es schon nach den Klagebehauptungen an der erforderlichen Kausalität:

Nach dem der Entscheidung 16 Ok 5/08 zugrunde liegenden Sachverhalt hätten die dortigen Antragsgegner, darunter die beklagte Partei, seit den 1980er Jahren ein zwischen ihnen immer wieder bestätigtes Übereinkommen in großem Umfang - wenn auch nicht lückenlos - durchgeführt, wonach der Markt nach allseits anerkannten Grundsätzen aufgeteilt werde. Die in Durchführung dieser Grundvereinbarung getroffenen Verhaltensabstimmungen, verbunden mit einem regelmäßigen Austausch sensibler Unternehmensdaten, seien darauf gerichtet gewesen, dem jeweils bevorzugten Unternehmen einen höheren Preis zu sichern als er unter Wettbewerbsbedingungen erreichbar gewesen wäre. Die Aufteilung der Kunden bzw Aufträge zwischen den Antragsgegnern und die zwischen ihnen abgestimmten Erhöhungen des Preisniveaus hätten den Wettbewerb geschwächt, indem so die unter Wettbewerbsbedingungen eintretende Entwicklung der Preise auf dem betroffenen Markt verfälscht worden sei. Die letzte Sitzung des „Marketing-Ausschusses“, in der eine Absprache der Antragsgegner zu konkreten Angeboten zu Neuanlagen erfolgt sei, habe am 12. Februar 2004 stattgefunden. Nach diesem Zeitpunkt seien sowohl im Bereich Neuanlagen als auch im Bereich Service und Modernisierung weitere Vereinbarungen und Abstimmungen einiger Antragsgegner zur Zuteilung konkreter Aufträge erfolgt; derartige Koordinationen seien frühestens Ende 2005 endgültig eingestellt worden.

In der Entscheidung 16 Ok 8/08 habe der Oberste Gerichtshof ausgesprochen, dass die Ergebnisse eines Kartellverfahrens wegen eines Kartellverstoßes für einen individuellen Schadenersatzprozess nur von eingeschränkter Bedeutung seien. Während es bei der Abstellung von Missbräuchen oder der Verhängung von Geldbußen um eine gesamthafte Bewertung des Verhaltens des Antragsgegners gehe, müsse bei der Durchsetzung privatrechtlicher Ansprüche nach derzeitiger Rechtslage nachgewiesen werden, dass gerade der geltend gemachte Schaden durch einen Kartellverstoß verursacht worden sei. Dies würde im vorliegenden Fall die konkrete Prüfung einer Vielzahl von Aufzugseinbauten bzw. Wartungsverträgen erfordern, wofür aber die entsprechenden Unterlagen nicht vorgelegt worden seien. Auch wenn die beklagte Partei im Zeitraum seit den 1980er Jahren bis 2004/2005 ein kartellrechtswidriges Verhalten gesetzt habe, könne daraus - insbesondere auch in Anbetracht des Umstands, dass von den kartellrechtswidrigen Absprachen nur zumindest ein Drittel des Marktvolumens für Neuanlagen erfasst gewesen sei und vor allem Projekte mittleren und größeren Umfangs (ab einer Aufzugsanzahl von drei bis fünf Stück) abgestimmt worden seien - nicht der Schluss gezogen werden, die klagende Partei habe damit ausreichende Behauptungen aufgestellt, dass die beklagte Partei in Bezug auf die bei ihr erworbenen und von ihr gewarteten Aufzugsanlagen einen Kartellrechtsverstoß zu verantworten habe.

Auch ein Anscheinsbeweis komme der klagenden Partei nicht zugute. Entscheidend sei nicht eine mögliche Beweiserleichterung, sondern die Frage, ob die klagende Partei die sie treffende Behauptungslast zur Frage des Anspruchsgrundes, nämlich eines kausalen kartellrechtswidrigen Verhaltens der beklagten Partei gegenüber der Klägerin in Bezug auf die gegenständlichen

Aufzugsanlagen, und zur Schadenshöhe betreffend die einzelnen Anlagen erfüllt habe. Überdies könne der Umstand, dass die beklagte Partei „gesamthaft bewertet“ bei zumindest einem Drittel des Marktvolumens im Aufzugsanlagenbereich einen Kartellrechtsverstoß gesetzt habe, nicht als typischer Geschehensablauf gewertet werden, der nach bestimmten (welchen?) Erfahrungssätzen den Schluss zuließe, dass sie bei den die klagende Partei betreffenden Vertragsabschlüssen kausal rechtswidrig gehandelt habe. Ebenso wenig könne aus den von Gutachtern statistisch geschätzten Errichtungs- bzw. Wartungspreisen für Standardaufzüge abgeleitet werden, dass damit nach der allgemeinen Lebenserfahrung oder nach (anderen) Erfahrungssätzen die Höhe der bei den konkreten Aufzugsanlagen angefallenen Errichtungs- und Wartungspreise feststehe. „Den Standardaufzug“ bzw. „den Standardwartungsvertrag“ gebe es nicht; es würden unterschiedliche Aufzugsvarianten zum Kauf oder zur Wartung angeboten.

Zur Berechnung des Schadens sei überdies festzuhalten, dass nach § 1323 ABGB die Ermittlung des Schadens - von hier nicht vorliegenden Ausnahmen abgesehen - grundsätzlich konkret und nicht etwa „abstrakt“ oder „objektiv“ zu erfolgen habe. Demnach obliege es der klagenden Partei, den von ihr behaupteten Schaden in Bezug auf die einzelnen Aufzugsanlagen konkret zu berechnen. Da sie diese Voraussetzungen jedoch nicht bzw. nicht ausreichend erfüllt habe (ebenso wenig wie sie ein kausales rechtswidriges Verhalten der beklagten Partei bei den gegenständlichen Verträgen darlegen habe können) sei sie ihrer Behauptungslast nicht nachgekommen.

Auch § 273 ZPO sei für die klagende Partei nicht hilfreich. Beide in dieser Norm angesprochenen Fälle beträfen die Beweislast, nicht die Behauptungslast.

Diese rechtliche Beurteilung gelte auch unter Bedachtnahme darauf, dass die klagende Partei des Weiteren die Verträge über die Aufzugsanlagen wegen Irrtums bzw listiger Irreführung (samt bereicherungsrechtlicher Rückabwicklung im Ausmaß der Kartellpreisaufschläge) anfechte und sie sich auf eine (Teil-)Nichtigkeit wegen Verletzung des § 879 ABGB mit Vertragsanpassung in Höhe der Kartellpreisaufschläge berufe. Grundlage der unter diesen rechtlichen Aspekten beanstandeten Handlungen der beklagten Partei sei wiederum der behauptete Kartellverstoß, den die klagende Partei - beziehend auf die einzelnen abgeschlossenen Verträge - präzisieren müsse, um daraus ihre Irreführung bzw arglistige Täuschung oder deren Unerlaubtheit ableiten zu können. Zudem müsse sie zur Höhe des für jede einzelne Aufzugsanlage begehrten Kartellpreisaufschlags entsprechendes, konkret berechnetes Vorbringen erstatten.

Soweit die klagende Partei in erster Instanz den Antrag gestellt habe, der beklagten Partei die Vorlage der Errichtungs- und Wartungsverträge aufzutragen, habe keine Vorlagepflicht nach § 304 ZPO bestanden.

Ebenfalls unberechtigt sei schließlich das Feststellungsbegehren. An der Feststellung bereits fälliger Ersatzansprüche bestehe kein rechtliches Interesse. Der mögliche Eintritt künftiger Schäden könne dem Klagebegehren nicht zugrunde gelegt werden. Die klagende Partei mache gegen die beklagte Partei vielmehr fällige Ansprüche geltend, die sie allerdings nicht genau beziffern könne. Diese Schwierigkeit könne sie nicht durch die Einbringung einer Feststellungsklage beheben.

Die (nachträgliche) Zulassung der Revision wurde damit begründet, dass die schadenersatzrechtliche Beurteilung von Kartellrechtsverstößen innerstaatlich noch in den Kinderschuhen stecke. Es könne nicht ausgeschlossen

werden, dass die von der klagenden Partei vorgenommene Art der Berechnung der von ihr für die einzelnen Aufzugsanlagen begehrten Schadenersatzbeträge (beruhend - teilweise - auf statistischen Schätzungen bzw. Näherungsverfahren) als ausreichend zu erachten sei.

Gegen die Entscheidung des Berufungsgerichts richtet sich die Revision der klagenden Partei mit dem Antrag auf Aufhebung der vorinstanzlichen Entscheidungen und Zurückverweisung der Rechtssache zur neuerlichen Entscheidung an die erste Instanz.

Die beklagte Partei beantragt in der ihr vom Berufungsgericht freigestellten Revisionsbeantwortung, die Revision zurückzuweisen, in eventuelle, ihr nicht Folge zu geben.

Die Revision ist entgegen dem Ausspruch des Berufungsgerichts nicht zulässig.

Das Revisionsvorbringen lässt sich dahin zusammenfassen, dass dem Berufungsgericht bei der Beurteilung der Behauptungslast eine grobe Fehlbeurteilung unterlaufen sei, indem es praktisch unüberwindbare Hürden für die Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen aus Kartellrechtsverstößen errichtet habe. Diese Vorgangsweise stehe in diametralem Widerspruch zu dem seit vielen Jahren insbesondere auch auf europäischer Ebene unternommenen Anstrengungen, die Durchsetzung des Europäischen Kartellrechts auch auf zivilrechtlichem Weg zu verstärken. Es könne doch nicht sein, dass man als Geschädigter nur deswegen schadenersatzrechtlich leer ausgehe, weil man nicht mehr über die Rechnungen für vor vielen Jahren angeschafften Sachen verfüge. Im Übrigen spiele der Errichtungspreis der Anlage für den Schaden keine Rolle. Der klagenden Partei müssten die abstrakte Schadensberechnung (als Berechnungshilfe auf der Grundlage eines Sachverständigengutachtens) und - zur Vermeidung eines typischen Beweisnotstands - der Anscheinsbeweis zugute

kommen; die Anforderungen an den Nachweis des durch eine Wettbewerbsverletzung entstandenen Schadens dürften nicht allzu streng sein. Die klagende Partei habe ihrer Behauptungslast in Bezug auf den entstandenen Schaden sehr wohl entsprochen, nämlich in geradezu minutiöser Weise durch Nennung der maßgeblichen Beträge in Bezug auf jede einzelne betroffene Anlage. Der Anforderung, dass sich die kartellwidrige Absprache auf jeden Einzelfall beziehen müsse, stehe entgegen, dass die auch von der beklagten Partei zu verantwortende Bildung des Aufzugskartells zu einer nachhaltigen und systematischen Marktmanipulation geführt habe, die ganz generell überhöhte Preis bewirkt habe. Ausgehend von den auf der Grundlage eines statistischen Preismodells geschätzten Errichtungspreisen sei der Schaden jeweils durch die Preisüberhöhung in Prozent des Errichtungspreises pro Aufzugsanlage (+ Zinsen) definiert. Angesichts der der klagenden Partei zuzugestehenden Beweiserleichterung sei sie im Übrigen gar nicht verpflichtet, die seinerzeit an die beklagte Partei geleisteten Errichtungspreise auf der Grundlage von Verträgen (Errichtungsverträge, Wartungsverträge) zu behaupten bzw zu beweisen. Ob sich aus den geschätzten und tatsächlich bezahlten Errichtungspreisen und den Kartellpreisaufschlägen die von der klagenden Partei konkret behaupteten Schäden ableiten ließen, sei eine Frage der Beweiswürdigung. Der klagenden Partei müssten - zur Vermeidung unerklärlicher Widersprüche - die Grundsätze des Anscheinsbeweises auch in Bezug auf die Behauptungslast zugute kommen; nur damit würden Schadenersatzansprüche aus Kartellrechtsverstößen - im Hinblick auf die typischen Beweisschwierigkeiten - überhaupt erst möglich.

Für den bei Vermögensschäden nach § 1332 ABGB zu ersetzenden „gemeinen Wert“ komme es auf den Verkehrswert an; diesbezüglich sei (als Berechnungshilfe)

eine abstrakte und objektive Schadensberechnung vorzunehmen. Da der Geldersatz nach dem Schätzungswert zu ermitteln sei (§ 1323 ABGB), müsse es ausreichen, auf Marktverhältnisse Bezug zu nehmen. Im konkreten Fall seien den von der klagenden Partei vorgelegten Gutachten die Marktpreise sowie die durch das Kartell verursachten höheren Preise zu entnehmen.

In Bezug auf das Feststellungsbegehren widerspreche die Rechtsansicht des Berufungsgerichts der höchstgerichtlichen Rechtsprechung zur Verhinderung des Eintritts der Verjährung durch Erhebung einer Feststellungsklage.

Damit wird keine erhebliche Rechtsfrage (§ 502 Abs 1 ZPO) dargestellt.

1. Nach ihrem Revisionsvorbringen stützt die klagende Partei den Klageanspruch auf den Titel des Schadenersatzes und weist darauf hin, dass sie den eingetretenen Schaden dem Grunde und der Höhe nach schlüssig behauptet (und auch bewiesen) habe.

2. Da die Schlüssigkeit von Prozessbehauptungen nur anhand des konkreten Vorbringens im Einzelfall geprüft werden kann, bildet ihre Beurteilung im Allgemeinen - vom hier nicht vorliegenden Fall auffallender Fehlbeurteilung abgesehen - keine erhebliche Rechtsfrage iSd § 502 Abs 1 ZPO (RIS-Justiz RS0037780, RS0042828, RS0116144 [T2]).

3. Auch bei Verletzung eines Schutzgesetzes hat der Geschädigte den Eintritt des Schadens und dessen Höhe zu behaupten und zu beweisen (vgl RIS-Justiz RS0022561 [T2] zur Beweislast). Die Ansicht der Vorinstanzen, die Schadensberechnung verlange im gegebenen Zusammenhang auch die Behauptung der „historischen“, von der klagenden Partei auch bezahlten Preise, ist nicht unvertretbar, können doch diese Preise - bei der Vornahme eines prozentuellen

Aufschlags - überhaupt erst die Grundlage für die Berechnung des absoluten Betrags eines Kartellaufschlags bilden.

4. Nach der höchstgerichtlichen Rechtsprechung ist die Frage nach einer allfälligen Beweiserleichterung für die klagende Partei von der Notwendigkeit, schlüssige Behauptungen über den anspruchsbegründenden Sachverhalt aufzustellen, zu trennen (9 Ob 6/02a uva). Die Ansicht des Berufungsgerichts, die klagende Partei habe nicht schlüssig nachvollziehbar dargelegt, dass sie die behaupteten jeweiligen Schäden in ihrem Vermögen erlitten habe, ist angesichts der zugrunde liegenden Schätzungen der Errichtungs- und Wartungspreise durchaus vertretbar; damit fehlt es nämlich an einem wesentlichen Bezugspunkt für die Berechnung der Schadenshöhe. Schon angesichts der Vielgestaltigkeit der Aufzugsanlagen fehlt es auch an einem „Marktpreis“.

5. Eine objektiv-abstrakte Schadensberechnung scheidet nach herrschender Ansicht aus, wenn der Schaden nicht als Sachschaden auftritt, sondern im Entstehen einer Verbindlichkeit besteht (*Koziol*, Haftpflichtrecht I³ [1997] Rz 2/66).

6. Mangels schlüssiger Behauptung eines bestimmten Schadens kann dahingestellt bleiben, ob sich das kartellrechtswidrige Verhalten der beklagten Partei auf jeden einzelnen der von der klagenden Partei vorgebrachten Geschäftsfälle beziehen muss.

7. Eine Feststellungsklage ist unzulässig, wenn der Anspruch bereits mit Leistungsklage geltend gemacht werden könnte (RIS-Justiz RS0038817), kann sich doch ein Feststellungsbegehren nur auf die künftigen Schäden beziehen, also auf solche, die im Zeitpunkt seiner Erhebung noch nicht fällig waren (RIS-Justiz RS0038817 [T2]).

8. Rechtspolitisch motivierte Überlegungen vermögen eine extensive Auslegung des geltenden innerstaatlichen Rechts im Sinne der Vorstellungen der

klagenden Partei nicht zu rechtfertigen (RIS-Justiz RS0008768 [T1]).

9. Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 41, 50 ZPO. Die beklagte Partei hat in der Revisionsbeantwortung auch auf die Unzulässigkeit der Revision der klagenden Partei hingewiesen.

Oberster Gerichtshof,
Wien, am 15. Mai 2012
Dr. P r ü c k n e r
Für die Richtigkeit der Ausfertigung
die Leiterin der Geschäftsabteilung: