

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch die Senatspräsidentin Dr. Schenk als Vorsitzende und durch die Hofräte Dr. Vogel, Dr. Jensik, Dr. Musger und Dr. Schwarzenbacher als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei H***** AG, *****, vertreten durch BMA Brandstätter Rechtsanwälte GmbH in Wien, gegen die beklagten Parteien 1. B***** AG, *****, vertreten durch Schönherr Rechtsanwälte GmbH in Wien, 2. E***** AG, *****, vertreten durch Wolf Theiss Rechtsanwälte GmbH in Wien, 3. U***** AG, *****, vertreten durch Binder Grösswang Rechtsanwälte GmbH in Wien, wegen 8.498.174,92 EUR sA und Aufhebung eines Vergleichs (Streitwert 100.000 EUR), über die Revision der klagenden Partei gegen das Urteil des Oberlandesgerichts Wien als Berufungsgericht vom 4. Februar 2011, GZ 5 R 185/10b-46, womit das Teilurteil des Handelsgerichts Wien vom 8. April 2010, GZ 11 Cg 168/08f-26, in der Fassung des Berichtigungsbeschlusses vom 24. Juni 2010, GZ 11 Cg 168/08f-36, bestätigt wurde, in nichtöffentlicher Sitzung den

B e s c h l u s s

gefasst:

Der Revision wird Folge gegeben.

Die Entscheidungen der Vorinstanzen werden aufgehoben und die Rechtssache an das Erstgericht zur Fortsetzung des Verfahrens unter Abstandnahme vom gebrauchten Abweisungsgrund zurückverwiesen.

Die Kosten des Rechtsmittelverfahrens bilden weitere Verfahrenskosten.

B e g r ü n d u n g :

Am Markt mit unbaren Zahlungsmitteln (Debitkarten) nehmen folgende vier Gruppen von Marktteilnehmern teil: Die Banken (issuer), die Bankkarten ausgeben und die Girokonten ihrer Kunden führen; die Kunden, die ihre Girokonten durch die Verwendung der an sie ausgegebenen Bankkarten belasten können; die Netzbetreiber (acquirer), die die unbare Zahlungsabwicklung elektronisch organisieren und Verträge mit Händlern und Dienstleistungsunternehmen abschließen, bei denen die Kunden ihre Bankkarten benutzen können; die Händler (Handels- und Dienstleistungsunternehmen), die darüber entscheiden, welche unbaren Zahlungssysteme (POS-Verfahren, Kreditkarten ua) sie ihren Kunden zur Verfügung stellen. Besitzt der acquirer eine Bankkonzession, kann er selbst als Clearingstelle fungieren und die eigentliche Zahlungsabwicklung als Bankgeschäft durchführen, andernfalls muss er sich dazu einer Bank bedienen. Im Verhältnis zwischen Bank und Kunde sind eine jährliche Kartengebühr sowie allfällige Buchungsgebühren zu zahlen; zwischen Händler und Netzbetreiber wird ein Disagio (Händlergebühr) vereinbart, das sich der Händler vom mittels Debitkarte getätigten Umsatz abziehen lassen muss; zwischen Netzbetreiber und Bank besteht das Entgelt in einer der Bank

zufließenden Interchange Fee. Veränderungen in der Beziehung zwischen zwei dieser vier Gruppen von Marktteilnehmern haben jeweils auch Auswirkungen auf die anderen Marktteilnehmer; es handelt sich um einen Markt mit Netzwerkeffekten (16 Ok 4/07).

Die **Beklagten** sind inländische Bankunternehmen und - neben weiteren österreichischen Banken und sonstigen Unternehmen - Gesellschafter der P***** GmbH (vormals E***** GmbH, in der Folge: Netzbetreiberin), die als acquirer an einem System zur bargeldlosen Zahlung mittels Bankomatkarte beteiligt ist.

Die **Klägerin**, die selbst keine Konzession für Bankgeschäfte besitzt, ist Mitbewerberin der Netzbetreiberin, weil sie als acquirer ein zum Netz der Netzbetreiberin konkurrierendes System zur bargeldlosen Zahlung mittels Debitkarte betreibt. Sie führt im Auftrag des R*****verbands S***** (in der Folge: Auftraggeber), der einer ihrer Aktionäre ist, die technische Abwicklung einer bestimmten Form des bargeldlosen Zahlungsverkehrs insbesondere für Handels- und Dienstleistungsunternehmungen sowie im Tourismus tätige Unternehmungen durch. Vertragspartner jener Unternehmen, die ihren Kunden diese Form des bargeldlosen Zahlungsverkehrs ermöglichen, ist der Auftraggeber. Die Klägerin stellt den an dem von ihr betriebenen System beteiligten Vertragsunternehmen Kartenlesegeräte zur Verfügung, die Kundendaten (insbesondere die jeweilige Bankverbindung) aus Bankomatkarten auslesen können. Mit diesen Kundendaten wird von den Vertragsunternehmen eine Einziehungsermächtigung und Zahlungsanweisung hergestellt, die der Kunde unterfertigt. Mit seiner Unterschrift erklärt der Kunde, den Auftraggeber zu ermächtigen, beim Konto des

Karteninhabers die Einziehung des Zahlungsbetrags vorzunehmen. Gleichzeitig weist der Kunde den Auftraggeber an, den Zahlungsbetrag abzüglich eines Disagio (als Entgelt des am Zahlungssystem teilnehmenden Unternehmers an den acquirer für die bargeldlose Transaktion) an den Vertragsunternehmer, der dem bargeldlos zahlenden Kunden eine Ware verkauft oder eine Leistung erbringt, zur Auszahlung zu bringen.

Die kartellgerichtlichen (Vor-)Verfahren

A) Das Feststellungsverfahren (27 Kt 243, 244/02; 16 Ok 6/04; 16 Ok 3/05)

Mit Antrag gemäß § 8a KartG 1988 vom 2. 7. 2002 beehrte eine (neben der Klägerin weitere) Mitbewerberin der Netzbetreiberin als dortige Antragstellerin gegenüber der Netzbetreiberin als dortige Antragsgegnerin die Feststellung, dass ein Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung und ein Vereinbarungs- bzw Verhaltenskartell vorliege. Das beanstandete Verhalten stehe im Zusammenhang mit der Einhebung einer „domestic interchange fee“ in unangemessener Höhe im bargeldlosen Zahlungsverkehr unter Verwendung von POS-Zahlungssystemen nach Punkt 15a des Bankomatvertrags zwischen der Antragsgegnerin und ihren Vertragspartnern. Am Verfahren hat sich auch die Bundeswettbewerbsbehörde beteiligt. Das Kartellgericht stellte mit Beschluss vom 17. 12. 2003 fest:

1. Zwischen der Antragsgegnerin und ihren Vertragspartnern besteht in Bezug auf die Vereinbarung des Punkts 15a des Bankomatvertrags ein Absichtskartell (§ 10 KartG 1988);

2. die Antragsgegnerin hat ihre marktbeherrschende Stellung auf dem Markt für unbare POS-Zahlungssysteme dadurch missbraucht, dass sie

a) im Rahmen des Bankomatvertrags mit ihren Gesellschafterinnen vereinbart hat, dass diese

sich lediglich mit Zustimmung der Antragsgegnerin an anderen Unternehmen, die Systeme für die unbare Zahlungsabwicklung betreiben und damit Wettbewerber der Antragsgegnerin sind, beteiligen dürfen, und

b) weiters im Rahmen des Bankomatvertrags für nicht von ihr verwendete Systeme der Abwicklung des unbaren Zahlungsverkehrs Transaktionsgebühren vereinbart hat, die im Verhältnis zu der dafür erbrachten Leistung bzw der von der Antragsgegnerin für die ihr gegenüber erbrachte Leistung zu bezahlenden Transaktionsgebühr sachlich unangemessen sind.

Diesen Beschluss bekämpfte die Antragsgegnerin mit Rekurs. Die Antragsgegnerin legte während des Rechtsmittelverfahrens den nach Änderung nunmehr gültigen Bankomatvertrag vor, in dem die Bestimmungen über die Transaktionsgebühr geändert sind und es den Kreditinstituten sogar ausdrücklich freigestellt wird, sich an Konkurrenten der Antragsgegnerin zu beteiligen. Im Hinblick auf diese geänderte Vertragslage zog die Antragstellerin mit Zustimmung der Antragsgegnerin ihren Antrag unter Anspruchsverzicht zurück. Das Kartellobergericht sprach in der Folge mit Beschluss vom 20. 12. 2004, 16 Ok 6/04, aus, dass die Zurückziehung des Antrags durch die Antragstellerin der Kenntnis diene, und dass die Bundeswettbewerbsbehörde binnen vier Wochen bekannt geben könne, ob und in welchem Umfang die Anträge durch sie aufrechterhalten werden. Die Bundeswettbewerbsbehörde hat daraufhin die Anträge der früheren Antragstellerin aufrecht erhalten, auf deren sowie auf ihr eigenes Vorbringen verwiesen und den Antrag auf Feststellung im Sinne des erstgerichtlichen Beschlusses gestellt. Die Antragsgegnerin verwies neuerlich darauf, Punkt 15a des Bankomatvertrags schon im Frühjahr 2004 ersatzlos aufgehoben zu haben; eine Feststellung für die

Vergangenheit sei aber unzulässig. Damit fehle dem Rekurs die Beschwer.

Mit Beschluss vom 17. 10. 2005, 16 Ok 3/05, nahm das Kartellobergericht den Eintritt der Bundeswettbewerbsbehörde als Antragstellerin in das Verfahren zur Kenntnis; es gab dem Rekurs Folge, hob den angefochtenen Beschluss vom 17. 12. 2003 auf und verwies die Rechtssache zur ergänzenden Erörterung an das Erstgericht zurück. Zum Zeitpunkt des Eintritts der Bundeswettbewerbsbehörde als Antragstellerin sei ein geänderter Bankomatvertrag vorgelegen. Die Rechtssache sei daher zur ergänzenden Erörterung der Anträge unter Berücksichtigung des neuen Bankomatvertrags an das Erstgericht zurückzuverweisen. Die Bundeswettbewerbsbehörde verfolgte das Verfahren in der Folge nicht weiter.

B) Das Bußgeldverfahren (27 Kt 20, 24, 27/06; 16 Ok 4/07)

Unter Bezugnahme auf den vom Kartellgericht mit Beschluss vom 17. 12. 2003, 27 Kt 243, 244/02-61, festgestellten Sachverhalt stellte die Bundeswettbewerbsbehörde am 11. 4. 2006 a) einen Antrag auf Verhängung einer Geldbuße in angemessener Höhe über die Antragsgegnerin (= Netzbetreiberin) wegen Durchführung eines Kartells und Missbrauchs der marktbeherrschenden Stellung für die Dauer von mindestens fünf Jahren und vier Monaten durch Abschluss des Bankomatvertrags Punkt 15a in der Fassung Herbst 1998, und b) einen Antrag nach § 28 Abs 1 KartG 2005 auf Feststellung. Die im Vorverfahren festgestellten Wettbewerbsverstöße seien ihrer Natur nach schwer; die Missbräuche sollten gezielt verhindern, dass sich die Gesellschafterinnen der

Antragsgegnerin an einem anderen Zahlkartensystem als jenem der Antragsgegnerin beteiligten, wodurch die Systeme von Mitbewerbern teurer würden, was Wettbewerbsnachteile zur Folge habe. Die entsprechende Vereinbarung in Punkt 15a des Bankomatvertrags sei im Herbst 1998 im Aufsichtsrat der Antragsgegnerin getroffen und erst im Rekursstadium des Vorverfahrens, also frühestens im Februar 2004, beendet bzw nicht mehr angewendet worden und habe daher mindestens fünf Jahre und vier Monate gedauert. Allein wegen der wirtschaftlichen Bedeutung der Vereinbarung, des betroffenen Markts für die Debitkarten, der überragenden Marktstellung der Antragsgegnerin und der langen Verfahrensdauer bestehe berechtigtes Interesse an der Feststellung.

Das Kartellgericht fasste folgenden Beschluss:

I. Festgestellt wird, dass

1. zwischen der Antragsgegnerin und ihren Gesellschaftern in Bezug auf die Vereinbarung des Punktes 15a des Bankomatvertrags ein Absichtskartell (§ 10 KartG 1988) bestand und

2. die Antragsgegnerin ihre marktbeherrschende Stellung dadurch missbraucht hat, dass sie im Rahmen des Bankomatvertrags mit ihren Gesellschaftern (Kreditinstituten) vereinbart hat, dass diese sich lediglich mit Zustimmung der Antragsgegnerin an anderen Unternehmen, die Systeme für die unbare Zahlungsabwicklung betreiben, und damit Wettbewerber der Antragsgegnerin sind, beteiligen dürfen und weiters im Rahmen des Bankomatvertrags für nicht von ihr verwendete Systeme der Abwicklung des unbaren Zahlungsverkehrs Transaktionsgebühren vereinbart hat, die im Verhältnis der dafür erbrachten Leistung bzw den von der Antragsgegnerin für die ihr gegenüber erbrachte Leistung zu bezahlenden Transaktionsgebühr sachlich unangemessen waren;

II. über die Antragsgegnerin wird gemäß § 142 Z 1 lit a KartG 1988 für die in Punkt I. 1. und 2. bezeichneten Handlungsweisen im Zeitraum 1. 7. 2002 bis Februar 2004 eine Geldbuße von fünf Millionen EUR verhängt.

Das Kartellgericht ging aufgrund der vorgelegten Urkunden sowie der Ergebnisse des Vorverfahrens 27 Kt 243, 244/02 ua von folgenden wesentlichen Feststellungen aus:

Die Antragsgegnerin [= Netzbetreiberin] ist eine (direkte bzw indirekte) Tochtergesellschaft verschiedener österreichischer Kreditunternehmungen, deren Beteiligungen jeweils unter 25 % liegen. Ihrem Aufsichtsrat gehören Kapitalvertreter unter anderem der BA-CA, der Erste Bank der Ersten Österreichischen Sparkassen, der Raiffeisen-Zentralbank und weiterer österreichischer Kreditinstitute an. Die Antragsgegnerin hatte im Zeitraum 2002 bis 2004 auf dem Markt der Netzbetreiber einen Marktanteil (gemessen am Umsatzvolumen) von rund 88 %. Mitbewerber waren damals ua die im Bereich der Gastronomie und des Tourismus tätige [Klägerin] mit einem Marktanteil von rund 6 % und die Antragstellerin im Vorverfahren, eine Tochtergesellschaft der Deutschen Bank AG (Marktanteil rund 6 %). Die Antragsgegnerin hat mit allen namhaften österreichischen Banken einen Vertrag über den Betrieb von Geldausgabeautomaten und die Verwaltung von Bezugskarten in einem Gemeinschaftsunternehmen (in der Folge: Bankomatvertrag) abgeschlossen, in dessen Teil IV besondere Bestimmungen für das Bankomatkartenservice und das Bankomatquickservice enthalten sind. Diese lauteten in der Fassung ab Herbst 1998 auszugsweise:

„[Netzbetreiberin] verpflichtet sich als Acquirer, an die teilnehmende Kreditunternehmung als Issuer eine Domestic-Debit-Fallback-Interchange-Fee, deren Höhe sich insbesondere an den mit der Herstellung, Ausgabe und Verwaltung von Bankkarten durch die Issuer verbundenen Kosten, den Kosten der Transaktionsabwicklung und den im garantierten Verfahren mit der Übernahme einer Zahlungsgarantie verbundenen Risiken orientiert, für die Benützung von Bankkarten als Debitkarten der Kreditunternehmung zu bezahlen.

B1) Werden in einem Verfahren ohne Zahlungsgarantie durch den Issuer auf Magnetstreifenbasis, ohne Sperrprüfung, ohne Autorisierung, mit Unterschrift, Zahlungen durch die

Kreditunternehmung als Issuer akzeptiert, so beträgt die von der [Netzbetreiberin] als Acquirer zu bezahlende Domestic-Debit-Fallback-Interchange-Fee ATS 5,00 je Transaktion.

B2) Werden im Verfahren mit Zahlungsgarantie durch den Issuer auf Magnetstreifenbasis, ohne Sperrprüfung, ohne Autorisierung, mit Unterschrift, Zahlungen durch die Kreditunternehmung als Issuer akzeptiert, so beträgt die von EPA als Acquirer zu bezahlende Domestic-Debit-Fallback-Interchange-Fee ATS 5,00 plus 0,5 % je Transaktion.“

Vor 1999 bestimmte Punkt 15. des Bankomatvertrags weiters, dass jeder Teilnehmer des Bankomatvertrags darauf verzichtet, sich an anderen Einrichtungen, die unbare und schecklose Zahlungsvorgänge außerhalb des eigenen Institutsbereichs mit Bankkarten - ausgenommen Kreditkarten - ermöglichen, ohne Zustimmung der Antragsgegnerin zu beteiligen, diese zu unterstützen oder in dieser Form getätigte Zahlungen zur Abrechnung entgegenzunehmen. Es war vereinbart, dass die Unterstützung solcher allenfalls im Betrieb befindlicher Zahlungssysteme von den Teilnehmern bis spätestens 30. 6. 1996 einzustellen ist und, falls derartige Zahlungen von einem Teilnehmer einem anderen mit Abbuchungsaufträgen vorgelegt oder als solche erkannt werden, diese im Interesse des Karteninhabers nicht zurückzuweisen sind, jedoch das einreichende Geldinstitut mit der jeweils geltenden Gebühr für die Rücklastschrift zu belasten ist. Der Bankomatvertrag wurde bei der Europäischen Kommission am 11. 9. 1998 bzw in der geänderten Variante am 25. 3. 1999 angemeldet und die Erteilung eines Negativattests und die Freistellung nach Art 85 Abs 3 EG-Vertrag beantragt, ohne dass die Kommission einen verfahrenseinleitenden Beschluss gefasst hätte. In Beil ./5 zum Lastschriftabkommen, dem Muster für Rücklastschriften, ist als Provision für Rücklastschriften ein Betrag von 4,36 EUR (= 60 ATS) angeführt.

Punkt 15a des Bankomatvertrags wurde im Rahmen einer Aufsichtsratssitzung der Antragsgegnerin ausgehandelt, wobei die Höhe der darin festgelegten Transaktionsgebühr das Ergebnis von Verhandlungen zwischen der [Netzbetreiberin] und den Banken ist. Übereinstimmung herrschte

darin, dass die darin festgesetzten Gebühren auch für Mitbewerber der Antragsgegnerin Gültigkeit hätten. Ob und welche Kalkulationen über die tatsächlich durch die Abwicklung des unbaren Zahlungsverkehrs entstehenden Kosten dieser Vereinbarung zugrunde gelegt wurden, steht nicht fest. Nicht festgestellt werden konnte, dass die unterschiedlichen Gebühren für das Maestro-Verfahren (Prozentbetrag von Umsatz plus geringer Fixbetrag) und jene außerhalb des Maestro-Verfahrens (fixe Gebühr für das Verfahren wie von der Antragstellerin im Vorverfahren angeboten) einerseits sowie andererseits die unterschiedlichen Gebühren nach Punkt 15a b1) und b3) des Bankomatvertrags (wobei für das System auf Magnetstreifenbasis ohne Sperrprüfung, ohne Autorisierung und ohne Zahlungsgarantie 5 ATS je Transaktion, für das Verfahren auf Chipkartenbasis ohne Zahlungsgarantie, aber mit Sperrprüfung und mit Autorisierung dagegen lediglich eine Gebühr von 1 ATS je Transaktion in Rechnung gestellt wird) auf einer sachliche Kriterien berücksichtigenden Differenzierung beruhen.

Die Transaktionskosten des gesamten POS-Lastschriftverfahrens für die Abwicklung der einzelnen Zahlung betragen 0,06 EUR, für die Bearbeitung von Reklamationen 0,12 EUR. Unter Berücksichtigung angenommener „overhead-Kosten“ (für Verwaltung, Rechnungswesen und anderer nicht eindeutig zuordenbarer Kosten eines Unternehmens) in Höhe von 28 % ergeben sich Kosten von 0,23 EUR je Transaktion. Belastet man daher lediglich die eigentlichen Kosten des POS-Lastschriftverfahrens für die Abwicklung der einzelnen Zahlung von 0,06 EUR mit overhead-Kosten von 28 %, gelangt man zu Kosten der einzelnen Transaktion von rund 0,08 EUR (= 1,1 ATS). In diesem Betrag sind die gesamten Kosten der unbaren Zahlungsabwicklung enthalten, angefangen von der Feststellung des Zahlungsbetrags am POS beim Händler, über die Abwicklung mit dem Rechenzentrum, Bestätigung der Zahlung, die elektronische Übertragung der Transaktion, bis hin zur Belastung des Kundenkontos und Gutschrift auf dem Händlerkonto, also nicht nur die Kosten der Durchführung beim Acquirer, sondern auch beim Issuer. Die von der Antragsgegnerin an die kontoführende Bank zu zahlende Interchange Fee beträgt bei einer durchschnittlichen Transaktion von

50 EUR 0,3 % (2,1 ATS) plus 1 ATS, somit insgesamt 3,1 ATS. Die von [Mitbewerberin] für denselben Transaktionsbetrag zu zahlende Interchange Fee beträgt 5 ATS. Erst bei einem Transaktionsvolumen von ca 100 EUR erreicht die prozentuelle Gebühr der Antragsgegnerin die fixe Gebühr bei [Mitbewerberin]. Bei einem durchschnittlichen Disagiosatz von 0,6 % beträgt beim durchschnittlichen Transaktionsvolumen von 50 EUR das vom Händler der Antragsgegnerin zu entrichtende Entgelt 4,2 ATS; bei durchschnittlich 0,7 % Disagio sind es 4,9 ATS, bei 0,8 % 5,6 ATS und bei 0,9 % 6,3 ATS Entgelt. Bringt man davon die von der Antragsgegnerin zu zahlende Interchange Fee von 3,1 ATS in Abzug - und lässt dabei deren kartellrechtliche Beurteilung bei tatsächlichen Gesamtkosten von nur 1,1 ATS unberücksichtigt - verbleiben der Antragsgegnerin pro Transaktion zwischen 1,1 ATS und 3,2 ATS. Bei 150 Mio Transaktionen 2003 mit der Maestrokarte errechnet sich daher sogar auf dieser Basis ein Betrag von 165 Mio ATS bis 480 Mio ATS (entspricht 12 Mio EUR bis 35 Mio EUR), den die Antragsgegnerin bei Wettbewerbsverhältnissen nicht hätte erzielen können.

Das Kartellobergericht bestätigte diesen Beschluss in seinem Ausspruch über das Feststellungsbegehren und erhöhte die Geldbuße auf sieben Millionen Euro. Die Begründung lautet auszugsweise:

„Nach den Feststellungen der Tatsacheninstanz wurde Punkt 15a des Bankomatvertrags im Rahmen einer Aufsichtsratssitzung der Antragsgegnerin ausgehandelt, wobei die Höhe der darin festgelegten Transaktionsgebühr das Ergebnis von Verhandlungen zwischen der Antragsgegnerin und den Banken ist. Übereinstimmung herrschte darin, dass die darin festgesetzten Gebühren auch für Mitbewerber der Antragsgegnerin Gültigkeit hätten. In der Folge verlangten an der Antragsgegnerin beteiligte Banken von Mitbewerbern der Antragsgegnerin Transaktionsgebühren in einheitlicher Höhe gemäß Punkt 15a des Bankomatvertrags. Bei dieser Sachlage kann eine über Vorbereitungshandlungen hinausgehende relevante Außenwirkung der wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarung nicht

zweifelhaft sein. Dass die Antragsgegnerin selbst keine Gebühren verlangt, sondern vielmehr selbst Gebühren gezahlt hat, liegt in der Natur der Sache, ist sie doch im Zahlungssystem nicht als kartenausgebende Bank (issuer), sondern als Netzbetreiber (acquirer) aufgetreten. Ihr wesentlicher Beitrag beim Zustandekommen der wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarung - aus der sie ja auch wirtschaftlichen Nutzen zog, weil ihre marktbeherrschende Stellung dadurch ungefährdet blieb - reicht aber jedenfalls aus, sie als Kartellbeteiligte zu beurteilen. Damit unterliegt auch sie den gesetzlichen Sanktionen für den Kartellrechtsverstoß. [...] Für die rechtliche Beurteilung, ob ein eine Geldbuße auslösendes Verhalten vorliegt, ist auch nicht entscheidend, ob die vom Erstgericht als kartellrechtswidrig beurteilte Vereinbarung „im Aufsichtsrat der Antragsgegnerin“ beschlossen worden ist (welches Organ tatsächlich nicht für die Willensbildung der Antragsgegnerin in Fragen der Geschäftsführung zuständig ist), sondern allein, ob die im Bankomatvertrag bestimmten Transaktionsgebühren regelmäßig gegenüber Mitbewerbern verrechnet worden sind. Solches war aber nach den Feststellungen des Erstgerichts der Fall. Die Antragsgegnerin ist Partei des Bankomatvertrags; sie hat für dessen Inhalt und Auswirkungen nach kartellrechtlichen Grundsätzen daher einzustehen. Der Vertrag bewirkt durch die sachlich unbegründete Preisgestaltung in seinem Punkt 15a, dass konkurrenzierende Systeme von Mitbewerbern einen Kostennachteil gegenüber jenem System hinnehmen müssen, an dem die Antragsgegnerin beteiligt ist; dies erschwert die Aktivitäten von Mitbewerbern auf dem betroffenen Markt. [...] Dass es den Banken nach dem Bankomatvertrag frei stand, Transaktionsgebühren in beliebiger Höhe von Mitbewerbern der Antragsgegnerin zu verlangen (Punkt 15 neu), war ein nur auf dem Papier bestehender Verhaltensspielraum, der in der Praxis tatsächlich nicht genutzt worden ist. Diese nicht zur Anwendung gelangte Bestimmung ändert daher nichts an der Beurteilung des Sachverhalts als kartellrechtswidrig, ist doch Maßstab der Beurteilung nur dessen wahrer wirtschaftlicher Gehalt, nicht seine äußere Erscheinungsform (§ 1 KartG 1988). [...] Zwar war die Antragsgegnerin unter dem Gesichtspunkt eines

fehlenden Kontrahierungszwangs nicht verpflichtet, an Mitbewerber Debitkarten für den Zutritt zu dem von ihr verwendeten Zahlungssystem auszugeben. Sie war aber als Marktbeherrscherin gehalten, gegenüber ihren Mitbewerbern keine Marktzutrittsbarrieren dadurch zu errichten, dass sie mit ihren Gesellschaftern vereinbart hat, dass diese anderen Aquirern sachlich unangemessen hohe Transaktionsgebühren bei Verwendung fremder Zahlungssysteme verrechnen. [...] Dem Kartellgericht ist weiters darin zuzustimmen, dass der Antragsgegnerin im Hinblick auf die über lange Zeit andauernden Kartellrechtsverstöße in zwei Richtungen, die marktabschottenden Auswirkungen auf einen ganzen Wirtschaftssektor, den hohen Marktanteil der Antragsgegnerin und die durch Ausschaltung des Entgeltwettbewerbs bewirkte vermögensrechtliche Schädigung der anderen Marktteilnehmer schweres Verschulden vorzuwerfen ist. Preisfestsetzungen sind schon ihrem Wesen nach schwere Zuwiderhandlungen.“

Die **Klägerin** beehrte mit ihrer am 11. 11. 2008 eingebrachten Klage a) von den Beklagten zur ungeteilten Hand 8.498.174,92 EUR sA, b) die Aufhebung eines mit den Rechtsvorgängern der Drittbeklagten am 28. 6. 2002 mündlich abgeschlossenen Vergleichs; hilfsweise von den Beklagten anteilig ziffernmäßig bestimmt angegebene Beträge. Gegenstand des Revisionsverfahrens ist allein das Schadenersatzbegehren gegenüber Erst- und Zweitbeklagter.

Die Klägerin macht zusammengefasst geltend: Die Beklagten und andere Gesellschafter der Netzbetreiberin hätten mit dieser einen „Bankomatvertrag“ abgeschlossen, der auch Gebühren für die Verwendung der von ihnen ausgegebenen Bankomatkarten im Rahmen unterschiedlicher Formen der bargeldlosen Zahlungsabwicklung (darunter auch des von Klägerin und Auftraggeber betriebenen Systems) festlege. Für letzteres System sei die Gebühr mit 5 ATS pro Transaktion festgesetzt worden, obwohl die tatsächlichen Transaktionskosten bei nur 6 Cent lägen. Die Klägerin habe

den Beklagten im Betrieb ihres Zahlungssystems in den Jahren 2000 bis 2008 überhöhte Transaktionsgebühren gezahlt; darüber hinaus sei ihr Gewinn, den sie bei marktkonformen Transaktionsgebühren gemacht hätte, entgangen. Sie begehre die Rückzahlung der zuviel gezahlten Gebühren und des entgangenen Gewinns im Zeitraum Mai 2002 bis April 2007 von 5.561.094 EUR und stütze sich auf folgende Rechtsgründe:

a) deliktischer Schadenersatz infolge Schutzgesetzverletzung.

In kartellgerichtlichen Verfahren sei der Bankomatvertrag, soweit er in seinem Punkt 15a überhöhte Transaktionsgebühren festsetze, als kartellrechtswidrig beurteilt und über die Netzbetreiberin eine Geldbuße verhängt worden. Das Kartellverbot und das Verbot des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung seien Schutzgesetze iSd § 1311 ABGB, in deren Schutzbereiche auch die Klägerin als Marktteilnehmerin falle. Die Beklagten hätten die Klägerin durch kartellrechtswidrige Preisabsprache und Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung genötigt, für die Verwendung von deren Bankomatkarten weit überhöhte Transaktionsgebühren zu zahlen, wodurch die Klägerin einen Schaden durch die überhöhten Gebühren und den entgangenen Gewinn erlitten habe. Die vorsätzlich handelnden Beklagten hafteten gemäß § 1302 ABGB für den eingetretenen Schaden solidarisch. Schadenersatzansprüche seien nicht verjährt, weil das kartellrechtswidrige Verhalten der Beklagten erst mit dem Beschluss des Kartellobergerichts vom 12. 9. 2007, 16 Ok 4/07, rechtskräftig festgestanden sei.

b) vertraglicher Schadenersatz nach bereicherungsrechtlicher Rückabwicklung von gesetz- und sittenwidrigen Verträgen.

Soweit die Klägerin die Transaktionsgebühren im Hinblick auf Verträge geleistet habe, sei sie zum Abschluss dieser Verträge mit den Beklagten genötigt worden; diese Vereinbarungen verstießen gegen die guten Sitten und gegen kartellrechtliche Schutzgesetze und seien nichtig (§§ 870, 879 ABGB). Die Klägerin besitze Ansprüche auf bereicherungsrechtliche Rückforderung nach Vertragsaufhebung und Schadenersatz. Die Beklagten hätten sich wissentlich gefährlicher oder untüchtiger Mitarbeiter bedient, weil sich diese durch die Kartellabsprachen rechtswidrig verhalten hätten.

c) Bereicherungsrechtliche Rückabwicklung nach Irrtumsanfechtung bzw laesio enormis und Einrede eines Scheingeschäfts.

Die Beklagten hätten sich geweigert, mit der Klägerin über Transaktionsgebühren zu verhandeln, weshalb der Auftraggeber als mittelbarer Stellvertreter für die Klägerin auftreten habe müssen. Die Klägerin habe die von ihr verlangten Transaktionsgebühren auf ein für sie beim Auftraggeber geführtes Konto bezahlt, wodurch ein konkludentes Vertragsverhältnis zwischen den Streitparteien zustande gekommen sei. Sie fechte die Zahlungen dieser Gebühren wegen Irrtums und Verkürzung über die Hälfte an. Ihr sei „vorgegaukelt“ worden, dass es sich bei diesen Beträgen um angemessenes Entgelt handle. Wegen der Unterlassung der Aufklärung über das Absichtskartell bestehe eine Haftung aus culpa in contrahendo. Die Beklagten hätten gedroht, der Klägerin die Zustimmung zum Einlesen ihrer Bankomatkarten zu verweigern, wenn sie die überhöhten Gebühren nicht bezahle. Die zwischen den Beklagten und dem Auftraggeber zustande gekommenen Verträge seien solche zugunsten Dritter, nämlich der Klägerin. Der Vertrag

zwischen dem Auftraggeber und den Beklagten sei aber auch ein Scheingeschäft.

d) vom Auftraggeber der Klägerin abgetretene Ansprüche.

Für den Fall, dass ein Vertragsverhältnis zwischen den Streitparteien verneint werden sollte, stütze sich die Klägerin hilfsweise auch auf ihr abgetretene vertragliche Ansprüche des Auftraggebers.

e) Verletzung von § 1 Abs 1 Z 1 UWG.

Die Beklagten hätten durch Bildung des Preiskartells gegen das Kartellgesetz verstoßen, dies sei eine unlautere Geschäftspraktik und sonstige unlautere Handlung, die die Klägerin berechtige, Schadenersatz einschließlich entgangenen Gewinns zu fordern (§ 16 iVm § 18 UWG).

Die **Beklagten** bestritten das Klagebegehren. An den Kartellgerichtsverfahren seien sie nicht beteiligt gewesen. Die Klägerin besitze keine Bankkonzession und sei nur Erfüllungsgehilfin des Auftraggebers; sie sei daher nicht aktiv klagslegitimiert, weil alle Vereinbarungen mit dem Auftraggeber abgeschlossen worden seien. Auch die Zahlungen an die Beklagten habe der Auftraggeber geleistet. Die Vereinbarungen im Bankomatvertrag seien kartellrechtskonform. Selbst wenn dies nicht der Fall sein sollte, seien Folgeverträge mit dem Auftraggeber nicht unwirksam. Die Beklagten treffe kein Verschulden, weil der Bankomatvertrag mit Wissen aller Vertragspartner bei der Europäischen Kommission angemeldet und von dieser nicht beanstandet worden sei; die Vertragspartner hätten deshalb davon ausgehen dürfen, dass der Vertrag nicht kartellrechtswidrig sei. Das verrechnete Entgelt sei angemessen gewesen. Die von der Klägerin beanstandete Klausel im Bankomatvertrag sei schon im Februar 2004

ersatzlos aufgehoben worden. Ein Bereicherungsanspruch komme nicht in Betracht, weil den Zahlungen des Auftraggebers vertragliche Beziehungen zugrunde gelegen seien. Ein Gestaltungsrecht nach § 870 ABGB könne die Klägerin nicht ausüben, weil sie mit den Beklagten keinen Vertrag geschlossen habe. Allfällige Schadenersatzansprüche seien verjährt.

Das **Erstgericht** wies mit **Teilurteil** das Hauptbegehren gegenüber Erst- und Zweitbeklagter sowie die diese Parteien betreffenden Eventualbegehren ab. Es hatte zwar in der Verhandlung vom 13. 3. 2009 die Verhandlung „zunächst auf die Tatsachenfrage des Bestehens von direkten Vertragsverhältnissen“ zwischen den Streitparteien beschränkt, ermöglichte den Parteien aber in der Folge dennoch umfassend zum gesamten Verfahrensgegenstand vorzubringen und nahm im Teilurteil zu allen geltend gemachten Anspruchsgrundlagen Stellung.

Die Klägerin könne keinen vertraglichen Schadenersatzanspruch geltend machen, weil nicht sie, sondern der Auftraggeber Verträge mit den Beklagten abgeschlossen habe; diese entfalteten auch keine Schutzwirkungen zugunsten der Klägerin, weil dieser eigene Ansprüche gegenüber dem Auftraggeber zustünden. Ein deliktischer Schadenersatzanspruch gegenüber einer juristischen Person setze voraus, dass das behauptete rechtswidrige Verhalten der juristischen Person zugerechnet werden könne. Dazu habe die Klägerin trotz mehrfacher Erörterung durch das Erstgericht nichts vorgebracht; die Tatsache der Kartellrechtsverletzung allein lasse den Verletzer noch nicht als untüchtig oder gefährlich erscheinen. Mangels ausreichender Behauptungen von Zurechnungskriterien liege kein deliktischer

Schadenersatzanspruch vor. Der Auftraggeber besitze zwar im Falle eines kartellrechtswidrigen Verhaltens von Mitarbeitern der Erst- und Zweitbeklagten einen vertraglichen Schadenersatzanspruch gegen diese, doch habe die Klägerin, die eine Abtretung dieser Schadenersatzansprüche behauptete, nicht vorgebracht, aufgrund welcher konkreten Vorfälle dem Auftraggeber ein Schaden in welcher Höhe entstanden sei. Voraussetzung für einen Anspruch nach dem UWG sei das Bestehen eines Wettbewerbsverhältnisses zwischen den Parteien; auch dazu habe die Klägerin kein Sachvorbringen erstattet; die Klägerin sei - anders als die Beklagten - keine Bank.

Das **Berufungsgericht** bestätigte dieses Teilurteil in der Hauptsache, änderte es im Kostenpunkt ab und sprach aus, dass die ordentliche Revision nicht zulässig sei. Ein Bereicherungsanspruch setze voraus, dass eine Leistung ohne Rechtsgrund erbracht worden sei. Hier liege den erbrachten Leistungen aber der Vertrag zwischen dem Auftraggeber und den Beklagten zugrunde. Ansprüche auf Vertragsanfechtung wegen Irrtums oder Sittenwidrigkeit könne die Klägerin nicht geltend machen, weil sie nicht Partnerin des Vertrags sei. Der Vertrag zwischen dem Auftraggeber und den Beklagten sei nicht als Vertrag zugunsten Dritter anzusehen, weshalb die Klägerin keinen vertraglichen Schadenersatz daraus ableiten könne. Zum behaupteten deliktischen Schadenersatzanspruch setze sich die Klägerin erst in der Berufung mit der Repräsentantenhaftung auseinander und verweise auf ihr Vorbringen, wonach die Gebühren in einer Sitzung des Aufsichtsrats der Netzbetreiberin ausgehandelt worden seien; dieser sei aber ein Organ der Netzbetreiberin. Zur Frage, ob einzelne Mitglieder dieses Aufsichtsrats Mitarbeiter bzw Repräsentanten der Erst- und Zweitbeklagten gewesen seien,

habe die Klägerin nichts vorgebracht, weshalb das Erstgericht die entsprechende Feststellung zu Recht unterlassen habe. Selbst wenn Erst- und Zweitbeklagte an dem behaupteten Absichtskartell mit der Netzbetreiberin beteiligt gewesen sein sollten, liege ein Folgevertrag mit einem kartellfremden Dritten (dem Auftraggeber) vor, der nach dem Vorbringen der Klägerin den Bankomatvertrag nicht unterschrieben habe. Solche Folgeverträge seien aber nicht von der Nichtigkeitssanktion des § 1 KartG erfasst. Zu einem dem Auftraggeber entstandenen Schaden habe die Klägerin kein konkretes Vorbringen erstattet, sondern vielmehr behauptet, sie selbst habe letztlich die Gebühr an die Beklagten bezahlt. Da der Auftraggeber den mit Erst- und Zweitbeklagter abgeschlossenen Vertrag nicht angefochten habe, könne der Klägerin ein daraus abgeleiteter Zahlungsanspruch nicht abgetreten worden sein. Der Klägerin stünden daher die von ihr behaupteten Bereicherungs- und Schadenersatzansprüche nicht zu. Auch ein Schadenersatzanspruch nach dem UWG bestehe nicht, weil die Beklagten nicht Mitbewerber auf dem Markt der unbaren Zahlungssysteme seien.

Die **Revision** der klagenden Partei ist zulässig und berechtigt im Sinne des Aufhebungsantrags.

1. Das Berufungsgericht hat die geltend gemachte Nichtigkeit des Ersturteils verneint; soweit die Revisionswerberin diese Argumente in dritter Instanz wiederholt, ist sie darauf zu verweisen, dass nach ständiger Rechtsprechung eine vom Berufungsgericht verneinte Nichtigkeit des Verfahrens erster Instanz in der Revision nicht mehr anfechtbar ist (RIS-Justiz RS0042981; RS0043405).

2.1. Die Feststellungen der Vorinstanzen beschränken sich darauf, dass jene Person, die Gespräche mit

den Banken (darunter auch Erst- und Zweitbeklagte) geführt habe, Mitarbeiterin des Auftraggebers, für diesen vertretungsbefugt und von diesem in den Vorstand der Klägerin entsandt gewesen sei; Gespräche mit Erst- und Zweitbeklagter habe diese Person stets als Vertreter des Auftraggebers geführt und Vertragserklärungen nur insoweit abgegeben. Ein direktes Vertragsverhältnis zwischen der Klägerin sowie der Erst- und der Zweitbeklagten sei nie begründet worden.

2.2. Aufgrund dieser Feststellungen scheiden Ansprüche der Klägerin, die sich auf das Bestehen oder Nichtbestehen eines Vertrags zwischen ihr und Erst- bzw Zweitbeklagter stützen, aus. Auf die in der Revision aufgeworfene Frage der Nichtigkeit eines solchen Vertrags als Folgevertrag einer kartellrechtswidrigen Vereinbarung kommt es daher nicht an. Ob ein zwischen den Beklagten und dem Auftraggeber zustandegekommener Vertrag allenfalls ein solcher mit Schutzwirkungen zugunsten der Klägerin ist, kann mangels Feststellung eines solchen Vertrags durch die Tatsacheninstanzen derzeit nicht beurteilt werden; darauf kommt es aber auch nicht an.

3.1. Berechtigt ist die Revision nämlich jedenfalls in ihren Ausführungen zur Anspruchsgrundlage eines deliktischen Schadenersatzanspruchs. Entgegen den unzutreffenden Auffassungen der Vorinstanzen hat die Klägerin dazu ausreichend vorgetragen; ihr Klagebegehren ist insoweit auch schlüssig.

3.2. Das Erstgericht hat zu dieser Anspruchsgrundlage ausgeführt, es sei kein ausreichendes Vorbringen zur Zurechenbarkeit eines kartellrechtswidrigen Verhaltens zur Erst- und Zweitbeklagten erstattet worden. Das Berufungsgericht hat ergänzt, das Vorbringen, wonach die

vereinbarten Gebühren in einer Sitzung des Aufsichtsrats der Netzbetreiberin ausgehandelt worden seien, reiche nicht aus, weil der Aufsichtsrat ein Organ der Netzbetreiberin sei und Vorbringen dazu fehle, ob einzelne Mitglieder des Aufsichtsrats Mitarbeiter, Organe oder Repräsentanten der Erst- und Zweitbeklagten gewesen seien und für diese gehandelt hätten.

3.3. Diese Ausführungen gehen am Kern des Vorbringens der Klägerin vorbei und ignorieren gänzlich die Ergebnisse der kartellgerichtlichen Verfahren, die die Klägerin im Rahmen ihres Vorbringens ausführlich dargestellt hat. Zwar waren die Beklagten an diesen Verfahren nicht beteiligt, weshalb mangels rechtlichen Gehörs insoweit auch keine Bindung an dortige Verfahrensergebnisse eingetreten ist; dessen ungeachtet sind die dort gewonnenen Verfahrensergebnisse aber bei der Schlüssigkeitsprüfung im Schadenersatzprozess zu berücksichtigen.

3.4. Die Klägerin hat sich unmissverständlich darauf berufen, Geschädigte einer kartellrechtswidrigen Absprache geworden zu sein, an der auch die Beklagten maßgeblich beteiligt gewesen seien. Sie hat schon in der Klage (Rz 11f) ausdrücklich vorgebracht, dass die Beklagten „in ihrer Funktion als Gesellschafter“ mit anderen Gesellschaftern der Netzbetreiberin und mit dieser selbst den Bankomatvertrag abgeschlossen hätten, wobei die in diesem Vertrag vereinbarten Gebühren - ausgehandelt in einer Sitzung des Aufsichtsrats der Netzbetreiberin - auch für Mitbewerber der Netzbetreiberin Gültigkeit haben sollten. Sie hat auch behauptet, dass diesen Gebühren keine Kalkulation der bei Abwicklung des unbaren Zahlungsverkehrs tatsächlich entstehenden Kosten zugrunde liege und dass sie bei ungestörten Marktverhältnissen nicht in dieser Höhe erzielbar

gewesen wären. Sie hat damit ausreichendes Vorbringen zu den Anspruchsgrundlagen eines Schadenersatzanspruchs infolge Kartellrechtsverstößes erstattet.

4.1. In Österreich bestehen noch keine spezifischen Rechtsvorschriften, die einen Schadenersatzanspruch bei Verstößen gegen innerstaatliches oder gemeinschaftsrechtliches Wettbewerbsrecht regeln (vgl aber § 37a KartG des in Begutachtung befindlichen Entwurfs einer Kartellgesetz-Novelle 2012).

4.2. In der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs (Rs C-453/99 - Courage/Crehan und Rs C-295/04-298/04 - Manfredi) wurde wiederholt die nach Unionsrecht bestehende Pflicht des nationalen Gesetzgebers ausgesprochen, einem durch einen Wettbewerbsverstoß Geschädigten einen Schadenersatzanspruch zur Verfügung zu stellen.

4.3. Vor diesem Hintergrund und unter Bezugnahme auf die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (zuletzt BGH 28. 6. 2011, KZR 75/10 - Selbstdurchschreibepapier) hat der fünfte Senat des Obersten Gerichtshofs erst jüngst ausgesprochen, dass die Wettbewerbsregeln des nationalen Rechts und des Unionsrecht neben wettbewerbsrechtlichen Zwecken gerade auch den Zweck haben, Übervorteilungen der Marktteilnehmer auf der Marktgegenseite durch Absprachen von Kartellanten zu verhindern, weshalb sie als Schutzgesetze iSd § 1311 ABGB zu qualifizieren sind, deren Übertretung einen Schadenersatzanspruch begründen kann (5 Ob 39/11p mwN).

4.4. Der Senat schließt sich dieser überzeugenden Auffassung an, die sich auch im jüngeren Schrifttum durchgesetzt hat (*Stillfried/Stockenhuber*, Schadenersatz bei Verstoß gegen das Kartellverbot des Art 85 EG-V, wbl 1995,

301, 345; *Gehmacher/Hauck/Madl*, Schadenersatz bei Kartellverstoß - Zur Lombard-Club Entscheidung der Kommission, *ecolex* 2002, 564, 567; *Petsche/Tautscher* in *Petsche/Urlesberger/Vartian*, KartG § 1 Rz 99; *Hoffer*, Kartellgesetz-Kommentar 229; *Reidinger/Hartung*, Das österreichische Kartellrecht² 241; *Wollmann*, Europarechtliches zu BGH Selbstdurchschreibepapier, *ecolex* 2012, 113, 115).

4.5. Dies gilt auch für das hier noch anzuwendende KartG 1988 (behaupteter Schadenszeitraum: Mai 2002 bis April 2007), das verschiedene Kartellformen unterschieden hat: Vereinbarungskartelle (näher geregelt in § 10), Verhaltenskartelle (§ 11) und Empfehlungskartelle (§ 12). Hier läge ein Vereinbarungskartell vor, bei dem eine Beschränkung des Wettbewerbs, ua bei den Preisen, bewirkt werden sollte (Absichtskartell). Da gemäß § 18 KartG 1988 die Durchführung von Kartellen - ausgenommen Wirkungs- und Bagatellkartelle - vor rechtskräftiger Genehmigung durch das KG verboten war, ist die Schutzgesetzeigenschaft des § 10 KartG 1988 jedenfalls im Hinblick auf Absichtskartelle zu bejahen (so auch *Koppensteiner*, Österreichisches und europäisches Wettbewerbsrecht³ 172).

4.6. Schutzzweck des Kartellverbots ist es, gesamtwirtschaftlich nachteilige Folgen zu verhindern und einzudämmen, die sich ergeben, wenn Unternehmer die Preis-, Konditions- und Mengenbildung nicht mehr den gegebenen Marktverhältnissen überlassen, sondern zum Gegenstand von Vereinbarungen machen. Aus ökonomischer Sicht bestehen diese Nachteile vor allem in höheren Preisen für Verbraucher als unmittelbarer Schaden. Darüber hinaus kommt es durch die Aufrechterhaltung und Durchsetzung eines Kartells auch zu einer gezielten Schädigung von Wettbewerbern am

relevanten Markt (*Hoffer*, Kartellgesetz-Kommentar 17 mwN). Der persönliche Schutzbereich des Kartellverbots erstreckt sich daher auf all jene Anbieter und Nachfrager, die auf den von einem Kartell betroffenen sachlich und räumlich relevanten Märkten tätig sind (*Wollmann* aaO 116). Solches trifft auf die Klägerin als Mitbewerberin auf dem vom Kartell betroffenen Markt für unbare Zahlungssysteme zu.

4.7.1. Zu untersuchen bleibt in diesem Zusammenhang - unterstellt man die Richtigkeit des Vorbringens - die bestehende Rollenverteilung zwischen der Klägerin und ihrem Auftraggeber, der die vom Kunden bei der Zahlungsabwicklung mittels Bankomatkarte erteilten Einzugsermächtigungen effektuiert und dabei auf Rechnung der Klägerin tätig ist. Bei dieser Vertragsgestaltung im Innenverhältnis zwischen Klägerin und Auftraggeber ist zu fragen, ob - ungeachtet der Verrechnung des Nutzungsentgelts für die Bankkarten im Verhältnis zwischen Banken und Auftraggeber - ein aus dem Preiskartell resultierender Schaden nicht beim Auftraggeber, sondern bei der Klägerin eingetreten ist; nur unter dieser Voraussetzung zählt ja die Klägerin nicht nur zum Kreis der durch die übertretenen Kartellrechtsvorschriften geschützten Personen, sondern auch zum Kreis der Geschädigten.

4.7.2. Ob und bejahendenfalls wie weit sich die Tatsache einer möglichen Schadensüberwälzung auf den Schadenersatzanspruch des Geschädigten auswirkt, wird im Schrifttum sehr kontroversiell diskutiert und ist Gegenstand groß angelegter - auch ökonomische Erwägungen berücksichtigender - Untersuchungen (vgl zur deutschen Lehre etwa *Logemann*, Der kartellrechtliche Schadenersatz 281 ff; *Schürmann*, Die Weitergabe des Kartellschadens; *Bulst*, Schadenersatzansprüche der Marktgegenseite im

Kartellrecht, 277 ff; *Haucap/Stühmeier*, Wie hoch sind durch Kartelle verursachte Schäden: Antworten aus Sicht der Wirtschaftstheorie, WuW 2008, 413, 419 ff).

4.7.3. Das Problem der Schadensüberwälzung („Passing-on-Defense“) kann sich dabei in zwei Konstellationen stellen: einerseits in (vom unmittelbaren Abnehmer gegen den Kartellanten geführten) Schadenersatzverfahren als Einwand des Kartellanten, andererseits in Verfahren des indirekten Abnehmers gegen den Kartellanten als Frage der Berechtigung zur Drittschadensliquidation (*Logemann*, Der kartellrechtliche Schadensersatz 282 mwN).

4.7.4. Der BGH hat in seiner Entscheidung vom 28. 6. 2011, KZR 75/10 - Selbstdurchschreibepapier die Frage der Schadensüberwälzung im Sinne der Vorteilsanrechnungstheorie gelöst. Danach sei der Schaden des Kartellabnehmers ungeachtet eines späteren Weiterverkaufs mit dem Erwerb der Ware in Höhe der Differenz aus dem Kartellpreis und dem (hypothetischen) Wettbewerbspreis eingetreten. Die Frage der Schadensabwälzung sei nach den Grundsätzen der Vorteilsausgleichung zu beurteilen. Dabei sei einerseits der adäquate Kausalzusammenhang zwischen Vorteil und Schadensereignis zu prüfen. Andererseits seien nur solche Vorteile anrechenbar, deren Anrechnung mit dem Zweck des Ersatzanspruchs übereinstimme, dh dem Geschädigten zumutbar sei und den Schädiger nicht unangemessen entlaste. Die Kausalität des Kartells für den Vorteil, der dem Geschädigten in Form höherer Erlöse zufließe, sei nach den gleichen Maßstäben zu beurteilen wie die Feststellung der kartellbedingten Preisabwälzung auf den Geschädigten. Sein kartellbedingter Vorteil sei das Spiegelbild des seinem

Kunden kartellbedingt entstandenen Schadens. Demnach sei nach ökonomischen Gesichtspunkten zu beurteilen, ob die Preiserhöhung auf der nachfolgenden Marktstufe kartellbedingt sei. Durch den Gleichklang der Kausalitätsprüfungen werde dem Umstand Rechnung getragen, dass der Schaden, soweit er in der Differenz aus dem Kartellpreis und dem (hypothetischen) Wettbewerbspreis bestehe, bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise nur einmal eingetreten sei und den verschiedenen Marktstufen nur alternativ, nicht aber kumulativ zugeordnet werden könne.

4.7.5. Der EuGH (13. 7. 2006, verb Rs C-295-298/04 - Manfredi/Lloyd Adriatico Assicurazioni ua, Rn 99) hat ausgesprochen, dass es das Unionsrecht nicht verbietet, dafür Sorge zu tragen, dass der Schutz der unionsrechtlich gewährleisteten Rechte zu keiner ungerechtfertigten Bereicherung der Anspruchsteller führt. Im Zusammenhang mit der Frage der Schadensüberwälzung wurde im Schrifttum (*Eilmansberger in Koppensteiner, Österreichisches und europäisches Wirtschaftsprivatrecht* 6/1, 167) auf die Rechtsprechung des EuGH zum gemeinschaftsrechtlichen Erstattungsanspruch verwiesen, der nur dann zusteht, wenn der Abgabepflichtige die Abgabe nicht über den Preis abgewälzt hat (EuGH 14. 1. 1997, C-192-218/95 - Société Comateb ua/ Directeur général des douanes et droits indirects, Slg 1997, I-00165, Rn 20 ff). Da der EuGH in seinen Entscheidungen *Courage* und *Manfredi* auch auf die zum gemeinschaftsrechtlichen Erstattungsanspruch ergangenen Entscheidungen verweist, kann davon ausgegangen werden, dass die darin getroffenen Erwägungen zur Schadensüberwälzung auch im Zusammenhang mit wegen Kartellrechtsverletzungen erhobenen Schadenersatzklagen beachtlich sind.

4.7.6. Im österreichischen Schadenersatzrecht sehen Lehre und Rechtsprechung eine Schadensverlagerung auf einen Dritten als gerechtfertigt an, wenn beim unmittelbar Geschädigten kein Vermögensnachteil eintritt, weil der Dritte zum Schädigungszeitpunkt aufgrund besonderer Rechtsbeziehungen zum Geschädigten das wirtschaftliche Risiko zu tragen hatte (*Reischauer* in *Rummel*³ § 1295 Rz 27 ff; *Karner* in *KBB*³ § 1295 ABGB Rz 17; *Lukas*, Von liquidierbaren Drittschäden, anzurechnenden Vorteilen und unechten Gesamtschulden, *JB1* 1996, 481, 484 ff; RIS-Justiz RS0022608; RS0022578 [T4]; RS0022612 [T4]). „Klassische“ Anwendungsfälle dieser Drittschadensliquidation sind die Lohnfortzahlung (RIS-Justiz RS0043287), die Überwälzung von Kosten auf den Leasingnehmer bei Beschädigung des Leasingobjekts (RIS-Justiz RS0020815; RS0050071), Gefahrtragungsregeln bei Kauf- oder Werkverträgen (RIS-Justiz RS0022563) oder Fälle mittelbarer Stellvertretung im Frachtrecht (4 Ob 2336/96 = SZ 69/266: Drittschadensliquidation durch den Hauptfrachtführer).

4.7.7. Im Anlassfall ist die Klägerin nach ihrem Vorbringen zur Klagsführung legitimiert. Selbst wenn man nämlich den Primärschaden aus der Verrechnung überhöhter Transaktionsgebühren (infolge der gewählten Verrechnungstechnik) beim Auftraggeber annehmen wollte, hätte sich dieser Schaden aufgrund des bereits bei Schadenseintritt bestehenden Innenverhältnisses zwischen Auftraggeber und Klägerin auf die Klägerin verlagert und kann von ihr nach den Grundsätzen der Drittschadensliquidation geltend gemacht werden. Die schutzwürdigen Interessen der ersatzpflichtigen Kartellanten bleiben dadurch unberührt: Sie müssen ihrer Ersatzpflicht immer nur einmal genügen; selbst wenn man auch einen

Anspruch der Auftraggeberin annehmen wollte, würden sie durch eine Zahlung an die Klägerin jedenfalls befreit (§ 893 ABGB; vgl 4 Ob 2336/96 = SZ 69/266). Eine Schadensverlagerung aufgrund einer konkret darauf gerichteten Vereinbarung (hier durch das Handeln der Auftraggeberin „auf Rechnung“ der Klägerin) ist etwas anderes als das bloß faktische Überwälzen des Schadens auf Dritte, das sich aus einem kartellbedingt erhöhten Preis auf einem nachgelagerten Markt ergibt. Daher können die Argumente, die im letztgenannten Fall gegen die Annahme einer rechtlich relevanten Schadensverlagerung (also gegen eine Passing-on-Defense) sprechen, hier auf sich beruhen (vgl die Nachweise unter Punkt 4.7.2.).

5. Nach allgemeinen schadenersatzrechtlichen Grundsätzen bestehen folgende Anspruchsvoraussetzungen eines Schadenersatzanspruchs bei Verstößen gegen innerstaatliches oder gemeinschaftsrechtliches Wettbewerbsrecht: a) kartellrechtswidriges Verhalten; b) Anspruchsteller ist Betroffener der Zuwiderhandlung; c) Schaden; d) Kausalität und Zurechnungszusammenhang zwischen Verstoß und Schaden; e) Verschulden.

6.1. Für die Netzbetreiberin steht aufgrund des gegen sie geführten kartellrechtlichen Verfahrens bindend fest, Beteiligte eines Preiskartells gewesen zu sein, in dessen Rahmen ihren Mitbewerbern der Höhe nach sachlich nicht gerechtfertigte Transaktionsgebühren vorgeschrieben wurden (Punkt 15a des Bankomatvertrags). Der Vertrag bewirkte durch die sachlich unbegründete Preisgestaltung, dass konkurrenzierende Systeme von Mitbewerbern (also auch jenes der Klägerin) einen Kostennachteil gegenüber jenem System hinnehmen mussten, an dem die Netzbetreiberin beteiligt ist; dies erschwerte die Aktivitäten von

Mitbewerbern auf dem betroffenen Markt. Die Höhe der festgelegten Transaktionsgebühr war das Ergebnis von Verhandlungen zwischen der Netzbetreiberin und den Banken (also auch den Beklagten); Übereinstimmung herrschte darin, dass die festgesetzten Gebühren auch für Mitbewerber der Netzbetreiberin zu gelten hatten. Deshalb verlangten an der Netzbetreiberin beteiligte Banken (also auch die Beklagten) von Mitbewerbern der Netzbetreiberin (also auch der Klägerin) Transaktionsgebühren in einheitlicher Höhe gemäß Punkt 15a des Bankomatvertrags. Damit erlangte die wettbewerbsbeschränkende Vereinbarung eine über Vorbereitungshandlungen hinausgehende relevante Außenwirkung. Die Netzbetreiberin leistete damit einen wesentlichen Beitrag beim Zustandekommen der wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarung und zog aus dieser auch wirtschaftlichen Nutzen, weil ihre marktbeherrschende Stellung dadurch ungefährdet blieb.

6.2. Unterstellt man im Rahmen der Schlüssigkeitsprüfung, dass sich die Richtigkeit dieses Sachverhalts auch im hier anhängigen Schadenersatzprozess erweist, müssen auch die Beklagten als wesentlich Beteiligte an einem unzulässigen Preiskartell mit dem zuvor beschriebenen Inhalt beurteilt werden. Sie wären dann nämlich als Mitgesellschafter eines Gemeinschaftsunternehmens inländischer Banken (der Netzbetreiberin) zu beurteilen, mit dem sie gemeinsam und über lange Zeit ein unzulässiges Preiskartell abgesprochen und durchgeführt hätten.

7.1. Bei der gebotenen wirtschaftlichen Betrachtungsweise kartellrechtlicher Sachverhalte ist der wahre wirtschaftliche Gehalt und nicht die äußere

Erscheinungsform des Sachverhalts maßgebend (vgl § 20 KartG).

7.2. Es kann dann aber keine unterschiedlichen Rechtsfolgen auslösen, ob an einem Preiskartell beteiligte Banken die verbotswidrige Vereinbarung nur untereinander absprechen und vollziehen, oder ob sie sich dazu auch eines für bestimmte Aktivitäten (hier: Abwicklung eines bargeldlosen Zahlungssystems) gegründeten Gemeinschaftsunternehmens bedienen.

7.3. Kartellrechtsverstöße mehrerer Unternehmen im Unternehmensverbund sind sämtlichen beteiligten Unternehmen zuzurechnen, die in Kenntnis der wesentlichen Umstände des Verstoßes daran beteiligt sind, auch wenn „verbundintern“ eine Aufgabenverteilung vereinbart wurde (vgl das in der bußgeldrechtlichen EuGH-Rechtsprechung entwickelte Konzept der Zurechnung fremden Verhaltens innerhalb einer wirtschaftlichen Einheit; Nachweise etwa bei *Meeßen*, Der Anspruch auf Schadensersatz bei Verstößen gegen EU-Kartellrecht - Konturen eines Europäischen Kartelldeliktsrechts? 388 ff).

7.4. Der Zweck einer Verhaltenszurechnung bei Vorliegen einer wirtschaftlichen Einheit mehrerer Unternehmen ist es, eine Privilegierung der Funktionsaufteilung innerhalb der wirtschaftlichen Einheit gegenüber Einheitsunternehmen zu vermeiden. Dies gilt gleichermaßen für das kartellrechtliche Bußgeldverfahren wie für die zivilrechtliche Haftung. Das Erreichen dieses Ziels darf nicht dadurch unterlaufen werden, dass sich der Unternehmensteil, der sich das schuldhafte Verhalten eines anderen Unternehmensteils zurechnen lassen muss, durch den Hinweis auf fehlendes Eigenverschulden der haftungsrechtlichen Verantwortlichkeit entziehen könnte. Die

ratio der Verhaltenszurechnung verlangt daher, dass in den Fällen ihrer Anwendung - jedenfalls für die Zwecke der deliktsrechtlichen Haftung - auch das Verschulden mitzugerechnet wird. Der Geschädigte soll - wie bei einem Einheitsunternehmen - nicht darauf verwiesen werden können, in einem von außen vielleicht schwer durchschaubaren Unternehmensverbund die verantwortungstragende Teileinheit identifizieren zu müssen (vgl. *Meeßen* aaO 391).

7.5. Dass es den Bankomatvertrag in einer ihnen zurechenbaren Form gar nicht gäbe, haben die Beklagten im Übrigen nie behauptet. Die Erstbeklagte hat in ihrer Klagebeantwortung sogar ausdrücklich als richtig zugestanden, dass die Abwicklung von Zahlungskartentransaktionen im Bankomatvertrag geregelt war, der im Herbst 1998 durch einen Punkt 15a ergänzt wurde, und dass am Bankomatvertrag sämtliche inländischen issuer (also Banken) mittelbar oder unmittelbar beteiligt waren. Erst- und Zweitbeklagte haben sich auch darauf berufen, dass der Bankomatvertrag mit ihrem Wissen und Willen bei der Europäischen Kommission zur Erteilung eines Negativattests, in eventu einer Einzelfreistellung, angemeldet worden sei, was seine „vorläufige Gültigkeit“ zur Folge gehabt habe.

7.6. Für die Beklagten wäre nach den zuvor ausgeführten Grundsätzen zur Zurechnung im Unternehmensverbund daher auch nichts gewonnen, falls ihnen der Beweis gelänge, dass die für sie im Rahmen des Preiskartells handelnden und auftretenden Personen jeweils keine „Repräsentanten“ der Beklagten gewesen wären: Unter den in den Kartellverfahren festgestellten Umständen wäre an ihrer Beteiligtenstellung nicht zu zweifeln, haben sie doch - folgt man dem kartellgerichtlich festgestellten

Sachverhalt - in Kenntnis der wesentlichen Umstände des Preiskartells dieses im durch die Netzbetreiberin vermittelten Unternehmensverbund gemeinsam mit den anderen Banken durch Einhebung überhöhter Transaktionsgebühren tatsächlich durchgeführt und damit einen wesentlichen Beitrag zur Umsetzung der Kartellvereinbarung geleistet.

8.1. Die Vorinstanzen haben daher die Schlüssigkeit des Vorbringens der Klägerin zum geltend gemachten deliktsrechtlichen Schadenersatzanspruch zu Unrecht verneint. Die Klägerin ist unabhängig vom Bestehen konkreter Vertragsverhältnisse berechtigt, als Marktteilnehmerin Schadenersatzansprüche nach § 1311 ABGB wegen Verstoßes gegen kartellrechtliche Vorschriften geltend zu machen und hat dazu ausreichendes Vorbringen erstattet.

8.2. Die Anregung der Klägerin, ein Vorabentscheidungsersuchen an den Europäischen Gerichtshof zu richten, ist nicht aufzugreifen, weil der hier anhängige Schadenersatzprozess nach den einschlägigen Normen des nationalen Schadenersatzrechts zu entscheiden ist.

8.3. Der Revision ist Folge zu geben und dem Erstgericht die Fortsetzung des Verfahrens unter Abstandnahme vom gebrauchten Abweisungsgrund aufzutragen.

9. Ungeachtet des bisher nur cursorisch festgestellten Sachverhalts ist das Erstgericht schon jetzt auf folgende Rechtsauffassungen zu verweisen, die ihm überbunden werden und die es im fortzusetzenden Verfahren zu beachten haben wird:

9.1. Ein Verstoß gegen den Schutzzweck der Norm iSd § 1311 ABGB führt im deliktischen Bereich zur

Haftung gemeinschaftlich handelnder Täter, wenn jeder von ihnen eine *conditio sine qua non* für denselben Schaden gesetzt hat. Die solidarische Haftung ergibt sich diesfalls aus § 1302 ABGB. Mehrere Täter, die mit dem gemeinsamen Vorsatz handeln, eine Norm zu übertreten, die Schädigungen vorbeugen will, trifft eine solidarische Haftung, ohne dass sich der Vorsatz auf den vollen Schadenserfolg erstrecken müsste. Das ist insbesondere bei Schutzgesetzverletzungen von Bedeutung (5 Ob 39/11p mwN; vgl RIS-Justiz RS0112574).

§ 1302 ABGB stellt zwar bei der Anordnung der Solidarhaftung trotz Bestimmbarkeit der Anteile auf die vorsätzliche Mittäterschaft ab. Solidarhaftung ist aber auch schon dann gerechtfertigt, wenn zwar kein gemeinschaftlicher Schädigungsvorsatz bestand, zwischen den mehreren Personen aber Einvernehmen über die Begehung einer rechtswidrigen Handlung herrschte und diese Handlung für den eingetretenen Schaden konkret gefährlich war (RIS-Justiz RS0109825).

9.2. Wird ein Schadenersatzanspruch auf die Verletzung eines Schutzgesetzes gestützt, hat der Geschädigte den Schadenseintritt und die Verletzung des Schutzgesetzes zu beweisen. Für Letzteres reicht der Nachweis aus, dass die Schutznorm objektiv übertreten wurde. Ob die Schutzgesetzverletzung auch rechtswidrig ist, ergibt sich aus dem Vorliegen eines objektiven Sorgfaltsverstoßes (*Karner* in KBB³ § 1311 Rz 5). Da es sich - wie zuvor ausgeführt - beim Kartellverbot um ein Schutzgesetz iSd § 1311 ABGB handelt, ergibt sich die Rechtswidrigkeit aus der Gesetzesverletzung selbst.

9.3.1. Von der Rechtsprechung und einem Teil der Lehre wird § 1298 ABGB auch bei der Verletzung von Schutzgesetzen iSd § 1311 ABGB angewendet (Nachweise bei

Karner in KBB³ § 1298 Rz 4). Den Nachweis, dass die objektive Übertretung des Schutzgesetzes nicht als schutzgesetzbezogenes Verhaltensunrecht anzulasten ist, muss deshalb der Schädiger erbringen (Beweislastumkehr in Bezug auf das Verschulden).

9.3.2. § 2 ABGB wird heute einschränkend dahin verstanden, dass sich niemand allein mit Gesetzesunkenntnis entschuldigen kann. Entscheidend ist, ob Rechtskenntnis in concreto zumutbar war. Dabei sind vor allem zwei Aspekte von Bedeutung: zum einen, ob der betreffenden Person (ausreichende) Rechtskenntnis bei gehöriger Aufmerksamkeit möglich gewesen wäre, und zum anderen, ob es sich um Regeln handelt, um deren Kenntnis sich die Person aufgrund ihrer Aktivität hätte kümmern müssen (*P. Bydlinski* in KBB³ § 2 Rz 3). Dass eine auf dem Markt spürbare Preisabsprache zwischen Unternehmern verboten ist, muss jeder Unternehmer wissen (dies gilt auch für die Zeit zwischen 1998 und 2007), ohne dass es dafür besonderen juristischen Rats bedürfte. Verschuldensausschließende Umstände sind bei einem Preiskartell kaum denkbar.

9.3.3. Die von den Beklagten ins Treffen geführte „Anmeldung“ des Bankomatvertrags bei der Europäischen Kommission (offenbar 1988, oder früher und 1988 nur „Nachtragsanmeldung“ des Pkt 15a) kann allerdings aus folgenden Überlegungen keinen Schuldausschließungsgrund bilden:

9.3.4. Nach der damals geltenden gemeinschaftsrechtlichen Verfahrensvorschrift (VO 17/62) konnte die Europäische Kommission ua aufgrund eines Antrags auf Erteilung eines Negativattestes gemäß Art 2 VO 17/62 (sofern der angezeigte Sachverhalt nicht unter Art 81 Abs 1 bzw 85 EGV fiel) oder gemäß Art 4 VO 17/62

aufgrund eines Antrags auf Erteilung einer Einzelfreistellung (Art 85 bzw 81 Abs 3 EGV) tätig werden.

9.3.5. Eine solche Anmeldung hatte aber immer nur allfällige Geldbußenimmunität zwischen Anmeldung und Kommissionsentscheidung (Art 15 Abs 5 VO 17/62) zur Folge (*Stockenhuber*, Europäisches Kartellrecht 114). Dass auch zivilrechtliche Rechtsfolgen von Kartellverstößen durch eine Anmeldung entfielen, ist weder der VO 17/62 zu entnehmen, noch wird solches in der Rechtsprechung noch im Schrifttum vertreten. Überdies konnte eine solche positive Entscheidung der Europäischen Kommission nur von den Verboten des EG-V freistellen, nicht aber vom innerstaatlichen Recht.

9.3.6. Nach dem nach damaliger Rechtslage herrschenden Grundsatz der Parallelanwendung von europäischem und innerstaatlichem Recht (mit Vorrang des europäischen Rechts) wäre das Kartellgericht zwar an eine Einzelfreistellung der Europäischen Kommission gebunden gewesen, nicht dagegen an ein Negativattest, einen „comfort letter“ (= ein Verwaltungsschreiben mit inhaltlichem Negativattest) oder eine Bekanntmachung (vgl *Stockenhuber* aaO 136 mwN). Umso weniger hatte eine bloße „Anmeldung“ des Bankomatvertrags bei der Europäischen Kommission irgendwelche Auswirkungen auf innerstaatliche Verfahren.

9.3.7. Nur im Fall einer (formellen) Einleitung eines Verfahrens durch die Europäische Kommission verlor die nationale Wettbewerbsbehörde gemäß Art 9 Abs 3 VO 17/62 insoweit ihre Zuständigkeit, als zwar ein innerstaatliches Verfahren fortgeführt werden konnte, eine der Europäischen Kommission widersprechende Entscheidung aber durch „geeignete Maßnahmen“ verhindert werden musste (vgl *Stockenhuber* aaO 137 f).

9.3.8. Was unter „Einleitung des Verfahrens“ zu verstehen ist, sagt die VO 17/62 nicht. Es handelt sich dabei jedenfalls um einen hoheitlichen Rechtsakt, mit dem der Wille, eine Entscheidung zu treffen, zum Ausdruck gebracht wird. Weder die Erteilung einer Eingangsbestätigung noch die Durchführung von Untersuchungshandlungen reichen dafür aus (*Stockenhuber* aaO 111). Dass eine solche Verfahrenseinleitung betreffend den angezeigten Bankomatvertrag jemals stattgefunden hätte, haben die Beklagten nicht behauptet; solches wurde auch in den kartellrechtlichen Verfahren nicht festgestellt. Einen guten Glauben an die Rechtmäßigkeit ihres Handelns können die Beklagten daher nicht mit der Anmeldung des Bankomatvertrags bei der Europäischen Kommission begründen.

10.1. Der verfolgte Schadenersatzanspruch ist auch noch nicht verjährt.

10.2. Eine spezifische Verjährungsvorschrift für einen Schadenersatzanspruch bei Verstößen gegen innerstaatliches oder gemeinschaftsrechtliches Wettbewerbsrecht besteht de lege lata nicht (vgl aber § 37a Abs 4 KartG des in Begutachtung befindlichen Entwurfs einer Kartellgesetz-Novelle 2012).

10.3. Der Beginn der Verjährungsfrist setzt die Kenntnis des Verletzten von dem Schaden und von der Person des Ersatzpflichtigen voraus, die durch die verschuldete Unkenntnis nicht ersetzt wird. Die Kenntnis von der Person des Ersatzpflichtigen muss so weit reichen, dass der Beschädigte aufgrund des ihm bekannt gewordenen Materials eine Klage gegen die Person des Schädigers mit Erfolg zu begründen in der Lage ist (RIS-Justiz RS0034686 [T3]). Die Kenntnis des Sachverhalts, der den Grund des

Entschädigungsanspruchs darstellt, beginnt erst, wenn dem Beschädigten der Sachverhalt soweit bekannt wurde, dass er eine Klage mit Aussicht auf Erfolg anstellen hätte können (RIS-Justiz RS0034524). Regelmäßig ist auf die Umstände des konkreten Falls abzustellen (vgl RIS-Justiz RS0034524 [T10, T23, T32, T41]).

10.4. Hier ist zu berücksichtigen, dass die Klägerin weder Einsicht in die Kostenstruktur der Netzbetreiberin und der Banken hatte, noch an den Kartellverfahren beteiligt war. Unter diesen Umständen kann eine ausreichende Kenntnis der Klägerin vom schadensbegründenden Sachverhalt und der Person des Schädigers nicht vor der Veröffentlichung einer einschlägigen rechtskräftigen Entscheidung in einem der Kartellverfahren angenommen werden.

10.5. In Frage kommt hiebei nur die Entscheidung des Kartellobergerichts im Bußgeldverfahren (16 Ok 4/07 vom 12. 9. 2007), weil das zuvor eingeleitete Feststellungsverfahren nach Aufhebung der erstinstanzlichen Entscheidung und Antragsrückziehung durch die Mitbewerberin der Klägerin von der Bundeswettbewerbsbehörde nicht weiter verfolgt wurde. Ausgehend von diesem Entscheidungsdatum ist die im November 2008 eingelangte Klage jedenfalls fristgerecht, ohne dass es auf die Veröffentlichung dieser Entscheidung im RIS oder in der Fachliteratur weiter ankommt. Unerheblich ist unter den gegebenen Umständen auch, ob es sich um eine fortgesetzte Schädigung handelte, bei der für jede Schädigung (jeden einzelnen Zahlungsvorgang) eine neue Verjährungsfrist anzunehmen ist oder nicht (vgl RIS-Justiz RS0034536).

10.6. Die über das laufende Kartellverfahren veröffentlichten Zeitungsberichte bildeten kein ausreichendes

objektives Substrat für eine mit Erfolg anzustrebende Schadenersatzklage. Erkundigungspflichten des Geschädigten dürfen nicht überspannt werden (RIS-Justiz RS0034327). Objektive und für eine aussichtsreiche Klagsführung ausreichende Information waren der Klägerin vor der genannten Entscheidung nicht zugänglich, zumal zur Schadenshöhe wohl das Gutachten im Kartellverfahren notwendig gewesen wäre. Die Amtsparteien waren nach den für sie geltenden gesetzlichen Bestimmungen (§§ 75 ff KartG; WettBG) nicht zur Auskunftserteilung an Dritte verpflichtet; beim Kartellgericht wäre ein Antrag auf Akteneinsicht jedenfalls ab 1. 1. 2006 (Inkrafttreten des KartG 2005) wegen § 39 KartG nicht mehr erfolgreich gewesen. Die Kenntnis der Entscheidung des Kartellgerichts vom 17. 12. 2003, 27 Kt 243, 244/02-61, wäre der Klägerin nicht hilfreich gewesen, weil sie nicht rechtskräftig geworden ist.

11. Der Kostenvorbehalt beruht auf § 52 Abs 1 zweiter Satz ZPO.

Oberster Gerichtshof,
Wien, am 2. August 2012
Dr. S c h e n k
Für die Richtigkeit der Ausfertigung
die Leiterin der Geschäftsabteilung: