



# LANDGERICHT KÖLN

## IM NAMEN DES VOLKES

### TEILGRUND- UND TEILENDURTEIL

88 O 1/11

Verkündet am 17.01.2013

Allwicher, Justizbeschäftigter, als  
Urkundsbeamter der Geschäftsstelle

In dem Rechtsstreit

der [REDACTED], vertreten durch die Geschäftsführung, Hans-Joachim Iken (Vorsitzender), Ulf Heggenberger, Dr. Norbert Schulz, Dirk Thole, Cloppenburg Str. 310, 26133 Oldenburg,

Klägerin,

- Prozessbevollmächtigte: Rechtsanwälte Juconomy, Graf-Recke-Str. 82, 40239 Düsseldorf zu EWE-2010-015/08 –

gegen

die [REDACTED], vertreten durch die Vorstände Niek Jan van Damme (Sprecher), Thomas Berlemann, Thomas Dannenfeldt, Thomas Freude, Friedrich Fuß, Christoph Ganswindt, Dr. Christian P. Illek, Dr. Bruno Jacobfeuerborn, Dietmar Welslau, Landgrabenweg 151, 53227 Bonn,

Beklagte,

- Prozessbevollmächtigte: Rechtsanwälte WilmerHale, Friedrichstr. 95, 10117 Berlin zu 1218148.00148 cm -

wegen kartellrechtlicher Schadensersatzforderung

hat die 8. Kammer für Handelssachen  
auf die mündliche Verhandlung vom 15. November 2012  
durch den  
Vorsitzenden Richter am Landgericht Paltzer  
sowie die Handelsrichter Hündgen und Notzem

**für Recht erkannt:**

1.

Die Klage wird in Höhe eines Teilbetrages von 21.698.789,40 € nebst Zinsen abgewiesen.

2.

Die Klageforderung ist im Übrigen dem Grunde nach gerechtfertigt.

3.

Die Kostenentscheidung bleibt der Schlussentscheidung vorbehalten.

**Tatbestand:**

Die Klägerin nimmt die Beklagte auf Zahlung von Schadensersatz wegen der Abforderung kartellrechtswidrig überhöhter Entgelte in Anspruch.

Die Parteien sind Wettbewerber auf dem Telekommunikationsmarkt. Die Beklagte übernahm im Wege der Ausgliederung von [REDACTED] [REDACTED] die Telefonfestnetzsparte, die die [REDACTED] als Nachfolgerin der ehemaligen Deutschen Bundespost betrieben hatte. Wegen der näheren Umstände wird auf Anlage K 34 verwiesen.

Die Klägerin ist Mitbewerberin der Beklagten. Sie übernahm mit Wirkung vom 30.09.2003 im Wege der Verschmelzung die nordcom GmbH (Anlage K 29) sowie mit Wirkung vom 08.10.2008 die Teleos Gesellschaft für Telekommunikation und Netzdienste Ostwestfalen Schaumburg mbH & Co.

KG (Anlagen K 30, K 31) und mit Wirkung vom 18.06.2009 die Osnatel GmbH (Anlage K 33).

Es geht der Klägerin um Ersatz kartellrechtlicher Ansprüche wegen marktmissbräuchlichen Verhaltens der Beklagten bzw. deren Rechtsvorgängerin aus der Zeit 1998-2003.

Zu dieser Zeit war eine Marktöffnung bereits erfolgt, die Wettbewerber wie auch die Klägerin und die von ihr übernommenen Gesellschaften verfügten aber nur über geringe eigene Netzkapazitäten, insbesondere war die Beklagte im Besitz der Kundenzugänge. Die Beklagte hatte diese sog. TAL (Teilnehmeranschlussleitungen) den Mitbewerbern zur Verfügung zu stellen, durfte hierfür allerdings auch einen Preis (Vorleistungsentgelt) berechnen, der durch die RegTP festgesetzt wurde.

Die Klägerin wirft der Beklagten vor, die [REDACTED] habe von ihren Endkunden gegenüber den Vorleistungsentgelten missbräuchlich untersetzte Preise genommen und hierdurch eine sog. Preis-Kosten-Schere (PKS) bewirkt. Von einer PKS ist die Rede, wenn das Endkundenentgelt der Beklagten (monatliches und einmaliges Entgelt) entweder geringer ist als das Vorleistungsentgelt, das die Beklagte von ihren Mitbewerbern für die TAL verlangt oder wenn es zwar höher ist, aber geringer als die produktspezifischen Kosten der Beklagten. Im Kern ist damit also gemeint, dass die Beklagte bzw. [REDACTED] durch künstlich niedrige Endkundenentgelte versucht haben soll, die Mitbewerbern vom Markt fern zu halten.

Die Klägerin ist der Auffassung, für die Zeit 1998 bis 2001 liege der Fall der negativen PKS vor, für die Zeit von 2001 bis 2003 liege der Fall der nicht ausreichenden PKS vor.

Die Berechnung der Vorleistungsentgelte ist Gegenstand verwaltungsrechtlicher Verfahren.

Die Klägerin erhob am 12.07.1999 Beschwerde bei der Europäischen Kommission (EuK). Die EuK erkannte mit Entscheidung vom 21.05.2003 eine

missbräuchliche Marktbehinderung durch eine PKS der Beklagten. Rechtsmittel zum EuG (Urteil vom 10.04.2008) und sodann zum EuGH (Urteil vom 14.10.2010) blieben erfolglos. Auf die Anlagen K 1, 2, 4 wird inhaltlich Bezug genommen.

Das EuG hat folgende Feststellungen getroffen:

- 1 Die Klägerin [REDACTED], ist die traditionelle Telekommunikationsgesellschaft in Deutschland. Der deutsche Staat ist an ihr mit 30,92 % direkt und mit 12,13 % indirekt (über die Kreditanstalt für Wiederaufbau) beteiligt, während 56,95 % der Anteile von institutionellen und privaten Anlegern gehalten werden.
- 2 Die Klägerin betreibt das deutsche Telefonfestnetz. Vor der vollständigen Liberalisierung der Telekommunikationsmärkte verfügte sie über ein gesetzliches Monopol bei der Bereitstellung von Telekommunikationsdienstleistungen im Festnetz an Endkunden. Seit Inkrafttreten des Telekommunikationsgesetzes (im Folgenden: TKG) vom 25. Juli 1996 (BGBl. 1996 I S. 1120) am 1. August 1996 ist sowohl der Markt für die Infrastrukturbereitstellung als auch der Markt für die Bereitstellung von Telekommunikationsdienstleistungen in Deutschland liberalisiert. Seither ist die Klägerin auf beiden Märkten einem unterschiedlich hohen Grad an Wettbewerb durch andere Betreiber ausgesetzt.
- 3 Die Ortsnetze der Klägerin bestehen aus jeweils mehreren Teilnehmeranschlussleitungen zu den Endkunden. Der Ausdruck "Teilnehmeranschluss" bezeichnet die physische Verbindung, mit der der Netzendpunkt in den Räumlichkeiten des Teilnehmers an den Hauptverteilerknoten oder an eine gleichwertige Einrichtung im festen öffentlichen Fernsprechnetzt angeschlossen wird.
- 4 Die Klägerin bietet sowohl anderen Telekommunikationsbetreibern als auch Endkunden Zugang zu ihren Teilnehmeranschlussleitungen an. Hinsichtlich der Zugangsdienste und Entgelte der Klägerin ist daher zwischen dem Ortsnetzzugang, den sie ihren Wettbewerbern zur Verfügung stellt (im Folgenden: Vorleistungen), und dem Ortsnetzzugang, den sie ihren Endkunden zur Verfügung stellt (im Folgenden: Endkunden-Zugangsdienste), zu unterscheiden.

I - Vorleistungen

5 Mit Entscheidung Nr. 223a des Bundesministeriums für Post und Telekommunikation (im Folgenden: BMPT) vom 28. Mai 1997 wurde die Klägerin ab Juni 1997 verpflichtet, ihren Wettbewerbern einen vollständig entbündelten Zugang zu den Teilnehmeranschlussleitungen zu gewähren.

6 Die Vorleistungsentgelte der Klägerin setzen sich aus zwei Komponenten zusammen, einem Monatsentgelt und einem Einmalentgelt. Kündigt ein Wettbewerber eine Teilnehmeranschlussleitung, stellt die Klägerin ihm ein Kündigungsentgelt in Rechnung.

7 Nach § 25 Abs. 1 TKG unterliegen die Vorleistungsentgelte der Klägerin der vorherigen Genehmigung durch die Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post (im Folgenden: RegTP).

8 Hierbei prüft die RegTP, ob die von der Klägerin vorgeschlagenen Vorleistungsentgelte den Anforderungen des § 24 TKG entsprechen. So haben sich die Entgelte nach § 24 Abs. 1 TKG "an den Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung zu orientieren". Außerdem dürfen Entgelte nach § 24 Abs. 2 TKG:

"1. keine Aufschläge enthalten, die nur auf Grund der marktbeherrschenden Stellung ... eines Anbieters auf dem jeweiligen Markt der Telekommunikation durchsetzbar sind,

2. keine Abschläge enthalten, die die Wettbewerbsmöglichkeiten anderer Unternehmen auf einem Markt der Telekommunikation beeinträchtigen, oder

3. einzelnen Nachfragern keine Vorteile gegenüber anderen Nachfragern gleichartiger oder ähnlicher Telekommunikationsdienstleistungen auf dem jeweiligen Markt der Telekommunikation einräumen,

es sei denn, dass hierfür ein sachlich gerechtfertigter Grund nachgewiesen wird".

9 Nach § 29 Abs. 1 TKG ist die Klägerin verpflichtet, während der Geltungsdauer der RegTP-Entscheidung ausschließlich die von der RegTP genehmigten Entgelte zu verlangen.

II - Endkunden-Zugangsdienste

10 Die Klägerin bietet zwei Grundvarianten der Endkunden-Zugangsdienste an: die traditionelle analoge Leitung (Markenname: T-Net) und die digitale Schmalbandleitung (Integrated Services Digital Network - ISDN, Markenname: T-ISDN). Diese beiden Grundvarianten für den Endkundenzugang können über das historisch ausgebaute Doppelkupferadernetz der Klägerin erbracht werden (Schmalbandanschlüsse). Daneben bietet sie ihren Endkunden auch Breitbandanschlüsse (Asymmetrical Digital Subscriber Lines - ADSL, Markenname: T-DSL) an, und zwar durch zusätzliche Aufrüstung der bestehenden T-Net- oder T-ISDN-Anschlüsse zur Ermöglichung von Breitbanddiensten wie z. B. einem schnellen Internetzugang.

11 Die Entgelte der Klägerin für die Endkunden-Zugangsdienste (im Folgenden auch: Endkundenentgelte oder Endkundenpreise) über analoge und ISDN-Leitungen sind im Rahmen eines Price-Cap-Systems reguliert. Im Gegensatz dazu werden die Endkundenpreise für ADSL von der Klägerin nach eigenem Ermessen festgesetzt. Sie können jedoch einer nachträglichen Entgeltregulierung unterzogen werden.

12 Die Endkundenpreise der Klägerin setzen sich aus zwei Komponenten zusammen: einem Monatsentgelt, das von der Qualität der bereitgestellten Leitungen und Dienstleistungen abhängt, und einem einmaligen Entgelt für die Neuschaltung oder Übernahme einer Leitung, je nach dem zu beiden Seiten der Leitung erforderlichen Arbeitsaufwand. Kündigungsentgelte fallen für die Endkunden der Klägerin nicht an.

A - Endkundenentgelte für Analog- und ISDN-Anschlüsse (T-Net und T-ISDN)

13 Die Preise für den Zugang zu den Analog- und ISDN-Anschlüssen im Endkundenbereich fallen unter ein Price-Cap-System. Nach § 27 Abs. 1 Satz 2 und § 25 Abs. 1 TKG sowie den §§ 4 und 5 der Telekommunikations-Entgeltregulierungsverordnung vom 1. Oktober 1996 (BGBl. I 1996 S. 1492, im Folgenden: TEntgV) erfolgt die Regulierung der Endkundenpreise für den Anschluss an das Netz der Klägerin und für Gesprächsverbindungen nicht getrennt für jede Einzelleistung anhand der jeweils anfallenden Kosten, sondern für mehrere Leistungen gemeinsam, wobei die verschiedenen Einzelleistungen in Körben zusammengefasst werden.

14 Das Price-Cap-System für den Zugang zum Netz der Klägerin wurde mit Beschluss des BMPT vom 17. Dezember 1997 (Mitteilung 202/1997, Amtsblatt [BMPT] 34/97, S. 1891) eingeführt. Es wurde von der RegTP ab dem 1. Januar 1998 übernommen. Dabei bildete die RegTP zwei Körbe, einen mit Dienstleistungen für Privatkunden und den anderen mit

Dienstleistungen für Geschäftskunden. In beiden Körben waren sowohl Endkunden-Zugangsdienste (analoge und ISDN-Standardanschlüsse) als auch das gesamte Angebotsspektrum der Klägerin im Fernsprechbereich wie z. B. Orts-, Regional-, Fern- und Auslandsgespräche enthalten.

15 Nach § 4 Abs. 1 und 2 TEntgV setzt die RegTP für alle in einem Korb zusammengefassten Dienstleistungen ein Ausgangsentgeltniveau fest und ordnet Zielvorgaben für die Entwicklung des Korbpreises über einen bestimmten Zeitraum hinweg an.

16 In diesem Preissystem wird somit für jeden Korb eine Preisobergrenze festgelegt. Verpflichtende Mindestkorbpreise werden hingegen nicht vorgegeben.

17 Nach dem Beschluss des BMPT vom 17. Dezember 1997 musste die Klägerin zwischen dem 1. Januar 1998 und dem 31. Dezember 1999 (erste Price-Cap-Periode) den Gesamtpreis für jeden der beiden Körbe um jeweils 4,3 % senken. Nach Ablauf dieser ersten Periode am 31. Dezember 1999 behielt die RegTP mit Beschluss vom 23. Dezember 1999 die Zusammensetzung der Körbe im Wesentlichen bei und senkte die Korbpreise im Zeitraum vom 1. Januar 2000 bis 31. Dezember 2001 (zweite Price-Cap-Periode) um weitere 5,6 %.

18 Innerhalb dieses Rahmens von bindenden Preissenkungsvorgaben konnte die Klägerin nach vorheriger Genehmigung durch die RegTP die Entgelte für die einzelnen Bestandteile jedes Korbs verändern. Nach § 27 Abs. 2 TKG und § 5 Abs. 3 TEntgV waren geplante Entgeltänderungen genehmigungsfähig, wenn der Durchschnittspreis eines Korbs den vorgegebenen Price-Cap-Index nicht überschritt. Das System erlaubte damit die Entgelterhöhung für einen oder mehrere Bestandteile eines Korbs, solange dabei die Preisobergrenze des Korbs nicht überschritten wurde. Die Genehmigung wurde jedoch nach § 27 Abs. 3 TKG verweigert, wenn die Entgelte "offenkundig den Anforderungen des § 24 Abs. 2 Nr. 2 oder 3 [TKG] nicht [entsprachen] oder wenn sie mit [dem TKG] oder anderen Rechtsvorschriften nicht in Einklang [standen]".

19 In den ersten beiden Price-Cap-Perioden nahm die Klägerin in beiden Körben Senkungen der Endkundenpreise vor und ging dabei über die vorgegebenen Senkungsvorgaben hinaus. Diese Preissenkungen betrafen im Wesentlichen die Gesprächsentgelte. Die Endkundenpreise für die analogen Telefonanschlüsse (die Monats- und Einmalentgelte) blieben während des gesamten Zeitraums von 1998 bis Ende 2001 unverändert. Hinsichtlich der Endkundenpreise für ISDN-Anschlüsse senkte die Klägerin in diesem Zeitraum die Monatsentgelte, ließ aber die Endkunden-Einmalentgelte

unverändert.

20 Seit dem 1. Januar 2002 gilt ein neues Price-Cap-System, das von der RegTP am 21. Dezember 2001 beschlossen wurde (Amtsblatt RegTP 2/2002 vom 6. Februar 2002, S. 75). Das neue System sieht anstelle der beiden früheren Körbe für Privat- und Geschäftskunden nunmehr vier Körbe vor, und zwar für Anschlussleitungen (Korb A), Ortsgespräche (Korb B), Ferngespräche im Inland (Korb C) und Auslandsgespräche (Korb D).

21 Am 15. Januar 2002 teilte die Klägerin der RegTP ihre Absicht mit, die Monatsentgelte für analoge und ISDN-Anschlüsse um je 0,56 Euro zu erhöhen. Diese Erhöhung wurde von der RegTP mit Beschluss vom 13. März 2002 genehmigt.

22 Am 31. Oktober 2002 reichte die Klägerin einen neuen Antrag auf Erhöhung ihrer Endkundenentgelte ein. Dieser Antrag wurde von der RegTP mit Beschluss vom 19. Dezember 2002 teilweise abgelehnt. Die RegTP genehmigte eine Erhöhung des Monatsentgelts für den analogen Telefonanschluss T-Net um 0,33 Euro anstatt, wie von der Klägerin beantragt, um 0,99 Euro und lehnte die beantragte Erhöhung des einmaligen Übernahmeentgelts für T-Net- und T-ISDN-Anschlüsse um 13,30 Euro ab.

#### B - Entgelte für ADSL-Anschlüsse (T-DSL)

23 Bei den ADSL- (T-DSL-) Entgelten erfolgt keine Vorabregulierung mit Hilfe des Price-Cap-Systems. Nach § 30 TKG können diese Entgelte einer nachträglichen Entgeltregulierung unterzogen werden.

24 Nachdem die RegTP mehrere Beschwerden von Wettbewerbern der Klägerin erhalten hatte, leitete sie am 2. Februar 2001 eine nachträgliche Untersuchung der ADSL-Preise der Klägerin ein, um gegebenenfalls eine gegen die deutschen Wettbewerbsregeln verstoßende Kostenunterdeckung festzustellen. Sie stellte das Verfahren am 25. Januar 2002 mit der Begründung ein, dass die Anhebung der Entgelte, die die Klägerin am 15. Januar 2002 angekündigt habe, keine Verdachtsmomente für Preisdumping mehr biete.

#### Verwaltungsverfahren

25 Zwischen dem 18. März und dem 20. Juli 1999 legten 15 mit der Klägerin im Wettbewerb stehende Unternehmen bei der Kommission Beschwerden gegen die Preisgestaltung der Klägerin ein. ...

34 Am 21. Mai 2003 erließ die Kommission die Entscheidung 2003/707/EG in einem Verfahren nach Artikel 82 EG-Vertrag (Sache COMP/C-1/37. 451, 37. 578, 37. 579 - Deutsche Telekom AG) (ABl. L 263, S. 9, im Folgenden: angefochtene Entscheidung). Sie wurde der Klägerin am 30. Mai 2003 bekannt gegeben.

35 Nach Ansicht der Kommission sind die sachlich relevanten Märkte der vorgelagerte Markt für den Zugang der Wettbewerber der Klägerin zum Teilnehmeranschluss auf der Vorleistungsebene sowie die nachgelagerten Märkte für den Zugang zu Schmalbandanschlüssen (Analog- und ISDN-Anschlüssen) und Breitbandanschlüssen (ADSL-Anschlüssen) auf der Endkundenebene (Randnr. 91 der angefochtenen Entscheidung). Geografisch deckten diese Märkte das Gebiet Deutschlands ab (Randnr. 92 der angefochtenen Entscheidung).

36 Die Kommission stellt fest, dass die Klägerin eine marktbeherrschende Stellung auf allen sachlich relevanten Märkten habe (Randnr. 96 der angefochtenen Entscheidung).

37 Nach Ansicht der Kommission hat die Klägerin dadurch gegen Art. 82 EG verstoßen, dass sie eine missbräuchliche Preisgestaltung in Form einer "Kosten-Preis-Schere" vorgenommen habe, indem sie ihren Wettbewerbern Vorleistungsentgelte berechnet habe, die höher gewesen seien als die Entgelte, die sie ihren Endkunden in Rechnung gestellt habe (Randnrn. 1, 57, 102 und 103 der angefochtenen Entscheidung).

38 Zur Kosten-Preis-Schere wird in den Randnrn. 102 bis 105 der angefochtenen Entscheidung ausgeführt:

"(102) Eine Kosten-Preis-Schere liegt dann vor, wenn die Summe der monatlichen und einmaligen an [die Klägerin] für den Vorleistungszugang zu entrichtenden Entgelte die Wettbewerber zwingt, ihren Endkunden höhere Entgelte zu berechnen als [die Klägerin] ihren eigenen Endkunden für entsprechende Dienstleistungen in Rechnung stellt. Sind die Vorleistungsentgelte höher als die Endkundenentgelte, können die Wettbewerber der [Klägerin] unter keinen Umständen Gewinne erzielen, selbst wenn sie zumindest ebenso effizient wie [die Klägerin] sind, da sie neben den Vorleistungsentgelten noch zusätzliche Kosten, z. B. für Marketing, Rechnungsstellung, Inkasso usw., haben.

(103) Indem [die Klägerin] Vorleistungsentgelte für den Zugang von Wettbewerbern zum Teilnehmeranschluss erhebt, die höher als die eigenen Endkundenentgelte für den Zugang zum Ortsnetz sind, hindert [die Klägerin] ihre Wettbewerber daran, neben bloßen Telefongesprächen auch Zugangsdienste über den Teilnehmeranschluss anzubieten. Damit zwingt [die Klägerin] diejenigen Wettbewerber, die daran interessiert sind, entbündelte Teilnehmeranschlüsse zu bestellen, um ihren Kunden Anschlussdienste anzubieten, ihre Verlust bringenden Zugangsdienste gleichfalls mit höheren Einnahmen aus den Telefongesprächen auszugleichen. Die Gesprächstarife in Deutschland sind in den vergangenen Jahren jedoch erheblich gesunken, so dass die Wettbewerber häufig nicht die wirtschaftliche Möglichkeit haben, eine solche Mischkalkulation vorzunehmen.

(104) [Die Klägerin] vertritt die Auffassung, dass vorliegend der Nachweis einer missbräuchlichen Preisgestaltung in Form der Kosten-Preis-Schere schon dadurch ausgeschlossen sei, dass die Vorleistungsentgelte durch die RegTP verbindlich festgesetzt sind. Eine Kosten-Preis-Schere liege nur dann vor, wenn der Margendruck effektiv durch zu hohe Vorleistungspreise, zu niedrige Endkundenpreise oder eine Mischung aus beiden hervorgerufen werde und eine Beseitigung auf beiden Ebenen rechtlich möglich sei. Ein regulatorisch fixierter Vorleistungspreis führe jedoch dazu, dass [die Klägerin] lediglich Einfluss auf die Höhe der Endkundenzugangsentgelte habe, und diese Entgelte somit einzig der Überprüfung nach den Grundsätzen missbräuchlicher Unter-Kosten-Angebote (Verdrängungswettbewerb) zugänglich seien.

(105) Entgegen der Auffassung [der Klägerin] ist die Missbrauchsform der Kosten-Preis-Schere jedoch für den vorliegenden Sachverhalt einschlägig. In verbundenen Märkten, in denen die Wettbewerber Vorleistungen des etablierten Betreibers beziehen und hierauf angewiesen sind, um auf einem nachgelagerten Produkt- oder Dienstleistungsmarkt den Wettbewerb aufnehmen zu können, kann durchaus eine Kosten-Preis-Schere zwischen den regulierten Vorleistungs- und Endkundenpreisen vorliegen. Denn für den Nachweis einer Kosten-Preis-Schere kommt es zunächst nur darauf an, dass zwischen beiden Entgeltebenen ein Missverhältnis besteht, welches zu einer Wettbewerbsbeschränkung führt. Darüber hinaus ist zwar auch darzulegen, dass das preisregulierte Unternehmen einen unternehmerischen Freiraum hat, die Kosten-Preis-Schere aus eigener Initiative zu vermeiden bzw. zu beseitigen. Wenn dieses - wie im vorliegenden Fall - gegeben ist ..., wird die Frage, welche Entgelte das betroffene Unternehmen ohne staatliches Zutun ändern kann, jedoch lediglich noch für die Auswahl der Mittel zur Beseitigung der Kosten-Preis-Schere erheblich."

39 Hinsichtlich der Methode zur Feststellung der Kosten-Preis-Schere führt die Kommission aus, dass die Wettbewerber der Klägerin über den Zugang zu den Teilnehmeranschlussleitungen der Klägerin ihren Endkunden eine Reihe von verschiedenen Endkundendiensten anbieten könnten, nämlich den analogen Schmalbandzugang, den digitalen Schmalbandzugang (ISDN) oder den Breitbandzugang in Form von ADSL-Diensten. Da die RegTP einen einheitlichen Vorleistungstarif unabhängig davon festsetze, welche nachgeordneten Dienste mit der Teilnehmeranschlussleitung angeboten würden, seien die monatlichen und die - nach der Verweildauer von Anschlussinhabern bemessenen - anteiligen Einmalentgelte der Klägerin für ihre Vorleistungen den monatlichen und den - nach der Verweildauer von Anschlussinhabern bemessenen - anteiligen Einmalentgelten der Klägerin für ihre Endkunden-Zugangsdienste gegenüberzustellen. Um das durchschnittliche Entgelt der Klägerin für die Endkunden-Zugangsdienste zu ermitteln, nimmt die Kommission eine mengenmäßige Gewichtung der unterschiedlichen Endkundenentgelte der Klägerin für Analog-, ISDN- und ADSL-Anschlüsse sowie für die unterschiedlichen Anschlussvarianten bei ISDN- und ADSL-Anschlüssen vor (Randnrn. 113, 115, 116, 142 bis 151 der angefochtenen Entscheidung).

40 Für die Berechnung der Kosten-Preis-Schere berücksichtigt die Kommission ausschließlich die Entgelte für den Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung. Die Gesprächspreise werden nicht in die Berechnung einbezogen (Randnr. 119 der angefochtenen Entscheidung).

41 Nach Ansicht der Kommission "ist eine missbräuchliche Kosten-Preis-Schere dann anzunehmen, wenn die Differenz zwischen den Endkundenentgelten eines marktbeherrschenden Unternehmens und dem Vorleistungsentgelt für vergleichbare Leistungen an seine Wettbewerber entweder negativ ist oder nicht ausreicht, um die produktspezifischen Kosten des marktbeherrschenden Betreibers für die Erbringung seiner eigenen Endkundendienste im nachgeordneten Markt zu decken" (Randnr. 107 der angefochtenen Entscheidung).

42 Bei ihren Berechnungen der Kosten-Preis-Schere kommt die Kommission zu dem Ergebnis, dass zwischen 1998 und 2001 die Spannen zwischen den Vorleistungs- und Endkundenentgelten der Klägerin negativ gewesen seien (Randnr. 153 der angefochtenen Entscheidung). 2002 sei die Spanne positiv gewesen (Randnr. 154 der angefochtenen Entscheidung). Da aber die positive Spanne nicht ausreiche, um die produktspezifischen Kosten der Klägerin für die Erbringung ihrer Leistungen an die Endkunden abzudecken, habe die Kosten-Preis-Schere 2002 weiterhin fortbestanden (Randnrn. 154 und 160 der angefochtenen Entscheidung). So sei es auch noch bei Erlass der angefochtenen Entscheidung gewesen (Randnr. 161 der

angefochtenen Entscheidung).

43 Die Vorleistungs- und Endkundenentgelte der Klägerin unterlägen zwar einer sektorspezifischen Regulierung. Die Klägerin verfüge aber dennoch über ausreichenden Spielraum, um die Kosten-Preis-Schere durch eine Tarifumstrukturierung zu verringern bzw. zu beenden (Randnrn. 57, 105 und 163 bis 175 der angefochtenen Entscheidung). Die Kommission räumt ein, dass die Klägerin ab dem 1. Januar 2002 über keinen Spielraum mehr zur Erhöhung der Endkundenentgelte für die Analog- und ISDN-Anschlüsse verfügt habe. Sie hätte jedoch die Kosten-Preis-Schere zumindest teilweise durch eine Erhöhung der Entgelte für ihre ADSL-Anschlüsse beseitigen können (Randnrn. 171 bis 175 und 206 der angefochtenen Entscheidung).

44 Die Kommission kommt in Randnr. 199 der angefochtenen Entscheidung zu folgendem Ergebnis:

"[Die Klägerin missbraucht] ihre marktbeherrschende Stellung auf den relevanten Märkten für den direkten Zugang zu ihrem Telefon-Festnetz ... Dieser Missbrauch besteht in der Festsetzung unangemessener Preise für Vorleistungs-Zugangsdienste an Wettbewerber und für Endkunden-Zugangsdienste im Ortsnetz und erfüllt somit den Tatbestand des Artikels 82 Buchstabe a) EG-Vertrag. In dem Zeitraum von Anfang 1998 bis Ende 2001 war [die Klägerin] in der Lage, die Kosten-Preis-Schere durch Tarifänderungen auf der Endkundenebene vollständig zu beseitigen. Seit Anfang 2002 ist [die Klägerin] jedenfalls noch in der Lage, die Kosten-Preis-Schere zu verringern, und zwar durch Anhebung der nicht dem Price-Cap-System unterworfenen ADSL-Endkundenentgelte."

45 Die Kommission stellte für den Zeitraum von Anfang 1998 bis Ende 2001 einen schweren Verstoß und für den Zeitraum ab Anfang 2002 einen minder schweren Verstoß fest und verhängte eine Geldbuße in Höhe von 12, 6 Millionen Euro (Randnrn. 207 und 212 der angefochtenen Entscheidung).

46 Der Tenor der angefochtenen Entscheidung lautet:

"Artikel 1 .Die [Klägerin] hat seit 1998 gegen Artikel 82 Buchstabe a) EG-Vertrag verstoßen, indem sie für den Zugang zum Ortsnetz von ihren Wettbewerbern und von ihren Endkunden unangemessene Monats- und Einmalentgelte erhoben und hierdurch den Wettbewerb auf dem Markt für den Zugang zum Ortsnetz erheblich behindert [hat].

Artikel 2. Die [Klägerin] hat den in Artikel 1 genannten Verstoß unverzüglich abzustellen und muss künftig die Wiederholung der in Artikel

1 genannten Handlungen oder Verhaltensweisen unterlassen.

Artikel 3. Wegen des in Artikel 1 genannten Verstoßes wird gegen die [Klägerin] eine Geldbuße in Höhe von 12, 6 Mio. EUR festgesetzt. ..."

Die Parteien schlossen am 19.03.2004 eine Abrede zum Verzicht auf die Einrede der Verjährung, die aber ausdrücklich nicht für schon verjährte Ansprüche gilt.

Die Klägerin ist der Auffassung, der durch die Europäische Kommission festgestellte Marktmissbrauch entfalte eine Bindungswirkung für den hier zu beurteilenden Schadensersatzprozess. Daher stehe für die Entscheidung gemäß Art. 16 VO (EG) Nr. 1/2003 der Kartellrechtsverstoß fest. Die Bindungswirkung folge auch aus dem Vorrang des Gemeinschaftsrechts, ferner aus § 33 Abs. 4 GWB i.d.F. der 7. GWB-Novelle. Es gehe nur noch um die Schadenshöhe.

Danach stehe die Marktbeherrschung der Beklagten fest. Abzustellen sei auf den Markt der Endkundenanschlüsse in Deutschland. Soweit der Markt in Schmalbandzugang (Analog- und ISDN-Anschlüsse) einerseits und Breitbandzugang (ADSL) andererseits zu unterscheiden sei, sei der von der Kommission gewählte mengenmäßig gewichtete Anschluss bestehend aus Analog-, ISDN- und ADSL-Anschlüssen zugrunde zu legen. Hierbei seien mögliche Einnahmen aus Gesprächsverbindungen außer Ansatz zu lassen. Die Wettbewerber der Beklagten müssten wie diese auf die TAL-Vorleistung zugreifen können. Der Vorleistungsmarkt sei in dem relevanten Zeitraum nicht zwischen Schmal- und Breitbanddienstleistungen zu unterscheiden.

Von 1998 bis Mai 2003 habe eine missbräuchliche PKS bestanden, und zwar von 1998 bis Ende 2001 als negative PKS. Die Beklagte hätte diese durch Anhebung ihrer Endkundenentgelte beseitigen können, stattdessen gegenteilig die Endkundenentgelte für ISDN-Anschlüsse gesenkt.

Von 2002 bis Mai 2003 sei die PKS zwar positiv, aber zur Abdeckung der produktspezifischen Kosten der Beklagten für ihre Endkunden nicht auskömmlich gewesen. Auch diese PKS habe die Beklagte beseitigen können.

Die Beklagte habe zurechenbar schuldhaft gehandelt, wie schon die EuK, bestätigt durch EuG und EuGH, festgestellt habe. Auch hierauf beziehe sich die Bindungswirkung. Der Beklagten seien die erforderlichen Tatsachen bekannt gewesen. Eine fehlerhafte Genehmigung der Preisgestaltung durch die RegTP entlaste die Beklagte nicht. Der Beklagten sei die Praktizierung der PKS bewusst gewesen. Die Beklagte könne sich nicht auf einen unvermeidbaren Verbotsirrtum berufen.

Folge der missbräuchlichen PKS sei eine erhebliche Marktbehinderung gewesen.

Hieraus leitet die Klägerin Schadensersatzansprüche ab, und begehrt Ersatz für unmittelbaren Schaden sowie für Folgeschaden. Bei der Schadensberechnung sei § 287 ZPO unter Berücksichtigung des Beweises des ersten Anscheins zu beachten. Eine Schadensberechnung im naturwissenschaftlichen Sinne sei angesichts der hypothetischen Verläufe nicht möglich und auch nicht zu fordern.

Die Anschlusszahlen seien im Zeitraum der PKS nur knapp angestiegen, dagegen ab 2004 deutlicher.

Auch wenn Teile der EuK-Entscheidung im Hinblick auf angebliche Geschäftsgeheimnisse der Beklagten geschwärzt seien, lasse sich der Schaden der Klägerin berechnen. Die Klägerin verweist zunächst auf die Feststellungen der EuK zu den Entgelten der Beklagten. Die gewichteten durchschnittlichen produktspezifischen Kosten der Beklagten seien von der EuK mit 2,87 € je Anschlussleitung angegeben, vom EuG indes in nicht bekannter Höhe reduziert worden. Bis Mai 2003 habe dies aber den Bestand der PKS nicht berührt. Mindestens hätten die produktspezifischen Kosten 2,13 €, vermutlich sogar mindestens 5,00 € betragen müssen.

Angesichts der Schwärzungen betreffend die geschäftlichen Daten der Beklagten treffe diese im Rahmen der Erwiderung erhöhte Anforderungen in Form einer sekundären Darlegungslast. Insbesondere habe die Beklagte zu dem genauen Umfang der PKS nicht vorgetragen.

Der unmittelbare Schaden von 9.402.105 € bestehe in dem Betrag, um den die Klägerin ihre Anschlüsse wegen der Preise der Beklagten zu niedrig anbieten mussten, und zwar berechnet nach der Anzahl der Anschlüsse multipliziert mit dem Betrag der PKS. Die Klägerin hätte, wenn die PKS nicht

vorgelegen hätte, höhere Deckungsbeiträge erzielen können. Die Schadensberechnung sei aus Vorsichtsgründen zu niedrig angesetzt.

Bei der Ermittlung des gewichteten Ansatzes sei von einem Anteil ADSL-Anschlüsse an den Gesamtanschlüssen der Beklagten von 0 % (Ende 1998), 0,0076 % (Ende 1999), 0,38 % (Ende 2000), 5,11 % (Ende 2001) und 8,01 % (Ende 2002) auszugehen. Die durchschnittliche Kundenverweildauer bei der Beklagten habe 52,8 Monate betragen. Die mittlere Verweildauer bei der Klägerin werde mit 72 Monaten angesetzt. Die Berechnung der PKS einschließlich der produktspezifischen Kosten habe monatlich betragen Ende 1998 3,52 €, Ende 1999 5,02 €, Ende 2000 4,62 €, Ende 2001 2,79 € und Ende 2002 0,98 €. Zur monatsgenauen Abrechnung verweist die Klägerin auf Anlage K 6. Hieraus folge die unmittelbare Schadensberechnung wie in Anlage K 7. Ferner nimmt die Klägerin auf die Berechnung gemäß Anlage K 22 Bezug.

Die angegebenen Zahlen seien auch auf die erworbenen Unternehmen übertragbar.

Als Folgeschaden i.H.v. 72.415.754 € verlangt die Klägerin Erstattung für Marktbehinderung, insbesondere durch entgangene Kunden. Hierzu errechnet sie anhand des unmittelbaren Schadens die Kundengewinnungskosten je Kunden. Aus der dadurch gewonnenen Anzahl entgangener Kunden (Anlage K 9) in Verbindung mit einer von ihr errechneten durchschnittlichen Kundenverweildauer sowie dem durchschnittlichen monatlichen Deckungsbeitrag gelangt sie zu dem mittelbaren Schaden (Anlage K 10).

Die entgangenen Kunden seien nicht durch spätere, nach Auslauf der PKS hinzugewonnene Kunden kompensiert. Hierzu trägt die Klägerin näher vor. Es sei auch keine Substitution im Rahmen der Call-by-Call- oder Preselection-Umsätze erfolgt.

Alternativ beruft sie sich auf eine Schadensschätzung, die sich am Verletzererwerb orientiert. Hilfsweise für den Fall der Annahme nicht hinreichenden Sachvortrags erhebt die Klägerin Stufenklage auf Auskunft und Zahlung. Die Beklagte könne sich nicht auf die Vertraulichkeit ihrer Daten berufen.

Der Klägerin sei kein Mitverschulden oder ein Verstoß gegen die Schadensminderungspflicht vorzuhalten.

Wegen der Verzinsung beruft sich die Klägerin auf § 33 Abs. 3 Satz 4, 5 GWB, hilfsweise auf Schadensersatz gemäß Art. 82 EGV, § 33 Abs. 1 GWB. Sie ermittelt einen Durchschnittszins von 5,42%.

Ferner beansprucht die Klägerin Verzinsung der gezahlten Gerichtskosten.

Verjährung sei nicht eingetreten. Diese sei frühestens mit der Entscheidung des EuGH angelaufen, da vorher eine Feststellungsklage keine Aussicht auf Erfolg gehabt habe. Nichts anderes gelte unter Einbezug der Rechtsprechung bei unklarer und komplexer Rechtslage.

Die Klägerin beantragt,

1.

die Beklagte zu verurteilen, an sie einen Betrag von 81.817.859 Euro zu zahlen nebst 8 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz aus den folgend genannten Beträgen seit den folgend genannten Terminen:

<u>Ausgangsbetrag Zinsen €</u>	<u>zu verzinsen ab</u>
60.147.226	01.07.2005
872.323	01.08.2005
866.802	01.09.2005
860.168	01.10.2005
852.070	01.11.2005
842.535	01.12.2005
831.860	01.01.2006
867.927	01.02.2006
856.860	01.03.2006
844.073	01.04.2006
829.992	01.05.2006
814.071	01.06.2006
796.449	01.07.2006
777.200	01.08.2006
755.667	01.09.2006
732.017	01.10.2006
706.231	01.11.2006

678.199	01.12.2006
647.864	01.01.2007
611.088	01.02.2007
584.571	01.03.2007
555.515	01.04.2007
531.963	01.05.2007
506.779	01.06.2007
480.289	01.07.2007
452.267	01.08.2007
422.522	01.09.2007
391.216	01.10.2007
357.916	01.11.2007
322.611	01.12.2007
285.819	01.01.2008
239.871	01.02.2008
220.485	01.03.2008
200.230	01.04.2008
185.280	01.05.2008
169.700	01.06.2008
153.610	01.07.2008
137.513	01.08.2008
120.973	01.09.2008
103.875	01.10.2008
86.252	01.11.2008
68.203	01.12.2008
49.777	01.01.2009;

hilfsweise, falls die Nebenforderung nicht gewährt wird:

1a)

die Beklagte zu verurteilen, an sie einen Betrag von 81.817.859 Euro zu zahlen nebst 8 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit;

1b)

die Beklagte zu verurteilen, einen Betrag von 26.252.780,90 Euro zu zahlen;

1c)

die Beklagte zu verurteilen, aus dem Betrag von 26.252.780,90 Euro Zinsen in Höhe von 6,00 Prozent zwischen dem 31.12.2010 und der Rechtshängigkeit zu zahlen;

2.

die Beklagte zu verurteilen, aus dem Betrag von 274.368,00 Euro Zinsen in Höhe von 8 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen;

hilfsweise zu Ziffer 1 im Rahmen der Stufenklage

1. die Beklagte zu verurteilen, der Klägerin Auskunft zu erteilen über die von der Kommission gem. Entscheidung vom 21.05.2003 (Sache COMP/C-1/37.451, 37.578, 37.579 - ██████████ ████████) bekannt gegeben unter Aktenzeichen K (2003) 1536) ermittelte und vom EuG und vom EuGH bestätigte Preis-Kosten-Schere durch Vorlage der vollständigen Entscheidung der Kommission, des vollständigen Urteils des EuG und des EuGH und insbesondere unter Bekanntgabe der Tabellen 8 - 12 der Kommissionsentscheidung;
2. die Beklagte zu verurteilen, der Klägerin Auskunft zu erteilen über den anteiligen Gewinn, den sie durch den durch die Kommission gem. Entscheidung vom 21.05.2003 (Sache COMP/C-1/37.451, 37.578, 37.579 - ██████████ ████████) bekannt gegeben unter Aktenzeichen K (2003) 1536) ermittelten und vom EuG und vom EuGH bestätigten missbräuchlichen Verstoß erlangt hat. Diese Auskunft ist insbesondere zu erteilen durch Darlegung, wie viel Kunden sie durch den Missbrauch rechtswidrig und in welchen Zeiträumen durch den Missbrauch behalten hat und weichen

durchschnittlichen Gewinn sie aus diesen Kundenverhältnissen gezogen hat;

3. die Beklagte zu verurteilen, an die Klägerin Schadensersatz in einer nach Erteilung der Auskunft noch zu bestimmenden Höhe nebst Zinsen in Höhe von 8 %-Punkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen;
4. der Klägerin zu gestatten, Sicherheitsleistungen mittels Beibringung einer Bankbürgschaft einer europäischen Großbank oder öffentlich-rechtlichen Sparkasse leisten zu können.

Die Beklagte beantragt,

die Klage abzuweisen.

Die Beklagte beantragt Aussetzung des Verfahrens im Hinblick auf eine ausstehende Entscheidung der BNetzA zu Vorleistungsentgelten, die als vorgreiflich für die Beurteilung der Missbräuchlichkeit und auch der Schadensberechnung angesehen wird.

Eine missbräuchliche PKS habe nicht bestanden, da die relevanten Entgelte durch die RegTP festgesetzt worden seien. Bei Beurteilung der PKS seien neben den Telefonanschlüssen auch die über sie erbrachten Verbindungen zu berücksichtigen.

Eine Bindung an die rechtskräftige Entscheidung der EuK bestehe nicht. Eine abweichende Entscheidung liefe nicht Art. 16 VO 1/2003 zuwider. Die entsprechende Vorschrift in § 33 Abs. 5 GWB gelte nicht für die hier maßgeblichen Zeiträume.

Die Bindungswirkung betreffe jedenfalls nicht das erforderliche Verschulden. Der Verschuldensbegriff im EU-Kartellrecht weiche von dem Verschuldensbegriff des deutschen Zivilrechts ab. Der Beklagten sei jedenfalls kein schuldhaftes Verhalten vorzuwerfen. Sie habe sich in einer schwierigen Bewertung auf die Einschätzung der zuständigen RegTP verlassen und verlassen dürfen. In diesem Fall könne sich die Beklagte auf einen Verbotsirrtum berufen.

Die Forderungen seien ohnedies verjährt, da die Klägerin spätestens 1999 Kenntnis von den anspruchsbegründenden Umständen einschließlich der rechtlichen Beurteilung gehabt habe. Ein zwischen den Parteien getroffener Verzicht auf die Einrede der Verjährung gelte nicht, weil er damals bereits verjährte Forderungen, zu denen die Klageforderung gehöre, ausschließe.

Die Klägerin habe wegen der Bezugnahme auf die europäischen Entscheidungen für die Haftung dem Grunde nach unzureichend vorgetragen.

Der Klägerin sei kein Schaden entstanden, diesen habe sie zudem un schlüssig berechnet. Sie habe die für Nordcom, Osnatel und Teleos ihre Daten übertragen, was nicht zulässig sei. Die Rechtsnachfolge der Klägerin für die vorgenannten Firmen bestreitet die Beklagte mit Nichtwissen.

Die Beklagte treffe im Rahmen der Schadensberechnung keine von der Klägerin angenommene sekundäre Darlegungslast.

Der Schaden sei konkret anhand des Vortrags des Geschädigten zu prüfen und zu beurteilen.

Die Klägerin hätte bei Anhebung der Endkundenentgelte der Beklagten ihre Entgelte nicht angehoben, daher auch keinen unmittelbaren Schaden erlitten. Die Klägerin habe trotz der beanstandeten Vorleistungsentgelte günstiger als die Beklagte angeboten und dabei nach eigener Angabe auch noch Gewinn erzielt. Es sei auch nicht davon auszugehen, dass die Klägerin Mehreinnahmen in Marketing und Werbung investiert hätte um neue Kunden zu akquirieren. Vielmehr hätte die Klägerin – wie auch sonst – Mehreinnahmen in den Netzausbau investiert.

Es bestehe keine Wechselwirkung zwischen den Vorleistungsentgelten und der Kundengewinnung, insbesondere nicht im Sinne einer festen Korrelation zwischen Marketingeinsatz und Kundengewinnung.

Bei der Schadensberechnung habe sie eine Vielzahl anspruchsmindernder Faktoren ausgeblendet. Ein Schaden sei daher wesentlich geringer. Da der unmittelbare Schaden überhöht sei, wirke sich dies auch auf den Folgeschaden aus. Die von der Klägerin angesetzten Marketingkosten seien nicht konstant, zumal der Grenznutzen mit zunehmender Werbung abnehme. Die Klägerin habe weitere Kundengewinnungskosten wie z.B. Kosten für subventionierte Endgeräte außer Betracht gelassen. Bei einer Erhöhung der Endkundenentgelte durch die Beklagte wäre ein Teil der Kunden zu

Mobilfunkangeboten gewechselt. Die Klägerin berücksichtige nicht, dass die angeblich entgangenen Kunden nicht zusätzlich gewonnen wären, da sie nach Auslauf der PKS ohnehin gewechselt sind. Daher könne die durchschnittliche Verweildauer nicht zugrunde gelegt werden. Die von der Klägerin angenommene Verweildauer sei auch zu lang bemessen und allenfalls mit 45 Monaten anzusetzen.

Bei der Berechnung lasse die Klägerin außer Betracht, dass sie auch bei Anhebung der Endkundenentgelte durch die Beklagte weiterhin nicht kostendeckend hätte anbieten können. Sie hätte die Kosten aus den Verbindungsentgelten erwirtschaften müssen.

Die Klägerin hätte bei ansteigender Kundenzahl Kosten für den Kapazitätsausbau ihres Netzes einstellen müssen.

Die Klägerin lasse außer Betracht, dass sie Kunden durch Preselection- oder Call/Internet-by-Call-Kunden gewonnen habe.

Der Klägerin sei im Wege des Mitverschuldens vorzuhalten, dass sie nicht gegen die vermeintlich überhöhten Vorleistungsentgelte Rechtsmittel eingelegt hat.

Zinsen könnten nicht für den Zeitraum vor Einführung von § 33 Abs. 3 Satz 4 und 5 GWB 2005 beansprucht werden.

Soweit die Klägerin einen noch höheren als den geltend gemachten Schaden behauptet, komme die Annahme einer unzulässigen Teilklage in Betracht.

Die Kammer hat am 05.07.2012 einen Hinweisbeschluss erlassen.

Wegen der Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die zu den Akten gereichten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen.

### **Entscheidungsgründe:**

A.

Dem Antrag der Beklagten auf Aussetzung des Verfahrens bis zum Abschluss der Verwaltungsverfahren war – jedenfalls derzeit – nicht zu entsprechen. Zur Begründung wird auf den Hinweisbeschluss der Kammer vom 05.07.2012 Bezug genommen.

## B.

Bedenken gegen die Zulässigkeit der Klage sind nicht gerechtfertigt. Die Beklagte hat Bedenken unter dem Gesichtspunkt der unzulässigen Teilklage erhoben, da die Klägerin im Rahmen der Schadensdarlegung ausgeführt hat, ihr tatsächlicher Schaden sei höher als beantragt. Die Beklagte hat es für möglich gehalten, dass hieraus zu schließen sei, die Klägerin wolle nur eine Teilklage erheben.

Dem ist nicht zu folgen. Die Klägerin hat ausgeführt, sie wolle den Schaden insgesamt – und nicht etwa nur zu einem Teilbetrag – ersetzt verlangen. Die von der Beklagten angeführten Passagen finden sich zur Frage der Schadensschätzung und sollen aus Sicht der Klägerin belegen, dass sie im Rahmen der Schadensschätzung vorsichtig und zurückhaltend vorgegangen ist. Dagegen hat die Klägerin nicht zum Ausdruck gebracht, nur einen Teil des Schadens geltend machen zu wollen.

## C.

## I.

Die Klage war abzuweisen, soweit der Anspruch verjährt ist.

Die Ansprüche der Klägerin sind teilweise verjährt.

## 1.

Die Verjährungsfrist beträgt nach altem (§ 852 BGB a.F.) und neuem Verjährungsrecht (§ 195 BGB) 3 Jahre ab Kenntnis, nach neuem Recht beginnend mit dem Schluss des Jahres, in dem der Anspruch entstanden und Kenntnis vorhanden war (§ 199 Abs. 1 BGB). Der Verfahrenseinleitungsbeschluss der EuK datiert ausweislich der Entscheidung vom 02.05.2002. Er geht zurück auf Beschwerden der beteiligten Unternehmen aus 1999. So geht auch die Beklagte von einem für den Verjährungsbeginn maßgeblichen Zeitpunkt im Juli 1999 aus. Die Klägerin hat das Schreiben vom 12.07.1999 (Anlage K 25) vorgelegt. Gemäß Art. 229 § 6 Satz 2 EGBGB gilt für den Verjährungsbeginn (auch für Verjährungshemmung) vor dem 01.01.2002 die alte Regelung. Gemäß § 852 BGB a.F. begann die Verjährung unmittelbar mit Kenntnis von dem Anspruch.

2.

Zu beachten ist die Abrede zum Verzicht auf die Einrede der Verjährung (Anlage B 78) vom 19.03.2004, die aber ausdrücklich nicht für schon verjährte Ansprüche gilt. Ansprüche aus der Zeit nach dem 19.03.2001 sind daher keinesfalls verjährt. Allerdings hat die Beklagte zutreffend darauf hingewiesen, dass die Vereinbarung nicht von den auf die Klägerin verschmolzenen Gesellschaften abgeschlossen worden war.

Die Verschmelzung [REDACTED] war vor dem Verjährungsverzicht, insoweit ist keine abweichende Behandlung angezeigt. Zum Zeitpunkt der Verzichtsabrede handelte es sich bei den Ansprüchen [REDACTED] infolge der Verschmelzung um nunmehr eigene Ansprüche der Klägerin. Soweit die Beklagte die Verschmelzungsvorgänge insgesamt bestritten hat, hat die Klägerin die maßgeblichen Handelsregisterauszüge vorgelegt, die ihren Vortrag hinreichend belegen.

Bei Teleos und Osnatel gilt der Einredevorzicht nicht, da die Verschmelzung nach dem Verjährungsverzicht war.

3.

Für Ansprüche vor dem 19.03.2001 beruft sich die Klägerin ohne Erfolg auf § 33 Abs. 5 GWB. Gemäß § 33 Abs. 5 GWB ist die Verjährung gehemmt, wenn die EuK ein Kartellverfahren einleitet. Am 02.05.2002 wäre die Frist danach gemäß § 33 Abs. 5 GWB gehemmt worden. Allerdings ist § 33 Abs. 5 GWB erst durch die 7. GWB-Novelle zum 01.07.2005 eingeführt worden. Zu diesem Zeitpunkt wäre für die Altforderungen Verjährung schon eingetreten, eine Hemmung daher nicht mehr möglich. Eine § 33 Abs. 5 GWB entsprechende Vorschrift gab es nach altem Verjährungsrecht nicht. Die Gesetzesbegründung zu § 33 Abs. 5 GWB stützt zwar die Auffassung der Klägerin, es sei vorzugswürdig, den Geschädigten in den Genuss der Tatbestandswirkung angesichts komplexer Kartellverfahren kommen zu lassen. Für die Zeit vor Einführung von § 33 Abs. 5 GWB muss sich die Klägerin indes nach dem damals geltenden rechtlichen Maßstab behandeln lassen.

4.

Kommt es daher darauf an, wann von verjährungsschädlicher Kenntnis der Klägerin auszugehen war, ist für die Entscheidung der Zeitpunkt der Antragstellung der Klägerin bei der EuK, also der 12.07.1999, zugrunde zu legen. Zwar liegt es nahe, dass die Kenntnis der Klägerin schon früher bestand, da die Klägerin einen zeitlichen Vorlauf vor Einreichung der Beschwerdeschrift gehabt haben dürfte. Hierzu fehlt es indes an näheren Ausführungen der darlegungspflichtigen Beklagten, so dass der 12.07.1999 maßgeblich bleibt.

Verjährungsschädliche Kenntnis wird dann angenommen, wenn dem Anspruchsteller eine Klageerhebung, und sei es als Feststellungsklage, zumutbar war (Palandt/Thomas, BGB, 61. Aufl., § 852, Rdnr. 4 m.w.N.). Es kommt danach auf die Kenntnis der anspruchsbegründenden Tatsachen an, nicht auf deren rechtliche Würdigung. Auch ist nicht entscheidend, dass der anzustrebende Prozess risikolos ist und dass noch nicht alle Beweismittel gesichert sind (BGH NJW 2008, 2576 f.).

Der Beschwerdeschrift vom 12.07.1999 lässt sich ersehen, dass die Klägerin über die Problematik der PKS im Rahmen der Endkundenentgelte im Bilde war. Die Problematik, die hier maßgeblich ist, war der Klägerin daher positiv bewusst. Dass es bei der Berechnung und Bewertung der Entgelte Unklarheiten gab, ändert nichts daran, dass der Klägerin die Preis-Kosten-Schere und deren Bedeutung für einen Marktmissbrauch der Beklagten bewusst waren. Der Klägerin war ausweislich der Antragsschrift auch bewusst, dass die ██████ Einfluss auf die Höhe der Entgelte genommen hat. Soweit die Klägerin mit den anderen Beschwerdeführern den Antrag gegen die Regulierungsbehörde richtete, begründet das nicht die Annahme, die Klägerin wäre über wesentliche Umstände im Unklaren gewesen. Aufgrund der Angaben in der Antragsschrift wäre es der Klägerin möglich gewesen, eine Klage auf Feststellung von Schadensersatz zu erheben, und zwar auch gegenüber der ██████.

Die Klägerin verweist ohne Erfolg auf die Rechtsprechung zu den Teilnehmerdaten (DaRed-Fälle) sowie auf die Rechtsprechung zu komplexen und schwierigen Sach- und Rechtsfragen. Richtig ist zwar, dass im Falle der Teilnehmerdaten dem Anspruchsteller nicht zugemutet wurde, vor einer

hinreichenden Klärung einer gesetzlichen Vorschrift des TKG eine Feststellungsklage zu erheben. Ebenso wird eine verjährungsschädliche Kenntnis nicht bei Kenntnis der Umstände angenommen, wenn die Sach- und Rechtslage komplex und schwierig zu beurteilen ist.

Es ist zwar nicht zu verkennen, dass auch im vorliegenden Fall komplexe Erwägungen anzustellen waren, deren Beurteilung erst mit der Entscheidung des EuGH als geklärt angesehen werden konnten. Dennoch ist der Beschwerdeschrift zu entnehmen, dass die Kenntnisse der Klägerin ausgereicht hätten, eine Feststellungsklage zur Sicherung ihrer Ansprüche zu erheben. Die Klägerin räumt ein, rechnerisch sei ihr die PKS bekannt gewesen. Soweit sie dagegen meint, sie habe keine hinreichende Kenntnis von der Missbräuchlichkeit der PKS gehabt, finden sich in der Beschwerdeschrift vertiefte Ausführungen zur Annahme einer Missbräuchlichkeit, die letztlich auch Eingang in die Entscheidung der EuK gefunden haben.

Wenn sich die Klägerin auf den gemeinschaftsrechtlichen Effektivitätsgrundsatz gemäß der Entscheidung Manfredi (C-295/04) beruft, führt das zu keiner anderen Beurteilung. Danach ist es Aufgabe der Mitgliedsstaaten die Verjährungsfrist festzusetzen. Sie darf aber nicht unangemessen sein, was der Fall sein kann, wenn es sich um eine kurze Verjährungsfrist handelt, die ohne Unterbrechungsmöglichkeit ab dem Kartellverstoß anläuft. Die Entscheidung Manfredi erging zu – deutlich abweichendem - italienischem Recht und dürfte auf § 852 BGB a.F. nicht übertragbar sein, da § 852 BGB a.F. Kenntnis erforderte und zudem Unterbrechungs- und Hemmungsmöglichkeiten bei immerhin dreijähriger Frist bestanden.

Soweit die Klägerin meint, die Rechtslage im Falle der Entscheidung Manfredi sei hier übertragbar, vermag die Kammer dem nicht zu folgen. Der EuGH hat keine eindeutige Feststellung zur Beurteilung der vorgelegten Vorschrift getroffen, sondern Grundsätze für die Beurteilung aufgestellt. Insbesondere wurde hervorgehoben, dass die Verjährungsfrist – kenntnisunabhängig – ab dem Kartellverstoß anläuft.

Hemmungs- und Unterbrechungstatbestände sind nicht dargetan. Die Verjährung ist daher für die verjährten Ansprüche der Klägerin bei Verjährungsverzicht anzunehmen, also für die vor dem 19.03.2001 entstandenen Ansprüche.

Ansprüche von Teleos und Osnatel sind vollständig verjährt. Spätestens mit der publizierten Entscheidung der EuK in 2003 kann davon ausgegangen werden, dass die Leistungsanbieter von der missbräuchlichen PKS erfahren haben und dann ebenfalls Gelegenheit hatten, ihre Ansprüche im Rahmen einer Feststellungsklage zu sichern. Im Zeitpunkt der Rechtshängigkeit der Klage war daher Verjährung eingetreten.

Das kann allenfalls zweifelhaft sein für den Folgeschaden für 2008, da 2008 im noch nicht rechtsverjährten Zeitraum lag. Aber auch hier ist Verjährung eingetreten, da der Schaden wegen der feststehenden Grundannahmen (entgangene Kunden, Kundenverweildauer) als Folgeschaden aus Sicht der Klägerin schon 2003 feststand und hätte geltend gemacht werden können.

Durch die Zahlung der monatlichen TAL-Vorleistungsentgelte bei gleichzeitig untersetzten Endkundenentgelten der Beklagten entstanden die Schäden verjährungsrechtlich jeweils neu, so dass die Verjährung jeden Monat gesondert anlief.

Eine Differenzierung zwischen unmittelbarem und Folgeschaden ist nicht angezeigt. Die Verjährung bezieht sich damit in gleicher Weise auf den unmittelbaren und den Folgeschaden.

6.

Für den unmittelbaren Schaden bedeutet das, die Ansprüche für 1999 (473.639,00 €) und 2000 (2.227.437,00 €) sind vollständig verjährt. Ferner sind verjährt die Ansprüche für Januar (257.454,00 €) und Februar 2001 (279.924,00 €).

Verjährt sind ferner die restlichen Ansprüche von Teleos für 2001 i.H.v. 129.697,00 €, für 2002 i.H.v. 230.548,00 €, für 2003 123.467,00 € und für Osnatel die restlichen Ansprüche für 2001 i.H.v. 90.573,00 €, für 2002 i.H.v. 198.870,00 € und für 2003 i.H.v. 120.653,00 €.

Hieraus errechnet sich ein verjährter Betrag von 4.132.262,00 €.

Für den Folgeschaden gilt:

Bis einschließlich Februar 2001 geht die Klägerin aufgrund ihrer Berechnungen (Anlage K 9) von kumuliert 36.856 ohne die PKS zusätzlich gewonnenen Kunden aus. Bis zu diesem Zeitpunkt war als Folgeschaden gemäß Anlage K 10 berechnet für 1999 307.259,00 €, für 2000 2.490.493,00 €, für Januar 2001 403.965,00 € und für Februar 2001 438.775,00 €. Jedenfalls in Höhe dieser kumulierten Summe von 3.640.492,00 € ist Verjährung anzunehmen.

Für die Zeit ab März 2001 bis Dezember 2008 ist der auf Teleos und Osnatel entfallende Folgeschaden wegen der eingetretenen Verjährung herauszurechnen wie in der nachfolgenden Tabelle angegeben. Die Berechnung beruht auf der Berechnung der Klägerin, insbesondere in Anlagen K 7, K 9 und K 10 vorgegeben.

In Spalte 2 finden sich die monatlich zusätzliche gewonnene Anzahl von Kunden, ausgehend von den in Anlage K 7 ermittelten, auf Teleos und Osnatel entfallenden anteiligen Schaden. Die Werte von Teleos und Osnatel sind hierbei addiert worden. Dabei sind die in Anlage K 9 genannten mtl. Kundengewinnungskosten zugrunde gelegt werden.

In Spalte 3 finden sich die für den jeweiligen Monat maßgeblichen kumulierten Kunden nach dem Vorbild von Anlage K 9.

In Spalte 4 sind die monatlich entgangenen Beträge je Kunde angegeben. Diese basieren auf Anlage K 10, und zwar ergibt sich der Wert aus der Division von monatlichem Gesamtschaden und monatlich kumulierter Kundenzahl. Die Werte sind jährlich gleich.

Spalte 5 ergibt den aus einer Multiplikation von Spalte 3 und Spalte 4 resultierenden monatlichen Schaden. Spalte 6 gibt den jährlichen Gesamtschaden an.

Da bis Februar 2001 der Folgeschaden insgesamt verjährt ist, beginnt die Berechnung für Teleos und Osnatel erst mit März 2001.

Der danach zusätzlich entfallende Folgeschaden beträgt 13.926.035,40 €.

Rechnet man den unmittelbaren Schaden von 4.132.262,00 € und den Folgeschaden bis Februar 2001 von 3.640.492,00 € hinzu, ergibt sich ein Gesamtklageabweisungsbetrag von 21.698.789,40 €.

Monat	Kunden monatlich	Kunden monatlich kumuliert	Monatlicher Schaden je Kunde	Schaden monatlich	Schaden jährlich
1999-1	31	31			
2	47	78			
3	58	136			
4	66	202			
5	131	333			
6	159	492			
7	176	668			
8	189	857			
9	202	1059			
10	229	1288			
11	254	1542			
12	271	1813			
2000-1	223	2036			
2	255	2291			
3	280	2571	11,90 -		
4	299	2870			
5	318	3188			
6	334	3522			
7	366	3888			
8	420	4308			
9	478	4786			
10	533	5319			
11	592	5911			
12	661	6572			
2001-1	558	7130			
2	616	7746			
3	671	8417		100.162,30	
4	536	8953		106.540,70	
5	571	9524		113.335,60	
6	602	10126		120.499,40	

7	630	10756		127.996,40	
8	656	11412		135.802,80	
9	683	12095		143.930,50	
10	719	12814		152.486,60	
11	752	13566		161.435,40	
12	778	14344	11,90	170.693,60	1.332.883,30
2002-1	431	14775	11,11 -	164.150,25	
2	452	15227		169.171,97	
3	478	15705		174.482,55	
4	355	16060		178.426,60	
5	371	16431		182.548,41	
6	385	16816		186.825,76	
7	386	17202		191.114,22	
8	401	17603		195.569,33	
9	420	18023		200.235,53	
10	431	18454		205.023,94	
11	443	18897		209.945,67	
12	456	19353	11,11	215.011,83	2.272.505,80
2003-1	298	19651	11,10 -	218.126,10	
2	309	19960		221.556,00	
3	322	20282		225.130,20	
4	335	20617		228.848,70	
5	9	20626		228.948,60	
6		20626		228.948,60	
7		20626		228.948,60	
8		20626		228.948,60	
9		20626		228.948,60	
10		20626		228.948,60	
11		20626		228.948,60	
12		20626	11,10	228.948,60	2.725.245,00
2004-1		20626	8,91-	183.777,66	
2		20626		183.777,66	
3		20626		183.777,66	
4		20626		183.777,66	

5		20626		183.777,66	
6		20626		183.777,66	
7		20626		183.777,66	
8		20626		183.777,66	
9		20626		183.777,66	
10		20626		183.777,66	
11		20626		183.777,66	
12		20626	8,91	183.777,66	2.205.331,90
2005-1		20595	8,76 -	180.412,20	
2		20548		180.000,48	
3		20490		179.492,40	
4		20424		178.914,24	
5		20293		177.766,68	
6		20134		176.373,84	
7		19958		174.832,08	
8		19769		173.176,44	
9		19567		171.406,92	
10		19338		169.400,88	
11		19084		167.175,84	
12		18813	8,76	164.801,88	2.093.753,50
2006-1		18590	9,24 -	171.771,60	
2		18335		169.415,40	
3		18055		166.828,20	
4		17756		164.065,44	
5		17438		161.127,12	
6		17104		158.040,96	
7		16738		154.659,12	
8		16318		150.778,32	
9		15840		146.361,60	
10		15307		141.436,68	
11		14715		135.966,60	
12		14054	9,24	129.858,96	1.850.309,80
2007-1		13496	9,06-	122.273,76	
2		12880		116.692,80	

3		12209		110.613,54	
4		11673		105.757,38	
5		11102		100.584,12	
6		10500		95.130,00	
7		9870		89.422,20	
8		9214		83.478,84	
9		8531		77.290,86	
10		7812		70.776,72	
11		7060		63.963,60	
12		6282	9,06	56.914,92	1.092.898,70
2008-1		5851	8,20 -	47.978,20	
2		5399		44.271,80	
3		4921		40.352,20	
4		4566		37.441,20	
5		4195		34.399,00	
6		3810		31.242,00	
7		3424		28.076,80	
8		3023		24.788,60	
9		2603		21.344,60	
10		2160		17.712,00	
11		1704		13.972,80	
12		1406	8,20	11.529,20	353.108,40
					<b>13.926.035,40</b>

7.

Im Umfang der Klageabweisung kommen die Hilfsanträge nicht mehr zum Tragen, da die Hilfsanträge nur für den Fall gestellt sind, dass eine andere Berechnung Platz greifen soll, nicht aber für den Fall der Verjährung.

II.

Der Klageanspruch ist im Übrigen dem Grunde nach gerechtfertigt, so dass durch Grundurteil zu entscheiden war. Die Zulässigkeit eines Grundurteils bei einem nach Grund und Höhe streitigen Anspruch setzt voraus, dass alle Fragen, die zum Grund des Anspruchs gehören, erledigt sind und nach dem Sach- und Streitstand zumindest wahrscheinlich ist, dass der Anspruch in irgendeiner Höhe besteht (BGH NJW 2001, 224 f.; NJW-RR 1991, 599 f.).

Das bedeutet, dass der Anspruchsgrund vollständig zu beurteilen ist, während die Anspruchshöhe nur daraufhin zu untersuchen ist, ob es wahrscheinlich ist, dass der dem Grunde nach festgestellte Anspruch in irgendeiner Höhe bestehen kann. Neben der Prüfung, dass irgendein Schaden bestehen kann, ist ferner zu prüfen, dass die haftungsausfüllende Kausalität besteht und keine Einreden oder Einwendungen vorliegen, die den Anspruch der Höhe nach vollständig zu Fall bringen.

Klarstellend ist für die Entscheidung darauf zu verweisen, dass über Schadensminderungsgesichtspunkte wie Mitverschulden erst im Höheverfahren zu entscheiden ist.

1.

Die Entscheidung durch Teilend- und Teilgrundurteil unterliegt im Hinblick auf § 301 ZPO keinen durchgreifenden Bedenken. Die Gefahr widersprechender Entscheidungen, die darin gesehen werden könnte, dass die weitergehende – jedenfalls bezüglich der Ansprüche von nordcom aufrecht erhaltene – Verjährungseinrede unterschiedlich beurteilt wird, ist dadurch ausgeräumt, dass durch Teilend- und Teilgrundurteil entschieden wird. Dieses unterliegt der einheitlichen Anfechtung im Rechtsmittelzug, so dass es hier nicht zu divergierenden Entscheidungen kommen wird.

2.

Die Haftung dem Grunde nach folgt aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. Art.82 EG-V (a.F.).

a.

Die Aktivlegitimation der Klägerin ist nach der ergänzenden Darlegung zur Verschmelzung mit den weiteren Gesellschaften [REDACTED] und Vorlage der Handelsregisterauszüge nicht zu beanstanden.

b.

Die Passivlegitimation der Beklagten ist ebenfalls nach ergänzenden Ausführungen anzunehmen. Die Beklagte ist als Rechtsnachfolgerin der [REDACTED] anzusehen. Die [REDACTED] hat den Telefonnetzbereich auf die Beklagte übertragen im Wege einer Ausgliederung eines Vermögensteils gemäß § 123 Abs. 2 UmwG. Mit dem Vermögen sind gemäß § 131 Abs. 1 Nr. 1 UmwG auch die Verbindlichkeiten übergegangen. Hiervon gehen die Parteien aus.

c.

Es besteht wegen der Beurteilung des Kartellverstoßes eine Bindungswirkung der Kammer an die Entscheidung der Europäischen Kommission (EuK).

aa.

Die Bindungswirkung wirkt zwar grundsätzlich nur zu Lasten eines Schuldners, der an dem Verfahren, das zur bindenden Entscheidung führt, beteiligt war (Bechtold, GWB, § 33, Rdnr. 42).

Im Falle der Ausgliederung gemäß § 131 Abs. 1 Nr. 1 UmwG gilt die Bindungswirkung aber auch für denjenigen, auf den die Verbindlichkeiten übergehen, hier die Beklagte.

bb.

Die Bindungswirkung folgt schon aus § 33 Abs. 4 GWB in der ab dem 30.06.2005 (7. GWB-Novelle) geltenden Fassung.

Die Frage, ob die Vorschrift auf in der Vergangenheit liegende Kartellverstöße – wie hier – zurückwirkt (vgl. Bechtold, § 33, Rdnr. 38; Scheffler, WRP 2007, 163 f.) ist für den hier zu beurteilenden Fall zu bejahen.

Die Kammer folgt der Beurteilung des OLG Düsseldorf (Urteil vom 30.09.2009 – VI-U (Kart) 17/08, Rdnr. 33 f., zitiert nach juris). Danach ist § 33 Abs. 4 GWB jedenfalls dann auf Altfälle anzuwenden, wenn der rechtskräftige Abschluss des Kartellverfahrens erst nach dem 01.07.2005 war. So liegt es hier, da die Entscheidung des Europäischen Gerichts (EuG) aus 2008 und die Entscheidung des EuGH aus 2010 datiert.

Der Bindungswirkung gemäß § 33 Abs. 4 GWB steht nicht entgegen, dass der Anspruch nicht unmittelbar auf § 33 GWB (in der geltenden Fassung), sondern auf § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. Art. 82 EG-V (a.F.) gestützt wird. § 33 Abs. 4 GWB knüpft ausdrücklich an den Verstoß gegen eine Vorschrift des GWB oder Art. 81 oder 82 EG-V an. Die Bezugnahme auf Art. 81, 82 EG-V setzt gerade nicht voraus, dass zugleich ein Anspruch gemäß § 33 GWB n.F. vorliegt. Hiervon ist auch das OLG Düsseldorf (a.a.O., Rdnr. 69) ausgegangen, das einen Schadensersatzanspruch gemäß § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. Art. 82 EG-V unter Verweis auf § 33 Abs. 4 GWB bejaht hat.

cc.

Die Bindungswirkung folgt zugleich aus Art. 16 VO 1/2003 (KartellverfahrensO- VerfVO), da es hier um die Frage der Bindung an eine Entscheidung der EuK geht. Gemäß Art. 16 Abs. 1 VerfVO dürfen die Gerichte der Mitgliedstaaten keine einer Entscheidung der EuK zuwiderlaufende Entscheidung fassen betreffend Vereinbarungen/Beschlüsse/Verhaltensweisen nach Art. 81, 82 EG-V (101, 102 AEUV). Hierin liegt eine Bindungswirkung, deren Umfang, soweit sich Art. 16 VerfVO und § 33 GWB im Anwendungsbereich überschneiden, in § 33 Abs. 4 GWB nur klarstellend wiederholt wird (MüKomm./Lübbig, Eur. U. Dt. WettbewR, Bd. 2, § 33 GWB, Rdnr. 115).

Gemäß Art. 45 VerfVO gilt die Vorschrift ab 01.05.2004. Wie bei § 33 Abs. 4 GWB ist aber auch hier von einer – zeitlich weitergehenden - Rückwirkung auszugehen, und zwar aufgrund der Geltung intertemporalen Verfahrensrechts. Die materiellen Wettbewerbsregeln in Art. 81, 82 EG-V sind nämlich unverändert, verändert ist lediglich die verfahrensrechtliche Bindungswirkung. In Fällen – wie hier -, in denen der Verstoß und auch die EuK-Entscheidung vor der Gültigkeitszeit liegt, nicht aber die Entscheidung des Gerichts des Mitgliedsstaates, knüpft die Bindungswirkung zeitlich an die Entscheidung des Gerichts an, d.h. sie gilt nach dem Wortlaut auch für Altentscheidungen der EuK. Das ist auch folgerichtig, weil nicht in materielle Rechte Betroffener eingegriffen wird, sondern eine Regel zur Parallelität von Entscheidungen auf EU- und Mitgliedsstaatsebene getroffen wird.

Hinzu kommt, dass das Parallelitätsproblem schon vorher bekannt war. Die VorgängerVO 17/62 enthielt keine Art. 16 VerfVO entsprechende Regelung. Der EuGH hat indes schon in den Entscheidungen *Delimitis* (Urteil vom 28.02.1991 - C-234/89) und *Masterfood* (Urteil vom 14.12.2000 - C-344/98) eine weitgehende Bindungswirkung der nationalen Gerichte angenommen. Art. 16 VerfVO ist daher als kodifikatorische Bestätigung der vorgenannten EuGH-Rechtsprechung anzusehen (zu allem MüKomm./Bischke, a.a.O., Rdnr. 2).

Daher erscheint es folgerichtig, eine Bindungswirkung der Gerichte jedenfalls insoweit zu bejahen, als die Gerichtsentscheidungen nach Gültigkeit von Art. 16 VerfVO ergehen, auch soweit die EuK-Entscheidung schon vorher ergangen ist, wenn also die EuK-Entscheidung erst nach dem Gültigkeitszeitpunkt rechtskräftig geworden ist, wie hier.

dd.

Die Bindungswirkung erfasst die Feststellungen zum Kartellrechtsverstoß, einschließlich der tatbestandlichen Feststellungen zum Verschulden.

(1)

Die Bindungswirkung erfordert eine förmliche Kartellverfahrensentscheidung des EuGH (Bechtold, EG-Kartellrecht, 2. Aufl., Art. 16 VO 1/2003, Rdnr. 5), die hier unstreitig vorliegt.

(2)

Die Bindungswirkung bezieht sich somit auf die Feststellung eines Verstoßes gemäß Art. 82 lit. a) EG-V.

Die Bindungswirkung hängt von Tenor und Sachverhalt ab (Loewenheim/Meessen/Riesenkampff/Zuber, Kartellrecht, 2. Aufl., Art. 16 VerfVO, Rdnr. 13), wobei auf die Identität der Verfahrensgegenstände abgestellt wird (MüKomm./Bischke, a.a.O., Rdnr. 9 f.).

Art. 1 des Tenors der Kommissionsentscheidung lautet:

Die ■■■■■ hat seit 1998 gegen Art. 82 a) EG-Vertrag verstoßen, indem sie für den Zugang zum Ortsnetz von ihren Wettbewerbern und von ihren Endkunden unangemessene Monats- und Einmalentgelte erhoben und hierdurch den Wettbewerb auf dem Markt für den Zugang zum Ortsnetz erheblich behindert.

Es geht nach dem Sachverhalt um die TAL-Anschlussgebühren, die durch die ■■■■■ gefordert wurden und u.a. durch die Klägerin bezahlt wurden.

Da die Klägerin Beschwerdeführerin in dem Verfahren war, bietet die Bindungswirkung in personeller Hinsicht insoweit keine Schwierigkeiten.

In zeitlicher Hinsicht folgt aus Ziff. 208-211 der EuK-Entscheidung, dass es um den Zeitraum vom 01.01.1998 bis Mai 2003 geht. Auch hier liegt im Verhältnis zum Klageverfahren keine Abweichung vor.

Hieraus folgt für die Haftungstatbestände Folgendes:

(a)

Im Rahmen des § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. Art. 82 EG-V steht der objektive Verstoß gegen Art. 82 EG-V als Tatbestandsvoraussetzung fest. Das betrifft zum einen die Marktbeherrschung, sodann deren missbräuchliche Ausnutzung und schließlich die hierdurch bedingte Beeinträchtigung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten.

Im Rahmen der Marktabgrenzung ist die EuK davon ausgegangen, dass der deutsche (Rdnr. 92 f.) TAL-Markt gegenüber dem Markt der Telefondienstleistungen (Gespräche) zu unterscheiden und gesondert zu

behandeln ist (Rdnr. 68 f.). Zugleich ist ein vorgelagerter Markt für Vorleistungszugang angenommen worden (Rdnr. 64 f.).

Sodann hat die EuK für die Beurteilung der PKS einen gewichteten Ansatz gewählt, und zwar unter mengenmäßiger Gewichtung von Schmal- und Breitbandkabelanschlüssen unter Berücksichtigung von Analog- und ISDN-Anschlüssen einerseits und ADSL-Anschlüssen andererseits (Rdnr. 112 f.).

Die entsprechende Zusammenfassung der Kommissionsentscheidung – Rdnr. 199 – lautet:

"[Die Klägerin missbraucht] ihre marktbeherrschende Stellung auf den relevanten Märkten für den direkten Zugang zu ihrem Telefon-Festnetz ... Dieser Missbrauch besteht in der Festsetzung unangemessener Preise für Vorleistungs-Zugangsdienste an Wettbewerber und für Endkunden-Zugangsdienste im Ortsnetz und erfüllt somit den Tatbestand des Artikels 82 Buchstabe a) EG-Vertrag. In dem Zeitraum von Anfang 1998 bis Ende 2001 war [die Klägerin] in der Lage, die Kosten-Preis-Schere durch Tarifänderungen auf der Endkundenebene vollständig zu beseitigen. Seit Anfang 2002 ist [die Klägerin] jedenfalls noch in der Lage, die Kosten-Preis-Schere zu verringern, und zwar durch Anhebung der nicht dem Price-Cap-System unterworfenen ADSL-Endkundenentgelte."

Im Übrigen wird auf die Entscheidungen der EuK (Anlage K 1), EuG (Anlage K 2) und EuGH (Anlage K 4) Bezug genommen.

(b)

Die Bindungswirkung erstreckt sich nur auf die tatbestandlichen Feststellungen zum Verschulden und erstreckt sich nicht auf die Rechtsfolgenbetrachtung gemäß § 823 Abs. 2 BGB.

Zunächst ist davon auszugehen, dass die Entscheidung der EuK auch die Verschuldensfrage betrifft. Die EuK hat sich insbesondere zur Schwere des Verstoßes geäußert (Tz. 201 f.). Dementsprechend hat die EuK in Art. 3 der Entscheidung ein Bußgeld von 12,6 Mio. € festgesetzt. Hierzu hat sich auch der EuGH unter Rz. 264 ff. geäußert, etwa unter dem Gesichtspunkt der Schwere des Verstoßes.

Eine Bindungswirkung zum Verschulden auf der Grundlage von § 33 Abs. 4 GWB wird zwar von Immenga/Mestmäcker/Emmerich (GWB, 4. Aufl., § 33 Rdnr. 78) verneint. Eine Tatbestandswirkung bestehe für das Verschulden – neben Schaden und Schadenskausalität – nicht. Dies wird unter Berufung auf die Gesetzesbegründung der 7. GWB-Novelle (BT-Drucks. 15/3640, S. 54) begründet. Die Gesetzesbegründung nennt das Verschulden zwar nicht ausdrücklich, die Tatbestandswirkung wird allerdings allein auf die Feststellung eines Kartellrechtsverstößes bezogen, während „alle weiteren Fragen“ der freien Beweiswürdigung des Gerichts unterliegen sollen.

Nach Auffassung der Kammer besteht eine eingeschränkte Bindungswirkung. Art. 16 VerfVO, der Vorbild für § 33 Abs. 4 GWB war, knüpft nicht an den Begriff des „Verstoßes“ an, sondern nach der Formulierung weitergehend daran, ob das Gericht des Mitgliedsstaates „nach Art. 81 und 82“ EG-V „über Vereinbarungen, Beschlüsse oder Verhaltensweisen zu befinden“ hat, „die bereits Gegenstand einer Entscheidung der Kommission sind“. Die Vorschrift zielt auf einen Gleichklang der Gerichtsentscheidung mit der Kommissionsentscheidung. Diese Vorschrift soll zur Kohärenz im Rahmen der unterschiedlichen Zuständigkeiten beitragen (Bechtold/Bosch/Brinker/Hirsbrunner, EG-Kartellrecht, Art. 16 VO 1/2003, Rdnr. 1). Wenn es um die Herbeiführung kohärenter Entscheidungen geht, kann bei Entscheidungen der EuK die Verschuldensfrage nicht ausgeblendet werden. Die Entscheidung des Gerichts eines Mitgliedsstaates wäre nämlich entgegen dem Regelungsanliegen inkohärent, würde es die Feststellungen der EuK zum Verschulden nicht nur unberücksichtigt lassen, sondern sogar gegenteilig entscheiden.

Soweit die Beklagte darauf hinweist, die rechtlichen Grundlagen für ein Verschulden im Rahmen eines EU-Kartellrechtsverfahrens seien von dem zivilrechtlichen Verschuldensbegriff im deutschen Recht verschieden, bestehen tatsächlich unterschiedliche Regelungskonzepte. Diesem Gesichtspunkt ist dadurch Rechnung zu tragen, dass eine Bindungswirkung auf die tatbestandlichen Festlegungen der EuK-Entscheidungen beschränkt

ist, während eine Bindung bei der Rechtsfolgenbetrachtung unterbleibt, diese vielmehr außerhalb der Bindungswirkung nach deutschem Recht erfolgt.

Tatbestandswirkung haben danach die Feststellungen der EuK, es bestehe ein Missbrauch „in der Erzwingung unangemessener Preise in Form einer Kosten-Preis-Schere zum Nachteil der Wettbewerber [REDACTED]“ (Rdnr. 201), „Die missbräuchliche Preisstrategie [REDACTED] hatte und hat zur Folge, dass die Wettbewerber auf dem Markt für den Zugang zum Ortsnetz in Deutschland massiv behindert werden. Dadurch ist es [REDACTED] gelungen, auf dem deutschen Markt für den Ortsnetz-Zugang...einen Marktanteil von mehr als 95% zu halten und den weitergehenden Markteintritt von Wettbewerbern, insbesondere solcher mit Kundenanschlüssen im gesamten Gebiet Deutschlands, zu verhindern“ (Rdnr. 204). Der EuGH (Rdnr. 288 f.) hat ausdrücklich die Annahme des EuG (Rdnr. 295 f.) gebilligt, dass ein Verschulden vorlag. Das EuG ist davon ausgegangen, dass die [REDACTED] nicht im Unklaren darüber sein konnte, „trotz der Genehmigungsbeschlüsse der RegTP über einen tatsächlichen Handlungsspielraum zur Festsetzung ihrer Endkundenentgelte und damit zur Verringerung der Kosten-Preis-Schere durch Erhöhung diese Entgelte“ zu verfügen, ferner, dass die Klägerin nicht im Unklaren darüber sein konnte, „dass die Kosten-Preis-Schere insbesondere wegen der Monopolstellung der Klägerin auf dem Vorleistungsmarkt und ihrer Quasimonopolstellung auf dem Markt der Endkunden-Zugangsdienste zu schwerwiegenden Wettbewerbsbeschränkungen führte.“

ee.

Das Tatbestandsmerkmal des Verschuldens (§ 823 Abs. 2 BGB) ist, soweit nicht schon Bindungswirkung besteht, also im Rahmen der Rechtsfolgenbetrachtung, erfüllt.

(1)

Verschulden bedeutet Vorsatz und Fahrlässigkeit, wobei einfache Fahrlässigkeit, bemessen nach einem objektiv-abstrakten Sorgfaltsmaßstab (BGHZ 39, 283, NJW 2003, 2023, 2024), ausreicht. Die Zuordnung eines Verschuldens erfolgt über § 31 BGB, sei es, nämlich wenn der zuständige

Vorstand oder ein verfassungsmäßig berufener Vertreter gehandelt hat, sei es, dass eine andere Person infolge eines Organisationsmangels gehandelt hat.

Ausgehend von der oben ausgeführten Tatbestandswirkung der EuK-Entscheidung ist zugrunde zu legen, dass [REDACTED] ein Missbrauch durch Erzwingung unangemessener Preise sowie eine missbräuchliche Preisstrategie mit der Folge einer massiven Behinderung von Wettbewerbern vorzuhalten ist.

Zwar wird nicht deutlich, welche für [REDACTED] handelnde Person dieser Vorwurf trifft. Ersichtlich geht die EuK aber von einer Strategie aus. Angesichts der Bedeutung dieser Frage für [REDACTED] im Hinblick auf ihre Wettbewerbsposition musste die strategische Entscheidung von dem Vorstand oder einem verfassungsmäßig berufenen Vertreter getroffen werden. Für dessen Handeln hat [REDACTED] einzustehen. Hätte eine andere Person die Entscheidung getroffen, würde [REDACTED] ein Verschulden in Form eines Organisationsmangels treffen.

(2)

Aber auch dann, wenn man mit der Beklagten jegliche Tatbestandswirkung der EuK-Entscheidung für das Verschulden verneinen wollte, ist von Verschulden auszugehen.

Angesichts des objektivierten Verschuldensbegriffs genügt es, wenn die zuständigen Mitarbeiter [REDACTED] hinreichend Anlass für die Annahme eines Kartellverstoßes hatten. Ob die Mitarbeiter [REDACTED] einen Kartellverstoß positiv erkannten oder hätten erkennen müssen, ist dagegen nicht maßgeblich und würde nur ein qualifiziertes Verschulden begründen, auf das es indes nicht ankommt.

Für ihre Mitarbeiter haftete [REDACTED] gemäß § 31 BGB, soweit es sich um gesetzliche oder verfassungsmäßig berufene Vertreter handelt, oder gemäß § 831 BGB für Verrichtungsgehilfen. Angesichts der Bedeutung der Entscheidung der Festlegung des Endkundenentgelts für das Geschäft der Beklagten war eine Überwachung der Mitarbeiter angezeigt. Die [REDACTED]- und damit die Beklagte - kann sich nicht darauf berufen, es handele sich um ein

eigenständiges Fehlverhalten eines sorgfältig ausgewählten und überwachten Verrichtungsgehilfen.

Die [REDACTED] – wobei im Folgenden die zuständigen Mitarbeiter gemeint sind – war als das Unternehmen, das die Anschlüsse bereit zu stellen hatte, und als Nachfolgerin des Post- und Telekommunikationsmonopolinhabers sowohl mit den technischen als auch mit den finanziellen und wirtschaftlichen Fragestellungen bestens vertraut. Daneben ist zu berücksichtigen, dass die [REDACTED] über eine Rechtsabteilung verfügt, die [REDACTED] neben technischen und wirtschaftlichen Fragestellungen auch zur juristischen und kartellrechtlichen Bewertung in die Lage versetzt.

Auch wenn es sich hier um komplexe Fragestellungen handelt, kann nicht davon ausgegangen werden, dass [REDACTED] nicht in der Lage gewesen wäre, die Fragestellungen auch auf rechtliche Risiken zu überprüfen. Nach Festlegung der Vorleistungsentgelte musste [REDACTED] dafür sorgen, dass bei den Endkundenentgelten eine PKS vermieden würde. Hierzu war die [REDACTED], die über alle erforderlichen Informationen verfügte, auch in der Lage.

Hier tritt hinzu, dass die Beklagte im Rahmen der entsprechenden Verfahren zur Festlegung des Vorleistungsentgelts beteiligt war und ihren Standpunkt aktiv vertreten hat. Die [REDACTED] nahm im Rahmen der Verwaltungsverfahren sogar die RegTP für ihren Standpunkt ein. Dabei ist es im Grundsatz zwar nicht zu beanstanden, wenn [REDACTED] eine ihr wirtschaftlich günstige Entscheidung anstrebt. Da die Entgeltfestlegungen allerdings Ausfluss der früheren Stellung als Monopolunternehmen sind, musste [REDACTED] stets das Risiko bedenken, dass bei einer überhöhten Entgeltfestsetzung die Möglichkeit eines Kartellrechtsverstoßes drohte, insbesondere dann, wenn die eigene Preisgestaltung die festgesetzten Vorleistungsbeträge unterbot. Hier drängte sich das Problem auf, dass bei überhöhter Festsetzung der Vorleistungsentgelte sich auch die Beklagte zur Vermeidung von Wettbewerbsverzerrungen an die Preisgestaltung gegenüber ihren Endkunden halten musste. Das hat die Beklagte nicht hinreichend beachtet. Ein schutzwürdiges Vertrauen auf eine bestimmte Berechnungsform ist nicht begründet.

Hieraus folgt, dass [REDACTED] bei der Gestaltung der Endkundenentgelte einen möglichen Kartellrechtsverstoß mitbedenken musste.

Der von der Beklagten angeführte Einwand eines unvermeidbaren Verbotsirrtums dürfte unbegründet sein. Die [REDACTED] konnte und durfte sich nicht bedenkenlos auf die Entscheidungen der Regulierungsbehörden zur Höhe des Vorleistungsentgelts verlassen. Diese Entscheidungen beruhten auf entsprechenden Einflussnahmen, denen wirtschaftliche Gründe der [REDACTED] zugrunde lagen. Hinzu tritt, dass schon die Auffassung der RegTP anfangs abweichend war, was aus Sicht der [REDACTED] das Risiko einer ungünstigen Entscheidung im Instanzenweg steigerte. Ein von der Beklagten angenommener unvermeidbarer Verbotsirrtum ist anhand eines strengen Maßstabs zu prüfen (Palandt/Grüneberg, BGB, § 276, Rdnr. 22), erst recht, wenn der Schuldner selbst rechtskundig ist. Zudem bleibt es dabei, dass die [REDACTED] die Vorleistungsentgelte bei der Gestaltung ihrer eigenen Endkundenentgelte berücksichtigen musste.

3.

Zutreffend weist die Beklagte darauf hin, ein Grundurteil setze voraus, dass überhaupt ein kausaler Schaden entstanden sei. Der Zulässigkeit eines positiven Grundurteils gemäß § 304 ZPO stehen Einreden und Einwendungen zur Höhe also nur entgegen, sofern sie zum Ausschluss einer betragsmäßigen Haftung führen würden.

Für die Entscheidung ist davon auszugehen, dass der Klägerin ein Schaden entstanden ist.

a.

Bei einer Erhöhung ihrer Endkundenentgelte wäre die Klägerin in der Lage gewesen, bei gleich bleibend hohem Angebotspreis einen höheren Gewinn zu erzielen.

Bei der Beurteilung ist zu berücksichtigen, dass die Schadensbetrachtung hypothetisch ist, also von der Klägerin verlangt wird, ihre wirtschaftliche Vorgehensweise nachträglich darzulegen. Soweit die Klägerin alternative Betrachtungen anstellt, ist dies vor dem Hintergrund eines hypothetischen

Schadensverlaufs nicht zu beanstanden, soweit die alternativen Betrachtungen sich nicht widersprechen oder gar ausschließen. Davon vermag die Kammer hier nicht auszugehen.

Müsste daher für die Schadensbetrachtung die Annahme zugrunde gelegt werden, die Klägerin hätte ihre Endkundenentgelte wegen ihrer sonstigen Mitbewerber nicht angehoben, kann die alternative Betrachtung angestellt werden, durch den größeren Preisabstand der Klägerin zu der Beklagten als Marktführerin wäre eine größere Anzahl von Kunden von der Beklagten zur Klägerin gewechselt. Soweit die Beklagte ausführt, zwischen den Vorleistungskosten und der Kundengewinn bestehe keine Wechselwirkung, teilt die Kammer diesen Ansatz nicht.

b.

Den Ausführungen der Klägerin zur Höhe der PKS, so wie in Anlage K 6 niedergelegt, ist die Beklagte nicht substantiiert entgegen getreten. Die Klägerin hat die PKS der Stufe 1 – negative PKS ohne Berücksichtigung der produktspezifischen Kosten – anhand der erläuterten Berechnungen der EuK unter Einbeziehung öffentlich zugänglicher Informationen nachvollzogen. Sie hat die monatlichen Vorleistungsentgelte den monatlichen Endkundenentgelten der Beklagten gegenüber gestellt. Angesichts der Schwärzungen der Berechnungen der EuK in ihrer Entscheidung war die Klägerin notgedrungen auf die Vervollständigung durch öffentlich zugängliche Informationen angewiesen. Die Klägerin räumt ein, dass die Berücksichtigung der ihr nicht bekannten und in der Kommissionsentscheidung geschwärzten produktspezifischen Kosten der Beklagten ungewiss ist. Allerdings erscheint der Berechnungsansatz, von dem Monat Juni 2003 auszugehen, nachvollziehbar. Nach den Ausführungen der EuK lag in diesem Monat noch eine – abnehmende - PKS vor. Der Ansatz, rechnerisch den kleinsten Wert für eine PKS von 0,01 € anzunehmen und hiervon wegen des PKS-Werts ohne Berücksichtigung der produktspezifischen Kosten von 2,12 € die produktspezifischen Kosten mit 2,13 € als Mindestbetrag anzugeben, ist plausibel. Da die Beklagte weder zur Höhe noch zur Entwicklung der produktspezifischen Kosten ausgeführt hat, ist es insbesondere beanstandungsfrei, wenn die Klägerin den von ihr für

Juni 2003 ermittelten Wert für die produktspezifischen Kosten auf die vorangegangene Zeit der Dauer der PKS überträgt.

Angesichts der Berechnung der Klägerin hätte die Beklagte die angenommenen Berechnungsgrundlagen substantiiert angreifen und durch eigene Berechnungen ersetzen können und müssen. Dies ist nicht erfolgt. Hierin liegt nicht die Annahme einer sekundären Darlegungslast. Die Klägerin ist ihrer Darlegungspflicht im Rahmen des Vortrags zum Schaden bzw. zur Schadensschätzung nachgekommen. Es obliegt der Beklagten nunmehr, Einwände gegen die jeweiligen Annahmen der Klägerin zur Schadensschätzung substantiiert vorzutragen.

b.

Es liegt auf der Hand, dass bei einer Anhebung der Endkundenentgelte der Beklagten für die TAL der wirtschaftliche Spielraum für alle Konkurrenten größer geworden wäre.

Die von der Klägerin in Anlage K 6 berechnete monatliche PKS betrug zwischen 0,01 € bis zu 5,02 €, nämlich von März 1998 bis Dezember 1998 3,52 €, von Januar 1999 bis April 1999 3,08 €, von Mai 1999 bis Dezember 1999 5,02 €, von Januar 2000 bis Dezember 2000 4,62 €, von Januar 2001 bis März 2001 3,68 €, von April 2001 bis Oktober 2001 2,80 €, von November 2001 bis Dezember 2001 2,79 €, von Januar 2002 bis März 2002 1,44 €, von April 2002 bis Juni 2002 1,02 €, von Juli 2002 bis September 2002 0,99 €, von Oktober 2002 bis Dezember 2002 0,98 €, von Januar 2003 bis April 2003 0,70 €, Mai 2003, 0,02 € und Juni 2003 0,01 €. Es handelt sich für die Preisgestaltung um der Höhe nach erhebliche Kostenfaktoren.

c.

Fragwürdig wäre die Beurteilung, wenn die Klägerin nicht schon vollständig in dem Geschäftsbereich tätig gewesen wäre. Im Hinblick auf den gewichteten Ansatz der EuK ist das Angebot von Schmalbandanschlüssen – Analog- und ISDN-Anschlüsse – einerseits und Breitbandanschlüsse (ADSL) andererseits betroffen. Da die Entgeltgestaltung im Schmalbandbereich Anlass für die Annahme einer PKS ist, wäre die Schadensbetroffenheit der Klägerin weiter zu prüfen, wenn sie in diesem Bereich nicht tätig gewesen war. Dann müsste vorrangig entschieden werden, ob die Klägerin bei Entfall

der PKS in dieses Geschäftsfeld eingetreten wäre. Diese Frage stellt sich hier indes nicht, da die Klägerin auch im Analog- und ISDN-Anschlussbereich tätig war.

d.

Wäre die PKS durch Anhebung der Endkundenentgelte der Beklagten entfallen, hätte die Klägerin wirtschaftlichen Spielraum zur Anhebung ihrer Endkundenentgelte gehabt, maximal im Umfang der entfallenen PKS. Diese Betrachtung legt die Klägerin für die Berechnung des unmittelbaren Schadens zugrunde.

Die von der Beklagten angeführten Argumente gegen die haftungsausfüllende Kausalität stehen der Annahme der erforderlichen Schadenswahrscheinlichkeit nicht entgegen.

(1)

Der Einwand, die Klägerin gehe selbst davon aus, sie hätte die Entgelte nicht angehoben, ist so nicht zutreffend. Im Rahmen der unmittelbaren Schadensberechnung geht die Klägerin sehr wohl von diesem Ansatz aus. Sie hat lediglich für die alternative Betrachtung die Möglichkeit zugrunde gelegt, sie hätte ihre Endkundenentgelte beibehalten. Für diesen Fall hat die Klägerin dargelegt, sei ihr auch ein Schaden entstanden, weil sie durch den größeren Entgeltabstand zur Beklagten vermehrt hätte Kunden gewinnen können, die von der Beklagten zur günstigeren Klägerin gewechselt wären. Diese alternative Betrachtung steht hinsichtlich einer kausalen Schadensentstehung weder im Widerspruch zu dem Hauptvorbringen noch schließt sie eine nachvollziehbare Schadensdarlegung aus. Die Klägerin hat lediglich zwei mögliche Verhaltensweisen für den Fall des Entfalls der PKS dargelegt. Damit hat die Klägerin darlegen wollen, dass sie in beiden Fällen einen Schaden erlitten hätte.

Richtig ist zwar, dass im Falle der Beurteilung der Schadenshöhe die Alternativität nicht aufrechterhalten werden kann, da die Klägerin ihre Schadensberechnung in einem konkreten Szenario darlegen muss. Für die im Rahmen der Grundentscheidung maßgebliche Beurteilung, ob ein kausaler Schaden entstanden wäre, ist die alternative Betrachtung indes

unbedenklich und verdeutlicht die wirtschaftliche Beeinträchtigung der Klägerin durch die PKS.

(2)

Der Klägerin ist zunächst darin zu folgen, dass die PKS für die Preisbildung am Markt erheblich war. Die Beklagte war als deutlicher Marktführer für die Preisbildung wesentlicher Orientierungsmaßstab. Für Konkurrenten, insbesondere die neu am Markt Eintretenden, war es für den Markterfolg bedeutsam, sich an der Preisbildung der Beklagten auszurichten, insbesondere deren Preise zu unterbieten, um überhaupt Kunden zum Wechseln zu bewegen. Dies belegt auch die von der Beklagten in Tabelle 2 der Klageerwiderung dargelegte Tarifübersicht. Die Annahme der Beklagten, es bestehe keine Korrelation zwischen ihren Tarifen und denen der Klägerin kann nicht geteilt werden.

(3)

Der Vortrag, die Klägerin habe trotz der beanstandeten Vorleistungsentgelte günstiger als die Beklagte angeboten und dabei nach eigener Angabe auch noch Gewinn erzielt, spricht nicht gegen eine Schädigung der Klägerin. Es geht nicht darum, ob die Klägerin – insbesondere durch eine Mischkalkulation mit Gesprächstarifen – unter der PKS keinen Gewinn erzielte. Vielmehr kommt es darauf an, ob die Klägerin ohne die PKS höhere Einnahmen erzielt hätte, also einen ggf. erzielten Gewinn noch gesteigert hätte.

(4)

Die Vermutung der Beklagten, die Klägerin hätte Mehreinnahmen keineswegs in Marketing und Werbung investiert um neue Kunden zu akquirieren, sondern – wie auch sonst – Mehreinnahmen in den Netzausbau investiert, kann im Höheverfahren beurteilt werden. Auch bei dieser Annahme der Beklagten, die allerdings nur eine Ersetzung der hypothetischen wirtschaftlichen Vorgehensweise durch eine andere hypothetische Betrachtung darstellt, wäre ein Schaden anzunehmen. Die Netzinvestitionen dienten der Steigerung der Attraktivität des eigenen

Angebots und zielten damit wiederum auf eine Steigerung der Kundenzahl ab.

(5)

Weitere von der Beklagten angeführte Gesichtspunkte, die von der Klägerin angesetzten Marketingkosten seien nicht konstant, zumal der Grenznutzen mit zunehmender Werbung abnehme, die Klägerin habe weitere Kundengewinnungskosten wie z.B. Kosten für subventionierte Endgeräte außer Betracht gelassen, bei einer Erhöhung der Endkundenentgelte durch die Beklagte wäre ein Teil der Kunden zu Mobilfunkangeboten gewechselt, die Klägerin berücksichtige nicht, dass die angeblich entgangenen Kunden nicht zusätzlich gewonnen wären, da sie nach Auslauf der PKS ohnehin gewechselt sind, daher sei die von der Klägerin angenommene Verweildauer zu lang bemessen und allenfalls mit 45 Monaten anzusetzen, sprechen nicht grundsätzlich gegen einen Schaden, sondern betreffen nur die Schadenshöhe.

e.

Ebenso wie zur Frage der haftungsausfüllenden Kausalität stünde der Einwand des Mitverschuldens nur dann dem Grundurteil entgegen, wenn infolge des Einwands ein Schadensersatzanspruch insgesamt ausgeschlossen wäre. Der Einwand des Mitverschuldens gemäß § 254 BGB führt hier aber nicht zu einer Enthftung des Kartelltäters. Zunächst einmal richtet sich der Tatvorwurf gegen [REDACTED], missbräuchlich untersetzte Endkundenentgelte gefordert zu haben.

(1)

Dass die Klägerin durch unterlassene Rechtsmittel an der Schadensentstehung mitgewirkt haben soll, erscheint schon fraglich, zumal bereits 1999 das EuK-Verfahren beantragt wurde.

Die [REDACTED] ihrerseits hatte ab diesem Zeitpunkt vielmehr Anlass, ihre Vorgehensweise zu überprüfen, ohne jedoch Konsequenzen zu ziehen.

Der Vorwurf, der darauf abzielt, die Festsetzung durch die RegTP abzuändern, trifft erst recht die Beklagte, da [REDACTED] nicht nur an dem Festsetzungsverfahren aktiv beteiligt war, sondern auch über die

erforderlichen Informationen verfügte, die für die Festsetzungsentscheidung von Bedeutung waren. Wäre die RegTP daher zu falschen Annahmen gelangt, die zur Festsetzung eines überhöhten Vorleistungsentgelts geführt hätte, dann müsste sich die Beklagte dies wegen der Beteiligung [REDACTED] an dem Verfahren erst recht zurechnen lassen. Sie vermag sich nicht dadurch zu entlasten, dass sie der Klägerin vorhält, sie habe Rechtsmittel gegen die Festsetzung einlegen können.

(2)

Auch kann die Beklagte die Klägerin nicht mit Erfolg darauf verweisen, sie hätte im Preselection- und Call-by-Call-Geschäft ausgleichende Gewinne erwirtschaften können. Ein Schaden durch einen Kartellverstoß kann nicht dadurch entfallen, weil der Geschädigte besser hätte wirtschaften können.

(3)

Ebenso verfängt nicht der Hinweis, die Klägerin hätte sich verstärkt im Mobilfunkgeschäft betätigen können. Auch dies ist eine alternative Betrachtung des Marktverhaltens der Klägerin, die den Kartellschaden nicht berührt.

(4)

In gleicher Weise ist es eine den Kartellschaden unberührt lassende Alternativbetrachtung der Beklagten, wenn sie darlegt, die Klägerin hätte Teile dieses Geldes besser in die Kundengewinnung anstatt in den Netzausbau geleitet.

D.

Nebenentscheidungen bleiben dem Schlussurteil vorbehalten.

Paltzer

Hündgen

Notzem

Ausgefertigt



Altwicher, Justizbeschäftigter

als Urkundsbeamter der Geschäftsstelle