

Diploma Thesis

# **Compensation for Bidder Agreements - Methods for Determining the Amount of Damages**

Submitted in satisfaction of the requirements for the degree of  
Diplom-Ingenieur / Diplom-Ingenieurin  
of the TU Wien, Faculty of Civil Engineering

---

DIPLOMARBEIT

## **Schadenersatz wegen Bieterabsprachen - Methoden zur Ermittlung der Schadenshöhe**

ausgeführt zum Zwecke der Erlangung des akademischen Grades eines / einer  
Diplom-Ingenieurs/ Diplom-Ingenieurin  
eingereicht an der Technischen Universität Wien, Fakultät für Bauingenieurwesen

von

**Theresa Barbara Oswald, B.Sc.**

Matr.Nr.: 00926619

unter der Anleitung von

Univ.-Prof. Dipl.-Ing. Dr.techn. **Andreas Kropik**

Univ.Ass.Dipl.-Ing. **Ursula Gallistel**

Institut für interdisziplinäres Bauprozessmanagement  
Forschungsbereich Bauwirtschaft und Baumanagement  
Technische Universität Wien,  
Karlsplatz 13/234-1, A-1040 Wien

Wien, im April 2018

---



## **Hinweis zur Geschlechtsneutralität**

Zur leichteren Lesbarkeit der vorliegenden Arbeit wurden herkömmliche Berufs- und Personenbezeichnungen beibehalten, verstehen sich aber als geschlechtsneutral. Frauen und Männer sind bei jeder Berufs- und Personenbezeichnung gleichermaßen gemeint.



## **Danksagung**

Durch die fachlich kompetente Unterstützung vieler wurde das Verfassen dieser Diplomarbeit überhaupt erst möglich, weswegen ich an dieser Stelle all jenen meinen großen Dank aussprechen möchte.

Mein Dank gilt dabei besonders Univ.Prof. Dipl.-Ing. Dr.techn. Andreas Kropik und Univ.Ass.in Dipl.-Ing.in Mag.a iur. Ursula Gallistel, die mich außerordentlich gut und engagiert während des gesamten Schaffensprozesses der Diplomarbeit unterstützt haben. Ohne ihre hilfreichen Anregungen und Tipps wäre meine Diplomarbeit keineswegs zustande gekommen.

In Zuge dessen möchte ich mich auch bei meiner Familie und meinen Freunden bedanken, die mich seit Beginn meines Studiums stets unterstützt haben und mir in jeglicher Weise hilfreich zur Seite gestanden sind.



## I. Kurzfassung

Kartelle, Laster früherer, jetziger und vermutlich auch zukünftiger Zeiten.

Schon seit Anbeginn der Kartellbildung gab es Regelungen, die diesen rechtswidrigen Zusammenschluss von Unternehmen untersagten bzw. Schadenersatz vorsahen, wenn es zu einem Verstoß kam. Die vorliegende Arbeit behandelt zu Beginn die geschichtliche Entwicklung betreffend Schadenersatz und Kartellrecht, bevor auf die aktuelle Rechtslage eingegangen wird.

Kartellbildungen können nicht nur auf Konsumgütermärkten zustande kommen, vielmehr bilden sich diese in allen erdenklichen Bereichen einer Volkswirtschaft aus, so auch in der Bauwirtschaft. In der Bauwirtschaft haben solche rechtswidrigen Zusammenschlüsse einen durchaus großen Stellenwert.

Ein prekäres Thema im Bauwesen sind Bietergemeinschaften und Arbeitsgemeinschaften. Arbeitsgemeinschaften, welche über Jahre hinweg absolut ausgenommen vom Kartellverbot waren, stellen erst seit dem Jahr 2002 keine explizite Ausnahme vom Kartellverbot mehr dar. Kommt es zu einem Verstoß gegen das Kartellverbot, ist die Aufdeckung eine sehr komplexe Aufgabe, eine zentrale Rolle hierbei stellen Kronzeugen dar. Wird ein Verstoß bewiesen, steht grundsätzlich Schadenersatz zu, jedoch muss die Höhe des Schadens bestimmt werden.

Die vorliegende Arbeit befasst sich aus diesem Grund in den folgenden Kapiteln mit den verschiedenen Berechnungsmethoden für die Schadenersatzhöhe und die dafür nötigen rechtlichen Bestimmungen und Vorschriften.

Durch die Behandlung der einzelnen Berechnungsmethoden soll dem Leser ein Gefühl dafür vermittelt werden, wie komplex die Bestimmung der Schadenersatzhöhe sein kann und wie die rechtlichen Rahmenbedingungen betreffend Schadenersatz und Kartellrecht in Österreich derzeit sind. Weiters wird erläutert, wie eine mögliche Anwendung der einzelnen Methoden im Bauwesen erfolgen kann. Hierdurch wird es möglich aufzuzeigen, dass Schadenersatzberechnungen im Bauwesen allgemein sehr komplexen Berechnungsmethoden folgen müssen und die empirische Erfahrungsbasis derzeit noch keine schematischen tragfähigen Methodendarstellung erlaubt. Nach Meinung der Autorin ist auch die derzeit verfügbare Anzahl ausjudizierter Causen zu gering, um eine tragfähige empirische Wissensbasis für die Entwicklung kochrezeptartiger Berechnungsmethoden zu erlauben. Die im Abschluss kurz erläuterte hypothetische Überlegung der Autorin könnte als Basis einer zukünftigen Weiterentwicklung dienen.

## II. Abstract

Cartels, vices of earlier, present and presumably future times.

Since the beginnings of cartel formation there have been laws or regulations that prohibited this unlawful merger of companies or provided indemnifications in case of a violation.

The present work treats first the historical development regarding damages and antitrust, prior to the discussion of the current legal status.

Cartel formation can not only come about on consumer goods markets, but rather these are formed in all conceivable areas of a national economy, including the construction industry. In the construction industry such unlawful mergers have a very important status.

A precarious topic in the construction sector are consortia and provider communities. Provider communities, which for years were absolutely excluded from the prohibition of cartels, have ceased to be an explicit exception to the cartel ban in 2002. In case of a breach of the cartel ban the detection is a very complex task in which chief witnesses constitute a central role. If a violation is proven, the amount of a possible indemnification must be determined.

For this reason, the present work treats in its subsequent chapters different calculation methods for the amount of indemnifications and the necessary legal provisions and regulations.

The discussion of the individual calculation methods should provide the reader with a sense how complex the determination of an indemnification amount can be and how the legal framework regarding damages and antitrust law in Austria are currently.

In addition, it also explains the possible application of the individual methods in construction industry.

This makes it possible to demonstrate that indemnification calculations in the construction industry generally have to follow very complex computational methods and the empirical body of evidence currently does not permit to present a full schematic methodology.

The opinion of the author is that the currently available number of legally fully closed cases is still much too small to provide a sufficiently broad, empirical knowledge base for the development of cookbook-like calculation recipes.

The hypothetical consideration of the author - briefly explained - in the final conclusion could be used as a basis for future developments on her work.



### III. Abkürzungsverzeichnis

ABGB	Allgemein Bürgerliches Gesetzbuch
Abs	Absatz
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BVergG.	Bundesvergabegesetz
BWB	Bundeswettbewerbsbehörde
bzw.	beziehungsweise
EK	Europäische Kommission
EU	Europäische Union
EuGH	Europäischer Gerichtshof
FKVO	Fusionskontrollverordnung
GVO	Gruppenfreistellungsverordnung
idF.	in der Fassung
KartG 2005	Kartellgesetz
KaWeRÄG 2017	Kartell- und Wettbewerbs-Änderungsgesetz 2017
KMU	kleine und mittlere Unternehmen
leg. cit.	legis citatae
NahVersG	Verbesserung der Nahversorgung und der Wettbewerbsbedingungen
Nr.	Nummer
OGH	Oberster Gerichtshof
RL	Richtlinie
SSNIP	Small but Significant and Nontransitory Increase in Price
StGB	Strafgesetzbuch
UGB	Unternehmensgesetzbuch
v. Ch.	vor Christus
WettbG	Wettbewerbsgesetz

## IV. Inhaltsverzeichnis

Hinweis zur Geschlechtsneutralität .....	3
Danksagung .....	5
I. Kurzfassung.....	7
II. Abstract .....	8
III. Abkürzungsverzeichnis .....	9
IV. Inhaltsverzeichnis .....	10
<b>1. Einleitung .....</b>	<b>15</b>
1.1 Forschungsfrage.....	16
1.2 Methodenbeschreibung .....	16
1.3 Ziel der Arbeit .....	16
1.4 Aufbau der Arbeit.....	17
<b>2. Schadenersatz .....</b>	<b>18</b>
2.1 Geschichtliche Entwicklung .....	18
2.2 Ziel und Zweck von Schadenersatz .....	19
2.3 Das ABGB als Rechtsgrundlage.....	21
2.3.1 Entstehung des ABGB.....	21
2.3.2 Aufbau des ABGB .....	22
2.4 Allgemeine Voraussetzungen für Schadenersatzforderungen.....	22
2.4.1 Schaden .....	23
2.4.2 Kausalität.....	24
2.4.3 Rechtswidrigkeit .....	25
2.4.4 Verschulden .....	26
2.5 Durchsetzung .....	27
2.5.1 Verjährung.....	27
2.5.2 Beweislast .....	27
2.5.3 Beweislastumkehr .....	27
2.6 Höhe des Schadenersatzes.....	28
2.6.1 Positiver Schaden.....	28
2.6.2 Entgangener Gewinn .....	29
2.6.3 Interesse.....	29
2.7 Haftung mehrerer Schädiger.....	30
<b>3. Kartellrecht.....</b>	<b>31</b>
3.1 Kartelle in der Geschichte und Entwicklung des Kartellrechts.....	31
3.2 Rechtsquellen.....	34

3.2.1	Das KartG 2005.....	34
3.2.2	Rechtsquellen - Europäische Union.....	36
3.3	Marktteilnehmer und deren Wettbewerb.....	36
3.3.1	Unternehmen/Unternehmer.....	36
3.3.2	Der Wettbewerb.....	37
3.4	Das Kartell.....	37
3.4.1	Horizontale Kartelle.....	39
3.4.1.1	Hardcore-Kartell.....	41
3.4.2	Vertikale Kartelle.....	41
3.4.2.1	Sternkartell.....	42
3.5	Rechtswidriges Verhalten.....	42
3.5.1	Vereinbarungen.....	43
3.5.2	Abgestimmte Verhaltensweisen.....	43
3.5.3	Wettbewerbsbeschränkungen.....	44
3.5.3.1	Bezweckte Wettbewerbsbeschränkungen.....	44
3.5.3.2	Bewirkte Wettbewerbsbeschränkungen.....	45
3.5.3.3	Spürbarkeit.....	45
3.5.4	Missbrauch einer Marktbeherrschung.....	46
3.5.5	Vergeltungsmaßnahmen.....	47
3.5.6	Kartellverstöße im Bauwesen - Arbeitsgemeinschaften.....	48
3.6	Marktabgrenzung.....	49
3.6.1	Sachlich relevanter Markt.....	49
3.6.2	Räumlich relevanter Markt.....	50
3.6.3	Zeitlich relevanter Markt.....	50
3.7	Ausnahmen vom Kartellverbot.....	51
3.7.1	Freistellung.....	52
3.7.2	Bagatellkartellausnahme.....	52
3.7.3	Branchenspezifische Ausnahmen.....	53
3.7.4	Gruppenfreistellungsverordnung.....	53
3.7.5	Bestimmte Gruppenfreistellungsverordnung.....	55
3.7.6	Weitere Ausnahmen.....	55
3.7.6.1	Konzernprivileg.....	55
3.7.6.2	Bietergemeinschaften.....	55
3.8	Behörden und Verfahren.....	56
3.8.1	Kartellrechtliche Behörden.....	56
3.8.2	Höhe der Geldbuße.....	58

3.8.3	Kronzeugenregelung .....	59
3.8.4	Selbsteinschätzung.....	61
<b>4.</b>	<b>Regelungen KaWeRÄG 2017.....</b>	<b>61</b>
4.1	RL 2014/104/EU .....	61
4.1.1	Entstehung der RL 2014/104/EU .....	62
4.1.2	Inhalt der RL 2014/104/EU .....	63
4.2	Änderungen KartG 2005.....	64
4.2.1	Änderungen hinsichtlich Schadenersatz .....	65
4.2.2	Übergangsbestimmungen - Umsetzung des KaWeRÄG 2017 .....	66
4.3	Änderungen WettbG .....	66
4.4	Änderungen NahVersG .....	66
<b>5.</b>	<b>Schadenersatzansprüche im Kartellrecht.....</b>	<b>67</b>
5.1	Schäden durch Baukartelle.....	67
5.2	Grundlegendes .....	68
5.3	Voraussetzungen.....	68
5.4	Rechtswidrigkeit im Kartellrecht.....	69
5.5	Umfang des Schadenersatzes.....	70
5.5.1	Positiver Schaden.....	70
5.5.2	Entgangener Gewinn .....	70
5.5.3	Zinsen.....	71
<b>6.</b>	<b>Kartellschäden und deren Berechnungsmethoden.....</b>	<b>71</b>
6.1	Effekte von Kartellen.....	72
6.1.1	Auswirkungen auf Endkunden .....	72
6.1.2	Auswirkungen auch Zwischenhändler.....	73
6.1.3	Auswirkungen auf Kartellaußenseiter .....	76
6.2	Datenquellen zur Berechnung von Kartellschäden.....	77
6.3	Statistische Grundlagen.....	78
6.3.1	Median.....	78
6.3.2	Varianz .....	79
6.3.3	Konfidenzintervall .....	79
6.3.4	Statistische Signifikanz .....	79
6.4	Methoden zu Ermittlung des Schadens.....	79
6.4.1	Vergleichsmarktmethoden .....	81
6.4.1.1	Zu bestimmende Zielvariablen.....	81
6.4.1.2	Zeitliche Vergleichsmethode auf demselben Markt.....	82
6.4.1.3	Vergleich mit ähnlich räumlichem Markt.....	82

6.4.1.4	Vergleich mit ähnlich sachlichem Markt .....	83
6.4.1.5	Kombination von zeitlichen und marktbezogenen Methoden .....	84
6.4.2	Empirische Vergleichsmarktmethoden.....	84
6.4.2.1	Benötigte Daten.....	85
6.4.2.2	Einzelwertvergleiche.....	86
6.4.2.3	Durchschnittsvergleiche.....	86
6.4.2.4	Methode der linearen Interpolation und Extrapolation .....	87
6.4.2.5	Regressionsanalyse .....	89
6.4.3	Simulationsmethoden .....	91
6.4.3.1	Vollkommene Konkurrenz.....	92
6.4.3.2	Monopolmodelle .....	93
6.4.3.3	Oligopolmodell.....	93
6.4.4	Aufbauende Methoden .....	94
6.4.4.1	Kostenbasierte Methode.....	94
6.4.4.2	Finanzgestützte Methode.....	96
6.4.5	Andere Methoden .....	97
<b>7.</b>	<b>Vergleich der einzelnen Methoden .....</b>	<b>97</b>
7.1	Anwendung im Bauwesen .....	98
7.1.1	Besonderheiten der Bauwirtschaft .....	98
7.1.2	Festlegung der Ähnlichkeit.....	99
7.1.2.1	Ähnlich räumlicher Vergleichsmarkt.....	100
7.1.2.2	Ähnlich sachlicher Vergleichsmarkt .....	102
7.1.3	Datenquellen im Bauwesen .....	103
7.2	Vergleichsmarktmethoden .....	106
7.2.1	Zeitliche Vergleichsmarktmethode auf demselben Markt .....	106
7.2.2	Vergleich mit ähnlich räumlichen Markt.....	108
7.2.3	Vergleich mit ähnlich sachlichen Markt .....	109
7.2.4	Kombination von zeitlichen und marktbezogenen Methoden .....	110
7.3	Empirische Vergleichsmethoden.....	112
7.3.1	Einzelwertvergleiche.....	112
7.3.2	Durchschnittsvergleiche.....	113
7.3.3	Methode der linearen Interpolation und Extrapolation .....	113
7.3.4	Regressionsanalyse .....	115
7.4	Simulationsmethoden .....	116
7.5	Aufbauende Methoden .....	118
7.5.1	Kostenbasierte Methode.....	118

7.5.2	Finanzgestützte Methode.....	120
7.6	Methodenwahl .....	120
7.6.1	Einzelfallspezifische Beschreibung .....	122
7.6.1.1	Einzelwertvergleiche auf zeitlichem Vergleichsmarkt .....	123
7.6.1.2	Einzelwertvergleiche auf ähnlich räumlichem Vergleichsmarkt .....	123
7.6.1.3	Einzelwertvergleiche auf ähnlich sachlichen Vergleichsmarkt.....	123
7.6.1.4	Einzelwertvergleiche auf kombinierten Vergleichsmarkt .....	123
7.6.1.5	Durchschnittsvergleiche.....	124
7.6.1.6	Lineare Interpolation und Extrapolation.....	124
7.6.1.7	Regressionsanalyse .....	124
7.6.1.8	Simulationsmodelle.....	124
7.6.1.9	Kostenbasierte Methode.....	124
7.6.1.10	Finanzgestützte Methode.....	125
7.6.2	Prinzipielle Anwendung der Methoden.....	125
7.7	Hypothetische Idee.....	128
<b>8.</b>	<b>Conclusio .....</b>	<b>130</b>
	<i>Quellenverzeichnis .....</i>	<i>133</i>
1.	Rechtsquellen.....	133
2.	Veröffentlichungen der Europäischen Kommission .....	134
3.	Literatur .....	135
4.	Internetquellen.....	137

## 1. Einleitung

Wirft man einen Blick auf die aktuellen Nachrichten, ist schnell zu erkennen, dass die Thematik Kartelle in den vergangenen Jahren für großes Aufsehen sorgte. Immer öfter werden Verstöße gegen wettbewerbsrechtliche Bestimmungen mit hohen Strafen geahndet.

Einer der wohl bekanntesten Fälle der letzten Jahre ist das sogenannte Aufzugskartell. Die Firmen Otis, Kone, Schindler, Haushahn und Doppelmayer, welche alle Aufzugs- bzw. Fahrtreppenhersteller sind, schlossen sich seit den 80er Jahren zu einem Kartell zusammen, um die Preise zu bestimmen und die Verteilung von Projekten bzw. von Aufträgen untereinander zu regeln.<sup>1</sup> Zu den Geschädigten zählen unter anderem Universitäten und verschiedene Ministerien.<sup>2</sup> Diese fünf Betriebe erhielten in Summe eine Geldbuße von knapp 76 Millionen Euro. Die deutsche Firma ThyssenKrupp gehörte ebenfalls zu diesem Kartell, erhielt aber als Kronzeuge keine Strafe. Zum zweiten Kronzeugen wurde die Firma Otis. Auch sie profitierte von ihrer Funktion als Kronzeuge und erhielt eine Strafminderung von 50 Prozent.<sup>3</sup> Allerdings schützt die sogenannte Kronzeugenregelung die Beteiligten nicht vor zivilrechtlichen Schadenersatzforderungen.<sup>4</sup>

Ein aktuellerer Fall betrifft den Handelskonzern Spar. Dieser erhielt wegen verbotener Preisabsprachen über Molkereiprodukte eine Geldstrafe in der Höhe von 30 Millionen Euro. Einkäufer des Konzerns Spar forderten von ihren Lieferanten, eine bestimmte Preishöhe für Molkereiprodukte auch bei anderen Abnehmern anzusetzen. Ziel dieser Absprache war es, für den Konzern eine gleichbleibende Marge bei Einkaufspreis erhöhungen zu erhalten.<sup>5</sup>

Kommt es aufgrund von Kartellen zu Schadenersatzforderungen, ist die Feststellung der Schadenshöhe eine komplexe Aufgabe. Es gibt verschiedene Methoden, um die Schadenshöhe zu ermitteln, und jede einzelne dieser Methoden hat ihre Stärken und Schwächen. Nicht jede Methode eignet sich gleichermaßen für Verstöße in der Bauindustrie. Eine Pauschale Anwendbarkeit einer Methode gibt es nicht. In Abhängigkeit vom vorliegenden Einzelfall bzw. der vorliegenden Datenmenge ist die jeweils geeignete Methode zu wählen.

---

<sup>1</sup> Schnauder, Aufzugskartell: 100 Millionen Schadenersatz drohen.

<sup>2</sup> Wien ORF, 02.02.2010, Justiz.

<sup>3</sup> BWB, BWB/K - 128 Aufzugskartell.

<sup>4</sup> Schnauder, Aufzugskartell: 100 Millionen Schadenersatz drohen.

<sup>5</sup> Die Presse, 30.10.2015, Spar zu 30 Millionen Euro Kartellstrafe verdonnert.

## 1.1 Forschungsfrage

Aufgabe der vorliegenden Arbeit ist es, ausgehend von der aktuellen Rechtslage (Stand Februar 2018), die Regelungen zu Schadenersatz und Kartellverbot näher zu erläutern. Zunächst wird die allgemeine Rechtslage hinsichtlich Schadenersatz aus Kartellverstößen dargelegt und welches Verhalten als Verstoß gegen das Kartellrecht zu verstehen ist. Des Weiteren wird geklärt, welche Voraussetzungen bestehen müssen, um einen Schaden im Sinne des Kartellverbotes geltend machen zu können. In Bezugnahme auf die Richtlinie 2014/104/EU (RL 2014/104/EU)<sup>6</sup>, welche unter anderem Vorschriften für Schadenersatzklagen aus Verstößen gegen wettbewerbsrechtliche Bestimmungen enthält, werden die bestehenden Berechnungsmethoden für den Schadensumfang erläutert und auf ihre Anwendbarkeit auf Bauleistungen hin analysiert. Die Forschungsfrage der vorliegenden Arbeit ist also die Untersuchung der Anwendbarkeit der einzelnen Methoden auf das Bauwesen.

## 1.2 Methodenbeschreibung

Damit die oben beschriebene Forschungsfrage bestmöglich ausgearbeitet bzw. beantwortet werden kann, wird in einem ersten Schritt die gesetzliche Basis betreffend Schadenersatz und Kartellverbot vermittelt, um ein rechtliches Grundverständnis für die beiden Hauptthemen zu erlangen. Die ausgearbeiteten rechtlichen Grundlagen der vorliegenden Arbeit sind für das Verständnis der darauf folgenden Teilthemen, nämlich Schadenersatz bei Verstößen gegen das Kartellverbot und die Berechnung der Schadenshöhe, essenziell, beinhalten aber keine vollumfassende rechtswissenschaftliche Bearbeitung der Themen. Es soll ein Rechtsverständnis aus Sicht des Bauingenieurs geschaffen werden.

Aus den verfügbaren Quellen (siehe Quellenverzeichnis) wurden die wesentlichen, für die vorliegende Arbeit benötigten, Punkte aufgegriffen und möglichst verständlich zusammengefasst. Die Methodik der gewählten ausgearbeiteten Themenbereiche, basiert auf der persönlichen Einschätzung der Autorin über deren Relevanz für Bauleistungen.

## 1.3 Ziel der Arbeit

Ziel der vorliegenden Arbeit ist es, die einzelnen Berechnungsmethoden für den Schadensumfang auszuarbeiten und diese auf ihre Anwendbarkeit für Bauleistungen zu untersuchen. Um die Anwendbarkeit der Methoden besser zu verdeutlichen, wird eine

---

<sup>6</sup> Richtlinie 2014/104/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. November 2014 über bestimmte Vorschriften für Schadenersatzklagen nach nationalem Recht wegen Zuwiderhandlungen gegen wettbewerbsrechtliche Bestimmungen der Mitgliedstaaten und der Europäischen Union.



Vergleichsmatrix erstellt, welche die jeweils benötigten Eingangsparameter jeder Methode ersichtlich macht. Des Weiteren werden die ausgearbeiteten Berechnungsmethoden auf Stärken und Schwächen geprüft und ein theoretischer Versuch einer Mastertabelle unternommen.

## **1.4 Aufbau der Arbeit**

Im zweiten Kapitel der vorliegenden Arbeit wird das Thema Schadenersatz behandelt. Nach einem kurzen geschichtlichen Überblick über die Entstehung des Schadenersatzrechts, wird überblicksmäßig auf die gesetzliche Grundlage, das ABGB, eingegangen. Im Anschluss daran werden die Voraussetzungen für einen Schadenersatzanspruch beschrieben und welchen Umfang dieser prinzipiell hat.

Kapitel drei der Arbeit befasst sich mit dem Kartellrecht. Wie schon im ersten Teil, wird zu Beginn eine geschichtliche Betrachtung des Kartellverbotes angestellt. Danach wird auf die aktuelle Rechtslage in Österreich eingegangen und ein kurzer Exkurs in das geltende Recht der Vereinigten Staaten von Amerika unternommen. Darauf folgen einige relevante Begriffsbestimmungen, bevor auf die verschiedenen Kartellformen eingegangen wird. Das rechtswidrige Verhalten im Kartellrecht wird danach behandelt und es werden mehrere Ausnahmen vom Kartellverbot beschrieben.

Im vierten Kapitel wird auf die RL 2014/104/EU eingegangen und die einzelnen, sich daraus ergebenden Änderungen werden beschrieben. Ein besonderes Augenmerk wird dabei auf die Änderungen hinsichtlich Schadenersatz im Kartellrecht gelegt. Die angeführten Änderungen sind bereits in den rechtlichen Grundlagen des vorgehenden Kapitels enthalten und werden hier nur zur Verdeutlichung separat erläutert.

Das fünfte Kapitel behandelt das Thema Schadenersatz im Kartellrecht. Zuerst wird auf die einzelnen Voraussetzungen für die Geltendmachung eines Schadenersatzanspruches eingegangen und der Umfang des Ersatzes geklärt. Darauffolgend werden die Auswirkungen von Kartellen beschrieben und welche Effekte diese auf den Gewinn eines Geschädigten haben können. Am Schluss dieses Teiles werden die einzelnen Berechnungsmethoden erläutert.

Zu Beginn des sechsten Kapitels wird auf die Gewinneffekte eines direkt vom Kartell Geschädigten eingegangen. Nach einer kurzen Auffrischung der statistischen Grundbegriffe, werden die einzelnen Berechnungsmethoden erläutert.

Im siebten Kapitel der Arbeit werden zu Beginn die Besonderheiten des Bauwesens beschrieben und eine Definition der Ähnlichkeit im Bauwesen unternommen. Danach sind die einzelnen Stärken und Schwächen der verschiedenen Berechnungsmethoden aufgelistet und die Autorin gibt zu jeder beschriebenen Methode ihre subjektive Meinung bezüglich der Anwendbarkeit im Bauwesen wieder und unternimmt einen Versuch einer Mastertabelle.

Das letzte Kapitel, Kapitel acht, der vorliegenden Arbeit beinhaltet eine kurze Conclusio der Autorin.

## 2. Schadenersatz

### 2.1 Geschichtliche Entwicklung

Blickt man auf die geschichtliche Entwicklung des heute geltenden Rechts in Österreich, erkennt man schnell, dass Schadenersatz auch vor unserer Zeit ein wichtiges Rechtsthema war.

In den Zwölftafelgesetzen vom Jahr 450 v. Chr. wurde der zu ersetzende Schaden mit einem fixen Geldbetrag vergütet, wodurch es zu einem nicht Eingehen auf den tatsächlichen wirtschaftlichen Schaden, der sich dem Geschädigten bot, kam.<sup>7</sup> In den darauffolgenden Jahren spielte der Gedanke des Ersatzes eines erlittenen Schadens eine große Rolle. Im Jahr 286 v. Chr. hob die sogenannte Lex Aquilia alle bis dahin geltenden Gesetze, welche die Sachbeschädigung betrafen, auf.<sup>8</sup> Damit wurde auch das Zwölftafelgesetz, insofern es von diesem Tatbestand handelte, außer Kraft gesetzt.<sup>9</sup>

Die Lex Aquilia bestand aus drei Kapiteln und wurde von den römischen Juristen Ulpian und Gaius in den Digesten wiedergegeben.<sup>10</sup>

Ziel der Lex Aquilia war es, dem Geschädigten einen finanziellen Ausgleich für seinen erlittenen Schaden zu ermöglichen. Die Bemessung des finanziellen Ausgleichs erfolgte mit einer Höchstwertberechnung, die sich je nach geschädigtem Gut auf ungleiche Zeiträume bezog.<sup>11</sup>

---

<sup>7</sup> Schreibleiter, Symposium zum 80. Geburtstag von Herbert Hausmaninger, 9.

<sup>8</sup> Gerke, Geschichtliche Entwicklung der Bemessung der Ansprüche aus der „Lex Aquilia“, 61.

<sup>9</sup> Hasse, Die Culpa des römischen Rechts, 17.

<sup>10</sup> Gerke, Geschichtliche Entwicklung der Bemessung der Ansprüche aus der „Lex Aquilia“, 61.

<sup>11</sup> Finkenauer, Symposium zum 80. Geburtstag von Herbert Hausmaninger, 47.

Im ersten Kapitel wurde die Thematik behandelt, wie viel ein Eigentümer einer beschädigten beziehungsweise zerstörten Sache als Entschädigung erhielt. Als Entschädigung wurde der innerhalb eines Jahres höchste Wert, den eine Sache hatte, angesetzt. Dieses erste Kapitel der Lex Aquilia bezog sich ausschließlich auf Sklaven und vierfüßige Herdentiere.<sup>12</sup>

Das dritte Kapitel befasste sich mit Vermögensgütern. Es wurde eine Regelung getroffen, wie eine Entschädigung bei Schäden durch Brechen, Brennen und Zerreißen dieser Vermögensgüter, zu erfolgen hat. Als Bemessungswert der Entschädigung wurde ähnlich wie im ersten Kapitel ein Höchstwert über einen bestimmten Zeitraum festgelegt. Anders als im ersten Kapitel erstreckte sich dieser Zeitraum allerdings nur über eine Dauer der letzten dreißig Tage.<sup>13</sup> Dieses Kapitel der Lex Aquilia behandelt nicht nur den Umgang mit der Schädigung von Sklaven und Herdentieren, sondern dieses bezog sich auch auf tote Gegenstände.<sup>14</sup>

Seit dem Mittelalter wurde das römische Recht erweitert, geordnet und weiter optimiert, dadurch passte es sich mit der Zeit an die veränderten Lebensweisen an. Nichtsdestotrotz bildet das römische Recht eine wichtige Basis für viele heute geltende Gesetze.<sup>15</sup>

Heutzutage ist der Begriff Schadenersatz in Österreich im Allgemein Bürgerlichen Gesetzbuch (ABGB) klar definiert.

## 2.2 Ziel und Zweck von Schadenersatz

Aus der geschichtlichen Betrachtung geht hervor, dass das Ziel und der Zweck des Schadenersatzes schon immer war, dem Geschädigten eine Entschädigung für einen erlittenen Schaden, den ein anderer verursacht hat, zu ermöglichen. Vorrangiges Ziel im heutigen Schadenersatz ist es, den Geschädigten so zu entschädigen, als wäre der entstandene Schaden nie eingetreten und den Geschädigten so zu stellen, als hätte er nie eine Einbuße erlitten. Wichtig ist anzuführen, dass der Geschädigte nicht mehr Entschädigung erhält als in der Höhe des Schadens. Ebenso muss ein Schädiger nicht weniger oder mehr an Buße leisten, als eben in der Höhe des verursachten Schadens.<sup>16</sup>

Somit ist in Österreich klar definiert, dass es nicht zu einer zusätzlichen Bestrafung des Schädigers kommt und dadurch auch keine Bereicherung beim Geschädigten entsteht. Ein weiterer wichtiger Punkt des Schadenersatzes ist es, eine Präventivfunktion zu übernehmen.<sup>17</sup> In Zusammenhang mit Schadenersatz wird unter der Präventivfunktion

---

<sup>12</sup> Gerke, Geschichtliche Entwicklung der Bemessung der Ansprüche aus der „Lex Aquilia“, 62f.

<sup>13</sup> Gerke, Geschichtliche Entwicklung der Bemessung der Ansprüche aus der „Lex Aquilia“, 62.

<sup>14</sup> Gerke, Geschichtliche Entwicklung der Bemessung der Ansprüche aus der „Lex Aquilia“, 79.

<sup>15</sup> Meissl, Vom Römischen Recht zum ABGB.

<sup>16</sup> Brand, Schadenersatz im Kartellrecht, 206.

<sup>17</sup> Brand, Schadenersatz im Kartellrecht, 16.

verstanden, dass auf Grund der zu leistenden Wiedergutmachungen mögliche Schädiger eine Schädigung überhaupt nicht in Betracht ziehen bzw. vermeiden, da diese Schädigung rechtliche Konsequenzen nach sich ziehen kann.

Kommt ein Schaden bei einer Person aus reinem Zufall zustande, trifft der Schaden diese Person.<sup>18</sup> Wird im Gegensatz dazu ein Schaden einem Geschädigten durch Verschulden eines Schädigers zugefügt, kann der Geschädigte laut § 1295 Abs 1 ABGB Schadenersatz fordern. Grundsätzlich kann jeder von einem Schädiger Schadenersatz fordern.

Ist ein Verschulden nicht eindeutig festzustellen oder bestehen Zweifel, dass ein Verschulden vorliegt, wird laut § 1296 Abs 1 ABGB angenommen, dass der Schaden ohne Verschulden entstanden ist.

Die österreichische Gesetzgebung legt in § 1323 ABGB fest, dass ein entstandener Schaden so zu ersetzen ist, als wäre alles wieder in dem vorigen Zustand, der vor der Schädigung herrschte. Diese Art des Ersatzes wird als Naturalersatz bezeichnet.<sup>19</sup>

Ist ein Naturalersatz nicht möglich bzw. nicht geeignet, wird laut § 1323 ABGB der Schätzwert des Schadens bestimmt und dieser vergütet. Diese Art der Vergütung, nämlich die Vergütung in Form eines Geldbetrages, erfährt in der heutigen Zeit natürlich im Gegensatz zu einem Naturalersatz mehr Zuspruch und Bedeutung.

Die Höhe der Entschädigung ist in den Vereinigten Staaten von Amerika (USA) nicht mit der Schadenshöhe begrenzt. Im Gegensatz zu Österreich können Geschädigte in den USA zusätzlich den sogenannten Strafschadenersatz (punitive damages) geltend machen. Eine Besonderheit des Strafschadenersatzes ist, dass dieser nicht im Strafprozess gewährt wird, sondern im Zuge des zivilrechtlichen Prozesses.<sup>20</sup>

Bei einem Strafschadenersatz kann der Geschädigte weit mehr als nur den reinen Betrag des Schadens erhalten. Jedoch kann der Strafschadenersatz nicht bei jedem Tatbestand angewendet werden, es müssen bestimmte Voraussetzungen vorhanden sein.<sup>21</sup>

Prinzipiell muss, wie auch bei normalen Schadenersatzforderungen, ein Schaden vorliegen, um Strafschadenersatz einfordern zu können. Es muss belegt werden, dass der herbeigeführte Schaden durch den Schädiger beim Geschädigten eine tatsächliche Beeinträchtigung verursacht hat. Werden Schäden durch leichte Fahrlässigkeit verursacht,

---

<sup>18</sup> *Apathy/Riedler*, Bürgerliches Recht, 193.

<sup>19</sup> OGH 25. Jänner 1978, 1 Ob 1,2/78.

<sup>20</sup> *Thal/Eyb*, US-Punitive Damages, 1.

<sup>21</sup> *Siegwert*, Punitive Damages Strafschadenersatz im US-Amerikanischen Recht.

kann kein Strafschadenersatz gefordert werden. Um diesen geltend machen zu können, muss das Verhalten des Schädigers ein gewisses Maß an Verwerflichkeit aufweisen. Bei einem Schaden, der mit Vorsatz verursacht wurde, wird die Verwerflichkeit von vornherein angenommen. Bezüglich grober Fahrlässigkeit gibt es unterschiedliche Bestimmungen in den einzelnen Bundesstaaten.<sup>22</sup> Bei jedem Einzelfall wird unterschieden, ob nur reine Vermögensschäden entstanden sind, oder ob sich Körperverletzungen ergeben haben.<sup>23</sup> Weiters muss sich die Höhe des Strafschadenersatzes an anderen, bereits entschiedenen, strafrechtlichen und zivilrechtlichen Fällen orientieren.<sup>24</sup> Die Höhe des Strafschadenersatzes wird von Geschworenen festgelegt.<sup>25</sup> Der Großteil der Bundesstaaten hat keine festgesetzte Höchstgrenze. Dennoch ist anzumerken, dass "punitive damages" weder grob unangemessen sein dürfen, noch dürfen sie eine willkürliche Bestrafung darstellen. Dies ist schriftlich in der Verfassung der USA geregelt.<sup>26</sup>

### 2.3 Das ABGB als Rechtsgrundlage

Das ABGB stellt in Österreich die Rechtsgrundlage für Schadenersatzansprüche dar.

#### 2.3.1 Entstehung des ABGB

Das ABGB besteht in Österreich nun schon seit über 200 Jahren und gilt als die Rechtsgrundlage für Rechtsverhältnisse der Bürger untereinander. Am 1. Juni 1811 wurde das ABGB erstmalig als kaiserliches Patent kundgemacht. In Kraft getreten ist das ABGB am 1. Jänner 1812.

Das ABGB galt nicht von Anfang an in allen Teilen von Österreich, sondern beispielsweise in Oberkärnten, ein Gebiet das vor 1814 vorübergehend zum französischen Imperium gehörte und somit den französischen Gesetzen unterworfen war, galt unter anderem der Code Civil. Erst ab 1815 galt das ABGB im gesamten damaligen Gebiet von Österreich.<sup>27</sup>

Das ABGB erfuhr mehrere Überarbeitungen, insbesondere in den Jahren 1914 - 1916 des Ersten Weltkrieges. In diesem Zeitraum entstanden drei Teilnovellen.<sup>28</sup> Diese drei Teilnovellen behandelten unterschiedliche Gebiete des ABGBs. In der ersten Teilnovelle von 1914 wurden das Erb-, Familien-, Personen- und das Vormundschaftsrecht abgeändert.

---

<sup>22</sup> *Siegwert*, Punitive Damages Strafschadenersatz im US-Amerikanischen Recht.

<sup>23</sup> *Thal/Eyb*, US-Punitive Damages, 3.

<sup>24</sup> *Thal/Eyb*, US-Punitive Damages, 4.

<sup>25</sup> *Siegwert*, Punitive Damages Strafschadenersatz im US-Amerikanischen Recht.

<sup>26</sup> *Thal/Eyb*, US-Punitive Damages, 3.

<sup>27</sup> *Sabitzer*, 200 Jahre ABGB.

<sup>28</sup> *Sabitzer*, 200 Jahre ABGB.

Im darauffolgenden Jahr wurde in der zweiten Teilnovelle das Grenzberichtigungsrecht abgewandelt und in der dritten und letzten Teilnovelle von 1916 wurden Vorschriften, betreffend das Personen-, Sachen- und Schuldrecht neu gestaltet.<sup>29</sup>

### **2.3.2 Aufbau des ABGB**

In der aktuell geltenden Fassung des ABGBs ist zu erkennen, dass teilweise die alte Rechtsschreibung noch vorhanden ist und es eine klare Gliederung bestehend aus einer Einleitung und drei Teilen gibt.

Am Beginn des ABGBs steht die Einleitung. Diese enthält Angaben darüber, was das ABGB allgemein regelt, wann Gesetze in Kraft treten, wie lange sie geltend sind und wie bei der Auslegung von Gesetzen vorzugehen ist. Insgesamt umfasst das ABGB 1503 Paragraphen.

Die drei Hauptteile wiederum sind in mehrere Hauptstücke unterteilt. Der erste Teil des ABGBs behandelt das Personenrecht. Im zweiten Teil werden Bestimmungen über das Sachenrecht dargelegt. Dies ist wiederum unterteilt in die dinglichen Rechte (heute: Sachenrecht) und die persönlichen Sachenrechte (heute: Schuldrecht). Der Teil der persönlichen Sachenrechte gibt unter anderem die Bestimmungen für den Schadenersatz wieder. Im dritten Teil des ABGBs werden Festlegungen betreffend die beiden vorhin erwähnten Rechte, Personen- und Sachenrecht, geregelt beispielsweise die Verjährung.

Da die Gliederung des ABGB einen historischen Hintergrund hat, wurde diese bis heute noch beibehalten. Allerdings wird im allgemeinen Gebrauch des ABGB diese Gliederung nicht mehr verwendet. Gegliedert wird das bürgerliche Recht in fünf Teilbereiche. Dazu zählen das Sachenrecht, das allgemeine Schuldrecht, das besondere Schuldrecht, das Erbrecht und das Familienrecht. Das Schadenersatzrecht gehört nach dieser Einteilung zum besonderen Schuldrecht.

## **2.4 Allgemeine Voraussetzungen für Schadenersatzforderungen**

Um von einem Schädiger Schadenersatz fordern zu können, müssen verschiedene allgemeine Voraussetzungen gegeben sein. Die Voraussetzungen für eine Schadenersatzforderung speziell in Hinblick auf das Kartellrecht, werden in Kapitel 5 näher behandelt.

---

<sup>29</sup> Ogris, Das erste Face-Lifting.

### 2.4.1 Schaden

Sämtliche Schäden können im Sinne des Schadenersatzrechtes erst dann geltend gemacht werden, wenn diese kausal, rechtswidrig und schuldhaft vom Schädiger verursacht wurden.

Die erste Voraussetzung für die Geltendmachung des Schadenersatzes ist das Vorhandensein eines Schadens.<sup>30</sup> Ohne eingetretenen Schaden hat keiner das Recht, Schadenersatz zu fordern.

Das ABGB legt in § 1293 fest, was unter einem Schaden zu verstehen ist:

*„Schade heißt jeder Nachtheil, welcher jemand an Vermögen, Rechten oder seiner Person zugefügt worden ist. Davon unterscheidet sich der Entgang des Gewinnes, den jemand nach dem gewöhnlichen Laufe der Dinge zu erwarten hat“*

Ein Schaden liegt laut ABGB vor, wenn jemand einen Nachteil betreffend seine Person, seine Rechte oder sein Vermögen erleidet. § 1293 ABGB lässt daher vermuten, dass bei einer Schadenersatzforderung der entgangene Gewinn nicht enthalten ist. Dagegen stellt § 1323 bzw. § 1324 ABGB klar, dass der Ersatz des entgangenen Gewinnes, abhängig vom Verschulden ist. (Siehe dazu Kapitel 2.6)

Generell wird zwischen zwei Schadensarten unterschieden. Einerseits wird zwischen Vermögensschäden und andererseits zwischen immateriellen oder auch ideellen Schäden unterschieden.<sup>31</sup>

Vermögensschäden werden in Geld gemessen und sind Nachteile, die in Bezug auf Wirtschaftsgüter auftreten, wodurch es zu einer Minderung des Vermögens kommt.<sup>32</sup> Ein Vermögensschaden äußert sich demnach als die Differenz des Vermögens nach dem Schadenseintritt im Vergleich zu dem Vermögen, welches der Geschädigte ohne Schaden hätte.<sup>33</sup> Vermögensschäden können auch durch die Vergrößerung der Passiva entstehen.<sup>34</sup> Vermögensschäden können wiederum in reale Schäden und in reine Vermögensschäden unterteilt werden. Ein realer Schaden kann beispielsweise ein kaputtes Licht bzw. eine Delle an einem Auto sein. Bei einem realen Schaden liegt eine konkrete Änderung des betroffenen

---

<sup>30</sup> Koziol/Welser, Grundriss des bürgerlichen Rechts, 300.

<sup>31</sup> Apathy/Riedler, Bürgerliches Recht, 196.

<sup>32</sup> Brand, Schadenersatz im Kartellrecht, 17.

<sup>33</sup> OGH 21. September 1976, 1 Ob 708/76.

<sup>34</sup> Apathy/Riedler, Bürgerliches Recht, 196.

Vermögensgutes vor.<sup>35</sup> Werden Schadenersatzforderungen betreffend Vermögensschäden geltend gemacht, wird zwischen dem realen Schaden und einem rechnerischen Schaden unterschieden. Ein rechnerischer Schaden ist die bemessene Vermögensminderung in Geldeinheiten. Tritt ein Vermögensschaden nur im Vermögen, nicht aber bei einer Person oder einer Sache ein, wird von einem reinen Vermögensschaden ausgegangen.<sup>36</sup> Bei reinen Vermögensschäden tritt eine sofortige Schädigung des Vermögens eines Geschädigten ein, weswegen sie auch "primäre Vermögensschäden" genannt werden. Reine Vermögensschäden ziehen eine nachhaltige Vermögensänderung nach sich.<sup>37</sup> Ein Beispiel für einen reinen Vermögensschaden wäre ein Kursverlust einer Aktie.

Ideelle Schäden oder immaterielle Schäden ziehen keine Verminderung des Vermögens des Geschädigten nach sich. Vielmehr entstehen diese Schäden in der Gefühlswelt des Geschädigten.<sup>38</sup> Diese Art von Schäden lässt sich somit nicht in Geldeinheiten messen, weswegen sich das Festsetzen einer angemessenen Höhe an Schadenersatz als schwierige Aufgabe darstellt. Dennoch erfolgt die Vergütung bzw. die Entschädigung in Form eines Geldersatzes.

### 2.4.2 Kausalität

Damit der Schädiger für den Schaden beim Geschädigten verantwortlich gemacht werden kann, muss dessen Verhalten für den Schadenseintritt kausal sein. Im allgemeinen wird unter Kausalität der Zusammenhang zwischen Ursache und Wirkung verstanden. In Bezug auf einen entstandenen Schaden ist dieser Begriff so zu verstehen, dass geprüft werden muss, ob ein entstandener Schaden ohne die Handlung, die ihn verursacht hat, auch entstanden wäre oder nicht.<sup>39</sup>

Als Handlung kommt sowohl ein positives Verhalten, als auch eine Unterlassung in Frage. Ein Verhalten ist für einen Schaden kausal, wenn dieses den Schaden verursacht hat. Eine Unterlassung wiederum ist kausal, wenn ein positives Verhalten den herbeigeführten Schaden nicht hätte eintreten lassen. Dementsprechend ist jeder Umstand kausal, der für das Eintreten des Schadens unerlässlich war.

Nach der sogenannten Bedingungstheorie oder auch Äquivalenztheorie ist jede Bedingung, die notwendig war einen Schaden herbeizuführen, gleichwertig.<sup>40</sup> Diese Theorie bildet die

---

<sup>35</sup> *Koziol/Welser*, Grundriss des bürgerlichen Rechts, 303.

<sup>36</sup> *Apathy/Riedler*, Bürgerliches Recht, 197.

<sup>37</sup> *Koziol/Welser*, Grundriss des bürgerlichen Rechts, 314.

<sup>38</sup> *Koziol/Welser*, Grundriss des bürgerlichen Rechts, 305.

<sup>39</sup> *Kollros/Krainer*, Schadenersatz kompakt, 5.

<sup>40</sup> *Koziol/Welser*, Grundriss des bürgerlichen Rechts, 309.



Grundlage für die Kausalität im ABGB, da die Kausalität im ABGB nicht speziell geregelt ist. Eine Einschränkung der Äquivalenztheorie erfolgt durch die Adäquanztheorie. Diese besagt, dass ein Schädiger nur für Schäden verantwortlich gemacht werden kann, die er adäquat verursacht hat. Kommt ein Schaden durch eine ganz außergewöhnliche Verkettung von Umständen zustande, so ist dieser nicht mehr adäquat.<sup>41</sup>

### 2.4.3 Rechtswidrigkeit

Verstößt jemand gegen die guten Sitten, gegen gesetzlich festgelegte Gebote und Verbote oder gegen einen Vertrag, den dieser abgeschlossen hat, so handelt er rechtswidrig.<sup>42</sup> Der Begriff "gute Sitten" ist nicht in den niedergeschriebenen Gesetzen enthalten, versteht sich aber als Rechtsnorm, die sich aus der Moral des Einzelnen ergibt.<sup>43</sup>

Die rechtliche Grundlage für den Schadenersatzanspruch kann sehr unterschiedlich sein.

So wird bei Schadenersatzforderungen zwischen Vertragsverletzungen, diese entstehen durch Verstöße gegen einen Vertrag, und deliktischem Verhalten unterschieden.<sup>44</sup> Ein deliktisches Verhalten kommt durch Verstöße gegen das Gesetz zustande. Diese Unterscheidung hat Auswirkungen hinsichtlich der Beweislast, der Gehilfenzurechnung und des Ausmaßes des zu leistenden Ersatzes.

Das rechtswidrige Verhalten bei Vertragsverletzungen gründet sich auf das Nichterfüllen von vertraglichen Pflichten.<sup>45</sup> Nehmen zwei Geschäftspartner einen rechtsgeschäftlichen Kontakt auf, sind beide während der Vorbereitung des Geschäftes und bei einem Abschluss verpflichtet eine wechselseitige Fürsorge und Rücksichtnahme auszuüben. Des Weiteren müssen beide ihrer Aufklärungspflicht nachkommen.<sup>46</sup> Bei einer Vertragsverletzung haftet ein Schädiger, laut § 1313a des ABGB, auch für die Personen die ihm bei der Erfüllung eines Vertrages gedient haben, er haftet für Gehilfen.

Weitere Anspruchsgrundlagen können ein Verstoß gegen Schutzgesetze und gegen das Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb sein.<sup>47</sup>

Eine Schadenersatzanspruchsgrundlage stellt auch ein Verstoß gegen das Kartellverbot dar. In Kapitel 3.5 wird das rechtswidrige Verhalten in Bezug auf Verstöße gegen das Kartellrecht erläutert.

Im Allgemeinen wird bei der Beurteilung der Rechtswidrigkeit nur die Tat beurteilt, jedoch nicht der Schädiger.

---

<sup>41</sup> *Koziol/Welser*, Grundriss des bürgerlichen Rechts, 311.

<sup>42</sup> *WKO*, 29.11.2017, Unter welchen Voraussetzungen ist ein Schadenersatz zu leisten.

<sup>43</sup> OGH, 19. Februar 1980, 4 OB 138/79.

<sup>44</sup> *Kollros/Krainer*, Schadenersatz kompakt, 6.

<sup>45</sup> *Brand*, Schadenersatz im Kartellrecht, 40.

<sup>46</sup> OGH, 26. November 1996, 10 Ob2299/96b.

<sup>47</sup> *Brand*, Schadenersatz im Kartellrecht, 31ff.

### 2.4. 4.1 Rechtfertigungsgründe

Unter gewissen Voraussetzungen kann ein an sich rechtswidriges Verhalten eines Schädigers gerechtfertigt, also gesetzlich erlaubt sein.

Unter anderem ist ein rechtswidriges Verhalten, welches einen Schaden hervorruft, nicht zu verurteilen, wenn der Geschädigte in dieses eingewilligt hat. Des Weiteren wird Notwehr als Rechtfertigungsgrund anerkannt, dieser ist einer der wichtigsten. Handelt jemand aus einem Notstand heraus oder aus Gründen der Selbsthilfe, kann das an sich rechtswidrige Verhalten ebenfalls rechtmäßig sein.<sup>48</sup>

### 2.4.4 Verschulden

Um einen Schädiger zu beurteilen, wird die Verschuldensprüfung angewendet.<sup>49</sup> Ein Schädiger muss deliktsfähig sein, also fähig sein, sein Verhalten als rechtswidrig zu sehen, ansonsten kann ihm die Rechtswidrigkeit nicht vorgeworfen werden.<sup>50</sup> Deliktsfähig ist eine Person ab einem Alter von 14 Jahren. Kann einem deliktsfähigen Schädiger sein rechtswidriges Verhalten persönlich vorgeworfen werden, hat er den Schaden verschuldet.<sup>51</sup>

Dieses Verschulden kann in unterschiedliche Grade eingeteilt werden. Man differenziert zwischen Fahrlässigkeit und Vorsatz. Wobei die Fahrlässigkeit wiederum in leichte und grobe Fahrlässigkeit unterteilt wird.

Einem Schädiger kann Vorsatz vorgeworfen werden, wenn diesem bewusst ist, dass er rechtswidrig handelt und ihm klar ist, dass es zu einem Schaden kommen kann, er ihn aber dennoch herbeiführt.<sup>52</sup> In § 1294 des ABGB wird der Vorsatz als böse Absicht bezeichnet.

Sieht man im Gegenzug dazu nur über die sogenannte Sorgfalt hinweg, handelt man fahrlässig.<sup>53</sup>

Unter leichter Fahrlässigkeit wird ein Verhalten verstanden, welches ab und zu einer im Allgemeinen sorgfältigen Person passieren kann. Liegt allerdings ein Verhalten vor, dass eine im Allgemeinen sorgfältige Person nicht tun würde, wird darunter grobe Fahrlässigkeit verstanden<sup>54</sup>

---

<sup>48</sup> *Koziol/Welser*, Grundriss des bürgerlichen Rechts, 315.

<sup>49</sup> *Koziol/Welser*, Grundriss des bürgerlichen Rechts, 319.

<sup>50</sup> *Koziol/Welser*, Grundriss des bürgerlichen Rechts, 319.

<sup>51</sup> *Brand*, Schadenersatz im Kartellrecht, 17.

<sup>52</sup> *Brand*, Schadenersatz im Kartellrecht, 239.

<sup>53</sup> *Brand*, Schadenersatz im Kartellrecht, 239.

<sup>54</sup> *Koziol/Welser*, Grundriss des bürgerlichen Rechts, 320.

Diese Unterteilung der Schuld ist wichtig für spätere Schadenersatzzahlungen. Ob eine Schädigung mit Vorsatz, grob fahrlässig oder leicht fahrlässig begangen wurde, bestimmt die Höhe des zu zahlenden Schadenersatzes.<sup>55</sup>

## 2.5 Durchsetzung

### 2.5.1 Verjährung

Schadenersatz muss innerhalb festgelegter Fristen gefordert werden. Wird dieses Recht nicht innerhalb der vorgeschriebenen gesetzlichen Fristen ausgeübt, wird laut § 1451 des ABGB darunter Verjährung verstanden. Für die Verjährung von Schadenersatzansprüchen gelten zwei unterschiedliche Zeiträume. In § 1489 des ABGB wird einerseits eine Verjährungsfrist von 3 Jahren, ab Bekanntsein des Schadens und des Schädigers festgelegt. Andererseits wird eine absolute Verjährungsfrist von 30 Jahren, laut § 1489 ABGB, dann angesetzt, wenn der Geschädigte keine Kenntnis über den Schaden oder den Schädiger hat oder wenn der entstandene Schaden aus einer oder mehreren gerichtlich strafbaren vorsätzlichen Handlungen resultiert.<sup>56</sup>

### 2.5.2 Beweislast

Um eine Schadenersatzforderung geltend machen zu können, muss der entstandene Schaden bewiesen werden. § 1296 ABGB definiert, dass der Geschädigte beweisen muss, dass der Schädiger den Schaden herbeigeführt hat. Dies bedeutet wiederum, dass der Geschädigte das Verhalten des Schädigers als rechtswidrig, kausal und verschuldet beweisen muss. § 1297 hält für den Geschädigten eine Vereinfachung bereit. Nach diesem Paragraphen wird eine gewöhnliche Sorgfalt beim Schädiger vermutet, wonach der Schädiger sich entlasten muss. Er muss beweisen, dass er seine gewöhnliche Sorgfalt nicht einhalten konnte.<sup>57</sup>

### 2.5.3 Beweislastumkehr

Eine Beweislastumkehr wird in § 1298 ABGB definiert und kann nur bei vertraglichen Verstößen angewendet werden. Diese kann nur angewendet werden, wenn der Geschädigte in einem ersten Schritt beweisen kann, dass durch das rechtswidrige Verhalten des

---

<sup>55</sup> Brand, Schadenersatz im Kartellrecht, 239.

<sup>56</sup> Kollros/Krainer, Schadenersatz kompakt, 19.

<sup>57</sup> Apathy/Riedler, Bürgerliches Recht, 216.

Schädigers der Schaden entstanden ist.<sup>58</sup> Er muss beweisen, dass ihm ein Schaden entstanden ist und dass das Verhalten des Schädigers, kausal für den Schaden war, nicht aber das Verschulden. Hingegen muss der Schädiger, wenn es zu einer Beweislastumkehr kommt, beweisen, dass sein Verhalten nicht verschuldet war.<sup>59</sup>

### 2.6 Höhe des Schadenersatzes

Im Allgemeinen ist der entstandene Schaden, wie schon erwähnt, in einem solchen Ausmaß zu ersetzen, als wäre dieser nie eingetreten. Die Wiederherstellung des Zustandes vor dem Schaden, ist bevorzugt anzuwenden, da dies dem Gedanken des Ersatzes am besten entspricht. Diese Art des Ersatzes wird als Naturalersatz oder Naturalrestitution bezeichnet.

Ist die Naturalrestitution nicht möglich oder nicht tunlich, erfolgt der Ersatz des Schadens in Form von Geld. Ein Naturalersatz ist nicht tunlich, wenn die Wiederherstellung zu hohe Kosten verursachen würde, sodass dieses nicht mehr wirtschaftlich wäre. Wäre ein solcher Naturalersatz jedoch tunlich, kann aber durch den Schädiger nicht erbracht werden, so werden dem Geschädigten die nötigen Mitteln zur Wiederherstellung der Natur bzw. des ursprünglichen Zustandes zugesprochen. Daraus resultiert wieder ein Ersatz in Form von Geld.<sup>60</sup> Bei Kartellen kommt es nur zu reinen Vermögensschäden, wodurch der entstandene Schaden nur durch Geld ersetzt werden kann. (Siehe dazu Kapitel 3)

Wie bereits erwähnt, ist die Höhe des Schadenersatzes vom Verschulden abhängig, genauer ob es sich um leichte oder um grobe Fahrlässigkeit oder um Vorsatz handelt. Diese Abhängigkeit ergibt sich aus § 1324 ABGB:

*„In dem Falle eines aus böser Absicht oder aus einer auffallenden Sorglosigkeit verursachten Schadens ist der Beschädigte volle Genugthuung (Anm.: richtig: Genugthuung); in den übrigen Fällen aber nur die eigentliche Schadloshaltung zu fordern berechtigt.[...]“*

#### 2.6.1 Positiver Schaden

Wird ein Schädiger auf Grund leichter Fahrlässigkeit zur Zahlung einer Schadenersatzforderung verpflichtet, so wird dem Geschädigten nur die erlittene

---

<sup>58</sup> OGH 17. Dezember 1975, 8 Ob251/75.

<sup>59</sup> Kollros/Krainer, Schadenersatz kompakt, 20.

<sup>60</sup> Koziol/Welser, Grundriss des bürgerlichen Rechts, 322f.

Beschädigung (positiver Schaden) ersetzt. Dies wird laut § 1323 ABGB, als Schadloshaltung bezeichnet.

§ 1332 ABGB definiert, wie der positive Schaden ermittelt wird:

*„Der Schade, welcher aus einem minderen Grade des Versehens oder der Nachlässigkeit verursacht worden ist, wird nach dem gemeinem Werthe, den die Sache zur Zeit der Beschädigung hatte, ersetzt.“*

Somit bestimmt der Verkehrswert der Sache, die Höhe des Schadenersatzes. Diese Art der Berechnung der Schadenshöhe wird als abstrakte oder objektive Schadensberechnung bezeichnet.<sup>61</sup>

### 2.6.2 Entgangener Gewinn

Das Gegenstück zur Schadloshaltung ist die volle Genugtuung. Die volle Genugtuung umfasst, per Definition nach § 1323 ABGB, den positiven Schaden und den entgangenen Gewinn. Volle Genugtuung wird dem Geschädigten zugesprochen, wenn der Schädiger vorsätzlich oder mit grober Fahrlässigkeit den Schaden verursacht hat.

Der Geschädigte muss unter Berücksichtigung seines Gesamtvermögens einen solchen Ersatz erhalten, als wäre der Schaden nie aufgetreten. Hier werden die subjektiven Verhältnisse des Geschädigten als Maßstab herangezogen, es handelt sich um eine subjektive oder konkrete Schadensberechnung. Bei dieser Art der Berechnung wird die Differenzmethode angewendet. Die Höhe des Schadens wird bei der Differenzmethode so gebildet, indem das Vermögen des Geschädigten nach der Schädigung im Vergleich zu einem Vermögen ohne Schädigung betrachtet wird.<sup>62</sup>

### 2.6.3 Interesse

Das "Interesse" wird durch den positiven Schaden und den entgangen Gewinn gebildet. Es wird zwischen dem positiven Interesse, oder Nichterfüllungsschaden, und dem negativen Interesse bzw. Vertrauensschaden unterschieden. Beide Schadensarten beziehen sich auf vertragliche Vereinbarungen.<sup>63</sup> Bei einem Nichterfüllungsschaden erfüllt ein Vertragspartner

---

<sup>61</sup> Koziol/Welser, Grundriss des bürgerlichen Rechts, 323.

<sup>62</sup> Koziol/Welser, Grundriss des bürgerlichen Rechts, 324.

<sup>63</sup> Apathy/Riedler, Bürgerliches Recht, 197.

den Vertrag nicht bzw. nicht so wie es im Vertrag festgelegt wurde.<sup>64</sup> Der Geschädigte muss so gestellt werden, wie er bei einer Erfüllung stehen würde.<sup>65</sup> Ein Vertrauensschaden, wie das Wort schon erkennen lässt, liegt dann vor, wenn ein Vertrag nicht zustande kommt, obwohl darauf vertraut wurde. Beispielsweise wären Kosten und Spesen für die Errichtung eines im Endeffekte nicht zustande kommenden Vertrages, Vertrauensschäden.<sup>66</sup>

Bei beiden Interessensformen wird nach ABGB der entgangene Gewinn nur bei groben Verschulden ersetzt. Im Vergleich dazu ist laut § 349 der Unternehmensgesetzbuch (UGB) bei Schadenersatzforderungen unter Unternehmern, der entgangene Gewinn immer zu ersetzen ist.

### 2.7 Haftung mehrerer Schädiger

§ 1301 ABGB besagt, dass, wenn mehrere Personen einen Schaden herbeiführen, diese auch gemeinsam für diesen verantwortlich gemacht werden.

*„Für einen widerrechtlich zugefügten Schaden können mehrere Personen verantwortlich werden, indem sie gemeinschaftlich, unmittelbarer oder mittelbarer Weise, durch Verleiten, Drohen, Befehlen, Helfen, Verhehlen u. dgl.; oder, auch nur durch Unterlassung der besonderen Verbindlichkeit, das Uebel zu verhindern, dazu beygetragen haben.“*

Wenn die Personen unabhängig voneinander oder nur fahrlässig handeln, kann jeder Schädiger nur für den von ihm herbeigeführten Schaden verantwortlich gemacht werden.<sup>67</sup>

Zu einer solidarischen Haftung kommt es, wenn diese Personen gemeinschaftlich und vorsätzlich gehandelt haben. Können die einzelnen Anteile der Schädigung nicht festgestellt werden, wird gemäß § 1302 ABGB, ebenfalls Gebrauch von der Solidarhaftung gemacht, auch wenn die Schädiger nur fahrlässig gehandelt haben

Handeln Unternehmen in einem Kartell gemeinschaftlich rechtswidrig, haften diese auch solidarisch. Der Geschädigte des Kartells kann gegen alle Mitglieder des Kartells rechtlich vorgehen. Unabhängig vom Grad des Verschuldens, kommt es bei einem gemeinschaftlichen rechtswidrigen Verhalten immer zu einer Solidarhaftung.<sup>68</sup>

---

<sup>64</sup> Kollros/Krainer, Schadenersatz kompakt, 4.

<sup>65</sup> Apathy/Riedler, Bürgerliches Recht, 197.

<sup>66</sup> Koziol/Welser, Grundriss des bürgerlichen Rechts, 308.

<sup>67</sup> Koziol/Welser, Grundriss des bürgerlichen Rechts, 326.

<sup>68</sup> Brand, Schadenersatz im Kartellrecht, 180.

## 3. Kartellrecht

### 3.1 Kartelle in der Geschichte und Entwicklung des Kartellrechts

Bereits in der Antike gab es Kartelle. Beispielsweise wurden Absprachen, betreffend der Getreidepreise, getroffen.<sup>69</sup> Es stellt sich nun die Frage, was Kartelle überhaupt sind und warum solche gebildet werden. Kartelle sind Vereinbarungen von Unternehmen um gemeinsame Verhaltensweisen, meist in Form von Absprachen, zu schaffen. Primäres Ziel von Kartellen ist es, bei den zusammengeschlossenen Unternehmen einen Gewinn durch Einschränkung oder gar Verhinderung des Wettbewerbes zu erzielen.<sup>70</sup>

Ebenfalls schon in der Antike wurden Gesetze erlassen, die Wettbewerbsabsprachen verhindern sollten. Der römische Kaiser Zeno war der Erste, der sich öffentlich gegen eine inszenierte Verteuerung von Getreide aussprach. Im Jahr 483 n. Chr. verbot er diese künstliche Verteuerung. Ein weiterer überlieferter Beweis dafür, dass Kartelle schon im alten Rom verboten wurden, ist ein gesetzliches Verbot von Kaiser Justinian aus dem Jahr 544 n. Chr.<sup>71</sup>

Im Mittelalter spielten Kartelle ebenfalls eine wichtige Rolle. Ein großes zu erwähnendes Kartell war das Salzvertriebskartell. Dieses entstand im Jahr 1301. Solche Kartelle kamen durch Zusammenschlüsse mehrerer Handelshäuser zustande. Da Staat und Kirche zu jener Zeit große Ausgaben verbuchten und der Kapitalbedarf immer weiter anstieg, wurden Kartelle von Handelshäusern immer mehr gefördert. Diese Förderung kam zustande, da Staat und Kirche Geld von den finanzstarken Handelshäusern annahmen und ihnen im Gegenzug dazu besondere Sonderrechte erteilten.<sup>72</sup> Ähnlich zu den Kartellen der Handelshäuser schlossen sich im 11. und 12. Jahrhundert Handwerker zu Zünften zusammen und beschränkten somit ebenfalls den Wettbewerb.<sup>73</sup>

Ab dem 13. Jahrhundert gibt es Aufzeichnungen darüber, dass es auch in Österreich Kartelle gab. Diese Kartelle entstanden in Zusammenhang mit Absprachen in anderen Ländern, die damals ein Teil des Deutschen Reiches waren. In Österreich war es auch, wo das erste Mal das Wort Kartell für Wettbewerbsabsprachen verwendet wurde.<sup>74</sup>

---

<sup>69</sup> *Schulte*, Das österreichische Kartellrecht vor 1938, 3.

<sup>70</sup> BWB, Kartelle und Marktmachtmissbrauch.

<sup>71</sup> *Schulte*, Das österreichische Kartellrecht vor 1938, 2ff.

<sup>72</sup> *Schulte*, Das österreichische Kartellrecht vor 1938, 4ff.

<sup>73</sup> *Schulte*, Das österreichische Kartellrecht vor 1938, 7.

<sup>74</sup> *Schulte*, Das österreichische Kartellrecht vor 1938, 3.

Im 16. Jahrhundert kam es zum Zerfall der großen Handelshäuser, da sich Handelsströme verlagerten. Die Lehre von einem gerechten Preis trat das erste Mal im Mittelalter auf und bildete seit diesem Zeitpunkt die Basis für die allgemeine Ablehnung der Kartelle.<sup>75</sup>

Im Strafgesetzbuch aus dem Jahr 1803 lässt sich ein Paragraph betreffend das Verbot von Preisvereinbarungen finden. Die Überarbeitung des Strafgesetzbuches im Jahr 1852 enthielt ebenfalls einen Paragraphen, der sich gegen diese Vereinbarungen richtete und erweiterte auch gleichzeitig seinen Geltungsbereich.<sup>76</sup> Ein wichtiger Punkt dieser Überarbeitung war es, dass zu den bereits verbotenen Preisabsprachen ein Verbot gegen andere Absprachen zwischen Unternehmern kam.<sup>77</sup>

Diese Verbote wurden 1870 in das Koalitionsgesetz übernommen. Gleichzeitig erhielten Arbeiter das, bis dahin noch nicht geltende Recht, einen Streik durchzuführen.<sup>78</sup>

Nach der Industriellen Revolution entstand in Österreich im Jahr 1878 das erste wichtige Kartell, das Schienenkartell.<sup>79</sup>

Bis in die späten 1890er Jahre kam es zu vermehrten Kartellgründungen. In den Jahren von 1904 bis 1907 nahm das Kartellwachstum in Österreich erheblich zu. Vor dem Ersten Weltkrieg entsprangen die vorherrschenden Kartelle den unterschiedlichsten Branchen, unter anderem der Eisen- und Stahlindustrie, der Brauindustrie, der Textilindustrie und der Zuckerindustrie. Die Eisen- und Stahlindustrie war es auch, die in den Jahren vor dem Ersten Weltkrieg finanziell am besten aufgestellt war.

Da das Koalitionsgesetz bzw. dessen Bestimmungen über Preisabsprachen aus dem Jahr 1870 keine wirkliche Bekämpfung der Kartelle nach sich zog, kam es in den Jahren vor dem Ersten Weltkrieg zu einer Kartellrechtsdiskussion. Aus dieser Diskussion heraus entstand auch der erste Entwurf eines Kartellgesetzes in Europa. Dieser wurde 1898 dem Reichstag vorgelegt. Zu einem Erlass eines Kartellgesetzes kam es damals aber nicht.<sup>80</sup>

Während der Zwischenkriegszeit kam es international zu einem massiven Anstieg der Anzahl der Kartelle, weshalb diese Zeit auch als Kartell-Ära bezeichnet wird.<sup>81</sup> In Österreich

---

<sup>75</sup> *Schulte*, Das österreichische Kartellrecht vor 1938, 13.

<sup>76</sup> *Schulte*, Das österreichische Kartellrecht vor 1938, 31ff.

<sup>77</sup> *Resch*, Kartelle in Österreich, 122.

<sup>78</sup> *Resch*, Kartelle in Österreich, 123.

<sup>79</sup> *Schulte*, Das österreichische Kartellrecht vor 1938, 43.

<sup>80</sup> *Resch*, Kartelle in Österreich, 128ff.

<sup>81</sup> *Schulte*, Das österreichische Kartellrecht vor 1938, 43.



bildete die Eisen- und Stahlindustrie eine der dichtesten Kartellstrukturen aus.<sup>82</sup> Im Vergleich zur Vorkriegszeit bildeten sich in der Zwischenkriegszeit im internationalen Bereich sehr viel mehr Kartelle aus. Auf Grund der Weltwirtschaftskrise kam es jedoch zur Auflösung mehrerer Kartelle beziehungsweise zu Umstrukturierungen in einigen Kartellen.<sup>83</sup>

Während dieser Zeit geriet das Koalitionsgesetz bzw. dessen Bestimmungen über Preisabsprachen in komplette Vergessenheit. Beim Anschluss Österreichs an das Deutsche Reich im Jahr 1938 kam es zu einer Übernahme des deutschen Kartellrechts.<sup>84</sup>

Österreich wurde auf Grund der Bombenangriffe des Zweiten Weltkrieges schwer beschädigt, was der Bauindustrie in Österreich während des Wiederaufbaues eine zentrale Rolle verschaffte. Auch nach Behebung der unmittelbaren Kriegsschäden hatte die Bauindustrie noch sehr viel zu tun. Es mussten neue Straßennetze geschaffen, der Wohnraum für Bewohner musste vergrößert werden und die Bürogebäude und Betriebsstätten für Industrie und Gewerbe mussten erweitert werden.

Bis in die erste Hälfte der 1990er Jahre lagen die Zuwachsraten der Bauindustrie deutlich über jenen der Gesamtwirtschaft. Ab diesem Zeitpunkt blieb das Wachstum der Bauindustrie hinter dem Bruttoinlandsprodukt.<sup>85</sup>

Das erste österreichische Kartellgesetz, mit dem eine umfassende Regelung im Kartellwesen geschaffen wurde, stammt aus dem Jahr 1951. In erster Linie sollten mit diesem Gesetz verbotene Steigerungen von Preisen verhindert werden und auch Kartellbildungen, welche die Verteilung und Erzeugung von Gütern nachhaltig beeinflussen sollten verhindert werden.<sup>86</sup>

1972 kam es zu einem Erlass eines modernen Kartellgesetzes. Hier wurden Festlungen betreffend die Bestrafung von Kartellen in Abhängigkeit von ihrem wirtschaftspolitischen Einfluss getroffen. 1988 kam es zu einer weiteren Überarbeitung und zum Erlass eines neuen Kartellgesetzes. Aufgrund des Beitrittes von Österreich zur Europäischen Union kam es zu einer Vielzahl von Kartellgesetznovellen.<sup>87</sup> Aktuell gilt in Österreich das Kartellgesetz 2005 (KartG 2005).

---

<sup>82</sup> Resch, Kartelle in Österreich, 53.

<sup>83</sup> Resch, Kartelle in Österreich, 92.

<sup>84</sup> Resch, Kartelle in Österreich, 131.

<sup>85</sup> Resch, Kartelle in Österreich, 213.

<sup>86</sup> Resch, Kartelle in Österreich, 131f.

<sup>87</sup> Resch, Kartelle in Österreich, 139 ff.

## 3.2 Rechtsquellen

Das österreichische KartG 2005 wurde zuletzt durch das Kartell- und Wettbewerbsrechts-Änderungsgesetz 2017 (KaWeRÄG 2017) geändert. Durch das KaWeRÄG 2017 wurde unter anderem die von der EU herausgegebene RL 2014/104/EU, welche das Thema Schadenersatz betrifft, in Österreich umgesetzt. Nähere Erläuterungen zum KaWeRÄG 2017 und zur RL 2014/104/EU sind dem Kapitel 4 zu entnehmen. Alle dort erwähnten Änderungen sind in den verwendeten Rechtsquellen bereits inkludiert und werden nur zur Verdeutlichung dort noch einmal separat angeführt.

Im Wettbewerbsgesetz (WettbG) werden die Zuständigkeiten für die Vollziehung des KartG 2005 geregelt. Dieses Bundesgesetz wurde ebenfalls durch das KaWeRÄG 2017 novelliert. Für die Vollziehung des Kartellrechts ist die Bundeswettbewerbsbehörde (BWB) zuständig, deren Aufgaben und Befugnisse betreffend der Vollziehung, sind wie bereits erwähnt, im WettbG geregelt. Sie hat sich dabei, wie auch alle anderen Behörden, an das Allgemeine Verwaltungsverfahrensgesetz zu halten.<sup>88</sup>

Manche Verstöße gegen das Kartellverbot können auch strafrechtliche Folgen haben.

Nach § 168b Abs 1 Strafgesetzbuch (StGB), welcher sich auf rechtswidrige Absprachen bei einem Vergabeverfahren (Submissionskartelle) bezieht, kann bei einem rechtswidrigen Verhalten eine Freiheitsstrafe von bis zu drei Jahren verhängt werden.

Erstrecken sich Kartelle über mehrere Mitgliedsstaaten der Europäischen Union oder überspannen vertikale Absprachen (siehe dazu Kapitel 3.4.2) einen gesamten Mitgliedsstaat, kommt das Kartellrecht der Europäischen Union zum Einsatz. In diesen beiden Fällen wird durch das Kartell auch der zwischenstaatliche Handel der Mitgliedsstaaten beschränkt. Grundsätzlich werden daher das nationale Recht und das europäische Recht zugleich angewendet. Liegt ein Widerspruch zwischen dem Recht der Europäischen Union und dem nationalen Recht vor, hat das Recht der Europäischen Union Vorrang.<sup>89</sup>

### 3.2.1 Das KartG 2005

Dieses Bundesgesetz gliedert sich in sieben Hauptstücke. In den ersten beiden Hauptstücken werden die Themen Wettbewerbsbeschränkung und Rechtsdurchsetzung behandelt. Das dritte Hauptstück regelt das Verfahren vor dem Kartellgericht und dem Kartellobergericht. Welche Gebühren für Verfahren vor dem Kartellgericht oder dem

---

<sup>88</sup> *Eckel/Sartor*, Praxisleitfaden Kartellrechts-Compliance, 4.

<sup>89</sup> *Eckel/Sartor*, Praxisleitfaden Kartellrechts-Compliance, 4.

Kartellobergericht zu leisten sind, findet man im vierten Hauptstück. Im fünften Hauptstück wird auf die Institutionen, nämlich auf das Kartellgericht, das Kartellobergericht und den Bundeskartellanwalt, Bezug genommen. Die beiden letzten Hauptstücke beinhalten Bestimmungen über die Anwendungen des Gemeinschaftsrechts und die Schlussbestimmungen.

Das KartG 2005 kann grob in drei Säulen eingeteilt werden.

Das Kartellverbot stellt die erste Säule dar. Hier richtet sich das Verbot an alle Unternehmen, egal ob die Absprachen in vertikaler (beispielsweise zwischen Lieferanten und Abnehmern) oder horizontaler Ebene (zwischen Wettbewerbern) erfolgen. Sämtliche wettbewerbseinschränkende Absprachen sind verboten.<sup>90</sup>

Die zweite Säule des KartG 2005 richtet sich nicht mehr an alle Unternehmen. Es kommt zu einer Unterscheidung in Bezugnahme auf ihre jeweilige Marktstärke. Außerordentlich marktstarken Unternehmen ist es verboten, ihre Marktbeherrschung auszunützen.<sup>91</sup> § 4 Abs 1 des KartG gibt eine Definition von Marktbeherrschung wieder. Als marktbeherrschend gelten Unternehmen, die keinem bzw. einem unwesentlichen Wettbewerb ausgesetzt sind bzw. Unternehmen, die im Gegensatz zu den anderen Unternehmen, eine überragende Marktstellung vorweisen können. Weiters werden gewisse Schwellenwerte von Marktanteilen festgelegt, ab wann ein Unternehmen jedenfalls als marktbeherrschend gilt

Die Fusionskontrolle stellt die dritte Säule des KartG 2005 dar. Anders als bei den zuvor erwähnten Säulen, wird durch Fusionskontrollen ein Weiterbestehen der vorhanden Wettbewerbsstrukturen angestrebt. Zukünftige Zusammenschlüsse von Unternehmen werden dabei hinsichtlich ihrer möglichen Marktbeherrschung oder einer möglichen Verstärkung der bestehenden Marktbeherrschung untersucht.<sup>92</sup> Unter dem Begriff "Zusammenschlüsse" werden verschiedene Tatbestände verstanden. Die Aneignung eines Unternehmensteils oder des gesamten Unternehmens durch ein anderes Unternehmen, wäre ein Beispiel dafür. Auch eine Verschmelzung oder eine Umwandlung können als Zusammenschluss zählen. Werden nur Unternehmensteile erworben, muss geprüft werden, ob es sich um einen wesentlichen Teil des Unternehmens handelt. Kommt einem Unternehmensteil eine gewisse Marktstellung zu, so wird dieser im Allgemeinen als wesentlich verstanden. Besteht ein Pachtvertrag für mehr als 10 Jahre, so wird auch dies als Zusammenschluss verstanden. Hierbei erwirbt ein Unternehmer die Rechte auf eine

---

<sup>90</sup> *Eckel/Sartor, Praxisleitfaden Kartellrechts-Compliance*, 9.

<sup>91</sup> *Eckel/Sartor, Praxisleitfaden Kartellrechts-Compliance*, 9.

<sup>92</sup> *Eckel/Sartor, Praxisleitfaden Kartellrechts-Compliance*, 52f.

Betriebsstätte eines anderen. Der Erwerb von Anteilen an einer Gesellschaft wird ebenfalls als Zusammenschluss verstanden.<sup>93</sup>

### 3.2.2 Rechtsquellen - Europäische Union

Werden Kartelle auf unionsrechtlicher Ebene geahndet, so kommt einerseits der Vertrag über Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) und andererseits die EG-Fusionskontrollverordnung (FKVO)<sup>94</sup> zur Anwendung<sup>95</sup>

Kartellrechtliche Regelungen finden sich in Art 101 und Art 102 AEUV. Artikel 101 bezieht sich auf das allgemeine Kartellverbot von Unternehmen am Binnenmarkt. Artikel 102 legt fest, dass eine missbräuchliche Ausnützung einer marktbeherrschenden Stellung eines Unternehmens im Binnenmarkt verboten ist.

Bei der europäischen Fusionskontrollverordnung werden gesetzlich die gleichen Ziele wie bei der Fusionskontrolle nach KartG 2005 angestrebt, jedoch ist der Zusammenschluss anders definiert. Ein Zusammenschluss nach der europäischen Fusionskontrollverordnung liegt dann vor, wenn die bis dahin vorhandene Kontrolle auf Dauer abgeändert wird. Dies liegt vor, wenn unabhängige Unternehmensteile oder Unternehmen fusionieren und es dadurch zu einer Kontrollveränderung kommt. Ebenfalls liegt eine dauerhafte Kontrollveränderung bei Käufen von Anteilsrechten oder Vermögensrechten vor.<sup>96</sup>

### 3.3 Marktteilnehmer und deren Wettbewerb

#### 3.3.1 Unternehmen/Unternehmer

In § 1 Unternehmensgesetzbuch (UGB) ist definiert, wer als Unternehmer gilt und was ein Unternehmen ist:

*„(1) Unternehmer ist, wer ein Unternehmen betreibt.  
(2) Ein Unternehmen ist jede auf Dauer angelegte Organisation selbständiger wirtschaftlicher Tätigkeit, mag sie auch nicht auf Gewinn gerichtet sein.  
(3) Soweit in der Folge der Begriff des Unternehmers verwendet wird, erfasst er Unternehmerinnen und Unternehmer gleichermaßen.“*

<sup>93</sup> *Eckel/Sartor*, Praxisleitfaden Kartellrechts-Compliance, 53.

<sup>94</sup> Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates vom 20. Januar 2004 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen („EG-Fusionskontrollverordnung“).

<sup>95</sup> *Eckel/Sartor*, Praxisleitfaden Kartellrechts-Compliance, 4.

<sup>96</sup> *Eckel/Sartor*, Praxisleitfaden Kartellrechts-Compliance, 53.

Diese Definition ließe vermuten, dass nur natürliche Personen Unternehmer sein können. Natürliche Personen als Unternehmer können beispielsweise Erfinder, Handwerker, Landwirte oder Künstler sein, die ihre Tätigkeiten gegen Entgelt anbieten.<sup>97</sup> Diese Vermutung wird durch § 2 UGB widerlegt. Demnach sind auch bestimmte Gesellschaftsformen wie Aktiengesellschaften, Gesellschaften mit beschränkter Haftung oder Sparkassen Unternehmer. Unternehmen der öffentlichen Hand bestehen ebenfalls.<sup>98</sup>

#### **3.3.2 Der Wettbewerb**

Der Wettbewerb ist ein dynamischer Prozess, der sich durch Vorstoß- und Verfolgungsphasen rivalisierender Unternehmen auszeichnet.<sup>99</sup> Durch den Gebrauch der wirtschaftlichen Freiheit kann jedes Wirtschaftsindividuum am Wettbewerb teilnehmen. Generell sind die Erscheinungsbilder von Wettbewerben sehr divergent, da sie jeweils stark vom vorliegenden Einzelfall abhängig sind.<sup>100</sup>

Soll die Wirksamkeit eines Wettbewerbs beschrieben bzw. beurteilt werden, müssen die Marktstruktur, das Marktverhalten und die Marktergebnisse betrachtet werden. Da der Wettbewerb, wie bereits erwähnt, einen dynamischen Prozess darstellt, sind diese drei Parameter eng miteinander verknüpft.

Marktergebnisse sind klar festzustellen. Sie können auf Basis der Produktpreise, der Produktqualitäten oder der einzelnen Gewinne betrachtet werden. Die Marktstruktur gibt Auskunft darüber, wie viele Anbieter und Nachfrager auf dem Markt vorhanden sind, wie hoch ihre Marktanteile sind und ob, und in welcher Form, eine Markttransparenz vorhanden ist. Die Untersuchung, wie häufig und zu welchen Zeitpunkten eventuell Preise oder Qualitäten verändert werden, oder wann Werbung eingesetzt wird, spiegelt sich im Marktverhalten wieder.<sup>101</sup>

#### **3.4 Das Kartell**

Kartelle sind Zusammenschlüsse von Unternehmen mit dem Zweck Wettbewerbsbeschränkungen herbeizuführen.

---

<sup>97</sup> Brand, Schadenersatz im Kartellrecht, 162f.

<sup>98</sup> Brand, Schadenersatz im Kartellrecht, 174.

<sup>99</sup> Schmidt, Wettbewerbspolitik und Kartellrecht, 57.

<sup>100</sup> Brand, Schadenersatz im Kartellrecht, 19.

<sup>101</sup> Schmidt, Wettbewerbspolitik und Kartellrecht, 52f.

§ 1 Abs 1 des KartG 2005 enthält die Definition des Kartells:

*„Verboten sind alle Vereinbarungen zwischen Unternehmern, Beschlüsse von Unternehmervereinigungen und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen, die eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs bezwecken oder bewirken (Kartelle).“*

§ 1 Abs 2 leg. cit. listet dazu fünf ausdrückliche Verbote auf:

- ”1. die unmittelbare oder mittelbare Festsetzung der An- oder Verkaufspreise oder sonstiger Geschäftsbedingungen;*
- 2. die Einschränkung oder Kontrolle der Erzeugung, des Absatzes, der technischen Entwicklung oder der Investitionen;*
- 3. die Aufteilung der Märkte oder Versorgungsquellen;*
- 4. die Anwendung unterschiedlicher Bedingungen bei gleichwertigen Leistungen gegenüber Handelspartnern, wodurch diese im Wettbewerb benachteiligt werden;*
- 5. die an den Abschluss von Verträgen geknüpfte Bedingung, dass die Vertragspartner zusätzliche Leistungen annehmen, die weder sachlich noch nach Handelsbrauch in Beziehung zum Vertragsgegenstand stehen.“*

Diese umfassende Definition laut § 1 des KartG 2005 umfasst sämtliche Formen eines Kartells.

Zu erwähnen ist, dass Kartelle sich nicht nur über Wettbewerbspartner erstrecken, sondern sie können auch zwischen Lieferanten und ihren Abnehmern gebildet werden.<sup>102</sup> Die unterschiedlichen Kartellformen werden im Anschluss noch näher erläutert. Bei Kartellen kann es zu Vereinbarungen und oder zu abgestimmten Verhaltensweisen kommen, beides ist verboten. (Siehe dazu Kapitel 3.5) Kartelle können unterschiedliche Beteiligte haben, weswegen auch jedes Kartell für sich einzigartig ist.

Die Größe eines Kartells sowie die Organisation eines Kartells können genauso individuell wie das Kartell selbst sein. Der Organisationsgrad ist dementsprechend auch individuell. Dieser kann von einer einzigen mündlichen Absprache, bis hin zu vollkommen

---

<sup>102</sup> *Eckel/Sartor, Praxisleitfaden Kartellrechts-Compliance, 1.*

durchorganisierten Kartellen reichen. Wodurch jedes Kartell einen individuellen Schaden hervor.<sup>103</sup>

Besitzt ein Kartell einen hohen Marktanteil, so hat dieses einen wirkungsvolleren Einfluss auf die Marktpreise als eines mit einem kleinen Marktanteil. Für den Umfang des Marktanteiles spielen unter anderem dabei die Dauer des Bestandes eines Kartells, die Anzahl der Kartellanten und die Verschiedenheit der einzelnen Kartellanten eine entscheidende Rolle. Die geografische Ausdehnung des Kartells und die Marktabdeckung haben ebenfalls großen Einfluss auf den Marktanteil. Da jedes Kartell unterschiedlich ist, ist natürlich auch der Produktmarkt bzw die Branche, in der sich das Kartell befindet, ausschlaggebend für die Wirkung eines Kartells.<sup>104</sup>

Um ein Kartell richtig beurteilen zu können, muss laut § 20 KartG 2005 der wahre wirtschaftliche Gehalt eines Kartell betrachtet werden. Es reicht nicht aus, nur das äußere Erscheinungsbild zu beurteilen. Durch die Betrachtung des wahren wirtschaftlichen Gehaltes können kartellrechtliche Folgen von Unternehmen nicht mehr umgangen werden. Auch wenn Unternehmen Verhaltensweisen bzw. Gestaltungsmittel so wählen, dass diese nicht explizit den festgehaltenen Verboten der Gesetze entsprechen, haben sie, auf Grund der wirtschaftlichen Betrachtungsweise, dennoch mit kartellrechtlichen Folgen zu rechnen. Kurz ausgedrückt sollen unternehmensbedingte Konstruktionen, die das Kartellverbot umgehen sollen, aber den gleichen wirtschaftlichen Gehalt haben, verhindert werden.

Das zuständige Gericht muss bei einem Verfahren in einem ersten Schritt das äußere Erscheinungsbild mit dem wahren wirtschaftlichen Gehalt vergleichen. Werden dabei Unterschiede festgestellt, muss vom Gericht begründet werden warum der vorliegende Fall dennoch unter das Kartellverbot fällt.<sup>105</sup>

Grundsätzlich werden zwei verschiedene Formen von Kartellen unterschieden. Es wird zwischen horizontalen und vertikalen Kartellen unterschieden.

#### **3.4.1 Horizontale Kartelle**

Bei horizontalen Kartellen handelt es sich um Kartelle, bei denen die Absprachen zwischen Unternehmen gleicher Wirtschaftsstufe erfolgen. Das bedeutet, dass die Absprachen zwischen Wettbewerbern erfolgen.<sup>106</sup>

---

<sup>103</sup> Brand, Schadenersatz im Kartellrecht, 1.

<sup>104</sup> Brand, Schadenersatz im Kartellrecht, 1.

<sup>105</sup> Brand, Schadenersatz im Kartellrecht, 18.

<sup>106</sup> Eckel/Sartor, Praxisleitfaden Kartellrechts-Compliance, 1ff.



**Abbildung 1: horizontale Kartelle**

Auf der Ebene der horizontalen Absprachen können mehrere Kartellarten unterschieden werden.

Bei Preiskartellen legen die Wettbewerber gemeinsam einen Preis für ihr Produkt fest. Diese gemeinsam festgelegten Preise sind generell höher als die Preise, die durch einen Wettbewerb entstehen würden. Ein weiteres horizontales Kartell ist das Quotenkartell. Bei diesem Kartell treffen Unternehmer gleicher Wirtschaftsstufe Absprachen darüber, wie viel die einzelnen Kartellanten produzieren und auf den Markt bringen. Durch diese Form des Kartells wird die Angebotsmenge an Produkten verringert, wodurch sich wiederum der Produktpreis erhöht.<sup>107</sup> Gibt es Absprachen über eine Verteilung der einzelnen Unternehmen über gewisse Gebiete oder über gewisse Kundengruppen, handelt es sich um ein Gebietskartell bzw. um eine Kundenaufteilung.<sup>108</sup> Aufgrund dieser Aufteilung bekommt ein Unternehmen bei einer Kundengruppe oder in einem Gebiet eine Monopolstellung. Diese Monopolstellung ermöglicht es dem Unternehmen, höhere Preise und Gewinne zu erzielen. Ein weiteres horizontales Kartell ist das Submissionskartell. Submissionskartelle kommen bei öffentlichen Ausschreibungen vor. Es werden Absprachen über Angebotspreise und Angebotsbedingungen getroffen.<sup>109</sup> Die Besonderheit dieses Kartells liegt darin, dass solche Absprachen auch strafgerichtlich verfolgt bzw. bestraft werden.<sup>110</sup> (Siehe dazu Kapitel 3.2)

Allgemein wird bei horizontalen Absprachen zwischen aktuellen (tatsächlichen) und potentiellen Wettbewerbern unterschieden. Tatsächliche Wettbewerber sind solche, die in einem Wettbewerbsverhältnis zu einander stehen.<sup>111</sup> Dieser Wettbewerb erfolgt am selben relevanten Markt. Potentielle Wettbewerber sind solche, die in naher Zukunft durch ihr eigenes Treiben am Markt eines anderen Wettbewerbers beteiligt sein werden.<sup>112</sup> Das bedeutet wiederum, dass diese noch nicht am Markt tätig sind. Der zukünftige Markteintritt muss nicht nur theoretisch denkbar sein, sondern vielmehr muss der zukünftige Markteintritt des potentiellen Wettbewerbers wahrscheinlich sein. Eine derartige Unterscheidung der

---

<sup>107</sup> Brand, Schadenersatz im Kartellrecht, 2.

<sup>108</sup> Eckel/Sartor, Praxisleitfaden Kartellrechts-Compliance, 3.

<sup>109</sup> Brand, Schadenersatz im Kartellrecht, 2.

<sup>110</sup> Eckel/Sartor, Praxisleitfaden Kartellrechts-Compliance, 32.

<sup>111</sup> Eckel/Sartor, Praxisleitfaden Kartellrechts-Compliance, 25.

<sup>112</sup> EK, Leitlinien zur Anwendbarkeit von Artikel 101, RZ 10.



Wettbewerber, ist für die richtige Beurteilung von kartellrechtlichen Sachverhalten von großer Bedeutung.<sup>113</sup>

#### 3.4.1.1 Hardcore-Kartell

Als Hardcore-Kartell oder Kernbeschränkungen werden sehr schwerwiegende Absprachen von Unternehmen gleicher Wirtschaftsstufe bezeichnet. Unter diese Kernbeschränkungen fallen beispielweise die bereits erwähnten rechtswidrigen Absprachen betreffend Produktpreise, Quoten, die Aufteilung von Kunden und die räumliche Aufteilung von Absatzgebieten.<sup>114</sup>

#### 3.4.2 Vertikale Kartelle

Ist die Rede von einem vertikalen Kartell, so erfolgen die Absprachen zwischen Unternehmen verschiedener Wirtschaftsstufen.<sup>115</sup>

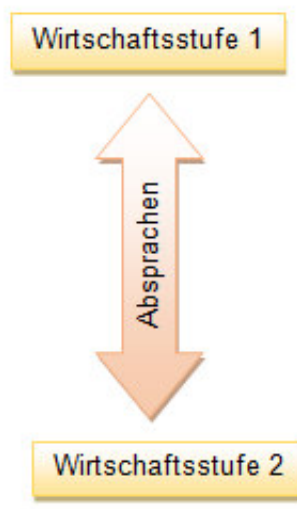


Abbildung 2: vertikale Kartelle

Bespiele für Kartelle von Unternehmen verschiedener Wirtschaftsstufen sind Absprachen zwischen Lieferanten und Abnehmern. Ein weiteres Beispiel wären Absprachen zwischen Unternehmen von verschiedenen Ebenen einer Produktions- und Vertriebskette.<sup>116</sup>

Die Europäische Kommission hat Leitlinien<sup>117</sup>, welche sich mit vertikalen Beschränkungen beschäftigen, veröffentlicht. Durch diese Leitlinien soll den einzelnen Unternehmen eine Selbstprüfung in Bezug auf vertikale Absprachen erleichtert werden.<sup>118</sup>

---

<sup>113</sup> *Eckel/Sartor*, Praxisleitfaden Kartellrechts-Compliance, 25.

<sup>114</sup> *Brand*, Schadenersatz im Kartellrecht, 78.

<sup>115</sup> *Eckel/Sartor*, Praxisleitfaden Kartellrechts-Compliance, 25.

<sup>116</sup> *Eckel/Sartor*, Praxisleitfaden Kartellrechts-Compliance, 34.

<sup>117</sup> *EK*, Leitlinien für vertikale Beschränkungen, 2010/C 130/01, 19.05.2010.

Im Allgemeinen wird davon ausgegangen, dass die Auswirkungen von vertikalen Kartellen nicht so erheblich sind wie die Auswirkungen von horizontalen Absprachen. Grund für diese Annahme ist, dass die einzelnen Beteiligten, bei vertikalen Kartellen gegenseitig mehr oder weniger voneinander abhängig sind. Diese Abhängigkeit hat zur Folge, dass die Beteiligten die Marktmacht von Einzelnen gering halten möchten.<sup>119</sup>

Die Auswirkungen von vertikalen Kartellen sind einerseits der Ausschluss von nicht am Kartell beteiligten Lieferanten und Abnehmern vom Markt, eine Aufweichung des Anbieterwettbewerbs, sowie eine Aufweichung des Abnehmerwettbewerbs. Andererseits wird der interne Wettbewerb von Marken verringert und es kann zu einer Behinderung der Marktintegration kommen.<sup>120</sup> Durch diese verschiedenen Wirkungen von vertikalen Kartellen können die Preise von Produkten steigen, Qualitäten können sich verringern und das Angebot an verschiedenen Produkten kann schrumpfen.

#### **3.4.2.1 Sternkartell**

Werden zu vertikalen Absprachen zusätzliche horizontale Absprachen getroffen, wird darunter ein Sternkartell oder auch "Hub & Spoke" verstanden.<sup>121</sup> Dies kann einerseits zustande kommen, wenn ein Händler die Rolle eines Informanten gegenüber zwei Herstellern übernimmt. Demnach sprechen sich die Hersteller untereinander nicht direkt ab sondern erhalten ihre benötigten Informationen indirekt.<sup>122</sup> Andererseits kann diese Form des Kartells auch vorliegen, wenn sich Wettbewerber über gleiche Abnehmer und Lieferanten absprechen.<sup>123</sup>

### **3.5 Rechtswidriges Verhalten**

§ 1 Abs 1 KartG 2005 definiert, was unter einem rechtswidrigen Kartell zu verstehen ist. (Siehe dazu Kapitel 3.4) In diesem Kapitel werden die einzelnen Elemente dieser Definition näher erläutert.

---

<sup>118</sup> EK, Leitlinien für vertikale Beschränkungen, RZ 3.

<sup>119</sup> EK, Leitlinien für vertikale Beschränkungen, RZ 98.

<sup>120</sup> EK, Leitlinien für vertikale Beschränkungen, RZ 100.

<sup>121</sup> BWB, Standpunkt zu vertikalen Preisbindungen, 4.

<sup>122</sup> Eckel/Sartor, Praxisleitfaden Kartellrechts-Compliance, 3.

<sup>123</sup> Eckel/Sartor, Praxisleitfaden Kartellrechts-Compliance, 38.

### 3.5.1 Vereinbarungen

Der Begriff "Vereinbarungen" ist gesetzlich nicht definiert. Dennoch gibt es Rechtsprechung vom europäischen Gerichtshof (EuGH), die eindeutig festhält, wann es sich um eine Vereinbarung unter Kartellanten handelt. Das wichtigste Element von Vereinbarungen ist die Willensübereinstimmung von mindestens zwei Unternehmen.<sup>124</sup> Bei Vereinbarungen wird unter den Kartellanten ausgemacht, sich auf dem gemeinsamen Markt in einer bestimmten Art und Weise zu verhalten.<sup>125</sup> Diese Vereinbarungen können schriftlich oder mündlich getroffen werden. Sie müssen nicht in einer bestimmten Form vorliegen, sie können ausdrücklich oder schlüssig einhergehen.<sup>126</sup> Beispiele für schriftliche Willensübereinstimmungen sind unter anderem Allgemeine Geschäftsbedingungen, Satzungen und Musterverträge.<sup>127</sup>

Das Verbot der Vereinbarungen erstreckt sich nicht nur auf den bestehenden gemeinsamen Markt der Kartellanten, sondern auch auf benachbarte und zukünftige bzw. sich entwickelnde Märkte. Vereinbarungen sind auf jeden Fall verboten, unabhängig davon, worüber eine Vereinbarung getroffen wurde. Setzen die einzelnen Kartellanten die Vereinbarungen nach einer gewissen Zeit nicht mehr fort, weil beispielsweise die abgestimmten Vereinbarungen nicht mehr in Kraft sind, bestehen diese Vereinbarungen rechtlich noch, wenn die Auswirkungen von ihnen am Markt fortbestehen.<sup>128</sup> Vereinbarungen können bei vertikalen und horizontalen Kartellen vorkommen.

### 3.5.2 Abgestimmte Verhaltensweisen

Abgestimmte Verhaltensweisen sind viel weitgehender als Vereinbarungen. Sie werden grundsätzlich als eine Koordinierungsform von mindestens zwei Unternehmen verstanden. Bei ihnen muss nicht, anders als bei Vereinbarungen, ein schriftlicher oder mündlicher Vertrag abgeschlossen werden.<sup>129</sup>

Abgestimmte Verhaltensweisen liegen schon dann vor, wenn Unternehmen ihr Marktverhalten koordinieren, um Wettbewerbsregeln zu umgehen bzw. um gegenwärtige oder potentielle Mitbewerber in ihrem Marktverhalten zu beeinflussen oder um diese über das eigene Marktverhalten zu informieren.<sup>130</sup> Für die Rechtswidrigkeit müssen keine ausgearbeiteten Pläne über das abgestimmte Verhalten vorliegen, dennoch muss dieses in

---

<sup>124</sup> *Brand*, Schadenersatz im Kartellrecht, 57.

<sup>125</sup> *Eckel/Sartor*, Praxisleitfaden Kartellrechts-Compliance, 10.

<sup>126</sup> *Brand*, Schadenersatz im Kartellrecht, 56.

<sup>127</sup> *Brand*, Schadenersatz im Kartellrecht, 58.

<sup>128</sup> *Brand*, Schadenersatz im Kartellrecht, 56ff.

<sup>129</sup> *Brand*, Schadenersatz im Kartellrecht, 63.

<sup>130</sup> *Eckel/Sartor*, Praxisleitfaden Kartellrechts-Compliance, 11.

der Zukunft liegen und zukünftige Ereignisse beeinflussen. Des Weiteren ist es wichtig, dass die Kausalität zwischen dem abgestimmten Verhalten und dem koordinierten Verhalten besteht. Das bedeutet, dass die Koordinierung zwischen den Unternehmen demnach derartig ausgereift sein muss, dass diese eine abgestimmte Verhaltensweise zur Folge hat. Ein weiterer wichtiger Aspekt ist es, dass abgestimmte Verhaltensweisen wettbewerbsschädlich sein müssen.<sup>131</sup>

Sowohl abgestimmte Verhaltensweisen als auch Vereinbarungen können bei horizontalen wie auch bei vertikalen Kartellen vorkommen. Der wesentliche Unterschied zu Vereinbarungen liegt darin, dass Mitbewerber über das eigene geplante bzw. vorhandene Marktverhalten informiert werden und daraus Schlüsse ziehen und ihr eigenes Verhalten am Markt anpassen.<sup>132</sup>

Beispielweise kann eine abgestimmte Verhaltensweise aus einer Besprechung mehrerer Unternehmer untereinander resultieren. Unternehmen verwenden die erhaltenen Informationen, indem sie ihr zukünftiges Marktverhalten anpassen.<sup>133</sup>

Werden Informationen zwischen Unternehmen gleicher Wirtschaftsstufe ausgetauscht, handelt es sich um einen Informationsaustausch. Die Weitergabe von Informationen kann wiederum eine Einschränkung des Marktes hervorrufen, da die einzelnen Kartellanten in ihrer Entscheidungsfreiheit beeinflusst werden.<sup>134</sup> Verboten ist ein solcher Informationsaustausch dann, wenn es zu Abstimmungen von Mengen und Preisen kommt. In der Realität sind verbotene Informationsaustausche sehr schwierig festzustellen.<sup>135</sup>

### **3.5.3 Wettbewerbsbeschränkungen**

Vereinbarungen und abgestimmte Verhaltensweisen sind gemäß § 1 KartG 2005 verboten, wenn sie eine Einschränkung des Wettbewerbs bezwecken oder bewirken.

#### **3.5.3.1 Bezweckte Wettbewerbsbeschränkungen**

Bezwecken bedeutet, durch bestimmte Handlungen ein gewisses Ziel zu verfolgen. So kann dieser Begriff auch in Bezug auf Wettbewerbsbeschränkungen verstanden werden. Wenn ein Unternehmer eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckt, möchte er sein Ziel, nämlich die Wettbewerbsbeschränkung erreichen. Um etwas bezwecken zu können, muss eine Absicht vorhanden sein. Dies hat zur Folge, dass bei dem Unternehmer, welcher eine

---

<sup>131</sup> Brand, Schadenersatz im Kartellrecht, 63f.

<sup>132</sup> Brand, Schadenersatz im Kartellrecht, 65.

<sup>133</sup> Brand, Schadenersatz im Kartellrecht, 64.

<sup>134</sup> EK, Leitlinien zur Anwendbarkeit von Artikel 101, RZ 86.

<sup>135</sup> Eckel/Sartor, Praxisleitfaden Kartellrechts-Compliance, 26.

Wettbewerbsbeschränkung bezweckt, eine Absicht angenommen wird. Unter einer bezweckten Wettbewerbsbeschränkung wird auch schon eine Vereinbarung verstanden, die nur das Potential hätte, den Wettbewerb am Markt zu beschränken. Bezweckte Wettbewerbsbeschränkungen sind exemplarisch unter anderem Preis- und Vertriebsbindungen, Markt- und Kundenaufteilungen, sowie Produktions- und Absatzkontrollen.<sup>136</sup> Welche Vereinbarungen zwischen Unternehmern oder welche abgestimmten Verhaltensweisen von Unternehmen als bezweckte Wettbewerbsbeschränkung gewertet werden, ist von der objektiven Eignung dieser, den Wettbewerb zu beschränken, abhängig. Auf die subjektive Absicht der Unternehmer oder das tatsächliche Eintreten einer Wettbewerbsbeschränkung kommt es dabei nicht an. Der genaue Wortlaut und Inhalt der Vereinbarung oder Verhaltensweise, sowie auch die wirtschaftlichen Begleitumstände sind daher genau zu prüfen.<sup>137</sup>

#### **3.5.3.2 Bewirkte Wettbewerbsbeschränkungen**

Bewirkte Wettbewerbsbeschränkungen setzen im Gegensatz zu den bezweckten, keinen Vorsatz voraus. Dennoch sind Vereinbarungen, auch wenn sie nicht zielgerichtet vereinbart werden, um den Wettbewerb zu beschränken, dann rechtswidrig, wenn sie die Fähigkeit haben, spürbare negative Wirkungen am Markt herbeizuführen. Negative Auswirkungen können sich beispielsweise in den Preisen, Produktmengen oder in der Produktqualität niederschlagen.<sup>138</sup> Um zu prüfen, ob eine bewirkte Wettbewerbsbeschränkung vorliegt, muss der Wettbewerb so beurteilt werden, wie er ohne eine rechtswidrige Vereinbarung wäre.<sup>139</sup> Es muss untersucht werden, ob durch die getroffene Vereinbarung, tatsächlich oder wahrscheinlich spürbare Wettbewerbsbeschränkungen bewirkt werden.<sup>140</sup>

#### **3.5.3.3 Spürbarkeit**

Wenn Wettbewerbsbeschränkungen überprüft werden, muss in einem ersten Schritt geklärt werden, ob eine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung vorliegt. Bezweckte Wettbewerbsbeschränkungen sind auf jeden Fall spürbar. Liegt keine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung vor, müssen genauere Untersuchungen unternommen werden. Nur spürbare Beschränkungen sind kartellrechtlich verboten. Bei bewirkten Wettbewerbsbeschränkungen muss der Einzelfall beurteilt werden. Für die Beurteilung der Spürbarkeit müssen das Produkt bzw. die Dienstleistung selbst und die Bedingungen am

---

<sup>136</sup> *Brand*, Schadenersatz im Kartellrecht, 70.

<sup>137</sup> OGH 26. Juni 2006, 16 Ok 51/05.

<sup>138</sup> *Eckel/Sartor*, Praxisleitfaden Kartellrechts-Compliance, 11.

<sup>139</sup> OGH 26. Juni 2006, 16 Ok 51/05.

<sup>140</sup> *Eckel/Sartor*, Praxisleitfaden Kartellrechts-Compliance, 12.

jeweiligen Markt berücksichtigt werden. Um nun in einem Einzelfall die Spürbarkeit der Wettbewerbsbeschränkung werten zu können, muss dem Inhalt der Vereinbarungen, den daraus resultierenden Zielen, sowie den Zusammenhängen der Vereinbarungen auf einer wirtschaftlichen und rechtlichen Ebene besondere Beachtung geschenkt werden. Spürbarkeit liegt beispielweise bei Bagatellkartellen nicht vor.<sup>141</sup> (Siehe dazu Kapitel 3.7.2)

#### **3.5.4 Missbrauch einer Marktbeherrschung**

Der Missbrauch einer Marktbeherrschung kann sich entweder als Ausbeutungsmissbrauch, als Behinderungsmissbrauch oder als Marktstrukturmissbrauch äußern.

Ist die Rede von einem Marktstrukturmissbrauch wird darunter verstanden, dass die Wettbewerbsstrukturen vom beherrschenden Unternehmen verändert wurden.<sup>142</sup> Diese Veränderung der Wettbewerbsstrukturen kann beispielsweise durch Zusammenschlüsse erfolgen und stärkt somit das marktbeherrschende Unternehmen. Dies hat wiederum zur Folge, dass der am Markt verbleibende Wettbewerb beeinträchtigt wird.<sup>143</sup>

Bei einem Ausbeutungsmissbrauch kommt es von Seiten des Unternehmens zum Ausbeuten der Gegenseite. Eine Form eines Ausbeutungsmissbrauchs ist es beispielsweise, wenn ein marktbeherrschendes Unternehmen überhöhte Verkaufspreise für seine Produkte festlegt. Durch diese überhöhten Verkaufspreise verschafft sich das marktbeherrschende Unternehmen einen rechtswidrigen Vorteil durch Ausbeutung der Kunden. Zu niedrige Preise stellen ebenfalls einen Ausbeutungsmissbrauch dar, in diesem Fall werden Lieferanten ausgebeutet. Anders als bei überhöhten Preisen, die einen Nachteil für Kunden ergeben, profitieren Kunden von zu niedrigen Preisen.<sup>144</sup>

Bei einem Behinderungsmissbrauch werden Wettbewerber entweder auf dem durch das Unternehmen beherrschten Markt oder einem benachbarten Markt behindert. Eine Form des Behinderungsmissbrauches sind zu niedrige Produktpreise. Diese sind dann rechtswidrig, wenn durch sie von einem Unternehmen versucht wird, bestehende Wettbewerber von einem Markt zu verdrängen bzw. versucht wird, neue Wettbewerber von einem Markteintritt abzuhalten. Als Folge davon hebt das Unternehmen, welches dadurch eine Monopolstellung erreicht hat, die Preise wieder an.<sup>145</sup>

---

<sup>141</sup> *Eckel/Sartor*, Praxisleitfaden Kartellrechts-Compliance, 12.

<sup>142</sup> *Eckel/Sartor*, Praxisleitfaden Kartellrechts-Compliance, 46.

<sup>143</sup> *Brand*, Schadenersatz im Kartellrecht, 128.

<sup>144</sup> *Eckel/Sartor*, Praxisleitfaden Kartellrechts-Compliance, 46f.

<sup>145</sup> *Eckel/Sartor*, Praxisleitfaden Kartellrechts-Compliance, 47.

Eine Kopplung ist ein weiteres Beispiel für einen Behinderungsmissbrauch.<sup>146</sup> Grundsätzlich wird zwischen einer vertraglichen Kopplung und einer technischen Kopplung unterschieden. Bei einer vertraglichen Kopplung verpflichtet sich der Abnehmer, dass an das Kopplungsprodukt gekoppelte Produkt ebenfalls vom gleichen Verkäufer zu kaufen, und nicht bei einem anderen Wettbewerber ein vergleichbares Produkt einzukaufen.<sup>147</sup> Die vertragliche Kopplung kann sich auch auf Dienstleistungen beziehen.<sup>148</sup> Bei der vertraglichen Kopplung werden die Vertragspartner in ihrer Entscheidungsfreiheit eingeschränkt, da dass marktbeherrschende Unternehmen wirtschaftlichen Druck ausübt.<sup>149</sup> Kann ein Kopplungsprodukt nur mit Hilfe eines weiteren Produktes, welches an dieses gekoppelt ist, einwandfrei arbeiten, sind die beiden Produkte technisch gekoppelt.<sup>150</sup>

§ 5 Abs 1 Z 5 KartG definiert als weiteren Behinderungsmissbrauch, den Verkauf von Produkten unter ihrem Einstandspreis. Ein Verkauf von Produkten unter diesem Preis kann sachlich nicht gerechtfertigt werden. Der Einstandspreis ergibt sich durch Abzug aller vom Lieferanten angesetzten Preisnachlässe und Rabatte. Diese Nachlässe und Rabatte werden von Lieferanten bei der Rechnungsstellung gewährt.<sup>151</sup>

Unternehmen, die ihre marktbeherrschende Stellung am Markt missbräuchlich ausnützen, können unter gewissen Gegebenheiten, Straftatbestände wie Nötigung (§ 105 StGB), Erpressung (§ 144 StGB) oder Sachwucher (§ 155 StGB) erfüllen und auch strafrechtlich zur Verantwortung gezogen werden.<sup>152</sup>

#### 3.5.5 Vergeltungsmaßnahmen

§ 6 KartG 2005 regelt das Verbot von Vergeltungsmaßnahmen:

*„Ein Verfahren zur Abstellung des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung (§ 26) oder eine darauf gerichtete Beschwerde an eine Amtspartei (§ 40) darf vom marktbeherrschenden Unternehmer nicht zum Anlass genommen werden, den durch den Missbrauch unmittelbar betroffenen Unternehmer von einer weiteren Belieferung oder Abnahme zu angemessenen Bedingungen auszuschließen.“*

---

<sup>146</sup> EK, Fälle von Behinderungsmissbrauch, RZ 46.

<sup>147</sup> EK, Fälle von Behinderungsmissbrauch, RZ 47.

<sup>148</sup> Brand, Schadenersatz im Kartellrecht, 138.

<sup>149</sup> Brand, Schadenersatz im Kartellrecht, 90.

<sup>150</sup> EK, Fälle von Behinderungsmissbrauch, RZ 47.

<sup>151</sup> Eckel/Sartor, Praxisleitfaden Kartellrechts-Compliance, 48.

<sup>152</sup> Brand, Schadenersatz im Kartellrecht, 426.

Dieses Verbot richtet sich an marktbeherrschendes Unternehmen. Demnach darf das marktbeherrschende Unternehmen einen unmittelbar Geschädigten, aufgrund eines Verfahrens gegen die Marktbeherrschung oder aufgrund einer Beschwerde bei einer Amtspartei, nicht die Belieferung oder Abnahme von Produkten zu angemessenen Bedingungen verwehren bzw ausschließen.

Diese Verwehrung betrifft allerdings nicht nur Produkte, sondern vielmehr auch Dienstleistungen. Schadenersatzansprüche können daraus entstehen, dass die angemessenen Bedingungen nicht erfüllt werden. Wichtig ist hier anzumerken, dass durch § 6 KartG 2005 nur unmittelbare Geschädigte geschützt sind, mittelbare Geschädigte aber nicht.<sup>153</sup> Des Weiteren muss ein Kausalzusammenhang zwischen der Beschwerde und dem Verwehren bzw. Ausschluss gegeben sein, sonst kommt es zu keinen Verstoß gegen das Verbot von Vergeltungsmaßnahmen.<sup>154</sup>

#### **3.5.6 Kartellverstöße im Bauwesen - Arbeitsgemeinschaften**

Kartellverstöße in der Bauwirtschaft kommen, wie auch in jeder anderen Branche, durchaus vor. Hierbei handelt sich im allgemeinen um verbotene bzw. rechtswidrige Absprachen und Vereinbarungen. Aber auch Arbeitsgemeinschaften oder Bietergemeinschaften, welche oft im Bauwesen gebildet werden, können rechtswidrig sein. Bietergemeinschaften, welche eine Vorstufe zu Arbeitsgemeinschaften darstellen, können allerdings auch eine Ausnahme von Kartellgesetz darstellen. (Siehe dazu Kapitel 3.7.6.2)

Eine Arbeitsgemeinschaft ist in § 2 Z 7 BVergG 2006 wie folgt definiert:

*„Arbeitsgemeinschaft ist ein Zusammenschluss mehrerer Unternehmer, die sich unbeschadet der sonstigen Bestimmungen des zwischen ihnen bestehenden Innenverhältnisses dem Auftraggeber gegenüber solidarisch zur vertragsgemäßen Erbringung einer Leistung auf dem Gebiet gleicher oder verschiedener Fachrichtungen verpflichten.“*

Arbeitsgemeinschaften werden in der Regel über eine gewisse Dauer hinweg gebildet. Durch die Bildung der Arbeitsgemeinschaft erfolgt eine vertragliche Bindung aller Bauprojektbeteiligten. Bei diesen handelt es sich um Bauunternehmer und Handwerkmeister. Zivilrechtlich gesehen ist eine Arbeitsgemeinschaft, ebenso wie eine Bietergemeinschaft, eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts.<sup>155</sup>

---

<sup>153</sup> Brand, Schadenersatz im Kartellrecht, 149.

<sup>154</sup> Brand, Schadenersatz im Kartellrecht, 150.

<sup>155</sup> Gabler Wirtschaftslexikon, Arbeitsgemeinschaft.



Arbeitsgemeinschaften waren lange Zeit komplett vom Kartellgesetz ausgenommen waren. Die Verordnung über die Durchführung des § 17 Kartellgesetz 1988<sup>156</sup> aus dem Jahr 1988 definierte explizit, dass Arbeitsgemeinschaften ohne jede Ausnahme vom Kartellgesetz ausgenommen waren. Durch die Kartellrechtsnovelle aus dem Jahr 2002 wurde diese explizite Ausnahme ungültig.<sup>157</sup> Nach KartG 2005 können Arbeitsgemeinschaften auf Grundlage von § 1 KartG 2005 verboten sein. Jeweils im Einzelfall muss geprüft werden ob Arbeitsgemeinschaften verboten sind oder nicht.

## 3.6 Marktabgrenzung

Die Marktabgrenzung spielt bei der rechtlichen Beurteilung des verbotenen Verhaltens eine große Rolle. Auf Grund der Marktabgrenzung kann ein Verhalten eines Unternehmens entweder rechtswidrig oder eben rechtlich erlaubt sein. Des Weiteren kann durch die Marktabgrenzung das festgestellte rechtswidrige Verhalten eines Unternehmens in unterschiedlichem Maß ausfallen. Ein entstandener Schaden kann erschwert oder vermindert werden.<sup>158</sup> Beispielweise kann ein Verhalten eines Unternehmers unter die Bagatellkartellregelung fallen.<sup>159</sup> (Siehe dazu Kapitel 3.7.2)

Ein Unternehmen kann nur auf einem relevanten Markt eine Machtstellung erlangen, weswegen der relevante Markt produktbezogen, räumlich und zeitlich abgegrenzt werden muss.<sup>160</sup> Die Voraussetzung für einen relevanten Markt ist ein wirksamer Wettbewerb zwischen den zum Markt angehörigen Produkten oder Dienstleistungen.<sup>161</sup> Eine genaue Marktabgrenzung ist auch Voraussetzung für verschiedene Berechnungsmethoden der Schadenshöhe. (Siehe dazu Kapitel 6.4)

### 3.6.1 Sachlich relevanter Markt

Die Abgrenzung des sachlich relevanten Marktes erfolgt mit dem Bedarfsmarktkonzept.<sup>162</sup> Das Bedarfsmarktkonzept ist im § 23 des KartG 2005 gesetzlich festgeschrieben. Nach diesem Konzept gehören Erzeugnisse und Dienstleistungen zum gleichen sachlichen Markt, wenn diese aus Sicht der Marktgegenseite funktional austauschbar sind. Um eine Austauschbarkeit zu beurteilen, sind die Eigenschaften des Produktes bzw. der

---

<sup>156</sup> Verordnung des Bundesministers für Justiz von 6. April 1989 zur Durchführung des § 17 des Kartellgesetzes 1988, BGBl. Nr. 185/1989.

<sup>157</sup> Steinbach, Die Bieter- und Arbeitsgemeinschaft des Baugewerbes aus kartell- und vergaberechtlicher Sicht, 73.

<sup>158</sup> Brand, Schadenersatz im Kartellrecht, 45.

<sup>159</sup> Eckel/Sartor, Praxisleitfaden Kartellrechts-Compliance, 13.

<sup>160</sup> Brand, Schadenersatz im Kartellrecht, 45.

<sup>161</sup> EuGH 13. Februar 1979, 85/76, 516.

<sup>162</sup> OGH 25. März 2009, 16 Ok 1/09.

Dienstleistung maßgebend. Austauschbarkeit ist dann gegeben, wenn Eigenschaften, Preise und der geplante Verwendungszweck von Produkten oder Dienstleistungen gleich sind.<sup>163</sup>

Ein sachlich relevanter Markt wird mit dem SSNIP-Test festgestellt. Die Abkürzung steht für „Small but Significant Non-transitors Increase in Price“. Bei diesem Test wird eine Preiserhöhung von 5 Prozent bis 10 Prozent bei einem Produkt vorgenommen und ermittelt, ob der Abnehmer infolge der Preiserhöhung auf ein niedrigpreisigeres Produkt umsteigen würde. Weist das Ergebnis ein großes Ausweichverhalten auf, so zählen die billigeren Produkte ebenfalls zum sachlich relevanten Markt. Bei marktbeherrschenden Unternehmen ist dieser Test oft nicht zielführend, da deren Preise meist bereits über den Preisen der anderen Wettbewerber liegen.<sup>164</sup>

#### **3.6.2 Räumlich relevanter Markt**

Abhängig von den betrachteten Produkten und Dienstleistungen können unterschiedliche Faktoren für einen räumlich relevanten Markt ausschlaggebend sein. Unter einem räumlich relevanten Markt wird ein Gebiet verstanden, in dem die Wettbewerbsbedingungen für die angebotenen relevanten Produkte und Dienstleistungen praktisch gleich sind.<sup>165</sup> Eine hinreichend spürbare Unterschiedlichkeit der Wettbewerbsbedingungen zu einem benachbarten Gebiet muss vorhanden sein.<sup>166</sup> Der Produktionsort ist für den räumlich relevanten Markt gleichgültig. Der räumlich relevante Markt entspricht somit dem Vermarktungsgebiet. Das Nachfrageverhalten über die einzelnen Produkte und Dienstleistungen ist für die Bestimmung des räumlich relevanten Marktes elementar.<sup>167</sup>

#### **3.6.3 Zeitlich relevanter Markt**

Da der Wettbewerb ein dynamischer Prozess ist, ist folglich auch die Marktentwicklung dynamisch, weswegen die zeitliche Marktabgrenzung schwer zu bestimmen ist. Wird bei einem Unternehmen untersucht, ob es eine marktbeherrschende Stellung aufweist, wird der Zeitpunkt der Betrachtung als zeitliche Marktabgrenzung verstanden.<sup>168</sup>

Eine zeitliche Marktabgrenzung ist nicht notwendig, wenn sich die zu betrachtenden Wettbewerbsverhältnisse nicht ändern. Werden Produkte und Dienstleistungen aber nur für

---

<sup>163</sup> EK, Bekanntmachung der Kommission, RZ 7.

<sup>164</sup> Eckel/Sartor, Praxisleitfaden Kartellrechts-Compliance, 13.

<sup>165</sup> Eckel/Sartor, Praxisleitfaden Kartellrechts-Compliance, 13.

<sup>166</sup> Hoffer/Barbist, Das neue Kartellrecht, 72.

<sup>167</sup> Brand, Schadenersatz im Kartellrecht, 50.

<sup>168</sup> Brand, Schadenersatz im Kartellrecht, 52.

eine bestimmte Zeit angeboten oder unterliegen diese saisonbedingten Schwankungen, ist eine Abgrenzung des zeitlich relevanten Marktes sinnvoll.<sup>169</sup>

## 3.7 Ausnahmen vom Kartellverbot

Neben dem im österreichischen Gesetz festgesetzten rechtswidrigen Verhalten gegen das Kartellverbot, gibt es auch zahlreiche Ausnahmen, die nicht als rechtswidriges Verhalten eingestuft werden.

Ob eine Ausnahme vom Kartellverbot vorliegt, muss genau geprüft werden. Zu Beginn der Prüfung muss geklärt werden, ob es sich überhaupt um eine wettbewerbsbeschränkende Vereinbarung handelt. Wenn eine wettbewerbsbeschränkende Vereinbarung vorliegt, kann es sich bei der Ausnahme um eine Freistellung laut § 2 Abs 1 KartG 2005 handeln, oder es kommen andere gewisse Ausnahmen laut § 2 Abs 2 zur Anwendung.

Freistellung nach § 2 Abs 1 KartG 2005:

*„(1) Vom Verbot nach § 1 sind Kartelle ausgenommen, die unter angemessener Beteiligung der Verbraucher an dem entstehenden Gewinn zur Verbesserung der Warenerzeugung oder -verteilung oder zur Förderung des technischen oder wirtschaftlichen Fortschritts beitragen, ohne dass den beteiligten Unternehmern (a) Beschränkungen auferlegt werden, die für die Verwirklichung dieser Ziele nicht unerlässlich sind, oder (b) Möglichkeiten eröffnet werden, für einen wesentlichen Teil der betreffenden Waren den Wettbewerb auszuschalten.“*

Ausnahmen können laut § 2 Abs 1 dann zustande kommen, wenn die vier definierten kumulativen Voraussetzungen im Einzelfall gegeben sind. Wird nur eine Voraussetzung nicht erfüllt, liegt keine Ausnahme vom Kartellverbot vor. Auf die genauen Voraussetzungen wird in Kapitel 3.7.1 eingegangen.

In § 2 Abs 2 KartG 2005 werden Kartelle definiert, welche auf jeden Fall vom Verbot ausgenommen sind. Einerseits werden Ausnahmen definiert, wie die Bagatellausnahme oder die Ausnahme der Buchpreisbindung in Verbindung mit Zeitungen und Zeitschriften. Andererseits kann es zu einer Ausnahme vom Kartellverbot laut § 2 Abs 2 KartG 2005 kommen, wenn es sich um Wettbewerbsbeschränkungen zwischen Genossenschaften und

---

<sup>169</sup> Brand, Schadenersatz im Kartellrecht, 53.

deren Mitgliedern oder um Absprachen und dergleichen, welche sich auf den landwirtschaftlichen Sektor beziehen, handelt.

Die erwähnten Ausnahmen werden im Anschluss noch näher erläutert.

#### **3.7.1 Freistellung**

Sowohl das österreichische wie auch das europäische Kartellrecht enthalten Voraussetzungen, um eine grundsätzlich vorliegende Wettbewerbsbeschränkung als Ausnahme vom Kartellverbot zu rechtfertigen. Damit eine rechtswidrige Vereinbarung freigestellt wird, müssen alle vier in § 2 Abs 2 KartG 2005 beschriebenen Voraussetzungen erfüllt sein. Diese Voraussetzungen sind identisch mit jenen in Art 101 Abs 3 AEUV.

Prinzipiell muss durch die rechtswidrige Vereinbarung eine vorwiegend positive wirtschaftliche Gesamtwirkung entstehen. In § 2 Abs 1 KartG 2005 ist als Voraussetzung definiert, dass die Verbraucher der jeweiligen Produkte eine angemessene Beteiligung am hervorgerufenen Gewinn haben müssen. Darunter wird allgemein ein Effizienzgewinn verstanden. Eine angemessene Beteiligung kann beispielweise durch einen verbesserten Verkaufspreis hervorgerufen werden.<sup>170</sup> Im Gesetzestext bezieht sich die Gewinnbeteiligung explizit auf Verbraucher, doch genügt es generell, dass Kartellanten Effizienzvorteile an ihre nachfolgende Wirtschaftsstufe übermitteln. Die zweite Voraussetzung ist, dass Kartelle zum Ziel haben müssen, den technischen und wirtschaftlichen Fortschritt zu fördern oder einen Beitrag leisten, der als Ergebnis eine Verbesserung der Erzeugung und Verteilung von Waren hat. Den Kartellanten dürfen laut § 2 Abs 1 KartG 2005 keine Beschränkungen auferlegt werden, die für die zu erreichenden Ziele nicht notwendig sind. Dies stellt die dritte Voraussetzung dar. Darüber hinaus darf, als vierte Voraussetzung, eine Ausschaltung oder eine Beseitigung des Wettbewerbs durch das Kartell auch nicht zustande kommen.

Werden sämtliche Voraussetzungen erfüllt, liegt eine Ausnahme vom Kartellverbot vor und es kommt zu einer Freistellung.

#### **3.7.2 Bagatellkartellausnahme**

Als Bagatellkartelle werden, laut § 2 Abs 2 Z 1 des KartG 2005, Kartelle bezeichnet, die einen Marktanteil von 10 Prozent im relevanten Markt nicht überschreiten. Weiters werden Absprachen zwischen Unternehmen die keine Wettbewerber, egal ob diese tatsächliche oder potentielle sind, und einen Marktanteil von weniger als 15 Prozent besitzen, als Bagatellkartelle bezeichnet. Dieser Paragraph des KartG 2005 entspricht inhaltlich der

---

<sup>170</sup> *Eckel/Sartor, Praxisleitfaden Kartellrechts-Compliance*, 17f.

Bagatellausnahme der Europäischen Kommission (EK). Bei dieser wird davon ausgegangen, dass keine Spürbarkeit (siehe dazu Kapitel 3.5.3.3) der Wettbewerbsbeschränkungen vorliegt. Bagatellkartelle bilden somit eine Ausnahme vom Kartellverbot.<sup>171</sup>

#### **3.7.3 Branchenspezifische Ausnahmen**

Im KartG 2005 werden unter § 2 Abs 2 drei branchenspezifische Ausnahmen aufgezählt. Die erste branchenspezifische Ausnahme stellt die Buchpreisbindung, laut § 2 Abs 2 Z 2 KartG 2005, dar. Diese legt fest, dass eine Preisbindung des Letztverkäufers an die vom Verleger festgesetzten Verkaufspreise zulässig ist. Verleger sind gesetzlich verpflichtet, Letztverkaufspreise festzusetzen, die von den Letztverkäufern bis zu maximal 5 Prozent unterschritten werden dürfen. Verkaufspreise für Bücher, Zeitschriften, Zeitungen, Kunstdrucke und Musikalien fallen unter die Buchpreisbindung. Vereinbarungen zwischen Genossenschaften, die einen wettbewerbsbeschränkenden Effekt haben, stellen ebenfalls eine branchenspezifische Ausnahme dar. Bei dieser Ausnahme ist es allerdings wichtig, dass die Wettbewerbsbeschränkungen durch den Förderungsauftrag von Genossenschaften<sup>172</sup> erlaubt sind. Diese Festlegung ist dem § 2 Abs 2 Z 3 KartG 2005 zu entnehmen. Die letzte im KartG 2005 angeführte Ausnahme bezieht sich auf die landwirtschaftliche Branche. Vereinbarungen in der Landwirtschaft sind dann zulässig, wenn sie keine Preisbindungen enthalten und wenn sie den Wettbewerb nicht zur Gänze ausschließen. Die Vereinbarungen können laut § 2 Abs 2 Z 5 des KartG 2005 die Erzeugung und den Absatz von landwirtschaftlichen Produkten behandeln, wie auch die gemeinsame Nutzung von Einrichtungen, die beispielweise für die Verarbeitung der landwirtschaftlichen Produkte benötigt werden oder in welchen die Produkte gelagert werden können.

#### **3.7.4 Gruppenfreistellungsverordnung**

Bestimmte Vertragstypen werden von der Europäischen Kommission pauschal vom Kartellverbot ausgenommen. Bei solchen Pauschal-Ausnahmen handelt es sich um Gruppenfreistellungsverordnungen (GVO).<sup>173</sup> Die Europäische Kommission erlässt derartige Gruppenfreistellungsverordnungen immer nur befristet für eine gewisse Dauer. Dabei beläuft sich die Geltungsdauer meist auf 10 bis 12 Jahre.<sup>174</sup> Kommt es zu einer Gruppenfreistellung, wird von der Europäischen Kommission den jeweiligen Gruppen unterstellt, dass die vorgenommenen Absprachen eine positive gesamtwirtschaftliche Wirkung haben und somit

---

<sup>171</sup> *Eckel/Sartor*, Praxisleitfaden Kartellrechts-Compliance, 16.

<sup>172</sup> gemäß Gesetz vom 9. April 1873, über Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften, idf: BGBl. Nr. 104/2017.

<sup>173</sup> *Eckel/Sartor*, Praxisleitfaden Kartellrechts-Compliance, 18.

<sup>174</sup> *Eckel/Sartor*, Praxisleitfaden Kartellrechts-Compliance, 19.

die Voraussetzungen einer Gruppenfreistellung nach europäischem Recht erfüllen. Wird eine GVO über einen Vertrag erteilt, so sind alle im Vertrag enthaltenen Beschränkungen des Wettbewerbes zulässig, solange diese nicht ausdrücklich durch die GVO als verboten angesehen werden.<sup>175</sup> Gewisse Marktanteilsschwellen sind wichtige Voraussetzungen für die Anwendung der GVO. Eine GVO kann nur dann erteilt werden, wenn der vorliegende Sachverhalt unter das europäische Kartellrecht fällt, egal ob es sich um ein vertikales oder horizontales Kartell handelt.<sup>176</sup>

Ein ähnliches Instrument wie die GVO besitzt das österreichische Kartellrecht mit den Freistellungsverordnungen. Bei diesen kann der Bundesminister für Justiz in Absprache mit dem Bundesminister für Wirtschaft, Familie und Jugend, bestimmte Kartellgruppen, laut § 3 Abs 1 KartG 2005, von dem Verbot freistellen.

*„Der Bundesminister für Justiz kann im Einvernehmen mit dem Bundesminister für Wirtschaft, Familie und Jugend durch Verordnung feststellen, dass bestimmte Gruppen von Kartellen nach § 2 Abs. 1 vom Kartellverbot ausgenommen sind. In solchen Verordnungen kann auf die jeweils geltende Fassung einer Verordnung nach Art. 101 Abs. 3 AEUV verwiesen werden.“*

Art 101 Abs 3 AEUV definiert, wann Vereinbarungen bzw. Gruppen vom Kartellverbot ausgenommen sind:

*„[...] Die Bestimmungen des Absatzes 1 können für nicht anwendbar erklärt werden auf*

- Vereinbarungen oder Gruppen von Vereinbarungen zwischen Unternehmen,*
- Beschlüsse oder Gruppen von Beschlüssen von Unternehmensvereinigungen,*
- aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen oder Gruppen von solchen,*

*die unter angemessener Beteiligung der Verbraucher an dem entstehenden Gewinn zur Verbesserung der Warenerzeugung oder -verteilung oder zur Förderung des technischen oder wirtschaftlichen Fortschritts beitragen, ohne dass den beteiligten Unternehmen*

- (a) Beschränkungen auferlegt werden, die für die Verwirklichung dieser Ziele nicht unerlässlich sind, oder*
- (b) Möglichkeiten eröffnet werden, für einen wesentlichen Teil der betreffenden Waren den Wettbewerb auszuschalten.“*

---

<sup>175</sup> *Eckel/Sartor, Praxisleitfaden Kartellrechts-Compliance, 18.*

<sup>176</sup> *Eckel/Sartor, Praxisleitfaden Kartellrechts-Compliance, 19.*

Eine Gruppenfreistellungsverordnung existiert in Österreich beispielsweise im Bereich vom Fahrzeughandel, diese wurde von der EK erlassen.<sup>177</sup>

### 3.7.5 Bestimmte Gruppenfreistellungsverordnung

Zu erwähnen ist, dass GVO in verschiedenen Bereichen gewährt werden können. Beispielsweise gibt es solche Verordnungen bei vertikalen Kartellen, bei Vereinbarungen über eine gleiche Forschung und Entwicklung, oder bei Spezialisierungen. Es gibt auch eine sogenannte Technologietransfer-Vereinbarung.<sup>178</sup>

### 3.7.6 Weitere Ausnahmen

#### 3.7.6.1 Konzernprivileg

Das sogenannte Konzernprivileg stellt eine weitere Ausnahme vom Kartellverbot dar, wird jedoch nicht explizit im Gesetz definiert. Absprachen, die innerhalb eines Konzernes erfolgen, sind im Sinne des Kartellverbotes nicht verboten. Allerdings muss der Konzern eine wirtschaftliche Einheit bilden.<sup>179</sup>

#### 3.7.6.2 Bietergemeinschaften

Da Submissionskartelle verboten sind, stellt sich die Frage, ob Bietergemeinschaften gegen das Gesetz verstoßen. Hier ist eindeutig zu unterscheiden, ob es sich bei den Beteiligten um Wettbewerber handelt oder ob die Beteiligten keine Wettbewerber sind. Handelt es sich um Wettbewerber, muss geprüft werden, ob diese Kartelle noch zu Bagatellkartellen zählen.<sup>180</sup> Bagatellkartelle wurden im Kapitel 3.7.2 erläutert.

Bietergemeinschaften sind laut § 2 Z 14 BVergG 2006 folgendermaßen definiert:

*„Bietergemeinschaft ist ein Zusammenschluss mehrerer Unternehmer zum Zweck des Einreichens eines gemeinsamen Angebotes, das Leistungen auf dem Gebiet gleicher oder verschiedener Fachrichtungen zum Inhalt haben kann.“*

---

<sup>177</sup> WKO, Gruppenfreistellungsverordnung ab 01.06.2013.

<sup>178</sup> Eckel/Sartor, Praxisleitfaden Kartellrechts-Compliance, 20ff.

<sup>179</sup> Eckel/Sartor, Praxisleitfaden Kartellrechts-Compliance, 29.

<sup>180</sup> Eckel/Sartor, Praxisleitfaden Kartellrechts-Compliance, 32f.

Im Zuge eines Vergabeverfahrens geben einzelne Unternehmen Angebote ab. Kommt es zur Abgabe eines gemeinsamen Angebotes von zwei oder mehr Unternehmen, wird dieser Zusammenschluss der Unternehmen als Bietergemeinschaft bezeichnet.<sup>181</sup> Absprachen über ein gemeinsames Angebot sind nur dann zulässig, wenn es sich bei den Beteiligten um keine Wettbewerber handelt. Handelt es sich um Wettbewerber, wären diese Vereinbarungen ein Verstoß gegen das Kartellverbot, wenn kein Bagatellkartell vorliegt. Dennoch können gewisse Rechtfertigungsgründe bei einzelnen Projekten vorliegen, nach denen ein solcher Zusammenschluss nicht verboten ist. Ein Grund kann sein, dass der Zusammenschluss von Wettbewerbern und das Abgeben eines gemeinsamen Angebotes objektiv gesehen erforderlich ist, damit das ausgeschriebene Projekt überhaupt realisiert werden kann. Ein weiterer Grund für die Zulässigkeit von Bietergemeinschaften wäre, wenn sich die zusammengeschlossenen Unternehmen bewusst für einen Zusammenschluss entschieden haben, da die Abgabe eines selbständigen Angebotes unwirtschaftlich, und aus kaufmännischer Sicht unvernünftig gewesen wäre.<sup>182</sup>

Eine Bietergemeinschaft ist zivilrechtlich gesehen eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts, weswegen auch alle zusammengeschlossenen Unternehmen das abzugebende Angebot unterfertigen müssen. Alle beteiligten Unternehmen der Bietergemeinschaft haften solidarisch. Kommt es zu einer rechtswidrigen Bietergemeinschaft zwischen Unternehmen, kann dieser Verstoß gegen das Kartellverbot mit bis zu drei Jahren Freiheitsstrafe, gemäß § 168b Abs 1 StGB, bestraft werden. Bestraft werden unter anderem rechtswidrige Teilnahmeanträge und Angebote sowie auch Verhandlungen, die rechtswidrige Absprachen enthalten.

Nachdem eine Bietergemeinschaft ihr Angebot abgegeben hat und einen Auftrag an diese erteilt wurde, erfolgt eine Umwandlung der Bietergemeinschaft in eine Arbeitsgemeinschaft. Arbeitsgemeinschaften werden, wie bereits erwähnt, oft im Bauwesen ausgebildet. (Siehe dazu Kapitel 3.5.5)

## **3.8 Behörden und Verfahren**

### **3.8.1 Kartellrechtliche Behörden**

Kommt es zu einem Verfahren wegen eines Verstoßes gegen das Kartellverbot, sieht das KartG 2005 besondere Regeln betreffend das Verfahren vor dem Kartellgericht bzw. dem

---

<sup>181</sup> *Eckel/Sartor*, Praxisleitfaden Kartellrechts-Compliance, 32.

<sup>182</sup> *Eckel/Sartor*, Praxisleitfaden Kartellrechts-Compliance, 33.



Kartellobergericht vor. Sind keine speziellen Regeln vorgesehen, definiert § 38 KartG 2005, dass das Außerstreitgesetz zur Anwendung kommt.

Laut § 40 KartG 2005 gibt es bei einem kartellrechtlichen Verfahren in Österreich zwei Amtsparteien:

*„Die Bundeswettbewerbsbehörde und der Bundeskartellanwalt haben als Amtspartei Parteistellung auch dann, wenn sie nicht Antragsteller sind.“*

Die BWB und der Bundeskartellanwalt fungieren bei Verstößen gegen das Kartellverbot als Amtsparteien. Beide Parteien haben bei einem Verfahren unterschiedliche Aufgaben.

Die rechtliche Grundlage für die Bundeswettbewerbsbehörde (BWB) bildet das Wettbewerbsgesetz. Die BWB ist unabhängig und unterliegt keiner Weisung. Organisatorisch ist die dem Bundesministerium für Wissenschaft, Forschung und Wirtschaft zugeordnet. Beschäftigungsbereiche der BWB sind einerseits der Aufgriff und andererseits die Ermittlung von Verstößen gegen das Kartellgesetz und das europäische Wettbewerbsrecht.<sup>183</sup>

Die Aufgaben der BWB werden im § 2 des WettbG definiert. Das Wahrnehmen der Parteistellung laut § 40 KartG 2005, die Umsetzung der europäischen Regeln bezüglich des Wettbewerbs in Österreich und die Untersuchung eines Wettbewerbes, der vermuten lässt, dass er beschränkt oder verfälscht ist, werden exemplarisch als die Aufgaben der BWB verbucht. Kommt es zu einem Verdacht des Verstoßes gegen das Kartellverbot, wird die BWB als Ermittlungsbehörde tätig und in einem weiteren Schritt ist diese die antragstellende Behörde. Wird der Antrag von einer anderen Partei gestellt, übernimmt die BWB dennoch ihre Parteistellung laut KartG 2005. Eine Hausdurchsuchung darf von der BWB nur mit entsprechender Genehmigung durch das Kartellgericht durchgeführt werden.<sup>184</sup>

Der Bundeskartellanwalt hat die Aufgabe, dass er die öffentlichen Interessen während eines kartellrechtlichen Verfahrens vertritt. Im Vergleich zur BWB darf der Bundeskartellanwalt keine Ermittlungsarbeiten durchführen. Er ist nur befugt, Anträge zur Einleitung eines Verfahrens zu stellen. Um dennoch an Informationen zu kommen, kann er die BWB um Einsichtnahme in ihre Akten ersuchen und sie um eine Ermittlungsdurchführung anhalten.<sup>185</sup>

---

<sup>183</sup> BWB, Die BWB, 20.01.2018.

<sup>184</sup> Eckel/Sartor, Praxisleitfaden Kartellrechts-Compliance, 65.

<sup>185</sup> Eckel/Sartor, Praxisleitfaden Kartellrechts-Compliance, 66f.

Werden Verfahren wegen Verstößen gegen das europäische Kartellrecht durchgeführt, hat die Europäische Kommission, ähnlich wie die BWB in Österreich, das Recht Ermittlungen durchzuführen. Ebenfalls hat sie das Recht, Hausdurchsuchungen mit Unterstützung der nationalen Wettbewerbsbehörde des jeweiligen Mitgliedstaats durchzuführen. Eine Besonderheit bei einem europäischen Verfahren ist es, dass die Europäische Kommission gleichzeitig auch die entscheidende Behörde erster Instanz ist.<sup>186</sup>

#### **3.8.2 Höhe der Geldbuße**

Werden Verstöße gegen das Kartellverbot festgestellt, kommen im österreichischen wie auch im europäischen Recht Geldbußen für das verurteilte Unternehmen bis zu einer Höhe von 10 Prozent des Gesamtumsatzes des letzten Geschäftsjahres in Frage. Bei jedem Einzelfall richtet sich aber prinzipiell die Höhe der Geldbuße nach dem Grad des Verschuldens, der Dauer und der Schwere des Vergehens, nach der durch das Vergehen erzielten Bereicherung und nach der vom Unternehmen ausgehenden wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit.<sup>187</sup> Ein Antrag bezüglich eines Verstoßes gegen das Kartellverbot muss binnen fünf Jahren nach Beendigung des rechtswidrigen Verhaltens gestellt werden, ansonsten kommt es zu einer Verjährung. Diese Frist kann sich, gemäß § 33 KartG 2005, durch Unterbrechungen verlängern. Bei Anträgen, die nach 10 Jahren ab Ende des rechtswidrigen Verhaltens gestellt werden, können keine Geldbußen mehr verhängt werden.

§ 30 KartG 2005 definiert, dass es bei einigen Verstößen gegen das Kartellverbot für die einzelnen Unternehmen Gründe gibt, die das Vergehen mildern oder erschweren. Milderungsgründe können beispielsweise das Beenden der Rechtsverletzung aus eigenen Stücken sein, oder wenn ein Unternehmen nur eine untergeordnete Rolle bei der Rechtsverletzung spielte und wenn ein Unternehmen bei der Aufklärung von Kartellverstößen mithilft. Ist jemand im Gegensatz dazu eine treibende Kraft bei der Rechtsverletzung, wirkt dieser Umstand erschwerend. Ein weiterer Erschwerungsgrund wäre es, wenn ein Unternehmen bereits wegen einem gleichen oder ähnlichen Vergehen zu einer Geldbuße verurteilt wurde bzw. ein solches Vergehen festgestellt wurde.

Die Geldbußen können nach österreichischem und nach europäischem Recht keine Mitarbeiter eines Unternehmens oder die Geschäftsführung treffen, diese Geldbußen sind vom Unternehmen zu begleichen. Dagegen können Schadenersatzforderungen auch Einzelpersonen treffen.<sup>188</sup>

---

<sup>186</sup> *Eckel/Sartor*, Praxisleitfaden Kartellrechts-Compliance, 66.

<sup>187</sup> *Eckel/Sartor*, Praxisleitfaden Kartellrechts-Compliance, 59.

<sup>188</sup> *Eckel/Sartor*, Praxisleitfaden Kartellrechts-Compliance, 61.

Prinzipiell ist es wichtig, zwischen der Berechnungsart der österreichischen Gesetzgebung und der europäischen Gesetzgebung zu unterscheiden. Als Bemessungswert des Grundbetrages der Geldbuße für Verstöße gegen das österreichische Kartellverbot wird der Gesamtumsatz des letzten Jahres, in dem die Verstöße vorgenommen wurden, angenommen. Im europäischen Recht dient der tatbezogene Umsatz als Bemessungsgrundlage.<sup>189</sup>

#### 3.8.3 Kronzeugenregelung

Vor allem Hardcore-Kartelle sind in der Regel schwer aufzudecken, weswegen es umso hilfreicher ist, wenn direkt Beteiligte bei der Aufdeckung mithelfen. Fungieren Unternehmen als Kronzeugen, werden ihnen besondere Vorteile bezüglich der Bestrafung des Kartellverstoßes zugesprochen. Die Kronzeugenregelung kommt bei horizontalen und vertikalen Kartellen zum Einsatz.<sup>190</sup> Entweder kommt es zu einer erheblichen Reduzierung der zu zahlenden Geldbuße oder die Kronzeugen werden komplett von einer Strafe freigestellt. Welche Strafminderung ein Unternehmen erhält ist abhängig davon, ab wann ein Unternehmen bzw. die Einzelperson als Kronzeuge tätig ist, da auch mehrere Unternehmen als Kronzeugen agieren können. Darauf wird nachfolgend noch näher eingegangen. Ein weiterer Vorteil der Funktion als Kronzeuge ist es, dass Kronzeugenerklärungen bei einem Schadenersatzverfahren nicht verwendet bzw. offengelegt werden dürfen.<sup>191</sup> Kronzeugen, denen eine Geldbuße gänzlich erlassen wurde, haften laut § 37e Abs 3 KartG 2005, nur für den Schaden an ihren Abnehmern und Lieferanten. Dies bedeutet, dass Kronzeugen nicht von der Solidarhaftung betroffen sind. Allerdings kann der Kronzeuge durchaus für den Schaden der anderen Kartellanten haften, wenn bewiesen werden kann, dass die Geschädigten von den anderen Schädigern nicht vollständig entschädigt werden können.<sup>192</sup> Auch in Bezugnahme auf den Regressanspruch sind Kronzeugen bevorzugt. Der Regressanspruch oder auch Rückersatzanspruch ist bei einem Kronzeugen, laut § 37e Abs 3 KartG 2005, ebenfalls auf die Höhe des Schadens begrenzt, der seinen unmittelbaren Abnehmern und Lieferanten entstanden ist.

Damit ein, an einem Kartell beteiligtes Unternehmen als Kronzeuge agieren darf, muss es in einem ersten Schritt ein Ersuchen bei der BWB vorbringen. Als wichtige Voraussetzung gilt, dass das Unternehmen nicht mehr an dem rechtswidrigen Verhalten des Kartells beteiligt ist, und dass es keine anderen Unternehmen zu einer Teilnahme an dem Kartell genötigt hat.

---

<sup>189</sup> *Eckel/Sartor*, Praxisleitfaden Kartellrechts-Compliance, 60.

<sup>190</sup> *BWB*, Die Kronzeugenregelung im Kartellrecht, 14. Juni 2012, 10.

<sup>191</sup> *Eckel/Sartor*, Praxisleitfaden Kartellrechts-Compliance, 75f.

<sup>192</sup> *Brand*, Schadenersatz im Kartellrecht, 186.

Ferner ist ein Unternehmen verpflichtet, Beweismittel und Informationen über das Kartell vorzulegen, und wird dazu angehalten, bei der Aufdeckung bzw. der Aufklärung mit der BWB zügig, wahrheitsgetreu und uneingeschränkt zusammenzuarbeiten.<sup>193</sup> Anders handelt die Europäische Kommission. Kommt es zu einem Verstoß gegen das Kartellverbot auf europäischer Ebene, kann auch ein Anstifter bzw. ein Unternehmen, das andere zu einer Teilnahme gezwungen hat, eine Geldbußenverminderung bekommen.<sup>194</sup>

Einem Unternehmen kann nur dann Straffreiheit zugesprochen werden, wenn es vor allen anderen Unternehmen Beweise und Informationen der BWB vorlegt und es dieser somit ermöglicht, eine Hausdurchsuchung beim Kartellgericht zu beantragen. Darüber hinaus muss dieses Unternehmen der BWB noch zusätzliche Beweise und Informationen vorbringen, sodass diese beim Kartellgericht einen begründeten Geldbußenantrag stellen kann.<sup>195</sup>

Bringen weitere Unternehmen Beweise und Informationen, die erheblich bei der Aufdeckung eines Kartells helfen, erlangen sie ebenfalls einen Kronzeugenstatus, erhalten aber nur noch eine Minderung der Geldbuße. Die BWB sieht eine Staffelung nach der Reihenfolge der eingegangenen Kronzeugenanträge vor. Das erste Unternehmen, das seinen Antrag nach dem Unternehmen, welches Straffreiheit erlangt hat, stellt, erhält eine Minderung von 30 Prozent bis 50 Prozent. Dann bekommt ein Unternehmen eine verminderte Geldbuße von 20 Prozent bis 30 Prozent und alle weiteren als Kronzeugen fungierenden Unternehmen erhalten eine Verminderung von bis zu 20 Prozent.<sup>196</sup>

Ein Unternehmen kann bei der BWB einen Marker beantragen, um als erster Kronzeuge bei einem Verstoß gegen das Kartellverbot zu agieren. Mit diesem Marker hat das Unternehmen seinen Rang als Kronzeuge bis zu acht Wochen sicher. In diesen acht Wochen hat das Unternehmen Zeit, belastende Beweise und Informationen zu sammeln und ein Kronzeugenersuchen zu erstellen.<sup>197</sup>

Da es in der Europäischen Union keine einheitliche Kronzeugenregelung gibt, kann es durchaus sein, dass ein Unternehmen in mehreren Mitgliedsstaaten gleichzeitig ein Kronzeugenersuchen stellen muss, wenn es sich um Kartelle handelt, die sich über mehrere Mitgliedsstaaten erstrecken.<sup>198</sup>

---

<sup>193</sup> *Eckel/Sartor*, Praxisleitfaden Kartellrechts-Compliance, 76.

<sup>194</sup> *Eckel/Sartor*, Praxisleitfaden Kartellrechts-Compliance, 77.

<sup>195</sup> *Eckel/Sartor*, Praxisleitfaden Kartellrechts-Compliance, 76.

<sup>196</sup> *BWB*, Die Kronzeugenregelung im Kartellrecht, 14. Juni 2012, 7.

<sup>197</sup> *Eckel/Sartor*, Praxisleitfaden Kartellrechts-Compliance, 76.

<sup>198</sup> *Eckel/Sartor*, Praxisleitfaden Kartellrechts-Compliance, 77.

### **3.8.4 Selbsteinschätzung**

Die Selbsteinschätzung stellt ein zentrales Mittel zur Prüfung des eigenen Verhaltens dar. Jeder Unternehmer bzw. jedes Unternehmen hat die Möglichkeit, sich mit den zuständigen Behörden in Verbindung zu setzen, diesen ein bestimmtes zukünftiges Verhalten zu schildern und sich deren Standpunkt mitteilen zu lassen. Diese Möglichkeit kann jeder in Anspruch nehmen, der während der Beurteilung seiner eigenen zukünftigen Handlungen prüft, ob sich durch sein Vorhaben ein wettbewerbsbeschränkender Effekt ergibt, oder ob eine Ausnahme gegen das Kartellverbot vorliegt.<sup>199</sup> Eine weitere Hilfe für die jeweilige Selbsteinschätzung stellen die Leitlinien der Europäischen Kommission betreffend eine Gruppenfreistellung dar.<sup>200</sup>

## **4. Regelungen KaWeRÄG 2017**

Wie schon zu Beginn des dritten Kapitels erwähnt, dient das KaWeRÄG 2017 primär zur Umsetzung der RL 2014/104/EU in Österreich, wodurch es wiederum eine Erleichterung in Bezug auf die Durchsetzung eines Schadenersatzanspruches bei Verstößen gegen das Kartellverbot gibt. Die Umsetzung dieser Richtlinie ist in den Änderungen zum KartG 2005 enthalten. Neben dem KartG 2005 wird das WettbG ebenfalls geändert. Weiters kam es bei dem Bundesgesetz, zur Verbesserung der Nahversorgung und der Wettbewerbsbedingungen (NahVersG), zu Änderungen. Die Novelle KaWeRÄG 2017 wurde im März 2017 im Nationalrat einstimmig beschlossen und trat im April 2017 in Kraft.<sup>201</sup>

### **4.1 RL 2014/104/EU**

Bereits in den römischen Gründungsverträgen, die die Gründung einer Europäischen Gemeinschaft enthalten, war der Gedanke des freien Wettbewerbs am Binnenmarkt oberstes Ziel. Schon in diesen Gründungsverträgen wurde ein Verbot von Kartellen und ein Verbot gegen die rechtswidrige Ausnützung einer marktbeherrschenden Stellung verankert.<sup>202</sup> Diese Verbote sind heute noch aktuell und sind für die Abschaffung bestehender Schranken bezüglich des Handelns zwischen den einzelnen Mitgliedsstaaten besonders wichtig. Somit sind Wettbewerbsvorschriften für einen funktionierenden Binnenmarkt unerlässlich.

---

<sup>199</sup> *Eckel/Sartor*, Praxisleitfaden Kartellrechts-Compliance, 15.

<sup>200</sup> *Eckel/Sartor*, Praxisleitfaden Kartellrechts-Compliance, 19.

<sup>201</sup> *Brand*, Schadenersatz im Kartellrecht, 14.

<sup>202</sup> *Brand*, Schadenersatz im Kartellrecht, 8.

### 4.1.1 Entstehung der RL 2014/104/EU

Bevor es zur Kundmachung der RL 2014/104/EU kam, gab es mehrere Vorläufer von Regelungen.

Mit Verordnungen aus den Jahren 1962 und 2002 wurden erstmals bestimmte Bedingungen festgelegt, die für eine Durchsetzung eines gemeinschaftlichen kartellrechtlichen Rechtsschutzes notwendig sind. Diese Bedingungen mussten von den in den Mitgliedstaaten vorhandenen Wettbewerbsbehörden, den Gerichten der Einzelstaaten und der EK angewendet werden. Durch eine im Jahr 2004 veröffentlichte Studie wurde festgestellt, dass die private Durchsetzung von Schadenersatzansprüchen in Europa nicht praktiziert wird und faktisch kaum vorhanden ist.<sup>203</sup> Diese Studie wurde von der internationalen Anwaltskanzlei Ashurst durchgeführt. Auf Grund des niederschmetternden Ergebnisses der Studie, befand die EK, dass Schadenersatzansprüche aus Verstößen gegen das Kartellverbot aus Sicht von Privaten und die Durchsetzung dieser Ansprüche durch Private wichtiger denn je sind. Im Zuge dessen wurde im Jahr 2005 von der EK ein Grünbuch, welches genau diese Thematik zum Thema hat, veröffentlicht.<sup>204</sup> Der Zweck eines Grünbuches liegt darin, Konsultationsprozesse auf der europäischen Ebene in Bewegung zu bringen.<sup>205</sup> Die Ziele des Grünbuches vom Jahr 2005 waren es, die Haupthindernisse festzustellen, die einer erfolgreichen Schadenersatzklage entgegenstehen und mögliche Optimierungen dieser Art von Klagen zu beschreiben.<sup>206</sup> Das Ergebnis des Grünbuches war, dass Geschädigten von Kartellverstößen in der Regel kein Schadenersatz zugesprochen wird. Auf dieser Basis wurde im Jahr 2008 das Weißbuch der EK veröffentlicht.<sup>207</sup> Ausgehend von einem Grünbuch greifen Weißbücher die Thematik dieses wieder auf und knüpfen teilweise an Grünbücher an. In den von der EK veröffentlichten Weißbüchern sind Vorschläge für unterschiedliche Maßnahmen der EU in einem bestimmten Bereich vorhanden. Ein Weißbuch hat, anders als ein Grünbuch, die Aufgabe öffentliche Debatten, Debatten bei Interessengruppen, oder im Europäischen Parlament, oder Debatten im Rat zu entfachen. Durch diese Debatten soll es ermöglicht werden, leichter eine Übereinstimmung in einer politischen Frage zu finden.<sup>208</sup> Das primäre Ziel des Weißbuches aus dem Jahr 2008 war es, für den Geschädigten eine Verbesserung der Rahmenbedingungen für Schadenersatzklagen zu schaffen und somit die Geltendmachung eines Schadens zu vereinfachen. Der enthaltende Leitgedanke war ganz klar die vollständige Entschädigung des Geschädigten.<sup>209</sup> Nachdem das Weißbuch im Jahr

---

<sup>203</sup> Brand, Schadenersatz im Kartellrecht, 9.

<sup>204</sup> Brand, Schadenersatz im Kartellrecht, 10.

<sup>205</sup> EUR-Lex, Der Zugang zum EU-Recht, Weißbuch.

<sup>206</sup> Grünbuch vom 19.12.2005, Abs 1, 3.

<sup>207</sup> Brand, Schadenersatz im Kartellrecht, 10.

<sup>208</sup> EUR-Lex, Der Zugang zum EU-Recht, Weißbuch.

<sup>209</sup> Weißbuch vom 02.04.2008, 3.

2008 erschienen war, gaben die einzelnen Mitgliedsstaaten ihre Stellungnahmen zum vorliegenden Buch ab. Um die Schadensermittlung für die Gerichte der Mitgliedsstaaten zu vereinfachen, veröffentlichte die EK einen unverbindlichen Leitfaden, der dieses ermöglichen soll. 2013 entstand von der EK ein Vorschlag, der konkrete Vorschriften für Schadenersatzklagen enthielt. Schließlich kam es Ende des Jahres 2014 zur endgültigen Veröffentlichung der RL 2014/104/EU. Diese Richtlinie wurde im Amtsblatt der EU veröffentlicht.<sup>210</sup>

Durch die genannte Richtlinie sollen für alle am Binnenmarkt beteiligten Unternehmen einheitliche Wettbewerbsbedingungen geschaffen werden. Dieses war notwendig, da es jahrelang in den einzelnen Mitgliedsstaaten sehr unterschiedliche Voraussetzungen für die Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen gab. Durch diese unterschiedlichen Voraussetzungen entstanden für Geschädigte eines Unternehmens unterschiedliche Ausgangsbedingungen für die Geltendmachung von Schadenersatzforderungen. Das hatte wiederum zur Folge, dass es zu einer Wettbewerbsverzerrung und ungleichen Wettbewerbsbedingungen kam.<sup>211</sup>

Eine der größten Herausforderungen der ausgearbeiteten Richtlinie war der Interessenskonflikt zwischen Geschädigten und Schädigern, die als Kronzeugen fungieren. Geschädigte profitieren von der Kronzeugenregelung auf den ersten Blick nicht, jedoch erhalten Geschädigte oft durch Kronzeugen überhaupt erst die Möglichkeit einen Schaden geltend zu machen, da durch Kronzeugen oftmals Kartelle aufgedeckt werden können.<sup>212</sup>

#### **4.1.2 Inhalt der RL 2014/104/EU**

Im ersten Kapitel der RL 2014/104/EU wird festgelegt, was genau der Gegenstand der Richtlinie ist bzw. welche Ziele verfolgt werden, wo diese ihren Anwendungsbereich hat, und mehrere Begriffe werden definiert. Es wird deutlich, dass die Richtlinie Vorschriften vorgibt, die von den nationalen Gerichten bzw. den Wettbewerbsbehörden der Mitgliedsstaaten in Bezug auf Schadenersatzklagen und der Durchsetzung der Wettbewerbsvorschriften eingehalten werden müssen. Der wichtigste Punkt der Richtlinie ist, dass jeder Geschädigte eines Unternehmens, welches durch ein rechtswidriges Verhalten einen Schaden verursacht hat, die volle Erstattung des entstandenen Schadens verlangen kann und diesen auch wirksam geltend machen kann. Es ist in der RL 2014/104/EU definiert, dass jede natürliche oder auch juristische Person, die von einem Schädiger geschädigt worden ist, so zu stellen ist, als wäre dem Geschädigten nie ein Schaden zuteil geworden. Der Geschädigte hat das Recht auf

---

<sup>210</sup> *Brand*, Schadenersatz im Kartellrecht, 11.

<sup>211</sup> *Brand*, Schadenersatz im Kartellrecht, 12.

<sup>212</sup> *Brand*, Schadenersatz im Kartellrecht, 13.

einen Ersatz der durch den Schaden hervorgerufenen Vermögenseinbuße, auf den ihm entgangenen Gewinn, und er hat ein Recht auf Zahlung von Verzugszinsen. Der Ersatz des erlittenen Schadens stellt das zentrale Ziel der Richtlinie dar. Dieses soll durch eine Optimierung der Zusammenarbeit zwischen der behördlichen und privaten Durchsetzung des europäischen Wettbewerbsrechts erzielt werden.<sup>213</sup> Der Grundgedanke der EK hinter dem Ganzen war, dass der Geschädigte alle bis dato offengelegten Informationen aus öffentlichen Durchsetzungsverfahren erhält, soweit es dadurch zu keiner Einschränkung der Tätigkeiten der Wettbewerbsbehörde kommt, um seine private Rechtsdurchsetzung zu erleichtern.<sup>214</sup> Diese Thematik wird im zweiten Kapitel der RL 2014/104/EU, Offenlegung von Beweismitteln, behandelt. Kapitel drei der RL 2014/104/EU regelt die Wirkung von nationalen Entscheidungen, die Verjährungsfrist und die gesamtschuldnerische Haftung. Das vierte Kapitel der RL 201/10/EU, gibt Aufschluss darüber, wie eine Abwälzung des Preisaufschlages aussieht. Wie eine Ermittlung des Schadensumfanges zu erfolgen hat, wird im fünften Kapitel der RL wiedergegeben. Bestimmungen zu einer einvernehmlichen Streitbeilegung lassen sich im Kapitel sechs finden. Im siebten Kapitel der RL 2014/104/EU werden die Schlussbestimmungen angeführt.

## 4.2 Änderungen KartG 2005

In Bezug auf das KartG 2005 wurden durch das KaWeRÄG 2017 hauptsächlich Änderungen betreffend den Schadenersatz aus Wettbewerbsverletzungen vorgenommen. Diese Änderungen beziehen sich auf die §§ 37a bis 37m. Weitere kleine Änderungen wurden in mehreren Paragraphen des KartG 2005 vorgenommen.

Ganz grundsätzlich kam es zu folgenden Änderungen:

- Erweiterung der Ausnahmen für Wettbewerbsbeschränkungen
- Einführung eines neuen Schwellenwertes für Zusammenschlüsse
- Bestimmung eines neuen Milderungsgrundes bei Geldbußen
- Zweckgebundene Geldbußen fließen an die BWB und den Verein für Konsumenteninformation
- Unterbrechung der bis dahin gültigen Frist der Verjährung
- Zwangsgelder bei unkooperativen Unternehmen bei Hausdurchsuchungen
- Ausdehnung der Veröffentlichungspflicht von gerichtlichen Entscheidungen in Bezug auf das Kartellverbot
- Einführung eines neuen Rekursgrundes

---

<sup>213</sup> Brand, Schadenersatz im Kartellrecht, 11.

<sup>214</sup> Brand, Schadenersatz im Kartellrecht, 12.



- Neugestaltungen bei Gebühren und Sachverständigen
- Mehre Stellvertreter als Option für den Bundeskartellanwalt
- Zusätzliche Regelungen für die Umsetzung der RL 2014/104/EU<sup>215</sup>

#### 4.2.1 Änderungen hinsichtlich Schadenersatz

Wie bereits zu Beginn erwähnt, wurden die größten Veränderungen bei Schadenersatzansprüchen durch Wettbewerbsbeschränkungen vorgenommen.

Die bis dahin gültige Schadensvermutung bei vertikalen Kartellen wurde auf horizontale Kartelle ausgedehnt.<sup>216</sup> Bei der Schadensvermutung wird angenommen, dass es durch rechtswidrige Absprachen zwischen Unternehmen eines Kartells zu einem Schaden kommt. Der beklagte Kartellant kann dies widerlegen.<sup>217</sup>

Eine Haftungsbeschränkung für Kronzeugen, siehe Kronzeugenregelung (siehe dazu Kapitel 3.8.3), und eine Haftungsbeschränkung für kleine und mittlere Unternehmen (KMU) wurde eingeführt.<sup>218</sup> Kronzeugen haften, wenn gewisse Voraussetzungen gegeben sind, nur ihren Abnehmern und Lieferanten gegenüber.<sup>219</sup> (Siehe dazu Kapitel 3.8.3)

Der Anspruch auf Offenlegung von Beweisen, die eine andere Partei oder eine Behörde oder Dritte haben, wurde auch neu eingeführt. Allerdings gibt es daher mehrere Einschränkungen um vertrauliche Informationen schützen zu können.<sup>220</sup> Eine Anpassung der Verjährung von Ansprüchen aus Schadenersatzansprüchen ist die letzte wesentliche Änderung, die im KartG 2005 durch das KaWeRÄG 2017 zustande kam. Es kommt zu einer Verlängerung der bis dahin gültigen kurzen Verjährungsfrist von drei Jahren auf fünf Jahre, und es wird die absolute Verjährungsfrist von einem Schadenersatz ohne Kenntnis auf 10 Jahre festgesetzt.<sup>221</sup>

Die Richtlinie richtet sich in erster Linie an horizontale Kartelle, dennoch kommen durch sie auch mehrere Vereinfachungen für Geschädigte von vertikalen Kartellen, die einen Schaden geltend machen wollen. Mittelbare Abnehmer erhalten durch die Richtlinie eine Erleichterung in der Beweiserbringung, wenn diese einen Schaden geltend machen wollen, der auf Grund einer Preiserhöhung an den unmittelbaren Abnehmer der Kartellanten als Folgewirkung entstanden ist. Der mittelbare Abnehmer muss demnach nur mehr beweisen, dass der unmittelbare Abnehmer aufgrund des rechtswidrigen Verhaltens einen kartellbedingten Preisaufschlag erlitten hat.<sup>222</sup>

---

<sup>215</sup> *Hoffer/Barbist*, Das neue Kartellrecht, 12.

<sup>216</sup> *Hoffer/Barbist*, Das neue Kartellrecht, 3.

<sup>217</sup> *Eckel/Sartor*, Praxisleitfaden Kartellrechts-Compliance, 62.

<sup>218</sup> *Hoffer/Barbist*, Das neue Kartellrecht, 1.

<sup>219</sup> *Hoffer/Barbist*, Das neue Kartellrecht, 3.

<sup>220</sup> *Hoffer/Barbist*, Das neue Kartellrecht, 4.

<sup>221</sup> *Hoffer/Barbist*, Das neue Kartellrecht, 3.

<sup>222</sup> *Eckel/Sartor*, Praxisleitfaden Kartellrechts-Compliance, 63.

## 4.2.2 Übergangsbestimmungen - Umsetzung des KaWeRÄG 2017

Die einzelnen Neuerungen, die durch das KaWeRÄG 2017 entstehen, treten zu verschiedenen Zeitpunkten in Kraft.

Die Änderungen bezüglich der zweckgebunden Geldbußen, welche teils in die BWB und teils in den Verein für Konsumenteninformation fließen, sind am 1. Jänner 2018 in Kraft getreten. Der neu festgesetzte Schwellenwert für Zusammenschlüsse ist seit dem 1. November 2017 in Kraft. Bestimmungen betreffend den Schadenersatz aus Kartellverstößen sind seit dem 27. Dezember 2016 in Kraft. Am 1. Mai 2017 sind Themen wie die neuen Verjährungsfristen, der neue Rekursgrund oder die Bestellung von mehreren Stellvertretern für den Bundeskartellanwalt in Kraft getreten.<sup>223</sup>

## 4.3 Änderungen WettbG

In Bezug auf das WettbG wurden fünf wesentliche Neuerungen durch das KaWeRÄG 2017 vorgenommen.<sup>224</sup>

Einerseits sollen die einzelnen Tätigkeiten der BWB transparenter gestaltet werden, andererseits wird die Pauschalgebühr für Zusammenschlüsse angehoben. Seit dem 25. April 2017 darf dieser erhöhte Gebührenbetrag angewendet werden. Eine weitere Änderung betrifft die Veröffentlichungspflicht von Entscheidungen, die rechtskräftig sind. Unter anderem müssen Unternehmen, die als Kronzeugen fungierten, mit Namen veröffentlicht werden und ihr Kronzeugenstatus muss ebenfalls bekannt gegeben werden. Des Weiteren wurde die Kronzeugenregelung in eine eigene Bestimmung verschoben.

Die neue Regelung betreffend der Akten der BWB besagt unter anderem, dass das Offenlegen gewisser Informationen erst nach Abschluss eines laufenden Verfahrens möglich ist.

## 4.4 Änderungen NahVersG

Die Änderungen betreffend das NahVersG werden hier nur der Vollständigkeit halber erwähnt, jedoch wird nicht näher auf diese eingegangen. Diese Änderungen waren nicht so weitläufig wie bei den beiden zuvor erwähnten Gesetzen. Es kam hier zu einer Anpassung bzw. zu einer Erweiterung des Wortlautes im ersten Paragraphen des Bundesgesetzes.

---

<sup>223</sup> *Hoffer/Barbist*, Das neue Kartellrecht, 8.

<sup>224</sup> *Hoffer/Barbist*, Das neue Kartellrecht, 9f.

Damit sollen Ungeklärtheiten im Lebensmitteleinzelhandel in Bezug auf neue Händlermärkte beendet werden.<sup>225</sup>

## 5. Schadenersatzansprüche im Kartellrecht

### 5.1 Schäden durch Baukartelle

Aktuell kam es im Jahr 2017 zu mehreren Vorwürfen gegen einige Unternehmen der österreichischen Bauindustrie. Diese sollen gegen die Bestimmungen des Kartellrechtes verstoßen haben. Um deutlich zu machen, wie schwierig die Bestimmung der Schadenshöhe ist, und wie weitgreifend Kartelle im Baugewerbe sein können, wird der aktuelle Vorfall kurz erläutert, um danach auf die verschiedenen Berechnungsmethoden einzugehen.

Ausschlaggebend für die Vorwürfe ist ein roter Ordner der Baufirma Kostmann, mit Sitz in St. Andrä im Lavanttal, der 2016 sichergestellt wurde.<sup>226</sup> Dieser Ordner konnte nur sichergestellt werden, da ein Mitarbeiter besagter Firma als Kronzeuge in einem nachlaufenden Verfahren fungieren wollte. Der Anwalt dieses Mitarbeiters teilte der Wirtschafts- und Korruptionsanwaltschaft mit, dass sein Mandant Informationen über rechtswidrige Preisabsprachen bei öffentlichen Vergabeverfahren habw und als Kronzeuge fungieren wolle. Dieser Mitarbeiter gab weiters eine Schätzung über Schadenshöhe ab. Diese soll rund 10 Prozent von einer gesamten Auftragssumme von 50 bis 100 Millionen Euro betragen. Der Mitarbeiter zog allerdings seine angekündigte Mitarbeit schon einen Monat später zurück. In dieser Zeit hatten die zuständigen Behörden die Identität des Mannes in Erfahrung gebracht und ihn selbst zu einem Beschuldigten gemacht.<sup>227</sup> Der rote Aktenordner enthält Informationen darüber, dass sich mehrere Baufirmen vor öffentlichen Ausschreibungen untereinander abgesprochen hatten, um sich in einem weiteren Schritt vom öffentlichen Auftraggeber zu bereichern. Kern der Absprachen war es, dass die Firma, die den Zuschlag für einen Auftrag bekam, den anderen Firmen als eine Art Vergütung, Geld zukommen ließ. Unter den Beschuldigten sind Firmen wie Porr, Strabag, Habau, Alpine Bau GmbH und Swietelsky.<sup>228</sup> Nicht nur Baufirmen gehören zu den Beschuldigten, auch Beamte sollen ebenfalls von dem rechtswidrigen Verhalten profitiert haben.<sup>229</sup> Die ermittelnde BWB hatte beim Oberlandesgericht Wien um Hausdurchsuchungen angesucht, da sie das zuständige Kartellgericht war. Dem Ansuchen wurde stattgegeben und es kam zu zahlreichen

---

<sup>225</sup> *Hoffer/Barbist*, Das neue Kartellrecht, 12.

<sup>226</sup> *Vyslozil/Melichar*, Baukartell, Oberster Gerichtshof bestätigt "massiven Verdacht".

<sup>227</sup> Graber, Baukartell: Kronzeuge gab Tipp und ist jetzt selbst Beschuldigter.

<sup>228</sup> *Vyslozil/Melichar*, Baukartell, Oberster Gerichtshof bestätigt "massiven Verdacht".

<sup>229</sup> *Grabger*, Causa Baukartell: Auch Kärtner Beamte gefilzt.

Hausdurchsuchungen, nicht nur von Seiten der BWB sondern auch von der Wirtschafts- und Korruptionsstaatsanwaltschaft. Es wurden mehrere belastende Beweise sichergestellt.<sup>230</sup>

Die Feststellung des tatsächlichen Tatbestandes erweist sich, auf Grund des Fehlens eines Kronzeugen, als sehr schwierig. Daraus ist abzuleiten, dass die Ermittlung der Schadenshöhe sich als noch diffiziler erweisen wird. In den nachfolgenden Kapiteln sind mehrere Methoden angeführt, wie mögliche Schäden ermittelt werden können.

### 5.2 Grundlegendes

Wird eine natürlich oder eine juristische Person durch ein Kartell geschädigt, so ist diese ein Geschädigter. Jeder Geschädigte kann Schadenersatz fordern. Als Geschädigte zählen nicht nur Lieferanten und Abnehmer, sondern es können auch Endverbraucher geschädigt werden.<sup>231</sup> Kartellaußenseiter, also Unternehmen die nicht direkt an einem Kartell beteiligt und daher benachteiligt sind, können ebenfalls einen Schadenersatzanspruch gegenüber Kartellanten geltend machen, sofern sie durch das Kartell geschädigt wurden.

Ein Geschädigter eines Kartells kann seinen Schadenersatzanspruch dem Kartell gegenüber, gegen jeden beliebigen am Verstoß gegen das Kartellrecht beteiligten Unternehmen geltend machen. Dies ist möglich, da alle am Kartell beteiligten Unternehmen solidarisch haften.<sup>232</sup>

Kommt es zu einem Verfahren wegen eines Schadenersatzanspruches, müssen Geschädigte ihre Ansprüche vor einem Zivilgericht innerhalb einer gewissen Frist geltend machen, sonst verjährt der Anspruch. Im Unterschied zur allgemeinen Regelung im ABGB beträgt die Verjährungsfrist für Schadenersatzansprüche wegen Verstöße gegen das Kartellrecht gemäß § 33 KartG 2005 fünf Jahre statt drei Jahre.

### 5.3 Voraussetzungen

Damit nun ein Schadenersatzanspruch geltend gemacht werden kann, müssen mehrere Voraussetzungen vorhanden sein:

*„Nach allgemeinen schadenersatzrechtlichen Grundsätzen bestehen folgende Anspruchsvoraussetzungen eines Schadenersatzanspruches bei Verstößen gegen innerstaatliches oder gemeinschaftsrechtliches Wettbewerbsrecht:  
a) kartellrechtswidriges Verhalten; b) Anspruchsteller ist Betroffener der*

---

<sup>230</sup> Vyslozil/Melichar, Baukartell, Oberster Gerichtshof bestätigt "massiven Verdacht".

<sup>231</sup> Eckel/Sartor, Praxisleitfaden Kartellrechts-Compliance, 62.

<sup>232</sup> Eckel/Sartor, Praxisleitfaden Kartellrechts-Compliance, 63.

*Zu widerhandlung; c) Schaden; d) Kausalität und Zurechnungszusammenhang zwischen Verstoß und Schaden; e) Verschulden.*<sup>233</sup>

Der Schädiger muss durch ein kartellrechtswidriges verschuldetes kausales Verhalten, einen Schaden bei einem Geschädigten verursacht haben. Ist dies nicht der Fall, hat der Antragsteller keinen Anspruch auf Schadenersatz. Verstößt ein Unternehmen gegen das Kartellverbot in Österreich, oder gegen das europäische Kartellrecht, wird unter diesem Verhalten ein kartellrechtswidriges Verhalten verstanden. Ist der Anspruchssteller nicht von dem kartellrechtswidrigen Verhalten betroffen bzw. wird dieser dadurch nicht geschädigt, hat er keinen Anspruch auf einen Schadenersatz. Ohne einen eingetreten Schaden, der durch ein rechtswidriges Verhalten zustande gekommen ist, kann niemand einen Schadenersatzanspruch geltend machen, da es keine Geschädigten gibt. Eine weitere wichtige Voraussetzung für das Geltendmachen eines Schadenersatzanspruches aus einem Verstoß gegen das Kartellverbot ist es, dass der Schädiger den Schaden kausal verursacht hat. Ob es zu einem kausalen Verhalten des Schädigers gekommen ist, ist mit der bereits in Kapitel 2.4.2 erwähnten Bedingungstheorie zu überprüfen und der entstandene Schaden muss, wie ebenfalls schon erklärt, adäquat verursacht worden sein. Die letzte Voraussetzung ist das Verschulden. Ein Schädiger handelt verschuldet, wenn man ihm ein rechtswidriges Verhalten vorwerfen kann. (Siehe dazu Kapitel 2.4.4)

## 5.4 Rechtswidrigkeit im Kartellrecht

In Bezugnahme auf Kapitel 2.4.3 Schadenersatzanspruchsgrundlage kann ein Verstoß gegen das Kartellverbot ebenfalls eine Anspruchsgrundlage darstellen.

Bezogen auf das Kartellverbot kann ein Schadenersatzanspruch von einem Geschädigten geltend gemacht werden, wenn der Schaden aus Wettbewerbsrechtsverletzungen entstanden ist. Wie eine Wettbewerbsrechtsverletzung definiert ist, ist in § 37b Z 1 KartG 2005 zu finden:

*„Wettbewerbsrechtsverletzung: eine Zuwiderhandlung gegen das Kartellverbot (§ 1), das Missbrauchsverbot (§ 5) und das Verbot gegen Vergeltungsmaßnahmen (§ 6) sowie gegen Artikel 101 oder 102 AEUV, oder gegen solche Bestimmungen des nationalen Rechts eines Mitgliedstaats der Europäischen Union oder eines Vertragsstaats des Abkommens über den*

---

<sup>233</sup> OGH 02. August 2012, 4 Ob 46/12m, Rechtliche Beurteilung Punkt 5.

*Europäischen Wirtschaftsraum, mit denen überwiegend das gleiche Ziel verfolgt wird wie mit den Artikeln 101 und 102 [...]*”

Aus dieser Regelung geht hervor, dass nur die hier genannten Kartellrechtsverletzungen nach dem KartG 2005 geltend gemacht werden können (siehe dazu auch Kapitel 3.5). Alle anderen Kartellrechtsverletzungen müssen nach §§ 1295ff ABGB ABGB geltend gemacht werden.<sup>234</sup>

## 5.5 Umfang des Schadenersatzes

Der Schadenersatz bei Verstößen gegen das Kartellrecht beläuft sich gemäß § 37g KartG 2005 auf den positiven Schaden, den entgangenen Gewinn und die Zinsen.

### 5.5.1 Positiver Schaden

Bei Verstößen gegen das Kartellrecht entstehen in der Regel nur reine Vermögensschäden. Vermögensschäden werden als positiver Schaden verstanden. Ein Preisüberhöhungsschaden trifft Unternehmen, die in einer nachgelagerten Marktstufe eines Kartells tätig sind. Diese Unternehmen müssen auf Grund der vom Kartell vorgegebenen Preiserhöhung einen Mehrpreis zahlen. Weitere Beispiele für Vermögensschäden sind ein geringerer Umsatz der Konkurrenten und zusätzliche Kosten, die bei Geschädigten entstehen, wenn diese wegen der, von einem Kartell vorgegebenen künstlichen Produktpreiserhöhung, auf andere Güter bzw. Märkte umsteigen müssen.<sup>235</sup> Die Berechnung eines Vermögensschadens erfolgt stets subjektiv-konkret. Bei einer subjektiv-konkreten Berechnung müssen alle Auswirkungen, die im Vermögen eines Geschädigten vorliegen können, beachtet werden. Durch diese gesamtheitliche Betrachtung wird der gesamte Nachteil ermittelt, der dem Geschädigten in seinem Vermögen zugefügt wurde. Es wird die Entwicklung des Vermögens zwischen dem Schadenseintritt und der Schadensfeststellung ermittelt sowie auch die zukünftige Entwicklung ohne das schädigende Ereignis.<sup>236</sup>

### 5.5.2 Entgangener Gewinn

Der entgangene Gewinn ist ebenfalls im Umfang des Schadenersatzes enthalten, dies ist § 37d Abs 1 des KartG 2005 zu entnehmen. Bei dem entgangenen Gewinn wird zwischen dem

---

<sup>234</sup> Brand, Schadenersatz im Kartellrecht, 23.

<sup>235</sup> Brand, Schadenersatz im Kartellrecht, 207.

<sup>236</sup> OGH 10. September 1975, 1 Ob 173/75.

wahrscheinlichen und dem möglichen Gewinn unterschieden.<sup>237</sup> Wird ein Schadenersatzanspruch geltend gemacht, wird der mögliche Gewinn nicht ersetzt, sehr wohl aber der wahrscheinliche Gewinn. Der wahrscheinliche Gewinn hätte sich ohne das Schadenereignis nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge eingestellt.<sup>238</sup> Ein entgangener Gewinn kann als eine ausgebliebene Vermögenssteigerung verstanden werden, welche ohne ein rechtswidriges Verhalten dem Geschädigten zugekommen wäre.<sup>239</sup> Wie erwähnt ist laut ABGB die Höhe des Schadensumfanges vom Grad des Verschuldens abhängig, es wird nicht immer der entgangene Gewinn auch ersetzt. § 37d Abs 1 KartG 2005 ändert dies dahingehend ab, dass der entgangene Gewinn bei Kartellrechtsverstößen immer zu ersetzen ist. Ein entgangener Gewinn kann die Folge eines Absatzrückganges bei nach- oder vorgelagerten Marktstufen sein. Dieser kann ebenfalls potentielle Wettbewerber treffen.

### 5.5.3 Zinsen

Der dritte und letzte zu leistende Bestandteil einer Schadenersatzzahlung ist die Zahlung von Zinsen. Der Schädiger muss gemäß § 37d Abs 2 KartG 2005 ab dem Eintritt des Schadens die Schadenersatzforderung des Geschädigten verzinsen. Bei Eingang der Zahlung des Schädigers endet der Zinsenlauf. Der Sinn der Zahlung von Zinsen liegt darin, dass ein Geschädigter für ein Kapital, das nicht verfügbar ist, oder für eine Geldentwertung des Kapitals entschädigt wird. Die Höhe der Zinsen beläuft sich laut § 1000 Abs 1 ABGB auf vier Prozent pro Jahr. Diese vier Prozent kann der Geschädigte eines Verstoßes gegen das Kartellverbot vom Schädiger fordern. Der Zinssatz fällt aber zwischen Unternehmen, die ein Rechtsgeschäft abgeschlossen haben, deutlich höher aus. Hier sind laut § 456 UGB 9,2 Prozent über dem Basiszinssatz an Zinsen zu zahlen. Dieser hohe Zinssatz wird ebenfalls bei Geschäften rechtlicher Natur zwischen Unternehmen und einer natürlichen Person gewährt.

## 6. Kartellschäden und deren Berechnungsmethoden

Die Feststellung der individuellen durch einzelne Kartelle verursachten Schäden ist eine sehr komplizierte Aufgabe, da jedes einzelne Kartell für sich einzigartig ist.<sup>240</sup> Durch den Zusammenschluss von mehreren Unternehmen zu einem Kartell entstehen negative Auswirkungen für Verkäufer und Abnehmer. Durch die Verringerung des Wettbewerbes entstehen im Allgemeinen nur Vorteile für die Kartellanten. Falls es möglich ist, versuchen

---

<sup>237</sup> Brand, Schadenersatz im Kartellrecht, 208.

<sup>238</sup> OGH 10. August 1983, 3 Ob 541/83.

<sup>239</sup> Brand, Schadenersatz im Kartellrecht, 208.

<sup>240</sup> Brand, Schadenersatz im Kartellrecht, 2.

diese, den Wettbewerb komplett zu unterbinden. Durch diese Absprachen werden Unsicherheiten in einem zukünftigen Wettbewerb ausgeschlossen.

Das Ausmaß der Schäden, die durch Kartelle entstehen, ist von mehreren Faktoren abhängig. Einerseits ist die Zeitspanne, in der ein Kartell vorhanden ist, von großer Bedeutung. Im Allgemeinen ist der Wohlfahrtsverlust größer, wenn ein Kartell über längere Zeit vorhanden ist. Die Größe eines Kartells bzw. der Marktanteil eines Kartells sind auch wesentlich für das Ausmaß der Schäden. Je größer ein Kartell ist, desto größer ist auch der Wohlfahrtsverlust. Ein weiterer wichtiger Einflussfaktor des Schadensausmaßes ist die kartellbedingte Preiserhöhung bzw. die kartellbedingte Reduktion der angebotenen Produkte.<sup>241</sup>

Die Schäden, die durch kartellbedingte Preiserhöhungen entstehen, sind ihrerseits wieder von mehreren Parametern abhängig und variieren in ihrer Größe. Herrscht auf dem bestehenden Markt ohnedies geringer Wettbewerbsdruck, so sind die Schäden gering. Hätte es dagegen ohne das rechtswidrige Verhalten des Kartells einen hohen Wettbewerb gegeben und wären dadurch eigentlich niedrige Produktpreise die Folge gewesen, so sind die resultierenden Schäden hoch. Der Grad der Preiserhöhung ist auch durchaus vom Koordinationsgrad des Kartells abhängig. Je besser ein Kartell seine Preise koordinieren kann, um einen höheren Gewinn zu erzielen, desto mehr Schäden werden durch das Kartell verursacht. Für den Abnehmer ist der entstandene Schaden umso größer, je preisunelastischer die Nachfrage ist.<sup>242</sup>

## 6.1 Effekte von Kartellen

### 6.1.1 Auswirkungen auf Endkunden

Kartelle erzeugen zwei wesentliche Effekte bzw. zwei wesentliche Schadensarten. Zunächst kommt es zu einem Transfer des Vermögens. Dieser Vermögenstransfer erfolgt von den Kartellabnehmern zu den am Kartell beteiligten Unternehmen. Das bedeutet, bei den Kartellanten stellt sich ein kartellbedingter Gewinn ein, bei den Abnehmern entsteht ein Schaden dadurch, dass die durch das Kartell festgelegten Preise höhere Ausgaben für die einzelnen Produkte nach sich ziehen.<sup>243</sup>

Der zweite wesentliche Effekt ist der Effekt der Ineffizienz. Auf Grund des beschränkten Angebotes von Produkten und Dienstleistungen entsteht ein Wohlfahrtsverlust in Form von

---

<sup>241</sup> *Inderst/Maier-Riaud/Schwalbe*, Quantifizierung von Schäden durch Wettbewerbsverstöße, 8.

<sup>242</sup> *Inderst/Maier-Riaud/Schwalbe*, Quantifizierung von Schäden durch Wettbewerbsverstöße, 9.

<sup>243</sup> *Inderst/Maier-Riaud/Schwalbe*, Quantifizierung von Schäden durch Wettbewerbsverstöße, 7f.



nicht ausgeschöpften Tauschgewinnen, der sich beim Endabnehmer als ein Nutzenentgang auswirkt. Der Nutzenentgang kommt auf Grund der hohen, vom Kartell festgelegten Preise zustande, da weniger Produkte gekauft werden. Dieser zweite Effekt wird auch Effizienzverlust genannt. Die Geltendmachung von Schäden durch einen Nutzenentgang ist im Allgemeinen schwerer. Beide Arten von Schäden können bzw. werden in der Regel von einem Kartell gleichzeitig verursacht werden.<sup>244</sup>

### 6.1.2 Auswirkungen auch Zwischenhändler

Für den Geschädigten eines Kartells, also denjenigen, der einen Schadenersatzanspruch geltend machen kann, entstehen in Hinblick auf seinen Gewinn in Folge des Kartells mehrere Effekte. Diese Effekte auf den Gewinn entstehen durch die vom Kartell verursachten erhöhten Produktpreise. Um die verschiedenen Effekte besser zu verstehen, können diese nach *Gugler* in einer Grafik dargestellt werden.<sup>245</sup> In der nachstehenden Grafik (siehe Abbildung 3) wird die Annahme getroffen, dass ein Zwischenhändler der direkte Geschädigte eines Kartells ist. Dieser Zwischenhändler bezieht eine Produktmenge von einem Kartell, zum vom Kartell vorgegebenen Preis. Die Produktmenge wird mit  $Q$  bezeichnet und der Preis, zu dem der Zwischenhändler einkauft, wird mit  $C$  bezeichnet. In weiterer Folge verkauft der Zwischenhändler, also der Geschädigte, seine erworbenen Produkte zu einem bestimmten Preis. Dieser Preis wird wiederum mit  $P$  bezeichnet. Damit dieser Zusammenhang verdeutlicht wird, werden auf der Abszisse die Produktmenge aufgetragen und die Ordinate spiegelt die einzelnen Preise wider.

---

<sup>244</sup> *Inderst/Maier-Riaud/Schwalbe*, Quantifizierung von Schäden durch Wettbewerbsverstöße, 7f.

<sup>245</sup> *Gugler*, Schadenersatz bei Kartellverstößen, 2.

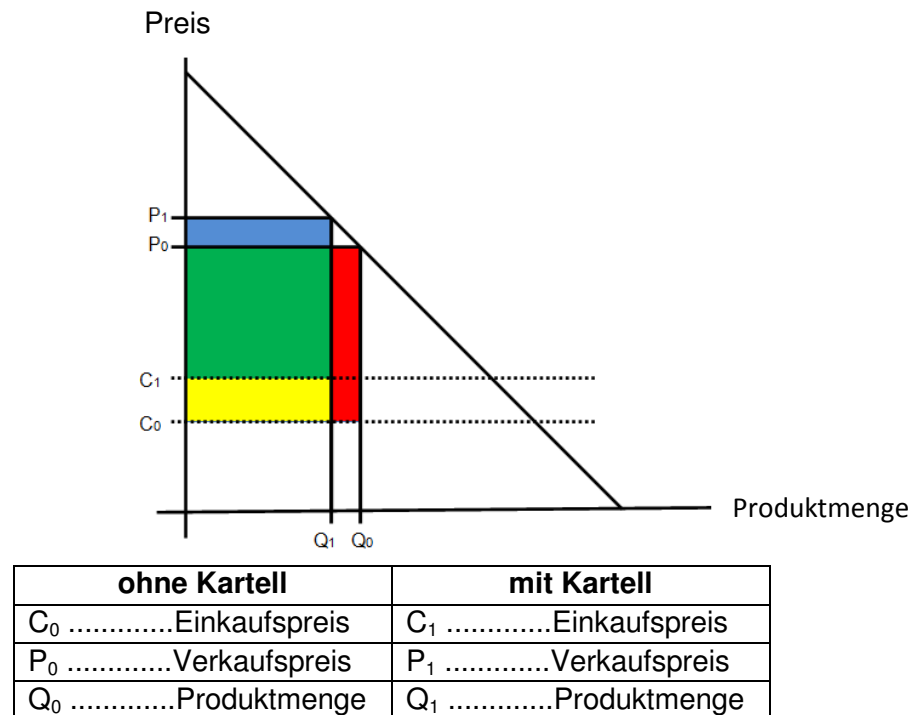


Abbildung 3: Kartelleffekte auf den Gewinn nach Gugler<sup>246</sup>

Um die Veränderung des Gewinnes des Geschädigten zu berechnen, wird folgende Formel verwendet:

$$\Delta\pi = -Q_1 \cdot (C_1 - C_0) - (P_0 - C_0) \cdot (Q_0 - Q_1) + Q_1 \cdot (P_1 - P_0)$$

Das Ergebnis dieser Formel ist  $\Delta\pi$ , die Veränderung des Gewinnes des Geschädigten auf Grund des rechtswidrigen Verhaltens des Kartells. Die in der Formel vorkommenden Indizes sind einerseits Null und andererseits Eins. Der Index 0 repräsentiert die Werte ohne ein Vorhandensein eines Kartells und der Index 1 verdeutlicht die Werte durch das rechtswidrige Verhalten. Die grün markierte Fläche stellt dabei den Gewinn dar.

Ausgehend von dieser Fläche, also dem Gewinn, kann man sich die einzelnen Effekte näher anschauen.

Die gelbe Fläche verdeutlicht den herkömmlichen Kartellschaden. Dieser Effekt wird als direkter Effekt verstanden und hat eindeutige negative Auswirkungen auf den Geschädigten. Der Schaden entsteht dadurch, da das Kartell die Preise künstlich erhöht, nämlich von einem hypothetischen Wettbewerbspreis  $C_0$  auf einen durch das Kartell verursachten erhöhten Einkaufspreis  $C_1$ . Berechnen lässt sich der Kartellschaden aus dem direkten Effekt, indem die Differenz der beiden Einkaufspreise berechnet und diese Differenz mit der Produktmenge  $Q_1$  multipliziert wird. Die Differenz zwischen dem hypothetischen Wettbewerbspreis und dem

<sup>246</sup> Gugler, Schadenersatz bei Kartellverstößen, 2.

kartellbedingten Einkaufspreis wird auch als Overcharge bezeichnet. Der entstandene Gewinnschaden beim Geschädigten ist umso größer, je größer der sogenannte Overcharge ist.<sup>247</sup>

Ein weiterer negativer Effekt für den Geschädigten ist der entgangene Gewinn, welcher ihm wegen des Vorhandenseins des Kartells entstanden ist. In Rot ist der entgangene Gewinn des Geschädigten verdeutlicht. Der entgangene Gewinn entsteht, da sich beim Geschädigten eine Reduktion der verkauften Produktmenge einstellt. Diese Produktionsreduktion ist die Folge des Vorhandenseins des Kartells und der durch das Kartell festgelegten überhöhten Preise. Der Geschädigte verkauft anstatt der Produktmenge  $Q_0$  nur mehr eine reduzierte Produktmenge  $Q_1$ . Der Effekt der Reduktion der verkauften Produktmenge wird als Mengeneffekt bezeichnet. Der entgangene Gewinn beim Geschädigten ist umso größer, je mehr sich die überhöhten Preise in einer Reduktion der verkauften Produktmengen niederschlagen. Eine weitere gültige Aussage ist, dass der entgangene Gewinn umso größer ist, je größer der Gewinn pro Produkteinheit ohne Vorhandensein des Kartells wäre.<sup>248</sup>

In Blau ist der letzte durch ein Kartell verursachte Effekt auf den Gewinn eines geschädigten Zwischenhändlers dargestellt. Die blaue Fläche verkörpert den sogenannten Pass-on Effekt. Dieser Effekt erhöht den Gewinn des Geschädigten, wirkt somit gewinnerhöhend und ist positiv für den Geschädigten. Eine Gewinnerhöhung kommt beim Geschädigten dadurch zustande, da dieser die überhöhten Preise an seine Abnehmer weitgegeben hat. Es erfolgt eine Weiterreichung der erhöhten kartellbedingten Preise. Er kompensiert somit seine gestiegenen Kosten bzw. erzielt somit eine Gewinnerhöhung. Durch das Weiterreichen der überhöhten Preise verteilt sich der Kartellschaden, er ist nicht nur mehr bei direkten Abnehmern zu spüren, sondern die indirekten Abnehmer der Kartelle erleiden ebenfalls eine Schädigung durch das Kartell. Der Gewinnzuwachs beim Geschädigten ist dementsprechend umso größer, je mehr dieser von den Produkten verkauft bzw. steigt der Gewinn des Geschädigten, je mehr er von den gestiegenen Kosten seinen Abnehmern weiterreichen kann.<sup>249</sup>

Grundsätzlich kann gesagt werden, dass die negativen Effekte den positiven Effekt übertreffen. Dementsprechend ist die Summe der roten und der gelben Fläche größer als die blaue Fläche.<sup>250</sup>

---

<sup>247</sup> Gugler, Schadenersatz bei Kartellverstößen, 2.

<sup>248</sup> Gugler, Schadenersatz bei Kartellverstößen, 2.

<sup>249</sup> Gugler, Schadenersatz bei Kartellverstößen, 2.

<sup>250</sup> Gugler, Schadenersatz bei Kartellverstößen, 2.

### 6.1.3 Auswirkungen auf Kartellaußenseiter

Am sogenannten Preisschirmeffekt oder auch Umbrella-Pricing sind sowohl Kartellanten als auch Kartellaußenseiter, also Unternehmen, die nicht an einem bestehenden Kartell teilnehmen, beteiligt. Die Kartellanten spannen einen Preisschirm auf, indem sie Produktpreise künstlich erhöhen. Kartellaußenseiter heben auf Grund der künstlich hohen Preise aus den Kartellen ebenfalls ihre Preise an. Diese Preiserhöhung der Kartellaußenseiter kommt zustande, da die Abnehmer der Kartelle auf Grund der erhöhten Preise beim Kauf auf die Kartellaußenseiter ausweichen und diese als Folge der erhöhten Nachfrage ebenfalls ihre Preise anheben können.<sup>251</sup> Die Nachfrage bei den Kartellaußenseitern ist umso höher, je ähnlicher bzw. je identer ihre Produkte zu den Produkten von Kartellanten sind. Eine Voraussetzung des Preisschirmeffektes ist es, dass der Markt nur teilweise von den Kartellanten abgedeckt ist, da es sonst keine Kartellaußenseiter geben würde. Ein typisches Beispiel für einen Kartellaußenseiter wäre ein kleines Unternehmen mit geringem Marktanteil.<sup>252</sup> Theoretisch muss dem Kartellaußenseiter nicht bewusst sein, dass es ein Kartell gibt, denn dieser reagiert nur auf den entstandenen Effekt am Markt.

Die Höhe des Preisschirmeffektes ist abhängig von verschiedenen Faktoren. Einerseits wird dieser umso größer je identer die Produkte der Kartellaußenseiter zu denen der Kartellanten sind, und je mehr von einem Markt durch Kartellanten abgedeckt wird. Andererseits wird dieser umso kleiner je größer die Marktanteile des Kartellaußenseiters sind, und je größer die Angebotselastizität des Kartellaußenseiters ist.<sup>253</sup> Unter der Angebotselastizität wird eine relative Veränderung der Angebotsmenge und des Angebotspreises verstanden. Eine positive Angebotselastizität bedeutet eine Zunahme der Angebotsmenge bei steigenden Preisen. Die Unternehmen können umso kräftiger mit Änderungen im Angebot auf Änderungen von Preisen reagieren, je höher die Elastizität des Angebotes ist.<sup>254</sup>

Der Preisschirmeffekt an sich ist nicht rechtswidrig, es kann aber durch diesen Effekt zu einem zusätzlichen Schadenersatzanspruch gegen die Kartellanten kommen:

*„Art. 101 AEUV – Ersatz des Schadens, der durch ein nach diesem Artikel verbotenes Kartell verursacht wurde – Schaden, der sich aus dem höheren Preis ergibt, der von einem Unternehmen als Folge eines verbotenen Kartells, an dem es nicht beteiligt ist, verlangt wird („umbrella pricing“) – Kausalzusammenhang“<sup>255</sup>*

---

<sup>251</sup> Brand, Schadenersatz im Kartellrecht, 156.

<sup>252</sup> Brand, Schadenersatz im Kartellrecht, 156f.

<sup>253</sup> Brand, Schadenersatz im Kartellrecht, 157.

<sup>254</sup> Gabler Wirtschaftslexikon, Angebotselastizität.

<sup>255</sup> Urteil des Gerichtshofes (Fünfte Kammer), C-557/12, 5. Juni 2014.

Kartellanten können somit verpflichtet sein, den Schaden, den Dritte durch ihre preisschirmbedingten erhöhten Preise verursacht haben, zu ersetzen.<sup>256</sup>

### 6.2 Datenquellen zur Berechnung von Kartellschäden

Für die einzelnen Schadensberechnungsmethoden werden unterschiedliche Daten benötigt, welche oft nicht in vollem Umfang zu Verfügung stehen. Die verfügbaren Datenmengen entscheiden in der Regel über die Methodenanwendbarkeit und über die Aussagekraft der Ergebnisse. Stehen beispielsweise nur kurz beobachtete Datenmengen zur Verfügung, kann dies bei der Anwendung eines Durchschnittsvergleiches (siehe Kapitel 6.4.2.3.) oder einer Regressionsanalyse (siehe Kapitel 6.4.2.5.) zu Problemen führen, da beide Methoden größere Datenmengen benötigen.<sup>257</sup>

Zur Berechnungsdurchführung können Daten in unterschiedlichen Quellen zu finden sein. Daten für die Berechnung können häufig aus öffentlichen Datenquellen entnommen werden. Übliche Unterlagen dieser öffentlichen Quellen können einerseits Branchenberichte, statistische Veröffentlichungen oder Websites mit Preisvergleichen sein. Andererseits können Unterlagen von kommerziellen Datenbanken, Steuerbehörden oder Regierungsabteilungen verwendet werden. Aus diesen Unterlagen erhält man in der Regel Daten über Preise, gesetzliche Zinssätze oder Schätzwerte. Eine weitere Datenquelle stellt die BWB dar. Bei dieser können Unterlagen betreffend Gerichtsurteile, Behördenentscheidungen und Pressemitteilungen abgefragt werden. Mit diesen Unterlagen können typische Daten wie der Zeitraum eines rechtswidrigen Verhaltens, die Kartellmitglieder oder die Funktionsweise eines Kartell nachvollzogen werden. Kläger können ebenfalls eine Datenquelle darstellen. Ein Kläger kann sowohl ein Endkonsument als auch ein anderes Unternehmen sein. Beim Endkonsumenten können durch bezahlte Rechnungen Rückschlüsse auf die gekaufte Produktmenge und die Zahlungsbereitschaft gemacht werden. Bei einem anderem Unternehmen können durch Geschäftsbilanzen und Rechnungen die gekaufte Produktmenge, die Kostenstruktur und der Zahlungsverkehr nachverfolgt werden. Eine letzte mögliche Datenquelle stellen die Beklagten selbst dar. Bei diesen können unter anderem durch Geschäftsbilanzen oder Umsatzdatenbanken Informationen über Erlöse, Marktanteile, Preise und Produktmengen entnommen werden.<sup>258</sup>

In der nachstehenden Tabelle sind die erwähnten typischen Quellen, Daten und Unterlagen zusammengefasst.

---

<sup>256</sup> Urteil des Gerichtshofes (Fünfte Kammer), C-557/12, 5. Juni 2014.

<sup>257</sup> *Inderst/Thomas*, Schadenersatz bei Kartellverstößen, 191.

<sup>258</sup> *Inderst/Thomas*, Schadenersatz bei Kartellverstößen, 206.

Typische Quelle	Typische Daten	Typische Unterlagen
Öffentliche Quellen	Preisinformation, Kontrafaktischer Markt, Inflationsrate, Schätzwerte der Nachfrageelastizität, Gesetzliche Zinssätze, Körperschaftssteuer, Umsatzsteuer, andere Steuern	Branchenberichte, statistische Veröffentlichungen, Websites mit Preisvergleichen, kommerzielle Datenbanken, Regierungsabteilungen, Steuerbehörden
Wettbewerbsbehörde	Beginn, Dauer und Ende des rechtswidrigen Verhaltens, Identifikation der Kartellmitglieder, Funktionsweise des Kartells	Behördenentscheidungen, Gerichtsurteile, Pressemitteilungen, Unterlagen zu Entscheidungen bzw. der Entscheidungsvorbereitung
Kläger	Unternehmen: Zahlungsverkehr, gekaufte Mengen, Kostenstruktur	Geschäftsbilanz, Rechnungen
	Endkonsument: Gekaufte Mengen, Zahlungsbereitschaft/Elastizität	Rechnungen, Befragungen
Beklagter	Erlöse, Mengen, Marktanteile, Preise, Inputkosten, Kostenstruktur	Geschäftsbilanzen, Umsatzdatenbanken

Tabelle 1: typische Datenquellen der Schadensberechnung<sup>259</sup>

## 6.3 Statistische Grundlagen

Für die anschließenden Kapitel ist ein Verständnis des statistischen Basiswissens notwendig, weswegen nun kurz auf ein paar Grundbegriffe der Statistik eingegangen wird. Für nähere Erläuterungen wird auf die einschlägige Standardliteratur verwiesen.

### 6.3.1 Median

Der Median ist einfach erklärt der Wert einer Datenreihe, welcher sich genau in der Mitte befindet. Er ist ein Mittelwert: 50 Prozent der Daten der Datenreihe sind niedriger als der Median und 50 Prozent sind höher als dieser.

<sup>259</sup> Inderst/Thomas, Schadenersatz bei Kartellverstößen, 206.

### 6.3.2 Varianz

Die Varianz stellt ein Streuungsmaß dar. Durch sie wird verdeutlicht, wie die Verteilung von Werten um einen Mittelwert ist. Hohe Varianz bedeutet eine breite Streuung.

### 6.3.3 Konfidenzintervall

Das Konfidenzintervall ist jenes Intervall in dem der wahre Wert mit einer vorgegebenen Wahrscheinlichkeit liegt. Wählt man eine Wahrscheinlichkeit von 95 Prozent, ist es in der Wirtschaftswissenschaft gängig anzunehmen, dass sich der wahre Wert in dem Konfidenzintervall befindet.<sup>260</sup> Die Breite eines Konfidenzintervalls kann variieren. Einerseits wird das Intervall breiter, wenn ein höherer Wert für die Wahrscheinlichkeit gewählt wird. Andererseits sind die auch verwendeten Datenmengen und die daraus abzuleitende Varianz weitere Einflussfaktoren für die Breite des Konfidenzintervalls.<sup>261</sup>

### 6.3.4 Statistische Signifikanz

Eine Möglichkeit, Unsicherheiten zu überprüfen, ist die Methode der statistischen Signifikanz. Bei der statistischen Signifikanz werden die Ergebnisse der Analyse dahingehend untersucht bzw. überprüft, ob sie sich nur aus einem Zufall heraus ergeben haben, oder ob es sich um eine echte Wechselbeziehung zwischen den Zielvariablen und den Einflussfaktoren handelt. Bei dieser Überprüfung wird eine zu Beginn festgelegte Null-Hypothese widerlegt. Ist dies der Fall, sind die Ergebnisse statistisch signifikant. Wird die Null-Hypothese am 5 Prozent Niveau verworfen, wird dies als ausreichende Widerlegung verstanden.<sup>262</sup>

## 6.4 Methoden zu Ermittlung des Schadens

Wie bereits zu Beginn dieses Kapitels erwähnt, ist die Berechnung der durch Kartelle verursachten Schäden äußerst schwierig bzw. ist die Bestimmung des hypothetischen Wettbewerbspreises komplex. Um die Höhe des Schadenersatzanspruches genau bestimmen zu können, muss die Lage des Geschädigten ohne das rechtswidrige Verhalten des Kartells mit der tatsächlichen durch den Schaden entstandenen Lage verglichen werden. Der Leitfaden der EK kann bei der Berechnung des Schadensumfanges herangezogen werden, stellt aber keine Verbindlichkeit dar.<sup>263</sup> In diesem Leitfaden werden verschiedene

---

<sup>260</sup> EK, Praktischer Leitfaden zur Ermittlung des Schadensumfanges, RZ 86.

<sup>261</sup> Inderst/Thomas, Schadenersatz bei Kartellverstößen, 160.

<sup>262</sup> EK, Praktischer Leitfaden zur Ermittlung des Schadensumfanges, RZ 87.

<sup>263</sup> Brand, Schadenersatz im Kartellrecht, 213.

Methoden zur Schadensberechnung beschrieben. Welche Methode dann im Einzelfall angewendet wird, ist von mehreren Faktoren abhängig. In einem ersten Schritt der Methodenwahl muss geprüft werden, welche Daten überhaupt vorhanden sind und wie hoch der finanzielle und zeitliche Aufwand verschiedener Methoden im Einzelfall sein kann. Bestimmte Berechnungsmethoden sind einfacher und nehmen einen geringeren Zeitaufwand in Anspruch als andere. Manche Berechnungsmethoden setzen vor der eigentlichen Berechnung eine umfangreiche Datenaufnahme voraus, wodurch es wiederum zu einer zeitlichen Verzögerung und zu zusätzlichen Kosten kommen kann. Sind all diese Faktoren festgelegt, kann die Berechnungsmethode gewählt werden. Das KartG 2005 legt keine bestimmte Berechnungsmethode fest, der Geschädigte muss seinen berechneten Schadensumfang nur schlüssig vorbringen. Daraus folgt, dass der Geschädigte, also der Kläger, die Berechnungsmethode selbst festlegt. Dieser wird eine Methode wählen, die für ihn beispielsweise den höchsten Schaden ergibt und bei der das Prozessrisiko möglichst klein ist. Der Beklagte wird versuchen, die vom Kläger gewählte Methode als ungeeignet darzustellen und eine andere, für ihn bessere Methode einbringen. Der Richter entscheidet schlussendlich, welche Schadensermittlungsmethode für die richterliche Entscheidung zur Grundlage gemacht wird.<sup>264</sup>

Für die Berechnung des Schadensumfanges gibt es unterschiedliche Möglichkeiten. Am häufigsten werden Methoden angewendet, die einen Vergleich über die Zeit oder über unterschiedliche Märkte aufstellen. Weitere angewendete Methoden sind Simulationsmethoden (siehe dazu Kapitel 6.4.3.), kostenbasierte Methode (siehe dazu Kapitel 6.4.4.1) und finanzgestützte Methoden (siehe dazu Kapitel 6.4.4.2).<sup>265</sup>

Bei allen Berechnungsmethoden wird zunächst ein Szenario erstellt, in dem die Zuwiderhandlung des Kartells nicht vorhanden ist.<sup>266</sup> In diesem erstellten Szenario gibt es einen hypothetischen Markt, bei dem beispielsweise der hypothetische Wettbewerbspreis errechnet wird. Bei der Berechnung des hypothetischen Wettbewerbspreises muss darauf geachtet werden, dass realistische Annahmen für den hypothetischen Markt getroffen werden. Als nächstes wird der vom Kartell vorgegebene Preis mit dem berechneten hypothetischen Wettbewerbspreis verglichen.<sup>267</sup>

---

<sup>264</sup> Brand, Schadenersatz im Kartellrecht, 214.

<sup>265</sup> EK, Praktischer Leitfaden zur Ermittlung des Schadensumfangs, RZ 27f.

<sup>266</sup> EK, Praktischer Leitfaden zur Ermittlung des Schadensumfangs, RZ 26.

<sup>267</sup> EE&MC GmbH, Berechnung von Schadenersatzforderungen.



### 6.4.1 Vergleichsmarktmethoden

Irreführend ist die Bezeichnung "Methode". Bei den nachfolgenden Vergleichsmarktmethoden bzw. Vergleichsmethoden ist diese Bezeichnung nicht wortwörtlich zu verstehen, sondern muss vielmehr als Überbegriff verstanden werden. Ziel der einzelnen Vergleichsmethoden ist das Herstellen eines Szenarios ohne rechtswidriges Verhalten, um schlussendlich einen Vergleichspreis zu erlangen. Mit diesem Vergleichspreis kann dann mit den empirische Vergleichsmarktmethoden (siehe dazu Kapitel 6.4.2) beispielsweise der kontrafaktische Preis ermittelt werden.

Die Herstellung des zuwiderhandlungsfreien Szenarios erfolgt mit Hilfe von Daten betreffend Preise, Absatzmengen oder anderen ökonomischen Variablen, welche auf vier verschiedene Arten bzw. Märkten beobachtet werden können.<sup>268</sup> Es werden die Daten entweder vor oder nach einem Bestehen eines Kartells auf demselben Markt betrachtet, oder es erfolgt eine marktbezogene Betrachtung zum Zeitpunkt des Bestehens des Kartells. Entweder erfolgt diese marktbezogene Betrachtung auf einem anderem Markt, der aber räumlich ähnlich ist, oder auf einem anderen Markt, der aber sachlich ähnlich ist. Die Kombination von zeitlichem Vergleich mit einem räumlich oder sachlich ähnlichen Markt stellt die vierte Möglichkeit des Vergleichs dar.<sup>269</sup>

#### 6.4.1.1 Zu bestimmende Zielvariablen

Mit diesen Vergleichsmethoden können Vergleiche nicht nur über Preise sondern auch über Gewinnspannen, Marktanteile oder Renditen aufgestellt werden.<sup>270</sup> Vergleiche über Gewinnspannen werden bei der noch folgenden kostenbasierten Methode (siehe dazu 6.4.3.1) benötigt, Renditen werden bei der finanzgestützten Methode (siehe dazu Kapitel 6.4.3.2) bestimmt. Ferner ist es möglich, nicht den ganzen Markt zu vergleichen, sondern den Vergleich nur auf bestimmte Teilnehmer eines Marktes zu beziehen.<sup>271</sup>

In den folgenden Kapitel wird beispielhaft auf die Bestimmung des kartellbedingten Preises eingegangen, wie aber bereits erwähnt, können mit den nachfolgenden Methoden auch andere Zielvariablen bestimmt werden.

---

<sup>268</sup> *Inderst/Thomas*, Schadenersatz bei Kartellverstößen, 141.

<sup>269</sup> *EK*, Praktischer Leitfaden zur Ermittlung des Schadensumfangs, RZ 33.

<sup>270</sup> *EK*, Praktischer Leitfaden zur Ermittlung des Schadensumfangs, RZ 34.

<sup>271</sup> *EK*, Praktischer Leitfaden zur Ermittlung des Schadensumfangs, RZ 35.

#### 6.4.1.2 Zeitliche Vergleichsmethode auf demselben Markt

Beim zeitlichen Vergleich auf demselben Markt können verschiedene Zeitpunkte als Basis für das zuwiderhandlungsfreie Szenario dienen. Einerseits können die Preise vor dem rechtswidrigen Verhalten mit den kartellbedingten Preisen verglichen werden, andererseits kann der Bezugszeitpunkt der zu vergleichenden Preise auch nach Beendigung des Kartells gewählt werden. Ein Vergleich der Preise vor dem Zustandekommen eines Kartells mit den Preisen, die während des Vorhandenseins des Kartells herrschen, und mit Preisen, die nach einer Kartellperiode vorliegen, ist ebenso zulässig.<sup>272</sup>

Eine Voraussetzung dieser Methode ist, dass der genaue Beginn und das genaue Ende eines Kartells bekannt sein müssen. Kartelle beginnen und enden nicht immer zu einem bestimmten Zeitpunkt, manchmal können sie sich langsam aufbauen und auch wieder langsam abnehmen. Die Auswirkungen von Kartellen enden ebenfalls nicht immer sofort, nachdem das Kartell beendet wurde. Kommt es beispielsweise zu einem Verdrängen von Wettbewerbern, kann ein zeitlicher Vergleich, der als Bezugszeitpunkt einen Zeitpunkt nach einem Kartell wählt, nicht mehr angewendet werden.<sup>273</sup> Des Weiteren können die Preise nach einem Kartell vom Wissen der einzelnen ehemaligen Kartellanten weiterhin derart beeinflusst werden, dass es zu einer Verfälschung der Preise kommt.<sup>274</sup>

Realistisch betrachtet ist es nicht möglich, einen Zeitpunkt zu finden, der genau einer Situation entspricht, die ohne ein rechtswidriges Verhalten vorherrschen würde. Es können immer nur hinreichend ähnliche Situationen bzw. Zeitpunkte bestimmt werden.<sup>275</sup> Teilweise kann es zielführend sein, einen Durchschnittswert von zwei Bezugszeiträumen oder beispielsweise einen Branchendurchschnittspreis zu bilden.<sup>276</sup>

#### 6.4.1.3 Vergleich mit ähnlich räumlichem Markt

Kommt es zu einem Vergleich auf einem räumlich ähnlichen Markt, werden für die Herstellung eines Szenarios ohne rechtswidriges Verhalten Daten verwendet, die zu einem identischen Zeitpunkt auf einem anderen Markt vorzufinden sind. Der Zeitraum für die Datenbeobachtung ist der Zeitraum des Kartellbestehens.<sup>277</sup> Bei einem Vergleich von kartellbedingten Daten mit den Daten eines räumlich ähnlichen Marktes muss nicht zwingend der gesamte Markt für die Vergleichsdaten beobachtet werden. Es kann auch durchaus sein, dass sich Vergleichsdaten nur auf bestimmte Marktteilnehmer beziehen.<sup>278</sup> Zu beachten ist

---

<sup>272</sup> EK, Praktischer Leitfaden zur Ermittlung des Schadensumfangs, RZ 39.

<sup>273</sup> Brand, Schadenersatz im Kartellrecht, 215.

<sup>274</sup> EK, Praktischer Leitfaden zur Ermittlung des Schadensumfangs, RZ 45.

<sup>275</sup> EK, Praktischer Leitfaden zur Ermittlung des Schadensumfangs, RZ 43.

<sup>276</sup> EK, Praktischer Leitfaden zur Ermittlung des Schadensumfangs, RZ 47f.

<sup>277</sup> EK, Praktischer Leitfaden zur Ermittlung des Schadensumfangs, RZ 49.

<sup>278</sup> EK, Praktischer Leitfaden zur Ermittlung des Schadensumfangs, RZ 49.

aber, dass beispielsweise entstandene Preisunterschiede, die nichts mit dem rechtswidrigen Verhalten zu tun haben, bei dem Vergleich nicht mit einbezogen werden dürfen.<sup>279</sup> Ist ein starker Unterschied zwischen den zu vergleichenden Märkten vorhanden, ist die Abgrenzung der Effekte, die nicht aus einem kartellbedingten Verstoß entstanden sind, umso schwieriger.<sup>280</sup>

Einerseits können bei dieser Vergleichsart Preise oder Gewinnspannen miteinander verglichen werden, ebenso können aber auch Kapitalrenditen, Marktanteile und Kostenniveaus miteinander verglichen werden.<sup>281</sup>

Diese Art der Vergleiche kann am besten angewendet werden, wenn der zu vergleichende Markt zu dem Markt, wo das Kartell vorhanden ist, sehr ähnlich ist. Die am zu vergleichenden Markt gehandelten Produkte sollten in weiterer Folge gleich bzw. hinreichend ähnlich sein.<sup>282</sup> Kommt es zu einem Vergleich zwischen zwei Märkten, die räumlich gesehen benachbarte Gebiete sind, wird angenommen, dass die beiden Märkte ausreichend ähnlich sind.<sup>283</sup> Die angenommene Ähnlichkeit des Vergleichsmarktes muss aber bei dieser Vergleichsmethode, wie bereits erwähnt, nicht gesamtheitlich gegeben sein. Dies bedeutet, dass beispielsweise nur eine bestimmte Kundengruppe betrachtet werden kann.<sup>284</sup> Die Definition eines räumlich relevanten Marktes ist in Kapitel 3.6.2 zu finden. Diese Definition ist wichtig, um einen geeigneten anderen ähnlich räumlichen Markt zu finden. Der räumlich relevante Markt ist der Kartellmarkt und der andere ähnlich räumliche Markt ist der zu findende Vergleichsmarkt.

### 6.4.1.4 Vergleich mit ähnlich sachlichem Markt

Vergleiche auf einem ähnlich sachlichen Markt stützen sich immer auf die Vergleichbarkeit der Produkte. Die Produkte befinden sich auf denselben räumlichen Märkten. Die Märkte sind allerdings andere ähnlich sachliche Märkte. Dies bedeutet, dass unterschiedliche sachliche Märkte miteinander verglichen werden, jedoch liegen bei diesen Märkten ähnliche Merkmale vor.<sup>285</sup> Die Definition eines sachlich relevanten Marktes ist in Kapitel 3.6.1 zu finden und muss für das Auffinden eines anderen ähnlich sachlichen Marktes herangezogen werden. Der sachlich relevante Markt bezieht sich hierbei auf den Kartellmarkt und der andere ähnlich sachliche Markt ist der aufzufindende Vergleichsmarkt.

---

<sup>279</sup> Brand, Schadenersatz im Kartellrecht, 216.

<sup>280</sup> Inderst/Thomas, Schadenersatz bei Kartellverstößen, 148.

<sup>281</sup> EK, Praktischer Leitfaden zur Ermittlung des Schadensumfangs, RZ 49.

<sup>282</sup> EK, Praktischer Leitfaden zur Ermittlung des Schadensumfangs, RZ 50.

<sup>283</sup> EK, Praktischer Leitfaden zur Ermittlung des Schadensumfangs, RZ 51.

<sup>284</sup> EK, Praktischer Leitfaden zur Ermittlung des Schadensumfangs, RZ 52.

<sup>285</sup> EK, Praktischer Leitfaden zur Ermittlung des Schadensumfangs, RZ 54.

Um einen dementsprechenden Vergleich bzw. das zuwiderhandlungsfreie Szenario aufstellen zu können, werden die Daten des ähnlich sachlichen Marktes im gleichen geografischen Markt benötigt bzw. herangezogen.<sup>286</sup> Der zeitliche Bezugspunkt für die Datenbetrachtung ist der Zeitraum der rechtswidrigen Handlung.<sup>287</sup>

### 6.4.1.5 Kombination von zeitlichen und marktbezogenen Methoden

Eine Kombination einer zeitlichen Vergleichsmethode mit einer marktbezogenen Vergleichsmethode ist nur dann möglich, wenn eine ausreichend große Anzahl von Daten für den Vergleich vorhanden ist. Diese Art des Vergleiches wird als Differenz-der-Differenz-Methode bezeichnet. Bei dieser Methode werden in einem gleichen Zeitraum zwei Vergleiche über die Entwicklung der zu vergleichenden Variable aufgestellt. Die Vergleiche erfolgen auf unterschiedlichen Märkten, entweder auf einem ähnlich räumlichen Markt oder auf einem ähnlich sachlichen Markt. Einerseits wird die zeitliche Entwicklung der Bezugsvariable auf dem Markt betrachtet, der von dem Kartell betroffen ist. Andererseits wird ein Markt ohne rechtswidriges Verhalten über die Zeit betrachtet. Diese beiden zeitlichen Vergleiche werden wiederum miteinander verglichen.<sup>288</sup>

### 6.4.2 Empirische Vergleichsmarktmethoden

Empirische Vergleichsmarktmethoden werden auf verschiedenen Vergleichsmärkten angewendet.<sup>289</sup> Die einzelnen unterschiedlichen Betrachtungsweisen der Märkte können dem vorhergehendem Kapitel entnommen werden. Ist eine konkrete Art des Vergleichs gewählt worden, kann mit Hilfe der empirischen Vergleichsmarktmethoden am gewählten Markt ein Preis oder, wie bereits erwähnt, ein anderer gewünschte Vergleichsparameter ohne rechtswidriges Verhalten bestimmt werden. Die empirischen Vergleichsmarktmethoden unterscheiden sich in der Komplexität.<sup>290</sup> Die Komplexität der einzelnen Methoden ist von der Anzahl der berücksichtigten Einflussfaktoren, welche den Preis verändert haben könnten, abhängig. Wichtig ist allerdings, dass diese Faktoren nicht aus dem rechtswidrigen Verhalten des Kartells resultieren.<sup>291</sup>

Die Anzahl der verfügbaren Daten für empirische Vergleichsmarktmethoden kann stark variieren. Es ist durchaus möglich, dass nur eine geringe Anzahl von Daten vorhanden ist.

---

<sup>286</sup> *Gugler*, Schadenersatz bei Kartellverstößen, 6.

<sup>287</sup> *Inderst/Thomas*, Schadenersatz bei Kartellverstößen, 151.

<sup>288</sup> *EK*, Praktischer Leitfaden zur Ermittlung des Schadensumfangs, RZ 56.

<sup>289</sup> *Inderst/Thomas*, Schadenersatz bei Kartellverstößen, 155.

<sup>290</sup> *Brand*, Schadenersatz im Kartellrecht, 219.

<sup>291</sup> *Inderst/Thomas*, Schadenersatz bei Kartellverstößen, 156.

Dies ist beispielsweise bei Ausschreibungsmärkten der Fall. Ausschreibungsmärkte verfügen über keine Regelmäßigkeit der Ausschreibungen. Wird ein Schadenersatzanspruch auf dieser Basis geltend gemacht, liegt womöglich nur ein kartellbedingter Ausschreibungspreis vor. Das gleiche Problem findet sich bei Branchen, die mit Langzeitverträgen arbeiten. Werden Schadensberechnungen mit geringen Datenmengen durchgeführt, ist darauf zu achten, dass diese repräsentativ sind.<sup>292</sup>

#### 6.4.2.1 Benötigte Daten

Die nachstehende Tabelle gibt einen Überblick der benötigten Daten zur Anwendung der verschiedenen empirischen Vergleichsmarktmethoden in Abhängigkeit des gewählten Vergleichsmarktes wieder.

	Zeitliche Vergleichsmethode auf demselben Markt	Vergleich mit ähnlich räumlichen Markt	Vergleich mit ähnlich sachlichen Markt	Kombination von zeitlichen und marktbezogenen Methoden
<b>Einzelwertvergleiche</b>	Einzelwerte	Einzelwerte	Einzelwerte	Einzelwerte
<b>Durchschnittsvergleiche</b>	mehrere Datenbeobachtungen	mehrere Datenbeobachtungen	mehrere Datenbeobachtungen	mehrere Datenbeobachtungen
<b>Interpolation/Extrapolation</b>	Zeitreihen			
<b>Regressionsanalyse</b>	Datensätze aus Zeitreihen	Reihe von Beobachtungen	Reihe von Beobachtungen	Datensätze aus Zeitreihen und Reihe von Beobachtungen

Tabelle 2: Benötigte Daten zur Anwendung von empirischen Vergleichsmarktmethoden

<sup>292</sup> EK, Praktischer Leitfaden zur Ermittlung des Schadensumfangs, RZ 64.

### 6.4.2.2 Einzelwertvergleiche

Eine Möglichkeit eine empirische Vergleichsmarktmethode durchzuführen ist es, Daten, die auf einem kartellbedingten Markt vorliegen, mit Daten des zuwiderhandlungsfreien Szenarios zu vergleichen und somit mit Hilfe einer Differenzbildung beispielsweise den kartellbedingten Preisaufschlag zu ermitteln.<sup>293</sup> Dabei werden keine anderen möglichen Einflussparameter berücksichtigt.

### 6.4.2.3 Durchschnittsvergleiche

Liegen zum gewünschten Vergleichsparameter mehrere Daten aus den Vergleichsmärkten vor, kann daraus ein Durchschnitt gebildet werden. Dieser Datendurchschnitt bezieht sich auf Vergleichsparameter, die sich ohne das rechtswidrige Verhalten eingestellt hätten. Dieser wird mit einem Datendurchschnitt verglichen, der sich aus Daten vom Kartellmarkt ergibt.<sup>294</sup>

Der Durchschnittsvergleich kann sich, wie schon zu Beginn erwähnt, auf verschiedene Vergleichsmärkte beziehen.<sup>295</sup> Die verschiedenen Vergleichsmärkte sind im Kapitel 6.4.1 nachzulesen. Voraussetzung für die Anwendung eines Durchschnittsvergleichs ist eine hohe Vergleichbarkeit des vom Kartell betroffenen Marktes und des Vergleichsmarktes. Des Weiteren müssen sich alle Unterschiede, beispielsweise bei einem Preisvergleich, aus dem rechtswidrigen Verhalten ergeben.<sup>296</sup> Resultieren Unterschiede nicht nur aus dem kartellbedingten rechtswidrigen Verhalten, müssten die Daten angepasst werden. Anpassungen werden nur dann nötig, wenn es zu Verzerrungen der Durchschnittswerte kommt.<sup>297</sup> Des Weiteren ist es wichtig, dass immer nur die gleichen gewählten Parameter miteinander verglichen werden.<sup>298</sup>

Wird nun beispielsweise der kartellbedingte Preisaufschlag in Bezug auf einen räumlich ähnlichen Vergleichsmarkt berechnet, wird die Differenz des durchschnittlichen kartellbedingten Preises und des durchschnittlichen Vergleichsmarktpreises gebildet.<sup>299</sup>

Zu den vorhin erwähnten Verzerrungen kann es vor allem bei der Anwendung der empirischen Vergleichsmarktmethode bei einem zeitlichen Vergleich kommen. Um

---

<sup>293</sup> EK, Praktischer Leitfaden zur Ermittlung des Schadensumfangs, RZ 60.

<sup>294</sup> EK, Praktischer Leitfaden zur Ermittlung des Schadensumfangs, RZ 65.

<sup>295</sup> EK, Praktischer Leitfaden zur Ermittlung des Schadensumfangs, RZ 65.

<sup>296</sup> Brand, Schadenersatz im Kartellrecht, 219.

<sup>297</sup> Inderst/Thomas, Schadenersatz bei Kartellverstößen, 157.

<sup>298</sup> EK, Praktischer Leitfaden zur Ermittlung des Schadensumfangs, RZ 66.

<sup>299</sup> Inderst/Thomas, Schadenersatz bei Kartellverstößen, 157.

Verzerrungen zu vermeiden, kann der Vergleich durch eine Kombination von zeitlichem und räumlichem Vergleichsmarkt (siehe dazu Kapitel 6.4.1.3) erfolgen.<sup>300</sup>

Der Datendurchschnitt kann auf zwei Varianten berechnet werden. Einerseits kann das arithmetische Mittel gebildet werden. Andererseits ist es durchaus gängig, einen Median zu verwenden. Die Medianbildung kann ebenfalls ergänzend zum arithmetischen Mittel angewendet werden oder als Kontrolle heran gezogen werden. Im Vergleich zum arithmetischen Mittel kommt es bei der Medianbildung zu keiner Verfälschung des Durchschnittswertes bei Ausreißerwerten.

Werden große Abweichungen zwischen den Durchschnitten bei dem arithmetischen Mittel und dem Median festgestellt, müssen die Ergebnisse überprüft werden.<sup>301</sup>

Ob die berechneten Unterschiede aus den Durchschnittswerten vom kartellbedingten Markt und dem Vergleichsmarkt hinreichend belastbar sind, kann mit Hilfe von statistischen Methoden überprüft werden. Diese statistischen Methoden basieren einerseits auf der Signifikanz und andererseits auf dem Konfidenzintervall.<sup>302</sup>

Beim Überprüfen der Signifikanz ist die Anzahl der verwendeten Daten ausschlaggebend. Die Überprüfung erfolgt mit einem direkten Test. Dieser stellt fest, ob eine ausreichende Belastbarkeit des Unterschiedes der berechneten Mittelwerte vorliegt.<sup>303</sup>

Erfolgt die Überprüfung mit einem Konfidenzintervall, können unterschiedliche Intervalle angefertigt werden.

Entweder wird für jeden einzelnen Mittelwert ein Konfidenzintervall erstellt, oder es wird direkt die Differenz betrachtet.<sup>304</sup> Liegt nun beispielsweise ein enges Konfidenzintervall vor, kann daraus abgeleitet werden, dass die berechneten Werte stärker belastbar sind als jene bei denen ein weites Konfidenzintervall vorliegt. Ein engeres Konfidenzintervall und eine daraus resultierende stärkere Belastbarkeit ergibt sich typischerweise aus einer großen Anzahl von Daten.<sup>305</sup>

### 6.4.2.4 Methode der linearen Interpolation und Extrapolation

Eine weitere empirische Vergleichsmarktmethode ist die lineare Interpolation. Bei dieser Methode wird aus einer gewählten Datenreihe ein kontrafaktischer Vergleichswert

---

<sup>300</sup> *Inderst/Thomas*, Schadenersatz bei Kartellverstößen, 157.

<sup>301</sup> *Inderst/Thomas*, Schadenersatz bei Kartellverstößen, 157f.

<sup>302</sup> *Inderst/Thomas*, Schadenersatz bei Kartellverstößen, 158.

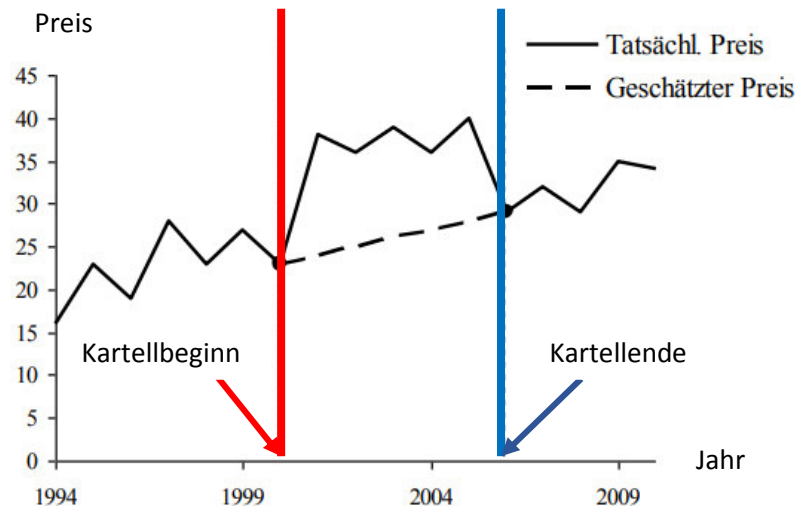
<sup>303</sup> *Inderst/Thomas*, Schadenersatz bei Kartellverstößen, 159.

<sup>304</sup> *Inderst/Thomas*, Schadenersatz bei Kartellverstößen, 158.

<sup>305</sup> *Inderst/Thomas*, Schadenersatz bei Kartellverstößen, 159.

bestimmt.<sup>306</sup> Die Datenreihe wird mit der Methode des zeitlichen Vergleichsmarktes bestimmt.

Die nachfolgende Abbildung soll die Vorgehensweise verständlicher machen:



**Abbildung 4: Lineare Interpolation aus: EK, Praktischer Leitfaden zur Ermittlung des Schadensumfangs, RZ 67.<sup>307</sup>**

Die in Abbildung 4 verwendete Datenreihe beinhaltet nur Preise. Diese Preise wurden über mehrere Jahre beobachtet. Innerhalb des Beobachtungszeitraumes kam es zur Bildung eines Kartells. Die in rot dargestellte Linie kennzeichnet den Preis vor der rechtswidrigen Handlung bzw. vor dem Kartell. In Blau ist der erste Preis nach dem rechtswidrigen Verhalten zu erkennen.<sup>308</sup> Der tatsächliche Verlauf der Preise vor, während und nach dem rechtswidrigen Verhalten ist in schwarz, mit einer durchgezogenen Linie, dargestellt. Um einen nicht kartellbedingten Preis während des Bestehens des Kartells schätzen zu können, wird eine Linie zwischen der roten und blauen Linie gezogen - verdeutlicht mit einer schwarzen unterbrochenen Linie. Diese Linie stellt die lineare Interpolation dar.<sup>309</sup> Preise, die auf dieser Linie liegen, sind interpolierte zuwiderhandlungsfreie bzw. kontrafaktische Preise während des Kartells. Durch diese gezogene Linie kann zu jedem Zeitpunkt des rechtswidrigen Verhaltens ein Vergleichswert für den Preis abgelesen werden.

Bei der linearen Interpolation können vom Kartell unabhängige Trends weitestgehend berücksichtigt werden. Ein Preisanstieg kann nicht nur kartellbedingt sein, sondern kann sich auch durch positive Trends ergeben.<sup>310</sup> Dagegen wird bei den Vergleichsmarktmethoden ein

<sup>306</sup> EK, Praktischer Leitfaden zur Ermittlung des Schadensumfangs, RZ 67.

<sup>307</sup> EK, Praktischer Leitfaden zur Ermittlung des Schadensumfangs, RZ 67.

<sup>308</sup> EK, Praktischer Leitfaden zur Ermittlung des Schadensumfangs, RZ 67.

<sup>309</sup> EK, Praktischer Leitfaden zur Ermittlung des Schadensumfangs, RZ 67.

<sup>310</sup> Brand, Schadenersatz im Kartellrecht, 219.



Trend nur dann berücksichtigt, wenn er sich in gleicher Weise auch auf dem Vergleichsmarkt ergeben hat.

Die lineare Extrapolation funktioniert ähnlich wie die lineare Interpolation. Bei der linearen Extrapolation wird die in Abbildung 4 unterbrochene schwarze Linie nicht wie bei der linearen Interpolation zwischen zwei Bezugspunkten gezogen, sondern wird nur mit Hilfe einer Linie aus der vorhergehenden oder nachfolgenden Datenreihe von einem einzigen Bezugspunkt aus gezeichnet bzw. verlängert.<sup>311</sup> Der Bezugszeitpunkt kann sich einerseits auf Datenreihen beziehen, die vor dem rechtswidrigen Verhalten beobachtet wurden, oder dieser bezieht sich auf Daten, die nach Kartellende vorhanden sind.<sup>312</sup>

### 6.4.2.5 Regressionsanalyse

Regressionsanalysen werden auch als Preisvorhersageverfahren bezeichnet. Die Regressionsanalyse stellt eine statistische Technik dar. Für solche statistischen Techniken sind allerdings große Datenmengen erforderlich. Diese Daten können sich wiederum aus Zeitreihen oder Vergleichsmärkten ergeben.<sup>313</sup>

Das Analyseprinzip jeder Regressionsanalyse ist es, Untersuchungen über verschiedene Beziehungsmuster von ökonomischen Variablen untereinander durchzuführen. Auf dieser Basis werden Messungen durchgeführt, die widerspiegeln, ob und in welchem Umfang Zielvariablen von mehreren nicht kartellbedingten Einflussfaktoren verändert werden.<sup>314</sup> Hierbei handelt es sich um multiple Regressionsanalysen.<sup>315</sup> Bei diesen Zielvariablen kann es sich um Preise, Umsätze oder Marktanteile handeln. Ebenfalls können Gewinnmargen oder Produktionskosten zu den möglichen Zielvariablen gezählt werden.<sup>316</sup> Nicht kartellbedingte Einflussfaktoren können unter anderem Rohstoffkosten, Schwankungen bei der Nachfrage und Eigenschaften einer Produktion sein.<sup>317</sup> Auch der Marktkonzentrationsgrad wird zu den nicht kartellbedingten Einflussfaktoren gezählt. Die Regressionsanalyse stellt dennoch eine Schätzung dar, welche die Wechselwirkungen zwischen den Zielvariablen und den nicht kartellbedingten Einflussfaktoren abschätzt.<sup>318</sup>

Regressionsanalysen können bei jeder beliebigen Vergleichsmethode, egal ob es zu einem zeitlichen Vergleich oder zu einem Vergleich auf einem ähnlich räumlichen oder sachlichen

---

<sup>311</sup> *EK*, Praktischer Leitfaden zur Ermittlung des Schadensumfangs, RZ 67.

<sup>312</sup> *Inderst/Thomas*, Schadenersatz bei Kartellverstößen, 161.

<sup>313</sup> *EK*, Praktischer Leitfaden zur Ermittlung des Schadensumfangs, RZ 69.

<sup>314</sup> *Brand*, Schadenersatz im Kartellrecht, 220.

<sup>315</sup> *EK*, Praktischer Leitfaden zur Ermittlung des Schadensumfangs, RZ 77.

<sup>316</sup> *EK*, Praktischer Leitfaden zur Ermittlung des Schadensumfangs, RZ 69.

<sup>317</sup> *Brand*, Schadenersatz im Kartellrecht, 220.

<sup>318</sup> *EK*, Praktischer Leitfaden zur Ermittlung des Schadensumfangs, RZ 69f.

Markt kommt, angewendet werden. Dies bedeutet, dass alle zuvor angeführten Vergleichsmethoden mit Hilfe der Regressionsanalyse umgesetzt werden können, sofern eine ausreichende Datenmenge vorhanden ist. Des Weiteren ist es von großer Bedeutung, dass ein umfangreiches Wissen über den betreffenden Wirtschaftszweig, in dem die Analyse stattfindet, besteht.<sup>319</sup>

Grundsätzlich können Regressionsanalysen auf zwei verschiedenen Annahmen beruhen, bzw. unter zwei verschiedenen Ansätzen durchgeführt werden. Man unterscheidet die Prognosemethode und die Methode mit Dummy-Variablen.<sup>320</sup>

Bei beiden Ansätzen wird durch eine Regressionsgleichung versucht, beispielsweise die vorliegenden Preise mit Einflussfaktoren, welche sich aus der Nachfrage, der Wettbewerbsstruktur oder durch die Angebotsseite ergeben, zu erklären.<sup>321</sup> Wesentliche Unterschiede der beiden Ansätze sind einerseits die Betrachtungsweise der zu vergleichenden Daten und andererseits die Vorgehensweise. Bei der Prognosemethode werden drei Schritte für die Berechnung des rechtswidrigen Preisaufschlages benötigt, bei der Methode mit Dummy-Variablen hingegen werden diese Schritte von Anfang an kombiniert.<sup>322</sup>

Die Prognosemethode verwendet für die Erstellung der Regressionsgleichung, welche den ersten Berechnungsschritt darstellt, ausschließlich Daten aus einem Markt, auf dem kein Kartell herrscht, bzw. werden Daten aus einem Zeitraum verwendet, zu dem kein rechtswidriges Verhalten bestand.<sup>323</sup> Durch diesen Ansatz werden im zweiten Schritt die Preise der Geschädigten ohne rechtswidriges Verhalten geschätzt. Die Differenzbildung vom geschätzten und tatsächlichen Preis, bildet den dritten und letzten Schritt der Prognosemethode.<sup>324</sup>

Hingegen verarbeitet die Methode mit Dummy-Variablen zusätzliche Daten, die aus einem kartellbedingten Markt bzw. Zeitraum stammen.<sup>325</sup> Wird die Regressionsgleichung mit Hilfe der Dummy-Variablen-Methoden aufgestellt, enthält diese Gleichung die sogenannte Indikatorvariable. Die Indikatorvariable oder auch Dummy-Variable berücksichtigt kartellbedingte Auswirkungen, die die gesuchte Zielvariable beispielsweise den Preis beeinflussen können.<sup>326</sup> Mit der Dummy-Variablen-Methode lassen sich einerseits absolute, andererseits aber auch prozentuelle Preisaufschläge abschätzen.<sup>327</sup> Die Dummy-Variablen-Methode kann dann zielführender als die Prognosemethode sein, wenn zu wenig Daten aus

---

<sup>319</sup> *Brand*, Schadenersatz im Kartellrecht, 221.

<sup>320</sup> *Brand*, Schadenersatz im Kartellrecht, 221.

<sup>321</sup> *Gugler*, Schadenersatz bei Kartellverstößen, 8.

<sup>322</sup> *EK*, Praktischer Leitfaden zur Ermittlung des Schadensumfangs, RZ 79.

<sup>323</sup> *Brand*, Schadenersatz im Kartellrecht, 221.

<sup>324</sup> *EK*, Praktischer Leitfaden zur Ermittlung des Schadensumfangs, RZ 79.

<sup>325</sup> *Brand*, Schadenersatz im Kartellrecht, 221.

<sup>326</sup> *EK*, Praktischer Leitfaden zur Ermittlung des Schadensumfangs, RZ 71.

<sup>327</sup> *Brand*, Schadenersatz im Kartellrecht, 221.

einem nicht kartellbedingten Markt bzw. Zeitraum vorhanden sind, oder wenn die Prognosemethode nicht hinreichend genaue Prognosen eines Wirtschaftszweiges liefert. Eine Kombination aus beiden Methoden kann ebenfalls zu genaueren Prognosen führen.<sup>328</sup>

Die Ergebnisse einer Regressionsanalyse können entweder als Punktschätzungen dargestellt werden oder als Konfidenzintervall verdeutlicht werden. Mit dem Konfidenzintervall können die auftretenden Unsicherheiten der Schätzung besser dargestellt werden.<sup>329</sup> Eine weitere Möglichkeit, Unsicherheiten zu überprüfen ist die bereits erwähnte Methode der statistischen Signifikanz. Beispielsweise kann für die zu widerlegende Null-Hypothese angenommen werden, dass das rechtswidrige Verhalten keinen Einfluss auf die Zielvariable hat. Wird diese Hypothese durch das Ergebnis der Regressionsanalyse widerlegt, sind die Ergebnisse statistisch signifikant.<sup>330</sup>

### 6.4.3 Simulationsmethoden

Simulationsmethoden bzw. Simulationsmodelle werden verwendet, um Vorhersagen über mögliche Effekte eines Kartells zu treffen bzw. um einen kontrafaktischen Preis zu simulieren.<sup>331</sup> Die ermittelten Effekte des Kartells können sich auf das Angebot, auf den Preis oder auch auf Gewinnspannen beziehen.<sup>332</sup> Des Weiteren können Vorhersagen bezüglich des Produktionsvolumens getroffen werden.<sup>333</sup> Um konkrete Vorhersagen treffen zu können, müssen sehr komplexe Daten vorhanden sein. Sind diese nicht vorhanden, können Regressionsanalysen, siehe Kapitel 6.4.2.5, als Unterstützung herangezogen werden.<sup>334</sup> Abhängig von den benötigten Eingangsdatenreihen können sich entweder einfache oder komplexe Simulationsmodelle ergeben.<sup>335</sup>

Simulationsmodelle folgen immer einem wesentlichen Prinzip. Sie müssen fähig sein, die ausschlaggebenden Einflussfaktoren betreffend Angebot und Nachfrage wiederzugeben. Durch eine Reihe von mathematischen Gleichungen werden diese Einflussfaktoren, unter Berücksichtigung gewisser Parameter, dargestellt. Diese Parameter wiederum beruhen auf Annahmen, Schätzungen oder sie sind bekannt.<sup>336</sup> Festzuhalten ist, dass Simulationsmodelle immer nur Annäherungen an ein reales Verhalten bzw. an einen realen

---

<sup>328</sup> EK, Praktischer Leitfaden zur Ermittlung des Schadensumfangs, RZ 72.

<sup>329</sup> EK, Praktischer Leitfaden zur Ermittlung des Schadensumfangs, RZ 86.

<sup>330</sup> EK, Praktischer Leitfaden zur Ermittlung des Schadensumfangs, RZ 87.

<sup>331</sup> Inderst/Thomas, Schadenersatz bei Kartellverstößen, 190.

<sup>332</sup> Brand, Schadenersatz im Kartellrecht, 221.

<sup>333</sup> EK, Praktischer Leitfaden zur Ermittlung des Schadensumfangs, RZ 97.

<sup>334</sup> Brand, Schadenersatz im Kartellrecht, 221.

<sup>335</sup> EK, Praktischer Leitfaden zur Ermittlung des Schadensumfangs, RZ 104.

<sup>336</sup> EK, Praktischer Leitfaden zur Ermittlung des Schadensumfangs, RZ 100.

Markt sein können, da sich diese teilweise aus theoretischen Annahmen und nur teilweise tatsächlichen Gegebenheiten ergeben.<sup>337</sup>

Basis dieser Berechnungsmethode bilden industrieökonomische Modelle. Industrieökonomische Modelle beziehen sich auf ein Marktverhalten. Auf Grund von Untersuchungen der Marktfunktionsweise und des am Markt vorhandenen Wettbewerbs können die möglichen Effekte eines Kartells vorhergesagt werden.<sup>338</sup> Bei dieser Methode werden nicht zwingend Beobachtungen auf Vergleichsmärkten benötigt, sondern die Simulation erfolgt über reine Annahmen über den kartellbeeinflussten Markt.<sup>339</sup> Eingangsparameter der einzelnen Simulationsmodelle können unter anderem Informationen über Kosten und Gewinnmargen sein, andererseits können auch der jeweilige Marktanteil und Nachfrageelastizitäten als Informationsquelle dienen. Diese Informationen können direkt aus dem kartellbedingten Markt abgeleitet werden oder, wenn dies nicht möglich ist, werden Regressionsanalysen hinzugezogen.<sup>340</sup>

Wurden beispielweise kontrafaktische Preise simuliert, welche ohne Kartellbildung von einem Unternehmen bzw. von dem Kunden bezahlt worden wären, können diese kontrafaktischen Preise von den tatsächlich bezahlten Preisen abgezogen werden. Daraus ergibt sich der kartellbedingte Preisaufschlag.

Es gibt verschiedene Arten von Simulationsmodellen, nachfolgend werden das Modell der vollkommenen Konkurrenz, das Monopolmodell und das Oligopolmodell beschrieben.

### 6.4.3.1 Vollkommene Konkurrenz

Das Modell der vollkommenden Konkurrenz bildet ein Extrem der Simulationsmodelle.<sup>341</sup> Bei diesem Modell wird ein vollkommener Wettbewerb angenommen. Darüber hinaus gibt es keine Markteintrittsbarrieren, was wiederum bedeutet, dass neue Wettbewerber einfach auf den Markt gelangen können. Auf Grund des hohen Wettbewerbs senken die Unternehmen ihre Preise, was zur Folge hat, dass beispielsweise die letzte produzierte Produkteinheit mit den angesetzten Verkaufspreisen gerade die Produktionskosten abdecken.<sup>342</sup> Können Unternehmen nicht zu dem vom Wettbewerb bestimmten Preis kostendeckend produzieren, scheiden sie aus dem Markt aus. Bei diesem Modell fallen die kontrafaktischen Preise am

---

<sup>337</sup> EK, Praktischer Leitfaden zur Ermittlung des Schadensumfangs, RZ 104.

<sup>338</sup> EK, Praktischer Leitfaden zur Ermittlung des Schadensumfangs, RZ 97.

<sup>339</sup> Inderst/Thomas, Schadenersatz bei Kartellverstößen, 190.

<sup>340</sup> Inderst/Thomas, Schadenersatz bei Kartellverstößen, 190.

<sup>341</sup> Brand, Schadenersatz im Kartellrecht, 221.

<sup>342</sup> Inderst/Thomas, Schadenersatz bei Kartellverstößen, 192.

niedrigsten aus.<sup>343</sup> Die Absatzmengen hingegen sind im Vergleich zu den anderen Simulationsmodellen am höchsten.<sup>344</sup>

### 6.4.3.2 Monopolmodelle

Das Monopolmodell stellt den genauen Gegensatz zum Modell der vollkommenen Konkurrenz dar. Ein Wettbewerb ist bei dem Monopolmodell nicht vorhanden. Nur ein Unternehmen ist am Markt aktiv und stellt somit den Monopolisten dar. Dieser Monopolist kann somit seinen Gewinn erheblich vergrößern. Eine Gewinnerhöhung kann dadurch erzielt werden, dass der Grenzertrag der angebotenen Produkte die Grenzkosten übersteigt.<sup>345</sup> Bei dieser Art des Simulationsmodells ist die Absatzmenge im Vergleich zu den erwähnten Simulationsmodellen am geringsten, jedoch liegen die Verkaufspreise deutlich über den anderen Modellen.<sup>346</sup>

### 6.4.3.3 Oligopolmodell

Oligopolmodelle liegen zwischen den beiden oben beschriebenen Extremen. Oligopolmodellergebnisse sind unter anderem stark von der Unternehmensanzahl am Markt, Nachfragemerkmalen, Produktkapazitäten, Kostenstrukturen und möglichen Markteintrittsschranken abhängig.<sup>347</sup>

Bei Oligopolmodellen werden zwei verschiedene Modelle unterschieden. Beide sind auf Wirtschaftswissenschaftler zurückzuführen. Das Oligopolmodell nach *Bertrand* arbeitet mit einem Markt, auf dem nur wenige Unternehmen vorhanden sind und diese ihren Wettbewerb über Preise betreiben.<sup>348</sup> Die vorhandenen Unternehmen bieten homogene Güter an. Die Absatzmengen resultieren aus dem Kaufverhalten der Konsumenten.<sup>349</sup>

Das Oligopolmodell nach *Cournot* verwendet ebenfalls einen Markt mit einer geringen Unternehmensanzahl, allerdings findet bei diesem Modell der Wettbewerb über die Produktionsmengen statt. Bevor Produktpreise festgelegt werden, bestimmen Unternehmen in Abhängigkeit ihrer Wettbewerber die Produktionsmengen.<sup>350</sup> Hier ergeben sich demnach die Preise aus der Zahlungsbereitschaft der Konsumenten.<sup>351</sup>

---

<sup>343</sup> *Inderst/Thomas*, Schadenersatz bei Kartellverstößen, 192f.

<sup>344</sup> *EK*, Praktischer Leitfaden zur Ermittlung des Schadensumfangs, RZ 99.

<sup>345</sup> *Inderst/Thomas*, Schadenersatz bei Kartellverstößen, 193.

<sup>346</sup> *EK*, Praktischer Leitfaden zur Ermittlung des Schadensumfangs, RZ 99.

<sup>347</sup> *EK*, Praktischer Leitfaden zur Ermittlung des Schadensumfangs, RZ 99.

<sup>348</sup> *EK*, Praktischer Leitfaden zur Ermittlung des Schadensumfangs, RZ 98.

<sup>349</sup> *Inderst/Thomas*, Schadenersatz bei Kartellverstößen, 194.

<sup>350</sup> *EK*, Praktischer Leitfaden zur Ermittlung des Schadensumfangs, RZ 98.

<sup>351</sup> *Inderst/Thomas*, Schadenersatz bei Kartellverstößen, 195.

## 6.4.4 Aufbauende Methoden

In den vorherigen Kapitel wurde auf die beispielhafte Bestimmung des kontrafaktischen Preises eingegangen und streng zwischen den einzelnen Methoden differenziert. Die zwei nachfolgenden Berechnungsmethoden verwenden zur Bestimmung der Zielvariable ebenfalls entweder Vergleichsmärkte oder Simulationsmodelle, vergleichen aber andere Parameter als den Preis. Die kostenbasierte Methode verwendet Gewinnmargen basierend auf einem Vergleichsmarkt oder einem Simulationsmodell und bei der finanzgestützte Methode kann die benötigte Rendite ebenfalls entweder mit Hilfe eines Vergleichsmarktes oder eines Simulationsmodells bestimmt werden.

### 6.4.4.1 Kostenbasierte Methode

Die kostenbasierte Methode wird auch Kostenaufschlagsmethode oder Bottom-Up-Kostenmodell genannt.<sup>352</sup> Das grundsätzliche Berechnungsprinzip der kostenbasierten Methode ist es, zu vorhandenen durchschnittlichen Stückkosten eine geschätzte Gewinnmarge hinzu zu addieren. Durch diese Addition werden die kontrafaktischen Stückkostenpreise während des rechtswidrigen Verhaltens berechnet.<sup>353</sup> Diese kontrafaktischen Stückkostenpreise sind als Schätzwert anzusehen und werden mit den tatsächlich am kartellbeeinflussten Markt vorhandenen Stückkostenpreisen der zuwiderhandelnden Unternehmen verglichen bzw. wird dadurch eine Differenz gebildet um den kartellbedingten Preiszuschlag zu ermitteln.<sup>354</sup>

Die Vorgehensweise bei der kostenbasierten Methode kann in zwei Berechnungsschritte unterteilt werden. Zu Beginn der Berechnung müssen die Kosten pro Stück geschätzt werden. Dies erfolgt auf Basis der tatsächlichen Produktionskosten, welche bei einem Schädiger vorhanden sind.<sup>355</sup> Je nach Wirtschaftszweig sind unterschiedliche Produktionskostenarten zu berücksichtigen. Bei der anschließenden Berechnung der Gewinnspannen muss allerdings darauf geachtet werden, dass diese auf dem gleichen Berechnungsprinzip erfolgen. Werden beispielsweise variable Kosten für die Berechnung verwendet, muss dies bei der Berechnung der Gewinnspanne ebenfalls berücksichtigt werden.<sup>356</sup>

---

<sup>352</sup> EK, Praktischer Leitfaden zur Ermittlung des Schadensumfangs, RZ 106.

<sup>353</sup> Gugler, Schadenersatz bei Kartellverstößen, 9.

<sup>354</sup> EK, Praktischer Leitfaden zur Ermittlung des Schadensumfangs, RZ 107.

<sup>355</sup> EK, Praktischer Leitfaden zur Ermittlung des Schadensumfangs, RZ 109.

<sup>356</sup> EK, Praktischer Leitfaden zur Ermittlung des Schadensumfangs, RZ 108.

Ist die Gesamtanzahl der produzierten Stücke bekannt, können mit einer Divisionsrechnung die Kosten pro Stück ermittelt werden.<sup>357</sup> Produziert ein Unternehmen nur eine Art von Produkt, sind die Kosten leicht zu ermitteln. Informationen über die Gesamtkosten von Unternehmen können einerseits über Veröffentlichungen des jeweiligen Unternehmens oder über Jahresabschlüsse in öffentlichen Registern (Firmenbuch) gefunden werden. Des Weiteren können auch Daten aus der jeweiligen Buchhaltung von Unternehmen vorhanden sein, jedoch kann es sein, dass diese Daten angepasst werden müssen.<sup>358</sup> Die Kosten eines Wettbewerbs müssen dann beachtet werden, wenn der vorhandene Markt beispielsweise vom ineffizientesten Produzenten bestimmt wird.<sup>359</sup> Durchschnittliche Kosten müssen nicht zwingend als Grundlage der Stückkosten dienen, es können auch Grenzkosten oder langfristige inkrementelle Kosten als Berechnungsgrundlage herangezogen werden.<sup>360</sup>

Nach abgeschlossener Berechnung der Stückkosten muss die angemessene Gewinnspanne ermittelt bzw. geschätzt werden.<sup>361</sup> Die angemessene Gewinnspanne kann auf mehrere Arten bestimmt werden. Einerseits können Marktvergleiche oder zeitliche Vergleichsmethoden angewendet werden. Andererseits können ökonomische Modelle (siehe dazu Kapitel 6.4.3) zur Gewinnspannenschätzung herangezogen werden.<sup>362</sup> Wird die Berechnung mit Marktvergleichen durchgeführt, können sich die Vergleiche auf räumlich oder sachlich ähnliche, nicht vom Kartell betroffene, Vergleichsmärkte beziehen. Ein zuwiderhandlungsfreies Szenario wird dann auf Basis von Gewinnspannen gebildet, welche ähnliche Unternehmen auf einen vergleichbaren räumlichen oder sachlichen Markt erzielen. Bei der zeitlichen Vergleichsmethode werden Zeiträume vor oder nach dem Bestehen eines Kartells herangezogen. In diesen Zeiträumen werden die Gewinnspannen des zuwiderhandelnden Unternehmens als Basis für das zuwiderhandlungsfreie Szenario herangezogen. Voraussetzung dieser beiden Varianten ist es allerdings, dass die verglichenen Unternehmen bzw. Märkte hinreichend ähnlich sind.<sup>363</sup>

Die Variante des ökonomischen Modells zur Bestimmung der Gewinnspanne basiert auf dem Prinzip, dass aus einem ökonomischen Modell (siehe dazu Kapitel 6.4.3) gewonnene Erkenntnisse genutzt werden, um eine angemessene Gewinnspanne abzuleiten.<sup>364</sup>

---

<sup>357</sup> *Brand*, Schadenersatz im Kartellrecht, 222.

<sup>358</sup> *EK*, Praktischer Leitfaden zur Ermittlung des Schadensumfangs, RZ 109.

<sup>359</sup> *EK*, Praktischer Leitfaden zur Ermittlung des Schadensumfangs, RZ 108.

<sup>360</sup> *Inderst/Thomas*, Schadenersatz bei Kartellverstößen, 163.

<sup>361</sup> *EK*, Praktischer Leitfaden zur Ermittlung des Schadensumfangs, RZ 111.

<sup>362</sup> *Brand*, Schadenersatz im Kartellrecht, 222.

<sup>363</sup> *EK*, Praktischer Leitfaden zur Ermittlung des Schadensumfangs, RZ 111.

<sup>364</sup> *EK*, Praktischer Leitfaden zur Ermittlung des Schadensumfangs, RZ 112.

#### 6.4.4.2 Finanzgestützte Methode

Eine weitere Methode zur Feststellung der Schadenshöhe ist die finanzgestützte Methode oder auch Profitabilitätsanalyse.<sup>365</sup> Ausgehend von der Ertragslage und der Finanzlage eines Unternehmens wird abgeschätzt, ob und in welcher Höhe durch das rechtswidrige Verhalten ein Schaden entstanden ist. Die betrachteten Unternehmen können dabei sowohl beklagte als auch klagende Unternehmen sein.<sup>366</sup>

Eine Profitabilitätsanalyse verfolgt den Gedanken, dass sich bei den Kartellbeteiligten eine Gewinnänderung, nämlich eine Steigerung, einstellt. Diese lässt darauf schließen, dass ein rechtswidriges Verhalten stattgefunden hat. Diese entstandene Änderung des Gewinns kann entweder aus einem Preiseffekt oder einem Mengeneffekt resultieren. Preiseffekte steigern den Gewinn und Mengeneffekte verringern den Gewinn. Mit Hilfe der Mengeneffekte wird der Absatzrückgang beschrieben. Dieser kommt auf Grund der überhöhten kartellbedingten Preise zustande. Dennoch werden bei den Kartellbeteiligten Gewinnsteigerungen verbucht, da der Preiseffekt ausschlaggebender ist.<sup>367</sup> Zur Bestimmung der Profitabilität bzw. der Rentabilität können unterschiedliche Methoden verwendet werden. Eine dieser Methoden verwendet den Return on Capital Employed als Rentabilitätskennzahl. Bei dieser Rentabilitätszahl steht der realisierte Gewinn in Relation zu dem eingesetzten Kapital. Durch diese aufgestellte Relation können Rückschlüsse darüber gezogen werden, ob und in welchem Umfang ein Unternehmen sein Kapital gewinnbringend einsetzt.<sup>368</sup>

Ist die Rentabilität der Kartellanten bestimmt, wird diese mit einer verglichen, welche sich ohne das rechtswidrige Verhalten eingestellt hätte. Diese kann mit Hilfe von Vergleichsmärkten oder Simulationsmodellen bestimmt werden.<sup>369</sup>

Im Gegensatz dazu kann auch die geschädigte Seite betrachtet werden. Wird die Ertragslage bzw. die Finanzlage und insbesondere die Rentabilität eines klagenden Unternehmens betrachtet, können ebenfalls Rückschlüsse auf den Schaden gezogen werden. Diese Betrachtungsweise ist bei der Geltendmachung von Gewinnverlusten zielführend, speziell wenn ein Schadenersatzanspruch von einem Unternehmen geltend gemacht wird, welches einer kartellbedingten Marktausschließung unterlegen ist.<sup>370</sup> Für die Bestimmung bzw. Bewertung der Rentabilität des klagenden Unternehmens können Standardmethoden verwendet werden. Eine dieser Methoden ist die Kapitalwertmethode.<sup>371</sup>

---

<sup>365</sup> *Brand*, Schadenersatz im Kartellrecht, 222.

<sup>366</sup> *EK*, Praktischer Leitfaden zur Ermittlung des Schadensumfangs, RZ 114.

<sup>367</sup> *Inderst/Thomas*, Schadenersatz bei Kartellverstößen, 165.

<sup>368</sup> *Inderst/Thomas*, Schadenersatz bei Kartellverstößen, 166.

<sup>369</sup> *Inderst/Thomas*, Schadenersatz bei Kartellverstößen, 166.

<sup>370</sup> *EK*, Praktischer Leitfaden zur Ermittlung des Schadensumfangs, RZ 115.

<sup>371</sup> *EK*, Praktischer Leitfaden zur Ermittlung des Schadensumfangs, RZ 116.



Bei dieser Methode werden die mit oder ohne Schädigung künftig zu erwartenden Gewinne auf den jetzigen Zeitpunkt diskontiert. Die Differenz aus diesen beiden Werten wäre dann der entstandene Schaden.

Ebenfalls können andere Unternehmensbewertungsmethoden hierbei hilfreich sein, eine Methode wäre die sogenannte Rechnungslegungsmethode.<sup>372</sup>

Nach Bestimmung der tatsächlichen Rentabilität des klagenden Unternehmens wird diese, ebenso wie zuvor, mit einer Rentabilität, welche ohne rechtswidriges Verhalten vorherrschen verglichen. Man bedient sich hierbei mit Rentabilitätsdaten aus Vergleichsmärkten. Ein Szenario ohne rechtswidriges Verhalten kann beispielsweise durch die Betrachtung der Rentabilität des Geschädigten vor oder nach Bestehen eines Kartells bestimmt werden.<sup>373</sup>

Die für die finanzgestützte Methode benötigten Daten können aus veröffentlichten Jahresabschlüssen einzelner Unternehmen stammen.<sup>374</sup>

Da sich diese Methode auch wieder auf Daten von Vergleichsmärkten bzw. auf Simulationsmodellen beruht, kann sie ebenfalls wie die kostenbasierte Methode, im weitesten Sinne als empirische Vergleichsmarktmethode angesehen werden.

### 6.4.5 Andere Methoden

Je nach vorhanden Unterlagen können auch einige weitere Methoden für eine Schätzung einer Schadensobergrenze und einer Schadensuntergrenze herangezogen werden. Geschäftspläne können in Einzelfällen als Informationsquelle dienen, um mögliche oder wahrscheinliche Gewinne eines Unternehmens zu bestimmen.<sup>375</sup> Prinzipiell kann jede mögliche Methode zur Schadensberechnung angewendet werden, jedoch können die Gerichte der einzelnen Mitgliedstaaten der europäischen Union selbst bestimmen, welche Methode im Einzelfall nach dem jeweils geltenden Recht Anwendung finden kann. Wichtig hierbei ist es allerdings, dass der Effektivitätsgrundsatz und der Äquivalenzgrundsatz, welche vom Recht der Europäischen Union bestimmt werden, eingehalten werden.<sup>376</sup>

## 7. Vergleich der einzelnen Methoden

Die Methoden unterscheiden sich allgemein in den verschiedenen Berechnungsansätzen, den benötigten Datenmengen, den getroffenen Annahmen und in welchem Maß andere,

---

<sup>372</sup> EK, Praktischer Leitfaden zur Ermittlung des Schadensumfangs, RZ 116.

<sup>373</sup> EK, Praktischer Leitfaden zur Ermittlung des Schadensumfangs, RZ 117.

<sup>374</sup> Inderst/Thomas, Schadenersatz bei Kartellverstößen, 166.

<sup>375</sup> EK, Praktischer Leitfaden zur Ermittlung des Schadensumfangs, RZ 120.

<sup>376</sup> EK, Praktischer Leitfaden zur Ermittlung des Schadensumfangs, RZ 121.

nicht kartellbedingte Faktoren berücksichtigt werden. Des Weiteren ist der Schwierigkeitsgrad jeder einzelnen Methode unterschiedlich. Der finanzielle und zeitliche Aufwand variieren ebenfalls.

Im nachfolgenden Kapitel 7.1 wird auf die Besonderheiten der Bauwirtschaft, die bei einer Ermittlung der Schadenshöhe aus Kartellverstößen zu berücksichtigen sind, eingegangen und es erfolgt eine Definition betreffend der für Marktvergleiche benötigten Ähnlichkeit. Aufbauend auf dieses Kapitel wird in den Kapiteln 7.2 bis 7.5 zu jeder Berechnungsmethode eine Tabelle erstellt, die die Vor- und Nachteile der einzelnen Berechnungsmethoden wiedergibt. Nach jeder Beurteilungstabelle ist eine subjektive Interpretation der Autorin bezüglich der Anwendbarkeit der einzelnen Methoden auf das Bauwesen zu finden. Danach folgt eine Beschreibung hinsichtlich der Wahl einer Methode und der prinzipiellen Anwendung der einzelnen Methoden im Bauwesen. Abschließend wird in Kapitel 7.7 eine hypothetische Idee bezüglich einer Mastertabelle entworfen, mit welcher es möglich sein könnte, einen möglichen Lösungsweg für eine standardisierte Anwendbarkeit der einzelnen Methoden zu finden.

### **7.1 Anwendung im Bauwesen**

Um verschiedene Berechnungsmethoden im Bauwesen anwenden zu können, muss vorab genau geklärt werden, welcher bzw. wessen Schaden berechnet werden soll, und wie der vorliegende Markt betrachtet werden kann. Im Allgemeinen, kann angenommen werden, dass umso komplexere Projekte bzw. Schäden vorliegen bzw. beurteilt werden sollen, desto komplexere Berechnungsmethoden erforderlich sind.

#### **7.1.1 Besonderheiten der Bauwirtschaft**

Im Gegensatz zum Baumarkt werden auf einem Konsumgütermarkt große Produktmengen auf Vorrat produziert. Am Baumarkt nimmt die Vorratsproduktion, beispielsweise von Fertigteilen, nur einen geringen Wert der gesamten Produktionsmenge ein. Der Baumarkt ist vorwiegend durch Nachfrage geprägt, dementsprechend ist er ein fast ausschließlicher Nachfragemarkt. Bauprojekte werden auf Nachfrage hin produziert und somit stellt jedes einzelne Bauobjekt einen Prototypen dar.<sup>377</sup>

Die Nachfrage entsteht durch den Auftraggeber, dieser kann ein privater oder ein öffentlicher Auftraggeber sein. Die jeweiligen Bauunternehmen sowie die Baustoffindustrie agieren als

---

<sup>377</sup> Berner, Grundlagen der Baubetriebslehre 1, 19.

Anbieter und somit als Auftragnehmer. Eine Besonderheit des Bauwesens ist es, dass das BVergG 2017 den Prozess der Vergabe bei einem öffentlichen Auftraggeber klar definiert.

Eine weitere Besonderheit der Bauindustrie ist unter anderem der sich ständig ändernde Arbeitsort mit jeweils neuen Rahmenbedingungen.<sup>378</sup> Im Bauwesen muss für jedes neue Projekt eine eigene Baustelleneinrichtung geplant und umgesetzt werden. Hierbei variieren die Vorschriften und Vorgaben sehr stark in Abhängigkeit der Baustellenlage. Im Gegensatz dazu wechseln Produktionsstätten von Konsumgütern nach Fertigstellung nicht ihre Produktionsorte.

Nicht nur die Arbeitsstätte ändert sich laufend, sondern auch die Belegschaft bzw. die Teamzusammensetzung vor Ort unterliegt ständigen Änderungen.<sup>379</sup> Erschwerend kann hierbei eine Sprachbarriere unter den Arbeitern sein. Bauunternehmer greifen vermehrt auf Leiharbeiterfirmen zurück, um genug Arbeiter für die Durchführung eines Projektes zu haben. Arbeiter von Leiharbeiterfirmen sprechen oft die Landessprache nicht, oder nur gebrochen. Hinzu kommt noch der sogenannte Einarbeitungseffekt, welcher durch die ständige neue Personalzusammensetzung entsteht.

Des Weiteren ist jedes Bauprojekt durch spezifische Bauabläufe und Arbeitsrhythmen geprägt. Hier ist besonders zu erwähnen, dass Bauprojekte im Freien umgesetzt werden und somit Witterungseinflüssen ausgesetzt sind.<sup>380</sup> Durch sich ändernde Wettereinflüsse kann es zu erschwerenden Bedingungen und Verzögerungen auf einer Baustelle kommen. Abhängig von der Saison variieren die Möglichkeiten der Bauumsetzung. Lediglich die Produktion von Fertigteilen kann in Produktionshallen vorgenommen werden.<sup>381</sup>

Ein weiterer wichtiger Faktor der Bauindustrie ist, dass die Planung und die Produktion des Bauprojektes nicht von den gleichen Projektbeteiligten ausgeführt werden.<sup>382</sup> Durch diese Verteilung kommt es zu sehr vielen Schnittstellen, welche gut koordiniert und kommuniziert werden müssen.

### 7.1.2 Festlegung der Ähnlichkeit

Da die in der Literatur beschriebene Ähnlichkeit sich im Allgemeinen nur auf Konsumgüter bezieht, wird im folgenden Abschnitt definiert, welche Merkmale die Ähnlichkeit im Bauwesen

---

<sup>378</sup> Stark, Baubetriebslehre - Grundlagen, 22.

<sup>379</sup> Stark, Baubetriebslehre - Grundlagen, 23.

<sup>380</sup> Stark, Baubetriebslehre - Grundlagen, 23.

<sup>381</sup> Stark, Baubetriebslehre - Grundlagen, 23.

<sup>382</sup> Stark, Baubetriebslehre - Grundlagen, 23.

bestimmen können. Gerade weil Projekte im Bauwesen immer Prototypen sind, idente Produkte also nicht bzw. nur in sehr seltenen Einzelfällen existieren, muss vorab genau geklärt werden, wie eine Ähnlichkeit zu verstehen ist.

### 7.1.2.1 Ähnlich räumlicher Vergleichsmarkt

Wie in Kapitel 6.4.1.3 beschrieben muss bei dieser Vergleichsmarktmethode ein anderer räumlicher Markt gefunden werden, auf dem allerdings die zu vergleichenden Produkte bzw. Dienstleistungen hinreichend ähnlich sein müssen. Nachstehende Abbildung verdeutlicht die Anforderungen an den Vergleichsmarkt.



Abbildung 5: ähnlich räumlicher Vergleichsmarkt

Da bei einem ähnlich räumlichen Vergleichsmarkt auch die Produkte bzw. Dienstleistungen hinreichend ähnlich sein müssen, muss festgelegt werden wie sich diese Ähnlichkeit definiert. Um Produkte bzw. Dienstleistungen im Bauwesen vergleichen zu können muss eine geeignete Ausgangsbasis geschaffen werden. Ausgehend von einzelnen Untergruppen der verschiedenen Bereiche im Bauwesen kann eine tiefere Differenzierung betreffend einzelner Produkte bzw. Dienstleistungen vorgenommen werden. Die einzelnen Bereiche im Bauwesen können beispielweise Hochbau und Tiefbau sein. Um die Basis für eine tiefere Differenzierung zu schaffen werden diese Bereiche noch in Untergruppen unterteilt. (Siehe dazu Kapitel 7.1.2.2) Im Bereich Hochbau wäre eine Untergruppe unter anderem der Wohnungsbau. Die daraus folgende tiefere Differenzierung im Wohnungsbau könnte sich demnach auf die Bauart beziehen. In nachstehender Grafik sind einige mögliche Bauarten zu finden.

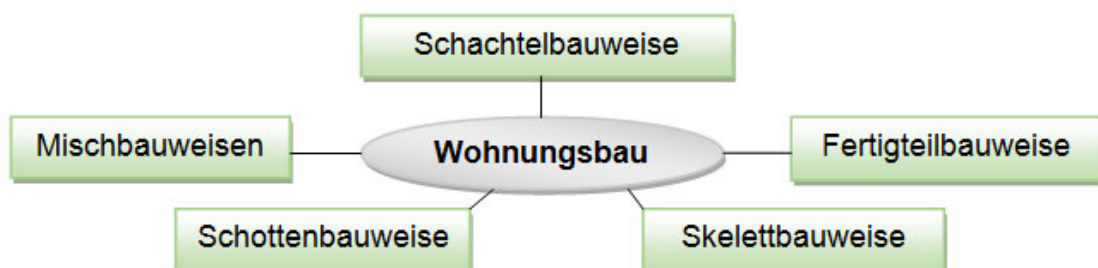
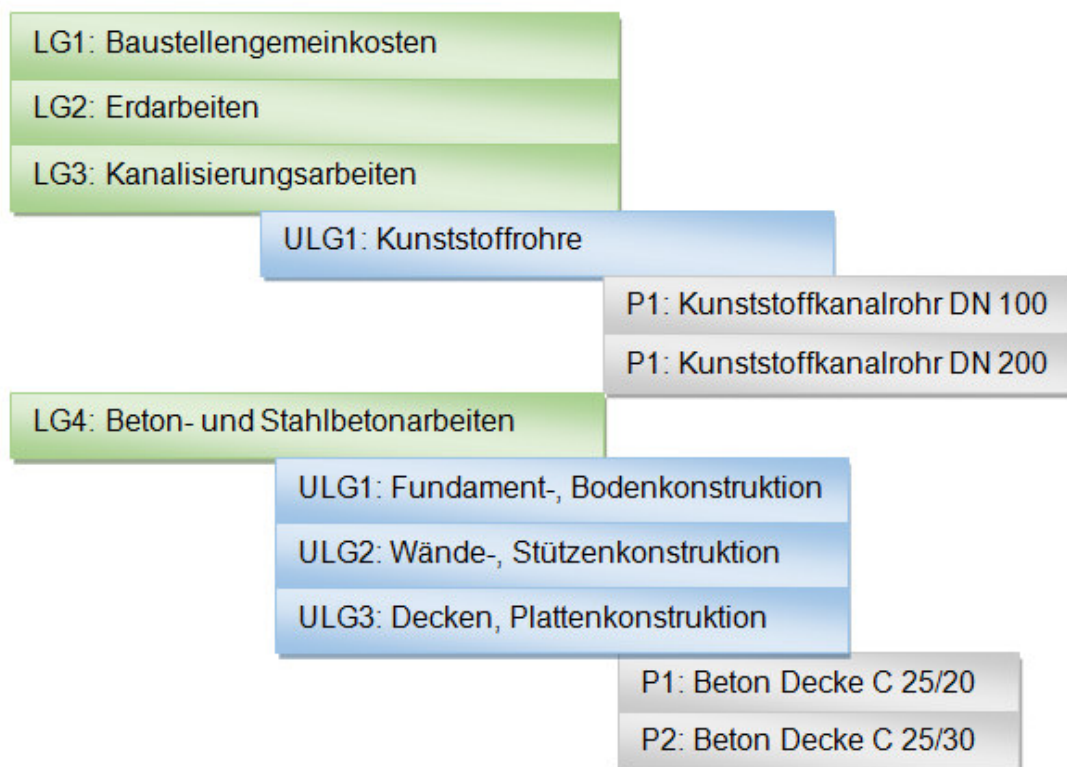


Abbildung 6: Differenzierung Bauart

Mit dieser Definition der Ähnlichkeit können gesamte Projekte mit einander verglichen werden, um so auf einen geeigneten Vergleichsmarkt schließen zu können. Eine noch engere Eingrenzung der Ähnlichkeit könnte mit Hilfe der zu vergleichenden Projektgröße bzw. der Anzahl der Wohnungseinheiten vorgenommen werden.

Um eine noch größere Austauschbarkeit hinsichtlich der einzelnen verwendeten Bauprodukte zu erzielen, kann eine weitere Differenzierung in Anlehnung an ein herkömmliches Leistungsverzeichnis vorgenommen werden.

Ausgehend von einer Leistungsgruppe (LG), mit Hilfe einer Unterleistungsgruppe (ULG) und schließlich der betreffenden Position (P), kann eine genaue Differenzierung und Austauschbarkeit hergestellt werden. Nachstehend sind Beispiele angeführt, die diese Unterteilung verdeutlichen sollen.



**Abbildung 7: Differenzierung laut Leistungsverzeichnis**

Des Weiteren können Differenzierungen beispielsweise bei Deckenträgern, Flachdächern und bei Einrichtungen der Haustechnik vorgenommen werden. Zum Beispiel können Personenaufzüge danach differenziert werden, wie ihre Funktionsweise bzw. Antriebsart ist, wie viele Personen transportiert werden können und ob diese barrierefrei sind oder nicht.

Weiters wäre es möglich, eine Ähnlichkeit hinsichtlich der neun Bundesländer von Österreich mit Differenzierung der jeweils vorkommenden geologischen Zonen vorzunehmen. Diese Ähnlichkeitsfestlegung bezieht sich beispielsweise auf den Bereich Tiefbau mit der

Untergruppe Tunnelbau. Diese ist deshalb wichtig, da durch die verschiedenen Untergrundverhältnisse beispielsweise verschiedene Bauverfahren angewendet werden müssen, welche wiederum wieder mit anderen Baumaterialien arbeiten.

Eine weitere Möglichkeit zur Festlegung der Ähnlichkeit eines sachlichen Marktes wäre eine Unterteilung in die einzelnen Erdbeben- und Windzonen in Österreich, da auch diese Einfluss auf die technische Ausführung eines Bauwerkes haben.

### 7.1.2.2 Ähnlich sachlicher Vergleichsmarkt

Aus Kapitel 6.4.1.4 geht hervor, dass unter einem ähnlich sachlichen Vergleichsmarkt ein Markt verstanden wird, der räumlich gesehen der gleiche ist, allerdings muss der sachliche Markt ein anderer sein. In nachstehender Abbildung ist diese Überlegung verdeutlicht.



**Abbildung 8: ähnlich sachlicher Vergleichsmarkt**

Bei diesem Vergleichsmarkt muss festgelegt werden wie sich die Ähnlichkeit betreffend des räumlichen Marktes definiert. Eine Möglichkeit wäre es die Ähnlichkeit anhand von der vorherrschenden Kaufkraft, dem Lohnniveau, den jeweils geltenden Bauvorschriften der einzelnen Bundesländer oder der üblichen Bauweise gewisser Gebiete zu definieren. Beispielsweise werden in einem dicht bebauten Stadtgebiet typischerweise Hochhäuser gebaut, allerdings im ländlichen Bereich eher nicht. Oft haben Gemeinden bzw. Städte die Vorschrift, dass neu gebaute Objekte in das Ortsbild passen müssen.

Um einen anderen sachlichen Vergleichsmarkt im gleichen räumlichen Markt zu finden wird vorgeschlagen, dass man eine herkömmliche Einteilung der verschiedenen Bereiche im Bauwesen vornimmt. Die einzelnen Bereiche sind unter anderem, wie bereits erwähnt, beispielsweise Hochbau und Tiefbau. Um die Ähnlichkeit der Bauprojekte noch näher zu verfeinern, kann eine exaktere Unterteilung der einzelnen Bereiche in Untergruppen vorgenommen werden. Nachfolgend ist eine beispielhafte Unterteilung für die Bereiche Hochbau und Tiefbau zu finden.

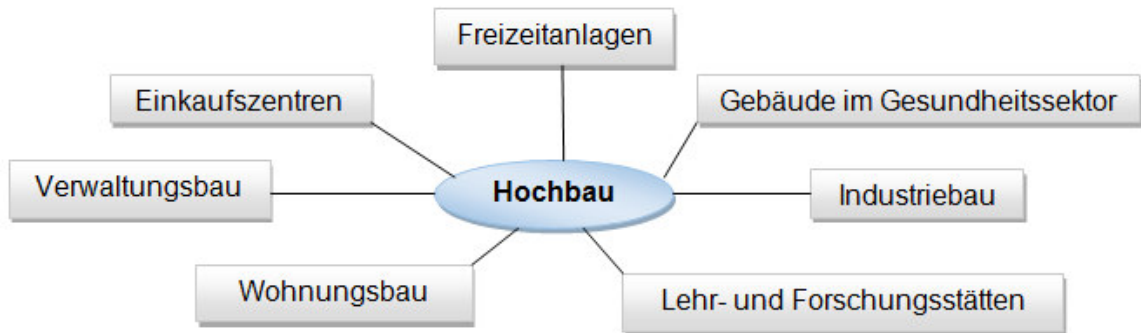


Abbildung 9: Hochbau Untergruppen

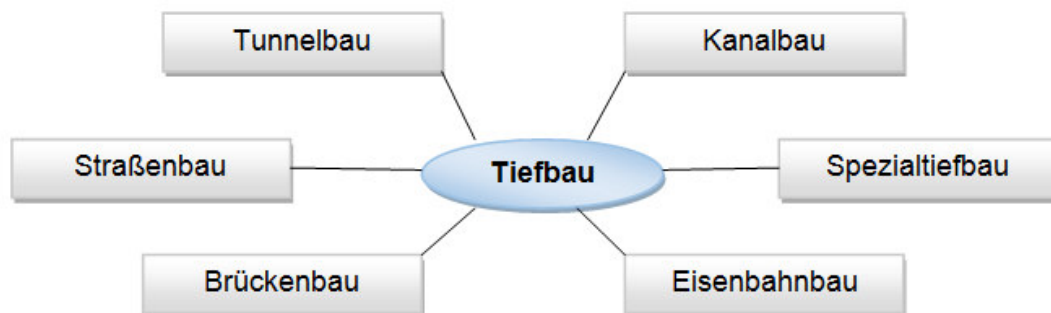


Abbildung 10: Tiefbau Untergruppen

Durch diese verfeinerte Unterteilung der Ähnlichkeit der Produkte bzw. Dienstleistungen kann eine Schadensberechnung nachvollziehbarer gestaltet werden, da beispielsweise bei einem Krankenhausbau andere Genehmigungen und Anforderungen an die Bauweisen vorhanden sind als bei einem Wohnungsbau. Eine weitere Verfeinerung der Ähnlichkeit, wie bei einem ähnlich räumlichen Vergleichsmarkt, ist nicht notwendig, da die Produkte bzw. Dienstleistungen nicht austauschbar sein müssen.

### 7.1.3 Datenquellen im Bauwesen

Da eine Kartellbildung im Bauwesen wohl nur bei großen Bauprojekten bzw. Baustoffunternehmern zustande kommen wird, werden hierbei in der Regel genügend Daten für die verschiedenen Berechnungsmethoden vorhanden sein.

Eine wichtige Datenquelle stellen die von den Vertragspartnern unterzeichneten Verträge dar. Diese enthalten unter anderem die Beschreibung der durchzuführenden Leistung, Baupläne, Zeichnungen, Baubeschreibungen und technische Berichte.<sup>383</sup> Lieferantenverträge über Baustoffe wie zum Beispiel Ziegelsteine oder Beton enthalten ebenfalls die vereinbarten Preise und Mengen. Mit Hilfe dieser Verträge und den

<sup>383</sup> ÖNORM B 2110, 5.1.3.

dazugehörigen Besprechungsprotokollen kann klar festgestellt werden, zu welchem Zeitpunkt die Preise vereinbart wurden, und wer bei den verschiedenen Besprechungen hierfür anwesend war. Für ein Kartellverfahren kann dies sehr dienlich sein, da dadurch mögliche Zeugen für rechtswidrige Absprachen herangezogen werden können. Auch der Zeitpunkt der Preisvereinbarung kann so festgestellt werden, was ein weiterer wichtiger Anhaltspunkt für die Schadensberechnung ist.

Eine weitere Datenquelle im Bauwesen stellen unter anderem die Kalkulationsgrundlagen dar. Grundsätzlich wird zwischen der Nullkalkulation, der Angebotskalkulation, der Auftragskalkulation, der Arbeitskalkulation und der Nachkalkulation unterschieden.

Für die Schadensberechnung stellt die Arbeitskalkulation eine zentrale Rolle für die Datenbeschaffung dar. Hier werden die einzelnen Arbeitsabläufe genau separiert, wodurch die tatsächlichen Kosten und Mengen für einzelne Positionen gut nachvollziehbar werden. Bei dem in Kapitel 7.1.2.1 beschriebenen ähnlich räumlichen Vergleichsmarkt, müssen beispielweise gleiche Positionen oder Unterleistungsgruppen gefunden werden. Diese einzelnen Positionen können beispielsweise der Arbeitskalkulation entnommen werden. Das bedeutet wiederum, dass somit geeignete ähnlich räumliche Vergleichsmärkte für die verschiedenen Schadensberechnungsmethoden gefunden werden können. Zu erwähnen ist hierbei allerdings, dass eine Arbeitskalkulation in der Regel nur dem Unternehmen zur Verfügung steht, welches diese auch erstellt.

Für eine Kalkulation bzw. für eine Preisermittlung sind wiederum verschiedene Kalkulationsformblätter nötig. Zu den Kalkulationsformblättern zählen laut ÖNORM B 2061<sup>384</sup> folgende:

- „– *Formblatt K 3 Mittellohnpreis, Regielohnpreis, Gehaltspreis*
- *Formblatt K 4 Materialpreise*
- *Formblatt K 5 Preise für Produkte, Leistungen*
- *Formblatt K 6 Gerätepreise*
- *Formblatt K 6 A Gerätepreise (Ergänzung)*
- *Formblatt K 7 Preisermittlung.*“

Aus den einzelnen Kalkulationsformblättern kann man viele Rückschlüsse für eine Schadensberechnung ziehen. Mit Hilfe des Formblattes K 4 kann beispielsweise nachvollzogen werden, was der Lieferantenpreis ab dem Fertigungswerk für ein bestimmtes

---

<sup>384</sup> ÖNORM B 2061, Preisermittlung für Bauleistungen, 1999-09-01.



Material zu einem gewissen Zeitpunkt war. Beispielsweise können somit Preise für Fertigteile und Aufzüge zu einem genauen Zeitpunkt nachvollzogen werden. Bei diesem Formblatt als Datenquelle muss allerdings darauf geachtet werden, dass dieses nicht einem Angebot beizulegen war oder im Zuge einer Mehrkostenforderung heraus angefertigt wurde.

Durch das Formblatt K 5, welches die Preise für die herzustellenden Produkte bzw. die zu erbringenden Leistungen auf einer Baustelle berechnet, kann mit Hilfe der Materialpreise aus dem Formblatt K 4 genau nachvollzogen werden, wie das Preisniveau für beispielsweise die Herstellung einer Bitumentragschicht ist. Dies kann wiederum als Vergleichswert einer empirischen Vergleichsmethode dienen oder als Anhaltspunkt für eine Simulation hilfreich sein.

Eine weitere zentrale Rolle für die Schadensberechnung stellt das Formblatt K 7 dar, da in diesem Daten aus allen Formblättern K 3 - K 6 enthalten sind und somit eine Detailkalkulation für Bauleistungen vorgenommen werden kann.

Der sogenannte Baukostenindex kann ebenfalls als wichtige Datenquelle dienen. Ihm können Kosten für bestimmte Leistungsbereiche bzw. für einzelne Positionen entnommen werden und als Vergleichswerte verwendet werden. Dies kann beispielsweise ein wichtiger Anhaltspunkt beim Auffinden eines ähnlich räumlichen Vergleichsmarktes sein.

Bei der Durchführung eines Bauprojektes wird in der Regel periodisch, meist monatlich abgerechnet. Diese laufende Rechnungslegung kann als guter Anhaltspunkt für die Schadensberechnung angesehen werden. Grundsätzlich gibt es für die Abrechnung der vertragsmäßig erbrachten Leistungen, laut ÖNORM B 2110<sup>385</sup>, drei verschiedene Abrechnungsmöglichkeiten. Alle drei Abrechnungsmöglichkeiten basieren auf dem Prinzip, dass die vertragsmäßig erbrachte Leistungen zu den durch die Vertragspartner festgelegten Preisen abzurechnen sind. Bei den vereinbarten Preisen kann es sich um Einheitspreise, Pauschalpreise oder Regiepreise handeln. Einheitspreise werden nach den erbrachten Leistungen abgerechnet, Pauschalpreise nach dem Umfang der vereinbarten Leistung und die Abrechnung der Regiepreise erfolgt nach dem tatsächlichen Aufwand.<sup>386</sup> Durch diese periodische Abrechnung kann beispielsweise nachverfolgt werden, wann Preise ansteigen oder fallen. Zu beachten ist allerdings die sogenannte Preisgleitungsklausel. Diese kann Bestandteil eines Vertrages sein und kann dementsprechend auch für Preisveränderungen sorgen. Diese kann wiederum ein Indiz für eine mögliche Kartellbildung sein. Dementsprechend kann es durch Abrechnungsunterlagen möglich sein, den genauen Kartellbeginn und das genaue Kartellende zu bestimmen.

---

<sup>385</sup> ÖNORM B 2110, Allgemeine Vertragsbestimmungen für Bauleistungen, 2013-03-15.

<sup>386</sup> ÖNORM B 2110, 8.1.

Welche Daten im Einzelfall für eine Schadenberechnung benötigt werden, hängt auch vom geschädigten Unternehmen ab und in welchen Verhältnis sich dieses zum Kartell befindet. Geschädigte im Bauwesen können unter anderem Einzelkunden, Zwischenhändler bzw. Verarbeiter sein oder auch Kartellaußenseiter. Wird nun beispielsweise ein Schadenersatzanspruch von einem Kartellaußenseiter geltend gemacht, wird der Schaden durch das Kartell sich bei ihm vor allem in Form einer Umsatzveränderung ergeben. Bei einem Zwischenhändler sind kartellbedingte Veränderungen in Einkaufspreisen, geänderten Umsätzen und Verkaufspreisen zu erkennen.

Je nachdem, welche Daten und Datenmengen des Geschädigten bzw. allgemein über Produkte bzw. Dienstleistungen vorliegen, können verschiedene Berechnungsmethoden zur Anwendung kommen. Liegen Beispielsweise Stückkosten vor, kann mit der kostenbasierten Methode (siehe dazu Kapitel 6.4.4.1) gerechnet werden. Ist zum Beispiel der genaue Kartellbeginn und das genaue Kartellende bekannt und möchte man den kontrafaktischen Preis für eine bestimmte Einzelposition eines Bauwerks feststellen, kann eine lineare Interpolation oder Extrapolation (siehe dazu Kapitel 6.4.2.4) angewendet werden.

Im nachstehend Abschnitt werden daher die Vor- und Nachteile der einzelnen Methoden sowie die jeweils benötigten Daten noch einmal zusammengefasst, um zu verdeutlichen wann die einzelnen Methoden zielführend sein können.

## 7.2 Vergleichsmarktmethoden

Wie in Kapitel 6.4.1 beschrieben, gibt es verschiedene Vergleichsmarktmethoden. Zweck jeder Vergleichsmarktmethode ist das Herstellen eines zuwiderhandlungsfreien Szenarios. Dieses Szenario kann mit Daten arbeiten die auf einem zeitlichen Vergleichsmarkt beobachtet werden oder es erfolgt eine marktbezogene Datenbeobachtung. In weiterer Folge können somit Vergleiche über Preise, Gewinnspannen, Renditen und Marktanteile vorgenommen werden.

In den nachfolgenden Kapiteln wird auf die jeweiligen Stärken und Schwächen der einzelnen Vergleichsmarktmethoden eingegangen.

### 7.2.1 Zeitliche Vergleichsmarktmethode auf demselben Markt

Diese Methode zur Erstellung eines zuwiderhandlungsfreien Szenarios ist besonders bei einer stabilen Industrie und langfristigen Gleichgewichtspreisen zielführend.<sup>387</sup> In der nachstehenden Tabelle sind die Vorteile und Nachteile dieser Vergleichsmethode zusammengefasst.

---

<sup>387</sup> Brand, Schadenersatz im Kartellrecht, 215.

Vorteile	Nachteile
+ auf demselben Markt herrschen vergleichbarere Marktstrukturen, Kosten, Wettbewerbsintensität oder Nachfragemerkmale als auf einem anderen räumlichen oder sachlichen Markt <sup>388</sup>	– genauer Kartellbeginn und genaues Kartellende müssen bekannt sein <sup>389</sup>
+ Ergebnisse sind gut nachvollziehbar <sup>390</sup>	– nachlaufende Kartellauswirkungen können Vergleiche, die zu einem Zeitpunkt nach dem Kartellbestehen durchgeführt werden, beeinflussen <sup>391</sup>
+ einfache Durchführung <sup>392</sup>	– andere veränderte Marktmerkmale können das Ergebnis verfälschen <sup>393</sup>
+ diese Methode kann als Schätzungsgrundlage dienen <sup>394</sup>	– bei langer Kartelldauer ist ein Vergleich mit einem Zeitpunkt nach einem Kartell nicht mehr zielführend (Marktgegebenheiten haben sich sehr verändert) <sup>395</sup>

**Tabelle 3: zeitliche Vergleichsmethode auf demselben Markt**

Um eine zeitliche Vergleichsmarktmethode für die Ermittlung eines kontrafaktischen Szenarios im Bauwesen anwenden zu können, muss man den genauen Kartellbeginn und das genaue Kartellende wissen. Da der Beginn und das Ende eines Kartells im Bauwesen bzw. auch allgemein ein sehr fließender Übergang ist, ist die alleinige Anwendung dieser Methode nicht zielführend. Da die zeitliche Vergleichsmarktmethode für ein langes Kartellbestehen, aufgrund von Kartellnachwirkungen, nicht mehr zielführend ist, kann diese im Bauwesen nur sehr beschränkt verwendet werden. Projekte im Bauwesen erstrecken sich in der Regel über größere Zeiträume. Ein weiterer Nachteil dieser Methode ist, dass diese keine anderen preisbeeinflussenden Faktoren berücksichtigt.

Ein eindeutiger Vorteil bei dieser Variante der Erstellung eines kontrafaktischen Szenarios ist es allerdings, dass diese Vergleichsmarktmethode auf demselben Markt durchgeführt wird, weswegen Merkmale des Vergleichsmarktes dem kartellbedingten Markt entsprechen. Werden empirische Vergleichsmarktmethoden nur auf Basis einer zeitlichen

<sup>388</sup> EK, Praktischer Leitfaden zur Ermittlung des Schadensumfangs, RZ 41.

<sup>389</sup> Brand, Schadenersatz im Kartellrecht, 215.

<sup>390</sup> Gugler, Schadenersatz bei Kartellverstößen, 12.

<sup>391</sup> Brand, Schadenersatz im Kartellrecht, 215.

<sup>392</sup> Gugler, Schadenersatz bei Kartellverstößen, 12.

<sup>393</sup> Gugler, Schadenersatz bei Kartellverstößen, 4.

<sup>394</sup> Inderst/Thomas, Schadenersatz bei Kartellverstößen, 144.

<sup>395</sup> Gugler, Schadenersatz bei Kartellverstößen, 5.

Vergleichsmarktmethode auf demselben Markt durchgeführt kann es passieren, dass die Ergebnisse nicht sehr repräsentativ sind, weswegen es, wie bereits erwähnt, zielführend sein wird, diese Vergleichsmarktmethode mit einer marktbezogenen Vergleichsmarktmethode zu kombinieren, um belastbare Ergebnisse aus empirischen Vergleichsmarktmethoden für das Bauwesen zu erhalten.

Zusammenfassend kann gesagt werden, dass diese Methode sehr einfach und nachvollziehbar ist, weswegen bei der Erstellung des zuwiderhandlungsfreien Szenarios kein so großer Expertenpool notwendig sein wird. Diese Methode kann gut als eine erste Schätzung dienen, ist allerdings problematisch, wenn ein Kartell länger besteht. Zielführend kann eine Kombination mit einem marktbezogenen Vergleich sein.

## 7.2.2 Vergleich mit ähnlich räumlichen Markt

Der Vergleich auf einem ähnlich räumlichen Markt wird vor allem bei örtlichen, regionalen und landesweiten von Kartellen betroffenen Märkten angewendet.<sup>396</sup> Eine mögliche Kombination dieser Methode mit einer zeitlichen Vergleichsmethode kann durchaus zielführend sein.<sup>397</sup> Festzuhalten ist, dass diese Methode umso effektiver ist, je ähnlicher die zu vergleichenden Märkte sind.<sup>398</sup> Die einzelnen Vor- und Nachteile dieser Vergleichsmethode sind in nachstehender Tabelle aufgelistet.

Vorteile	Nachteile
+ beobachtete Vergleichsdaten am gesamten Markt oder nur bei speziellen Marktteilnehmern <sup>399</sup>	– die Produkte am Vergleichsmarkt müssen gleich oder hinreichend ähnlich sein <sup>400</sup>
+ es können Vergleiche von Preisen, Marktanteilen, Gewinnspannen, Vermögenswerten, Kapitalrenditen, Kostenniveau und Umsätzen vorgenommen werden <sup>401</sup>	– benachbarte zu vergleichende Märkte können von dem rechtswidrigen Verhalten auch beeinflusst sein <sup>402</sup> (Analogie Preisschirmeffekt) <sup>403</sup>
+ ein Markt ohne Wettbewerb als Vergleichsmarkt geeignet <sup>404</sup>	– genaue räumliche Abgrenzung des rechtswidrigen Verhaltens <sup>405</sup>

<sup>396</sup> EK, Praktischer Leitfaden zur Ermittlung des Schadensumfangs, RZ 51.

<sup>397</sup> Gugler, Schadenersatz bei Kartellverstößen, 5.

<sup>398</sup> Inderst/Thomas, Schadenersatz bei Kartellverstößen, 150.

<sup>399</sup> EK, Praktischer Leitfaden zur Ermittlung des Schadensumfangs, RZ 49.

<sup>400</sup> EK, Praktischer Leitfaden zur Ermittlung des Schadensumfangs, RZ 50.

<sup>401</sup> EK, Praktischer Leitfaden zur Ermittlung des Schadensumfangs, RZ 49.

<sup>402</sup> EK, Praktischer Leitfaden zur Ermittlung des Schadensumfangs, RZ 53.

<sup>403</sup> Inderst/Thomas, Schadenersatz bei Kartellverstößen, 151.

<sup>404</sup> EK, Praktischer Leitfaden zur Ermittlung des Schadensumfangs, RZ 50.

<sup>405</sup> Gugler, Schadenersatz bei Kartellverstößen, 5.

+ Annahme des Zurückkehrens zum Gleichgewichtspreis fällt weg <sup>406</sup>	
+ der Vergleichszeitraum ist der Zeitraum des Kartellbestehens <sup>407</sup>	
+ Ergebnisse sind gut nachvollziehbar <sup>408</sup>	
+ Methode ist einfach in der Durchführung <sup>409</sup>	

**Tabelle 4: Vergleich mit ähnlich räumlichen Markt**

Diese Art ein zuwiderhandlungsfreies Szenario zu erstellen zielt darauf ab, dass die verglichenen Produkte auf einem anderen ähnlich räumlichen Markt gleich oder hinreichend ähnlich sind, weswegen eine Anwendung dieser Methode auf ein gesamtheitliches Großprojekt nicht zielführend sein wird. Bezieht man diese Voraussetzung auf die in Kapitel 7.1.2.1 dargestellte Definition der Ähnlichkeit können allerdings im Bauwesen durchaus passende Vergleichsmärkte gefunden werden. Wie aus dieser Definition hervorgeht, kann sich diese Methode nur auf spezielle Bereiche des Bauwesens beziehen. Eine grobe Eingrenzung beispielsweise auf die Skelettbauweise kann durchaus vorgenommen werden, jedoch werden sich hierbei nicht so viele Vergleichsmärkte finden lassen, wie bei einem sachlichen Vergleichsmarkt. Diese Methode wird eine Anwendung eher bei bestimmten Positionen bzw. Unterleistungsgruppen (siehe dazu Kapitel 7.1.2.1) finden. Werden bestimmte Positionen bzw. Unterleistungsgruppen mit einander verglichen, kann diese Methode gut angewendet werden, da im Bauwesen für die Erstellung eines Gebäudes in der Regel gleiche bzw. hinreichend ähnliche Produkte verwendet werden. Für die Erstellung dieses zuwiderhandlungsfreien Szenarios wird ebenfalls kein großer Expertenpool notwendig sein, da die Durchführung in der Regel einfach ist und gut nachvollziehbare Ergebnisse liefert.

### 7.2.3 Vergleich mit ähnlich sachlichen Markt

Die Anwendbarkeit dieser Vergleichsmethode ist sehr beschränkt, da unter anderem die Produktart, die Marktmerkmale und die Art zu handeln am verglichenen sachlichen Markt ähnlich sein müssen.<sup>410</sup> Diese Vergleichsmethode liefert aber ein umso genaueres Ergebnis, je näher die zu vergleichenden Produkte oder Waren verwandt sind.<sup>411</sup>

<sup>406</sup> Brand, Schadenersatz im Kartellrecht, 216.

<sup>407</sup> Brand, Schadenersatz im Kartellrecht, 216.

<sup>408</sup> Gugler, Schadenersatz bei Kartellverstößen, 12.

<sup>409</sup> Gugler, Schadenersatz bei Kartellverstößen, 12.

<sup>410</sup> Gugler, Schadenersatz bei Kartellverstößen, 6.

<sup>411</sup> Inderst/Thomas, Schadenersatz bei Kartellverstößen, 152.

Vorteile	Nachteile
+ der Vergleichszeitraum ist während des Kartellbestehens <sup>412</sup>	– sehr großer Anspruch der Methode auf Ähnlichkeit (Wettbewerbsbedingungen, Marktstrukturen) <sup>413</sup>
	– verglichene Produkte bzw. Güter oder Dienstleistungen stehen in möglichst naher Verwandtschaft zueinander <sup>414</sup>
	– ähnliche Nachfragecharakteristika von Produkten und Dienstleistungen <sup>415</sup>
	– sachliche Vergleichsmärkte können von dem rechtswidrigen Verhalten auch beeinflusst sein (Analogie Preisschirmeffekt Kapitel 6.1.1) <sup>416</sup>

Tabelle 5: Vergleich mit ähnlich sachlichen Markt

Die Voraussetzung dieser Vergleichsmarktmethode ist es, einen anderen ähnlich sachlichen Markt auf dem gleichen räumlichen Markt zu finden. Aus der aufgestellten Definition in Kapitel 7.1.2.2 geht hervor, dass für diese Vergleichsmarktmethode viele Vergleichsmärkte gefunden werden können. Wird nun beispielsweise bei einem Großprojekt (Wohnungsbau), welches von einem Kartell geschädigt wurde, ein passender Vergleichsmarkt gesucht, kann in einem ersten Schritt, wie definiert, ein Markt mit ähnlicher Kaufkraft, als räumlicher Vergleichsmarkt dienen. Nach dieser Festlegung kann nach einem Produkt bzw. einer Dienstleistung gesucht werden, welche hinreichend ähnlich ist. Wie in Kapitel 7.1.2.2 beschrieben, kann demnach ein vergleichbares Wohnungsbauprojekt aus dem Bereich Hochbau hierfür dienen.

Diese Art der Vergleichsmarktmethode kann im Bauwesen, durch die Definition der Ähnlichkeit gut angewendet werden, kann allerdings mit einer Ergänzung des zeitlichen Vergleiches auf demselben Markt noch verfeinert werden. Bei der Erstellung des Vergleichsmarktes wird ein größerer Expertenpool notwendig sein wird, als bei der zeitlichen Vergleichsmarktmethode.

## 7.2.4 Kombination von zeitlichen und marktbezogenen Methoden

<sup>412</sup> *Inderst/Thomas*, Schadenersatz bei Kartellverstößen, 151.

<sup>413</sup> *Gugler*, Schadenersatz bei Kartellverstößen, 6.

<sup>414</sup> *Brand*, Schadenersatz im Kartellrecht, 218.

<sup>415</sup> *Inderst/Thomas*, Schadenersatz bei Kartellverstößen, 152.

<sup>416</sup> *Inderst/Thomas*, Schadenersatz bei Kartellverstößen, 152.

Vorteile	Nachteile
+ es können nicht kartellbedingte Marktunterschiede der Vergleichsmärkte herausgefiltert werden (z.B. Marktunterschiede auf Grund von konstanten niedrigeren Inputpreisen auf einem Markt) <sup>417</sup>	– Datenreihen aus verschiedenen (mindestens zwei) Märkten erforderlich <sup>418</sup>
+ nicht kartellbedingte Änderungen während des Kartellbestehens im Markt lassen sich herausfiltern <sup>419</sup>	– Datenreihen aus verschiedenen Zeiträumen erforderlich <sup>420</sup>
	– Annahme der Methode ist, dass nicht kartellbedingte Änderungen auf beiden verglichenen Märkten gleich sind <sup>421</sup>
	– Marktunterschiede dürfen sich im Laufe der Zeit nicht ändern <sup>422</sup>

Tabelle 6: Vergleich von zeitlicher und marktbezogener Kombination

Eine Kombination von zeitlichen und marktbezogenen Methoden erfordert eine große Menge an Daten. Einerseits müssen Datenreihen aus verschiedenen Märkten vorhanden sein und andererseits müssen verschiedene Zeiträume betrachtet werden. Da die Märkte untereinander wiederum hinreichend ähnlich sein müssen und der genaue Beginn und das genaue Ende des Kartells bekannt sein muss, ist die Anwendung dieser Vergleichsmarkterstellung eingeschränkt.

Eine Voraussetzung dieser Variante ist es, dass sich die Marktunterschiede im Laufe der Zeit nicht ändern. Eine solche Änderung im Laufe der Zeit ist allerdings im Bauwesen durchaus denkbar. Es können Änderungen der Marktunterschiede entstehen wenn beispielweise die Rohstoffpreise steigen oder fallen, sich die allgemeine Wirtschaftslage verändert oder wenn sich das Lohnniveau ändert. Die Anwendung dieser Vergleichsmarktmethode wird im Bauwesen dementsprechend sehr begrenzt sein, da noch mehr Randbedingungen vom vorliegenden Projekt bzw. Kartell erfüllt sein müssen und eine große Datenmenge benötigt wird.

<sup>417</sup> EK, Praktischer Leitfaden zur Ermittlung des Schadensumfangs, RZ 58.

<sup>418</sup> Gugler, Schadenersatz bei Kartellverstößen, 6.

<sup>419</sup> Inderst/Thomas, Schadenersatz bei Kartellverstößen, 155.

<sup>420</sup> EK, Praktischer Leitfaden zur Ermittlung des Schadensumfangs, RZ 58.

<sup>421</sup> EK, Praktischer Leitfaden zur Ermittlung des Schadensumfangs, RZ 58.

<sup>422</sup> Gugler, Schadenersatz bei Kartellverstößen, 6.

## 7.3 Empirische Vergleichsmethoden

Bei den einzelnen empirischen Vergleichsmarktmethoden variiert die Menge der erforderlichen Daten erheblich.<sup>423</sup> Nachfolgend wird auf die einzelnen empirischen Vergleichsmarktmethoden eingegangen und diese hinsichtlich ihrer Stärken und Schwächen untersucht.

### 7.3.1 Einzelwertvergleiche

Nachfolgend wird kurz auf die Auswertung von Einzelwertvergleichen im Bauwesen auf Basis der verschiedenen Vergleichsmärkte eingegangen. Einzelwertvergleiche sollten immer nur als Ergänzung zu anderen Methoden angesehen werden, da diese im allgemeinen nicht so belastbare Ergebnisse liefern können, wie komplexere Methoden. Demnach wird diese empirische Vergleichsmarktmethode keine eigenständige Anwendung im Bauwesen bei Großprojekten finden, sondern sollte immer mit einer ergänzenden Berechnungsmethode überprüft bzw. erweitert werden, um aussagekräftige Ergebnisse zu erhalten. Einzelwertvergleiche können allerdings durchaus als erste Anhaltspunkte dienen.

Diese empirische Vergleichsmarktmethode kann auf allen vorhin erwähnten Vergleichsmärkten durchgeführt werden.

---

<sup>423</sup> EK, Praktischer Leitfaden zur Ermittlung des Schadensumfangs, RZ 59.



### 7.3.2 Durchschnittsvergleiche

Vorteile	Nachteile
+ sehr einfach in der Durchführung <sup>424</sup>	– hohe Vergleichbarkeit bei den Märkten <sup>425</sup>
+ eine Anpassung der Daten nur bei Verzerrungen notwendig <sup>426</sup>	– Preisunterschiede der Vergleichsmärkte dürfen nur kartellbedingt sein <sup>427</sup>
+ eine Anwendung ist auch bei einem zeitlichen Vergleichsmarkt möglich <sup>428</sup>	– mögliche Verzerrung der Vergleichswerte bei der zeitlichen Vergleichsmethode <sup>429</sup>
+ bei einer Kombination von zeitlichen und räumlichen bzw. sachlichen Vergleichen anwendbar <sup>430</sup>	– Trends können nicht in die Berechnung einbezogen werden <sup>431</sup>

**Tabelle 7: Durchschnittsvergleiche**

Durchschnittsvergleiche können im Bauwesen durchaus eine Anwendung finden, wenn die verglichenen Märkte eine hohe Ähnlichkeit aufweisen, und wenn es keine nicht kartellbedingten Preisunterschiede gibt. Allerdings bleibt die Anwendung sehr eingeschränkt, da sich Bauprojekte über lange Zeiträume ziehen können und es durchaus sein kann, dass nicht kartellbedingte Preisunterschiede in diesem Zeitraum zustande kommen. Beispiele für nicht kartellbedingte Preisunterschiede wären die Inflation, möglicherweise ein höheres Lohnniveau und geringere oder höhere Auslastung des Unternehmens. Die Durchschnittsvergleiche können als Ergänzung zu den noch folgenden Methoden angesehen werden. Durchschnittsvergleiche liefern allerdings schon bessere bzw. belastbarere Ergebnisse als Einzelwertvergleiche, weswegen diese Art der empirischen Vergleichsmarktmethode einem Einzelwertvergleich immer vorzuziehen ist, solange dies aufgrund von ausreichenden Datenmengen möglich ist.

### 7.3.3 Methode der linearen Interpolation und Extrapolation

Wird ein Schadenersatzanspruch wegen eines Ereignisses, welches zu Kartellbeginn oder zu Kartellende erfolgte, geltend gemacht, liefert die lineare Interpolationsmethode genauere Vergleichswerte als die Durchschnittsmethode.<sup>432</sup>

<sup>424</sup> Brand, Schadenersatz im Kartellrecht, 219.

<sup>425</sup> Brand, Schadenersatz im Kartellrecht, 219.

<sup>426</sup> EK, Praktischer Leitfaden zur Ermittlung des Schadensumfangs, RZ 63.

<sup>427</sup> Inderst/Thomas, Schadenersatz bei Kartellverstößen, 156.

<sup>428</sup> Inderst/Thomas, Schadenersatz bei Kartellverstößen, 157.

<sup>429</sup> Inderst/Thomas, Schadenersatz bei Kartellverstößen, 157.

<sup>430</sup> Inderst/Thomas, Schadenersatz bei Kartellverstößen, 157.

<sup>431</sup> EK, Praktischer Leitfaden zur Ermittlung des Schadensumfangs, RZ 67.

<sup>432</sup> EK, Praktischer Leitfaden zur Ermittlung des Schadensumfangs, RZ 67.

Ein Nachteil dieser Vergleichsmarktmethode ist, dass nur zwei Punkte für die Interpolation herangezogen werden und die Vergleichswerte somit beispielsweise für Preisschwankungen anfällig sind. Mit einer Zeitreihenmethode, welche eine Form der Regressionsanalyse ist, kann dieses Problem eliminiert werden.<sup>433</sup> Mit Hilfe von Zeitreihenmethoden werden Saison- und Zeittrends berücksichtigt. Diese Trends basieren auf Daten von einem zeitlichen Vergleichsmarkt.<sup>434</sup>

Vorteile	Nachteile
+ Zeittrends können in die Berechnung einbezogen werden <sup>435</sup>	– genauer Beginn und Ende des rechtswidrigen Verhalten muss bekannt sein <sup>436</sup>
	– Berechnung nur durch zwei Datenpunkte <sup>437</sup>
	– Ergebnisse anfällig für Preisschwankungen vor und nach dem Kartell (nur zwei Bezugspunkte) <sup>438</sup>

**Tabelle 8: Lineare Interpolation**

Die Methode der linearen Interpolation bzw. Extrapolation erscheint auf den ersten Blick als eine geeignete schnelle Variante für die Schadensberechnung im Bauwesen. Als Probleme äußern sich einerseits die genauen Zeitpunkte von Kartellanfang und Kartellende, und dass diese Art der Berechnung nur auf zwei Anhaltspunkte stützt. Durch diese vage lineare Interpolation und Extrapolation werden nicht kartellbedingte preisbeeinflussende Parameter außer Acht gelassen. Erfolgt die lineare Interpolation über mehrere Jahre, werden schwankende Rohstoffpreise nicht in die Berechnung mit einbezogen. Diese Berechnungsmethode stellt keine hinreichende Berechnungsmethode für große Kartellstrukturen dar. Handelt es sich um kleine Kartelle mit kurzem Kartellbestehen, und kommt es in dieser Zeit zu keinen nicht kartellbedingten Preisschwankungen, kann sie allerdings durchaus angewendet werden. Prinzipiell kann diese Berechnungsmethode dann angewendet werden, wenn keine Informationen bzw. Daten im betrachteten Zeitintervall des Vergleichsmarktes vorliegen. Die Autorin ist der Meinung, dass diese Methode nicht im Bauwesen angewendet werden soll, da zu ungenaue Berechnungen erfolgen. Wenn

<sup>433</sup> Inderst/Thomas, Schadenersatz bei Kartellverstößen, 160.

<sup>434</sup> Inderst/Thomas, Schadenersatz bei Kartellverstößen, 161.

<sup>435</sup> Inderst/Thomas, Schadenersatz bei Kartellverstößen, 160.

<sup>436</sup> EK, Praktischer Leitfaden zur Ermittlung des Schadensumfangs, RZ 67.

<sup>437</sup> Inderst/Thomas, Schadenersatz bei Kartellverstößen, 160.

<sup>438</sup> Inderst/Thomas, Schadenersatz bei Kartellverstößen, 161.

könnten mit dieser Methode nur Einzelpositionen betrachtet werden, wie beispielsweise die Zementpreise.

### 7.3.4 Regressionsanalyse

Vorteile	Nachteile
+ kann für alle Vergleichsmethoden angewendet werden <sup>439</sup>	– große Datenmengen <sup>440</sup> bzw. sehr viele Datenbeobachtungen <sup>441</sup> sind für die Durchführung erforderlich
+ die Schadensschätzung, welche auf Vergleichsmethoden gestützt ist, wird verfeinert <sup>442</sup>	– die Anwendung erfordert Kenntnisse über statistische Techniken <sup>443</sup>
+ nicht kartellbedingte Einflussfaktoren können berücksichtigt werden <sup>444</sup>	– Kenntnisse über den betreffenden Wirtschaftszweig und der Branche, um richtige Hypothesen aufstellen zu können sind seitens der Anwender notwendig <sup>445</sup>
+ Zielvariablen können Preise, Umsätze, Marktanteile und Gewinnmargen sein <sup>446</sup>	– es kann zu Verzerrungen durch kartellbedingte Einflussvariablen kommen <sup>447</sup>
+ Aussage über die "Güte" des geschätzten kontrafaktischen Preises ist möglich <sup>448</sup>	– Messprobleme können auftreten <sup>449</sup>
+ Aussage über die Belastbarkeit der Schadensberechnung ist möglich <sup>450</sup>	
+ reiner Effekt auf den Preis durch das Kartell kann gemessen werden <sup>451</sup>	

**Tabelle 9: Regressionsanalyse**

Die Regressionsanalyse stellt eine sehr gute Variante für die Schadensberechnung im Bauwesen dar. Da Projekte im Bauwesen in der Regel sehr große Zeiträume überspannen, bestehen Kartelle dementsprechend lang, was wiederum eine ideale Voraussetzung für die

<sup>439</sup> EK, Praktischer Leitfaden zur Ermittlung des Schadensumfangs, RZ 69.

<sup>440</sup> EK, Praktischer Leitfaden zur Ermittlung des Schadensumfangs, RZ 69.

<sup>441</sup> EK, Praktischer Leitfaden zur Ermittlung des Schadensumfangs, RZ 82.

<sup>442</sup> EK, Praktischer Leitfaden zur Ermittlung des Schadensumfangs, RZ 85.

<sup>443</sup> EK, Praktischer Leitfaden zur Ermittlung des Schadensumfangs, RZ 81.

<sup>444</sup> EK, Praktischer Leitfaden zur Ermittlung des Schadensumfangs, RZ 69.

<sup>445</sup> EK, Praktischer Leitfaden zur Ermittlung des Schadensumfangs, RZ 81.

<sup>446</sup> EK, Praktischer Leitfaden zur Ermittlung des Schadensumfangs, RZ 69.

<sup>447</sup> EK, Praktischer Leitfaden zur Ermittlung des Schadensumfangs, RZ 81.

<sup>448</sup> Inderst/Thomas, Schadenersatz bei Kartellverstößen, 168.

<sup>449</sup> Gugler, Schadenersatz bei Kartellverstößen, 8.

<sup>450</sup> Inderst/Thomas, Schadenersatz bei Kartellverstößen, 168.

<sup>451</sup> Gugler, Schadenersatz bei Kartellverstößen, 8.

Regressionsanalyse darstellt. Durch des langen Bestehens können im Idealfall genügend Datenbeobachtungen aufgenommen werden, und somit stehen genügend Datenmengen für das Speisen der Methode zur Verfügung. Wie bereits erwähnt kann mit Hilfe der Regressionsanalyse klar dargestellt werden, wodurch beispielsweise ein Preis beeinflusst wird. Diese Beeinflussung kann auf ein Kartell zurück geführt werden oder es beeinflussen nicht kartellbedingte Faktoren den Preis.

Durch die Regressionsanalyse kann die Güte des berechneten kontrafaktischen Preises bestimmt werden, was für ein Verfahren bei einem Verstoß gegen das Kartellverbot durchaus sehr wichtig sein kann. Dies nicht nur für die klagende Seite, sondern auch für die beklagte Seite.

Da die Regressionsanalyse eine sehr komplexe Berechnungsvariante darstellt, muss vorausgesetzt werden, dass die Bearbeitung dieser Methode unbedingt in Zusammenarbeit mit einem Statistiker erfolgt, da Bauingenieure im Allgemeinen über kein ausreichendes statistisches Wissen verfügen. Fachleute im Bereich Bauwesen müssen demnach eng mit Statistikern zusammenarbeiten. Dies hat wiederum zur Folge, dass es zu einer interdisziplinären Zusammenarbeit zwischen den Beteiligten kommt. Die Autorin ist der Meinung, dass diese Variante in Zukunft eine sehr gute Möglichkeit für die Berechnung der Schadenshöhe im Bauwesen darstellt, da diese nicht nur genaue Ergebnisse liefert, sondern auch weil sich eine neue Zusammenarbeiten ergeben würde.

### **7.4 Simulationsmethoden**

Ein Szenario ohne rechtswidriges Verhalten ist bei Simulationsmodellen umso genauer, je mehr Marktmerkmale und Annahmen in das Modell einfließen.<sup>452</sup> Simulationsmodelle können, ähnlich wie die vorhin bearbeiteten empirischen Vergleichsmarktmethode, nicht nur Preise simulieren, sondern ist es ferner beispielweise auch möglich Aussagen über Gewinnspannen oder über das Produktionsvolumen zu treffen.

---

<sup>452</sup> Brand, Schadenersatz im Kartellrecht, 221.

Vorteile	Nachteile
+ Vorhersagen können getroffen werden <sup>453</sup>	– komplexe Annahmen sind für die Durchführung notwendig <sup>454</sup>
+ eine Anwendung bei Bestimmung der Auswirkungen von Behinderungsmissbrauch ist möglich <sup>455</sup>	– komplexe Datenanforderungen <sup>456</sup>
+ bilden Industriemerkmale nach <sup>457</sup>	– Auswahl der richtigen Marktfaktoren bzw. Annahmen <sup>458</sup>
+ strukturelle Aussagen werden möglich <sup>459</sup>	– fehlerhafte Annahmen verzerren die Vorhersagen <sup>460</sup>
	– großer Zeitaufwand bei der Durchführung <sup>461</sup>
	– großer Personalaufwand bei der Durchführung <sup>462</sup>
	– Ergebnisse sind sehr stark von den gewählten Modellannahmen abhängig, zusätzliche Überprüfungen werden nötig <sup>463</sup>

Tabelle 10: Simulationsmodelle

Die aufwendigste Methode der Berechnung stellt die Simulationsmethode dar. Werden Berechnungen der Schadenshöhe mit dieser Methode vorgenommen, muss eine ausreichende Zeitspanne und eine genügend große Anzahl an Mitarbeitern eingeplant werden. Diese Mitarbeiter müssen sich einerseits aus Baufachleuten und Fachleuten für Statistik und Programmierern zusammensetzen. Eine Zusammenarbeit dieser Bereiche ist für den Erfolg der Simulation zwingend notwendig. Durch diese Zusammenarbeit können bzw. müssen Annahmen getroffen werden, welche bei der Simulation von Nöten sind. Werden Annahmen falsch getroffen, kann dies eine Verzerrung der Ergebnisse hervorrufen werden. Es können verschiedene Modelle simuliert werden, was wiederum ein gewisses Maß an Erfahrung der Mitarbeiter voraussetzt, um im Einzelfall das richtige Modell zu finden. Für die Berechnung bzw. für die Simulation werden komplexe Datenmengen benötigt, da

<sup>453</sup> *Gugler*, Schadenersatz bei Kartellverstößen, 8.

<sup>454</sup> *Gugler*, Schadenersatz bei Kartellverstößen, 9.

<sup>455</sup> *EK*, Praktischer Leitfaden zur Ermittlung des Schadensumfangs, RZ 103.

<sup>456</sup> *Gugler*, Schadenersatz bei Kartellverstößen, 9.

<sup>457</sup> *Gugler*, Schadenersatz bei Kartellverstößen, 12.

<sup>458</sup> *Brand*, Schadenersatz im Kartellrecht, 221.

<sup>459</sup> *Gugler*, Schadenersatz bei Kartellverstößen, 12.

<sup>460</sup> *Brand*, Schadenersatz im Kartellrecht, 221.

<sup>461</sup> *Inderst/Thomas*, Schadenersatz bei Kartellverstößen, 191.

<sup>462</sup> *Inderst/Thomas*, Schadenersatz bei Kartellverstößen, 191.

<sup>463</sup> *Inderst/Thomas*, Schadenersatz bei Kartellverstößen, 191.

jede Simulationsmethode die Industrie, in der sie angewendet wird, abbildet. Die komplexe Menge an Daten kann im Bauwesen durchaus vorhanden sein. Da diese Variante sehr gute Ergebnisse liefert und damit Vorhersagen für das weitere Geschehen getroffen werden können, wird dieser Variante zukünftig eine große Bedeutung zugeschrieben werden muss. Ergänzend kann es bei dieser Methode sinnvoll sein empirische Vergleichsmarktmethoden anzuwenden, um Modellergebnisse zu überprüfen.

### 7.5 Aufbauende Methoden

Wie in Kapitel 6.4.4 beschrieben, gibt es Methoden die zur Bestimmung der Zielvariable entweder Vergleichsmarktmethoden oder Simulationsmodelle verwenden können.

Bei nachfolgender kostenbasierter Methode werden Gewinnmargen basierend auf einem Vergleichsmarkt oder einem Simulationsmodell bestimmt. Bei der finanzgestützten Methode wird die benötigte Rendite ebenfalls entweder mit Hilfe eines Vergleichsmarktes oder eines Simulationsmodells bestimmt. In den folgenden zwei Kapitel sind die Vor- und Nachteile beider Methoden angeführt.

#### 7.5.1 Kostenbasierte Methode

Kostenbasierte Methoden können laut *EK* dann angewendet werden, wenn Vergleichsmarktmethoden im Einzelfall nicht zielführend sind.<sup>464</sup> Primäre Anwendung findet die kostenbasierte Methode bei der Berechnung von kartellbedingten Preisauflagen.<sup>465</sup> Des Weiteren kann diese Methode auch als Kontrolle bzw. als Plausibilitätsprüfung angewendet werden. Es können somit kontrafaktische Preise, welche aus einer anderen Methode resultieren, überprüft werden.<sup>466</sup>

---

<sup>464</sup> *EK*, Praktischer Leitfaden zur Ermittlung des Schadensumfangs, RZ 106.

<sup>465</sup> *EK*, Praktischer Leitfaden zur Ermittlung des Schadensumfangs, RZ 107.

<sup>466</sup> *Inderst/Thomas*, Schadenersatz bei Kartellverstößen, 163.

Vorteile	Nachteile
+ Berechnung von Preisauflagen, aber auch von entgangenem Gewinn von ausgeschlossenen Wettbewerbern möglich <sup>467</sup>	– Herausrechnen von anderen Faktoren, die Preise verändern, ist sehr schwer <sup>468</sup>
+ es werden nicht nur reine Preisdaten berücksichtigt <sup>469</sup>	– schwere Zugänglichkeit von Daten (Produktionskosten, Gewinnmargen) <sup>470</sup>
	– Daten sind meistens nicht für Gegner zugänglich <sup>471</sup>
	– Vergleichsmarkt muss hinreichend ähnlich sein <sup>472</sup>

Tabelle 11: Kostenbasierte Methode

Die kostenbasierte Methode, wie auch die nachfolgende finanzgestützte Methode, erfordern bei der Benützung aufgrund der hohen Komplexität unbedingt die Mitarbeit von Spezialisten im Bereich Statistik und dem Bauwesen.

Da für die kostenbasierte Methode von den Kartellanten nur Daten über die Stückkosten vorhanden sein müssen, kann diese Methode gut im Bauwesen angewendet werden, denn in der Regel werden Kosten einer Baustelle gut dokumentiert bzw. sollten gut dokumentiert werden. Unternehmen fordern von ihren jeweiligen Baustellen eine laufende Berechnung des wirtschaftlichen Erfolges, weswegen Daten über Kosten laufend vorhanden sind. Dies bedeutet wiederum, dass diese Daten meistens nur für die Kartellanten zugänglich sind, nicht aber für Gegner bzw. Geschädigte. Ein Vorteil dieser Variante ist es allerdings, dass die zu bestimmenden Gewinnmargen nicht nur durch Vergleichsmarktmethode bestimmt werden können, sondern auch durch Simulationsmodelle. Da allerdings die benötigten Daten, wie bereits erwähnt, in der Regel nicht für Gegner zugänglich sind, sollte diese Variante der Schadensberechnung nur als ergänzende bzw. als zusätzliche Überprüfungsmethode angewendet werden.

<sup>467</sup> EK, Praktischer Leitfaden zur Ermittlung des Schadensumfangs, RZ 107.

<sup>468</sup> Brand, Schadenersatz im Kartellrecht, 222.

<sup>469</sup> Inderst/Thomas, Schadenersatz bei Kartellverstößen, 163.

<sup>470</sup> Brand, Schadenersatz im Kartellrecht, 222.

<sup>471</sup> Brand, Schadenersatz im Kartellrecht, 222.

<sup>472</sup> Inderst/Thomas, Schadenersatz bei Kartellverstößen, 163.

## 7.5.2 Finanzgestützte Methode

Vorteile	Nachteile
+ benötigte Daten sind bei Unternehmen vorhanden <sup>473</sup>	– Außerachtlassung von Mengeneffekten (Gewinnänderung durch Absatzrückgang) <sup>474</sup>
+ benötigte Daten können aus öffentlichen Jahresabschlüssen stammen <sup>475</sup>	

**Tabelle 12: Finanzgestützte Methoden**

Finanzgestützte Methoden können, wie bereits mehrfach erwähnt, auf Grundlage einer Vergleichsmarktmethode oder einer Simulation durchgeführt werden. Kann beispielsweise kein geeigneter Vergleichsmarkt gefunden werden, kann die Anwendung eines Simulationsmodells Abhilfe schaffen. Dies bedeutet, dass diese prinzipiell, wenn ausreichend Daten vorhanden sind, in der Regel immer angewendet werden kann. Grundgedanke dieser Berechnungsmethode ist das Vergleichen von Renditen bzw. Unternehmensbewertungen. Diese zu vergleichenden Parameter können mit Hilfe von Daten bestimmt werden, welche in der Regel aus öffentlichen Jahresabschlüssen stammen. Einzelne Baufirmen veröffentlichen ihre Jahresabschlüsse, Arbeitsgemeinschaften und Gesellschaften mit beschränkter Haftung müssen diese sogar veröffentlichen. Wie zuvor erwähnt benötigt die finanzgestützte Methode ein Team aus Experten. Durch die Zusammenarbeit der Beteiligten, wie Statistiker, Programmierer, Buchhaltungsexperten und Baufachleuten ergibt sich ein kompetentes Team, welches mit dieser Methode zuverlässige Ergebnisse erzielen kann. Da alle für die Berechnung benötigten Daten bei den Unternehmen vorhanden sind, kann diese Methode gut im Bauwesen angewendet werden, vor allem, wenn Gewinnverluste geltend gemacht werden sollen.

## 7.6 Methodenwahl

Alle genannten Methoden können sowohl für Preiskartelle als auch bei Behinderungsmissbräuchen angewendet werden. Einerseits kann durch alle Methoden ein rechtswidriger Preisauflschlag und andererseits können auch entgangene Gewinnsummen und Absätze festgestellt werden.<sup>476</sup> Wird beispielsweise vermutet, dass Geschädigte eines Kartells zu hohe Preise für Produkte bezahlt haben, wird der kontrafaktische Preis ermittelt, da somit ein direkter Vergleich über den gezahlten Preis und dem zuwiderhandlungsfreien Preis aufgestellt werden kann. Wird ein Schaden durch einen Missbrauch der

<sup>473</sup> Brand, Schadenersatz im Kartellrecht, 223.

<sup>474</sup> Brand, Schadenersatz im Kartellrecht, 222.

<sup>475</sup> Inderst/Thomas, Schadenersatz bei Kartellverstößen, 166.

<sup>476</sup> EK, Praktischer Leitfaden zur Ermittlung des Schadensumfangs1, RZ 122.



beherrschenden Marktstellung verursacht, werden also Wettbewerber beispielsweise vom Markt verdrängt, kommt es zu einer Berechnung des entgangenen Gewinnes.<sup>477</sup> Eine pauschale Aussage, ob eine Methode besser als eine andere ist, kann nicht getroffen werden. Abhängig vom vorliegenden Einzelfall der Schadensberechnung muss durch das jeweils geltende Recht bestimmt werden, welche Berechnungsmethode geeignet ist. Abhängig vom jeweils geltenden Recht der Mitgliedsstaaten der Europäischen Union können auch das Beweismaß und die Beweislast einen wesentlichen Teil zur Wahl der Methoden betragen. Ebenfalls beeinflussen die verfügbaren Daten die Methodenwahl auf die gleiche Weise, wie der mit der jeweiligen Methode einhergehende Zeitaufwand oder die durch die Methode entstehenden finanziellen Ausgaben. Finanzielle Ausgaben können bei der klagenden Seite und bei der beklagten Seite stehen, sowie auch bei der Justiz. Die klagende Seite verursacht finanzielle Ausgaben, die durch die gewählte Methode für die Berechnung entstehen. Die beklagte Seite hingegen ruft Kosten hervor, die bei einer Widerlegung der Schadensberechnung entstehen können. Benötigt die Justiz einen Sachverständigen, welcher die jeweilige Methode bzw. die Ergebnisse überprüft, entstehen hierdurch wiederum finanzielle Ausgaben.<sup>478</sup> Eine Kombination mehrerer Methoden ist, wie bereits erwähnt, durchaus eine Möglichkeit die Schadenshöhe zu berechnen. Sinnvoll ist es auch, mehrere Methoden gleichzeitig anzuwenden. Stimmen die Ergebnisse mehrerer Methoden weitestgehend überein bzw. sind diese ähnlich, erhöht dies die Belastbarkeit der vorliegenden Ergebnisse. Werden jedoch große Unterschiede zwischen den parallel angewendeten Methoden verzeichnet, muss überprüft werden, was ausschlaggebend dafür ist. Eine Mittelwertbildung der unterschiedlichen Ergebnisse ist nicht sachgemäß. Unterschiedliche Ergebnisse können einander auch nicht aufheben.<sup>479</sup>

Nachfolgend sind in Tabelle 14 die groben Eingangsparameter der einzelnen Methoden dargestellt. Die Zahl "1" bei der Beurteilung stellt ein "zutreffend" dar, "01" repräsentiert den Begriff "eher zutreffend" und "0" bedeutet "nicht zutreffend". Die Beurteilung stützt sich auf eine subjektive Interpretation der Autorin. Einzelwertvergleiche werden hier in Bezugnahme auf die einzelnen Vergleichsmärkte hin beurteilt, um zu verdeutlichen, welche Eingangsparameter bei den einzelnen Vergleichsmärkten benötigt werden.

---

<sup>477</sup> EK, Praktischer Leitfaden zur Ermittlung des Schadensumfangs, RZ 15.

<sup>478</sup> EK, Praktischer Leitfaden zur Ermittlung des Schadensumfangs, RZ 124.

<sup>479</sup> EK, Praktischer Leitfaden zur Ermittlung des Schadensumfangs, RZ 125.

Methode	Kartellbeginn/-ende	hohe Vergleichbarkeit der Märkte	komplexe Annahmen	komplexe Datenmengen	Kenntnis über Baubranche	Kenntnis über komplexe statistische	großer Zeitaufwand	großer Personalaufwand
Einzelwertvergleiche auf zeitlichen Vergleichsmarkt	1		0	0	1	0	0	0
Einzelwertvergleiche auf ähnlich räumlichen Vergleichsmarkt	0	1	0	0	1	0	0	0
Einzelwertvergleiche auf ähnlich sächlichen Vergleichsmarkt	0	1	0	0	1	0	0	0
Einzelwertvergleiche auf kombinierten Vergleichsmarkt	0	1	0	01	1	0	0	0
Durchschnitts-vergleiche	0	1	0	0	1	0	0	0
lineare Interpolation und Extrapolation	1	0	01	0	1	0	0	0
Regressionsanalyse	0	0	01	1	1	1	1	1
Simulationsmethode	0	0	1	1	1	1	1	1
kostenbasierte Methode	0	01	01	01	1	1	1	1
finanzgestützte Methode	0	0	01	01	1	1	1	1

Tabelle 13: Erforderliche Eingangsparameter der einzelnen Berechnungsmethoden

### 7.6.1 Einzelfallspezifische Beschreibung

Nachfolgend werden die einzelnen zuvor beschriebenen Methoden nochmals kurz und prägnant beschrieben. Einzelwertvergleiche auf den vier verschiedenen Arten von

Vergleichsmärkten werden hier separat beschrieben, da so verdeutlicht werden soll, was bei der Bestimmung der einzelnen Vergleichsmärkte wichtig ist. Aus dieser Zusammenfassung ergibt sich dann in Kapitel 7.6.2 die prinzipielle Anwendbarkeit der Methoden

### **7.6.1.1 Einzelwertvergleiche auf zeitlichen Vergleichsmarkt**

Die Marktdaten liefern sichere und richtige Informationen über Gesamtmengen und -preise von Beginn bis zum Ende des Kartellbestehens für den gegenständlichen Einzelfall und der Schaden des Kartells von Abb.3 kann direkt nach den unter Abb. 3 definierten Ursachengruppen berechnet werden. Die Ergebnisse dieses Vergleichs weisen eine mangelnde Repräsentativität auf.

### **7.6.1.2 Einzelwertvergleiche auf ähnlich räumlichem Vergleichsmarkt**

Die Marktdaten liefern sichere und richtige Informationen über Gesamtmengen und -preise von Beginn bis zum Ende des Kartellbestehens zwischen dem Kartell- und dem Vergleichsmarkt mit einem hohen Grad an räumlicher Ähnlichkeit in dem gegenständlichen Einzelfall. Der Schaden des Kartells von Abb. 3 kann direkt nach den unter Abb.3 definierten Ursachengruppen berechnet werden. Sollte der Ähnlichkeitsgrad der räumlichen Märkte mehr als geringfügig unter 100% liegen und die Marktdaten eine nicht vernachlässigbare statistische Unsicherheit zeigen, dann sind komplexere Berechnungen zur Abschätzung erforderlich bzw. kann eine Kombination mit einer zeitlichen Vergleichsmethode sinnvoll sein.

### **7.6.1.3 Einzelwertvergleiche auf ähnlich sachlichem Vergleichsmarkt**

Die Marktdaten liefern sichere und richtige Informationen über Gesamtmengen und -preise von Beginn bis zum Ende des Kartellbestehens zwischen dem Kartell- und dem Vergleichsmarkt mit einem hohen Grad an sachlicher Ähnlichkeit in dem gegenständlichen Einzelfall. Der Schaden des Kartells von Abb. 3 kann direkt nach den unter Abb. 3 definierten Ursachengruppen berechnet werden. Sollte der Ähnlichkeitsgrad der sachlichen Märkte mehr als geringfügig unter 100% liegen und die Marktdaten eine nicht vernachlässigbare statistische Unsicherheit zeigen, dann sind komplexere Berechnungen zur Abschätzung erforderlich bzw. kann eine Kombination mit einer zeitlichen Vergleichsmethode sinnvoll sein.

### **7.6.1.4 Einzelwertvergleiche auf kombinierten Vergleichsmarkt**

Die Kombination von zeitlichen und marktbezogenen Methoden (Differenz-der-Differenz) folgt denselben Voraussetzungen wie die drei ersten Einzelwertvergleiche. In der Praxis ist

zu erwarten, dass für diese Methode sehr umfangreiche und gute Daten verfügbar sein müssen.

### **7.6.1.5 Durchschnittsvergleiche**

Durchschnittsvergleiche können benutzt werden, wenn mehrere Daten für beispielsweise den Preise vorhanden sind. Diese können bei jeder Vergleichsmarktmethode angewendet werden und liefern belastbarere Ergebnisse als Einzelwertvergleiche.

### **7.6.1.6 Lineare Interpolation und Extrapolation**

Diese Methode ist ein zeitlicher Vergleich. Sie kann in Fällen nützlich sein, falls im betrachteten Zeitintervall keine Daten des Vergleichsmarktes vorliegen.

### **7.6.1.7 Regressionsanalyse**

Diese Methode erfordert große Datenmengen und sollte nur in interdisziplinärer Zusammenarbeit mit einem Statistiker und ggf. weiteren sachkundigen Bauexperten benutzt werden. Sie ermöglicht eine Berücksichtigung von anderen preisbeeinflussenden Faktoren.

### **7.6.1.8 Simulationsmodelle**

Diese Methode erfordert große Datenmengen und sollte nur in interdisziplinärer Zusammenarbeit mit einem Statistiker, einem Ökonomen und ggf. weiteren sachkundigen Bauexperten und Softwareentwicklern benutzt werden. Diese Methode benötigt nicht zwingend einen Vergleichsmarkt, muss allerdings immer möglichst genau der Realität angepasst werden.

### **7.6.1.9 Kostenbasierte Methode**

Diese Methode erfordert große Datenmengen und sollte nur in interdisziplinärer Zusammenarbeit mit einem Statistiker und ggf. weiteren sachkundigen Bauexperten benutzt werden. Die Anwender müssen ein fundiertes Wissen über die Themenbereiche Kalkulation und Kostenrechnung aufweisen.

### **7.6.1.10 Finanzgestützte Methode**

Diese Methode erfordert große Datenmengen und sollte nur in interdisziplinärer Zusammenarbeit mit einem Statistiker und ggf. weiteren sachkundigen Bauexperten benutzt werden. Bei den Anwendern wird eine sehr gute Kenntnis über die Bereiche Buchhaltung und Bilanzierung vorausgesetzt.

### **7.6.2 Prinzipielle Anwendung der Methoden**

In den vorherigen Kapitel wurden die einzelnen Methoden bezüglich ihrer Stärken und Schwächen hin untersucht und deren Anwendung im Bauwesen angeschnitten. Ebenfalls wurde analysiert, welche Eingangsparameter vorhanden sein müssen, um eine Methode anwenden zu können. Im Folgenden wird nun noch einmal auf die prinzipielle Anwendung der einzelnen Berechnungsmethoden im Bauwesen eingegangen.

Für das Erstellen eines zuwiderhandlungsfreien Szenarios gibt es, wie bereits bekannt ist, mehrere Möglichkeit.

Die erste Möglichkeit ist ein zeitlicher Vergleich. Primäres Kriterium zur Anwendung einer zeitlichen Vergleichsmarktmethode ist das Bekanntsein des Kartellbeginns und des Kartellendes. Da diese beiden Zeitpunkte in der Regel einen laufenden Übergang bilden und weil sich Kartelle im Bauwesen im allgemeinen über große Zeiträumen erstrecken, ist diese Art der Vergleichsmarktmethode im Bauwesen nicht sinnvoll anwendbar. Weiter kann angemerkt werden, dass die Ergebnisse dieser Vergleichsmarktmethode nicht sehr repräsentativ sind.

Zweite Möglichkeit einen passenden Vergleich aufzustellen ist das Arbeiten mit einem ähnlich räumlichen Vergleichsmarkt. Um eine empirische Vergleichsmethode auf Basis eines ähnlich räumlichen Vergleichsmarktes durchführen zu können, muss zuerst ein passender Vergleichsmarkt gefunden werden. Da bei dieser Vergleichsmarktmethode die zu vergleichenden Produkte bzw. Dienstleistungen gleich oder hinreichend ähnlich sein müssen, wird diese Art des Vergleichs für Kartelle unter Generalunternehmern nicht zielführend sein. Werden allerdings Daten von Einzellieferanten verglichen, bietet diese Variante eine sehr gute Möglichkeit um in weiterer Folge mit empirischen Vergleichsmarktmethoden belastbare Ergebnisse zu erzielen. Prinzipiell kann diese Methode somit im Bauwesen angewendet werden.

Wird im Gegensatz zur gerade behandelten Variante des ähnlich räumlichen Vergleichsmarktes eine empirische Vergleichsmarktmethode auf Basis eines ähnlich sachlichen Vergleichsmarktes betrachtet, wird deutlich, dass diese Variante in der Regel sehr gut für Vergleiche zwischen Generalunternehmern geeignet ist. Da die zu

vergleichenden Produkte nicht ident sein müssen, kann leichter ein geeigneter Vergleichsmarkt für Generalunternehmer gefunden werden.

Die letzte Möglichkeit einen Vergleichsmarkt zu erstellen, ist die Kombination der vorhin beschriebenen Varianten. Werden empirische Vergleichsmarktmethoden mit Hilfe eines kombinierten Vergleichsmarktes erstellt, können diese zu guten Ergebnissen führen, allerdings müssen die vorhin erwähnten Kriterien der drei Vergleichsmarktmethoden beachtet werden.

Einzelwertvergleiche, egal auf welchen der vorhin beschriebenen Vergleichsmärkte diese beruhen, können im Bauwesen nie hinreichend belastbare Ergebnisse erzielen. Diese kommen nur aufgrund einer sehr geringen Datenmenge zu einem Ergebnis und besitzen aus diesem Grund auch keine Aussagekraft, weswegen eine alleinige Anwendung nicht durchgeführt werden sollte. Um einen ersten Anhaltspunkt, beispielweise über die Preishöhe eines Produktes zu erhalten, können diese mit Vorbehalt angewendet werden.

Belastbarere Ergebnisse liefern Durchschnittsvergleiche. Liegen mehrere Daten zur gewünschten Zielvariable vor, kann diese Art der empirischen Vergleichsmarktmethoden angewendet werden. Auf Basis eines ähnlich räumlichen Vergleichsmarktes, welcher vorwiegend bei Einzellieferanten zur Anwendung kommen wird, werden für die Durchschnittsbildung genügend Daten vorhanden sein. Aber nicht nur bei Einzellieferanten kann diese Methode zielführend sein, auch für Generalunternehmen, bei denen vorwiegend mit einem ähnlich sachlichen Vergleichsmarkt arbeiten werden, können genügend Daten aufgefunden werden. Demnach ist eine Anwendung im Bauwesen auf jeden Fall sinnvoll.

Eine lineare Interpolation bzw. Extrapolation beruht auf einem zeitlichen Vergleichsmarkt, wodurch eine Anwendung für das Bauwesen nicht zielführend ist. Einerseits sind die vorhin beschriebenen Kriterien, betreffend des genauen Kartellbestehens problematisch und andererseits können Interpolationen bzw. Extrapolationen in der Regel keine aussagekräftigen Ergebnisse liefern. Prinzipiell kann diese Art der empirischen Vergleichsmarktmethode nur bei einem kurzen Kartellbestehen zielführend sein, da allerdings Kartelle im Bauwesen sich vorwiegend über lange Zeiträume erstrecken ist die Anwendung dieser Methode nicht erfolgsversprechend und findet somit keine prinzipielle Anwendung im Bauwesen.

Die Regressionsanalyse stellt eine sehr gute Variante für die Schadensberechnung im Bauwesen dar. Die benötigten Datenmengen sind durch das in der Regel lange Kartellbestehen im Bauwesen vorhanden. Da in der Regressionsanalyse berücksichtigt werden kann, wodurch eine Zielvariable sonst noch beeinflusst wird, können belastbare und

aufschlussreiche Ergebnisse erzielt werden. Da diese Methode für alle zuvor erwähnten Vergleichsmärkte angewendet werden kann, muss auf die zuvor eingegangene differenzierte Anwendung, bezüglich Einzellieferanten und Generalunternehmer geachtet werden. Der Personalaufwand ist bei der Regressionsanalyse deutlich höher als bei den vorherigen empirischen Vergleichsmarktmethoden. Werden diese Punkte allerdings berücksichtigt, kann die Regressionsanalyse sehr gut im Bauwesen angewendet werden.

Simulationsmodelle kann eine sehr gute Variante zur Schadensberechnung darstellen. Diese können auch durchgeführt werden, wenn kein geeigneter Vergleichsmarkt gefunden werden kann, was sich als äußerst praktisch erweist. Zwar müssen für die Anwendung eines Simulationsmodells sehr viele Daten vorhanden sein allerdings sind diese im Bauwesen aufgrund der in der Regel langen Dauer von Kartellen vorhanden. Zu beachten ist, dass die Durchführung zeitaufwendig ist und dass ein hoher Personalaufwand von Nöten ist. Weiters muss berücksichtigt werden, dass das gewählte Modell der Realität sehr nahekommen muss, denn nur so können belastbare Ergebnisse erzielt werden.

Die in den Kapitel 7.5.1 und 7.5.2 beschriebenen aufbauenden Methoden, berechnen immer spezielle Zielvariablen. Ausgehend von Stückkosten, welche im Unternehmen vorhanden sein müssen, kann ein kontrafaktischer Preis bestimmt werden. Die hierfür benötigte angemessene Gewinnspanne kann, wie bekannt, entweder auf Vergleichsmarktmethoden oder Simulationsmodellen beruhen. Werden bei der Berechnung die vorhin erwähnten Kriterien einer prinzipiellen Anwendung berücksichtigt, kann die kostenbasierte Methode im Bauwesen angewendet werden. Allerdings muss erwähnt werden, dass diese Methode für Gegner, der unter anderem ein Bauunternehmer oder ein Zulieferer ist, nicht zielführend sein kann, da diese in der Regel keinen Zugang zu den benötigten Daten haben. Der Anwender muss bei dieser Berechnungsmethode ein nicht so großes statistisches Wissen haben, wie bei den zuvor erwähnten Methoden, vielmehr muss dieser sich genau mit dem Thema Kalkulation und Kostenrechnung auskennen.

Dagegen kann die finanzgestützte Methode auch ohne die Unterlagen des Kartellantengegners durchgeführt werden, da die benötigten Daten sich in veröffentlichten Jahresabschlüssen finden lassen. Wie auch bei der kostenbasierten Methode müssen die zuvor erwähnten Kriterien der Vergleichsmarktmethoden und des Simulationsmodells beachtet werden, jedoch kann diese Methode gut im Bauwesen angewendet werden. Anzumerken ist, dass bei der Durchführung Kenntnisse aus der Buchhaltung und Bilanzierung unbedingt vorhanden sein müssen, was in der Praxis dazu führt, dass ein weiterer Experte bei der Anwendung benötigt wird.

In nachstehender Tabelle ist die prinzipielle Anwendung der einzelnen beschriebenen Methoden zusammenfassend verdeutlicht.

<b>Methode</b>	<b>Anwendung</b>
zeitlichen Vergleichsmarkt	Nein
ähnlich räumlichen Vergleichsmarkt	Ja
ähnlich sächlichen Vergleichsmarkt	Ja
kombinierten Vergleichsmarkt	Ja
Einzelwertvergleiche	Nein
Durchschnittsvergleiche	Ja
lineare Interpolation und Extrapolation	Nein
Regressionsanalyse	Ja
Simulationsmethode	Ja
kostenbasierte Methode	Ja
finanzgestützte Methode	Ja

**Tabelle 14: Anwendung im Bauwesen**

## 7.7 Hypothetische Idee

Nachfolgend wird ein möglicher Lösungsweg für eine standardisierte Anwendbarkeit der einzelnen Methoden skizziert. Anzumerken ist, dass diese hypothetische Idee mehr oder weniger nur eine Gedankenanstrengung sein sollte und es einer viel genaueren Untersuchung in der Praxis bedürfe.

Um eine genaue bzw. eine standardisierte Anwendung einer Methode auf einen gewissen Einzelfall zu finden, sind mehrere Schritte bis zur endgültigen Mastertabelle notwendig. In einem ersten Schritt muss eine große Anzahl realer Fälle von Kartellen und deren Auswirkungen beobachtet und dokumentiert werden. Auf Basis dieser ausführlichen Dokumentation kann in einem nächsten Schritt, die Schadenshöhen mit allen zuvor erwähnten Berechnungsmethoden berechnet werden. Im Anschluss an diese Berechnungen, wird in einem letzten Schritt, die Mastertabelle konstruiert. Mit dieser kann es möglich sein, bei jedem beliebigen Projekt die passende Berechnungsmethode zu finden.

Für die vorliegende Arbeit würde sich die Mastertabelle für 10 verschiedene Berechnungsmethoden folgendermaßen ergeben.



Projekt XY										
Anwendbarkeit	M1	M2	M3	M4	M5	M6	M7	M8	M9	M10
Ja	x	x		x	x				x	x
Nein			x			x	x	x		

Tabelle 15: Systemskizze einer möglichen Mastertabelle

Diese Mastertabelle würde wiederum mit Hilfstabellen im Hintergrund arbeiten. Diese Hilfstabellen bestehen aus den einzelnen Methoden und deren verschiedenen Eingangsparametern. Es müssten verschiedene preisbeeinflussende Parameter in die Hintergrundtabellen eingespeist werden, um schlussendlich eine mögliche Anwendbarkeit ablesen zu können.

Die preisbeeinflussenden Parameter werden nur auf Österreich bezogen, da eine weitergreifendere Ausdehnung der Parameter zu viele zu berücksichtigende Faktoren mit sich bringen würde.

Die nachstehenden preisbeeinflussenden Parameter sind auf eine Interpretation der Autorin gestützt.

Übergestellte Faktoren:

- Projektart: Hochbau (Freizeitanlagen, Gebäude im Gesundheitssektor, Industriebauten,... siehe Abbildung 5), Tiefbau (Tunnelbau, Straßenbau, Kanalbau,... siehe Abbildung 6), Wasserbau, ...
- Projektgröße: Bei größeren Projekten sind mehr Daten vorhanden
- Projektdauer: Bei einer langen Projektdauer können sich bessere Kartellstrukturen ausbilden
- Projektlage: Stadt, Land

Projektspezifische Faktoren:

- Baustoffe: Stahl, Stahlbeton, Beton, Holz, ... (Angebot und Nachfrage, Stahlpreise)
- Konstruktionsart: Massivbau, Fachwerksbau, Fertigteilbau, ...
- Wartezeiten: Durch behördliche Genehmigungen
- Politische Lage zur Zeit der Realisierung
- Natureinflüsse: Schlechtwetter
- "Vertrauensgrad" der beteiligten Unternehmen untereinander

Abgesehen von den hier angeführten preisbeeinflussenden Parametern können noch weitere preisbeeinflussende Faktoren, welche die Methodenwahl beeinflussen würden, relevant sein.

Diese würden sich jedoch erst durch eine umfangreiche statistische Betrachtung vieler realer Bauprojekte mit Kartellbildungen herauskristallisieren.

Auf den ersten Blick erscheint das Erstellen einer solchen Mastertabelle durchaus einfach. Ihre Umsetzung bedarf allerdings eines großen Maßes an fachlicher Kompetenz und Zeit. Diese fachliche Kompetenz muss nicht nur im Bauwesen vorhanden sein, sondern vielmehr müssen auch ein umfangreiches statistisches Wissen sowie entsprechende Programmierkenntnisse im bearbeitenden Team vorhanden sein. Für die Erstellung der Mastertabelle müssen daher mehrere Fachleute aus den einzelnen benötigten Bereichen zusammenarbeiten. Des Weiteren muss dem späteren Nutzer klar sein, dass die erschaffene Tabelle sich in den Folgejahren durchaus ändern bzw. dass sie sich verbessern wird.

## **8. Conclusio**

Durch die vorliegende Arbeit wird klar, dass Schadenersatzansprüche im Kartellrecht oft sehr schwer zu beurteilen sind bzw. die Schadenshöhenberechnung sehr unterschiedlich sein kann. Schadenersatzansprüche können im Einzelfall sehr umfangreich sein und bedürfen daher einer genauen Prüfung. Da ein Schadenersatz nach verschiedenen Gesetzen geltend gemacht werden kann, muss auch immer genau unterschieden werden, welches Gesetz zur Anwendung kommt. Erschwerend kann eine Ausdehnung eines Kartells über mehrere Länder wirken. Hier muss beispielsweise zwischen dem geltenden Recht der Europäischen Union und dem eines Mitgliedstaates unterschieden werden. Daraus ergibt sich, dass in jedem vorliegenden Einzelfall eine genaue und umfangreiche Beurteilung mehrerer Experten notwendig sein kann.

Die Autorin ist der Meinung, dass die vorhin erwähnte irreführende Bezeichnung "Methode" der Vergleichsmarktmethode noch einer besseren Bezeichnung bedarf, damit es nicht zu Missverständnissen kommt.

Eine pauschale Anwendung einer Berechnungsmethode für die Schadenshöhe im Bauwesen ist derzeit nicht möglich. Durch den jeweils vorliegenden Einzelfall und die verfügbaren Daten kann für den jeweiligen Einzelfall eine geeignete Berechnungsmethode festgelegt werden. Es kann jedoch angenommen werden, dass einfachere Berechnungsmethoden bei nicht sehr komplexen Kartellstrukturen angewendet werden können, beispielsweise bei Einzellieferanten bzw. Zulieferbetrieben. Dies können beispielsweise Zulieferer von Fertigteilen oder aus der Zementindustrie sein.

Die Berechnung von Schäden durch Kartellverstöße im Bauwesen ist derzeit in der Praxis noch nicht ausreichend erforscht um eine mögliche, vorhin skizzierte, Mastertabelle erstellen zu können. Die Autorin ist der Meinung, dass genau diesem Bereich in Zukunft mehr Aufmerksamkeit geschenkt werden muss, da es auch in der Zukunft Kartellverstöße

gegeben wird bei denen es zu Schadenersatzforderungen kommen wird. Eine derartige Mastertabelle bzw. die Grundidee dieser, könnten eine Schadensberechnungen anschaulicher machen und eine Basis für eine umfangreiche Zusammenarbeit von mehreren Spezialisten hervorrufen. Dies erfordert allerdings einen großen Expertenpool und ausreichend viel Zeit um eine erwähnte Mastertabelle erstellen zu können.

Aufgrund der verfügbaren Berechnungsmethoden kann allerdings abschließend gesagt werden, dass eine Regressionsanalyse und ein richtig gewähltes Simulationsmodell die besten Varianten der Schadensberechnung im Bauwesen darstellen, da bei diesen auch andere preisbeeinflussende Faktoren berücksichtigt werden können.



## **Quellenverzeichnis**

### **1. Rechtsquellen**

Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch für die gesammten deutschen Erbländer der Oesterreichischen Monarchie , JGS Nr. 946/1811 idF. BGBl. I Nr. 161/2017.

Bundesgesetz über besondere zivilrechtliche Vorschriften für Unternehmen (Unternehmensgesetzbuch - UGB), dRGBl. S 219/1897 idF. BGBl. I Nr. 107/2017.

Bundesgesetz gegen Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz 2005 - KartG2005), BGBl. I Nr. 61/2005 idF. BGBl. I Nr. 56/2017.

Bundesgesetz, mit dem das Kartellgesetz 2005, das Wettbewerbsgesetz und das Bundesgesetz zur Verbesserung der Nahversorgung und der Wettbewerbsbedingungen geändert werden (Kartell- und Wettbewerbs-Änderungsgesetz 2017 - KaWeRÄG 2017), BGBl. I Nr. 56/2017.

Bundesgesetz über die Einrichtung einer Bundeswettbewerbsbehörde (Wettbewerbsgesetz - WettbG), BGBl. I Nr. 62/2002 idF. BGBl. I Nr. 56/2017.

Bundesgesetz über die Vergabe von Aufträgen (Bundesvergabegesetz 2006 - BVergG 2006), BGBl. I Nr. 17/2006 idF. BGBl. I Nr. 7/2016.

Bundesgesetz vom 23. Jänner 1974 über die mit gerichtlicher Strafe bedrohten Handlungen (Strafgesetzbuch - StGB), BGBl. Nr. 60/1974 idF. BGBl. I Nr. 117/2017.

Bundesgesetz vom 29. Juni 1977 zur Verbesserung der Nahversorgung und der Wettbewerbsbedingungen, BGBl. Nr. 392/1977 idF. BGBl. Nr. 56/2017.

Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union, BGBl. III Nr. 86/1999 idF. BGBl. III Nr. 314/2013.

Verordnung (EG) Nr. 139/2004 vom 20. Januar 2004 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen („EG-Fusionskontrollverordnung“), Amtsblatt der Europäischen Union L 24/1.

Richtlinie 2014/104/EU vom 26. November 2014 über bestimmte Vorschriften für Schadenersatzklagen nach nationaler Recht wegen Zuwiderhandlungen gegen wettbewerbsrechtliche Bestimmungen der Mitgliedsstaaten und der Europäischen Union, Amtsblatt der Europäischen Union L 349/1.

## 2. Veröffentlichungen der Europäischen Kommission

Arbeitsunterlage der Kommissionsdienststellen Parktischer Leitfaden zur Ermittlung des Schadensumfangs bei Schadenersatzklagen im Zusammenhang mit Zuwiderhandlungen gegen Artikel 101 oder 102 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union, Begleitunterlage zur Mitteilung der Kommission zur Ermittlung des Schadensumfangs bei Schadenersatzklagen wegen Zuwiderhandlungen gegen Artikel 101 oder 102 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union, ABl. EU 2013/C 167/07, 13.06.2013, <[http://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:52013XC0613\(04\)&from=DE](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:52013XC0613(04)&from=DE)> (05.12.2017)

Bekanntmachung der Kommission über die Definition des relevanten Marktes im Sinne des Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft, ABl. 97/C 372/03 ,09.12.1997, < <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=OJ:C:1997:372:FULL&from=de> > (21.01.2018)

Leitlinien für vertikale Beschränkungen, ABl. EU 2010/C 130/01, 19.05.2010, <[http://www.vdik.de/fileadmin/images/Arbeitsgebiete/Recht\\_Vertrieb/Leitlinien\\_z.\\_Schirm-GVO.pdf](http://www.vdik.de/fileadmin/images/Arbeitsgebiete/Recht_Vertrieb/Leitlinien_z._Schirm-GVO.pdf) > (20.11.2017)

Mitteilung der Kommission Erläuterungen zu den Prioritäten der Kommission bei der Anwendung von Artikel 82 des EG-Vertrags auf Fälle von Behinderungsmissbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen, ABl. EG 2009/C 45/02, 05.12.2008, <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:52008DC0832&from=DE>> (02.12.2017)

Mitteilung der Kommission Leitlinien zur Anwendbarkeit von Artikel 101 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit, ABl. EU 2011/C 11/01, 14.01.2011, <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2011:011:0001:0072:DE:PDF>> (24.11.2017)

Grünbuch Schadenersatzklagen wegen Verletzung des EU-Wettbewerbsrechts, 19.12.2005 KOM(2005) 672 endgültig, <[http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2004\\_2009/documents/com/com\\_com\(2005\)0672\\_/com\\_com\(2005\)0672\\_de.pdf](http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2004_2009/documents/com/com_com(2005)0672_/com_com(2005)0672_de.pdf) > (01.12.2017)

Weißbuch Schadenersatzklagen wegen Verletzung des EG-Wettbewerbsrechts, 02.04.2008 KOM(2008) 165 endgültig, <[http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/files\\_white\\_paper/whitepaper\\_de.pdf](http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/files_white_paper/whitepaper_de.pdf)> (01.12.2017)

### 3. Literatur

*ABLASSER-NEUHUBER, Astrid; STENITZER, Franz*: Das KaWeRÄG 2017- Die wichtigsten Neuerungen, Österreichische Blätter für Gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht, 116/2017.

*APATHY, Peter; RIEDLER, Andreas*: Bürgerliches Recht Band III. 5.Auflage, Wien: Verlag Österreich GmbH, 2015.

*BARBIST, Johannes; HOFFER, Raoul*: Das neue Kartellrecht. 3., neu bearbeitete Auflage, Wien: LexisNexis Verlag ARD Orac GmbH & Co KG, 2017.

*BERNER, Fritz; KOCHENDÖRFER, Bernd; SCHACH, Rainer*: Grundlagen der Baubetriebslehre 1. 1. Auflage, Wiesbaden: B.G. Teubner Verlag/ GWV Fachverlage GmbH, 2007.

*BRAND, Michael*: Schadenersatz im Kartellrecht. 1. Auflage, Wien: Linde Verlag, 2017.

*ECKEL, Martin; SARTOR, Roman*: Praxisleitfaden Kartellrecht-Compliance. 1. Auflage, Wien: LexisNexis Verlag ARD Orac GmbH & Co KG, 2017.

*GERKE, Theodor Joseph*: Geschichtliche Entwicklung der Bemessung der Ansprüche aus der "Lex Aquilia". 1. Auflage, Piazza S. Giovanni in Laterano 4: Romae Apollonaris, 1957.

*GUGLER, Klau; SCHUHMACHER, Florian*: Schadenersatz bei Kartellverstößen. 1. Auflage, Wien: LexisNexis Verlag ARD Orac GmbH & Co KG, 2015.

*HASSE, Johannes Christian*: Die Culpa des römischen Rechts. 2. vermehrte Ausgabe. Bonn: Adolph Marcus, 1838.

*INDERST, Roman; THOMAS, Stefan*: Schadenersatz bei Kartellverstößen. 1. Auflage, Freiburg: freiburger graphische betriebe GmbH & Co. KG, 2015.

*KOLLROS, Ernst; KRAINER, Markus*: Schadenersatz kompakt. 1. Auflage, Wien: LexisNexis Verlag ARD ORAC GmbH & Co KG, 2005.

*KOZIOL, Helmut; WELSER, Rudolf*: Grundriss des Bürgerlichen Rechtes Band II. 13. Auflage, Wien: MANZ'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung GmbH, 2007.

*MEISSL, Stefan*: Vom römischen Recht zum ABGB, jusalumi Magazin, 01/2011.

*OGRIS, Werner*: Das erste Face-Lifting, jusalumi Magazin, 01/2011.

*RESCH, Andreas*: Kartelle in Österreich. 1. Auflage, Wien: Manz, 2003.

*SABITZER, Werner*: 200 Jahre ABGB, Öffentliche Sicherheit, 3/4/2012.

*SCHEIBELREITER, Philipp; FINKENAUER, Thomas; KOZIOL, Helmut*: Ausgleich oder Buße als Grundproblem des Schadenersatzrechts von der lex Aquilia bis zur Gegenwart, Symposium zum 80. Geburtstag von Herbert Hausmaninger, 1. Auflage, Wien: Manz, 2017.

*SCHULTE, Helmut*: Das Österreichische Kartellrecht vor 1938. Dissertation an der Westfälischen Wilhelms-Universität zu Münster, 1980.

*SCHMIDT, Ingo*: Wettbewerbspolitik und Kartellrecht. 5., neu bearbeitete Auflage, Stuttgart: Lucius & Lucius Verlagsgesellschaft mbH, 1996.

*STARK, Karlhans*: Baubetriebslehre - Grundlagen. Wiesbaden: Friedr. Vieweg & Sohn Verlag | GWV Fachverlag GmbH, 2006.



## 4. Internetquellen

Bundesverwaltungsgericht Republik Österreich: Bietergemeinschaften (BIEGE), unter:  
<[https://www.bvwg.gv.at/Glossar/B/bietergemeinschaft\\_html.de.html](https://www.bvwg.gv.at/Glossar/B/bietergemeinschaft_html.de.html)> (abgerufen am: 26.01.2018)

Bundeswettbewerbsbehörde: BWB/K - 128 Aufzugskartell, unter:  
<<https://www.bwb.gv.at/KartelleUndMarkmachtmissbrauch/Entscheidungen/Seiten/BWBK-128Aufzugskartell.aspx>> (abgerufen am: 18.11.2017)

Bundeswettbewerbsbehörde: Die BWB, unter:  
<<https://www.bwb.gv.at/DieBWB/Seiten/default.aspx>> (abgerufen am: 20.01.2018)

Bundeswettbewerbsbehörde: Die Kronzeugenregelung im Kartellrecht, 14.06.2012, unter:  
<<https://www.bwb.gv.at/Aktuell/Documents/Die%20Kronzeugenregelung%20im%20Kartellrecht.pdf>> (abgerufen am: 24.11.2017)

Bundeswettbewerbsbehörde: Kartelle und Marktmachtmissbrauch, unter:  
<<https://www.bwb.gv.at/KartelleUndMarkmachtmissbrauch/Seiten/default.aspx>> (abgerufen am: 04.11.2017)

Bundeswettbewerbsbehörde: Standpunkt zu vertikalen Preisbindungen, unter:  
<<https://www.bwb.gv.at/Documents/BWB-Leitfaden%20-%20Standpunkt%20zu%20vertikalen%20Preisbindungen.pdf>> (abgerufen am: 29.12.2017)

EUR-Lex Der Zugang zum EU-Recht, Weißbuch, unter:  
<[http://eur-lex.europa.eu/summary/glossary/white\\_paper.html?locale=de%20GR%C3%9CNBUCH/](http://eur-lex.europa.eu/summary/glossary/white_paper.html?locale=de%20GR%C3%9CNBUCH/)> (abgerufen am: 01.12.2017)

European E&M Consultants: Berechnung von Schadenersatzforderungen, unter:  
<[http://www.ee-mc.de/fileadmin/\\_migrated/content\\_uploads/Kartell\\_Schadensberechnungen\\_03.pdf](http://www.ee-mc.de/fileadmin/_migrated/content_uploads/Kartell_Schadensberechnungen_03.pdf)> (abgerufen am: 05.12.2017)

Die Presse: Spar zu 30 Millionen Euro Kartellstrafe verdonnert, 30.10.2015, unter:  
<<http://diepresse.com/home/wirtschaft/economist/4855178/Spar-zu-30-Millionen-Euro-Kartellstrafe-verdonnert>> (abgerufen am: 18.11.2017)

GABLER WIRTSCHAFTSLEXIKON, Angebotselastizität, unter:  
<<http://wirtschaftslexikon.gabler.de/Definition/angebotselastizitaet.html>> (abgerufen am: 20.01.2018)

GABLER WIRTSCHAFTSLEXIKON, Arbeitsgemeinschaft, unter:  
<<http://wirtschaftslexikon.gabler.de/Definition/arbeitsgemeinschaft.html>> (abgerufen am: 26.01.2018)

GRABER, Renate: Baukartell: Baukartell: Kronzeuge gab Tipp und ist jetzt selbst Beschuldigter, Der Standard, 05.06.2017, unter:  
<<http://derstandard.at/2000058758929/Baukartell-Kronzeuge-gab-Tipp-und-ist-jetzt-selbst-Beschuldigter>> (abgerufen am: 25.11.2017)

INDERST, Roman; MAIER-RIGAUD, Frank; SCHWALBE, Ulrich: Quantifizierung vom Schäden durch Wettbewerbsverträge, unter:  
<[https://mikro.uni-hohenheim.de/fileadmin/einrichtungen/mikro/Paper\\_Lehrstuhl/Schadensquantifizierung\\_schwalbe\\_01.pdf](https://mikro.uni-hohenheim.de/fileadmin/einrichtungen/mikro/Paper_Lehrstuhl/Schadensquantifizierung_schwalbe_01.pdf)> (abgerufen am: 04.12.2017)

MELICHAR, Stefan; VYSLOZIL, Andreas: Baukartell: Oberster Gerichtshof bestätigt "massiven Verdacht", News, 07.08.2017, unter:  
<<https://www.news.at/a/causa-baukartell-oberster-gerichtshof-verdacht-bestaetigung-8256462>> (abgerufen am: 25.11.2017)

SCHNAUDER, Andreas: Aufzugskartell 100 Millionen Schadenersatz drohen, unter:  
<<http://derstandard.at/1388650989401/Aufzugskartell-Schadenersatzklagen-kommen-in-Fahrt>> (abgerufen am: 18.11.2017)

STEINBACH, Hanna: Die Bieter- und Arbeitsgemeinschaft des Baugewerbes aus kartell- und vergaberechtlicher Sicht, unter:  
<[http://othes.univie.ac.at/4278/1/2009-01-12\\_0150850.pdf](http://othes.univie.ac.at/4278/1/2009-01-12_0150850.pdf)> (abgerufen am: 26.01.2018)

SIEGWART, Holger: Punitive Damages Strafschadenersatz im US-Amerikanischen Recht, unter:  
<<https://www.rechtstipps.net/Rechtstipps/2479/Punitive-Damages-.Strafschadenersatz-im-US-Amerikanischen-Recht/%2021.01.2013>> (abgerufen am: 03.11.2017)

THAL, Steven; VON EYB, Florian: US-Punitive Damages: Nicht mehr so schlimm! Rechtsprechung entschärft das Schadenersatzrisiko, unter:  
<<http://www.steventhal.com/files/Article-ZurInformation-USPunitiveDamages-Sommer2011-ThalvonEyb.pdf>> (abgerufen am: 03.11.2017)

Wien ORF: Justiz, (02.02.2010), unter:  
<<http://wiev1.orf.at/stories/420352>> (abgerufen am: 18.11.2017)

WKO: Gruppenfreistellungsverordnung ab 01.06.2013, unter:  
<<https://www.wko.at/branchen/handel/fahrzeughandel/gruppenfreistellungsverordnung.html>> (abgerufen am: 02.01.2018)

WKO: Unter welchen Voraussetzungen ist ein Schadenersatz zu leisten, unter:  
<[https://www.wko.at/service/wirtschaftsrecht-gewerberecht/Unter\\_welchen\\_Voraussetzungen\\_ist\\_Schadenersatz\\_zu\\_leisten\\_.html](https://www.wko.at/service/wirtschaftsrecht-gewerberecht/Unter_welchen_Voraussetzungen_ist_Schadenersatz_zu_leisten_.html)> (abgerufen am: 18.11.2017)