

Österreichische Blätter für

GEWERBLICHEN RECHTSSCHUTZ UND URHEBERRECHT

ÖB1

Herausgeber Österreichische Vereinigung für gewerblichen Rechtsschutz
und Urheberrecht

Chefredakteur Christian Schumacher

Redaktion Rainer Beetz, Reinhard Hinger

Ständige fachliche Mitarbeit Astrid Ablasser-Neuhuber, Christian Handig

Jänner 2018

01

1 – 44

Beiträge

Gift im Markenprodukt

Michael Woller und Christian Hauer ➔ 4

Rabatte im (Unions-)Kartellrecht Florian Neumayr ➔ 11

Aktuelle Entwicklungen

EU-Rechtsentwicklung ➔ 12

Rechtsprechung des EuGH/EuG in EUIPO-Verfahren ➔ 15

Rechtsprechung des Europäischen Patentamts ➔ 20

Rechtsprechung des OLG Wien in Registerverfahren ➔ 21

Leitsätze

Nr 1 – 10 ➔ 22

OGH 24. 8. 2017, 4 Ob 130/17x, Reisebüroleistung Guido Donath ➔ 22

OLG Wien 11. 7. 2017, 133 R 30/17k, Bauanwalt Reinhard Hinger ➔ 23

EuGH 4. 5. 2017, C-339/15, Vanderborght Silke Graf ➔ 24

Rechtsprechung

Geheimhaltungsverpflichtung – Weiterverwendung von Kundenlisten
für einen Konkurrenten Armin Bammer ➔ 28

Raimund/Baucherlwärmer III – Verletzungsklage und Widerklage
Christian Schumacher ➔ 32

Austria Asphalt – Zusammenschluss ohne Entstehung eines „Vollfunk-
tionsunternehmens“ Raoul Hoffer ➔ 35

De lege ferenda

Geschäftsgeheimnisschutz heute und morgen

Dominik Hofmarcher ➔ 38

NEU!
Judikatur
des EPA

Rabatte im (Unions-)Kartellrecht

Der Beitrag befasst sich mit der Entscheidung des EuGH v 6. 9. 2017, C-413/14 P, *Intel II*.¹⁾

Von Florian Neumayr

Rabatte sind aus dem Wirtschaftsleben kaum wegzudenken. Während nicht marktmächtigen Unternehmen in der Gewährung kartellrechtlich praktisch keine Grenzen gesetzt sind, können sie bei Marktmacht „gefährliche Gewässer“ darstellen, wo ein „Schiffbruch“ (sehr) teuer zu stehen kommen kann. Passend zum Bild hat die jüngste und mit Spannung erwartete E des EuGH die Strömung einmal mehr verändert.²⁾

In der klassischen Leit-E *Hoffmann-La Roche* hatte der EuGH³⁾ die besondere Verantwortung des Marktbeherrschers für den Restwettbewerb betont und „Treuerabatte“ – durch die Kunden motiviert werden sollen, ihren gesamten Bedarf oder doch einen wesentlichen Teil davon beim marktmächtigen Rabattgeber zu decken – als per se missbräuchlich behandelt; dh, als nach (heute) Art 102 AEUV verboten, ohne dass es einer weiteren Prüfung (der konkreten Umstände und Auswirkungen) bedürfte. Letztlich ging es um Rabattgewährungen bei ausschließlicher oder nahezu ausschließlicher Abnahme⁴⁾ (mE spricht man idZ daher besser von „Exklusivitätsrabatten“), wie sie auch das wesentliche Element des Intel-Falls bilden.

Der EuGH hatte sich in der Folge mehrfach mit Rabatten auseinanderzusetzen. Schon früh entwickelte sich eine dreiteilige Klassifizierung von Rabattsystemen, nämlich

- „einfache Mengenrabatte“,
- die erwähnten „Treuerabatte“ (oder besser Exklusivitätsrabatte) und
- sonstige Rabatte (oft „Rabattsysteme der dritten Kategorie“ genannt;

mE treffend könnte man hier von „Treuerabatten“ sprechen, weil es idR darum geht, dass ein umfänglicher Bezug über längere Zeit – eben die Treue – zu vergünstigten Einkaufsbedingungen führt; diese Terminologie iZm der dritten Kategorie kann aber wegen der gebräuchlichen Bezeichnung der Rabatte der zweiten Kategorie als „Treuerabatte“ zu Missverständnissen führen).⁵⁾ „Einfache Mengenrabatte“, die ausschließlich am Umfang der bei einem marktbeherrschenden Unternehmen getätigten Käufe anknüpfen sollen,⁶⁾ wurden als grundsätzlich zulässig angesehen, wobei der EuGH besonders in *Post Danmark II* klargestellt hat, dass es dabei nur um Rabatte geht, die auf eine einzelne Bestellung (und dabei erzielte Effizienzen) bezogen sind.⁷⁾ Für die Rabatte der dritten Kategorie wurde anders als für die der zweiten Kategorie seit jeher auf die Umstände geblickt,⁸⁾ wobei das freilich noch nicht sagt, wie der Prüfungsmaßstab im Einzelnen aussieht.

Die Frage der richtigen kartellrechtlichen Behandlung von Rabatten wesentlich geprägt hat die sog Prioritätenmitteilung der EK.⁹⁾ Mit dieser verfolgte die EK einen (wettbewerbs)ökonomischeren Zugang in der Beurteilung von Art 102-Fällen. Herzstück der Prioritäten-

mitteilung ist der As-efficient-competitor-Test („AEC-Test“) – verkürzt: Ein Rabatt wäre (nur) dann missbräuchlich, wenn ein (ebenso effizienter) Wettbewerber unter Kosten anbieten müsste, um „mitzukönnen“.

Während die EK in ihrer Fallbeurteilung in der vorliegenden Sache die Exklusivitätsrabatte sowohl „klassisch“ als per se missbräuchlich eingeordnet als auch erstmalig den AEC-Test angewendet hatte, um zum Ergebnis eines Marktmachtmissbrauchs zu kommen, hat das EuG diesen „more economic approach“ nicht aufgegriffen.¹⁰⁾

Nachdem der EuGH dann in Sachen *Post Danmark II* die Anwendung des AEC-Tests auf ein Rabattsystem auch der dritten Kategorie zwar nicht ausgeschlossen, aber für nicht verpflichtend und im konkreten Fall für nicht sachgerecht erklärt hat, schienen für die Beurteilung, ob es wahrscheinlich („likely“ in der englischen Sprachfassung) zu einer Verdrängung von Wettbewerbern zum Schaden des Wettbewerbs (und damit zu einer Missbräuchlichkeit des Rabattsystems) kommt, nur andere Kriterien zu bleiben; zudem keine Spürbarkeits- oder De minimis-Überlegungen.¹¹⁾

Der EuGH hat nun in Sachen *Intel II* und damit bezüglich Rabatten (sogar) der zweiten Kategorie mE begrüßenswert nicht zuletzt dem AEC-Test „aufgeholfen“: Der EuGH ruft in Erinnerung, dass Art 102 AEUV keineswegs zum Ziel hat, schlechthin zu verhindern, dass ein Unternehmen eine beherrschende Stellung einnimmt, und Wettbewerb auch nicht durch jede Verdrängungswirkung verzerrt wird; vielmehr könne

1) ÖBI-LS 2017/30, 280 (Hinger).

2) Der Sachverhalt in aller Kürze: Die Intel Corp., USA, produziert Computer-Prozessoren (CPU, „central processing unit“) und wurde von der EK mit einem Bußgeld belegt, weil sie von 2002 bis 2007 vier Abnehmern Rabatte gewährt hatte, die an die Bedingung geknüpft waren, dass sie (nahezu) alle Prozessoren von Intel bezögen, und weil sie PC-Herstellern dafür etwas gezahlt hatte, dass sie keine PCs mit Prozessoren von Advanced Micro Devices (AMD) vermarkten (Entscheidung der EK v 13. 5. 2009, COMP/C-3/37.990). Die Klage gegen diese E vor dem EuG war nicht erfolgreich (12. 6. 2014, T-286/09). Nun hob der EuGH dieses Urteil auf, weil das EuG nicht auf die Frage eingegangen war, ob – wie von Intel vorgebracht – das Verhalten geeignet war, den Wettbewerb zu beschränken und die/den Mitbewerber vom Markt zu verdrängen.

3) EuGH 13. 2. 1979, C-85/76, Rn 89.

4) Nämlich zwischen 75% und 100% des Bedarfs bestimmter Vitamine; EuGH 13. 2. 1979, C-85/76, *Hoffmann-La Roche*, Rn 83.

5) EuGH 9. 11. 1983, C-322/81, *Michelin I*, Rn 72.

6) Diese mE wenig aussagekräftige Umschreibung (weil praktisch jeder Bezugspreis und Rabatt letztlich am Umfang des Bezogenen anknüpft) findet sich schon in EuGH 13. 2. 1979, C-85/76, *Hoffmann-La Roche*, Rn 90.

7) Vgl EuGH 6. 10. 2015, C-23/14, Rn 28.

8) Vgl EuGH 9. 11. 1983, C-322/81, *Michelin I*, Rn 73.

9) Mitteilung der EK – Erläuterungen zu den Prioritäten der EK bei der Anwendung von Art 82 des EG-Vertrages (jetzt Art 102 AEUV) auf Fälle von Behinderungsmissbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen, ABI C 2009/45, 2.

10) Siehe zur E des EuG näher zB *Weiss/Hlina*, eolex 2014, 721.

11) EuGH 6. 10. 2015, C-23/14; siehe zu dieser E näher zB *Innerhofer/Raab*, ÖZK 2015, 213.

ÖBI 2018/3

Art 102 AEUV

EuGH 6. 9. 2017,
C-413/14P,
Intel II,
ECLI:EU:
C:2017:632

Leistungswettbewerb definitionsgemäß dazu führen, dass Wettbewerber, die weniger leistungsfähig seien, vom Markt verschwinden.

Er führt weiter aus, dass die *Hoffmann-La Roche*-Rechtsprechung einer Konkretisierung bedarf. Wenn das betroffene Unternehmen substantiiert vorbringt, sein Verhalten sei nicht geeignet gewesen („capable“ in der englischen Sprachfassung), eine verpönte Verdrängungswirkung zu entfalten, müsse die EK folgende Parameter prüfen:

- das Ausmaß der beherrschenden Stellung,
- den Umfang der Markterfassung der beanstandeten Praxis (iSv Spürbarkeitserwägungen),
- die Modalitäten, die Dauer und die Höhe der Rabatte sowie
- die Verdrängung (und eine darauf gerichtete Strategie) von mindestens ebenso leistungsfähigen Wettbewerbern – hier unter Anwendung des AEC-Tests.

Der EuGH betont zudem ausdrücklich, dass auch eine an sich nachteilige Verdrängungswirkung durch Effizienzvorteile ausgeglichen oder gar übertroffen werden könne.

Zu berücksichtigen ist, wie auch der EuGH festhält, dass der AEC-Test bei der Prüfung der Verdrängung von

ebenso leistungsfähigen Wettbewerbern in der Beurteilung der EK im vorliegenden Fall tatsächlich angewendet wurde. Sollte die EK (oder eine andere Wettbewerbsbehörde oder ein Kartellgericht in erster Instanz) sich in einem künftigen Fall nicht (zumindest auch) auf den AEC-Test beziehen, scheint damit nicht restlos geklärt, ob schon darin ein Rechtsfehler erblickt werden kann.

Jedenfalls scheint es aber unter Berufung auf die vorliegende E möglich, die Verdrängungswirkung auch bei Rabatten der zweiten Kategorie (und damit letztlich bei allen Rabatten, soweit sie nicht ohnedies als „einfache Mengenrabatte“ als zulässig angesehen werden) durch ein substantiiertes Vorbringen zu entkräften, und zwar durchaus mit dem Argument, dass ebenso leistungsfähige Wettbewerber kostenmäßig „mitkönnen“ oder dass zumindest Effizienzvorteile generiert werden, die eine negative Verdrängungswirkung ausgleichen.

Daneben hat die E noch die (völkerrechtliche) Zuständigkeit der EK auch für die Beziehungen von Intel zu Lenovo mE wenig überraschend bejaht und eine Nichtaufzeichnung eines Gesprächs mit einem Unternehmensvertreter während des Ermittlungsverfahrens zwar thematisiert, aber letztlich die Relevanz verneint.

→ In Kürze

- Auch „Treuerabatte“ sind nicht (mehr) ohne Weiteres missbräuchlich.
- Umstände wie Ausmaß der marktbeherrschenden Stellung des Rabatt-Gewährers, Umfang der Markterfassung, Modalität, Dauer und Höhe der Gewährung sowie Verdrängungswirkung auf mindestens ebenso leistungsfähige Wettbewerber sind für die (Un-)Zulässigkeit eines Rabattsystems relevant.
- Effizienzvorteile können eine an sich nachteilige Verdrängungswirkung ausgleichen.

→ Zum Thema

Über den Autor:

Dr. Florian Neumayr, LL. M. (Nottingham) ist Partner bei der bpv Hügel Rechtsanwälte GmbH in Wien.
 Kontaktadresse: Donau-City-Straße 11, ARES-Tower, 1220 Wien.
 Tel: +43 (0)1 260 50-206
 Fax: +43 (0)1 260 50-208
 E-Mail: florian.neumayr@bpv-huegel.com
 Internet: www.bpv-huegel.com

