

Der *As-efficient-Competitor*-Test  
nach der Intel-Entscheidung des  
EuGH

Impulsreferat Dr. Axel Reidlinger

6. L&A-Wettbewerbstag  
Hamburg, 18.01.2018

# Übersicht

- Das Intel-Verfahren im Überblick
- Vergleich mit der bisherigen Rechtsprechung, insb „Post Danmark II“ (2015)
- Schicksal des „per se-Verbots“ der früheren Rechtsprechung für Treuerabatte?
  - „Zwei-Schritt-Test“ (im Vergleich zur Prioritätenmitteilung)
  - Relevante Faktoren zur Bewertung der Rabatte
- Folgen des Intel-Urteils für die Anwendungs- und Beratungspraxis auf „beiden Seiten“?

# Das Intel-Verfahren im Überblick (1)

- ▶ Die Kommission verhängte gegen Intel eine Geldbuße von 1,06 Mrd. Euro. Intel erhob beim Gericht Klage, mit der sie die Nichtigkeit der Entscheidung der Kommission, zumindest aber eine erhebliche Herabsetzung der Geldbuße begehrte. 2014 wies das Gericht die Klage von Intel in vollem Umfang ab.
- ▶ Intel legte gegen die Entscheidung des Gerichts Rechtsmittel ein. Nach Auffassung von Intel hat es das Gericht u. a. rechtsfehlerhaft unterlassen, die streitigen Rabatte unter Berücksichtigung sämtlicher Umstände des Einzelfalls zu prüfen.
- ▶ In diesem Zusammenhang weist der Gerichtshof darauf hin, dass sich das Gericht dem Vorbringen der Kommission angeschlossen hatte, wonach Treuerabatte, die ein Unternehmen in marktbeherrschender Stellung gewähre, bereits ihrer Art nach geeignet seien, den Wettbewerb zu beschränken, so dass eine Analyse sämtlicher Umstände und insbesondere die Durchführung eines AEC-Tests nicht erforderlich seien.

## Das Intel-Verfahren im Überblick (2)

- ▶ Der Gerichtshof stellt fest, dass die Kommission, obgleich sie betont hatte, dass die streitigen Rabatte bereits ihrer Art nach geeignet seien, den Wettbewerb zu beschränken, trotzdem eine genaue Prüfung der Umstände des vorliegenden Falls vorgenommen hatte, die sie zu der Schlussfolgerung veranlasste, dass ein ebenso leistungsfähiger Wettbewerber Preise hätte anwenden müssen, die nicht rentabel gewesen wären, weshalb sich die streitige Rabattpraxis dahin habe auswirken können, dass der Wettbewerber verdrängt werde. Dem AEC-Test kam also für die von der Kommission vorgenommene Beurteilung der Frage, ob die streitige Praxis geeignet war, sich dahin auszuwirken, dass Wettbewerber verdrängt werden, tatsächliche Bedeutung zu.
- ▶ Der Gerichtshof hat daher entschieden, dass das Gericht verpflichtet war, das gesamte Vorbringen von Intel zu diesem Test (insbesondere zu den Fehlern, die die Kommission im Zusammenhang mit diesem Test begangen haben soll) zu prüfen, wovon das Gericht aber abgesehen hat.

(Pressemitteilung des EuGH)

# Vergleich mit der bisherigen Rechtsprechung, insb „Post Danmark II“ (Okt 2015) (1)

Im EuGH-Urteil „Post Danmark II“ (Rs C-23/14) ging es um die Frage, unter welchen Umständen das Rabattsystem von Post Danmark auf dem Markt für Massenbriefsendungen eine wettbewerbsbeschränkende Wirkung haben kann und wie in so einem Fall zu beurteilen ist, ob ein Verstoß gegen Art 102 AEUV vorliegt.

Kernaussagen:

- ▶ Der relevante Test für die Unzulässigkeit von Rabatten eines Marktbeherrschers ist, ob die Rabatte u.a. darauf abzielen, *„dem Abnehmer die Wahl zwischen mehreren Bezugsquellen unmöglich zu machen oder zu erschweren, den Konkurrenten den Zugang zum Markt zu verwehren, Handelspartnern für gleichwertige Leistungen ungleiche Bedingungen aufzuerlegen oder die beherrschende Stellung durch einen verfälschten Wettbewerb zu stärken“* (Rn 64). Immer wenn dies der Fall ist, muss das marktbeherrschende Unternehmen nachweisen, dass es für das Rabattsystem eine sachliche Rechtfertigung gab.

# Vergleich mit der bisherigen Rechtsprechung, insb „Post Danmark II“ (Okt 2015) (2)

- ▶ „1. Bei der Beurteilung, ob ein von einem Unternehmen in beherrschender Stellung angewandtes Rabattsystem wie das im Ausgangsverfahren in Rede stehenden geeignet ist, auf dem Markt eine gegen Art. [102] verstoßende Verdrängungswirkung zu entfalten, sind sämtliche Umstände, insbesondere die Kriterien und Modalitäten der Rabattgewährung, der Umfang der beherrschenden Stellung des betreffenden Unternehmens und die besonderen Wettbewerbsbedingungen auf dem relevanten Markt zu prüfen. [...]
- ▶ 2. Die Anwendung des Kriteriums des „ebenso leistungsfähigen Wettbewerbers“ stellt keine notwendige Voraussetzung dar, um den missbräuchlichen Charakter eines Rabattsystems ... festzustellen. In einem Fall wie dem des Ausgangsverfahrens ist die Anwendung des Kriteriums des „ebenso leistungsfähigen Wettbewerbers“ nicht sachgerecht.“

# Schicksal des „per se-Verbots“ der früheren Rechtsprechung für Treuerabatte? (1)

EuGH Intel, Rn 137ff: Prüfungsrahmen für Treuerabatte: Ausgangspunkt bleibt das EuGH-Urteil *Hoffmann-La Roche* (inkl Rechtswidrigkeitsvermutung für Treuerabatte)

Das Unternehmen kann aber bei Anfangsverdacht der Behörde - gestützt auf konkrete Beweise geltend machen, dass sich die Rabatte nicht zur Verdrängung eignen - Behörde ist dann zur Prüfung nach dem AEC-Test verpflichtet (Zwei-Stufen-Schema). Dann muss die Kommission die Eignung zur Verdrängung umfassend prüfen (EuGH Intel, Rn 139):

- ▶ Ausmaß der beherrschenden Stellung
- ▶ Umfang der Markterfassung („de minimis“)
- ▶ die Bedingungen und Modalitäten der in Rede stehenden Rabattgewährung
- ▶ das Vorliegen einer eventuellen Strategie zur Verdrängung der mindestens ebenso leistungsfähigen Wettbewerber

# Schicksal des „per se-Verbots“ der früheren Rechtsprechung für Treuerabatte? (2)

- ▶ Welche Bedeutung hat die konkrete Verdrängungseignung in der Gesamtbeurteilung?
- ▶ Wie ist konkret Rn 140 des Intel-Urteils auszulegen?

*„Die Analyse der Eignung zur Verdrängung ist ebenfalls maßgeblich für die Beurteilung der Frage, ob sich ein Rabattsystem, das grundsätzlich unter das Verbot des Art. 102 AEUV fällt, objektiv rechtfertigen lässt. Außerdem kann die für den Wettbewerb nachteilige Verdrängungswirkung eines Rabattsystems durch Effizienzvorteile ausgeglichen oder sogar übertroffen werden, die auch dem Verbraucher zugutekommen (Urteil vom 15. März 2007, British Airways/Kommission, C-95/04 P, Rn. 86). Eine solche Abwägung der für den Wettbewerb vorteilhaften und nachteiligen Auswirkungen der beanstandeten Praxis kann in der Kommissionsentscheidung nur im Anschluss an eine Analyse der dieser Praxis innewohnenden Eignung zur Verdrängung mindestens ebenso leistungsfähiger Wettbewerber vorgenommen werden.“*

# Schicksal des „per se-Verbots“ der früheren Rechtsprechung für Treuerabatte? (3)

- ▶ Das EuGH-Urteil ist somit insb auch eine **verfahrensrechtliche Entscheidung**, dass der **Rechtsschutz** des marktbeherrschenden Unternehmens auch einen Anspruch darauf gewährleisten muss, dass die Kommission die wettbewerbsökonomische Argumentation nach dem AEC-Test prüft, wenn vom Unternehmen dazu ein substantiierter Vortrag erstattet wird.
- ▶ These: „Hätte die Kommission hier eine Überprüfung nach dem AEC-Test für verzichtbar gehalten, weil der Verstoß auch ohne eine solche Prüfung (nach den vom EuGH festgelegten Kriterien) völlig eindeutig war, so hätte auch das EuG diesen Einwand (nach der Begründung der EuGH-Entscheidung) nicht (mehr) prüfen müssen.“
- ▶ Ist eine solche Auslegung vertretbar?

# Folgen des Intel-Urteils für die Anwendungs- und Beratungspraxis auf „beiden Seiten“?

- ▶ Muss für den Nachweis der Verdrängungseignung durch die Behörde immer der AEC-Test durchgeführt werden? Oder gilt das EuGH-Urteil „Post Danmark II“ insoweit noch immer?
- ▶ Andres gefragt: Kann der AEC-Test immer als „Safe Harbour“ in der Beratungspraxis herangezogen werden?
- ▶ Wenn ja: Wird damit die bisherige Rechtsprechung zu bedingten Rabatten (Treuerabatten) obsolet?
- ▶ Unsicherheiten bei der konkreten Durchführung des AEC-Tests („contestable quantity“ etc) - Berufung auf schuldausschließenden Rechtsirrtum?
- ▶ Sind bestimmte „per se-Verbote“ im Kartellrecht rechtspolitisch sinnvoll?

## REIDLINGER SCHATZMANN

Dr. Axel Reidlinger

Reidlinger Schatzmann Rechtsanwälte GmbH

Tuchlauben 17, 1010 Wien

T +43 1 235 11 00 – 11

[reidlinger@rs-ra.eu](mailto:reidlinger@rs-ra.eu)

[www.rs-ra.eu](http://www.rs-ra.eu)

