

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

Mai 2021

03

97 – 144

Beitrag

Kundenbewertungen im Lauterkeitsrecht *Stefan Holzweber* ➔ 100

Aktuelle Entwicklungen

EU-Rechtsentwicklung ➔ 106

Rechtsprechung des EuGH/EuG in EUIPO-Verfahren ➔ 107

Rechtsprechung des Europäischen Patentamts ➔ 110

Rechtsprechung des OLG Wien in Patentsachen ➔ 111

Rechtsprechung des OLG Wien im markenrechtlichen
Registerverfahren ➔ 112

Editorial:
Ganz Gallien?
2021, 97

Rechtsprechung

Venezianische Glasbläser – Im Venezianischen Stil in Österreich
hergestellt? *Clemens Thiele* ➔ 113

Hendl aus Österreich – Ernsthaftigkeit der Unterlassungserklärung
Reinhard Hinger ➔ 117

Blutplasmaspende – Gewinn, Prämie, Gegenleistung und
Aufwandsentschädigung *Reinhard Hinger* ➔ 119

Farbmarke Orange – Heimwerk Orange *Christian Schumacher* ➔ 122

Zaruba – Keyword Advertising unter Umständen erlaubt
Michaela Petsche ➔ 125

Verfahrens- und Kontrollsystem – Technizität nach dem
„any hardware“-Prinzip *Michael Stadler* ➔ 130

Otis II – Aufzugskartell, Schadenersatzanspruch eines Fördergebers
Isabella Hartung ➔ 134

Atresmedia – Vergütungsansprüche, wenn Tonträger in audiovisuellen
Produktionen verwendet werden *Hans Lederer* ➔ 136

Almwurzerl – Ober- oder Unterschrift *Philipp Einberger* ➔ 141

ÖBL 2021/47

Art 101 AEUV;
§ 18 KartG 1988;
§§ 1295, 1311
ABGB

OGH 21. 10. 2020,
9 Ob 86/19s
(OLG Wien
5 R 193/16p,
HG Wien
40 Cg 65/10z),
ECLI:AT:
OGH0002:2020:
0090OB00086.
19S. 1021.000

Otis II

Das Schadenersatzverfahren im Gefolge des Aufzugskartells geht in die nächste Runde: Nach der VorabE des EuGH C-435/18, Otis (I), hat der OGH über den Rekurs der Kartellbeteiligten entschieden.

→ Das Aufzugskartell und der Schadenersatzanspruch eines Fördergebers

→ Die Beteiligten an einem Kartell können sich bei Anwendbarkeit des Unionsrechts gegenüber dem Fördergeber nicht auf die haftungsbegrenzenden Grundsätze des Schutzzwecks der verletzten Norm

und nicht darauf berufen, einen Schaden nur mittelbar verursacht zu haben. Somit kommt auch ein Ersatz eines entgangenen Zinsgewinns des Fördergebers in Frage.

Sachverhalt:

Der Sachverhalt ist aus C-435/18, Otis (I)¹⁾, bekannt:

Im Jahr 2007 verhängte die EK gegen verschiedene Unternehmen aufgrund ihrer Teilnahme an Aufzugskartellen Geldbußen. Am 8. 10. 2008 bestätigte der OGH als KOG den Beschluss des OLG Wien als KG, mit dem über mehrere Aufzugshersteller Geldbußen verhängt wurden. Das Kartell war ua darauf gerichtet, dem jeweils bevorzugten Unternehmen einen höheren Preis zu sichern als den unter normalen Wettbewerbsbedingungen erzielbaren.

Das Land OÖ und 14 weitere Einrichtungen klagten die Aufzugshersteller auf Ersatz des Schadens, der ihnen durch das Kartell entstanden sein soll. Das Land OÖ machte jedoch nicht geltend, als Nachfrager der Produkte geschädigt zu sein, sondern in seiner Eigenschaft als Fördergeber, denn es habe für die Förderung von Wohnbauprojekten Förderdarlehen gewährt, deren Höhe von den Gesamtbaukosten abhingen. Die Kosten und somit auch die Förderdarlehen seien wegen des Kartells nach oben verzerrt worden; den Differenzbetrag hätte das Land zum durchschnittlichen Zinssatz von Bundesanleihen anlegen können.

[Die Entscheidung des EuGH]

Am 12. 12. 2019, C-435/18, hat der EuGH die Vorlagefrage des OGH wie folgt beantwortet:

„Art 101 AEUV ist dahin auszulegen, dass Personen, die nicht als Anbieter oder Nachfrager auf dem von einem Kartell betroffenen Markt tätig sind, sondern Subventionen in Form von Förderdarlehen an Abnehmer der auf diesem Markt angebotenen Produkte gewährt haben, verlangen können, dass Unternehmen, die an dem Kartell teilgenommen haben, zum Ersatz des Schadens verurteilt werden, den die betreffenden Personen erlitten haben, weil der Betrag der Subventionen höher war, als er ohne das Kartell gewesen wäre, so dass sie den Differenzbetrag nicht für andere gewinnbringendere Zwecke verwenden konnten.“

Der OGH gab dem Rek der Bekl gegen die Aufhebung des Ersturteils durch das BerG daraufhin nicht Folge; die Sache ist nun wieder in erster Instanz anhängig.

Aus der Begründung:²⁾

[...]

3. Auch wenn der EuGH in früheren E darauf verwiesen hat, dass es Aufgabe des innerstaatlichen Rechts der einzelnen MS sei, die Verfahrensmodalitäten für Klagen zu regeln, wobei der Äquivalenz- und der Effektivitätsgrundsatz zu wahren seien und auch die Bestimmung der Einzelheiten für die Ausübung dieses Rechts einschließlich derjenigen für die Anwendung des Begriffs „ursächlicher Zusammenhang“ Aufgabe des innerstaatlichen Rechts der einzelnen MS sei, ist damit klargestellt, dass sich die Bekl im Rahmen der Anwendbarkeit europäischen Rechts auf die im nationalen Recht relevanten haftungsbegrenzenden Grundsätze des Schutzzwecks der verletzten Norm bzw des nur mittelbar verursachten Schadens nicht berufen können.

Vielmehr beschränkt der EuGH auf unionsrechtlicher Ebene die Frage des „ursächlichen Zusammenhangs“ bei durch eine Kartellabsprache verursachten Schäden auf den – allerdings von der ErstKI³⁾ zu erbringenden – reinen Nachweis der faktischen Verursachung.

Das hat zur Folge, dass, soweit es der KI gelingt nachzuweisen, dass sie aufgrund der Kartellverstöße der Bekl eine Vermögenseinbuße erlitten hat, dieser Schaden, auch wenn er in einem entgangenen Zinsgewinn gründet, von den Bekl zu ersetzen ist.

4. Die von den Bekl in ihrem Rek angesprochenen Fragen des fehlenden Schutzzwecks des Art 101 AEUV, des Vorliegens eines nur mittelbaren Schadens und der fehlenden Voraussetzungen für eine Drittschadensliquidation sind daher durch die E des EuGH und die durch den EuGH vorgegebene Auslegung der entsprechenden unionsrechtlichen Bestimmungen geklärt.

Insofern hat das BerG richtig eine grundsätzliche Berechtigung der KI zur Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen aus Förderschäden bejaht und mangels entsprechender Feststellungen zu den Voraussetzungen dieses Anspruchs die E des ErstG aufgehoben.

5. Zu berücksichtigen ist aber auch, dass die KI auch Schadenersatzansprüche aus einem Zeitraum geltend macht, in dem Österreich noch nicht der EU beigetreten war. Solche Ansprüche, die aus einem Verstoß ge-

1) ÖBL 2020/55, 187 (Hartung/Hortoğlu Ziegler).

2) Maßvoll gekürzt.

3) In der Folge der Einfachheit halber: KI.

gen § 18 KartG 1988 abgeleitet werden, sind ausschließlich nach innerstaatlichem Recht zu beurteilen.

Bereits in der E 16 Ok 5/08 hat der OGH darauf verwiesen, dass das inkriminierte Verhalten der Bekl den Tatbestand der verbotenen Durchführung eines Kartells gem § 18 KartG 1988 erfülle. In der E 7 Ob 48/12b wurde, ebenfalls iZm der vorliegenden Kartellabsprache, auf den Charakter dieser Bestimmung als Schutzgesetz verwiesen (vgl auch RS0127672). [...]

Zur Frage, inwieweit der Schutzzweck auch öffentliche Körperschaften umfasst, die durch das Gewähren von Förderungen am Marktgeschehen beteiligt sind, hat der erkennende Senat bereits im Vorlagebeschluss vom 17. 5. 2018, 9 Ob 44/17m-2, Stellung genommen und darauf hingewiesen, dass nach nationalem Recht „davon auszugehen wäre, dass der persönliche Schutzbereich des Kartellverbots sich auf all jene Anbieter und Nachfrager erstreckt, die auf den von einem Kartell betroffenen sachlich und räumlich relevanten Märkten tätig sind (4 Ob 46/12m). Öffentlich-rechtliche Körperschaften, die durch finanzielle Förderungen bestimmten Gruppen von Abnehmern einen leichteren Erwerb des angebotenen Produkts ermöglichen, sind dagegen keine unmittelbaren Marktteilnehmer, auch wenn ein wesentlicher Teil des Marktgeschehens erst durch diese Förderungen ermöglicht wird. Ihre Rolle ist iZm der Gewährung von Förderdarlehen mit einem Kreditgeber vergleichbar, wobei die Förderung nicht gewinnorientiert mit privatem Kapital erfolgt, sondern aus Steuereinnahmen zur Förderung von Bauprojekten aus politischen Erwägungen zu marktunüblich günstigen Bedingungen. Ihr Schaden resultiert damit auch nicht unmittelbar aus der rechtswidrigen Handlung der Kartellanten, sondern

daraus, dass die von ihnen den Abnehmern zu – gegenüber privaten Kreditgebern – günstigeren Konditionen gewährte Kredite aufgrund der überhöhten Kartellpreise höher gewährt wurden, als dies ohne die Kartellabsprachen erfolgt wäre. Damit konnten sie den Differenzbetrag zwischen der Kredithöhe ohne Kartellabsprache und mit Kartellabsprache nicht anderweitig etwa durch Veranlagung gewinnbringend nutzen. Dieser Schaden stünde daher nach nationalem Recht in keinem ausreichenden Zusammenhang mehr mit dem Zweck des Verbots von Kartellabsprachen, der Erhaltung des Wettbewerbs auf dem vom Kartell betroffenen Markt. Nach österr Recht wäre daher in diesem Fall der Rechtswidrigkeitszusammenhang zu verneinen.“

Es ist daher für Schäden aus dem Zeitraum vor dem Beitritt Österreichs zur EU davon auszugehen, dass die Kl, soweit es sich um Schäden handelt, die dadurch entstanden sind, dass sie überhöhte Förderungen gewährt hat und das Geld nicht stattdessen gewinnbringend veranlagen konnte, diese Schäden nicht vom Schutzzweck des Kartellverbots umfasst sind und daher nicht ersatzfähig sind.

In diesen Fällen kann auch nicht von einer bloßen Schadenersverlagerung gesprochen werden, da der Schaden eines Förderwerbers, der ohne die Förderung eine Fremdfinanzierung zu ungünstigeren Konditionen hätte vornehmen müssen, nicht dem von der Kl behaupteten entspricht, der daraus resultieren soll, dass sie vorhandenes Kapital nicht gewinnbringend anlegen konnte.

Es wird daher im fortgesetzten Verfahren bei den aus Förderdarlehen abgeleiteten Schäden zu unterscheiden sein, inwieweit die geltend gemachten Schäden aus der Zeit vor dem EU-Beitritt Österreichs resultieren.

Anmerkung:

Nach der *Otis (I)*-E des EuGH vom Dezember 2019 war bereits zu erwarten, dass der OGH im fortgesetzten Verfahren dem Rek der Bekl nicht Folge geben würde. Das ErstG wird sich nun damit befassen müssen, ob das Land OÖ als Fördergeber aufgrund der Kartellverstöße der Bekl nach dem EU-Beitritt Österreichs eine Vermögenseinbuße erlitten hat. Beweispflichtig hierfür ist der Kl, dh das Land OÖ.

Der OGH verkürzt allerdings die E des EuGH, wenn er meint, dass der EuGH auf unionsrechtlicher Ebene die Frage des „ursächlichen Zusammenhangs“ bei durch eine Kartellabsprache verursachten Schäden auf den (vom Kl zu erbringenden) „reinen Nachweis der faktischen Verursachung“ beschränke. In dieser Allgemeinheit ist die Aussage missverständlich. Sie bringt nämlich nicht ausreichend zum Ausdruck, dass die vom EuGH festgelegten Grundsätze (i) vor dem Hintergrund des konkreten Anlassfalls zu verstehen sind und (ii) sich nicht ohne Weiteres in die Kategorien der österr Schadenersatzdogmatik einordnen lassen. Wie schon in der Glosse *Hartung/Hortoğlu Ziegler*⁴⁾ zur E des EuGH ausgeführt, ist das Kriterium des „ursächlichen Zusammenhangs“ nach der E des EuGH autonom auf Basis des Unionsrechts auszulegen, soweit es das materielle Bestehen eines Anspruchs betrifft. Der EuGH hat auch genau definiert, welchen Schaden

er im konkreten Fall für ersatzfähig hält (so die erforderlichen Nachweise für das Vorliegen eines Kausalzusammenhangs zwischen diesem Schaden und dem fraglichen Kartell erbracht werden können). Er hat damit nicht gesagt, dass jeglicher Schaden auch in anderen Fallkonstellationen ersatzfähig ist, sofern nur seine faktische Verursachung nachgewiesen werden kann.

Ebenfalls wünschenswert wäre eine Begründung des OGH gewesen, warum er den EU-Beitritt Österreichs (mit 1. 1. 1995) als relevanten Zeitpunkt ansieht für die Unterscheidung, ob die Schadenersatzansprüche des Fördergebers nach den Grundsätzen der E des EuGH oder allein nach nationalem Schadenersatzrecht zu beurteilen sind. Bereits mit 1. 1. 1994 trat in Österreich das Abk über den Europäischen Wirtschaftsraum (EWR) im Kraft, dessen Wettbewerbsregeln jenen der EG entsprechen. Warum dennoch der 1. 1. 1995 als Stichtag angesetzt wird, bleibt in der E des OGH unerwähnt.

Den Runden, die die Schadenersatzverfahren im Gefolge des Aufzugskartells in Österreich bereits gedreht haben, werden wohl noch einige weitere folgen.

*Isabella Hartung, Rechtsanwältin,
Barnert Egermann Illigasch Rechtsanwälte GmbH,
Wien*

4) ÖBl 2020/55, 187.

