

Bundeswettbewerbsbehörde
Praterstraße 31 (Galaxy Tower)
1020 Wien
wettbewerb@bwb.gv.at

Abteilung für Rechtspolitik
Wiedner Hauptstraße 63 | Postfach 195
1045 Wien
T +43 (0)5 90 900-DW | F +43 (0)5 90 900-243
E rp@wko.at
W <http://wko.at/rp>

Ihr Zeichen, Ihre Nachricht vom

-

Unser Zeichen, Sachbearbeiter

1295/14/TT/CG

Dr. Theodor Taurer

Durchwahl

4418

Datum

13.6.2014

Stellungnahme der Wirtschaftskammer Österreich zum 2. Entwurf eines Standpunktes der Bundeswettbewerbsbehörde zu vertikalen Preisbindungen

Sehr geehrte Damen und Herren!

Die Wirtschaftskammer Österreich begrüßt die Durchführung einer zweiten Begutachtungsrunde durch die Bundeswettbewerbsbehörde (BWB); die zahlreichen und umfassenden Stellungnahmen zu dem am 13. Juni 2013 veröffentlichten 1. Entwurf dokumentieren die Bedeutung und Wichtigkeit des Themas sowie die weitreichenden Verbesserungsanliegen der interessierten Öffentlichkeit.

Aus Sicht der Wirtschaftskammer Österreich wäre es durchaus zielführend, diese Stellungnahmen - wie es mittlerweile durchgängige Praxis der Kommission ist - zu veröffentlichen, soweit dies mit dem Einverständnis der Stellungnehmenden erfolgt.

Wir verweisen darüber hinaus auf unsere Stellungnahme vom 18.7.2013, die auch durch den gegenständlichen Entwurf nicht gänzlich überholt ist; so beinhaltet der Verhaltenskatalog beispielsweise nach wie vor Praktiken, die eindeutig einzelnen Branchen zugordnet werden können, wobei allerdings deren positive oder negative Beurteilung auf den gesamten Handel bzw. Großhandel erstreckt werden. Dies erfolgt ohne nähere Prüfung der Relevanz und Bedeutung der Geschäftsmodelle in anderen als den bisher den Untersuchungen der BWB unterworfenen Branchen.

Durch die Überarbeitung erweist sich der 2. Entwurf als für den nicht mit kartellrechtlichen Belangen im Tagesgeschäft beschäftigten Unternehmer als grundsätzlich leichter lesbar; positiv ist auch herauszuheben, dass die BWB bereit war, konkrete Fallbeispiele für ein besseres Verständnis kritischer Sachverhalte am Ende des Leitfadens einzubauen.

Zu den einzelnen Abschnitten des Leitfadens wird nachstehend ausgeführt:

Zu Punkt 1. Einleitung

Die BWB führt aus, dass der Entwurf des Standpunktes mit dem deutschen Bundeskartellamt und der Europäischen Kommission erörtert worden ist. Es ist nicht klar, welche Relevanz diese Aussage für die Bedeutung des einmal gefassten Standpunktes der BWB haben soll.

In der Fußnote 2 verweist die BWB auf die eigene Homepage, um über getroffene Geldbußenentscheidungen der Kartellgerichtsbarkeit zu informieren. Im Sinne einer umfassenden Information der Nutzer des Standpunktes wäre hier der Vollständigkeit halber auch ein Verweis auf die Ediktsdatei zu geben, wo die Entscheidungen des Kartellgerichts seit 1. März 2013 im Volltext der Beschlussausfertigung verfügbar gemacht werden.

Zum Punkt Preisbindungen als Kernbeschränkung (Punkt I):

Nach dem Leitfaden zählen insbesondere vertikale Preisbindungen zu den sogenannten „Kernbeschränkungen“ im Sinne des Art 101 AEUV. Diese rechtliche Einschätzung ist in dieser Absolutheit nicht gesichert. In den letzten Jahren ist von Wettbewerbsökonomen darauf hingewiesen worden, dass vertikale Preisbindungen nicht jedenfalls den Wettbewerb schädigen müssen, sondern in manchen Fällen sogar effizienzsteigernd wirken können, etwa weil sie die Qualität eines Produktes absichern, die Aufrechterhaltung von hochwertigen Handelsstrukturen ermöglichen oder die Innovation ankurbeln. Im Lichte dieser Erkenntnis kann nur im Einzelfall bewertet werden, ob vertikale Preisbindungen kartellrechtswidrig sind oder nicht. Dies entspricht auch den Ausführungen der Kommission in den vertikalen Leitlinien.

Zum Punkt Gemeinschaftswerbung (vor allem Punkte IV.1., IV.12., IV.14., IV.15., V.):

Da die „schriftliche oder mündliche Abstimmung bzw. Festsetzung von Wiederverkaufspreisen“ nach Punkt IV.1. als grundsätzlich unzulässige Verhaltensweise klassifiziert wird, ohne dass bestehende Ausnahmen (arg „grundsätzlich“) näher beschrieben werden, bleibt die kartellrechtliche Bewertung von Gemeinschafts(preis)werbung für selbständige Unternehmer z.B. im Rahmen eines Franchisesystems nach wie vor unklar. Zwar wird unter Punkt V ausgeführt, dass der vorliegende Standpunkt die Thematik des Franchisings nicht behandle, allerdings wird auch darauf „aufmerksam gemacht, dass grundsätzlich auch im Verhältnis der Franchise-Partner das Kartellrecht zur Anwendung kommt“. Die Formulierungen sind also so vorsichtig, dass sie den größtmöglichen Spielraum für eine rechtliche Interpretation sowohl für als auch gegen die bestehende Praxis offenlassen. Wie dies zur Verbesserung der Rechtssicherheit von KMU's beitragen soll, erscheint fraglich.

Dass unter Punkt IV.15. das Gebot statuiert wird, Aktionspreise müssen vom Handelsunternehmen selbst festgelegt werden, könnte jedoch als Signal gegen die bestehende Praxis aufgefasst werden und würde in diesem Fall zu folgendem KMU-feindlichen Ergebnis führen:

Während Filialisten eine gemeinsame Preiswerbung für alle Filialen erlaubt ist, wäre eine solche etwa Franchiseunternehmern, Verbundgruppensystemen sowie Einkaufs- und Vermarktungsgemeinschaften von KMU's oder sonstigen selbständigen Händlern, die sich eine eigene Werbung nicht leisten können, untersagt. Eine derartige Kooperation ist aber oft der letzte Rettungsanker für kleine und mittlere Unternehmungen, um dem immer stärker werdenden Wettbewerbsdruck standzuhalten. Wäre sie in Zukunft unzulässig, so führte das Kartellrecht zum Gegenteil dessen, was es bezweckt. KMU würden ohne Gemeinschafts(preis)werbung in vielen Bereichen des Handels (beispielsweise im Lebensmittel-, Textil-, Maschinen-, Elektro-, Einrichtungs- und Fahrzeughandel) deutlich an Wettbewerbsfähigkeit verlieren und daher möglicherweise sogar aus dem Markt ausscheiden, was ausgerechnet die Marktkonzentration in den Händen weniger großer Anbieter verstärkt. Einer solchen Entwicklung soll das Kartellrecht seinem Wesen nach entgegensteuern.

Unverbindlich empfohlene Verkaufspreise sind keine taugliche Lösung, da eine Gemeinschafts(preis)werbung beim Konsumenten nur dann erfolgreich sein kann, wenn sich der Einzel-

händler in der Praxis auch an die Aussagen in der Werbung - insbesondere also auch an den Preis - hält (wodurch der empfohlene Verkaufspreis nicht mehr unverbindlich wäre). **Vielmehr sollte die BWB die Voraussetzungen erläutern, unter denen gemeinsame Marketingmaßnahmen von Einzelhändlern (insbesondere die gemeinsame Preiswerbung) kartellrechtlich zulässig sind. Alternativ könnte die BWB aber auch im Rahmen des Punktes „Sonderthemen“ darauf hinweisen, dass der vorliegende Standpunkt diese Problematik nicht behandelt.**

Zum Punkt Offenlegung der Konditionen (Punkt IV.5.):

Wenn die Offenlegung der Konditionen, die ein Lieferant mit einem konkurrierenden Handelsunternehmen vereinbart hat, grundsätzlich unzulässig wäre, so würde dies nicht im Einklang mit § 2 Abs 1 NahVG stehen. Nach dieser Bestimmung kann auf Unterlassung in Anspruch genommen werden, wer als Lieferant gewerberechtlich befugten Wiederverkäufern bei Vorliegen gleicher Voraussetzungen ohne sachliche Rechtfertigung unterschiedliche Bedingungen gewährt oder anbietet. Hier ergibt sich ein gewisser Wertungswiderspruch, der durch die vorliegende Formulierung nicht aufgelöst wird.

Außerdem erscheint die apodiktische Feststellung, dass jedwede Offenlegung der Konditionen durch den Lieferanten rechtswidrig ist, in dieser Allgemeinheit falsch. Daher hat auch das deutsche Bundeskartellamt in seiner Handreichung den gegenständlichen Punkt wie folgt formuliert: „Die teilweise oder vollständige Offenlegung der Konditionen bzw. Verträge, die ein Lieferant mit einem konkurrierenden Handelsunternehmen vereinbart hat, **sofern sie (mittelbar) eine Abstimmung über Preise und andere Wettbewerbsparameter zwischen den Handelsunternehmen bezweckt oder bewirkt.**“ Wenn etwa ein Lieferant aus eigenen Stücken zur Verbesserung der eigenen Verhandlungsposition über den Einkaufspreis teilweise Konditionen gegenüber Konkurrenten ins Treffen führt, so kann dies kartellrechtlich nicht bedenklich sein.

Zum Punkt Behinderung eines Absatzkanals im Zusammenhang mit Preisbindungsmaßnahmen (Punkt IV.7.):

Einem Lieferanten soll nicht nur die Möglichkeit genommen werden, einen gewerblichen Kunden auszulisten, welcher ein bestimmtes Produkt zu einem besonders niedrigen Preis anbietet. Nach wie vor wird die „Ausschaltung eines preisaktiven Internetanbieters“ als mögliche Behinderung eines Absatzkanals gesehen.

Nach österreichischem Zivilrecht ist kein Unternehmer dazu verpflichtet, jeden Händler mit seinen Waren zu beliefern. Die Ausführungen in Punkt IV.7. erwecken jedoch demgegenüber nach wie vor (wie in Punkt IV/18 im ursprünglichen Entwurf des Leitfadens) den Anschein, als ob nun ein solcher Kontrahierungszwang zumindest ansatzweise auf dem Umweg des Kartellrechts geschaffen werden soll.

Die Wirtschaftskammer Österreich lehnt eine allgemeine Verpflichtung eines nicht marktbeherrschenden Unternehmens ab, mit anderen Unternehmen Verträge zu schließen oder aufrecht zu erhalten. Selbst die BWB geht auf Seite 6 des Entwurfes vom **Grundsatz der Wettbewerbsfreiheit** aus, welcher denklogisch auch die Freiheit jedes Unternehmens umfasst, sich seine Vertragspartner nach selbständigen betriebswirtschaftlichen Überlegungen auszusuchen.

Die Einschränkung, dass die Nichtbelieferung eines preisaktiven Internetanbieters dazu geeignet und bestimmt sein muss, die Preisstabilität aufrecht zu erhalten oder wiederherzustellen, um kartellrechtlich verboten zu sein, ist weniger aussagekräftig, wenn nicht näher ausgeführt wird, was unter Preisstabilität bzw. Systematik der Preiserhöhung zu verstehen ist. Besser wäre es aus unserer Sicht daher anstelle des Ausdrucks „..... mit dem Ziel, die Systematik der Preisbindung

aufrecht zu erhalten...“ die folgende Wortfolge zu setzen: „... mit dem Ziel, ein einheitliches Preisniveau abzusichern...“.

In den betroffenen Branchen herrscht nach wie vor die starke Befürchtung, dass der Leitfaden zu einem Gebot führen könnte, marktmächtige Internetanbieter im In- und Ausland zu beliefern, was deren Marktstärke weiter intensivieren würde. Die Konsequenz einer solchen Entwicklung würde auch hier die Ratio des Kartellrechtes umkehren, wonach einer Steigerung der Marktkonzentration und der damit verbundenen Gefahr eines Marktmissbrauches entgegengewirkt werden soll. Es darf auf die in den öffentlichen Medien in der letzten Zeit dokumentierten Fälle negativer wettbewerbsrelevanter Verhaltensweisen dieser Player verwiesen werden.

Zu Punkt Pönale für Nichtdurchsetzung vergleichbarer Preise bei Mitbewerbern (Punkt IV.9.):

Grundsätzlich ist dieser Punkt verständlich. Er sollte aber wie folgt ergänzt werden:

„Nicht verboten ist jedoch, dass ein Händler bei Verhandlungen mit dem Lieferanten über seine Einkaufspreise das aktuelle Verkaufspreisniveau auf dem Markt anspricht. Insbesondere ist nichts dagegen einzuwenden, dass ein Händler die Verkaufspreise seiner Mitbewerber als Argument dafür verwendet, dass mit dem Einkaufspreis, der vom Lieferanten verrechnet wird, marktkonforme Verkaufspreise nicht erzielbar sind.“

Zu Punkt Aktionen/Verbot der Abstimmung der Verkaufsstrategie oder Werbung (Punkte IV.14. und IV.15.):

Unter Punkt IV.15. wird eingeräumt, dass „die Ausgestaltung von Aktionen“ „in dem Ausmaß dem Lieferanten mitgeteilt werden“ darf, „als es für die Mengenplanung unbedingt erforderlich ist. Das schließt nicht aus, dass die Initiative für eine Aktion von einem Lieferanten ausgeht, der beispielsweise als Marketingstrategie dem Handel eine Aktion vorschlägt. Der Aktionspreis muss aber vom Handel festgelegt werden.“

Nach wie vor erscheint beispielsweise unklar, inwieweit die Vereinbarung einer **Exklusivität** zwischen einem Lieferanten und einem Händler **über ein höheres Liefervolumen für einen bestimmten Aktionszeitraum** zulässig ist oder nicht. Eine solche Exklusivität würde jedenfalls den inter-brand-Wettbewerb nicht berühren.

Um die Aktionspreisproblematik auch die Schärfe zu nehmen, wäre es wünschenswert, wenn die BWB generell aussprechen könnte, dass sie zukünftig Vereinbarungen zwischen Industrie und Handel, im Zusammenhang mit der Durchführung zeitlicher begrenzter Aktionen stehen, nicht vordringlich aufgreifen wird. Dies ist im Hinblick auf die Ausführung in den vertikalen Leitlinien der Europäischen Kommission auch europarechtlich abgesichert.

Zu den einzelnen Beispielen:

Beispiel 1a:

Die Klarstellung, dass die Mitteilung des X durch A grundsätzlich unbedenklich ist, wird begrüßt. Wir regen an, diese Kartellrechtsneutralität ausdrücklich im Abschnitt IV. im Unterkapitel „Grundsätzlich zulässige Verhaltensweisen“ aufzunehmen. Die Grenze der kartellrechtlichen Zulässigkeit („solange diese Information nicht einer Abstimmung zwischen den Händlern dient“) sollte durch ein Beispiel veranschaulicht werden. In Frage käme etwa die - unzulässige - Aufforderung eines Lieferanten durch den Händler, diese Information an andere Händler weiterzugeben, verbunden mit der Zusicherung dieser Informationsweitergabe durch den Lieferanten.

Beispiel 2:

Wir nehmen an, dass in diesem Beispiel von den Verkaufspreisen der Supermarktkette Z (und nicht Y) die Rede ist. Außerdem sollte in diesem Beispiel festgehalten werden, dass der Verweis auf Verkaufspreise der Supermarktkette Z im Rahmen von Einkaufspreisverhandlungen der Supermarktkette Y mit dem Lieferanten A per se kartellrechtsneutral ist.

Beispiel 3:

Wir nehmen an, dass es in diesem Beispiel um die Bestätigung der Supermarktkette X (und nicht Y) geht, ihre Verkaufspreise ebenfalls für einen bestimmten Käse auf € 3,29 zu erhöhen.

Hier laufen die Darstellung des Sachverhaltes und die rechtliche Beurteilung teilweise auseinander; während es im Sachverhalt heißt, „Lieferant A **TEILT** der Supermarktkette X **MIT**“, so wird in der rechtlichen Beurteilung davon ausgegangen, dass dies durch ein Schreiben erfolgt. Ist die Dokumentation der Vereinbarung verschriftlicht, so erscheint es vom Standpunkt der Beweisbarkeit, dem Ansinnen von A nicht nachgekommen zu sein, aus Sicht der Supermarktkette X sinnvoll, sich schriftlich zu distanzieren. Wie eine solche Distanzierung allerdings bei mündlicher Mitteilung erfolgen soll und dokumentiert werden kann, erscheint nicht nachvollziehbar. Gleiches könnte eintreten, wenn sich A an X mit einem Schreiben wendet, dieser allerdings telefonisch widerspricht und dies von niemandem dokumentiert wird. Hat X nachweislich sowohl zeitlich als auch der Höhe nach keine abgestimmte Preisanpassung durchgeführt, so kann wohl auch kein Verdacht zu Lasten des X bestehen.


Beispiel 4:

Aus der Mitteilung des Lieferanten an die Supermarktkette X, er habe von der Supermarktkette Y die Zusage erhalten, dass diese künftig bei Aktionen mit einem bestimmten Joghurt den Aktionsverkaufspreis von € 0,34 nicht unterschreiten werde, ist jedenfalls noch nicht der Schluss ableitbar, dass schon in der Vergangenheit zwischen X und A eine Preisbindung vereinbart war. Vor der Mitteilung der Supermarktkette X an den Lieferanten A können die Verkaufspreise ja tatsächlich unverbindlich empfohlen gegolten haben, und daher kartellrechtlich neutral gewesen sein; erst durch die Intervention von X wird aus einer kartellrechtsneutralen Vereinbarung eine kartellrechtswidrige Preisbindung, der es an der Unverbindlichkeit mangelt.

Fazit:

Im Hinblick auf wesentliche und durch den gegenständlichen Entwurf nicht gelöste Detailfragen, (z.B. Gemeinschaftswerbung von Vertriebsgemeinschaften; unlauterer Wettbewerb durch Internetanbieter; die Klärung weiterer Fragen um Ausgestaltung und Durchführung von Aktionen) wird die Wirtschaftskammer auch nach Veröffentlichung des Standpunktes den persönlichen Dialog in Folgegesprächen mit der BWB suchen.

Mit freundlichen Grüßen



Dr. Claudia Rosenmayr-Klemenz
Abteilungsleiterin-Stv.