

Bundswettbewerbsbehörde  
Praterstraße 31 (Galaxy Tower)  
1020 Wien  
[wettbewerb@bwb.gv.at](mailto: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](mailto:rp@wko.at)  
W <http://wko.at/rp>

Ihr Zeichen, Ihre Nachricht vom

Unser Zeichen, Sachbearbeiter  
1295/13/TT/CG  
Dr. Theodor Taurer

Durchwahl  
4418

Datum  
18.7.2013

## Stellungnahme der Wirtschaftskammer Österreich zum Entwurf eines Standpunktes zu vertikalen Preisbindungen

Sehr geehrte Damen und Herren,

Die Wirtschaftskammer Österreich begrüßt ausdrücklich die Bereitschaft der Bundeswettbewerbsbehörde (BWB), bei kartellrechtlich komplexen und in der wirtschaftlichen Praxis relevanten Fragestellungen Leitlinien bzw. Standpunkte zu veröffentlichen.

Obgleich diesen Veröffentlichungen keine generell abstrakte Normwirkung zukommt, bieten sie Einblick in die wettbewerbsrechtliche und -politische Haltung der zentralen Ermittlungs- und Aufgriffsbehörde BWB und dienen der Praxis als Orientierungshilfe zur Ausgestaltung des praktischen Handelns. Die verpflichtenden Anordnungen des nationalen und Europäischen Kartellrechtes bleiben aber davon unberührt.

Die BWB hat den Entwurf auf Basis ihrer jüngsten Fallpraxis im Bereich diverser Handelsbranchen entworfen; diese umfasst allerdings nur ein enges Spektrum von Handelsbranchen (soweit ersichtlich Lebensmitteleinzelhandel, Lebensmittelgroßhandel, Baustoffhandel und Elektrohandel). Wesentlich für die Textierung des Verhaltenskodex dürfte das Ergebnis der Zusagenverhandlungen mit REWE im entsprechenden Geldbußenverfahren gewesen sein. Da die Leitlinien und vor allem auch der Verhaltenskatalog breit angelegt sind und sich auf Handel und Lieferanten des Handels allgemein beziehen, ist hier schon einleitend zu hinterfragen, inwieweit die Aussagen auch für andere Handelsbranchen zur Anwendung gelangen können. Hat die BWB bei der Erarbeitung dieser Leitlinien auch auf die Situation in anderen Handelsbranchen (z.B. Möbelhandel, Kfz-Handel) Rücksicht genommen bzw. abgetestet, inwieweit die vorgeschlagenen Verhaltensregeln dort treffsicher sind?

Aus den Ausführungen im Entwurf lässt sich auch nicht entnehmen, inwieweit hier auf unterschiedliche Formen der vertikalen Vertriebsbindungen Rücksicht genommen worden ist (z.B.

Fachhandelsbindungen, quantitativer und qualitativer Vertrieb, Franchising). Soweit ersichtlich, wurde auch nicht untersucht, inwieweit sich aus der unterschiedlichen Gestaltung der Vertriebswege unterschiedliche Anforderungen an horizontale Informationsaustauschmethoden ergeben.

Bei allen kartellrechtlichen Ausführungen muss das einheitliche Ziel des Kartell- bzw. Wettbewerbsrechtes beachtet werden, nämlich dass Praktiken, die für gewerbliche und private Verbraucher einen Wohlfahrtsgewinn ergeben, nicht zu beanstanden sind (wirtschaftspolitisch sogar eher zu fördern sind) und Praktiken, die für die genannten Verbrauchergruppen zu Wohlfahrtsverlusten führen, zu unterbinden sind. Daher kommt der Rechtssicherheit bei komplexen Rechtsfragen umso größeres Gewicht zu.

Aus den dargelegten Erwägungen erscheint es der WKÖ sinnvoll, wenn die BWB anstelle der geplanten Veröffentlichung des Standpunktes nach Durchführung dieses Stellungnahmeverfahrens noch weitere Diskussionen führen würde, etwa durch eine Stakeholderkonferenz oder Einzelgesprächen mit den betroffenen Handelsbranchen, bevor die Leitlinien endgültig veröffentlicht werden. Dies würde dem Text eine höhere Treffsicherheit einerseits und Akzeptanz andererseits sichern. Darüber hinaus könnte die Awareness und Prävention in den einzelnen Branchen weiter gesteigert werden. Die WKÖ kann hier, wenn dies gewünscht ist, organisatorisch gerne behilflich sein.

Im Einzelnen wurden im Rahmen des Konsultationsverfahrens noch folgende Punkte aufgeworfen:

Das Bundesgremium des Lebensmittelhandels weist darauf hin, dass der Verhaltenskatalog zum Teil einen zu großen Interpretationsspielraum offenlässt. Gerade für so sensible Bereiche wie „Aktionen“ und „Promotionspolitik“ wären rechtliche Klarstellungen und konkret(er)e Formulierung der Richtlinien besonders wichtig (Wie dürfen Aktionen gestaltet sein? Welcher Informationsaustausch zwischen Händlern und Lieferanten ist zulässig?).

Führt die Interpretation der Rechtslage und des Verhaltenskatalogs in der Praxis zu besonders starken Restriktionen von Verkaufsstrategie und Werbung, würde dies Effizienz und somit Attraktivität von Aktionen stark herabsetzen, was letztlich zum Gegenteil dessen führt, was intendiert ist: nämlich dazu, dass Aktionen an Bedeutung verlieren würden, was den Interessen der Verbraucher tendenziell widerspricht.

Aufgrund der internationalen Verflechtung des österreichischen Handels und der intensiven Geschäftsbeziehungen mit Unternehmen aus anderen EU-Mitgliedstaaten (insbesondere aus Deutschland) sollten außerdem eine einheitliche Interpretation und ein harmonisierter europäischer Verhaltenskatalog angestrebt werden.

Der Entwurf lässt eine Reihe von Fragen offen. Wir greifen im Folgenden einige dieser Unsicherheitsmomente beispielhaft heraus:

### Zu Punkt III/Sternkartell

Zum Eventualvorsatz (insbesondere im Zusammenhang mit einer bloß eventuell bewirkten, nicht aber intendierten „Dreiecksabstimmung“):

Für Unternehmer ist es in der Praxis wohl kaum möglich zu beweisen, dass ihnen jeglicher Eventualvorsatz fehle. Es ist daher leicht, dem Unternehmer einen solchen Eventualvorsatz beispielsweise im Falle tatsächlich unverbindlicher Preisempfehlungen zu unterstellen und ihm damit abzusprechen, dass diese unverbindliche Preisempfehlung keine horizontalen, wenn auch nur - auf Verdacht - eventualdolosen Abstimmungselemente enthält.

Die Worte des Entwurfs konsequent weitergedacht, wird jede unverbindliche Preisempfehlung zum kartellrechtlichen Damoklesschwert. Was in dem Standpunkt zu vertikalen Vertriebsbindungen also fehlt, ist eine genau beschriebene - kartellrechtlich zulässige - Fallkonstellation einer unverbindlichen Preisempfehlung ohne horizontales Abstimmungselement. Auch die Kommission verwendet in ihren jüngeren Leitlinien typische Fallkonstellationen zur praktischen Illustration konkreter Lebenssachverhalte.

Wäre kartellrechtliche Unbedenklichkeit beispielsweise dann gegeben, wenn die unverbindliche Preisempfehlung als Maximalpreis konzipiert ist (siehe Punkt V/a)?

### Zu Punkt IV/9

Die sogenannte Bestpreisgarantie (also die Zusage an den Konsumenten, ein bestimmtes oder mehrere Produkte um einen Preis zu verkaufen, der von keinem anderen Mitbewerber unterschritten wird) ist wohl erlaubt (arg e contrario aus Punkt IV/9), solange der Lieferant nicht aufgefordert wird, das Unterbieten des Mitbewerbers in irgendeiner Weise zu verhindern.

Wir gehen also davon aus, dass in einer Bestpreisgarantie keine „auf einander abgestimmte Verhaltensweise“ zu erblicken ist, werden doch nicht mehrere Verhaltensweisen verschiedener Unternehmer auf einander abgestimmt, sondern die Verhaltensweise eines Unternehmers gegenüber den (davon unabhängigen) Verhaltensweisen aller anderen Unternehmer auf derselben Handelsstufe (Einzelhandel), welche das gleiche Produkt verkaufen.

Abgesehen davon wirkt sich die Bestpreisgarantie nicht unbedingt a priori aus, sondern vielfach a posteriori, was ebenfalls dagegen spricht, dass es sich dabei um eine abgestimmte Verhaltensweise im Sinne des Kartellrechts handeln könnte.

### Zu Punkt IV/10

Es wird ausgeführt, dass es dem Händler grundsätzlich nicht erlaubt ist, den Lieferanten zu einer Garantie exklusiver Aktionszeiträume oder zu einer Abstimmung der Aktionszeiträume mehrerer Händler aufzufordern.

Welche Ausnahmen gibt es (arg „grundsätzlich“)?

#### Zu in Punkt IV/13

Auch die Ausnahmen von der kartellrechtlichen Unzulässigkeit einer Beteiligung von Handelsunternehmen an der Überwachung der Wiederverkaufspreise durch Lieferanten (wieder arg „grundsätzlich“) sollten näher ausgeführt werden.

#### Zu Punkt IV/17

Aus Sicht der WKÖ müsste es unbedingt Ausnahmen von dem sehr eng gefassten Verbot einer Abstimmung der Verkaufsstrategie oder Werbung des Handels mit den Lieferanten, „wenn dies mittelbar oder unmittelbar der horizontalen Abstimmung des Handels untereinander dient“, geben.

Sonst wären nämlich möglicherweise das Erfolgsprojekt der Postpartnerschaft und darüber hinaus viele Franchise-Systeme gefährdet.

Auch hier wäre es unbedingt notwendig, unterschiedliche konkrete Fallkonstellationen (zulässige und unzulässige) zu beschreiben und kartellrechtlich zu bewerten.

#### Zu Punkt IV/18

Nach österreichischem Zivilrecht ist kein Unternehmer generell dazu verpflichtet, jeden potentiellen Händler mit seinen Waren zu beliefern.

Die Ausführungen in Punkt IV/18 erwecken jedoch demgegenüber den Anschein, als ob nun ein solcher Kontrahierungszwang zumindest ansatzweise auf dem Umweg des Kartellrechts geschaffen wird. Zwar ist die Ausschaltung (also Nichtbelieferung) eines „preisaktiven Internetanbieters“ nach dem vorliegenden Entwurf nur dann unzulässig, wenn „die Systematik der Preisbindung“ aufrechterhalten werden soll. Diese Grenze des Kontrahierungszwanges ist aber sehr diffus, da wohl auch hier *dolus eventualis* (vgl Punkt III/Sternkartell) ausreichen soll.

Die Konsequenz dieser Vorschrift wäre möglicherweise, große Internetanbieter wie etwa AMAZON beliefern zu müssen und dessen Marktstärke damit weiter zu erhöhen (erhöhen zu müssen). Aus der Sicht der WKÖ wäre dies eine absurde Konsequenz des Kartellrechts, dessen *ratio legis* doch in die genau entgegengesetzte Richtung weist, nämlich einer Steigerung der Marktkonzentration und der damit verbundenen Gefahr eines Marktmachtmissbrauchs entgegenzuwirken.

#### Zu Punkt V/a

Dass Höchstpreise erlaubt sind, geht einerseits daraus hervor, dass immer nur vom Verbot von Mindest- oder Fixpreisen die Rede ist und dass Höchstpreise unter Punkt V/a ausdrücklich für zulässig erklärt werden. Höchstpreisbindungen können ja auch für den Verbraucher naturgemäß keine höheren Preise zur Folge haben. Natürlich dürfen Höchstpreise keine Fixpreise im Gewand von Höchstpreisen sein.

All diese aufgeworfenen Fragen zeigen, dass ein längerer Diskussionsprozess notwendig wäre, bevor ein Verhaltenskatalog veröffentlicht wird, der über alle Branchengrenzen hinweg generell gelten soll.

Im Hinblick auf die besondere Vertriebsform des Franchisings wurde Folgendes vorgebracht:

Im Wirtschaftsleben kommen Franchise-Systeme verschiedenster Ausgestaltung vor. Einige sehen eine strikte Marketing- und Preispolitik vor, die den Franchise-Nehmern kaum Spielraum in der Preisgestaltung lassen. Als Beispiele wären zum Beispiel McDonald-Filialen oder Backwerk-Filialen zu nennen.

In solchen Fällen wird von niemandem angezweifelt, dass Preisvorgaben und eine einheitliche Marketingpolitik vom Franchise-Geber erfolgen und diese verbindlich vom Franchise-Nehmer einzuhalten sind.

In der Vertikal-GruppenfreistellungsVO 2010 sind Franchise-Vereinbarungen erwähnt, in erster Linie in Zusammenhang mit Vereinbarungen über Rechte des geistigen Eigentums und Lizenzen (Abschnitt III, Punkt 2.4, Seite 9-11).

Im Abschnitt VI, Punkt 2.5 (Seite 39, 40), wird das Franchising unter dem Gesichtspunkt der Alleinbelieferung und der Abschottung des Marktes für andere Händler behandelt.

Unter Abschnitt VI, Punkt 2.10 (Seite 46), ist schließlich die Rede davon, dass feste Weiterverkaufspreise und nicht nur Preisobergrenzen erforderlich sein können, um in einem Franchisesystem eine kurzfristige Sonderangebotskampagne zu koordinieren. Preisempfehlungen oder die Verpflichtung des Wiederverkäufers, nicht über einen bestimmten Preis hinauszugehen, wären überdies zulässig, wenn die Marktanteilsschwelle von zusammen 30 % nicht überschritten wird.

Die Vertikal-GVO 2010 erlaubt also beim Franchising in Maßen (bei „Sonderaktionen“) festgesetzte Preise, in anderen Fällen wird zusätzlich das Nichterreichen des Schwellenwertes der Unternehmensgruppe vorausgesetzt.

Mit freundlichen Grüßen



Dr. Rosemarie Schön  
Abteilungsleiterin