

Bundesministerium für Digitalisierung und
Wirtschaftsstandort
Stubenring 1
1010 Wien

Abteilung für Rechtspolitik
Wiedner Hauptstraße 63 | 1045 Wien
T 05 90 9004294 | F 05 90 900114294
E rp@wko.at
W wko.at/rp

per E-Mail: wettbewerbspolitik@bmdw.gv.at
per Webformular:
Parlamentarisches Begutachtungsverfahren

Ihr Zeichen, Ihre Nachricht vom	Unser Zeichen, Sachbearbeiter	Durchwahl	Datum
GZ: 2021-0.222.516	Rp 1273/2021/TT/CG	4418	15.10.2021
30.09.2021	Dr. Theodor Taurer		

RL (EU) 2019/633; UTP; Umsetzung im „Faire Wettbewerbsbedingungen-Gesetz“; Stellungnahme

Sehr geehrte Damen und Herren,

die Wirtschaftskammer Österreich nimmt zum am 30. September übermittelten Entwurf der Überarbeitung des Bundesgesetzes zur Verbesserung der Nahversorgung und der Wettbewerbsbedingungen, wie folgt, Stellung:

I. Allgemeines

Wir begrüßen die Aufwertung des manchmal in Vergessenheit geratenen Nahversorgungsgesetzes zum „Faire Wettbewerbsbedingungen-Gesetz“; die Umsetzung der Richtlinie (EU) 2019/633 in diesem Gesetz, welches eine verbindende Regelung zwischen Kartellrecht und Lauterkeitsrecht darstellt, erscheint konsequent. Die besagte Richtlinie gegen unlautere Handelspraktiken soll in den Geschäftsbeziehungen zwischen Unternehmern (in der Agrar- und Lebensmittelversorgungskette) Wirkung entfalten, die durch erhebliche Ungleichgewichte in Bezug auf die Verhandlungsmacht von Lieferanten und Käufern hervorgerufen werden.

Die nun umzusetzende Richtlinie blickt auf einen langen Vorlauf zurück und fußt auf den 2009 veröffentlichten Mitteilungen der Kommission, mit denen die Funktionsweise der Lebensmittelversorgung in Europa verbessert werden sollte.

Ogleich die Probleme landwirtschaftlicher Erzeuger im Fokus der diversen europäischen Maßnahmen gestanden sind, war von Anfang an klar, dass in den Anwendungsbereich der Richtlinie sowie der darauf folgenden nationalen Umsetzungsbestimmungen nicht nur Sachverhalte betreffend landwirtschaftliche Erzeuger und deren Vereinigungen fallen sollen, sondern die Regelungen ebenso gewerbliche und industrielle Unternehmen der Lebensmittelversorgung als Käufer und Lieferanten mitumfassen. Diese grundlegende Intention findet sich direkt weder in der Richtlinie noch im Gesetzestext klar abgebildet. Natürlich kann

aus den Begriffsbestimmungen betreffend „Käufer“ und „Lieferant“ implizit geschlossen werden, dass „jede natürliche oder juristische Person“ mit der Ausnahme von Verbrauchern von der Regulierung betroffen sein soll, die Agrar- und Lebensmittelerzeugnisse erwirbt bzw. verkauft. Es wäre aber zur Klarstellung wünschenswert, wenn dies zB im Rahmen der erläuternden Bemerkungen auch ausdrücklich festgehalten wird.

II. Im Detail

Zu § 5c (Verbot von unlauteren Handelspraktiken)

Es wird angeregt, nach § 5c Abs.3 folgende weitere Ausnahme aufzunehmen, um die langjährig und mit der Interessenvertretung der Bauern abgestimmte Vorgehensweise beim Kauf von Zuckerrüben und Stärkekartoffeln nicht zu gefährden.

„§ 5c. (3a) Das Verbot gemäß Anhang 1 Z 1 und Z 5 gilt nicht für Liefervereinbarungen zwischen Lieferanten von Zuckerrüben, Kartoffeln oder Mais für die Zucker- oder Stärkeerzeugung und deren unmittelbaren Käufern, sofern die Liefervereinbarungen zwischen den Interessenvertretungen von Zuckerrüben-, Kartoffel-, oder Maiserzeugern und deren unmittelbaren Käufern abgeschlossen werden.“

Diese Ausnahme ist vor dem folgenden Hintergrund gerechtfertigt:

Die Bedingungen für den Zuckerrüben- bzw. Stärkekartoffeleinkauf werden von AGRANA mit den entsprechenden Interessensvertretungen der Lieferanten (Die Rübenbauern, VÖSK) geführt und basieren auf konsensualen Vereinbarungen. Diese umfassen auch die Zahlungskonditionen sowie die Qualitätsfeststellungen als Basis für den Auszahlungspreis.

Die Verarbeitung von Zuckerrüben und Stärkekartoffeln erfolgt im Kampagnenbetrieb mit einer kontinuierlichen Anlieferung seitens der Produzenten von Kampagnenbeginn (September/Oktober) bis Kampagnenende (Jänner/Februar).

AGRANA unterstützt die Lieferanten durch Ausgabe und Vorfinanzierung von Saatgut und Düngemittel im Zuge des Anbaus im Frühjahr mehrere Monate vor Anlieferung der Rohstoffe, welche in den Herbst/Winter-Monaten erfolgt. Die Gegenverrechnung der Forderungen dazu erfolgt erst im Laufe der Kampagne.

Die Zahlungsbedingungen sehen grundsätzlich eine Teilzahlung während der Kampagne und eine Endabrechnung nach Abschluss der Kampagne vor.

Erst nach Vorliegen aller preisbestimmenden Daten wie Zucker- bzw. Stärkegehalt, Zuckerpreise usw., kann die finale Abrechnung nach Ende der Kampagne erfolgen.

Im Zuckerbereich erfolgt die Finalzahlung zum 30.6. des Folgejahres der Ernte, da die erzielbaren Zuckerpreise im Verkauf während des Zuckerwirtschaftsjahres (Oktober - September) die Basis für den individuellen Rübenpreis bilden.

Das spezielle Rübenübernahmesystem in Österreich mit dezentralen Rübenlagerplätzen und anschließender Verarbeitung sieht die Bestimmung des Zuckergehaltes auf den

Rübenlagerplätzen und an der Schneidmaschine im Werk vor. Verluste von Gewicht und Zuckergehalt im Zuge der Zwischenlagerung werden 50:50 von Fabrik und Produzent geteilt.

Zu § 5d (Errichtung einer Erstanlaufstelle)

Diese neu geschaffene Institution ist als nachgeordnete Dienststelle beim Landwirtschaftsministerium konzipiert und damit in dessen interessenpolitischem Ingerenzbereich angesiedelt. Da aber diese Stelle nicht nur zum Schutz der Interessen landwirtschaftlicher Betriebe eingerichtet werden soll, sondern ebenso zum Schutz gewerblicher Unternehmen der Lebensmittelversorgungskette, ist deren umfassende Neutralität sicherzustellen. Dabei reicht die in der gegenwärtigen Textversion der Erstanlaufstelle zgedachte Eigenschaft der Weisungsfreiheit nicht aus, um die vorgesehenen Aufgaben transparent und über jede Einflussnahme erhaben erfüllen zu können. Erst bei Herstellung einer umfassenden Unabhängigkeit gegenüber dem der Landwirtschaftspolitik verpflichteten Landwirtschaftsministeriums, kann dem „Fear Effekt“ glaubwürdig entgegengewirkt werden. Wir verweisen auf die ähnliche, wenn auch nicht vollständig vergleichbare Konstruktion im Verhältnis zwischen der Bundeswettbewerbsbehörde und dem BMDW. Im Vorfeld der politischen Diskussion um die Entstehung einer Ombudsstelle zur Bekämpfung unfairer Handelspraktiken in der Lebensmittelversorgungskette hat sich die Wirtschaftskammer auch wiederholt gegen die Einrichtung einer solchen zusätzlichen Institution eingesetzt, da unserer Meinung nach bereits genügend andere Institutionen existieren, die in diesem Bereich tätig sind. Beispiele dafür sind die Landwirtschaftskammern im Bereich der Beratung, oder die Bundeswettbewerbsbehörde im Bereich des Competition Advocacy (siehe dazu den Wohlverhaltenskatalog der BWB bzw die Verfolgung konkreter Rechtsverstöße).

In Hinblick auf die Regelungen zur Geschäftsordnung in § 5d Abs. 3 ist zu hinterfragen, inwieweit die hier gebotene Möglichkeit, sich selbst eine Geschäftsordnung zu geben, trotz Genehmigung durch zwei Ministerien zu unkonkret gefasst ist und im Gesetzestext näher determiniert sein sollte. Die Bestimmungen über die Zusammenarbeit mit der Ermittlungsbehörde und den Interessenvertretungen wird nicht einseitig ohne weitergehende gesetzliche Ermächtigung von der Erstanlaufstelle festgelegt werden können. Ebenso kann es nicht sein, dass die Erstanlaufstelle sich beliebige Schlichtungsstellen aussuchen kann, auf deren Schlichtungsdienstleistung sich dann die betroffenen Parteien einigen müssen. Hier wäre aus unserer Sicht den Schlichtungsstellen der Rechtsanwaltskammern bzw der Notariatskammer der Vorzug zu geben (entgegen dem Text in § 5f Abs. 2 des Entwurfes). Die Ermächtigung zur Regelung von Kostenersätzen ist vollends verfehlt, da solches im Regulativ der Schlichtungsinstitutionen zu regeln ist und nicht in der Geschäftsordnung der Erstanlaufstelle. Insoweit hier Kostenersätze für die Tätigkeit der Erstanlaufstelle selbst gemeint sein sollten, ist festzuhalten, dass die Tätigkeit der Erstanlaufstelle für die betroffenen Unternehmen ohne Kosten- oder Gebühreuvorschreibungen erfolgen muss und der Aufwand ausschließlich aus dem vom Landwirtschaftsministerium zur Verfügung gestellten Budget zu finanzieren ist.

§ 5d Abs. 5 regelt den Umgang mit personenbezogenen Daten innerhalb der Erstanlaufstelle; dazu ist festzuhalten, dass die Erstanlaufstelle, ihre Aufgabe der Beratung und formlosen Problembereinigung nur dann wirkungsvoll erfüllen kann, wenn sämtliche personen- und unternehmensrelevanten Daten anonym und vertraulich gehalten werden. Das gilt für die der Käufer als auch die der Lieferanten. Das gilt selbstverständlich nur im notwendigen Umfang; dadurch soll ein parteiliches „naming and shaming“ seitens der Erstanlaufstelle verhindert werden.

Zu § 5e (Leitung und Aufsicht über die Erstanlaufstelle)

Es darf festgestellt werden, dass keine spezifischen Anforderungen an den Leiter/Stellvertreter der Erstanlaufstelle im Entwurf vorgesehen sind.

Der Entwurf legt in der vorliegenden Textversion nahe, dass nur der Leiter zur Amtsverschwiegenheit verpflichtet ist. Dies greift jedenfalls zur kurz: alle in der Erstanlaufstelle beschäftigten und verwendeten Personen haben der Amtsverschwiegenheit zu unterliegen.

Zu § 11 Abs.5

Im vorliegenden Entwurfstext wird auf die historischen Daten und Fristläufe der Richtlinie abgestellt. Art 13 Abs.1 RL 2019/633 sieht selbst eine Übergangsfrist von 6 Monaten zwischen Veröffentlichung der nationalen Rechtsvorschriften und Anwendung derselben vor. Dieser Zeitraum ermöglicht es den Unternehmen, ihre Verträge und Lieferbeziehungen den neuen Rechtsvorschriften anzupassen. Daher ist auch im geplanten Umsetzungsrechtsakt ein solcher Übergangszeitraum einzuräumen.

Zu Anhang I Z 10 - 12 allgemein

Die hier vorgeschlagenen Bestimmungen stellen ein Paradebeispiel für ineffektives Gold Plating dar; sie sind sowohl überschießend als auch inhaltlich verfehlt. Es darf auf das geltende Regierungsprogramm verwiesen werden, wo im Kapitel „Wirtschaft & Finanzen“ unter dem Punkt „Standort, Entbürokratisierung & Modernisierung“ auf S. 64 folgendes Vorhaben festgehalten wird: „Gold-Plating reduzieren: Nationale Verschärfungen über EU-Vorgaben, die keine sachliche Rechtfertigung haben, gilt es zu vermeiden bzw zu reduzieren.“

Nachfolgend wird im Einzelnen klar und unmissverständlich dargelegt, warum diese Bestimmungen nicht nur sachlich nicht gerechtfertigt sind, sondern auch ökonomisch anfechtbar und mit Rechtswidrigkeit behaftet sind.

Zu Anhang I Z 10

Einleitend muss festgestellt werden, dass diese Bestimmung im höchsten Maße sprachlich verfehlt ist. Anstelle der Wendung „aus unsachlichen Gründen“ wäre die Bezeichnung „ohne sachliche Rechtfertigung“ zu setzen. Der daran anschließende Nebensatz ist ersatzlos zu streichen, da die Judikatur bereits die Elemente, die für eine sachliche Rechtfertigung sprechen, im Rahmen des Kartellrechts entwickelt hat. Die vorliegende Textfassung legt nahe, dass unsachliche Gründe taugliche Rechtfertigungen darstellen könnten, wenn sie nur nicht die Qualität oder die Liefermenge betreffen. Dies führt aber zu sinnwidrigen Ergebnissen.

Weiters wird weder im Entwurfstext noch in den Erläuterungen ausgeführt, ob der Begriff „marktbeherrschende Stellung“ an den Beherrschungsbegriff des Kartellrechtes anschließt - und dort, ob sowohl die absolute als auch die relative Marktmacht erfasst sein sollen. Die Entwicklung eines eigenen Marktbeherrschungsbegriffes erscheint weder notwendig, noch ist dies im Regelungsziel des Gesetzes vorgesehen.

Vielmehr stellt die in Aussicht genommene Regelung eine klassische Doppelregel im Verhältnis zum Marktbeherrschungsrecht des Kartellgesetzes und des Art 102 AEUV dar. Insoweit der Normgehalt nicht über die kartellrechtlichen Bestimmungen hinaus geht, ist Art 10 im besten Fall redundant; insoweit er davon Abweichendes regeln möchte, führt dies zu diffizilen Abgrenzungsproblemen in Hinblick auf Art 3 VO (EU) 1/2003.

Ebenso unklar ist die Bezeichnung „schlechtere Konditionen“, da hier das relevante Vergleichsmaß nicht angegeben wird (zB marktübliche Bedingungen oder die Konditionen bestimmter andere Geschäftspartner). Ebenso bleibt ungeklärt, welche Abweichung von den Konditionen als ausreichend gesehen wird, um diese als eindeutig „schlechter“ zu bewerten.

Allgemein darf darauf hingewiesen werden, dass die Verfügung über eine marktmächtige Stellung allein noch nicht ausreicht, um eine verfassungskonforme Ausnahme von der Vertrags- und Wettbewerbsfreiheit gesetzlich einzuführen. Unterschiedliche Behandlungen von Geschäftspartnern und die Weigerung der Geschäftsaufnahme stehen auch dem marktbeherrschenden Unternehmen als normales Marktverhalten zu, wenn dies zu keiner Beschränkung des leistungsgerechten Wettbewerbs führt. Dies trifft jedenfalls dann zu, wenn es für das Verhalten des marktstarken Unternehmens eine sachliche Rechtfertigung gibt. Diese kann unterschiedliche Elemente umfassen wie Preis, Menge, Qualität, aber auch negative Erfahrungen mit dem jeweiligen Geschäftspartner wie Vertragsstörungen, die von Letzterem zu vertreten sind.

Daher wird vorgeschlagen, die vorliegende Fassung von Z 10 ersatzlos zu streichen; sie ist weder sprachlich noch rechtlich geeignet, schutzsuchenden Lieferanten ein sinnvolles Werkzeug an die Hand zu geben.

Zu Anhang I Z 11

In der vorliegenden Version stellt die Einordnung dieses Tatbestandes in die „schwarze Liste“ einen unverhältnismäßigen nicht zu rechtfertigenden Eingriff in die Erwerbsfreiheit von Lieferanten und Käufern dar und führt in bestimmten Konstellationen zu Wettbewerbsbeschränkungen zu Lasten kleiner, innovativer Lieferanten.

Die kartellrechtliche Zulässigkeit von exklusiven Liefervereinbarungen wird im Rahmen der Regelungen der Vertikal-GVO (VO (EU) 330/2010) und der dazu erlassenen Leitlinien geregelt. Insoweit solche Liefervereinbarungen nach Art 101 AEUV erlaubt sind, dürfen sie durch nationales Recht nicht verboten werden (Art 3 Abs.2 VO 1/2003). Es ist ökonomisch völlig unstrittig, dass sich zeitlich befristete Exklusivvereinbarungen zB zwischen kleinen, innovativen Lieferanten neuartiger Produkte und Händlern als notwendig erweisen können, um ersteren überhaupt den Marktzutritt zu ermöglichen.

Da die vorgeschlagene Bestimmung in der Form eines absoluten Verbotes geeignet ist, Wettbewerbsbeschränkungen zu Lasten von Lieferanten hervorzurufen und dies mit den Grundsätzen der vorliegenden Reform nicht in Einklang zu bringen ist, sollte diese Regelung ersatzlos gestrichen werden.

Zu Anhang I Z 12

In Hinblick auf die Ausführungen zu den Bezug habenden Regelungen in Z 10 und 11 ist auch diese Bestimmung ersatzlos zu streichen.

Sollte diese Bestimmung aber in Zusammenschau mit den Bezug habenden Regelungen aufrecht erhalten werden, darf darauf hingewiesen werden, dass diese zu einer EU-rechtlich nicht angeordneten Inländerdiskriminierung führen würde. Im Ergebnis könnte dies zu Situationen führen, die österreichische Käufer zwingt, zB weltweit tätigen Lieferanten, die sich weder an

ökologische noch betriebswirtschaftliche Standards halten, die mit österreichischen oder europäischen vergleichbar wären, gleich oder sogar besser zu behandeln als heimische Lieferanten. Es kann nicht Ziel der in Aussicht genommenen Regelung sein, hochwertige heimische Lieferanten durch weniger hochwertige nicht heimische Lieferanten zu ersetzen. Wenn diese Regelung in irgendeiner Form aufrecht erhalten werden soll, dann ist ihre Geltung auf Lieferanten aus solchen Jurisdiktionen zu beschränken, welche die Reziprozität gegenüber heimischen Lieferanten sicherstellen.

Wir ersuchen um Berücksichtigung unserer Anmerkungen. Diese Stellungnahme wird auch per Webformular im Rahmen des parlamentarischen Begutachtungsverfahrens übermittelt.

Freundliche Grüße

Dr. Harald Mahrer
Präsident

Karlheinz Kopf
Generalsekretär