

STANDPUNKT
zu vertikalen
Preisbindungen



der BundesWettbewerbsBehörde

Inhalt

| | | |
|------|--|----|
| I. | Einleitung | 3 |
| ➤ | Ist der Leitfaden verbindlich? | 3 |
| ➤ | Worum geht es bei diesem Standpunkt? | 4 |
| ➤ | Preisbindungen als Kernbeschränkung | 5 |
| ➤ | Warum sind diese Verhaltensweisen nach europäischem und österreichischem Recht problematisch? | 5 |
| II. | Wie kann ein Unternehmen vorgehen, wenn Verstöße vorliegen? | 6 |
| III. | Rechtlicher Rahmen | 7 |
| ➤ | Welches Recht ist anwendbar? | 7 |
| ➤ | Wann liegt eine Vereinbarung oder eine abgestimmte Verhaltensweise vor?..... | 8 |
| ➤ | Vertikale Preisbindungen sind bezweckte Wettbewerbsbeschränkungen | 9 |
| ➤ | Wann liegt eine unverbindliche Preisempfehlung vor? | 9 |
| ➤ | Auch einseitige Maßnahmen können kartellrechtswidrig sein..... | 10 |
| IV. | Verhaltenskatalog | 11 |
| ➤ | Im Regelfall unzulässige Verhaltensweisen | 11 |
| ➤ | Im Regelfall zulässige Verhaltensweisen: | 13 |
| V. | Sonderthemen | 14 |
| ➤ | Handelsvertreterverhältnis | 14 |
| ➤ | Franchising | 15 |
| ➤ | Unfair Trading Practices | 15 |
| VI. | Beispiele | 16 |

I. Einleitung

Aus Anlass der in den letzten Jahren festgestellten kartellrechtlichen Zuwiderhandlungen in mehreren Branchen soll dieser Leitfaden vor allem **für kleinere und mittlere Unternehmen** das Erkennen von kartellrechtswidrigem Verhalten erleichtern. Im Zuge ihrer Ermittlungstätigkeit der letzten Jahre ist die Bundeswettbewerbsbehörde (BWB) auf – zT branchenweite – den Wettbewerb beschränkende verbotene Vereinbarungen zwischen Produzenten und dem Handel (unter Handel ist im Folgenden immer Einzel- und Großhandel zu verstehen) vor allem im Bereich der Endkundenpreise (**vertikale Preisbindungen, siehe unten**) aufmerksam geworden. Betroffen von den bisherigen Verfahren und laufenden Ermittlungen sind internationale Konzerne, aber auch kleine und mittlere Unternehmen. Die erwähnten Untersuchungen haben bereits zu einer Reihe von Geldbußenentscheidungen des Kartellgerichts (KG) gegen Unternehmen aus verschiedenen Branchen geführt.¹

Der vorliegende Standpunkt dient daher der Information und Prävention und soll vor allem KMUs die Einhaltung der Kartellrechtsvorschriften erleichtern.

Die BWB hat Konsumenten, Interessensvertretungen, Konsumentenschutzorganisationen, Unternehmen und sonstige interessierte Parteien eingeladen, Stellungnahmen abzugeben. Es ist eine Vielzahl an Eingaben von verschiedenen Organisationen, Unternehmen, Interessensvertretungen und Konsumenten eingegangen, und wurde der vorliegende Standpunkt in einer Reihe von Vorträgen und Gesprächsrunden diskutiert.

➤ Ist der Leitfaden verbindlich?

Nein. Der folgende Standpunkt kann die österreichischen Gerichte, die Amtspartei Bundeskartellanwalt², andere nationale Behörden und Gerichte und die europäischen Institutionen **nicht binden** und greift insbesondere nicht in die Deutungshoheit des Obersten Gerichtshofes als Kartellobergericht (KOG) und des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) ein. Insbesondere weist die BWB in diesem Zusammenhang auf die auch für Österreich verbindliche sogenannte Vertikal-Gruppenfreistellungsverordnung („Vertikal-GVO“)³ und auf

¹ Für genauere Informationen wird auf die Homepage der BWB verwiesen: <http://www.bwb.gv.at> bzw. auf die Ediktsdatei des Kartellgerichtes: <http://www.edikte.justiz.gv.at/>.

² Weitere Informationen zu Aufgaben und zur Person des Bundeskartellanwaltes unter <http://www.justiz.gv.at/web2013/html/default/8ab4a8a422985de30122a92c3e89637f.de.html>.

³ Verordnung Nr. 330/2010 vom 20. April 2010 über die Anwendung von Artikel 101 Absatz 3 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Gruppen von vertikalen Vereinbarungen und abgestimmten Verhaltensweisen, ABI L 102/1.

die von der EU Kommission hierzu erlassenen Leitlinien („Leitlinien Vertikal-GVO“)⁴ hin, die vertikale Beschränkungen und ihre wettbewerbliche Zulässigkeit zum Gegenstand haben.

Der folgende Standpunkt der Behörde **stellt jedoch klar, welche Fälle die BWB als in aller Regel kartellrechtlich bedenklich ansieht.**



Die **BWB** wurde am 1. Juli 2002 auf Grundlage des Wettbewerbsgesetzes⁵ und der EG VO 1/2003 gegründet. Sie ist eine weisungsfreie und unabhängige Behörde, die mit dem Aufgriff und den Ermittlungen von Verstößen gegen das Kartellgesetz und das Europäische Wettbewerbsrecht beauftragt ist. Der Schutz des Wettbewerbs in Österreich ist eine zentrale ordnungspolitische Aufgabe in einer marktwirtschaftlich verfassten Wirtschaftsordnung.

➤ **Worum geht es bei diesem Standpunkt?**

Der Leitfaden beschäftigt sich mit vertikalen Vereinbarungen, insbesondere vertikalen Preisbindungen.



Vertikale Vereinbarung: Vereinbarungen oder abgestimmte Verhaltensweisen zwischen Unternehmen auf verschiedenen Ebenen der wirtschaftlichen Erzeugungs- bzw. Dienstleistungskette.

Zu den besonders gravierenden Wettbewerbsbeschränkungen im Bereich vertikaler Vereinbarungen zählen die sog "Kernbeschränkungen" iSd Art 101 AEUV und § 1 KartG⁶. Zu diesen Kernbeschränkungen zählen insbesondere vertikale Preisbindungen, die die freie Preisgestaltung durch unabhängige Unternehmer behindern (zB durch Festlegung eines Mindestpreises für den Weiterverkauf). Vertikale Preisbindungen können auch der **horizontalen Abstimmung** zwischen Mitbewerbern über ihre Lieferanten dienen.



Horizontale Abstimmung durch vertikale Preisbindungen (Sternkartell/Hub & Spoke): Bei kartellrechtswidrigen Vertikalabsprachen können zusätzlich horizontale Absprachen der Händler untereinander bewirkt (oder bezweckt) werden, ohne dass direkt miteinander Kontakt aufgenommen werden muss. Dies ist der Fall, wenn bei Vorliegen eines Dreieckverhältnisses bspw zwischen einem Lieferanten und mehreren Händlern eine horizontale Abstimmung wesentlicher Wettbewerbsparameter zwischen den Händlern bezweckt oder bewirkt wird und eine

⁴ Leitlinien der Europäischen Kommission für vertikale Beschränkungen, ABI 2010 C 130/01.

⁵ Bundesgesetz über die Einrichtung einer Bundeswettbewerbsbehörde (Wettbewerbsgesetz - WettbG), StF: BGBl. I Nr. 62/2002 (NR: GP XXI RV 1005 AB 1047 S 97. BR: 6612 AB 6618 S 686.)

⁶ Kartellgesetz 2005, BGBl I 61/2005, zuletzt geändert durch das Kartell- und Wettbewerbsrechts-Änderungsgesetz 2012 - (KaWeRÄG 2012) BGBl I 13/2013.

Willensübereinstimmung unter den Händlern vorliegt. Im Ergebnis kann dieses Informationsdreieck zu kartellrechtswidrigem, bewusstem und gemeinsamen Handeln der Händler führen.

➤ **Preisbindungen als Kernbeschränkung**

Mindestpreise und Fixpreisvereinbarungen für den Weiterverkauf ("Preisbindung der zweiten Hand") zählen als bezweckte Wettbewerbsbeschränkungen zu den **gemäß Art 101 AEUV bzw § 1 KartG verbotenen Kernbeschränkungen**.⁷ Dies ergibt sich auch aus Art 4 lit a der neuen Vertikal-GVO 2010. Damit besteht die widerlegbare Vermutung, dass Art 101 AEUV bzw. § 1 KartG verletzt sind.



Kernbeschränkungen (Hard Core Restrictions): Das sind Einschränkungen des Wettbewerbs durch Vereinbarungen oder Geschäftspraktiken, die in den meisten Rechtsordnungen als besonders schwerwiegend erachtet werden und normalerweise keinen Nutzen mit sich bringen. Daher besteht eine Vermutung, dass sie einen Verstoß gegen das Wettbewerbsrecht darstellen. Enthält eine Vereinbarung Bestimmungen mit solchen Beschränkungen, die auch als „schwarze Klauseln“ bezeichnet werden, so kann sie nicht in den Genuss der Vertikal-GVO (siehe oben S. 4) kommen. Außerdem erfüllen Vereinbarungen mit schwarzen Klauseln nur in seltenen Einzelfällen die Voraussetzungen für eine Einzelfreistellung ausweislich Art 101 Abs 3 AEUV.

➤ **Warum sind diese Verhaltensweisen nach europäischem und österreichischem Recht problematisch?**

Ganz generell sind Wettbewerbsbeschränkungen mit direktem Einfluss auf den Preiswettbewerb als besonders bedenklich anzusehen. In diesem Sinne gilt in der freien Marktwirtschaft der **Grundsatz der Wettbewerbsfreiheit für alle Wirtschaftsstufen** und für alle Wettbewerbsformen, also nicht nur im Verhältnis der Marke eines Herstellers zu anderen Konkurrenzprodukten (inter-brand-Wettbewerb), sondern auch markenintern beim Absatz von Produkten desselben Lieferanten durch seine verschiedenen Absatzmittler (intra-brand-Wettbewerb).

Wettbewerbsbehörden sehen als negative Folgen für den Wettbewerb zum einen die Verringerung des markeninternen Preiswettbewerbs (dh höhere Preise) und zum anderen eine erhöhte Transparenz der (zukünftig geplanten) Preise, die in weiterer Folge Mittel der horizontalen Preisabstimmung auf Lieferanten oder Händlerebene sein können. Im Falle von

⁷ Leitlinien der Europäischen Kommission zur Anwendung von Art 81 Abs 3 EG-Vertrag, ABI 2004 C 101 S 97, Rn 111.

Mindest- oder Fixpreisen wird vermutet, dass es zu einer Reduktion bzw – im Fall von besonders erfolgreichen Abstimmungen – sogar zur Ausschaltung des markeninternen Preiswettbewerbs kommt.⁸ Dies ist insb im Fall von besonders konzentrierten Branchen (in Österreich zB der Lebensmittelhandel) problematisch. Ganz allgemein ist zu sagen, dass Preisbindungssysteme für den Verbraucher erfahrungsgemäß Nachteile in Form von höheren Preisen zur Folge haben.

Vertikale Preisbindungen können auch eine mittelbare horizontale Abstimmung zwischen den Abnehmern, dh auf Vertriebssebene, begünstigen. Starke und gut organisierte Händler können ihre Lieferanten dazu drängen, ihren Mitbewerbern überhöhte Weiterverkaufspreise vorzugeben, damit die marktstarken Händler ohne Marktanteilsverlust erhöhte Spannen erzielen können. Dadurch werden sowohl die Endverkaufspreise als auch die Marktanteile stabilisiert, und in weiterer Folge der Zugewinn von Marktanteilen durch preisaktive Mitbewerber behindert. Vom Handel ausgehende vertikale Preisbindungen werden auch von der Europäischen Kommission als besonders problematisch gewertet, da davon auszugehen ist, dass sich deren kollektive horizontale Interessen negativ auf den Verbraucher auswirken.⁹ Daher sind Preisbindungsmaßnahmen besonders schwere Verstöße, wenn zusätzlich horizontale Abstimmungsaspekte hinzukommen.

Die BWB wird in ihrer Ermittlungstätigkeit betreffend Preisbindungen einen Schwerpunkt auf Konstellationen mit horizontalen Elementen setzen, weil diesen eine deutlich schädlichere Wirkung zukommt, als Preisbindungen ohne horizontale Abstimmungselemente. Dies umso mehr, wenn zumindest ein daran beteiligtes Unternehmen (auf Händler- oder Produzentenebene) über eine gewisse Größe und Marktmacht verfügt.

II. Wie kann ein Unternehmen vorgehen, wenn Verstöße vorliegen?

Unternehmen haben die Möglichkeit, im Rahmen des Kronzeugenprogramms als **Kronzeuge** mit der Behörde zusammenzuarbeiten (<http://www.bwb.gv.at/KartelleUndMarkmachtmissbrauch/Kronzeugenregelung/Seiten/default.aspx>).

⁸ Leitlinien der Europäischen Kommission für vertikale Beschränkungen, ABI 2010 C 130/01, Rn 224.

⁹ Vgl. Leitlinien der Europäischen Kommission zur Anwendung von Artikel 81 Absatz 3 EG-Vertrag (jetzt Art 101 Abs 3 AEUV), Rn 224.

Mit der Wettbewerbsgesetznovelle 2005 (Neuerungen durch BGBl I 2013/13 - WettbG 2013) wurde auch im österreichischen Wettbewerbsrecht eine **Kronzeugenregelung** verankert. Gemäß § 11 Abs 3 WettbG kann die BWB als Gegenleistung für die Mitwirkung eines Unternehmens an der Aufdeckung eines Kartells davon Abstand nehmen, die Verhängung einer Geldbuße zu beantragen oder, werden die im WettbG normierten Voraussetzungen nicht erreicht, eine geminderte Geldbuße beantragen.

Des Weiteren gibt es auch die Möglichkeit, im Rahmen einer einvernehmlichen Verfahrensbeendigung („**Settlement**“) mit der Behörde zusammenzuarbeiten. Die genaue Höhe des Nachlasses ist unter anderem vom Zeitpunkt der Einigung und der Qualität der Kooperation abhängig. Die einvernehmliche Verfahrensbeendigung kann auch ergänzend zum Kronzeugenprogramm zur Anwendung kommen. Dies betrifft Fälle, in denen für das betroffene Unternehmen nur mehr eine Bußgeldreduktion in Betracht kommt.

Einzelpersonen, die auf einen Verstoß aufmerksam werden, können sich mit Hinweisen jederzeit (**auch anonym**) an die BWB wenden.

Kontaktpersonen in der Behörde sind:

Geschäftsstellenleiter Dr. Peter Matousek *Tel: (+ 43 1) 245 08 303*

oder

Stv Geschäftsstellenleiterin Mag. Natalie Harsdorf LL.M. *Tel: (+ 43 1) 245 08 126*

e-mail: wettbewerb@bwb.gv.at

Fax: (+43 1) 587 42 00

III. Rechtlicher Rahmen

Als tragendes Prinzip für die Beziehungen zwischen den Lieferanten/Produzenten und dem Handel ist festzuhalten, dass der Handel seine Preissetzung eigenständig festzulegen hat.

➤ Welches Recht ist anwendbar?

Jeder in Österreich tätige Unternehmer ist bei der Ausübung seiner wirtschaftlichen Tätigkeit an die kartellrechtlichen Regeln gebunden. Diese ergeben sich einerseits unmittelbar aus

dem europäischen Wettbewerbsrecht (Art 101 und 102 AEUV) und andererseits aus heimischen Rechtsvorschriften, vor allem dem Kartellgesetz (KartG).

➤ **Wann liegt eine Vereinbarung oder eine abgestimmte Verhaltensweise vor?**

Das Kartellverbot des § 1 KartG und Art 101 AEUV erfasst den Wettbewerb beeinträchtigende

- Vereinbarungen zwischen Unternehmern,
- Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen und
- aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen.

Allen drei erwähnten Tatbeständen ist gemeinsam, dass sie geeignet sein müssen, den Wettbewerb auszuschließen bzw zu vermindern.

Als **Vereinbarung** gilt grundsätzlich jede Willensübereinstimmung zwischen Unternehmen über ihr Auftreten am Markt. Ob eine Vereinbarung **mündlich oder schriftlich** abgeschlossen wurde, spielt keine Rolle. Die Vereinbarung **muss auch rechtlich nicht verbindlich sein**. In der unionsrechtlichen Rechtspraxis können als „Vereinbarung“ Zuwiderhandlungen in horizontalen und vertikalen Verhältnissen gemeint sein.¹⁰ Es **kommt nicht darauf an, ob sich die Unternehmen für – rechtlich, tatsächlich oder moralisch – verpflichtet hielten, sich absprachegemäß zu verhalten, solange eine Willensübereinstimmung vorliegt.**¹¹

Neben Vereinbarungen und Beschlüssen sind auch aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen vom Kartellverbot erfasst. Bei abgestimmten Verhaltensweisen handelt es sich nach ständiger Rechtsprechung (stRspr) des EuGH um **jede Form der Koordinierung des Verhaltens zwischen Unternehmen**, die zwar nicht bis zum Abschluss eines Vertrages im eigentlichen Sinn gediehen ist, die aber bewusst eine praktische Zusammenarbeit an die Stelle des mit Risiken verbundenen Wettbewerbs treten lässt.¹² Erfasst kann schon **jede unmittelbare oder mittelbare Koordination** zwischen Unternehmen sein, die bezweckt

¹⁰ Europäische Kommission COMP/35.587 – PO Video Games, COMP/35.706 – PO Nintendo Distribution und COMP/36.321 – Omega – Nintendo, OJ L255/33, Rn 323.

¹¹ EuG Rs T-53/03, BPB/Kommission, Rn 82.

¹² Diese Formel wurde vom EuGH in der Entscheidung vom 14.7.1972, Slg 1972, 619, ICI, entwickelt und seitdem auch von der Europäischen Kommission übernommen.

oder bewirkt, das Marktverhalten der betroffenen Unternehmen zu beeinflussen.¹³ Nach der Unionsrechtsprechung kann auch im Zusammenhang mit vertikalen Zuwiderhandlungen zwischen Lieferanten und Abnehmern ein abgestimmtes Verhalten kartellrechtswidrig sein, dh auch hier muss nicht zwingend eine Vereinbarung vorliegen, ein abgestimmtes Verhalten reicht bereits.¹⁴

➤ **Vertikale Preisbindungen sind bezweckte Wettbewerbsbeschränkungen**

Eine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung liegt vor, wenn die Beschränkung ihrem Wesen nach geeignet ist, den Wettbewerb im Sinne von Art 101 Abs 1 AEUV zu beschränken. Hierbei handelt es sich um Beschränkungen, die im Hinblick auf die mit den Wettbewerbsvorschriften verfolgten Ziele ein derart großes Potenzial für negative Auswirkungen auf den Wettbewerb haben, dass es für die Anwendung von Art 101 Abs 1 AEUV nicht notwendig ist, deren tatsächliche Auswirkungen (zB im Sinne der Einhaltung der abgestimmten Verkaufspreise) im Markt nachzuweisen.¹⁵

In diesem Sinne umfassen laut den Leitlinien der Kommission zur Anwendung von Art 101 Abs 3 AEUV bezweckte Beschränkungen im Falle von vertikalen Vereinbarungen die Preisbindung der zweiten Hand und die Festsetzung von Mindestpreisen.¹⁶

➤ **Wann liegt eine unverbindliche Preisempfehlung vor?**

Sofern zwischen Lieferant und Handel über Verkaufspreise gegenüber Verbrauchern gesprochen wird, sollte dies – höchstens – in Form von **unverbindlichen Preisempfehlungen** geschehen (und jedenfalls keine horizontalen Abstimmungselemente

¹³ Vgl. EuGH Rs 40/48, Slg 1975, 1663, Kommission/Suiker Unie ua.

¹⁴ Vgl. EuGH Rs 100/80, ECR 1825, Musique Diffusion Francaise/Kommission, Rn 72-80.

¹⁵ Leitlinien der Europäischen Kommission zur Anwendung von Artikel 81 Absatz 3 EG-Vertrag (jetzt Art 101 Abs 3 AEUV), Rn 19-21.

¹⁶ Leitlinien der Europäischen Kommission zur Anwendung von Artikel 81 Absatz 3 EG-Vertrag (jetzt Art 101 Abs 3 AEUV), Rn 23: *“Eine nicht erschöpfende Orientierungshilfe zur Ermittlung bezweckter Wettbewerbsbeschränkungen kann den Gruppenfreistellungsverordnungen, den einschlägigen Leitlinien und den Bekanntmachungen der Kommission entnommen werden. Beschränkungen, die in den Gruppenfreistellungsverordnungen auf einer schwarzen Liste erscheinen oder in Leitlinien oder Bekanntmachungen als **Kernbeschränkungen eingestuft sind, werden von der Kommission in der Regel als bezweckte Wettbewerbsbeschränkungen betrachtet.** Bei den vertikalen Vereinbarungen umfasst die **Palette der bezweckten Beschränkungen die Preisbindung der zweiten Hand und die Festsetzung von Mindestpreisen** und Beschränkungen, die einen absoluten Gebietsschutz gewähren, einschließlich Beschränkungen beim passiven Verkauf.“*

enthalten). Der Oberste Gerichtshof (OGH) stellt in diesem Zusammenhang eine hohe Anforderung an die Unverbindlichkeit. Druckausübung oder positive Anreize können bereits der Annahme einer Unverbindlichkeit entgegen stehen.

Eine ausdrückliche, in unmissverständlicher Weise auf den unverbindlichen Charakter einer Preisempfehlung hinweisende Willenserklärung liegt nur dann vor, wenn sie nicht erst im Wege einer Schlussfolgerung, sondern in einer von vornherein jeden Zweifel ausschließenden Weise erkennen lässt, dass es sich weder um ein rechtliches Müssen noch um ein geschäftliches Sollen, sondern nur um ein freiwilliges Dürfen handelt, welches die Entscheidungsfreiheit des Empfängers in keiner Weise beschränkt. Laut höchstgerichtlicher Rspr erfüllt bspw die Empfehlung, Preise „möglichst“ einzuhalten, nicht das Kriterium der Unverbindlichkeit.¹⁷

Das deutsche Bundeskartellamt hat in diesem Zusammenhang richtigerweise angeführt, dass „*das bloße Überreichen einer Liste von Wiederverkaufspreisen durch einen Lieferanten an ein Handelsunternehmen*“ an sich noch keine kartellrechtswidrige Preisbindung darstellt.¹⁸ Lieferanten dürfen in diesem Zusammenhang auch ihre Marketingstrategie und die Gründe für die Preisempfehlungen erläutern.¹⁹

Zwar ist die einseitige Vorgabe von unverbindlichen Preisempfehlungen grundsätzlich zulässig; wird diese jedoch nicht nur an die Abnehmer übermittelt, sondern deren Einhaltung auch überwacht und durch gezielte Kontaktaufnahme forciert, so ist die „Unverbindlichkeit“ einer unverbindlichen Preisempfehlung in Frage gestellt.

Die gezielte und **wiederholte "Bearbeitung"** von Händlern mit dem Ziel einer möglichst einheitlichen Einhaltung einer Preisempfehlung verlässt deshalb den Rahmen der Unverbindlichkeit.

➤ **Auch einseitige Maßnahmen können kartellrechtswidrig sein**

Sofern mangels Vereinbarung bzw abgestimmten Verhaltens (siehe dazu oben) keine kartellrechtswidrige Verhaltensweise nach Art 101 Abs 1 AEUV bzw § 1 Abs 1 KartG vorliegt, und keine zwischenstaatlichen Auswirkungen für die Anwendbarkeit des Art. 101 AEUV

¹⁷ Vgl. OGH vom 20.2.1963, 12 Os 320/62.

¹⁸ Vgl. so genannte „Handreichung“ des deutschen Bundeskartellamtes vom 13. April 2010, B 11-13, 16 und 19/09, 12/10.

¹⁹ Vgl. Verhaltenskatalog untenstehend Punkt 17.

gegeben sind, muss geprüft werden, ob einseitiges kartellrechtswidriges Verhalten nach § 1 Abs 4 KartG vorliegt. Gem § 1 Abs 4 KartG stehen einem Kartell Empfehlungen zur Einhaltung bestimmter Preise, Preisgrenzen, Kalkulationsrichtlinien, Handelsspannen oder Rabatte gleich, durch die eine Beschränkung des Wettbewerbs bezweckt oder bewirkt wird (**Empfehlungskartelle**). Davon sind gem § 1 Abs 4 KartG nur jene Empfehlungen ausgenommen, in denen ausdrücklich auf ihre Unverbindlichkeit hingewiesen und zu deren Durchsetzung weder wirtschaftlicher noch gesellschaftlicher Druck ausgeübt wird oder ausgeübt werden soll.

IV. Verhaltenskatalog

Im Folgenden stellt die BWB einen Verhaltenskatalog für Lieferanten und den Handel (wobei hierunter im Folgenden grundsätzlich alle Handelsstufen, dh. etwa auch der Groß- oder Zwischenhandel zu verstehen ist) zur Verfügung, welcher insb für KMUs eine Orientierungshilfe darstellen soll. Es handelt sich hierbei nicht um einen abschließenden Verhaltenskatalog, sondern um eine exemplarische Liste der in der bisherigen Praxis festgestellten Verhaltensweisen, welche die Behörde im Regelfall als kartellrechtlich bedenklich ansieht und bei Kenntnis verfolgen wird:

➤ Im Regelfall unzulässige Verhaltensweisen

1. Die schriftliche oder mündliche Abstimmung bzw Festsetzung (zB in Jahresvereinbarungen) von Verkaufspreisen (VKP). Dies kann durch Fixpreise oder Mindestpreise erfolgen. Das Verbot gilt für Kurantpreise ebenso wie für Aktionspreise.
2. Die Vereinbarung von Boni, Rabatten oder sonstigen Vorteilen oder Anreizen für die Einhaltung bestimmter VKP oder Verkaufspreisempfehlungen.
3. Die Vereinbarung von Pönalen oder anderen Nachteilen bei Nichteinhaltung bestimmter VKP oder Verkaufspreisempfehlungen. Einseitige Maßnahmen wie etwa ein Lieferstopp für die Nichteinhaltung eines bestimmten VKP oder einer Verkaufspreisempfehlung können ein Indiz dafür sein, dass ein Fixpreise vereinbart war.
4. Eine vertikale Preisbindung kann auch auf indirektem Wege vereinbart werden. Beispiele hierfür sind Abmachungen zwischen Lieferant und Händler über Absatzspannen oder solche, wonach nur bestimmte Preisnachlässe auf ein vorgegebenes Preisniveau gewährt werden dürfen.

5. Wird im Zusammenhang mit Preisbindungsmaßnahmen vereinbart, dass ein Absatzkanal (zB Vertrieb über das Internet) nicht verwendet werden darf, so stellt dies einen schweren Verstoß gegen das Kartellrecht dar. Ist nämlich der Preiswettbewerb auf Handelsebene ohnehin eingeschränkt, so wiegt jede weitere Verhinderung von preisaktivem Wettbewerb umso schwerer.
6. Die Vereinbarung von Spannenneutralität zwischen Händlern und Lieferanten: Darunter ist hier die Bedingung zu verstehen, dass bei einer Änderung des Einkaufspreises zwischen Lieferant und Händler eine dementsprechende Änderung des VKP am Markt umgesetzt werden muss, wodurch zumindest die vom Händler bisher erzielte Spanne erhalten bleibt. Die Handelsunternehmen haben ihre Margenberechnungen selbständig durchzuführen und das wirtschaftliche Risiko ihrer Preispolitik selbst zu tragen.

In den folgenden Absätzen werden Verhaltensweisen beschrieben, die typischerweise in Zusammenhang mit vertikalen Preisbindungen auftreten bzw als starke Indizien für das Vorliegen von Preisbindungen (oder gar horizontalen Abstimmungen) gelten. Jedenfalls zu unterlassen sind sie, wenn sie verbotene Maßnahmen verstärken und unterstützen oder deren Durchsetzung dienen. Gleiches gilt, wenn sie in einer Bündelung auftreten, die in der Gesamtschau eine Vereinbarung oder ein abgestimmtes Verhalten iSd Art 101 Abs 1 AEUV bzw § 1 Abs 1 KartG oder eine unzulässige Druckausübung oder Vorteilsgewährung iSd § 1 Abs 4 KartG darstellen.

7. Die Beteiligung von Handelsunternehmen an der Überwachung der Wiederverkaufspreise durch Lieferanten sowie umgekehrt die Beteiligung von Lieferanten an Maßnahmen der Überwachung der VKP durch Handelsunternehmen. Hierunter fallen zum einen Maßnahmen, mit denen Handelsunternehmen verpflichtet (oder ermuntert) werden sollen, dem Lieferanten solche Handelsunternehmen zu melden, die vom empfohlenen VKP oder von Mindest-VKP des Lieferanten abweichen, oder die Gewährung von Anreizen, wie z.B. Ausgleichszahlungen, dafür.
8. Die Vereinbarung, dass der VKP eines Mitbewerbers innerhalb einer bestimmten Bandbreite bleiben muss.
9. Die Weitergabe von preisbezogenen Informationen, die der Lieferant aus seinem Vertragsverhältnis mit einem Händler gewonnen hat, durch den Lieferanten an andere Händler. Hierunter kann z.B. die Vorabinformation über den Zeitpunkt und die

Höhe der VKP-Änderung eines Händlers durch den Lieferanten an andere Händler fallen.

10. Die Auferlegung von Pönalen von Seiten des Händlers gegenüber dem Lieferanten für die Nichtdurchsetzung identer bzw vergleichbarer Preise bei seinen Mitbewerbern. Gleiches kann für die Androhung von Kürzungen der Einkaufspreise für die Nichtdurchsetzung identer bzw vergleichbarer VKP bei den Mitbewerbern gelten; besonders bedenklich in diesem Zusammenhang ist die rückwirkende Reduktion des Einkaufspreises.
11. Die Erhöhung des Einkaufspreises davon abhängig zu machen, dass der Mitbewerb bei diesem Artikel ein bestimmtes VKP-Niveau einhält. Das schließt es aus, dass der Handel eine EKP-Erhöhung erst ab dem Zeitpunkt akzeptiert, ab dem der Lieferant eine VKP-Erhöhung beim Mitbewerb durchgesetzt hat.

➤ **Im Regelfall zulässige Verhaltensweisen:**

12. **Unverbindliche Preisempfehlungen:** Preisempfehlungen der Lieferanten an den Handel müssen rechtlich und tatsächlich unverbindlich sein. Im Einzelfall ist zu prüfen, ob es sich tatsächlich um eine unverbindliche Empfehlung handelt. Verwendet der Lieferant zwar die Bezeichnung "UVP" bzw bezeichnet einen Preis als "unverbindlich empfohlen", gibt es aber weitere Faktoren, die belegen, dass keine Unverbindlichkeit vorliegt (Anreize, Sanktionen, nachdrückliches Insistieren), so ist die Unverbindlichkeit nicht gewährleistet. Das bloße Überreichen einer Liste mit Empfehlungen von einem Lieferanten an einen Händler stellt noch kein kartellrechtswidriges Handeln dar.
13. **Erläuterung der Marketingstrategie (insb im Hinblick auf Preisstellung):** Der Lieferant darf Gründe für unverbindliche Preisempfehlungen erläutern und grundsätzlich erklären, welche Strategie er im Hinblick auf die Positionierung und Vermarktung seiner Produkte verfolgt. Es kann auch eine gemeinsame Marketingstrategie entwickelt werden, sofern diese keine Vereinbarung bzw. Abstimmung betreffend die VKP beinhaltet. Lieferanten dürfen ihre Marketingstrategie erläutern, allerdings darf die Erläuterung der Marketingstrategie nicht als „Mittel“ der Abstimmung des Handels dienen, beispielsweise indem im Rahmen der Erläuterung der Marketingstrategie den Handelsunternehmen gegenüber offengelegt wird, wann welche Aktionen wo und mit welchen VKP geplant sind.
14. **Aktionspreise:** Es ist kartellrechtlich zulässig, dass der Händler dem Lieferanten die geplanten Verkaufspreise mitteilt, etwa weil dies für die Mengenplanung (erfolgt in

manchen Branchen üblicherweise durch den Produzenten) erforderlich ist. Auch die Initiative für eine Aktion kann von einem Lieferanten ausgehen, der beispielsweise als Marketingstrategie dem Handel eine Aktion vorschlägt. Der Aktionsverkaufspreis muss aber vom Handel festgelegt werden und darf nicht abgestimmt oder vereinbart werden.

15. **Eigenständiges Preismonitoring:** Eine genaue Beobachtung des Preisverhaltens der Konkurrenz durch den Handel ist kartellrechtlich zulässig. Spiegelbildlich kann auch der Lieferant erheben, wie sich die Preise im Handel entwickeln. Wenn ein Lieferant das Preismonitoring des Handels aber regelmäßig unterstützt (zB Übermittlung von Kassensbons des Mitbewerbs), kann das ein Indiz dafür sein, dass Händler und Lieferanten ein Sternkartell umgesetzt haben.
16. **Höchst VKP:** Es liegt in aller Regel kein Verstoß gegen das Kartellverbot vor, wenn ein Lieferant den Händler verpflichtet, beim VKP einer Ware einen bestimmten Höchstpreis nicht zu überschreiten, sofern sich dieser nicht zB in Folge der Gewährung von Anreizen oder Druckausübung de facto als Fest- oder Mindestverkaufspreis auswirkt. Ein Lieferant hat das Recht, allfällige finanzielle Aktionsunterstützungen davon abhängig zu machen, dass ein bestimmter Höchstpreis während des vom Handel festgelegten Aktionszeitraumes nicht überschritten wird. In diesem Zusammenhang ist jedoch darauf zu achten, dass die Höchstgrenze nicht so niedrig angesetzt wird, dass sie unter wirtschaftlichen Gesichtspunkten zur Mindestgrenze bzw. festen Preisvorgabe wird.
17. **Preisauszeichnung durch den Hersteller:** In manchen Situationen beauftragt ein Händler den Lieferanten, Ware vorab mit Preisen auszuzeichnen. Das betrifft insbesondere nicht egalisierte Artikel (zB Käse mit einem Kilopreis) oder saisonale Produkte. Bei vorab ausgezeichneten Waren ist zu beachten, dass der abgedruckte VKP vom Handelsunternehmen eigenständig kalkuliert wird und dem Lieferanten nur zur Auszeichnung mitgeteilt wird.

V. Sonderthemen

➤ Handelsvertreterverhältnis

Im Rahmen eines echten Handelsvertreterverhältnisses verkauft ein Handelsunternehmen die Handelsware ohne eigenes kommerzielles Risiko auf Rechnung des Lieferanten. In diesem Fall ist der Hersteller berechtigt, den VKP zur Gänze nach seinen Vorstellungen zu gestalten. Ein nur auf dem Papier begründetes Handelsvertreterverhältnis, das der

Umgehung kartellrechtlicher Verbote dienen soll, bei dem aber tatsächlich eine Lieferanten-Händler-Beziehung besteht, in der die typischen Vertragshändlerrisiken von dem „Handelsvertreter“ übernommen werden (zB Übernahme von Beförderungskosten, des Absatzrisikos, der Produkthaftung, Beteiligung an Marketingkosten, Gewährleistungspflichten, etc), wird als ein sog „unechtes“ Handelsvertreterverhältnis bezeichnet. In diesem Fall ist die Abstimmung von Preisen zwischen dem Lieferanten und dem Händler unzulässig.²⁰

➤ **Franchising**

Auch im Verhältnis der Franchise-Partner ist die Vereinbarung oder Abstimmung von Verkaufspreisen unzulässig. Betreffend Franchising und die grundsätzliche Vereinbarkeit mit dem Kartellrecht wird auf die Mitteilung der Kommission zu den Leitlinien für vertikale Beschränkungen (2010/C 130/01), Rn 189 ff verwiesen.

➤ **Unfair Trading Practices**

In einer Reihe von Stellungnahmen wurde die BWB darauf hingewiesen, dass im Verhältnis zwischen Handel und Lieferanten aus Sicht der Lieferanten zum Teil unfaire Handelsbedingungen herrschen. Der vorliegende Standpunkt behandelt nicht die Thematik der unfairen Geschäftsbedingungen im Verhältnis zwischen Lieferanten und dem Handel. In diesem Zusammenhang weist die BWB jedoch auf die Möglichkeit hin eine Beschwerde einzureichen (auch in anonymer Form): wettbewerb@bwb.gv.at.

Die vorliegende Liste zulässiger und unzulässiger Maßnahmen ist **nicht vollständig**; eine Ergänzung bleibt vorbehalten, sofern sich ein Bedarf ergibt. Die Liste lässt somit auch nicht den Schluss zu, dass alle nicht erwähnten Verhaltensweisen unproblematisch sind. Die Bewertung hängt insb auch nicht von der Bezeichnung ab (es gilt im Kartellrecht eine wirtschaftliche Betrachtungsweise). Maßgeblich sind vielmehr der Zweck oder die Wirkung der gesetzten (bzw zu setzenden) Maßnahme.

²⁰ Leitlinien der Europäischen Kommission für vertikale Beschränkungen, ABI 2010 C 130/01, Rn 12-21.

VI. Beispiele

Beispiel 1: Vertikale Preisbindung

Der Lieferant X vereinbart mit dem Händler A, dass A die gelieferten Produkte nicht unter einem bestimmten Endverkaufspreis verkaufen wird (wie zB "A wird einen Endverkaufspreis von EUR 1,99 je Einheit nicht unterschreiten", aber zB auch "A wird das gelieferte Produkt um EUR 1,99 je Einheit verkaufen"). X droht mit einem Lieferstopp, falls diese Endverkaufspreise durch den Händler A unterschritten werden.

Die Vereinbarung eines nicht zu unterschreitenden Endverkaufspreises stellt eine **kartellrechtswidrige Vereinbarung** dar. Die Druckausübung des Lieferanten X ist für diese rechtliche Einordnung keine Voraussetzung und kein Rechtfertigungsgrund, sondern kann dem X mit Blick etwa auf den Verschuldensgrad erschwerend angelastet werden.

Hinweis: Wäre eine Vereinbarung oder abgestimmte Verhaltensweise zwischen A und X nicht feststell- oder nachweisbar, so kann die Druckausübung des Lieferanten X auf A, Endverkaufspreise vertikal abzustimmen, als kartellrechtswidrige, einseitige Maßnahme des X gemäß § 1 Abs 4 KartG qualifiziert werden.

Beispiel 2: "Spannenneutrale" Einkaufspreisenerhöhung

Der Lieferant X informiert den Einzelhändler A über erheblich gestiegene Rohstoffpreise, die eine Erhöhung der Einkaufspreise von A notwendig machen. Der Händler A und der Lieferant X kommen überein, dass der Einkaufspreis "spannenneutral" angehoben wird.

Die Vereinbarung der "**Spannenneutralität**" bedeutet idZ, dass mit der Erhöhung des Einkaufspreises eine Erhöhung des Endverkaufspreises um einen bestimmten Betrag einhergeht, mit der dem Händler die bisher erzielte, Spanne erhalten bleibt. Hieraus ergibt sich eine **kartellrechtswidrige, vertikale Vereinbarung** eines bestimmten Endverkaufspreises.

Beispiel 3: Abstimmung im Dreieck

Der Lieferant X vereinbart mit dem Händler A, dass die gelieferten Produkte nicht unter einem bestimmten Endverkaufspreis verkauft werden. A trägt zudem den Wunsch an X heran, dass auch die Händler B und C die Produkte nicht unter dem zwischen A und X

vereinbarten Endverkaufspreis verkaufen sollten. Der Lieferant X vereinbart Endverkaufspreise auch mit B und C.

Der Händler A hat wie in Beispiel 1 seine Preise eigenständig festzusetzen; dies gilt auch für die Händler B und C. Daher liegt in den Fällen der vertikalen Preisabstimmung zwischen X und B bzw C eine **Zu widerhandlung gegen das Kartellrecht** in Form einer vertikalen Preisbindung vor. Auch eine allfällige, dahingehende Druckausübung des Händlers A, wie bspw. die Forderung, dass Einkaufspreise rückwirkend gesenkt werden, wenn der Lieferant die Verkaufspreiserhöhung der anderen Händler nicht nachweist, zB über Kassenbons, Rechnungen oder andere Preisnachweise, (idZ auch: sog. "bedingte Einkaufspreiserhöhung") vermag diese Beurteilung nicht zu ändern. Das Ziel des A, vertikale Preisvereinbarungen auch mit Hinblick auf das Horizontalverhältnis zwischen verschiedenen Händlern durch parallele vertikale Vereinbarungen des X mit B und C "abzusichern", kann einen im Rahmen der Bußgeldbemessung zu berücksichtigenden **Erschwerungsgrund** darstellen.

Hinweis: ist eine Vereinbarung oder abgestimmte Verhaltensweise der erwähnten Händler dahingehend, parallele vertikale Vereinbarungen mit dem Lieferanten X abzuschließen, nachweisbar, so kann dies als sog. "Sternkartell", "trilateral price-fixing" oder "Hub & Spoke"-Kartell, mithin als horizontaler Verstoß und damit **schwerer Kartellrechtsverstoß**, der regelmäßig mit hohen Geldbußen geahndet wird, gewertet werden.

Beispiel 4: Aktionspreisvereinbarung (hier: mit "horizontalem Element")

Der Händler A teilt dem Lieferanten X mit, dass sein Konkurrent, der Händler B, mit einer Aktion die zwischen A und X vereinbarten Verkaufspreise unterbiete, dass sich A stets an die Aktionsverkaufspreise gehalten habe und solche Preise dem Image des Produkts und dem Absatzvolumen des A schaden würden. Der Lieferant X antwortet dem A, dass diese Aktion so nicht erwünscht sei und fordert den Händler B sodann auf, einen bestimmten Aktionsverkaufspreis nicht zu unterschreiten, andernfalls es für ein Halbjahr keine Aktionen mehr mit B geben könne. B verspricht, künftig bei Aktionen mit diesem Produkt einen bestimmten Aktionsverkaufspreis einzuhalten. Der Lieferant X teilt diese Zusage des B dem A mit.

Die Mitteilung des Händlers A belegt, dass **kartellrechtswidrige Preisbindungen** mit ihrem Lieferanten vorgenommen, und diese auch umgesetzt wurden ("A habe sich stets an die Aktionsverkaufspreise gehalten").

Die Aufforderung des Lieferanten X an den Händler B, Aktionsverkaufspreise einzuhalten, dient der "horizontalen Absicherung" der Preisbindung mit dem Händler A (die Androhung, keine Aktionen mehr mit B durchzuführen, kann erschwerend gewertet werden).

Durch die Zusage des Händlers B, künftig einen bestimmten Aktionsverkaufspreis einzuhalten, kommt es zu einer kartellrechtswidrigen Preisbindung zwischen X und B.

Hinweis: Bereits die abschließende Mitteilung des Lieferanten X an den Händler A, wonach B bestimmte Aktionspreise nicht mehr machen werde, legt unabhängig von den übrigen Mitteilungen nahe, dass es zwischen X und A zu **(horizontal abgesicherten), vertikalen (Aktionsverkaufs-)Preisbindungen** gekommen ist.

Stand: Juli 2014