

Dr. Georg Huber, LL.M. / MMag. Barbara Rainer*

Vertikale Preisbindungen in Österreich

Unter besonderer Berücksichtigung des Standpunktes der Bundeswettbewerbsbehörde
zu vertikalen Preisbindungen

Seit einigen Jahren liegt der Ermittlungsschwerpunkt der österreichischen Bundeswettbewerbsbehörde (BWB) im Bereich der vertikalen Preisabsprachen. Die BWB führte in diesem Zusammenhang zahlreiche Hausdurchsuchungen durch und das Kartellgericht verhängte über etliche Unternehmen, und zwar sowohl Lieferanten als auch Händler, Geldbußen. Es hat sich gezeigt, dass branchenübergreifend vertikale Preisabsprachen existieren. Der folgende Beitrag soll einen Überblick über den Stand der österreichischen Judikatur und die Rechtsansicht der BWB zu vertikalen Preisbindungen geben.

I. Einleitung

Seit dem Jahr 2011 ermittelt die Bundeswettbewerbsbehörde (BWB) schwerpunktmäßig im Bereich der vertikalen Preisabsprachen.¹ Im selben Jahr wurden aufgrund der Initiative der BWB einige *ex-officio* Ermittlungen durchgeführt, wobei erstmalig Mitte 2011 Hausdurchsuchungen als wesentliches Ermittlungsinstrument verwendet wurden.² Im Rahmen dieser Ermittlungen stieß die BWB im Einzelhandel auf vertikale Preisbindungen, die teilweise gesamte Branchen betrafen. Konkret lagen Vereinbarungen über Endkundenpreise zwischen Produzenten und dem Einzelhandel vor.³ Einer der Ermittlungsschwerpunkte der BWB liegt seither bei vertikalen Preisbindungen,⁴ weshalb es in letzter Zeit vermehrt zur Verhängung von Geldbußen durch das Kartellgericht in verschiedensten Branchen wie dem Lebensmitteleinzelhandel (LEH), dem Elektronikhandel und der Dämmstoffbranche kam.⁵

II. Vertikale Preisbindungen im Allgemeinen

1. Neben wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarungen zwischen Unternehmen gleicher Stufe (horizontale Ebene) scheinen zahlreiche wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen zwischen Unternehmen verschiedener Wirtschaftsstufen (vertikale Ebene) zu existieren. Diese vertikalen Wettbewerbsbeschränkungen kommen in den verschiedensten Varianten und Ausprägungen vor. Manche von ihnen gefährden den Wettbewerb zwischen Produkten verschiedener Hersteller (*interbrand* Wettbewerb), manche zwischen den Produkten desselben Herstellers (*intra*brand Wettbewerb). Es kommt auch zu wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarungen, die sowohl den *interbrand* als auch den *intra*brand Wettbewerb beeinträchtigen, zB bei Alleinbezugsverpflichtungen, die mit einem Exklusivgebiet gekoppelt sind. Die (reine) Beschränkung des *intra*brand

Wettbewerbs wird in der Regel als weniger schwerwiegend angesehen.⁶

2. Im Bereich der vertikalen Vertriebsbindungen zählen die vertikalen Preisbindungen zu den verpönten Wettbewerbsbeschränkungen. Sie stellen „Kernbeschränkungen“ iSd Art 4 Vertikal-GVO⁷ dar und sind nach Art 101 Abs 1 AEUV und § 1 Abs 2 Z 1 österreichisches Kartellgesetz („öKartG“)⁸ verboten.⁹ Preisbindungen bezwecken regelmäßig eine Wettbewerbsbeschränkung, weshalb ihre schädliche Wirkung nicht nachgewiesen werden muss.¹⁰ Für sie gibt es auch überwiegend keine Rechtfertigung nach Art 101 Abs 3 AEUV oder nach § 2 Abs 1 öKartG.¹¹

3. Eines der Argumente gegen (vertikale) Preisbindungen lautet, dass eine Bindung der Einzelhändlerpreise die Kartellbildung auf Herstellerebene erleichtert, da sie nicht nur eine gewisse Transparenz schafft (die Einzelhändlerpreise sind im Gegensatz zu den Herstellerpreisen bekannt), sondern auch die Kontrolle der Einhaltung wettbewerbswidriger Absprachen auf Ebene der Hersteller erleichtert. In der Praxis scheinen Kartellbildungen auf Herstellerseite aufgrund vertikaler Preisbindungen jedoch kaum vorzukommen.¹² Bedeutsamer ist der Umstand, dass vertikale Preisbindungen vielfach horizontale Auswirkungen auf Ebene der Abnehmer (Wiederverkäufer) haben.

4. Ein Beweggrund für Lieferanten, ihren Abnehmern (Wiederverkäufern) Preisvorgaben in Form von verpönten Fix- oder Mindestpreisen zu machen, liegt oft im Bestreben, ein bestimmtes Preisniveau zu halten. Man spricht von „Preisvorgaben der zweiten Hand“. In diesem Zusammenhang sind vor allem, aber nicht nur Beschränkungen des Online-Handels zu nennen, bei denen direkt oder indirekt (zB durch geringere Rabatte für den Online-Verkauf) die Wiederverkaufspreise vom Lieferanten vorgegeben werden. Das Preisniveau höherwertiger und/oder mit hohem Markenimage behafteter Produkte sollte – zumindest in bestimmten Märkten – nicht durch den oft billigeren Online-Handel untergraben werden. Solche Beschränkungen haben regelmäßig dann, wenn ein Lieferant eine Vielzahl seiner Wiederverkäufer bindet, horizontale Auswirkungen auf der Ebene der Wiederverkäufer.

5. Vertikale Preisbindungen gehen aber nicht immer nur vom Lieferanten aus. Wie zahlreiche von der BWB verfolgte Fälle zeigen, sind es vielfach marktmächtige

* Georg Huber ist Rechtsanwalt und Partner, Barbara Rainer juristische Mitarbeiterin bei Greiter Pegger Kofler & Partner Rechtsanwälte in Innsbruck (www.lawfirm.at).

1 Tresnak/Haubner, 6. Competition Talk: „Vertikale Preisabsprachen: Was ist erlaubt? Was ist verboten?“ ÖZK 2013, 218 (218).

2 Xeniadis, Untersuchung des Einzelhandels: Eine erste Bestandsaufnahme, ÖZK 2013, 97 (97).

3 Xeniadis, ÖZK 2013, 97 (98).

4 Tresnak/Haubner, ÖZK 2013, 218 (218).

5 Eine tabellarische Übersicht über österreichische Geldbußenentscheidungen seit dem Jahr 2002 findet sich unter http://www.bwb.gv.at/Documents/Geldbussen%20gesamt%20Stand_04_2015.pdf (abgefragt am 27.4.2015).

6 Gruber, Preisbindungen in vertikalen Vereinbarungen, ÖZK 2010, 221 (222).

7 Verordnung (EU) Nr. 330/2010 der Kommission vom 20. April 2010 über die Anwendung von Artikel 101 Absatz 3 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Gruppen von vertikalen Vereinbarungen und abgestimmten Verhaltensweisen.

8 BGBl I Nr. 61/2005.

9 § 1 öKartG: (1) Verboten sind alle Vereinbarungen zwischen Unternehmern, Beschlüsse von Unternehmervereinigungen und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen, die eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs bezwecken oder bewirken (Kartelle).

(2) Nach Abs. 1 sind insbesondere verboten
1. die unmittelbare oder mittelbare Festsetzung der An- oder Verkaufspreise oder sonstiger Geschäftsbedingungen; [...].

10 OGH als KOG 1.12.2009, 16 Ok 10/09 – *Pressegrosso II*.

11 Reidlinger/Hartung, Das österreichische Kartellrecht³ (2014) 74.

12 Gruber, ÖZK 2010, 221 (222, 223).

Wiederverkäufer, also Händler, die ihre Lieferanten zur Durchsetzung bestimmter Preisniveaus, sowohl bei Kurant- als auch Aktionspreisen, gegenüber den übrigen Wiederverkäufern veranlassen. Man spricht von sogenannten „Sternkartellen“ oder „hub & spoke“-Kartellen. Solche Kartelle werden von der BWB als besonders schädlich angesehen,¹³ da Wiederverkäufer ihre Lieferanten dazu „missbrauchen“, horizontale Preisabsprachen durch- und umzusetzen, ohne dass die Wiederverkäufer selbst miteinander in Verbindung treten. Der Lieferant fungiert quasi als „Informationsdrehscheibe“, die mehreren Händlern dazu dient, sich indirekt untereinander abzusprechen.¹⁴ Im Endeffekt führen solche „Dreiecksabstimmungen“, die eine mittelbare horizontale Abstimmung der Wettbewerbsparameter zwischen den Händlern bezwecken oder bewirken, zum selben Ergebnis wie direkte horizontale Preisabsprachen, folglich zur Reduktion oder Ausschaltung des Preiswettbewerbs auf Ebene der Wiederverkäufer.¹⁵

6. Die BWB nennt in ihrem Standpunkt zu vertikalen Preisbindungen folgendes Beispiel für eine Abstimmung im Dreieck: Mit dem Händler A hat der Lieferant X vereinbart, dass kein Verkauf der gelieferten Produkte unter einem bestimmten Endverkaufspreis erfolgt. Der Händler A äußert darüber hinaus den Wunsch gegenüber X, dass sich die Händler B und C ebenso an den zwischen A und X vereinbarten Endverkaufspreis halten sollten. Mit B und C vereinbart der Lieferant X ebenso Endverkaufspreise.¹⁶

In der Praxis dürfte oft nicht der Weg einer Mindest- oder Fixpreisvereinbarung zwischen Händlern und Lieferant gewählt werden, sondern – wie der aktuelle, noch nicht rechtskräftig entschiedene Fall SPAR zeigt –, die „weiche“ Variante einer Preismoderation.¹⁷ Dabei werden Lieferanten von den Händlern zur Abgabe von Verkaufsempfehlungen veranlasst, mit denen eine Beeinflussung der Endverkaufspreise bezweckt wird und diese auf dem gleichen Niveau behalten werden sollen.¹⁸

III. Verpönte Verhaltensweisen iSd öKartG

1. § 1 öKartG nennt in Anlehnung an Art 101 Abs 1 AEUV jene wettbewerbsbeschränkende Verhaltensweisen, die aus Sicht des Wettbewerbsrechtes verpönt sind. Hierzu zählen (i) Vereinbarungen zwischen Unternehmen, (ii) Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen und (iii) aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen.

2. Eine *Vereinbarung* liegt nach ständiger Rechtsprechung dann vor, wenn zwei oder mehrere Unternehmen ihren gemeinsamen Willen zum Ausdruck bringen, sich auf dem Markt in einer bestimmten Art und Weise zu verhalten, wobei es unerheblich ist, ob die Willensübereinstimmung schriftlich oder formlos, ausdrücklich oder konkludent,

freiwillig oder durch Zwang zustande gekommen ist.¹⁹ Ebenso wenig kommt es darauf an, ob die Vereinbarung auf vertikaler oder horizontaler Ebene geschlossen wurde.²⁰ Unterschiedlichste wirtschaftliche Sachverhalte, wie bspw geheime Preisabsprachen, ökonomisch durchaus sinnvolle Unternehmenskooperationen oder verschiedene vertikale Vertriebs- oder Lizenzvereinbarungen können unter den Begriff der Vereinbarung fallen.²¹

3. Darüber hinaus können im Rahmen von Treffen von Wettbewerbern bei Unternehmensvereinigungen wie Industrieverbänden, Handelskammern etc kartellwidrige Abstimmungen erfolgen.²² Als *Beschluss von Unternehmensvereinigungen* wird die satzungsgemäß erfolgte Bildung des Gesamtwillens ihrer Mitglieder verstanden.²³ Die BWB verhängte im Jahr 2012 eine Geldbuße in Höhe von € 1.100.000,- über drei Bierbrauereien, da diese im Fachverband der Brauereien den Beschluss getroffen hatten, den sogenannten Cash & Carry-Handel nicht mit Fassbier zu beliefern.²⁴

4. Eine *abgestimmte Verhaltensweise* kann bereits dann vorliegen, wenn die Koordinierung zwischen Unternehmen bewusst eine praktische Zusammenarbeit an die Stelle des mit Risiken verbundenen Wettbewerbs treten lässt.²⁵ Laut OGH wird unter Abstimmung eine „Fühlungnahme“ zwischen den Unternehmen verstanden, die geeignet und bestimmt ist, deren Wettbewerbsrisiko abzuschwächen. Eine einseitige Mitteilung oder ein Parallelverhalten, ohne dass die Unternehmen die Marktverhältnisse im Zusammenwirken beeinflussen wollen, stellt keine Abstimmung dar.²⁶ Es mangelt einer klaren Grenze zwischen dem Begriff der Vereinbarung und jenem der abgestimmten Verhaltensweise, da diese beiden Begriffe nicht fest umrissen sind und ineinander übergehen. Die Rechtsfolgen beider sind aber ohnehin ident.²⁷ Vertikale Preisbindungen können im Falle komplexerer Zuwerdhandlungen gleichermaßen eine Vereinbarung und eine abgestimmte Verhaltensweise darstellen, wenn die Zuwerdhandlung sowohl Einzelakte aufweist, die als Vereinbarung zu qualifizieren sind, als auch Einzelakte, die eine abgestimmte Verhaltensweise darstellen.²⁸

5. Liegt keine kartellrechtswidrige Verhaltensweise gemäß Art 101 Abs 1 AEUV bzw § 1 Abs 1 öKartG vor, da es an einer Vereinbarung oder abgestimmten Verhaltensweise mangelt und bestehen auch die für die Anwendbarkeit des Art 101 Abs 1 AEUV vorausgesetzten zwischenstaatlichen Auswirkungen nicht, könnte dennoch ein einseitiges kar-

13 BWB, Standpunkt zu vertikalen Preisbindungen 17 <http://www.bwb.gv.at/Documents/BWB-Leitfaden%20-%20Standpunkt%20zu%20vertikalen%20Preisbindungen.pdf> (abgefragt am 27.4.2015).

14 Die Presse, Kartellrecht: Kommt Licht in die Grauzone? http://diepresse.com/home/wirtschaft/recht/1514209/Kartellrecht_Kommt-Licht-in-die-Grauzone (abgefragt am 27.4.2015).

15 Xeniadis, ÖZK 2013, 97 (99).

16 BWB, Standpunkt 16 f.

17 Der Standard, Kartellgericht: Spar fasst drei Millionen Strafe aus <http://derstandard.at/200008637335/3-MioKartellgericht-verdonnertSpar-arzu-Strafe-wegen-Preisabsprachen> (abgefragt am 27.4.2015).

18 Format, Preisabsprachen: Spar zu drei Millionen verurteilt <http://www.format.at/wirtschaft/oesterreich/preisabsprachen-spar-millionen-euro-5224830> (abgefragt am 27.4.2015).

19 OGH als KOG 12.12.2011, 16 Ok 8/10 – *Radiusklausel IV*; OGH als KOG 25.3.2009, 16 Ok 1/09 – *Radiusklausel III*; OGH als KOG 25.3.2009, 16 Ok 14/08 – *Radiusklausel II*; Gruber, Österreichisches Kartellrecht² (2013) 76 E 97.

20 Europäische Kommission 30.10.2002, COMP/35.587 – *PO Video Games*, COMP/35.706 – *PO Nintendo Distribution* und COMP/36.321 – *Omega – Nintendo* Rz 323 ABI L 2003/255, 33.

21 Reidlinger/Hartung, Kartellrecht³ 46.

22 Reidlinger/Hartung, Kartellrecht³ 49.

23 Europäische Kommission 5.12.1984, IV/30.307, *Feuerversicherung* Rz 23 ABI L 1985/35, 20.

24 BWB, BWB/FD-212 Bierbrauer <http://www.bwb.gv.at/KartelleUndMarktmachtmissbrauch/Entscheidungen/Seiten/BWBK-212.aspx> (abgefragt am 27.4.2015).

25 EuGH 14.7.1972, 48/69, *ICI/Kommission* Rz 64 Slg 1972, 619.

26 OGH als KOG 9.10.2000, 16 Ok 7/00.

27 Erharter/Harsdorf/Xeniadis, ÖZK 2014, 204 (208).

28 EuG 20.4.1999, T-305/94 ua, *Limburgse Vinyl Maatschappij NV ua/Kommission* Rz 697.

tellrechtswidriges Verhalten gemäß § 1 Abs 4 öKartG²⁹ vorliegen, etwa in Form von einseitigen Preisempfehlungen.³⁰ Die BWB erachtet es zwar grundsätzlich als zulässig, *unverbindliche* Preisempfehlungen einseitig vorzugeben.³¹ Allerdings sollten Preisempfehlungen neben ihrer Unverbindlichkeit frei von horizontalen Abstimmungselementen sein.³² Laut OGH liegt eine in unmissverständlicher Weise auf den unverbindlichen Charakter einer Preisempfehlung hinweisende Willenserklärung nur dann vor, wenn sie sich nicht erst im Wege einer Schlussfolgerung als unverbindliche Empfehlung entpuppt. Sie muss vielmehr in einer von vornherein jeden Zweifel ausschließenden Weise erkennen lassen, dass es sich weder um ein rechtliches Müssen, noch um ein geschäftliches Sollen, sondern nur um ein freiwilliges Dürfen handelt. Die Preisempfehlung darf die Freiheit des Empfängers in keiner Weise beschränken. Bei der Beurteilung dieser Frage ist ein möglichst strenger Maßstab anzulegen.³³ Eine „Unverbindlichkeit“ liegt dann nicht mehr vor, wenn die Händler gezielt und wiederholt „bearbeitet“ werden, also eine Überwachung der Einhaltung der Preisempfehlung erfolgt und diese durch gezielte Kontaktaufnahme verstärkt wird.³⁴

IV. Österreichische Judikatur zu vertikalen Preisbindungen

1. Die BWB hat seit dem Jahr 2011 einige *ex-officio* Ermittlungen im Bereich des Einzelhandels und des Markenvertriebes durchgeführt, teils verbunden mit Hausdurchsuchungen. Im Rahmen dieser Ermittlungen konnten branchenweite vertikale Preisbindungen zwischen Produzenten und dem Einzelhandel aufgedeckt werden und es wurden zahlreiche Bußgeldentscheidungen beim Kartellgericht beantragt und von diesem auch verhängt.³⁵

Bis auf ein Verfahren wurden alle Entscheidungen des Kartellgerichts nach einem vorgegangenem Settlement zwischen den betroffenen Unternehmen und der BWB getroffen.³⁶ Einzig das in erster Instanz beendete und nunmehr vor dem OGH behängende Verfahren gegen SPAR wurde nicht im Wege eines Settlements erledigt.

Die BWB hat einen *Standpunkt zu Settlements*³⁷ veröffentlicht, der dazu dienen soll, Unternehmen, die an einem Settlement interessiert sind, zu Voraussetzungen und Ausschlussgrund, zum Procedere, zum Inhalt einer Settlement-Erklärung und zum möglichen Umfang der Abschläge von den beantragten Geldbußen, zu informieren.³⁸ Dieser für die Gerichte unverbindliche Standpunkt spiegelt die aktuelle Praxis der BWB wider.³⁹

2. Die seit dem Jahr 2011 von Bußgeldentscheidungen betroffenen Branchen waren der Lebensmitteleinzelhandel

(LEH), die Dämmstoffbranche und der Elektronikhandel.⁴⁰ Bei allen ging es um vertikale Preisbindungen, wobei in der Elektronikbranche gleichzeitig auch der Online-Handel beschränkt wurde.

Im Bereich des LEH waren sowohl Lieferanten (Produzenten) als auch Händler betroffen. Aus dem Kreis der Händler waren vor allem die beiden großen Supermarktketten REWE und SPAR involviert, aber auch kleinere Supermarktketten wurden mit Bußgeldern belegt. Letztere dürften aber eher eine untergeordnete Rolle gespielt haben und von den großen Ketten via deren Lieferanten („*hub & spoke*“) unter Druck gesetzt worden sein.

Auf Seiten der Lieferanten waren zahlreiche Brauereien⁴¹ und vor allem auch Betriebe der Molkereibranche⁴² involviert. Auch über einen Getränkehersteller⁴³ und ein Mühlenunternehmen⁴⁴ wurde ein Bußgeld verhängt. In der Regel dürften die Lieferanten von den Händlern im Wege von Sternkartellen zu Preisbindungen veranlasst worden sein, womit die Absprachen horizontale Elemente aufwiesen.

Im Großen und Ganzen ging es bei all diesen Verfahren um die Abstimmung von Kurant-, aber auch von Aktionspreisen. Teilweise wurden die Preisbindungen umgesetzt. Vereinzelt wurde auf kleinere Händler auch Druck ausgeübt, bestimmte Mindestpreise bei Aktionen nicht zu unterschreiten, dies unter Androhung und auch Umsetzung von Lieferbeschränkungen und Lieferstopps.⁴⁵

Vielfach rechtfertigten sich Unternehmen vor allem bei der Abstimmung von Aktionspreisen damit, dass dies für eine vernünftige Mengenplanung nötig sei. Diesem Argument folgten die BWB und schlussendlich auch das Kartellgericht nicht, da eine Mengenplanung keine Absprache der Endverkaufspreise bedinge.

Generell akzeptierten Händler eine Erhöhung ihrer Einkaufspreise nur dann, wenn auch andere Händler in Folge der erhöhten Einkaufspreise die Wiederverkaufspreise erhöhten. Die Informationen darüber wurden über die Lieferanten unter den Händlern kommuniziert. Es kam zur Ausübung von Druck auf Lieferanten, Verkaufspreiserhöhungen branchenweit umzusetzen.

40 Siehe dazu FN 6. Bei einigen in der Tabelle gelisteten Fällen wurde die Entscheidung des Kartellgerichtes noch nicht veröffentlicht.

41 OLG Wien als Kartellgericht 19.12.2014, 24 Kt 62/14 (€ 56.250,- gegen Jos. Baumgartner GmbH); OLG Wien als Kartellgericht 21.5.2014, 24 Kt 25/12 (€ 196.875,- gegen Stiegl); OLG Wien als Kartellgericht 19.5.2014, 27 Kt 22/14 (€ 58.500,- gegen Brauerei Hirt Gesellschaft mbH); OLG Wien als Kartellgericht 8.5.2014, 27 Kt 14/14 (€ 52.500,- gegen Braucommune in Freistadt); OLG Wien als Kartellgericht 8.5.2014, 29 Kt 27/14 (€ 225.000,- gegen AFS Franchise Systeme GmbH); OLG Wien als Kartellgericht 29.1.2014, 29 Kt 151/13 (€ 82.500,- gegen Mohrenbrauerei August Huber KG); OLG Wien als Kartellgericht 29.1.2014, 25 Kt 153/13 (€ 82.500,- gegen Privatbrauerei Zwettl Karl Schwarz Gesellschaft m.b.H.); OLG Wien als Kartellgericht 22.1.2014, 27 Kt 160/13 (€ 57.000,- gegen Brauerei Schloss Eggenberg Stöhr GmbH & Co KG); OLG Wien als Kartellgericht 13.1.2014, 24 Kt 152/13 (€ 195.000,- gegen Vereinigte Kärntner Brauereien Aktiengesellschaft); OLG Wien als Kartellgericht 15.10.2013, 25 Kt 104/13 (€ 52.500,- gegen Brauerei Ried e.Gen.).

42 OLG Wien als Kartellgericht 26.11.2014, 29 Kt 60/14 (€ 583.200,- gegen NÖM AG); OLG Wien als Kartellgericht 17.12.2013, 27 Kt 142/13 (€ 375.000,- gegen Kärntnermilch reg.Gen.m.b.H.); OLG Wien als Kartellgericht 7.10.2013, 26 Kt 105/13 (€ 210.000,- gegen Emmi Österreich GmbH); OLG Wien als Kartellgericht 23.1.2013, 29 Kt 77/12 (€ 1.125.000,- gegen Berglandmilch).

43 OLG Wien als Kartellgericht 3.3.2015, 25 Kt 76/14 (€ 653.775,- gegen Vöslauer Mineralwasser AG).

44 OLG Wien als Kartellgericht 3.9.2013, 27 Kt 80/13 (€ 58.500,- gegen Vorarlberger Mühlen- und Mischfutterwerke GmbH).

45 OLG Wien als Kartellgericht 18.12.2014, 27 Kt 63/14 (€ 225.000,- gegen MPREIS Warenvertriebs GmbH); OLG Wien als Kartellgericht 11.12.2014, 29 Kt 64/14 (€ 78.750,- gegen Sutterflüty Handels GmbH).

29 § 1 Abs 4 öKartG: Einem Kartell im Sinn des Abs. 1 stehen Empfehlungen zur Einhaltung bestimmter Preise, Preisgrenzen, Kalkulationsrichtlinien, Handelsspannen oder Rabatte gleich, durch die eine Beschränkung des Wettbewerbs bezweckt oder bewirkt wird (Empfehlungskartelle). Ausgenommen sind Empfehlungen, in denen ausdrücklich auf ihre Unverbindlichkeit hingewiesen wird und zu deren Durchsetzung wirtschaftlicher oder gesellschaftlicher Druck weder ausgeübt werden soll noch ausgeübt wird.

30 BWB, Standpunkt 10 f.

31 BWB, Standpunkt 10.

32 BWB, Standpunkt 9 f.

33 RIS-Justiz RS0063260.

34 BWB, Standpunkt 10.

35 Xeniadis, ÖZK 2013, 97 (98).

36 Erharter/Harsdorf/Xeniadis, ÖZK 2014, 204 (204).

37 BWB, Standpunkt zu Settlements <http://www.bwb.gv.at/Documents/BWB%20Standpunkt%20zu%20Settlements%20September%202014.pdf> (abgefragt am 27.4.2015).

38 BWB, Standpunkt zu Settlements 2.

39 BWB, Standpunkt zu Settlements 3.

Mit € 20.800.000,- hat das Kartellgericht über den Handelskonzern REWE am 13.5.2013 die bislang höchste Geldbuße wegen vertikaler Absprachen verhängt. REWE habe mit Lieferanten über einen Zeitraum von 5 Jahren (2007 bis 2012) Absprachen über Endverkaufspreise und andere Parameter getroffen. REWE und die BWB haben im Rahmen des Verfahrens Leitlinien ausgearbeitet, die unten dargestellt werden. Diese sollen kartellrechtswidrigen Situationen zwischen Lieferanten und Lebensmittelhändlern vorbeugen.⁴⁶

Gegen SPAR liegt bislang nur eine nicht rechtskräftige erstinstanzliche Entscheidung vor. SPAR hat – soweit man der Presse entnehmen kann – im Wege einer sogenannten „Preismoderation“ versucht, Preisabstimmungen vorzunehmen. Eine „Preismoderation“ stellt keine klassische Absprache dar, bewirkt (und bezweckt) jedoch auf subtilere Art das gleiche schädliche Ziel.⁴⁷ In erster Instanz wurde SPAR für die Preisabstimmung bei Molkereiprodukten zu einer Geldbuße in Höhe von € 3.000.000,- verurteilt. Für 16 weitere Produktgruppen ist das Verfahren in erster Instanz noch anhängig. SPAR ist der Ansicht, dass es üblich und erlaubt sei, Gespräche mit Lieferanten über Verkaufspreise zu führen. Dem hält die BWB entgegen, dass auf vertikaler Ebene nicht über (End-)Verkaufspreise, sondern nur über Einstandspreise gesprochen werden dürfe.⁴⁸

3. Im Jahr 2014 lag der Fokus der BWB neben dem Lebensmittelhandel auch im Bereich des Online-Handels der Elektronikbranche.⁴⁹ Die Ermittlungen wurden durch eine Studie zum Online-Handel der Wirtschaftsuniversität Wien Ende 2011 ausgelöst. Laut dieser Studie gaben 47,2% der befragten Online-Händler an, dass die Weiterverkaufspreise durch die Elektronikindustrie vorgegeben würden, dies gepaart mit Sanktionen bei Verstößen, zB Kündigung von Selektivverträgen, Lieferverweigerungen, usw.⁵⁰ Im Bereich des Online-Verkaufs wurden bis dato wegen vertikaler Preisabsprachen insgesamt Geldbußen in Höhe von rund € 5 Mio. verhängt.⁵¹

In der Elektronikbranche ging die Initiative vielfach nicht wie beim LEH von den Händlern, sondern von den Lieferanten aus. Bei in der Regel qualitativ hochwertigen Produkten, die selektiv vertrieben wurden (zB Receiver, Fernseher, Pool- und Teichreinigungsroboter, Küchen- und Körperpflegegeräte), sind Mindestverkaufspreise abgestimmt worden und zum Teil wurde der Vertrieb über das Internet, über Internet-Preissuchmaschinen und/oder Drittplattformen eingeschränkt oder untersagt.

Händler sind auch von den Lieferanten aufgefordert worden, besonders günstige Angebote aus dem Internet zu entfernen, um ein bestimmtes Preisniveau zu halten. Hielten sich Händler nicht daran, wurden sie sanktioniert, zB wurden sie nicht mehr oder nur mehr zu schlechteren Konditionen oder höheren Preisen beliefert.

Nach Ansicht des Kartellgerichtes bedeutete dies in der Regel einen schwerwiegenden Wettbewerbsverstoß, da mit Preisbindungsmaßnahmen das Risiko der Behinderung eines gesamten Absatzkanales (Online) geschaffen worden sei.⁵²

Von einem Händler der Elektronikbranche sei versucht worden, Einfluss auf die Wiederverkaufspreise anderer Elektronikhändler im stationären oder im Online-Handel zu nehmen, indem Mitteilungen von Herstellern über die Umsetzung der Anhebung von Wiederverkaufspreisen oder die Änderungen bestimmter Inhalte von Händler-Websites akzeptiert wurden und dementsprechend habe dieser Händler seine Wiederverkaufspreise nachfolgend angehoben.⁵³

Generell kann konstatiert werden, dass Preisbindungsmaßnahmen zusammen mit der Behinderung des Online-Verkaufs schwerwiegende Kartellrechtsverstöße darstellen. Die Ausschaltung oder Behinderung eines preisaktiven Online-Handels kann geeignet sein, die insgesamt herrschende Preisstabilität aufrechtzuerhalten oder wiederherzustellen.

4. Auch in der Dämmstoffbranche wurden aufgrund vertikaler Preisabsprachen Geldbußen⁵⁴ gegen verschiedene Unternehmen⁵⁵ verhängt. Diese Entscheidungen werden hier nicht weiter erläutert. Auch hier ging es um vertikale Preisbindungen.

V. Standpunkt der BWB zu vertikalen Preisbindungen

1. Im Juli 2014 veröffentlichte die BWB anlässlich der kartellrechtlichen Zuwiderhandlungen, die in den vorausgegangenen Jahren in verschiedensten Branchen verzeichnet wurden, einen *Standpunkt zu vertikalen Preisbindungen*.⁵⁶ Aufgrund der Tatsache, dass unterschiedlichste Branchen betroffen waren, ist der von der BWB veröffentlichte Standpunkt im Vergleich zu den Leitlinien des deutschen Bundeskartellamtes weiter gefasst.⁵⁷ Der Standpunkt der BWB verfolgt den Zweck der Information sowie Prävention und soll vorrangig das Erfassen von kartellrechtswidrigem Verhalten für kleinere und mittlere Unternehmen erleichtern.⁵⁸ Der Standpunkt der BWB ist für die Gerichte nicht bindend.

Der Standpunkt der BWB beinhaltet einen Verhaltenskatalog mit Verhaltensweisen für Lieferanten und den Handel, die typischerweise kartellrechtliche Relevanz aufweisen, wobei es sich lediglich um eine exemplarische Liste der

46 BWB, 20,8 Millionen Euro Bußgeld für REWE <http://www.bwb.gv.at/Aktuell/Archiv2013/Seiten/BWB20,8MillionenEuroBu%C3%9Fgeldf%C3%BCrREWE.aspx> (abgefragt am 27.4.2015).

47 Der Standard, Kartellgericht: Spar fasst drei Millionen Strafe aus <http://derstandard.at/200008637335/3-MioKartellgericht-verdonnert-Sparzu-Strafe-wegen-Preisabsprachen> (abgefragt am 27.4.2015).

48 Die Presse, Kartellgericht verdonnert Spar zu drei Millionen Strafe http://diepresse.com/home/wirtschaft/economist/4604770/Drei-Millionen-Strafe_Kartellgericht-verurteilt-Spar- (abgefragt am 27.4.2015).

49 BWB, BWB Bilanz für 2014 <http://www.bwb.gv.at/Aktuell/Seiten/BWB-Bilanz-für-2014.aspx> (abgefragt am 27.4.2015).

50 BWB, Geldbußenanträge gegen Elektronikindustrie und Elektronikhandel <http://www.bwb.gv.at/KartelleUndMarktmachtmissbrauch/Entscheidungen/Seiten/BWBGeldbu%C3%9Fenantr%C3%A4gegegenElektronikindustrieundElektronikhandel.aspx> (abgefragt am 27.4.2015).

51 OLG Wien als Kartellgericht 21.5.2014, 24 Kt 17/14 (€ 372.000,- gegen Grundig Intermedia GmbH); OLG Wien als Kartellgericht 8.5.2014, 25 Kt 18/14 (€ 100.000,- gegen Hans Lurf GmbH); OLG Wien als Kartellgericht 23.4.2014, 26 Kt 19/14 (€ 1.230.000,- gegen Media-Saturn BeteiligungsgmbH); OLG Wien als Kartellgericht 25.3.2014, 27 Kt 20/14 (€ 350.000,- gegen Pioneer Electronics Deutschland GmbH); OLG Wien als Kartellgericht 8.5.2014, 29 Kt 21/14 (€ 50.000,- gegen SSA Fluidra Österreich GmbH); OLG Wien als Kartellgericht 26.3.2013, 29 Kt 26/13 (€ 2.900.000,- gegen Philips Austria).

52 OLG Wien als Kartellgericht 21.5.2014, 24 Kt 17/14.

53 OLG Wien als Kartellgericht 23.4.2014, 26 Kt 19/14.

54 BWB, 1,045 Millionen € Geldbuße für Dämmstoffbranche <http://www.bwb.gv.at/Aktuell/Archiv2013/Seiten/BWB1,045MillionenEuroGeldbu%C3%9Fef%C3%BCrdieD%C3%A4mmstoffbranche.aspx> (abgefragt am 27.4.2015).

55 OLG Wien als Kartellgericht 14.1.2013, 27 Kt 75, 76, 77/12 (Steinbacher); OLG Wien als Kartellgericht 5.11.2012, 27 Kt 57/12 (Bauhaus); OLG Wien als Kartellgericht 13.7.2012, 27 Kt 49/12 (OBI); OLG Wien als Kartellgericht 22.8.2012, 27 Kt 38/12 (Hornbach); OLG Wien als Kartellgericht 13.5.2013, 27 Kt 32/13 (Baumax AG); OLG Wien als Kartellgericht 8.5.2014, 29 Kt 15/14 (Swisspor Österreich GmbH & Co KG).

56 BWB, Standpunkt 3.

57 *Tresnak/Haubner*, ÖZK 2013, 218 (219).

58 BWB, Standpunkt 3.

bislang in der Praxis vorgekommenen Verhaltensweisen und keineswegs um einen abschließenden Katalog handeln soll.⁵⁹ Im Folgenden wird der wesentliche Inhalt dieses Standpunktes dargestellt.

2. Im Regelfall sind nachfolgende Verhaltensweisen unzulässig:

- Abstimmung oder Festsetzung von Verkaufspreisen durch Fix- oder Mindestpreise (auch indirekt zB durch Vereinbarung von Absatzspannen, Gewährung nur bestimmter Preisnachlässe auf ein vorgegebenes Preisniveau).
- Vereinbarung von Boni, Rabatten oder sonstigen Vorteilen oder Anreizen, damit bestimmte Verkaufspreise oder Verkaufspreisempfehlungen eingehalten werden.
- Vereinbarung von Pönalen oder sonstigen Nachteilen bei Nichteinhaltung eines konkreten Verkaufspreises oder einer Verkaufspreisempfehlung. Ein Indiz für die Vereinbarung eines Fixpreises kann bspw ein Lieferstopp als einseitige Maßnahme für die Nichteinhaltung eines bestimmten Verkaufspreises sein.
- Verbot eines Absatzkanals im Zusammenhang mit Preisbindungsmaßnahmen (zB Internetvertrieb).
- Vereinbarung von Spannenneutralität zwischen Händlern und Lieferanten in dem Sinne, dass im Falle einer Änderung des Einkaufspreises zwischen Lieferant und Händler eine dementsprechende Änderung des Verkaufspreises am Markt erfolgen muss, sodass die vom Händler bis dato erzielte Spanne bestehen bleibt.⁶⁰

3. Folgende Verhaltensweisen stellen Indizien für das Vorliegen von Preisbindungen dar:

Diese Verhaltensweisen sind zwar für sich genommen keine verbotenen Preisabsprachen, sie treten aber typischerweise mit vertikalen Preisbindungen in Erscheinung. Somit sind sie regelmäßig ein starkes Indiz für das Vorliegen von Preisbindungen oder weisen sogar auf horizontale Abstimmungen hin. Verstärken oder unterstützen solche Verhaltensweisen verbotene Preisbindungen, sind diese zu unterlassen.⁶¹

- Beteiligung von Händlern an der Überwachung der Wiederverkaufspreise durch Lieferanten (zB Meldepflicht von Händlern betreffend andere Händler, die sich nicht an die Verkaufspreisempfehlung halten oder Gewährung von Anreizen wie zB Ausgleichszahlungen).
- Beteiligung von Lieferanten an Maßnahmen der Überwachung der Verkaufspreise durch Händler.
- Vereinbarung, dass sich der Verkaufspreis eines Mitbewerbers innerhalb einer bestimmten Bandbreite befinden muss.
- Weitergabe von Informationen betreffend der Preise eines Händlers an andere Händler durch den Lieferanten (zB Vorabinformation des Lieferanten an andere Händler über Zeitpunkt und Höhe der Änderung des Verkaufspreises eines Händlers).
- Auferlegung von Pönalen oder die Androhung von Kürzungen der Einkaufspreise durch den Händler gegenüber dem Lieferanten, für die Nichtdurchsetzung identer bzw vergleichbarer Preise bei seinen Mitbewerbern. In diesem Zusammenhang gilt die rückwirkende Reduktion des Einkaufspreises als besonders bedenklich.
- Die Erhöhung des Einkaufspreises wird von der Einhaltung eines bestimmten Verkaufspreisniveaus durch die Mitbewerber abhängig gemacht.⁶²

4. Im Regelfall sind nachfolgende Verhaltensweisen zulässig:

- Unverbindliche Preisempfehlungen (zB das bloße Überreichen einer Liste mit Empfehlungen von einem Lieferanten an einen Händler).
- Erläuterung der Marketingstrategie insbesondere hinsichtlich Preisstellung (zB Angabe der Gründe für die Preisempfehlungen, Erläuterung der Strategie hinsichtlich Positionierung und Vermarktung seiner Produkte oder Entwicklung einer gemeinsamen Marketingstrategie). Die Erläuterung der Marketingstrategie darf jedoch nicht als „Mittel“ der Abstimmung des Handels dienen. Dies könnte bspw durch Offenlegung im Rahmen der Erläuterung der Marketingstrategie gegenüber dem Handel, wann welche Aktionen wo und mit welchen Verkaufspreisen geplant sind, erfolgen.
- Mitteilung der geplanten Verkaufspreise durch den Händler an den Lieferanten, weil dies zB für die Mengenplanung erforderlich ist.
- Vorschlag des Lieferanten für Aktionen der Händler, jedoch ohne Festlegung des Aktionsverkaufspreises sowie ohne Abstimmung und Vereinbarung.
- Beobachtung des Preisverhaltens der Konkurrenz durch den Handel sowie durch den Lieferanten. Liegt hingegen eine regelmäßige Unterstützung des Preismonitorings des Handels durch den Lieferanten vor, zB in Form von Übermittlung von Kassenbons von Mitbewerbern, so kann dies ein Indiz für die Umsetzung eines Sternkartells zwischen dem Händler und dem Lieferanten sein.
- Festlegung eines Höchstverkaufspreises (nicht jedoch als de-facto Fest- oder Mindestverkaufspreis, zB durch Druck oder finanzielle Anreize), wobei die Höchstgrenze nicht so niedrig festgesetzt werden darf, dass sie unter wirtschaftlichen Gesichtspunkten eine Mindestgrenze bzw feste Preisvorgabe darstellt.
- Preisauszeichnung durch den Lieferanten (solange die Kalkulierung des Verkaufspreises durch den Händler erfolgt).⁶³

VI. Fazit

Die BWB hat aufgrund ihrer seit 2011 verstärkten Ermittlungstätigkeit im Bereich der vertikalen Preisbindungen zahlreiche Verstöße gegen das Kartellrecht in den unterschiedlichsten Branchen aufgedeckt, wobei alle Verfahren, bis auf das noch anhängige gegen SPAR, in Form von Settlements abgewickelt wurden.⁶⁴ In einigen Fällen gingen Hausdurchsuchungen voran. Die große Anzahl an vertikalen Preisbindungen, verteilt über verschiedene Branchen, spiegelt die aktuelle Bedeutung dieser Thematik in Österreich wider. Die BWB sieht in ihrem Standpunkt zu vertikalen Preisbindungen eine Reihe von bisher (gängigen) vertikalen Maßnahmen als unzulässig an. Dies spiegelt sich auch in den Entscheidungen des OLG Wien als Kartellgericht wider. Ob dies schlussendlich auch der OGH so sehen wird, bleibt insbesondere in Hinblick auf das Verfahren gegen SPAR abzuwarten. Unternehmen sind jedoch gut beraten, vertikale Preismaßnahmen und/oder Beschränkungen des Online-Handels stets genau auf ihre kartellrechtliche Relevanz zu prüfen. Nur zu leicht stehen Unternehmen mit einem Fuß in der kartellrechtlichen Falle. ■

⁶⁰ BWB, Standpunkt 11 f.

⁶¹ BWB, Standpunkt 12.

⁶² BWB, Standpunkt 12 f.

⁶³ BWB, Standpunkt 13 f.

⁶⁴ Erharter/Harsdorf/Xeniadis, ÖZK 2014, 204 (204).