

Bundeswettbewerbsbehörde
z.Hd. Herrn Mag. Georg Seper, LL.M.
Radetzkystraße 2
1030 Wien

via E-Mail: konsultation@bwb.gv.at

Abteilung für Rechtspolitik
Wiedner Hauptstraße 63 | Postfach 195
1045 Wien
T +43 (0)5 90 900-4282 | F +43 (0)5 90 900-243
E rp@wko.at
W <https://news.wko.at/rp>

Ihr Zeichen, Ihre Nachricht vom	Unser Zeichen, Sachbearbeiter	Durchwahl	Datum
16.7.2018	Rp 1272/18/TT/CG Dr Theodor Taurer	4418	5.9.2018

Stellungnahme zum Konsultationspapier „Standpunkt zu unternehmerischem Wohlverhalten (Code of Conduct)“

Sehr geehrte Damen und Herren,
sehr geehrter Herr Mag. Seper!

Die Wirtschaftskammer Österreich begrüßt den vorliegenden Entwurf. Wie in unserer ersten Stellungnahme vom 22.1.2018 festgehalten, gibt es nach wie vor keine Teilorganisation, die sich zum vorliegenden Projekt negativ ausgesprochen hätte. Da, wie die BWB richtig aufzeigt, der Gesetzgeber bereits zahlreiche Normen geschaffen hat, um die Fairness im Wettbewerbsprozess zu gewährleisten, ist der eingeschlagene Weg, die bestehenden Regulative in einem - unterhalb der Gesetzgebungsebene angesiedelten - Standpunkt der BWB zusammenzufassen, aus unserer Sicht der Richtige. Dies entspricht auch den Intentionen der Bundesregierung, wirtschaftshemmende Regulierungen zu reduzieren - hier durch eine Ermöglichung der Zusammenschau relevanter existierender Bestimmungen. Diesem Ziel entspricht die BWB im Rahmen ihrer Zuständigkeit durch die Herausgabe von Leitlinien (Standpunkten), die sowohl die betroffenen Wirtschaftskreisen (Guidance-Funktion) als auch den Gesetzgeber (Advocacy-Funktion) in deren Tätigkeit unterstützen.

Einleitend regen wir an, den Begriff „Code of Conduct“ für den künftigen Standpunkt nicht mehr unmittelbar zu verwenden, da der Standpunkt viel umfassender und weitreichender als ein „Verhaltenskodex“ ist. So beinhaltet etwa der alte „Wohlverhaltenskatalog“ der Bundeswirtschaftskammer aus 1977 ausschließlich eine Auflistung von Sachverhalten, die von den beteiligten Verkehrskreisen als dem kaufmännischen Wohlverhalten widersprechend angesehen worden sind. Konsequenterweise verwendet der Entwurf den Begriff „Code of Conduct“ auch nur ein einziges Mal (RZ 2), wobei hier - wenn überhaupt notwendig - Leitfaden besser mit dem Begriff „Guideline“ widerzugeben wäre.

Die Bundessparte Handel weist darauf hin, dass sich der Großteil der Fallbeispiele auf das Verhalten von Handelsunternehmen bezieht, kritische Verhaltensweisen auf Lieferantenseite

jedoch weniger berücksichtigt wurden. So gibt es Lieferanten, die den Händler nur dann mit marktgängigen Produkten beliefern, wenn dieser auch Produkte in sein Sortiment aufnimmt, die kaum nachgefragt werden. Je weiter die Produktkategorie der gebündelten Produkte auseinanderliegt, desto stärker wird wohl der Grad der Unlauterkeit sein. So ist die Bündelung der Belieferung einer Biersorte mit der Listung einer anderen Biersorte wahrscheinlich weniger problematisch als die Bündelung einer Biersorte mit der Listung eines bestimmten Waschmittels oder eines nichtgängigen Tiefkühl-Kuchens. Eine Variation dieser unlauteren Geschäftspraktik besteht darin, dass der Lieferant ein marktgängiges Produkt nur zu einem höheren Preis anbietet, wenn der Händler die Listung anderer Produkte ablehnt, die kaum nachgefragt werden.

In weiterer Folge nehmen wir zu einzeln Randzahlen Stellung:

RZ 3: Die Wortfolge „unabhängig von ihrer rechtlichen Beurteilung“ sollte gestrichen werden. Die in dieser „schwarzen Liste“ angeführten Geschäftspraktiken sollen offensichtlich jedenfalls rechtlich verboten sein - allerdings ohne rechtliche Zuordnung.

Interessenvertretungen haben im Rahmen ihrer rechtlichen Ermächtigungen unterschiedliche Möglichkeiten, mit allfälligen Beschwerden umzugehen. Es sei hier nur der Vollständigkeit halber festgehalten, dass widerstreitende Standpunkte rechtlicher oder faktischer Natur in konkreten Einzelfällen keine Anwendungsfälle für einen Interessenausgleich im Sinne des § 59 WKG sind.

RZ 5: Um die Anwendung auf alle Wirtschaftszweige besser zum Ausdruck zu bringen, wäre es sinnvoll, ausdrücklich darauf hinzuweisen, dass sich der Standpunkt auch auf Dienstleistungen erstreckt.

Zum Informationskasten zwischen **RZ 6 und 7:** Der letzte Satz in diesem Absatz ist etwas missverständlich. Der Begriff „unternehmerisches Wohlverhalten“ ist kein Rechtsbegriff, er wird in keinem Gesetz erwähnt und aus guten Gründen von der BWB nicht näher definiert. Er umfasst alle leistungswettbewerbskonformen und wettbewerbsökonomisch positiven Verhaltensweisen der Unternehmen und ist als solcher offen zu sehen. Er umfasst jedenfalls auch das kaufmännische Wohlverhalten, welches als unbestimmter Gesetzesbegriff in § 1 Nahversorgungsgesetz (NVG) programmatisch geregelt ist. Darüber hinaus setzt der Begriff des „kaufmännischen Wohlverhaltens“ am überkommenen Kaufmannsbegriff des alten Handelsgesetzbuches an; im Sinne der heute geltenden Rechtslage ist daher auch besser von „unternehmerischen Wohlverhalten“ zu sprechen.

Wir schlagen vor, den letzten Satz wie folgt zu formulieren:

„Der hier verwendete Begriff des „unternehmerischen Wohlverhaltens“ ist nicht deckungsgleich mit jenem des „kaufmännischen Wohlverhaltens“ gemäß § 1 Nahversorgungsgesetz, sondern geht über dessen Anwendungsbereich hinaus.“

RZ 7: In Hinblick auf die eben gemachten Ausführungen schlagen wir auch eine Umformulierung des ersten Satzes vor:

„Unter V. werden ausgewählte, wichtige gesetzliche Regelungen dargestellt, welche die Grundlage dafür bilden, wohlverhaltenswidrige Geschäftspraktiken im Einzelfall rechtlich zu sanktionieren.“

Ohne die angeregten Änderungen hängt der Zusammenhang zwischen den wohlverhaltenswidrigen Geschäftspraktiken und den auf solche Sachverhalte anwendbaren rechtsfolgenbewehrten Normen in der Luft.

RZ 18: Es sollte klargestellt werden, dass unter „Fordern unangemessen niedriger Einkaufspreise“ nicht Situationen wie etwa am Beginn von Preisverhandlungen verstanden werden, bei der die Einkaufsseite mit einem aus Sicht der Verkaufsseite niedrigen Preisanbot die Preisverhandlungen eröffnet, man sich im Lauf der Verhandlungen aber auf einen marktkonformen Preis einigt. In wettbewerbskonforme und marktübliche Preisverhandlungen wird durch die Bestimmungen über unlautere Geschäftspraktiken generell nicht eingegriffen.

Ebenso problematisch wie das Fordern unangemessen niedriger Einkaufspreise durch marktstarke Unternehmen auf Abnehmerseite ist das Fordern von unangemessen hohen Einkaufspreisen auf Verkäuferseite durch marktstarke Unternehmen.

RZ 21: Zur sprachlichen Klarstellung ist im Klammerausdruck das „und“ durch ein „oder“ zu ersetzen, da sowohl übermäßige als auch unvorhersehbare Risikoüberwälzungen problematisch sind.

RZ 22: In der Wendung „auch wenn diese vom Händler vorgegeben wird“ ist das „auch“ zu streichen.

RZ 25: Dieser Punkt sollte ersatzlos gestrichen werden. Demgegenüber regen wird an, als zusätzlichen Punkt das Binden von Jahres- bzw. sonstigen Bonifikationen an die Offenlegung oder Übermittlung von Kundendaten bzw. Absatzzahlen oder das Fordern dieser Informationen ohne sachliche Rechtfertigung in die Aufzählung aufzunehmen.

Nach der EuGH Entscheidung Weber/Putz (Urteil vom 16.06.2011, Rs. C-65/09, C-87/09) wird der Händler gewährleistungsrechtlich verschuldensunabhängig zur Kasse gebeten. Da die Grenzen zwischen Gewährleistungs- und Schadenersatzrecht in Folge des EU-Rechts immer mehr verschwimmen, sollte die Frage, ob die Pflicht zu einem verschuldensunabhängigen Ersatz von Schäden innerhalb der Unternehmernetz tatsächlich dem unternehmerischen Wohlverhalten widerspricht, sehr genau geprüft werden.

RZ 35: Es versteht sich von selber, dass eine zwar lange geübte aber rechtswidrige Praktik auch durch die Dauer alleine nicht gerechtfertigt werden kann. Jedenfalls ist auch die Akzeptanz einer Praktik von beiden Interessenseiten durchaus wesentlich für den Rechtsfrieden in einer Geschäftsbeziehung. Wir schlagen daher folgende kleine Ergänzung vor:

„Lang geübte und akzeptierte Praktiken zwischen Unternehmen...“

RZ 36: Der Klammerausdruck „grob“ sollte entfallen. Generell sollte ein überlegenes Unternehmen dem schwächeren keine unsachlichen Bedingungen auferlegen.

RZ 37: Der Gedanke der Selbstverantwortung für selbstverschuldete betriebswirtschaftliche Probleme sollte durch folgende Ergänzung im zweiten Satz verdeutlicht werden:

„Selbstverursachte Unzulänglichkeiten der eigenen Betriebsführung können niemandem...“

RZ 39: Zur besseren Verständlichkeit des zweiten Satzes ist folgende Wendung einzufügen:

„Dabei ist unter anderem zu prüfen, ...“

Um nicht nur ein mögliches Kriterium für die Interessenabwägung anzuführen und den Schutzaspekt für das schwächere Unternehmen zu betonen, regen wir folgende Ergänzung an:

„... zu prüfen, das Ausmaß des drohenden oder eingetretenen Schadens des schwächeren Unternehmens oder ob die Verhaltensweise...“

RZ 40 Zif. 1: Es wird angeregt, anstelle des Begriffes „in Schriftform“ das Wort „schriftlich“ zu verwenden. Wenn es um die Frage der Beweisbarkeit einer Vereinbarung geht, können auch elektronische Übereinkünfte (e-mail) ausreichen.

RZ 40 Zif. 5: Insoweit Änderungen betreffend wesentliche Aspekte der Lieferkette/ Produktspezifikationen aus höheren oder extern induzierten Gründen unabdingbar erforderlich werden, muß eine unvollständige Kostenkompensation nicht automatisch auf eine unlautere Geschäftspraktik hinweisen. Die Verteilung entstandener Kosten ist dann im Einzelfall zu beurteilen. Wir regen daher folgende Umformulierung an:

„... während eines aufrechten Vertragsverhältnisses aus Gründen, die durch den Fordernden selber zu vertreten sind, zu ändern, ...“

RZ 40 Zif. 6: Die gewählten Formulierungen sind einerseits lebensmittellastig, andererseits mag es auch gute, wettbewerbsökonomisch saubere Gründe geben, nicht verkaufte Produkte an den Lieferanten zurückzuschicken. Daher regen wir folgende Textierung dieser Ziffer an:

„das Zurückschicken nicht verkaufter Produkte an den Lieferanten auf dessen Kosten, sofern dies weder sachlich gerechtfertigt ist, noch vertraglich festgelegt wurde;“

RZ 41: Die Listungsgebühren sind ein kontroversielles Thema zwischen Handel und produzierender Wirtschaft. Während die Sparten Industrie und Gewerbe den Ausführungen der BWB zustimmen, äußert sich die Sparte Handel dazu wie folgt:

Listungsgebühren werden nicht nur aufgrund des manuellen Aufwands des Einschlichtens in das Regal erhoben. Sie sind auch durch Tätigkeiten gerechtfertigt, die für außenstehende Beobachter nicht sichtbar sind. Beispiele dafür sind etwa die Erfassung des Produkts im internen Warenwirtschaftssystem und die Stammdatenpflege, welche für Promotionen und im Hinblick auf den zunehmenden Verkauf im Internet als rechtliche Pflichtanforderung unerlässlich sind. Die „Gegenleistung“ für die Listungsgebühr ist also nicht in erster Linie die Promotion des Produktes, sondern überhaupt das Verfügbarmachen und der Verkauf des Produktes. Wir sprechen uns daher dafür aus, den gesamten Punkt zu streichen.

RZ 48: Die Formulierung im ersten Satz könnte nahelegen, dass die Bezeichnungen „marktstark“ und „marktbeherrschend“ synonym verwendet werden. Dies sollte aber nicht der Fall sein. Daher regen wir folgende Formulierung an:

„Ein Abnehmer mit Marktanteil als Nachfrager des Produktes von über 30% verpflichtet seinen Lieferanten,...“

RZ 56: In diesem Beispiel, welches sich mit der Problematik der „Hochzeitsrabatte“ beschäftigt, wird ein konkretes Judikat des BGH zusammengefasst und versucht, die wesentlichen Entscheidungsparameter herauszuarbeiten. In diesem Themenbereich, welcher von der österreichischen Judikatur noch nicht abschließend bearbeitet worden ist, ist die gewählte Technik der Darstellung von Beispielen mit Vorsicht anzuwenden, da mehr Fragen als Antworten geliefert werden. Hier wäre ein hypothetisches Beispiel aus der Erfahrungspraxis der BWB hilfreicher.

RZ 83: Das Wistleblowing-System der BWB kann auf andere Bereiche als das Kartellrecht ausgedehnt werden, allerdings nur durch ausdrückliche gesetzliche Ermächtigung. Im Eigeninteresse der BWB - und um allfällige Nachfragen und Beschwerden zu verhindern - sollte in dieser Randziffer ausdrücklich klargestellt werden, was mit Beschwerden im Whistleblowing-System geschieht, die keine kartellrechtliche Relevanz besitzen.

Mit freundlichen Grüßen



Dr. Rosemarie Schön
Abteilungsleiterin