

Fairnesskatalog für Unternehmen - Standpunkt für unternehmerisches Wohlverhalten

Impressum

Medieninhaber, Verleger und Herausgeber:
Bundeswettbewerbsbehörde, Radetzkystraße 2, 1030 Wien

Gesamtumsetzung: Bundeswettbewerbsbehörde

Wien, 2022. Stand: Mai 2022

Copyright und Haftung:

Auszugsweiser Abdruck ist nur mit Quellenangabe gestattet, alle sonstigen Rechte sind ohne schriftliche Zustimmung des Medieninhabers unzulässig.

Es wird darauf verwiesen, dass alle Angaben in dieser Publikation trotz sorgfältiger Bearbeitung ohne Gewähr erfolgen und eine Haftung der Bundeswettbewerbsbehörde und der Autorin/des Autors ausgeschlossen ist. Rechtausführungen stellen die unverbindliche Meinung der Autorin/des Autors dar und können der Rechtsprechung der unabhängigen Gerichte keinesfalls vorgeifen.

Rückmeldungen: Ihre Überlegungen zu vorliegender Publikation übermitteln Sie bitte an wettbewerb@bwb.gv.at.

Inhalt

1 Einleitung	5
Inhalt des Leitfadens	5
Anwendungsbereich.....	6
Ist dieser Leitfaden verbindlich?	6
2 Kategorien von Geschäftspraktiken, die unternehmerischem Wohlverhalten widersprechen	7
Behinderungspraktiken	7
Ausbeutungspraktiken	8
Sonstige Praktiken	9
3 Auslegungsgrundsätze	10
4 Katalog wohlverhaltenswidriger Geschäftspraktiken	12
5 Bestehende Rechtsvorschriften	14
Das Kartellgesetz	14
Das Kartellverbot	14
Ausnahmen vom Kartellverbot.....	15
Der Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung	17
Das Bundesgesetz zur Verbesserung der Nahversorgung und der Wettbewerbsbedingungen (Faire-Wettbewerbsbedingungen-Gesetz - FWBG)	22
Gefährdung des leistungsgerechten Wettbewerbs (Kaufmännisches Wohlverhalten).....	22
Diskriminierung.....	24
Sicherung der Nahversorgung und der Wettbewerbsfähigkeit.....	24
Bestimmungen des FWBG zur Umsetzung der UTP-RL	25
Das Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG).....	31
Unlautere Geschäftspraktiken (§ 1 UWG)	31
Aggressive Geschäftspraktiken (§ 1a UWG)	35
Das Allgemeine Bürgerliche Gesetzbuch (ABGB)	36
Rechts- und Sittenwidrigkeit (879 ABGB)	37
Das Unternehmensgesetzbuch (UGB).....	38

Grob benachteiligende Vertragsbestimmungen oder Geschäftspraktiken (§ 459 UGB).....	38
6 Hinweise für die Praxis	40
Dokumentation:	40
Zuständigkeiten.....	40
Kartellverbot und Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung.....	40
Das Bundesgesetz zur Verbesserung der Nahversorgung und der Wettbewerbsbedingungen (FWBG)	41
Das Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb.....	42
Zivilrechtliche Ansprüche	43
Das UGB	43
Kontakt zur BWB und Whistleblowing-System.....	43

1 Einleitung

Inhalt des Leitfadens

Seit der erstmaligen Veröffentlichung dieses Leitfadens konnte mit der Umsetzung der Richtlinie des Europäischen Parlaments und Rates über unlautere Handelspraktiken in den Geschäftsbeziehungen zwischen Unternehmen in der Lebensmittelversorgungskette (**UTP-RL**)¹ das zentrale europäische Projekt im Bereich der unlauteren Geschäftspraktiken abgeschlossen werden. In Österreich erfolgte ihre Umsetzung durch eine Novelle des Bundesgesetzes zur Verbesserung der Nahversorgung und Wettbewerbsbedingungen (mit der nunmehrigen Kurzbezeichnung **Faire-Wettbewerbsbedingungen-Gesetz - FWBG**)². Diese wesentliche Änderung der Rechtslage soll — neben einigen weiteren Aktualisierungen — in der vorliegenden Neuauflage berücksichtigt werden, wobei der branchenübergreifende Charakter des Leitfadens unverändert erhalten bleibt.

Den Anlass für die erstmalige Veröffentlichung des Standpunkts für unternehmerisches Wohlverhalten durch die Bundeswettbewerbsbehörde (BWB) bildeten Beschwerden über Geschäftspraktiken, die das Resultat eines wirtschaftlichen Ungleichgewichts von Vertragspartnern in der Lieferkette waren. Im Zusammenhang mit derartigen Beschwerden ergeben sich regelmäßig folgende Problemstellungen:

- Erstens sind diese Praktiken kartellrechtlich häufig nur schwer fassbar und
- zweitens besteht seitens der betroffenen Unternehmen aus verschiedenen Gründen („Angstfaktor“) zumeist nicht die Bereitschaft, darüber nähere Angaben zu machen bzw sich als betroffen erkennen zu geben.

Die Wettbewerbskommission als beratendes Organ der BWB hat sich in der Folge eingehend mit der Problematik befasst und als Ergebnis ihrer Untersuchungen in ihrer Empfehlung vom 3. Julis 2017³ die Veröffentlichung eines Leitfadens als Information für die Marktteilnehmer angeregt.

Auch in seiner Neuauflage soll dieser Standpunkt als Hilfestellung für **Compliance-Programme** dienen und Klarheit darüber geben, wie unternehmerisches Verhalten zu beurteilen und was unter Wohlverhalten zu verstehen ist (S 8ff). Schließlich enthält er einen Katalog von Geschäftspraktiken, die — unabhängig von ihrer rechtlichen Beurteilung im konkreten Einzelfall durch die Gerichte — jedenfalls als unvereinbar mit unternehmerischem Wohlverhalten gelten (S 14f).

¹ ABI L 2019/111, 59.

² BGBl I 2021/239.

³ https://www.bwb.gv.at/de/institutionen/wettbewerbskommission/empfehlungen_der_wettbewerbskommission.
Fairnesskatalog für Unternehmen - Standpunkt für unternehmerisches Wohlverhalten

Allgemeine Auslegungsgrundsätze (S 12f) erleichtern die Bewertung von Verhaltensweisen in der Praxis. Ein um Praxisbeispiele ergänzter (nicht abschließender) Überblick über verschiedene Rechtsvorschriften (S 16ff), soll bei der juristischen Einordnung einzelner Sachverhalte helfen. Empfehlungen für Unternehmen, die von wohlverhaltenswidrigen Praktiken betroffen sind (S 48ff), runden den Leitfaden ab.

Anwendungsbereich

Dieser Leitfaden beschränkt sich nicht auf einzelne Wirtschaftszweige oder Produktgruppen, vielmehr soll er **branchenübergreifend** auf die Gestaltung von Lieferanten-Abnehmer-Beziehungen betreffend Waren und Dienstleistungen Anwendung finden. Insbesondere ist darauf hinzuweisen, dass das angesprochene wirtschaftliche Ungleichgewicht je nach Branche zu Gunsten oder zu Lasten der Lieferantenseite oder der Abnehmerseite bestehen kann.

Ist dieser Leitfaden verbindlich?

Dieser Leitfaden dient der **Information der Marktteilnehmer** sowie der **Prävention von Verstößen** gegen unternehmerisches Wohlverhalten und stellt die aktuelle Rechtsansicht der BWB dar. Er kann die österreichischen Gerichte, Behörden und die europäischen Institutionen nicht binden.

2 Kategorien von Geschäftspraktiken, die unternehmerischem Wohlverhalten widersprechen

Die nachfolgend angeführten Verhaltensweisen werden als mit unternehmerischem Wohlverhalten unvereinbar betrachtet, weil sie geeignet sind, leistungsgerechten Wettbewerb zu behindern und sie in weiterer Folge zu einer Verringerung des Angebots und der Qualität von Waren und Dienstleistungen, der Hemmung von Innovation und der Steigerung von Preisen führen können. Dies gilt insbesondere dann, wenn diese Praktiken das Resultat eines wirtschaftlichen Ungleichgewichts sind. Bei der Beurteilung des Einzelfalls sind die unter 3 angeführten Auslegungskriterien zu berücksichtigen. Der hier verwendete Begriff des unternehmerischen Wohlverhaltens ist nicht mit jenem des kaufmännischen Wohlverhaltens gem § 1 FWBG gleichzusetzen, sondern geht darüber hinaus.

Wohlverhaltenswidrige Unternehmenspraktiken können grundsätzlich in drei unterschiedliche Kategorien eingeteilt werden:

- Sie behindern einen anderen Anbieter in seiner wirtschaftlichen Entwicklung unsachlich (Behinderungspraktiken).
- Sie benachteiligen eine Seite im Rahmen der Geschäftsbeziehung gröblich, wodurch sie ausgebeutet wird (Ausbeutungspraktiken).
- Sonstige Praktiken, die sich nicht klar einer der beiden genannten Kategorien zuordnen lassen.

Behinderungspraktiken

Boycott/Aufforderung zur Geschäftsverweigerung (durch Dritte ausgeführte Absperrung durch Nichtaufnahme neuer oder Abbruch bestehender Geschäftsverbindungen); einfache Fälle der Nichtbelieferung bzw des Nichtbezugs und deren Androhung nur unter besonderen Umständen (Vertrags- bzw Kontrahierungsfreiheit).

Diskriminierung (ohne sachliche Rechtfertigung bei Verfolgung unlauterer Zwecke, Anwendung unerlaubter Mittel oder wenn sonst gegen Grundsätze des Leistungswettbewerbes verstoßen wird).

Absatzbehinderung (zB Abfangen von Kunden vor einem fremden Geschäft, Eingriff in schwebende Verkaufsverhandlungen oder Entfernen von fremden Kennzeichen).

Preiskampf bzw **Preisschleudern** unter besonderen Umständen wie bei gezieltem Vernichtungswettbewerb.

Marktverstopfung bzw Gefahr einer solchen zB durch Gratisverteilung von Waren unter bestimmten Voraussetzungen wie **insbesondere** durch marktstarke Unternehmen **mit Verdrängungsabsicht**.

Gewähren von Rabatten und Treueboni durch marktstarke Unternehmer (hier: Lieferanten), um Geschäftspartner an sich zu binden und **Mitbewerber** zu behindern.

Vertragliche Handlungsbeschränkungen unter besonderen **Umständen** wie zB knebelnde Ausschließlichkeitsbindungen.

Ausnützen der Machtstellung der öffentlichen Hand bei privatwirtschaftlicher Tätigkeit (missbräuchlicher Einsatz von Machtmitteln, die aufgrund einer öffentlich-rechtlichen Sonderstellung zur Verfügung stehen).

Fordern einer **Meistbegünstigungsklausel/Bestpreisgarantie** durch marktstarke Unternehmen (der Abnehmer verpflichtet den **Lieferanten** vertraglich, seine Waren/Leistungen an andere Abnehmer nicht zu günstigeren Preisen zu verkaufen als an ihn).

Ausbeutungspraktiken

Fordern unangemessen niedriger Einkaufspreise (im Vergleich zu Preisen, die in einer Situation wirksamen Wettbewerbs gefordert werden könnten) durch marktstarke Unternehmen.

Anzapfen, insbesondere durch **Fordern sachlich nicht gerechtfertigter Rabatte oder Sonderkonditionen** durch marktstarke Unternehmen ohne entsprechende Gegenleistung.

Ausnutzung einer Monopolstellung, wenn diese Position durch Verweigerung des Vertragsabschlusses unsachlich ausgenützt wird.

Risikoübertragung, die sachlich nicht gerechtfertigt ist (übermäßige oder unvorhersehbare Kosten- und Risikoüberwälzung).

Benachteiligende Vertragsbedingungen, wie zB Rücktrittsrecht bei Lieferverzug ohne Nachfristsetzung, unangemessen hohe Vertragsstrafen bei geringen Vertragsverletzungen, Forderung einer Garantie für die Richtigkeit der Kennzeichnung, wenn diese vom Vertragspartner vorgegeben wird (insbesondere sind das Ausmaß der einzelnen Einschränkung und die Menge der benachteiligenden Vertragsbestimmungen in ihrer Gesamtwirkung zu berücksichtigen).

Einseitig geforderte **unübersichtliche Konditionen** bzw **rückwirkender Missbrauch dieser unbestimmten Vertragsbedingungen**.

Bewusste Herbeiführung von Rechtsunsicherheit durch **Verweigerung der schriftlichen Ausfertigung von Verträgen**.

Binden von Bonifikationen an die Offenlegung oder Übermittlung von Kundendaten bzw. Absatzzahlen oder das Fordern dieser Informationen ohne sachliche Rechtfertigung.

Sonstige Praktiken

Vertragsbruch ist hingegen nur unzulässig, wenn sich die Wohlverhaltenswidrigkeit aus besonderen zur bloßen Vertragsverletzung hinzutretenden Umständen ergibt. Nachträglich vorgenommene nachteilige Vertragsänderung zu Lasten des Vertragspartners.

Einseitige Interpretation unklarer Vertragsbestimmungen.

Sittenwidrige AGB (also allgemein rechtswidrige Allgemeine Geschäftsbedingungen).

Praktiken, die mit Belästigung, **Nötigung** und ungebührlichen Zwang einhergehen (Angstfaktor).

Aufdrängen einer nicht bestellten Leistung durch marktstarke Unternehmen, und zwar auch schon vor Bestellung der Hauptsache bzw. als „Vertragsergänzung“.

3 Auslegungsgrundsätze

Bei der Beurteilung der oben genannten Verhaltensweisen eines Unternehmens gegenüber seinen Geschäftspartnern sind insbesondere die nachfolgend genannten Aspekte bedeutsam:

1. Qualitative und quantitative Elemente der Geschäftsbeziehung zwischen Unternehmen

Grundsätzlich kommt jedem Unternehmen Handlungs- und Vertragsfreiheit zu. Insoweit die Handlungs- und Vertragsfreiheit eines Geschäftspartners (deutlich) eingeschränkt ist, kann er sein volles Geschäftspotential nicht am Markt entfalten.

Es ist zu berücksichtigen, inwieweit zwischen Unternehmen eine dauerhafte Geschäftsbeziehung besteht; diese kann in einem ordentlichen Dauerschuldverhältnis, einem Rahmenvertrag oder in faktisch häufig wiederkehrenden Einzelkontrakten bestehen. Durch eine dauerhafte Geschäftsbeziehung entsteht ein besonderes wechselseitiges Vertrauens- und Treueverhältnis zwischen den Geschäftspartnern.

2. Welche Gepflogenheiten bestehen im funktionierenden geschäftlichen Miteinander der Unternehmen?

Lang geübte Praktiken zwischen Unternehmen machen die Handlungsweise des jeweils anderen vorhersehbar und daher planbar. Ein einseitiges, unbegründetes oder kurzfristiges Abgehen von lange einvernehmlich geübten Praktiken, insbesondere durch einen marktstarken Geschäftspartner, ist problematisch. Auch die Dauer von Produktionszyklen, die auf Produktionsseite keine kurzfristigen Umdisponierungen erlauben, ist zu berücksichtigen.

3. Ausmaß des Ungleichgewichts zwischen Geschäftspartnern

In dem Maße, in dem ein Geschäftspartner über den anderen wirtschaftliche Macht ausüben kann, ist zu beachten, dass der schwächere Geschäftspartner nicht gezwungen wird, unsachliche Bedingungen in einer Geschäftsbeziehung anzunehmen. Dabei ist nicht unbedingt notwendig, dass der stärkere Geschäftspartner tatsächlich aktiv Druck ausgeübt hat, sondern es genügt, dass er seinen aus der Abhängigkeit des Partners resultierenden Handlungsspielraum „wahrgenommen“ hat.

4. Positive Effekte des Wettbewerbs berücksichtigen

Nicht jede, subjektiv als diskriminierend oder unsachlich empfundene Geschäftsbedingung, ist dies aus übergeordneter Sicht auch tatsächlich – nur marktbezogene Praktiken stehen im Fokus der Betrachtung. Betriebswirtschaftliche Unzulänglichkeiten der eigenen Betriebsführung können niemandem, auch keinem marktstarken Geschäftspartner, als wohlverhaltenswidrige Unternehmenspraktik ausgelegt werden.

5. Wohlverhaltenswidrige Unternehmenspraktiken sind nicht formgebunden

Unabhängig von ihrer Form sind Handlungen oder Unterlassungen, welche die negativen Folgen einer wohlverhaltenswidrigen Unternehmenspraktik hervorbringen, problematisch

und entsprechend ihrer Wirkung zu beurteilen. Gleichfalls erfasst sind alle Arten der Umgehung (zB eine Handlung verletzt eine Rechtsvorschrift zwar nicht formal, kommt in ihrer Wirkung aber einem Verstoß gleich). Typische Mittel des Leistungswettbewerbs sind grundsätzlich erlaubt und nur ausnahmsweise – unter Hinzutreten besonderer Umstände – problematisch⁴. Maßnahmen, die ihrer Natur nach allein der Behinderung des Geschäftspartners oder des Mitbewerbers dienen, sind in der Regel nicht mit dem unternehmerischen Wohlverhalten vereinbar.

6. Interessenabwägung

Bei der Prüfung, ob einseitiges machtbedingtes Verhalten in missbräuchlicher Weise erfolgt, ist eine sorgfältige Abwägung der einander widerstreitenden Interessen vorzunehmen. Dabei ist insbesondere zu prüfen, ob die Verhaltensweisen eines beherrschenden Unternehmens zur Wahrung seiner geschäftlichen Interessen notwendig sind oder über das Maß desjenigen hinausgehen, was unter Berücksichtigung der wirtschaftlichen Eigeninteressen der Beteiligten angemessen ist.

⁴ Vgl dazu etwa den Preiskampf unter S 9.

4 Katalog wohlverhaltenswidriger Geschäftspraktiken

Folgende machtbedingte Verhaltensweisen eines Unternehmens gegenüber einem Geschäftspartner gelten — unabhängig von ihrer rechtlichen Beurteilung im konkreten Einzelfall durch die Gerichte — jedenfalls als wohlverhaltenswidrige Geschäftspraktiken:

1. die Weigerung, Verträge über die wechselseitig zu erbringenden Leistungen sowie Vertragsbestandteile oder die Abänderung von Verträgen schriftlich abzuschließen;
2. die einseitige rückwirkende Änderung vertraglicher Verpflichtungen, insbesondere hinsichtlich
 - a) der Höhe des vereinbarten Entgelts, etwa durch das Festsetzen von Rabatten,
 - b) der Erfüllungsfristen,
 - c) der Häufigkeit oder des Zeitpunkts von Lieferungen sowie
 - d) der Qualität oder Menge der zu erbringenden Waren oder Leistungen;
3. das Fordern von Zahlungen oder sonstigen geldwerten Leistungen ohne entsprechende Gegenleistung (etwa das Fordern eines Jahresbonus mit der Begründung, die Verkaufszahlen in einer Warengruppe seien unter den Erwartungen geblieben);
4. das Auferlegen überzogener Anforderungen und der damit verbundenen Kosten, insbesondere betreffend technische Standards, Prüfungen und Zertifizierungsmechanismen, die zur Gewährleistung der Qualität des Produkts bzw der Leistung nicht unerlässlich sind;
5. die Forderung, wesentliche Aspekte der Lieferkette des Vertragspartners oder Produktspezifikationen während eines aufrechten Vertragsverhältnisses aus Gründen zu ändern, die vom Fordernden selber zu vertreten sind, sofern die dadurch entstehenden Kosten nicht kompensiert werden;
6. das Zurückschicken nicht verkaufter Waren an den Lieferanten auf dessen Kosten (Aufwendung in Zusammenhang mit der Rücksendung und Rückerstattung der Rechnungssumme), sofern dies nicht ausdrücklich und aus freien Stücken in der Liefervereinbarung festgelegt wurde;
7. der Ausschluss von einer weiteren Belieferung oder Abnahme sowie deren Androhung, für den Fall, dass sich ein Geschäftspartner den unter Z 1 bis 6 genannten Praktiken widersetzt, insbesondere indem er an ihn gerichteten Forderungen nicht nachkommt;
8. weitere, insbesondere die im Kapitel 2 genannte Verhaltensweisen, vor allem, wenn Unlauterkeit oder der Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung vorliegen.

Beispiel zum Fordern von Leistungen ohne entsprechende Gegenleistung

Ein Handelsunternehmen verlangt von seinen Lieferanten für die Listung neuer Produkte ein Entgelt (Listungsgebühr). Für die Platzierung im Regal und die Präsentation des neuen Produkts wird den Lieferanten über einige Wochen hinweg eine höhere Summe verrechnet. Tatsächlich wird aber für die Produktpräsentation kein Regalplatz zur Verfügung gestellt, sondern die neuen Produkte werden einfach auf andere gelegt oder weiter hinten im Regal eingeschichtet. Im gegenständlichen Fall ist das Erheben der Listungsgebühr wohlverhaltenswidrig, weil für die Zahlung der Lieferanten keine entsprechende Gegenleistung erbracht wird. Vergleichbare Konstellationen können sich auch im Zusammenhang mit verpflichtenden Marketingbeiträgen ohne entsprechende Gegenleistung ergeben. Gerechtfertigt kann eine Listungsgebühr sein, wenn durch sie ein beträchtlicher Aufwand abgegolten werden soll (zB logistischer Aufwand, Kosten die entstehen, weil alte Produkte durch die Neuerung unverkäuflich werden). Im Agrar- und Lebensmittelsektor (2. Abschnitt des FWBG) ist eine Listungsgebühr grundsätzlich nur zulässig, wenn sie zuvor ausdrücklich vereinbart wurde.

5 Bestehende Rechtsvorschriften

Die österreichische Rechtsordnung beinhaltet bereits eine Vielzahl unterschiedlicher Bestimmungen, die dem Themenkreis des unternehmerischen Wohlverhaltens bzw unlauterer Geschäftspraktiken zuzuordnen sind. Im Folgenden sollen einige besonders bedeutsame Bestimmungen dargestellt werden, um beispielhaft aufzuzeigen, welche Möglichkeiten bestehen, gegen Verstöße gegen unternehmerisches Wohlverhalten vorzugehen.

Das Kartellgesetz

Das Kartellgesetz (KartG) enthält ein Verbot bestimmter wettbewerbswidriger Verhaltensweisen, nämlich von **Kartellen** sowie des **Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung**, die im Zusammenhang mit unfairen Geschäftspraktiken relevant sein können. Ein Verstoß gegen das KartG kann zugleich einen Rechtsbruch iSd § 1 UWG darstellen, gegen den bei den für Handelssachen zuständigen Zivilgerichten vorgegangen werden kann.

Das Kartellverbot

Eine Einschränkung oder Verhinderung des Wettbewerbs durch Kartelle erfolgt insbesondere durch **Preisabsprachen, Quotenabsprachen und die Aufteilung von Märkten zwischen Wettbewerbern**. § 1 Abs 2 KartG zählt beispielhaft einige verbotene Verhaltensweisen auf, wobei im Zusammenhang mit unfairen Handelspraktiken die abgestimmte Diskriminierung eines Handelspartners (Z 4) und die Abstimmung über Koppelungsgeschäfte (Z 5) zu nennen sind. Lieferanten sehen sich häufig mit Einkaufsgemeinschaften von Handelsunternehmen konfrontiert. Informationen über die Zulässigkeit von Einkaufsvereinbarungen finden sich in den Leitlinien über horizontale Zusammenarbeit.⁵

Kartellgesetz § 1

(1) Verboten sind alle Vereinbarungen zwischen Unternehmern, Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen 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;

⁵ Leitlinien zur Anwendbarkeit von Artikel 101 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit, ABl C 2011/11, 1. Diese Leitlinien befanden sich zum Zeitpunkt der Veröffentlichung dieses Leitfadens in Überarbeitung. Relevant ist die jeweils geltende Fassung.

2. die Einschränkung oder Kontrolle der Erzeugung, des Absatzes, der technischen Entwicklung oder der Investitionen;
3. die Aufteilung der Märkte oder Versorgungsquellen;
4. die Anwendung unterschiedlicher Bedingungen bei gleichwertigen Leistungen gegenüber Handelspartnern, wodurch diese im Wettbewerb benachteiligt werden;
5. die an den Abschluss von Verträgen geknüpfte Bedingung, dass die Vertragspartner zusätzliche Leistungen annehmen, die weder sachlich noch nach Handelsbrauch in Beziehung zum Vertragsgegenstand stehen.

(3) Die nach Abs. 1 verbotenen Vereinbarungen und Beschlüsse sind nichtig.

(4) 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.

Ausnahmen vom Kartellverbot

§ 2 Abs 1 KartG beinhaltet eine allgemeine Ausnahme vom Kartellverbot, sofern alle darin genannten Bedingungen erfüllt werden. Das Vorliegen dieser Ausnahme ist von den Unternehmen selbst zu beurteilen. (Zur Frage, des Beitrags zu einer ökologisch nachhaltigen oder klimaneutralen Wirtschaft werden von der BWB präzisierende Leitlinien erstellt.) Abs 2 beinhaltet neben branchenspezifischen Ausnahmen auch die Regelung des sogenannten **Bagatellkartells**. Dabei wird auf die Marktanteile der beteiligten Unternehmen abgestellt. Jedenfalls unzulässig sind jedoch die Festsetzung von Verkaufspreisen, die Einschränkung der Erzeugung oder des Absatzes und die Aufteilung der Märkte (Kernbeschränkungen).

Kartellgesetz § 2

(1) Vom Verbot nach § 1 sind Kartelle ausgenommen, die unter angemessener Beteiligung der Verbraucher an dem entstehenden Gewinn zur Verbesserung der Warenerzeugung oder -verteilung oder zur Förderung des technischen oder wirtschaftlichen Fortschritts beitragen, ohne dass den beteiligten Unternehmern

a. Beschränkungen auferlegt werden, die für die Verwirklichung dieser Ziele nicht unerlässlich sind, oder

b. Möglichkeiten eröffnet werden, für einen wesentlichen Teil der betreffenden Waren den Wettbewerb auszuschalten.

Die Verbraucher sind auch dann angemessen beteiligt, wenn der Gewinn, der aus der Verbesserung der Warenerzeugung oder -verteilung oder der Förderung des technischen oder wirtschaftlichen Fortschritts entsteht, zu einer ökologisch nachhaltigen oder klimaneutralen Wirtschaft wesentlich beiträgt.

(2) Jedenfalls vom Verbot nach § 1 ausgenommen sind die folgenden Kartelle:

1. Kartelle, an denen Unternehmer beteiligt sind, die zueinander im Wettbewerb stehen und gemeinsam am relevanten Markt einen Anteil von nicht mehr als 10 % haben, oder Kartelle, an denen Unternehmer beteiligt sind, die nicht miteinander im Wettbewerb stehen und die jeweils am relevanten Markt einen Anteil von nicht mehr als 15 % haben, sofern sie in beiden Fällen weder die Festsetzung der Verkaufspreise, die Einschränkung der Erzeugung oder des Absatzes noch die Aufteilung der Märkte bezwecken (Bagatellkartelle); [...]

Neben den Ausnahmen vom nationalen Kartellrecht bestehen auch Ausnahmebestimmungen für den Anwendungsbereich der EU-Wettbewerbsregeln. Für den Agrarsektor ist hier die Verordnung über eine gemeinsame Marktordnung für landwirtschaftliche Erzeugnisse (VO 1308/2013)⁶ von Bedeutung. So besteht zB eine Sonderregel für bestimmte Vereinbarungen, Beschlüsse und abgestimmte Verhaltensweisen anerkannter Branchenverbände (Art 210).

Seit der jüngsten Änderung dieser Verordnung im Zuge der Reform der Gemeinsamen Agrarpolitik (VO 2021/2117)⁷ gibt es auch eine Ausnahme für Nachhaltigkeitsvereinbarungen (Art 210a) zwischen landwirtschaftlichen Produzenten bzw zwischen diesen und anderen Akteuren der Wertschöpfungskette. Die Kommission wird dazu bis Ende 2023 Leitlinien erstellen.

Beispiele zum Kartellverbot

Beispiel 1: Zwei Wiederverkäufer tauschen Informationen über ihre Einkaufspreise aus. Zusammen haben sie sowohl auf den Einkaufsmärkten als auch auf den Verkaufsmärkten für die relevanten Produkte einen Marktanteil von über 60%. Dieser Informationsaustausch zu den Einkaufspreisen führt mit hoher Wahrscheinlichkeit zu einer Kostenangleichung sowie zu einer spürbaren Einschränkung des Wettbewerbs auf den Verkaufsmärkten. Vor diesem Hintergrund ist der Informationsaustausch als Verstoß gegen das Kartellverbot (§ 1 KartG) zu sehen, eine Rechtfertigung ist nicht ersichtlich.

Beispiel 2: Die Hersteller einer bestimmten Produktgruppe beschließen im Rahmen eines Verbandes zur Vertretung ihrer wirtschaftlichen Interessen, bestimmte Vertriebsformen des Handels nicht mit diesen Produkten zu beliefern, wodurch auch ein höheres Preisniveau für diese Produkte erreicht wird. Die Hersteller berufen sich darauf, dass der Lieferboykott notwendig sei, da nur eine direkte Belieferung des Endverbrauchers durch den Hersteller den gewünschten Qualitätsstandard gewährleisten würde.

Eine Vereinbarung zwischen Unternehmen bzw der Beschluss einer Unternehmensvereinigung, nicht zu beliefern, stellt grundsätzlich einen Verstoß gegen das Kartellverbot (§ 1 KartG) dar. Zwar handelt es sich bei der Qualitätssicherung um ein legitimes

⁶ ABI L 2013/347,671.

⁷ ABI L 2021/453, 262.

Ziel, um aber unter die Ausnahmen vom Kartellverbot (§ 2 Abs 1 KartG) zu fallen, muss das gelindeste Mittel gewählt werden (zB Aufstellung sachlicher, nachvollziehbarer Kriterien für die Belieferung).

Beispiel 3: Ein Abnehmer mit Marktanteil als Nachfrager eines Produkts von über 30% fordert von einem Lieferanten, sein Produkt nicht an einen Mitbewerber zu liefern. Der Lieferant willigt ein, weil er eine Auslistung durch seinen Geschäftspartner fürchtet. Diese Einschränkung der Absatzmöglichkeiten des Lieferanten stellt grundsätzlich einen Verstoß gegen das Kartellverbot (§ 1 KartG) dar, eine allfällige Rechtfertigung ist nicht ersichtlich.

Beispiel 4: Ein Abnehmer eines Produkts mit einem Marktanteil als Nachfrager von über 30% verpflichtet einen Lieferanten, seine Produkte (oder Dienstleistungen) anderen Abnehmern nicht zu günstigeren Preisen zu verkaufen als ihm. Eine derartige Meistbegünstigungsklausel beschränkt den Anbieter rechtlich in seiner Preisfestsetzung und stellt somit grundsätzlich einen Verstoß gegen das Kartellverbot (§ 1 KartG) dar, eine allfällige Rechtfertigung ist nicht ersichtlich. Eine unzulässige Meistbegünstigung sieht der OGH aber auch in einer rein wirtschaftlichen Bindung des Lieferanten. Eine solche ist gegeben, wenn der Lieferant sich verpflichtet, dem ihn bindenden Abnehmer immer einen mindestens genauso günstigen Preis einzuräumen wie irgendeinem anderen Abnehmer.⁸

Beispiel 5: Ein Hersteller (A) schließt mit einem Händler (B) eine Selektivvertriebsvereinbarung hinsichtlich der Belieferung mit bestimmten Produkten, wobei diese keinen besonderen Beratungsbedarf benötigen, zB zum Schutz vor falscher Anwendung. Die Vereinbarung sieht vor, dass die Produkte von B nur in einem physischen Raum und unter persönlicher Anwesenheit eines von A geschulten Mitarbeiters von B vertrieben werden dürfen. Eine derartige Klausel ist als generelles Onlinevertriebsverbot anzusehen. Eine objektive Rechtfertigung dieses dem B auferlegten generellen Onlinevertriebsverbots ist nicht ersichtlich und daher aus kartellrechtlicher Sicht grundsätzlich nicht zulässig.⁹

Der Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung

Das Kartellgesetz sieht auch ein Verbot missbräuchlicher Verhaltensweisen durch marktbeherrschende Unternehmen vor. Ein Unternehmen, das keinem **hinreichenden Wettbewerbsdruck** unterliegt, kann sich unabhängig von seinen Wettbewerbern und letztlich auch von seinen Abnehmern oder Lieferanten verhalten. Missbräuchlich sind Verhaltensweisen solcher Unternehmen, wenn sie andere Unternehmen oder Kunden von Unternehmen in einer Weise benachteiligen, die bei wirksamem Wettbewerb nicht möglich wäre.

Kartellgesetz § 5

⁸ Siehe zu diesem Beispiel die Entscheidung des KOG vom 8.10.2015 unter der Geschäftszahl 16 Ok 2/15b.

⁹ Informationen über zulässige Einschränkungen des Onlinevertriebs finden sich in der Verordnung über die Anwendung von Artikel 101 Absatz 3 AEUV auf Gruppen von vertikalen Vereinbarungen und abgestimmten Verhaltensweisen (ABI L 2022/134, 4) sowie den in diesem Zusammenhang erlassenen Leitlinien der Kommission.

(1) Der Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung ist verboten. Dieser Missbrauch kann insbesondere in Folgendem bestehen:

1. der Forderung nach Einkaufs- oder Verkaufspreisen oder nach sonstigen Geschäftsbedingungen, die von denjenigen abweichen, die sich bei wirksamem Wettbewerb mit hoher Wahrscheinlichkeit ergeben würden, wobei insbesondere die Verhaltensweisen von Unternehmern auf vergleichbaren Märkten mit wirksamem Wettbewerb zu berücksichtigen sind,
2. der Einschränkung der Erzeugung, des Absatzes oder der technischen Entwicklung zum Schaden der Verbraucher,
3. der Benachteiligung von Vertragspartnern im Wettbewerb durch Anwendung unterschiedlicher Bedingungen bei gleichwertigen Leistungen,
4. der an die Vertragsschließung geknüpften Bedingung, dass die Vertragspartner zusätzliche Leistungen annehmen, die weder sachlich noch nach Handelsbrauch in Beziehung zum Vertragsgegenstand stehen,
5. dem sachlich nicht gerechtfertigten Verkauf von Waren unter dem Einstandspreis.

(2) Im Fall des Abs. 1 Z 5 trifft den marktbeherrschenden Unternehmer die Beweislast für die Widerlegung des Anscheins eines Verkaufs unter dem Einstandspreis sowie für die sachliche Rechtfertigung eines solchen Verkaufs.

Das Missbrauchsverbot des § 5 KartG mit seiner beispielhaften Aufzählung verbotener Verhaltensweisen richtet sich ausschließlich an marktbeherrschende Unternehmen iSd §§ 4 und 3a KartG, wobei sowohl Fälle der Marktbeherrschung durch ein einzelnes Unternehmen als auch durch mehrere Unternehmen erfasst sind. Um festzustellen, ob Marktbeherrschung vorliegt, ist vorab der im gegenständlichen Fall **sachlich und geographisch relevante Markt** abzugrenzen. Der sachlich relevante Produktmarkt umfasst sämtliche Erzeugnisse und/oder Dienstleistungen, die von den Verbrauchern hinsichtlich ihrer Eigenschaften, Preise und ihres vorgesehenen Verwendungszwecks als austauschbar oder substituierbar angesehen werden. Der geographisch relevante Markt umfasst das Gebiet, in dem die beteiligten Unternehmen die relevanten Produkte oder Dienstleistungen anbieten, in dem die Wettbewerbsbedingungen hinreichend homogen sind und das sich von benachbarten Gebieten durch spürbar unterschiedliche Wettbewerbsbedingungen unterscheidet.¹⁰

Die **Definition von Marktbeherrschung** enthält **§ 4 KartG**. Ein (einzelner) Unternehmer ist marktbeherrschend, wenn er als Anbieter oder Nachfrager

- keinem oder nur unwesentlichem Wettbewerb ausgesetzt ist (Abs 1 Z 1) oder
- eine im Verhältnis zu den anderen Wettbewerbern überragende Marktstellung hat; dabei sind insbesondere die Finanzkraft, die Beziehungen zu anderen Unternehmern, die Zugangsmöglichkeiten zu den Beschaffungs- und Absatzmärkten, die Bedeutung seiner Vermittlungsleistungen für den Zugang

¹⁰ Bekanntmachung der Kommission über die Definition des relevanten Marktes im Sinne des Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft, ABI 1997 C 372 S 5, Rn 7 f.

anderer Unternehmer zu Beschaffungs- und Absatzmärkten, der Zugang zu wettbewerblich relevanten Daten, der aus Netzwerkeffekten gezogene Nutzen sowie die Umstände zu berücksichtigen, die den Marktzutritt für andere Unternehmer beschränken (Abs 1 Z 2).

Hat ein Unternehmer auf einem relevanten Markt einen Marktanteil von mindestens 30% wird eine marktbeherrschende Stellung widerleglich angenommen.

Das österreichische Kartellrecht kennt überdies das Konzept der **relativen Marktbeherrschung** (§ 4a KartG), welches auf die überragende Marktstellung eines Unternehmers im Verhältnis zu seinen Abnehmern oder Lieferanten abstellt. Im Rahmen des Kartell- und Wettbewerbsrechts-Änderungsgesetzes 2021 (KaWeRÄG 2021) wurde diese Bestimmung in einen eigenen Paragraphen übergeführt, um klarzustellen, dass es sich um einen eigenen Tatbestand handelt, der keine absolute Marktbeherrschung iSd § 4 Abs 1 KartG voraussetzt. Solch eine überragende Marktstellung im Verhältnis zu Vertragspartnern liegt insbesondere dann vor, wenn Abnehmer bzw Lieferanten auf die Aufrechterhaltung der Geschäftsbeziehung angewiesen sind, um schwerwiegende betriebswirtschaftliche Nachteile zu vermeiden. Entscheidend ist in diesem Zusammenhang, ob Ausweichmöglichkeiten bestehen.¹¹ Die Bestimmung wurde außerdem dahingehend erweitert, dass eine überragende Marktstellung auch dann angenommen werden kann, wenn ein Unternehmer zur Vermeidung schwerwiegender betriebswirtschaftlicher Nachteile auf die Begründung von Geschäftsbeziehungen (und nicht nur deren Aufrechterhaltung) mit einem Vermittler auf einem mehrseitigen digitalen Markt angewiesen ist. Damit können sich auch Unternehmer, die auf die **Intermediationsleistung einer digitalen Plattform** angewiesen sind, die ihnen in diskriminierender Weise den Zugang zu dieser verweigert, auf diese Bestimmung berufen.¹²

Im Folgenden sollen Formen der Abhängigkeit dargestellt werden, die sich an Falltypen orientieren, die im Zusammenhang mit der Entscheidungspraxis in Deutschland entwickelt wurden:

In Bezug auf die relative Angebotsmacht können unterschieden werden:

- **Sortimentsbezogene Abhängigkeit:** Die sortimentsbezogene Abhängigkeit des Nachfragers beruht auf der Erwartungshaltung seiner eigenen Abnehmer an sein Sortiment („must stock items“). Zu einer Abhängigkeit aufgrund der Erwartungshaltung der Kunden kommt es zum einen dann, wenn die Ware bzw Leistung des Lieferanten eine Spitzenstellung unter den Waren bzw Leistungen des jeweiligen Produktmarkts einnimmt.¹³ Sie besteht aber auch dann, wenn die Waren oder Leistungen zu einer Spitzengruppe im jeweiligen Produktmarkt

¹¹ Vartian/Schuhmacher in Petsche/Urlesberger/Vartian, (Hrsg), KartG 20052 (2016) § 4 Rz 44.

¹² ErläutRV 951 BlgNR 27.GP.

¹³ ZB Abhängigkeit eines Sportartikelfachgeschäfts gegenüber dem Hersteller einer Skimarke mit einem Marktanteil von nur 8%. Andere bekannte Marken stellten keine hinreichende Alternative dar. Wesentliche Faktoren: weltbekannte Marke, Rennerfolge, intensive Werbung, Markentreue vieler Nachfrager. (Entscheidung des deutschen Bundesgerichtshofs vom 20.11.1975 unter der Geschäftszahl KZR 1/75.).

gehören, die ein Händler nach der Erwartungshaltung seiner Kunden ganz oder teilweise in seinem Sortiment führen muss.¹⁴

- Unternehmensbedingte Abhängigkeit: Sie hat ihre Ursache in vorangegangenen eigenen Entscheidungen des Nachfragers, die sich im Nachhinein nicht ohne weiteres korrigieren lassen. Beispielhaft zu nennen sind hier Beziehungen von Vertragshändlern zu bestimmten Herstellern („lock-in-Effekte“).¹⁵

Auch im Zusammenhang mit relativer Nachfragemacht kann es zu den genannten Formen der Abhängigkeit kommen:

- Sortimentsbedingte Abhängigkeit: Ein Anbieter benötigt gerade einen bestimmten Nachfrager als Absatzkanal, um sein Produkt überhaupt erfolgreich am Markt platzieren zu können („gatekeeper-Funktion“).¹⁶
- Unternehmensbedingte Abhängigkeit: Zu dieser kann es bei einseitiger Ausrichtung eines Anbieters auf die Nachfrage kommen.¹⁷

Beispiele für den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung

Beispiel 1: Der KFZ-Vertragshändler H vertreibt ausschließlich Neuwagen des PS-Konzerns und erbringt für diese Werkstattdienstleistungen. Dabei überwiegt die Marke P mit einem Umsatzanteil von 68% im Verkauf und von 60% bei Werksattdienstleistungen. PS ist durch ein Tochterunternehmen auch selbst auf dem Endkundenmarkt tätig. H meint, missbräuchlichen Praktiken von PS ausgesetzt zu sein und beantragt beim Kartellgericht deren Abstellung. Das Kartellobergericht¹⁸ stellt dazu schließlich ua Folgendes fest:

PS verfügt über relative Marktmacht. H ist zur Vermeidung schwerwiegender betriebswirtschaftlicher Nachteile in beiden Geschäftsbereichen aufgrund der Höhe

¹⁴ ZB Abhängigkeit eines Möbelfachgeschäftes von der Fortsetzung der Belieferung mit Design-Polstermöbeln. Wesentliche Faktoren: 80% von 166 vergleichbaren Fachgeschäften führten diese Marke (hohe Distributionsrate), deren einzigartige Produktvielfalt bewirkte, dass ihr Fehlen im Sortiment nur durch die Präsenz mehrerer anderer Hersteller kompensiert werden konnte. Die Spitzengruppe bestand aus sieben Herstellern, von denen vier die Belieferung verweigerten und einer nur zu den Konditionen eines Gelegenheitshändlers lieferte. Somit bestand Spitzengruppenabhängigkeit auch von der gegenständlichen Marke. (Entscheidung des deutschen Bundesgerichtshofs vom 9.5.2000 unter der Geschäftszahl KZR 28/98.).

¹⁵ ZB Abhängigkeit von KFZ-Vertragshändlern, die ihren Geschäftsbetrieb auf einen bestimmten Hersteller ausgerichtet haben. Umfangreiche vertragsspezifische Investitionen lassen es nur unter Inkaufnahme großer Wettbewerbsnachteile zu, zu einem anderen Hersteller zu wechseln.

¹⁶ ZB Spitzengruppenabhängigkeit eines Importeurs von Arzneimitteln von einem Pharmagroßhandelsunternehmen mit 14% Marktanteil. Wesentliche Faktoren: Auch kein anderer Großhändler war zur Abnahme bereit; der Direktvertrieb an Apotheken stellte keine ausreichende und zumutbare Ausweichmöglichkeit dar. Existenzgefährdung ist keine Voraussetzung der Abhängigkeit. (Entscheidung des deutschen Bundesgerichtshofs vom 21.2.1995 unter der Geschäftszahl KVR 10/94).

¹⁷ Vgl Beispiel 2 auf S 26f.

¹⁸ Siehe dazu die Entscheidung des OGH als Kartellobergericht zu 16 Ok 4/20d.

der P betreffenden Anteile am Gesamtumsatz auf die Aufrechterhaltung der Geschäftsbeziehung mit PS angewiesen. Der Verlust des Vertrags mit PS wäre existenzbedrohend.

Missbräuchliche Praktiken im Vertrieb von Neuwagen

Koppelung von Prämienzahlungen mit Kundenzufriedenheitsumfragen: Die Bewertung der Kundenzufriedenheit muss trotz des Interesses von PS am Image seiner Marke objektiv, transparent und nachvollziehbar erfolgen. Im gegenständlichen Fall war die gewählte Methode ungeeignet. Die Koppelung eines wesentlichen Anteils der Prämienzahlungen an Kundenzufriedenheitsumfragen, wie sie von PS praktiziert wurde, stellt einen Konditionenmissbrauch dar. (Weiterempfehlungsquote von 80% als Voraussetzung für die Ausbezahlung der variablen Marge [40% der erreichbaren Gesamtprämie]).

Die Spannenreduktionen durch Vorgabe bewusst überhöhter Verkaufsziele stellten insofern einen Konditionenmissbrauch dar, als der Zielwert trotz vorangehender Herabsetzung im vertraglich vorgesehenen Sachverständigen-Schiedsverfahren, wieder über die allgemeine Schätzung der Steigerung der Verkaufszahlen hinaus erhöht wurde.

Vorliegen einer Kosten-Preis-Schere (Margin Squeeze) aufgrund missbräuchlich niedriger Abgabepreise am Endkundenmarkt durch eine Tochtergesellschaft von PS, insbesondere, wenn deren Verluste von PS abgedeckt werden, während PS gleichzeitig gegenüber H Preise verrechnet und Rabattkonditionen gewährt, die es H unmöglich machen, diese niedrigen Endkundenpreise einzustellen.

Missbräuchliche Praktiken im Werkstättenbetrieb (Konditionenmissbrauch)

Verpflichtung zur Durchführung von Garantie- und Gewährleistungsarbeiten mit PS gestellten Bedingungen, insbesondere einem auch für H aufwändigen Kontrollsystem, die diese Arbeiten für H wirtschaftlich unrentabel machen.

Abwicklung von Garantie- und Gewährleistungsaufträgen mit nicht kostendeckenden Stundensätzen sowie nicht kostendeckenden Refundierungen bei Ersatzteilen.

Missbräuchliche Praktiken, die beide Geschäftsbereiche betreffen

Überwälzung der Kosten für Mystery Shopping, Mystery Leads (Anfragen an Händler zu Probefahrten uä, um zu kontrollieren, ob in der vorgegebenen Zeit eine Antwort des Händlers erfolgt) und Standardkriterien-Audits auf H, insbesondere durch die kalkulatorische Einbeziehung dieser Kosten in die Schulungspauschale

Beispiel 2: Ein Handelsunternehmen (E) übernimmt eine Handelskette derselben Branche (P) und vergleicht seine eigenen Einkaufskonditionen mit jenen von P. In weiterer Folge tritt E an seine Lieferanten (L) heran und fordert von diesen:

- eine Anpassung, wo P bei einzelnen Konditionen im Vorteil war (Diese Vorteile bestanden nicht nur im Zeitpunkt der Übernahme, sondern auch lange zuvor und nur zeitweise.),
- eine pauschale Anpassung der eigenen Zahlungsziele an die von P,
- eine Beteiligung an den Kosten für den Umbau von den Filialen von P („Partnerschaftsvergütung“)
- E verfügt gegenüber L über relative Marktmacht aufgrund
- eines hohen Marktanteils beim Verkauf der Produkte von L,
- eines niedrigen Anteils dieser Produkte im Umsatz von P,
- beschränkter Alternativen für den Vertrieb der Produkte von L,
- gering ausgeprägter Markenbindung der Konsumenten hinsichtlich der von L hergestellten Waren und
- der kaum vorhandenen Möglichkeit von Vermarktungsaktionen bei anderen wichtigen Abnehmern.
- Im Ergebnis hat E seine Marktmacht gegenüber L durch das Fordern der genannten Geschäftsbedingungen („Hochzeitsrabatte“) missbraucht.¹⁹

Das Bundesgesetz zur Verbesserung der Nahversorgung und der Wettbewerbsbedingungen (Faire-Wettbewerbsbedingungen-Gesetz - FWBG)

Das nunmehrige FWBG wurde ursprünglich als Ergänzung zum Kartellgesetz geschaffen. Es geht zwar von einem **Machtgefälle zwischen Unternehmen** aus, stellt jedoch nicht auf das Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung ab. Zu beachten ist außerdem, dass das neben dem UWG angewendet werden kann (§ 9 FWBG). Ein Verstoß gegen das FWBG kann zugleich einen Rechtsbruch iSd § 1 UWG darstellen, wogegen bei den für Handelssachen zuständigen Zivilgerichten vorgegangen werden kann. Eine wesentliche Erweiterung seines Anwendungsbereichs erfuhr das Gesetz durch die Umsetzung der UTP-RL. Bestimmte Verhaltensweisen von Unternehmen auf der Nachfrageseite im Agrar- und Lebensmittelsektor sind nun bei Vorliegen eines bestimmten Umsatz-Größenverhältnisses zum Lieferanten per se verboten.

Gefährdung des leistungsgerechten Wettbewerbs (Kaufmännisches Wohlverhalten)

§ 1 Abs 1 FWBG enthält eine **Generalklausel zu kaufmännischem Wohlverhalten**, Abs 2 zählt beispielhaft einige Praktiken auf, die geeignet sind, den leistungsgerechten Wettbewerb zu gefährden,²⁰ und Abs 3 stellt klar, dass Verstöße gegen Vorschriften der sogenannten Plattform-to-Business-VO (P2B-VO) jedenfalls geeignet sind, den leistungsgerechten

¹⁹ Siehe zu diesem Beispiel die Entscheidung des deutschen Bundesgerichtshofs vom 23.1.2018 unter der Geschäftszahl KVR 3/17 sowie Beispiel 3 auf S 38.

²⁰ Die Bundeskammer der gewerblichen Wirtschaft hat am 10.10.1977 einen Wohlverhaltenskatalog veröffentlicht (ÖBl 1977; 150), der Sachverhalte nennt, die nach Auffassung der beteiligten Wirtschaftskreise dem kaufmännischen Wohlverhalten widersprechen und geeignet sind, den leistungsgerechten Wettbewerb zu gefährden.

Wettbewerb zu gefährden. Diese sieht ua verbindliche Vorgaben für die Gestaltung und den Inhalt von AGB von Online-Vermittlungsdiensten gegenüber gewerblichen Nutzern vor.

FWBG § 1

(1) Verhaltensweisen von Unternehmern im geschäftlichen Verkehr untereinander können untersagt werden, soweit sie geeignet sind, den leistungsgerechten Wettbewerb zu gefährden.

(2) Solche Verhaltensweisen sind insbesondere das Anbieten oder Fordern, Gewähren oder Annehmen von Geld oder sonstiger Leistungen, auch von Rabatten, Sonderkonditionen, besonderen Ausstattungen, Rücknahmeverpflichtungen oder Haftungsübernahmen, zwischen Lieferanten und Wiederverkäufern, die sachlich nicht gerechtfertigt sind, vor allem, wenn zusätzlichen Leistungen keine entsprechenden Gegenleistungen gegenüberstehen.

(3) Verhaltensweisen von Anbietern von Online-Vermittlungsdiensten im Sinne von Art. 2 Abs. 3 und Online-Suchmaschinen im Sinne von Art. 2 Abs. 6 der Verordnung (EU) 2019/1150 zur Förderung von Fairness und Transparenz für gewerbliche Nutzer von Online Vermittlungsdiensten, ABl. L 186 vom 11.07.2019 S. 57, gegenüber gewerblichen Nutzern im Sinne von Art. 2 Abs. 1 und Nutzern mit Unternehmenswebsite im Sinne von Art. 2 Abs. 7 dieser Verordnung, welche gegen Verpflichtungen der Art. 3 bis 12 dieser Verordnung verstoßen, sind jedenfalls geeignet, den leistungsgerechten Wettbewerb zu gefährden.

Beispiel für einen Verstoß gegen § 1 FWBG

Der Lieferant eines Markenprodukts fordert von einem Händler, der exklusiv Produkte dieser Marke vertreibt, seine Verkaufsräume in bestimmter Weise auszustatten. Diese Forderung geht über das legitime Interesse des Lieferanten an einem einheitlichen Auftritt sowie der Pflege des Markenimages hinaus, indem er

- Investitionen verlangt (etwa für bauliche Maßnahmen und die Gestaltung der Innenausstattung), die in einem Missverhältnis zu den Umsatz- und Ertragschancen des Händlerbetriebes stehen,
- er Investitionen fordert, die betriebswirtschaftlich unvernünftig sind,
- der geforderte Investitionszyklus auffällig von der üblichen Abschreibungsdauer abweicht,
- er für die Erbringung von Leistungen oder den Bezug bestimmter Waren (zB Einrichtungsgegenstände) Bezugsquellen festlegt, insbesondere, wenn diese dem Vergleich mit dritten Anbietern hinsichtlich Preis und/ oder Qualität nicht standhalten.

Diskriminierung

§ 2 FWBG normiert ein **Diskriminierungsverbot** im Verhältnis zwischen Lieferanten und gewerberechtlich befugten Wiederverkäufern.

FWBG § 2

(1) Wer als Lieferant gewerberechtlich befugten Wiederverkäufern bei Vorliegen gleicher Voraussetzungen ohne sachliche Rechtfertigung unterschiedliche Bedingungen gewährt oder anbietet, kann auf Unterlassung in Anspruch genommen werden.

(2) In gleicher Weise kann auch ein Wiederverkäufer in Anspruch genommen werden, der von Lieferanten sachlich nicht gerechtfertigte Bedingungen fordert oder annimmt.

Sicherung der Nahversorgung und der Wettbewerbsfähigkeit

§ 4 FWBG sieht die Möglichkeit eines **Kontrahierungszwangs** für Unternehmer, die üblicherweise an Letztverkäufer liefern, vor, wenn ansonsten die Nahversorgung gefährdet oder die Wettbewerbsfähigkeit des Letztverkäufers beeinträchtigt würde.

FWBG § 4

(1) Unternehmer sind, soweit in anderen Rechtsvorschriften nichts Gegenteiliges bestimmt ist, insbesondere bei der Auswahl der Letztverkäufer frei. Unternehmer, die üblicherweise an Letztverkäufer liefern, können zum Vertragsabschluss verpflichtet werden, wenn durch die Nichtbelieferung eines Letztverkäufers die Nahversorgung gefährdet oder die Wettbewerbsfähigkeit des Letztverkäufers bei derjenigen Warengattung, zu der die nicht gelieferte Ware gehört, wesentlich beeinträchtigt wird.

(2) Die Nahversorgung ist dann gefährdet, wenn es einer maßgeblichen Anzahl von Verbrauchern nicht möglich ist, die zur Befriedigung der notwendigen Bedürfnisse des täglichen Lebens dienenden Waren unter zumutbarem Zeit- und Kostenaufwand ohne Benützung eines Kraftfahrzeuges oder öffentlichen Verkehrsmittels zu kaufen.

(3) Die Lieferpflicht ist gegen Zahlung Zug um Zug und unter Bedachtnahme auf die Bedingungen, die vergleichbaren Letztverkäufern gewährt werden, sowie unter Berücksichtigung der Liefermöglichkeit des Lieferanten anzuordnen.

(4) Eine solche Lieferpflicht darf insbesondere in jenen Fällen nicht angeordnet werden, in denen die Belieferung

a. dem Lieferanten wirtschaftlich unzumutbar ist oder

b. gegen ein Gesetz oder gegen die guten Sitten verstoßen würde.

(5) Die Lieferpflicht ist auf Antrag zu widerrufen, wenn die für ihre Anordnung maßgebenden Gründe weggefallen sind. Wird die Existenz von Mitbewerbern durch die Lieferpflicht wesentlich beeinträchtigt, so ist diese auf Antrag einzuschränken oder zu widerrufen.

Bestimmungen des FWBG zur Umsetzung der UTP-RL

Ziel der UTP-RL bzw ihrer nationalen Umsetzung im FWBG ist es, dem **Ungleichgewicht hinsichtlich der Verhandlungsmacht** von Lieferanten und Käufern von Agrar- und Lebensmittelzeugnissen zu begegnen und den Lieferanten als meist schwächeren Handelspartner zu schützen. Welche Praktiken unzulässig sind, ergibt sich aus § 5c FWBG iVm den Anhängen I und II. Anhang I enthält die sogenannte „schwarze Liste“ mit jenen Praktiken, die unter allen Umständen verboten sind. Sie können auch vertraglich nicht abbedungen werden. Eine „graue Liste“ mit Praktiken, die verboten sind, wenn sie zuvor nicht ausdrücklich vereinbart wurden, findet sich in Anhang II.

Liefervereinbarungen, die bereits vor dem Inkrafttreten der neuen UTP-Bestimmungen des FWBG (1.1.2022) bestanden, müssen bis 1.5.2022 mit diesen in Einklang gebracht werden.

Als **Agrar- und Lebensmittelzeugnisse**, die unter den Anwendungsbereich des FWBG fallen, gelten

- Produkte aus Anhang I zum AEUV (zB Milch und Milchprodukte, Fleisch, aber auch Tabak, Schnittblumen oder Futter) sowie
- Lebensmittel, die aus solchen Produkten hergestellt werden (zB Fruchtjoghurt)

Lieferanten sind landwirtschaftliche Produzenten oder Gruppen von solchen (auch Erzeugerorganisationen und deren Vereinigungen), die landwirtschaftliche Produkte bzw Lebensmittelprodukte verkaufen (zB Landwirte, Verarbeiter, Handel/Großhandel).

Käufer sind natürliche oder juristische Personen (auch Gruppen von solchen), die landwirtschaftliche Produkte bzw Lebensmittelprodukte kaufen (zB Verarbeiter, Händler, Einkaufsallianzen, Gebietskörperschaften). Nicht erfasst ist der Verkauf an Verbraucher.

Die UTP-RL ist anwendbar, wenn zumindest eine Vertragspartei ihren Sitz in der EU hat. Zu den Voraussetzungen, um eine Beschwerde bei der BWB einzubringen siehe S 50.

Lieferanten und Käufer müssen einander in einem bestimmten **Größenverhältnis** hinsichtlich ihres Jahresumsatzes gegenüberstehen:

- Umsatz Lieferant \leq € 2 Mio – Umsatz Käufer $>$ € 2 Mio
- € 2 Mio $<$ Umsatz Lieferant \leq € 10 Mio – Umsatz Käufer $>$ € 10 Mio
- € 10 Mio $<$ Umsatz Lieferant \leq € 50 Mio – Umsatz Käufer $>$ € 50 Mio
- € 50 Mio $<$ Umsatz Lieferant \leq € 150 Mio – Umsatz Käufer $>$ € 150 Mio
- € 150 Mio $<$ Umsatz Lieferant \leq € 350 Mio – Umsatz Käufer $>$ € 350 Mio
- € 350 Mio $<$ Umsatz Lieferant \leq € 1 Mrd – Umsatz Käufer $>$ € 5 Mrd²¹

²¹ Befristet bis 31.12.2025.

Lieferanten, deren Jahresumsatz € 350 Mio übersteigt, können sich somit nicht auf die UTP-Bestimmungen berufen.

Ist der Käufer eine Behörde, (gemeint sind öffentliche Auftraggeber bzw. Sektorenauftraggeber) gelten die Bestimmungen des FWBG zu UTP für alle Lieferanten mit einem Jahresumsatz bis zu € 350 Mio.

Die Jahresumsätze werden anhand des Anhangs der KMU-Mitteilung²² der Europäischen Kommission ermittelt. Maßgeblich ist grundsätzlich der Gesamtumsatz und nicht nur jener, der mit Agrar- und Lebensmittelerzeugnissen erzielt wurde.

FWBG § 5c

(1) Die im **Anhang I** angeführten Handelspraktiken sind verboten. Die in **Anhang II** angeführten Handelspraktiken sind verboten, es sei denn, diese sind zuvor klar und eindeutig in der Liefervereinbarung oder in einer Folgevereinbarung zwischen dem Lieferanten und dem Käufer vereinbart worden.

(...)

(5) Sollte ein Vertrag eine im Anhang I angeführte Handelspraktik enthalten oder eine im Anhang II angeführte Handelspraktik, ohne dass diese zuvor klar und eindeutig in der Liefervereinbarung oder in einer Folgevereinbarung zwischen dem Lieferanten und dem Käufer vereinbart worden wäre, so sind diese Klauseln absolut nichtig. Die Gültigkeit der übrigen Bestimmungen des Vertrages wird nicht berührt.

FWBG Anhang I

Handelspraktiken, die unter allen Umständen verboten sind:

1. Der Käufer bezahlt den Lieferanten,

a) wenn die Liefervereinbarung eine regelmäßige Lieferung von Erzeugnissen festlegt,

i) für verderbliche Agrar- und Lebensmittelerzeugnisse mehr als 30 Tage nach Ablauf des vereinbarten Lieferzeitraums, in dem Lieferungen erfolgt sind, oder mehr als 30 Tage nach dem Tag der Festlegung des zu zahlenden Betrags für diesen Lieferzeitraum, je nachdem, welcher der beiden Zeitpunkte der spätere ist;

ii) für andere Agrar- und Lebensmittelerzeugnisse mehr als 60 Tage nach Ablauf des vereinbarten Lieferzeitraums, in dem Lieferungen erfolgt sind, oder mehr als 60 Tage nach dem Tag der Festlegung des zu zahlenden Betrags für diesen Lieferzeitraum, je nachdem, welcher der beiden Zeitpunkte der spätere ist. Für die Zwecke der in dieser

²² Empfehlung 2003/361/EG betreffend die Definition der Kleinstunternehmen sowie der kleinen und mittleren Unternehmen, ABl L 2003/124, 36.

Ziffer genannten Zahlungsfristen ist in jedem Fall anzunehmen, dass die vereinbarten Lieferzeiträume einen Monat nicht überschreiten;

b) wenn die Liefervereinbarung keine regelmäßige Lieferung von Erzeugnissen festlegt,

i) für verderbliche Agrar- und Lebensmittelerzeugnisse mehr als 30 Tage nach dem Tag der Lieferung oder mehr als 30 Tage nach dem Tag der Festlegung des zu zahlenden Betrags, je nachdem, welcher der beiden Zeitpunkte der spätere ist;

ii) für andere Agrar- und Lebensmittelerzeugnisse mehr als 60 Tage nach dem Tag der Lieferung oder mehr als 60 Tage nach der Festlegung des zu zahlenden Betrags, je nachdem, welcher der beiden Zeitpunkte der spätere ist.

Legt der Käufer den zu zahlenden Betrag fest, so beginnt unbeschadet der lit. a und b

i) die in lit. a genannte Zahlungsfrist mit dem Ende des vereinbarten Lieferzeitraums, in dem Lieferungen erfolgt sind, und

ii) die in lit. b genannte Zahlungsfrist mit dem Tag der Lieferung.

2. Der Käufer storniert die Bestellung verderblicher Agrar- und Lebensmittelerzeugnisse so kurzfristig, dass von einem Lieferanten nach vernünftigem Ermessen nicht erwartet werden kann, dass er eine alternative Vermarktungs- oder Verwendungsmöglichkeit für diese Erzeugnisse findet; eine Stornierungsfrist von weniger als 30 Tagen vor Lieferung gilt in jedem Fall als kurzfristig.

3. Der Käufer ändert einseitig die Bedingungen einer Liefervereinbarung für Agrar- und Lebensmittelerzeugnisse in Bezug auf Häufigkeit, Methode, Ort, Zeitpunkt oder Umfang der Lieferung von Agrar- und Lebensmittelerzeugnissen, Qualitätsstandards, Zahlungsbedingungen oder Preise oder im Hinblick auf die Erbringung von Dienstleistungen, soweit diese in Anhang II ausdrücklich genannt werden.

4. Der Käufer verlangt vom Lieferanten Zahlungen, die nicht im Zusammenhang mit dem Verkauf von Agrar- und Lebensmittelerzeugnissen des Lieferanten stehen.

5. Der Käufer verlangt vom Lieferanten, dass dieser für Qualitätsminderung oder Verlust von Agrar- und Lebensmittelerzeugnissen bezahlt, die in den Räumlichkeiten des Käufers auftreten oder nach Eigentumsübergang auf den Käufer, wenn die Qualitätsminderung oder der Verlust nicht durch Fahrlässigkeit oder Vorsatz des Lieferanten verursacht wurden.

6. Der Käufer verweigert die schriftliche Bestätigung der Bedingungen einer Liefervereinbarung zwischen dem Käufer und dem Lieferanten, für die der Lieferant eine schriftliche Bestätigung verlangt hat. Dies gilt nicht, wenn die Liefervereinbarung sich auf Erzeugnisse bezieht, die von einem Mitglied einer Erzeugerorganisation einschließlich einer Genossenschaft an die Erzeugerorganisation, der der Lieferant angehört, geliefert werden sollen, wenn die Satzung dieser Erzeugerorganisation oder die sich aus dieser Satzung ergebenden oder darin vorgesehenen Regeln und Beschlüsse Bestimmungen enthalten, mit

denen eine ähnliche Wirkung erzielt wird wie mit den Bedingungen der Liefervereinbarung.

7. Der Käufer erwirbt oder nutzt Geschäftsgeheimnisse des Lieferanten rechtswidrig im Sinne der Richtlinie (EU) 2016/943 über den Schutz vertraulichen Know-hows und vertraulicher Geschäftsinformationen (Geschäftsgeheimnisse) vor rechtswidrigem Erwerb sowie rechtswidriger Nutzung und Offenlegung, ABl. Nr. L 157 vom 15.06.2016 S. 1, oder legt diese rechtswidrig im Sinne der genannten Richtlinie offen.

8. Der Käufer droht dem Lieferanten Vergeltungsmaßnahmen kommerzieller Art an oder ergreift gegen ihn derartige Maßnahmen, wenn der Lieferant seine vertraglichen oder gesetzlichen Rechte geltend macht, auch indem er bei der Ermittlungsbehörde Beschwerde einreicht oder bei einer Ermittlung mit dieser zusammenarbeitet.

9. Der Käufer verlangt vom Lieferanten eine Entschädigung für die Kosten der Bearbeitung von Kundenbeschwerden im Zusammenhang mit dem Verkauf der Erzeugnisse des Lieferanten, obwohl weder fahrlässiges noch vorsätzliches Handeln des Lieferanten vorliegt.

10. Der Käufer gewährt dem Lieferanten bei Bestehen eines wirtschaftlichen Ungleichgewichts ohne sachliche Rechtfertigung bei gleichwertiger Leistung unterschiedliche Bedingungen im Vergleich zu anderen Vertragspartnern, insbesondere im Hinblick auf die Höhe des Preises oder die Zahlungsbedingungen.

11. Der Käufer verlangt ohne sachliche Rechtfertigung vom Lieferanten verderblicher Urprodukte bei Sicherstellung der vereinbarten Liefermenge an den Käufer als Lieferbedingung, dass er seine Produkte nicht gleichzeitig in einem im Verhältnis zur Lieferung an den Käufer untergeordneten Ausmaß selbst vermarktet.

Mit den Verboten der Z 10 und 11 ist der österreichische Gesetzgeber über die Vorgaben der UTP-RL hinausgegangen.

Z 10 fordert – zusätzlich zu dem durch die Umsatzzahlen ausgedrückten Größenunterschied – das Bestehen eines wirtschaftlichen Ungleichgewichts. Damit wird insbesondere an den Tatbestand der relativen Marktmacht (siehe S 23) angeknüpft. Somit geht es insbesondere um Fallkonstellationen, in denen der Lieferant zur Vermeidung schwerwiegender betriebswirtschaftlicher Nachteile auf die Aufrechterhaltung der Geschäftsbeziehung angewiesen ist. Eine sachliche Rechtfertigung für eine Differenzierung kann zB im Zusammenhang mit der Menge, dem Zeitraum, konstanten Lieferungen, der Qualität, der Zuverlässigkeit, Haftungsfragen, Beschaffungswegen oder Angebots- und Nachfrageentwicklung vorliegen.²³ Da § 2 FWBG und § 5 Abs 1 KartG bereits vergleichbare Diskriminierungstatbestände enthalten, ist noch unklar, welche praktischen Auswirkungen diese Bestimmung haben wird.

Z 11 wurde im Hinblick auf die besondere Bedeutung der **Direktvermarktung** im landwirtschaftlichen Bereich geschaffen. Eine Definition des Begriffs „Urprodukte“ ist der Urprodukteverordnung²⁴ zu entnehmen. Zu ihnen zählen zB Fische, Fleisch, Milch oder Obst. Als verderblich werden diese anzusehen sein, wenn sie innerhalb von 30 Tagen nach der Ernte oder Erzeugung nicht mehr zum Verkauf geeignet sind (vgl § 5b Z 4 FWBG zu verderblichen Agrar- und Lebensmittelerzeugnissen). Eine sachliche Rechtfertigung einer ausschließlichen Belieferung wird vermutlich anzunehmen sein, wenn ohne diese an der Fähigkeit zur Lieferung der vereinbarten Menge berechnete Zweifel bestehen.

²³ ErläutRV 1167 BlgNR 27. GP.

²⁴ Verordnung des Bundesministers für Wirtschaft und Arbeit über die Zugehörigkeit der von Land- und Forstwirten hergestellten Produkte zur land- und forstwirtschaftlichen Urproduktion, BGBl II 2008/410.

FWBG Anhang II

Handelspraktiken, die verboten sind, es sei denn, diese sind zuvor klar und eindeutig in der Liefervereinbarung oder in einer Folgevereinbarung zwischen dem Lieferanten und dem Käufer vereinbart worden:

1. Der Käufer schickt nicht verkaufte Agrar- und Lebensmittelzeugnisse an den Lieferanten zurück, ohne für diese nicht verkauften Erzeugnisse oder für deren Beseitigung zu bezahlen.
2. Vom Lieferanten wird eine Zahlung dafür verlangt, dass seine Agrar- und Lebensmittelzeugnisse gelagert, zum Verkauf angeboten, gelistet oder auf dem Markt bereitgestellt werden.
3. Der Käufer verlangt vom Lieferanten, dass dieser die gesamten Kosten oder einen Teil davon für Preisnachlässe bei Agrar- und Lebensmittelzeugnissen, die der Käufer im Rahmen einer Verkaufsaktion verkauft, trägt. Ausgenommen sind Fälle, in denen der Käufer eine Verkaufsaktion veranlasst, vor deren Beginn der Käufer mitteilt, in welchem Zeitraum die Aktion laufen wird und welche Menge an Agrar- und Lebensmittelzeugnissen voraussichtlich zu dem niedrigeren Preis bestellt wird.
4. Der Käufer verlangt vom Lieferanten, dass dieser für die Werbung für Agrar- und Lebensmittelzeugnisse durch den Käufer zahlt.
5. Der Käufer verlangt vom Lieferanten, dass dieser für die Vermarktung von Agrar- und Lebensmittelzeugnissen durch den Käufer zahlt.
6. Der Käufer verlangt vom Lieferanten eine Zahlung für das Personal für die Einrichtung der Räumlichkeiten, in denen die Erzeugnisse des Lieferanten verkauft werden.

Beispiele zu den Anhängen I und II FWBG

Beispiel 1 (Kurzfristige Stornierung): Ein Obstbauer (Umsatz < EUR 2 Mio) hat mit einem Marmeladeproduzenten (Umsatz EUR 65 Mio) einen Vertrag über die Lieferung von Beeren abgeschlossen. Da es diesem wider Erwarten nicht gelingt, bei einem Unternehmen des LEH mit seinen Produkten gelistet zu werden, storniert er drei Wochen vor der vereinbarten Lieferung seine Bestellung bei dem Obstbauern.

Beispiel 2 (Einseitige Änderung der Liefervereinbarung): Ein großes Unternehmen des LEH hat mit einer regionalen landwirtschaftlichen Genossenschaft eine Vereinbarung über die Belieferung mit (konventionell angebauten) Kartoffeln abgeschlossen. Im Zuge einer Kampagne zur Steigerung der Nachhaltigkeit entschließt sich das Unternehmen, verstärkt biologisch angebautes Gemüse zu vertreiben. In weiterer Folge fordert es (während aufrechter Vertragsbeziehungen) von der Genossenschaft, dass die gelieferten Kartoffeln künftig den gesetzlichen Vorgaben für biologische Landwirtschaft entsprechen müssen.

Beispiel 3 (Verlangen von Zahlungen ohne Zusammenhang mit dem Verkauf von Agrar- und Lebensmittelzeugnissen): Ein Unternehmen des LEH hat einen Mitbewerber übernommen. Nunmehr fordert es von vier Sektherstellern, sich an den Umbaukosten der neu

übernommenen Filialen zu beteiligen, wobei diese Beteiligung pauschal vom Lieferumsatz berechnet wurde. Da die Berechnungsmethode nicht lieferanten-, waren- oder artikelbezogen und eine Gegenleistung im Zeitpunkt der Aufforderung nicht erkennbar war, war das Verlangen dieser Zahlung unzulässig.²⁵

Beispiel 4 (Diskriminierung): Ähnliche Diskriminierungstatbestände bestehen auch unter § 5 Abs 1 Z 3 KartG und § 2 FWBG. (Zu den Voraussetzungen der Anwendbarkeit von Z 10 siehe S 36.)

Ein Hersteller von Fruchtsäften (Umsatz EUR 250 Mio) bezieht von einer Vielzahl von Obstproduzenten (sämtlich mit Umsätzen < EUR 10 Mio) Äpfel zur weiteren Verarbeitung. Zwischen den Äpfeln der unterschiedlichen Lieferanten gibt es keine Qualitätsunterschiede und auch sonst liegen keine sachlichen Gründe für eine Ungleichbehandlung (zB nennenswerte Unterschiede hinsichtlich der Liefermenge, Konstanz der Lieferungen etc) vor. Dennoch zahlt der Abnehmer einigen Lieferanten, die (zur Vermeidung schwerer betriebswirtschaftlicher Nachteile) auf die Aufrechterhaltung der Geschäftsbeziehungen mit ihm angewiesen sind, einen geringeren Preis für die von ihnen gelieferten Äpfel.

Beispiel 5 (Beteiligung an Preisnachlässen, Werbung, Vermarktung und Personalkosten zulässige Zusammenarbeit): Zu Beginn der Spargelsaison plant ein Lebensmitteleinzelhändler eine Marketingaktion für frischen, regionalen Spargel. Neben der Werbung in seinem Flugblatt sollen dazu auch Anzeigen in Regionalzeitungen geschaltet werden. Er schlägt einem Landwirt aus der Region vor, sich an dieser Aktion zu beteiligen, indem er größere Mengen Spargels zu einem reduzierten Preis liefert und sich außerdem an den geplanten Marketingmaßnahmen finanziell beteiligt. Im Rahmen der Marketingaktion wird ein großer Teil der Gemüseabteilung des Lebensmittelgeschäftes der Präsentation des Spargels gewidmet und entsprechend dekoriert. Die Einrichtung dieses Bereichs erfolgt durch das Personal des Händlers. Der Landwirt sieht in diesen Maßnahmen eine gute Gelegenheit, den Absatz seines Spargels zu fördern. Händler und Landwirt besprechen in weiterer Folge Länge und Umfang der Kampagne, vereinbaren klar, zu welchem Preis der Spargel geliefert und für welche Maßnahmen der Landwirt Zahlungen leisten soll. Diese Vorgangsweise ist zulässig, weil die Beteiligung des Landwirts an der Aktion zuvor klar und eindeutig zwischen dem Lieferanten und dem Käufer vereinbart wurde.

Das Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG)

Ziel der lauterkeitsrechtlichen Bestimmungen, wie sie sich im UWG finden, ist es, fairen Leistungswettbewerb sicherzustellen.

Unlautere Geschäftspraktiken (§ 1 UWG)

Die **Generalklausel** des § 1 Abs 1 UWG enthält in ihrer Z 1 die folgende Bestimmung für das Verhältnis zwischen Unternehmen. Zu § 1 UWG hat sich eine umfangreiche Judikatur entwickelt, die unlauteres Verhalten in unterschiedliche Fallgruppen gliedert. Zu nennen ist hier insbesondere der Rechtsbruch, der im Zusammenhang mit Gesetzesverletzungen vorliegen kann, die dazu geeignet sind, dem gesetzwidrig Handelnden einen sachlich nicht gerechtfertigten Vorsprung vor gesetzestreuen Mitbewerbern zu verschaffen. In diesem Zusammenhang sind Verstöße gegen verschiedenste Rechtsvorschriften denkbar, neben

²⁵ Vgl S 26f, Beispiel 2 zur Entscheidung des BGH zu KVR 3/17.

solchen gegen KartG und FWBG²⁶ etwa auch solche gegen die GewO (zB fehlende Gewerbeberechtigung) oder auch gegen arbeitsrechtliche Vorschriften oder einen Kollektivvertrag.

²⁶ Vgl S 16 und 27.

UWG § 1

(1) Wer im geschäftlichen Verkehr

- eine unlautere Geschäftspraktik oder sonstige unlautere Handlung anwendet, die geeignet ist, den Wettbewerb zum Nachteil von Unternehmen nicht nur unerheblich zu beeinflussen, [...] kann auf Unterlassung und bei Verschulden auf Schadenersatz in Anspruch genommen werden.

Beispiele für Verstöße gegen das UWG

Beispiel 1: Ein Handelsunternehmen, das mit seinen Lieferanten bereits Jahresverträge abgeschlossen hat, verlangt von diesen aus Anlass eines Firmenjubiläums nachträglich Zahlungen für eine ursprünglich nicht vorgesehene Werbeaktion. Eine konkrete Gegenleistung besteht nicht, weil das Unternehmen die Zahlungen auch für andere Zwecke als für Werbung für die Produkte ihrer Lieferanten einsetzen kann.

Hat ein Lieferant

- keinen oder nahezu keinen Verhandlungsspielraum gegenüber dem Nachfrager und
- erzwingt dieser Nachfrager auf Grund seiner Marktmacht von ihm Sonderkonditionen ohne entsprechende Gegenleistungen,
- kann darin ein wettbewerbswidriges Verhalten des Nachfragers nach § 1 UWG gegenüber seinen Mitbewerbern liegen. Es besteht nämlich die Gefahr, dass (kleinere) Handelsunternehmen, die vom Hersteller keine Sonderkonditionen erhalten, verdrängt werden.

Das gilt erst recht, wenn

- bereits Verträge ausgehandelt waren und nachträglich zusätzliche Vereinbarungen ohne Gegenleistung verlangt werden,
- sofern dieses Verlangen geeignet ist, beim Lieferanten den Eindruck zu erwecken, dass er bei Ablehnung der Leistung wirtschaftliche Nachteile erleiden könnte.²⁷

Hinsichtlich der Berechtigung zur Geltendmachung eines Unterlassungsanspruchs nach § 1 UWG siehe S 51. Im vorliegenden Fall werden die verlangten Zahlungen auch als

²⁷ Siehe zu diesem Beispiel die Entscheidung des OGH vom 17.12.1996 unter der Geschäftszahl 4 Ob 2365/96i.

zusätzliche Leistungen iSd § 1 Abs 2 FWBG, denen keine entsprechende Gegenleistung gegenübersteht, zu werten sein. Zu den Antragsrechten nach § 1 FWBG siehe S 49.

Schließlich wird bei Vorliegen von Marktbeherrschung iSd § 4 KartG auch ein Marktmissbrauch gem § 5 KartG vorliegen. Zur Antragsberechtigung siehe S 48f.

Beispiel 2: Ein Einzelhandelsunternehmen (E), das in den Verträgen mit seinen Lieferanten (L) keine Ausschließlichkeitsbindung vereinbart hat, fordert diese auf, einen Mitbewerber (M) künftig nicht mehr zu beliefern. Die Produkte jener Unternehmen, die die Belieferung von M fortsetzen, würden ausgelistet werden.

Hier handelt es sich um einen Boykottaufruf durch E, durch den ein Mitbewerber (M) behindert werden soll. In diesem Fall ist also E der Verrufer (Boykottierer), L sind die Ausführer (Sperrer) und M ist der Verrufene (Boykottierte), also das Opfer des Boykottaufrufs. Es liegt eine unlautere Geschäftspraktik iSd § 1 UWG vor, für die es wesentlich ist, dass zwischen dem Verrufer und dem Verrufenen ein Wettbewerbsverhältnis besteht.

Aggressive Geschäftspraktiken (§ 1a UWG)

Wie sich aus § 1a UWG ergibt, gilt das Verbot aggressiver Geschäftspraktiken auch gegenüber Unternehmern (Marktteilnehmer), wobei das Androhen wirtschaftlicher Nachteile durch einen marktstarken Unternehmer allein noch nicht als Belästigung, Nötigung oder unzulässige Beeinflussung im Sinne dieser Bestimmung anzusehen sein wird. Jedenfalls verboten sind die im Anhang zum UWG unter den Z 24 bis 32 aufgezählten Praktiken, die jedoch überwiegend das Verhältnis zu Verbrauchern betreffen. Z 32 verbietet Buchungsplattformen das Fordern von Bestpreis- bzw Bestkonditionenklauseln gegenüber Beherbergungsunternehmen.

UWG § 1a.

(1) Eine Geschäftspraktik gilt als aggressiv, wenn sie geeignet ist, die Entscheidungs- oder Verhaltensfreiheit des Marktteilnehmers in Bezug auf das Produkt durch Belästigung, Nötigung, oder durch unzulässige Beeinflussung wesentlich zu beeinträchtigen und ihn dazu zu veranlassen, eine geschäftliche Entscheidung zu treffen, die er andernfalls nicht getroffen hätte.

(2) Bei der Feststellung, ob eine aggressive Geschäftspraktik vorliegt, ist auch auf

- Zeitpunkt, Ort, Art oder Dauer,
- die Verwendung von drohenden oder beleidigenden Formulierungen oder Verhaltensweisen,
- die Ausnutzung von konkreten Unglückssituationen oder Umständen von solcher Schwere durch den Unternehmer, welche das Urteilsvermögen des Verbrauchers beeinträchtigen, worüber sich der Unternehmer bewusst ist, um die Entscheidung des Verbrauchers in Bezug auf das Produkt zu beeinflussen.
- belastende oder unverhältnismäßige Hindernisse nichtvertraglicher Art, mit denen der Unternehmer den Verbraucher an der Ausübung seiner vertraglichen Rechte – insbesondere am Recht, den Vertrag zu kündigen oder zu einem anderen Produkt oder einem anderen Unternehmen zu wechseln – zu hindern versucht und
- Drohungen mit rechtlich unzulässigen Handlungen abzustellen.

(3) Jedenfalls als aggressiv gelten die im Anhang unter Z 24 bis 31 angeführten Geschäftspraktiken.

(4) Jedenfalls als aggressiv gilt auch die im Anhang unter Z 32 genannte Geschäftspraktik. Vereinbarungen darüber sind absolut nichtig.

Das Allgemeine Bürgerliche Gesetzbuch (ABGB)

Auch Bestimmungen des allgemeinen Zivilrechts können im Zusammenhang mit unfairen Geschäftspraktiken relevant sein. Im Folgenden werden zwei bedeutsame Normen aus dem ABGB betreffend den Abschluss von Verträgen und die Zulässigkeit ihres Inhalts exemplarisch dargestellt.

Überraschende Vertragsklauseln (§ 864a ABGB)

Das ABGB sieht in § 864a eine **Geltungskontrolle** und in § 879 Abs 3 eine **Inhaltskontrolle von Allgemeinen Geschäftsbedingungen** (AGB) vor. Während § 879 Abs 3 nur auf solche Klauseln zur Anwendung kommt, die nicht eine der beiderseitigen Hauptleistungspflichten²⁸ regeln, unterliegen alle Klauseln der Geltungskontrolle des § 864a. Die Kontrolle von AGB erfolgt zu Lasten jener Partei, die sie in den Vertrag eingeführt hat.²⁹

§ 864a soll Vertragspartner eines AGB-Verwenders vor nachteiligen Klauseln schützen, mit denen er aufgrund der Umstände bei Vertragsabschluss nicht rechnen brauchte („Bestimmungen ungewöhnlichen Inhalts“). Das umfasst sowohl objektiv ungewöhnliche Regelungen als auch solche, die im konkreten Zusammenhang gerade für diesen Vertragspartner überraschend sein mussten.³⁰ Nachteilig ist jede Vertragsbestimmung, die von den Vorgaben des dispositiven Rechts zu Lasten des Vertragspartners des AGB-Verwenders abweicht. In Ermangelung einer Regel des dispositiven Rechts ist zu prüfen, ob der Vertragspartner ohne Klausel besser stünde als bei Geltung der Klausel.³¹

ABGB § 864a.

Bestimmungen ungewöhnlichen Inhaltes in Allgemeinen Geschäftsbedingungen oder Vertragsformblättern, die ein Vertragsteil verwendet hat, werden nicht Vertragsbestandteil, wenn sie dem anderen Teil nachteilig sind und er mit ihnen auch nach den Umständen, vor allem nach dem äußeren Erscheinungsbild der Urkunde, nicht zu rechnen brauchte; es sei denn, der eine Vertragsteil hat den anderen besonders darauf hingewiesen.

Beispiel ungewöhnlicher Bestimmungen in AGB

Die allgemeinen Lieferbedingungen eines Herstellers sehen (ohne drucktechnische Hervorhebung) am Ende des Punktes „Preise, Zahlungsbedingungen“ ua vor, dass bei Zahlungsverzug sämtliche gewährte Nachlässe, Rabatte und Boni hinfällig und rückverrechnet werden. Dies würde für einen Zwischenhändler im Falle des Zahlungsverzuges eine

²⁸ Die Hauptleistungspflichten machen das Wesen eines Rechtsgeschäfts aus; ihretwegen wird ein Vertrag geschlossen (idR Ware und Preis).

²⁹ Graf in Kletečka/Schauer, ABGB-ON1.04 § 864a Rz 35 f (Stand 1.10.2017, rdb.at).

³⁰ Graf in Kletečka/Schauer, ABGB-ON1.04 § 864a Rz 39 ff (Stand 1.10.2017, rdb.at).

³¹ Graf in Kletečka/Schauer, ABGB-ON1.04 § 864a Rz 46. (Stand 1.10.2017, rdb.at).

Vervielfachung der üblichen Marktpreise bedeuten. Solch eine Bestimmung wäre als ungewöhnlich und überraschend iSd § 864a ABGB zu beurteilen. Aufgrund der ohne Hervorhebung erfolgten Platzierung der Klausel am Ende des Punktes „Preise, Zahlungsbedingungen“ müsste auch ein durchschnittlich sorgfältiger Leser nicht die Festlegung derart exorbitanter Zahlungsverzugsfolgen vermuten. In Ermangelung eines besonderen Hinweises auf diese Klausel würde diese nicht Vertragsbestandteil werden.³²

Rechts- und Sittenwidrigkeit (879 ABGB)

§ 879 ABGB zieht wesentliche **Grenzen der Privatautonomie**. Abs 1 legt den Grundsatz der **Nichtigkeit von Verträgen** fest, die gegen ein gesetzliches Verbot verstoßen. Diese Nichtigkeit greift dann, wenn sie vom betreffenden Verbot ausdrücklich angeordnet wird (vgl § 1 Abs 3 KartG) oder sich aber aus dem Normzweck ergibt.³³ Die Berufung auf die **guten Sitten** wiederum hat ua die Funktion, eine Vertragspartei vor qualifiziert nachteiligen Vertragsbindungen bzw grob benachteiligender Vertragsgestaltung zu schützen. Diese Schutzfunktion ist vor allem bedeutsam, wenn zwischen den Parteien ungleiche Verhandlungsmacht besteht. Je größer die Beeinträchtigung des Gleichgewichts zwischen den Parteien ist, desto strenger sind die Anforderungen für eine Abweichung vom dispositiven Recht³⁴. Von den Sondertatbeständen des Abs 2 ist insbesondere der **Wucher** (Z 4) zu nennen. Abs 3 dient nicht nur der Kontrolle von AGB, sondern ist auch zur Kontrolle vertraglicher Regelungen heranzuziehen, wenn der Vertrag in einer Ungleichgewichtssituation geschlossen wird, die jener bei Vertragsabschluss unter Zugrundelegung von AGB vergleichbar ist.³⁵

ABGB § 879.

(1) Ein Vertrag, der gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten verstößt, ist nichtig.

(2) Insbesondere sind folgende Verträge nichtig:

- [...] wenn jemand den Leichtsin, die Zwangslage, Verstandesschwäche, Unerfahrenheit oder Gemütsaufregung eines anderen dadurch ausbeutet, daß er sich oder einem Dritten für eine Leistung eine Gegenleistung versprechen oder gewähren läßt, deren Vermögenswert zu dem Werte der Leistung in auffallendem Mißverhältnisse steht.

(3) Eine in Allgemeinen Geschäftsbedingungen oder Vertragsformblättern enthaltene Vertragsbestimmung, die nicht eine der beiderseitigen Hauptleistungen festlegt, ist jedenfalls nichtig, wenn sie unter Berücksichtigung aller Umstände des Falles einen Teil gröblich benachteiligt.

³² Siehe zu diesem Beispiel die Entscheidung des OGH vom 2.7.2009 unter der Geschäftszahl 6 Ob 57/08p.

³³ Graf in Kletečka/Schauer, ABGB-ON1.04 § 879 Rz 3 (Stand 1.10.2017, rdb.at).

³⁴ Graf in Kletečka/Schauer, ABGB-ON1.04 § 879 Rz 66 f (Stand 1.10.2017, rdb.at).

³⁵ Graf in Kletečka/Schauer, ABGB-ON1.04 § 879 Rz 296 (Stand 1.10.2017, rdb.at).

Beispiel für Sittenwidrigkeit

Vertragsparteien können für den Fall, dass ein Vertrag nicht oder nicht auf gehörige Art oder zu spät erfüllt wird, eine Konventionalstrafe vereinbaren. Diese darf allerdings nicht unverhältnismäßig sein. Die neuere Rechtsprechung geht davon aus, dass eine individuell vereinbarte Konventionalstrafe (§ 879 Abs 1) – ebenso wie die in AGB vereinbarte (§ 879 Abs 3) – nur jenen Betrag umfassen darf, in dessen Höhe mit dem Eintritt eines Schadens typischerweise bei der durch die Konventionalstrafe sanktionierten Vertragsverletzung zu rechnen ist.³⁶ Auch bei Vereinbarungen über die Höhe von Verzugszinsen handelt es sich um Konventionalstrafabreden.³⁷

Das Unternehmensgesetzbuch (UGB)

Das Unternehmensgesetzbuch (UGB) enthält in seinem vierten Buch über unternehmensbezogene Geschäfte (anwendbar auf Unternehmen iSd §§ 1 bis 3 UGB und juristische Personen des öffentlichen Rechts) auch Bestimmungen zu grob benachteiligenden Vertragsbestimmungen im Zusammenhang mit dem Zahlungsverzug.

Grob benachteiligende Vertragsbestimmungen oder Geschäftspraktiken (§ 459 UGB)

Die gegenständliche Bestimmung schränkt die Möglichkeit ein, im Rahmen der Privatautonomie von schuldrechtlichen Regelungen abzuweichen. Ein **Missbrauch der Vertragsfreiheit** zum Nachteil des Gläubigers ist verboten. Ein solcher wird zB angenommen, wenn sich der Schuldner auf Kosten des Gläubigers Liquidität verschaffen will.³⁸ Die Bestimmungen des FWBG betreffend unlautere Handelspraktiken im Zusammenhang mit dem Verkauf von Agrar- und Lebensmittelerzeugnissen gehen, soweit sie Zahlungsfristen betreffen, dem § 459 UGB vor (§ 5a Abs 5 FWBG).

UGB § 459.

(1) Eine Vertragsbestimmung über den Zahlungstermin, die Zahlungsfrist, den Verzugszinssatz oder die Entschädigung für Betriebskosten ist nichtig, wenn sie für den Gläubiger grob nachteilig ist. Ebenso wenig können aus einer diese Fragen betreffenden Geschäftspraktik rechtliche Wirkungen abgeleitet werden, wenn sie für den Gläubiger grob nachteilig ist.

(2) Für die Beurteilung der groben Nachteiligkeit einer Vertragsbestimmung oder Geschäftspraktik ist insbesondere zu berücksichtigen, inwieweit diese von der Übung des redlichen Verkehrs abweicht, ob es einen sachlichen Grund für diese Abweichung gibt und um welche Vertragsleistung es sich handelt. Bei einer zu Lasten des Gläubigers vereinbarten Vertragsbestimmung über eine von § 456 abweichende Höhe der Verzugszinsen oder über eine von § 458 erster Satz abweichende Höhe des

³⁶ Graf in Kletečka/Schauer, ABGB-ON1.04 § 879 Rz 118 (Stand 1.10.2017, rdb.at).

³⁷ Graf in Kletečka/Schauer, ABGB-ON1.04 § 879 Rz 121 (Stand 1.10.2017, rdb.at).

³⁸ Haberer/J. Zehetner in Straube/Ratka/Rauter, UGB I4 § 459 Rz 3 (Stand 1.3.2014, rdb.at).

pauschalen Entschädigungsbetrags ist auch zu berücksichtigen, ob es einen sachlichen Grund für diese Abweichung gibt.

(3) Die Vereinbarung einer Zahlungsfrist von bis zu 60 Tagen ist keinesfalls grob nachteilig.

(4) Der Ausschluss von Verzugszinsen ist jedenfalls grob nachteilig.

(5) Der Ausschluss der Entschädigung für Betreuungskosten nach § 458 gilt als grob nachteilig, sofern er nicht ausnahmsweise nach den Umständen des jeweiligen Rechtsgeschäfts sachlich gerechtfertigt ist.

6 Hinweise für die Praxis

Dokumentation:

Unternehmen, die mit unfairen Geschäftspraktiken konfrontiert werden, sollten diese (bei Beachtung der datenschutzrechtlichen Vorschriften) dokumentieren, selbst wenn sie nicht unmittelbar beabsichtigen, gegen diese vorzugehen. So stehen die wesentlichen Informationen für ein allfälliges späteres Verfahren zur Verfügung - wobei jedoch Verjährungsregelungen zu beachten sind - oder sie können einer Interessenvertretung übermittelt werden. Diese hat somit die Möglichkeit, ähnliche Fälle zu sammeln und die Unternehmen, die die Verstöße begangen haben, in anonymisierter Weise damit zu konfrontieren oder auch die Öffentlichkeit über Probleme in bestimmten Branchen zu informieren.

Wichtige Elemente einer Dokumentation:

- Zusammenfassung des Sachverhalts
- Anfertigung von Gesprächsprotokollen (Datum, Name des Gesprächspartners und dessen Position im Unternehmen, sonstige Beteiligte)
- Aufbewahrung von Unterlagen (E-Mails, sonstige Korrespondenz)

Zuständigkeiten

Bei Verstößen gegen die in diesem Leitfaden dargestellten Rechtsvorschriften gibt es unterschiedliche Rechtsbehelfe bzw. Zuständigkeiten. Diese sollen kurz dargestellt werden.

Kartellverbot und Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung

Bei Verstößen gegen das Kartellverbot oder das Verbot eines Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung besteht eine Zuständigkeit der **BWB** hinsichtlich der Ermittlungen und der Antragstellung beim Kartellgericht (§ 36 KartG) auf Abstellung des Verstoßes bzw. Verhängung einer Geldbuße. Dieselben Antragsrechte kommen auch dem Bundeskartellanwalt zu.

Einen Antrag auf Abstellung können außerdem die Regulatoren, die Wirtschaftskammer Österreich, die Bundeskammer für Arbeiter und Angestellte, die Präsidentenkonferenz der Landwirtschaftskammern Österreichs sowie **jeder Unternehmer und jede Unternehmervereinigung mit einem rechtlichen oder wirtschaftlichen Interesse an der Entscheidung stellen.**

Ein Verfahren zur Abstellung des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung oder eine diesbezügliche Beschwerde an BWB oder Bundeskartellanwalt darf nicht zum Anlass genommen werden, das vom Missbrauch unmittelbar betroffene Unternehmen von einer weiteren Belieferung oder Abnahme zu angemessenen Bedingungen auszuschließen

(§ 6 KartG). Zuwiderhandlungen gegen dieses Verbot von Vergeltungsmaßnahmen sind auf Antrag vom Kartellgericht abzustellen und stellen überdies einen Geldbußentatbestand dar.

Hinsichtlich der **zivilrechtlichen Geltendmachung von Schäden**, die durch Verstöße gegen Kartellrecht verursacht wurden, enthält das KartG in den §§ 37a ff gesonderte Bestimmungen, um diese zu vereinfachen.

Das Bundesgesetz zur Verbesserung der Nahversorgung und der Wettbewerbsbedingungen (FWBG)

Antragsrechte vor dem Kartellgericht hinsichtlich der **§§ 1, 2 und 4 FWBG** kommen der **BWB**, dem Bundeskartellanwalt, der Wirtschaftskammer Österreich, der Bundeskammer für Arbeiter und Angestellte, der Präsidentenkonferenz der Landwirtschaftskammern oder eine Landwirtschaftskammer, Vereinigungen, die wirtschaftliche Unternehmerinteressen vertreten, wenn diese Interessen durch den Gegenstand des Verfahrens berührt werden sowie **jedem Unternehmer, dessen rechtliche oder wirtschaftliche Interessen durch den Gegenstand des Verfahrens berührt werden zu (§ 7 Abs 2 FWBG)**.

Verfahren nach §§ 1 und 2 FWBG dürfen nicht zum Anlass genommen werden, den von einer Verhaltensweise nach diesen Bestimmungen betroffenen Unternehmer von einer weiteren Belieferung oder Abnahme zu angemessenen Bedingungen auszuschließen (§ 3 FWBG). Zur Untersagung solcher Verhaltensweisen ist das Kartellgericht zuständig (Verbot von Vergeltungsmaßnahmen).

Zur **Geltendmachung von Unterlassungsansprüchen** im Zusammenhang mit **verbotenen Handelspraktiken in der Agrar- und Lebensmittelversorgungskette** (Anhänge I und II) vor dem **Kartellgericht** sind die BWB, der Bundeskartellanwalt, die Wirtschaftskammer Österreich eine Landwirtschaftskammer oder die Präsidentenkonferenz der Landwirtschaftskammern, Vereinigungen, die wirtschaftliche Unternehmerinteressen vertreten, andere Lieferantenorganisationen und Vereinigungen solcher Organisationen, wenn diese Interessen durch den Gegenstand des Verfahrens berührt werden und **jeder Unternehmer, dessen rechtliche oder wirtschaftliche Interessen durch den Gegenstand des Verfahrens berührt werden, berechtigt (§ 7 Abs 2a FWBG)**.

Die BWB kann darüber hinaus gegen Käufer, die gegen das Verbot unlauterer Handelspraktiken Verstoßen, die Verhängung einer Geldbuße beantragen.³⁹

Beschwerden bei der BWB können eingebracht werden von:

- Lieferanten mit Sitz in Österreich,
- anderen Lieferanten, wenn der Käufer, der verdächtig ist an UTP beteiligt zu sein, in Österreich niedergelassen ist,
- Erzeugerorganisationen, andere Lieferantenorganisationen und deren Vereinigungen auf Antrag eines oder mehrerer Mitglieder, die der Ansicht sind, sie seien UTP ausgesetzt,
- andere Organisationen, die Lieferanten vertreten (unabhängige juristische Personen, die keinen Erwerbszweck verfolgen) auf Ersuchen eines Lieferanten.

³⁹ Die Bestimmung tritt mit 1.5.2022 in Kraft.

Das FWBG sieht außerdem die Einrichtung einer weisungsfreien und unabhängigen **Erstanlaufstelle** vor, an die sich Lieferanten auch anonym und vertraulich mit Beschwerden über unlautere Handelspraktiken wenden können und deren Zielsetzung eine **unbürokratische Konfliktlösung** ist. Es handelt sich um eine unabhängige und weisungsfreie Dienststelle des BMLRT. Ihre Aufgabe besteht in der Beratung sowie der Analyse von Beschwerdefällen. Sie kann — mit Einverständnis des Beschwerdeführers — den Beschwerdegegner oder eine geeignete Interessenvertretung und auf Wunsch von Beschwerdeführer und Beschwerdegegner eine Schlichtungsstelle befassen. Eine Kontaktaufnahme mit der Erstanlaufstelle ist insbesondere sinnvoll, wenn ein Lieferant klären möchte, ob er einer unlauteren Handelspraktik, welche unter die Verbote der Anhänge I und II des FWBG fällt, ausgesetzt ist und wenn im Sinne einer gedeihlichen Fortführung der Geschäftsbeziehungen mit dem Käufer eine einvernehmliche Problemlösung angestrebt wird. Ihre Befassung ist jedoch weder Voraussetzung für eine Beschwerde bei der BWB, noch schließt sie eine solche aus.

Fairness-Büro des BMLRT

Ferdinandstraße 4, 1020 Wien

Telefon: 01/710 95 18 - 602600

E-Mail: office@fairness-buero.gv.at

Website: www.fairness-buero.gv.at

Leitung: Dr. Johannes Abentung

Das Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb

§ 1 UWG sieht beim Vorliegen unlauterer Geschäftspraktiken, zu denen auch die aggressiven Geschäftspraktiken zählen, einen **Unterlassungs- und bei Verschulden auch einen Schadenersatzanspruch** vor. Der Unterlassungsanspruch kann von Mitbewerbern oder von Vereinigungen zur Förderung wirtschaftlicher Interessen, soweit diese Vereinigungen Interessen vertreten, die von der Handlung berührt werden, von Unternehmern sowie der Bundeskammer für Arbeiter und Angestellte, der Wirtschaftskammer Österreich, der Präsidentenkonferenz der Landwirtschaftskammern Österreichs, vom Österreichischen Gewerkschaftsbund und der BWB geltend gemacht werden (§ 14 Abs 1 UWG). Allerdings kommen der BWB in diesem Zusammenhang keine Ermittlungsbefugnisse zu,⁴⁰ und sie trägt das mit einem Zivilprozess verbundene Kostenrisiko.

In Fragen des Lauterkeitsrechts (UWG) ist der Schutzverband gegen unlauteren Wettbewerb ein wichtiger Ansprechpartner, der im Interesse seiner Mitglieder (mehr als 600 Fachorganisationen aller Wirtschaftskammern Österreichs und deren Unternehmer und weitere gesetzliche Interessensvertretungen sowie

⁴⁰ Matousek, in Petsche/Urlesberger/Vartian, (Hrsg), KartG 20052 (2016) § 2 WettbG Rz 14.

Unternehmerverbände) tätig wird. Unternehmer, die einen Wettbewerbsverstoß anzeigen wollen, können sich an ihre Fachorganisation bei der WKO oder an ihre sonstige Interessensvertretung wenden. Wenn diese Mitglied beim Schutzverband ist, können die Unterlagen zur Prüfung bzw wettbewerbsrechtlichen Intervention übermittelt werden (www.schutzverband.at).

Zivilrechtliche Ansprüche

Ansprüche, die sich aus dem allgemeinen Zivilrecht ergeben, sind grundsätzlich vor den zuständigen Zivilgerichten geltend zu machen.

Das UGB

Rechtsfolge einer gem § 459 UGB unzulässigen Vertragsbestimmung ist deren relative Nichtigkeit. Das bedeutet, der benachteiligte Vertragspartner (der Gläubiger) muss sich eigens darauf berufen.⁴¹

§ 460 Abs 1 UGB sieht die Möglichkeit einer **Verbandsklage** vor. Danach kann ein Unternehmer, der im geschäftlichen Verkehr ohne sachliche Rechtfertigung grob nachteilige Vertragsbestimmungen iSd § 459 UGB verwendet oder grob nachteilige Geschäftspraktiken in diesem Sinn ausübt, von Vereinigungen zur Förderung wirtschaftlicher Interessen von Unternehmern auf Unterlassung geklagt werden, soweit diese Vereinigungen Interessen vertreten, die durch die Handlung berührt werden. Der Unterlassungsanspruch kann auch von der Wirtschaftskammer Österreich und der Präsidentenkonferenz der Landwirtschaftskammern Österreichs geltend gemacht werden. Das in § 460 Abs 2 UGB vorgesehene außergerichtliche Abmahnungsverfahren ermöglicht den Streitparteien eine kostengünstige Bereinigung der Auseinandersetzung.⁴² Dabei gibt der Unternehmer, der eine grob nachteilige Vertragsbestimmung bzw Geschäftspraktik anwendet, nach Abmahnung durch eine klagebefugte Vereinigung eine mit einer angemessenen Konventionalstrafe besicherte Unterlassungserklärung ab.

Kontakt zur BWB und Whistleblowing-System

Unternehmen, die mit unfairen Geschäftspraktiken konfrontiert werden, die in den Zuständigkeitsbereich der BWB fallen sowie Einzelpersonen, die auf solche Verstöße aufmerksam werden, können sich mit Hinweisen jederzeit (auch anonym) an die BWB wenden. Auf der Website der BWB findet sich auch ein Formblatt mit den für die wettbewerbsrechtliche Prüfung einer vermuteten Zuwiderhandlung erforderlichen Mindestangaben (https://www.bwb.gv.at/kartelle_marktmachtmissbrauch/beschwerdeeinbringung).

Whistleblowing-System:

⁴¹ Haberer/J. Zehetner in Straube/Ratka/Rauter, UGB I4 § 459 Rz 4 (Stand 1.3.2014, rdb.at).

⁴² Haberer/J. Zehetner in Straube/Ratka/Rauter, UGB I4 § 460 Rz 9 (Stand 1.3.2014, rdb.at).
Fairnesskatalog für Unternehmen - Standpunkt für unternehmerisches Wohlverhalten


§ 11b Abs 6 Wettbewerbsgesetz (WettbG) sieht vor, dass bei der BWB ein internetbasiertes Hinweisgebersystem eingerichtet werden kann, über welches begründete Hinweise über mögliche Verstöße gegen das Kartellverbot, das Missbrauchsverbot und das Verbot von Vergeltungsmaßnahmen (iZm einem Missbrauchsverfahren gegen das vom Marktmachtmissbrauch betroffene Unternehmen) auch anonym gemeldet werden können, eingerichtet wird. Seit Februar 2018 ist dieses System aktiv. Da die Kommunikation über gesicherte anonyme Postfächer verläuft, ist technisch sichergestellt, dass Hinweise weder für die BWB noch für Dritte rückverfolgbar sind.

https://www.bwb.gv.at/kartelle_marktmachtmissbrauch/whistleblower_werden/

Kontakt BWB

E-Mail: wettbewerb@bwb.gv.at

Tel: (+43 1) 245 08 - 0



Bundeswettbewerbsbehörde
Radetzkystraße 2, 1030 Wien
+43 1 245 08 - 0
wettbewerb@bwb.gv.at
bwb.gv.at