

## **Bundesministerium für Digitalisierung und Wirtschaftsstandort**

### **Stellungnahme zur Konsultation betreffend die VO (EU) Nr. 330/2010 der Kommission über die Anwendung von Artikel 101 Absatz 3 Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Gruppen von vertikalen Vereinbarungen und abgestimmten Verhaltensweisen**

- The Austrian Federal Ministry for Digital and Economic Affairs welcomes the intention of the European Commission to revise the Regulation and the Guidelines. The existing Regulation and the Guidelines have to be revised in the light of structural changes in the value chain in the global competition. Europe should be a more attractive production location. To have independent European industries is not only a matter of industrial policy, it is the basis of competition policy and competition law. Dependencies from non-European markets, often non market economies, are detrimental to competition. Besides that there is need to review the VBER and Guidelines in view of digitization: With the rise of the market power of larger platforms it will be even more difficult for smaller companies, traders as well as producers, to compete.
- It is necessary to concentrate on aspects like quality, variety of products and innovation in competition law enforcement and not only on the lowest consumer prices, in order to assure long term competition. All the aims of competition have to be considered; therefore decisions concerning vertical agreements should be made on a case by case decision (by effect instead of by object).
- Different possibilities of distribution channels have to be ensured. In order to have a level playing field, measures to support the brick and mortar shops (offline sales) are needed. We welcome that the Guidelines acknowledge that online and offline channels have different characteristics and that a supplier operating a selective distribution system may impose on its authorised distributors criteria for online sales that are not identical to those imposed for sales in brick and mortar shops.
- A requirement that the same buyer pays a different price for products intended to be resold online than for products intended to be resold offline can benefit from the safe harbour of the VBER, as long as that price difference relates to differences in the costs incurred in each channel by the distributors at retail level (189). We should discuss if further measures to support brick and mortar shops are needed, like support measures for investment.
- Most favoured nation clauses restrict competition. The exemption provided for in Article 2 shall not apply to any obligation causing a buyer of online intermediation services not to offer, sell or resell goods or services to end users under more favourable

conditions using competing online intermediation services. Narrow clauses shall not be included.

- Discussions with the ministries of the Member States are very important, since the discussions in the ECN are not the right place for such essential legal framework conditions in competition law. We are looking forward to in depth discussions as it was the case with the VBER 2010.

➤ **Allgemeine Anmerkungen:**

Die Vertikal-GVO sowie die dazugehörigen Leitlinien der EK haben eine große Bedeutung, eine Verlängerung bzw. Überarbeitung unter Bedachtnahme auf strukturelle Änderungen in der Wertschöpfungskette im globalen Wettbewerb ist zu begrüßen.

Ein wichtiger Punkt ist, dass **wirksamer Wettbewerbsvollzug über Preiseffekte hinausgehen** muss. Wirksame Wettbewerbsrechtsvollziehung darf nicht als Selbstzweck angesehen werden. Größere Produktauswahl, bessere Qualität sowie mehr Innovationen und Auswahlvielfalt sollen durch die Einhaltung der Wettbewerbsregeln sichergestellt werden, und nicht nur kurzfristige Effekte wie niedrigere Preise für Konsumenten. Zu verweisen ist auf das Urteil EuGH 04.06.2009 T-Mobile, C-8/08 Rz. 38, in dem festgestellt wurde, dass Artikel 101 AEUV, wie auch die übrigen Wettbewerbsregeln des Vertrags, nicht nur dazu bestimmt sind, die unmittelbaren Interessen einzelner Wettbewerber oder Verbraucher zu schützen, sondern die Struktur des Marktes und damit den Wettbewerb als solchen.

Im **globalen Wettbewerb** mit anderen Kontinenten kann Europa nur mit dem Fokus auf Qualität und Innovation erfolgreich sein. Die VBER soll daher im Sinne einer langfristigen Sicherung des Wettbewerbs nicht europäische Erfolgsmodelle verhindern und gleichzeitig auch die Anliegen der KMU berücksichtigen. Für KMU ist Flexibilität hinsichtlich der Produktionsplanung ausschlaggebend, um auf Schwankungen reagieren und Stabilität garantieren zu können. KMU brauchen daher mehr Freiheit, auch um auf dem europäischen Markt weiterhin bestehen zu können. Gesunde KMU sind ausschlaggebend für die Sicherstellung des Produktions- und Industriestandortes Europa - die EU muss unbedingt ein attraktiver Industriestandort bleiben. Die Abhängigkeit Europas von anderen Märkten (siehe aktueller Fall - geplante Übernahme des britischen Chipdesigners ARM Limited durch den US-Chiphersteller Nvidia Corporation oder Siltronic/Global Wafers) schwächt den Standort. Beim geplanten European Chips Act ist eine breit angelegte Sichtweise erforderlich. Es muss auch berücksichtigt werden, dass das Wettbewerbsrecht diese Zielsetzungen im Auge hat und die langfristigen Effekte und Abhängigkeiten von anderen Kontinenten berücksichtigt, ansonsten europäische Unternehmen vom Markt ausscheiden und letztlich kein Wettbewerb mehr möglich ist. .

➤ **By effect anstelle von By object**

Laut EuGH (z.B. C-226/11 Expedia, C-32/11 Allianz, C-67/13 P Cartes Bancaires) liegt der Unterschied zwischen „bezweckten Verstößen“ und „bewirkten Verstößen“ darin, dass bestimmte Formen der Kollusion zwischen Unternehmen schon ihrer Natur nach als schädlich für das gute Funktionieren des normalen Wettbewerbs angesehen werden. Die tatsächlichen Auswirkungen einer Vereinbarung müssen nicht geprüft werden, wenn sich ergibt, dass diese

eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs bezweckt. Gerade die Fälle im vertikalen Bereich sind aber so vielfältig, dass es im Einzelfall von unterschiedlichen Faktoren abhängt, ob der Wettbewerb beeinträchtigt wird. Es sollte daher vermehrt auf einzelfallbasierte Beurteilungen („by effect“) statt auf per se Verbote in Form von Kernbeschränkungen abgestellt werden.

### ➤ Internethandel:

Die große Bedeutung des Internethandels sollte berücksichtigt werden, welche unter anderem zu veränderten Vertriebsstrategien der Unternehmer führt. Das bedeutet, dass die Wettbewerbseffekte nicht nur im Hinblick auf konkurrierende Händler beachtet werden müssen, sondern auch die Erfordernisse der langfristigen Sicherung des Wettbewerbs von Produzentenseite. In diesem Lichte gewinnen auch selektive Vertriebssysteme immer mehr an Bedeutung. Der EuGH hat entschieden, dass in bestimmten Fällen ein selektives Vertriebssystem sowie darin enthaltene Klauseln mit Artikel 101 Absatz 1 AEUV vereinbar sind, sofern die festgelegten Kriterien für alle Wiederverkäufer einheitlich und ohne Diskriminierung angewendet werden, in angemessenem Verhältnis zum angestrebten Ziel stehen und über das erforderliche Maß nicht hinausgehen (EuGH 06.12.17 Coty, C-230/16).

Es ist erforderlich, Maßnahmen zu überlegen, welche unfairen Wettbewerb zwischen Online- und Offlinehandel (stationärem Handel) verhindern. Aus der Praxis sind Fälle bekannt, in denen Hersteller zur Förderung des stationären Handels, welcher für die Konsumenten auch wesentliche Beratungsleistungen erbringen, beitragen wollen, dies jedoch nicht möglich ist, da gemäß Rz. 52 Buchstabe d der geltenden Leitlinien der EK für vertikale Beschränkungen eine Kernbeschränkung des passiven Verkaufs vorliegt, wenn vereinbart wird, dass der Händler für Produkte, die er online weiterverkaufen will, einen höheren Preis zahlt als für Produkte, die offline verkauft werden sollen (Doppelpreissystem). Nunmehr wurde ein flexiblerer Ansatz gewählt: Rz 195 des Leitlinien Entwurfes: *„Eine Anforderung, wonach derselbe Abnehmer für Produkte, die online weiterverkauft werden sollen, einen anderen Preis zahlt als für Produkte, die offline weiterverkauft werden sollen, kann in den durch die Vertikal-GVO geschaffenen geschützten Bereich fallen, sofern sie darauf abzielt, Anreize für angemessene Investitionen im Online- bzw. Offline-Bereich zu schaffen oder diese zu belohnen. Diese Preisunterschiede sollten mit den unterschiedlichen Kosten zusammenhängen, die den Händlern auf der Einzelhandelsstufe in den jeweiligen Kanälen entstehen. Zu diesem Zweck sollten beim Preisunterschied auf der Großhandelsstufe die unterschiedlichen Investitionen und Kosten berücksichtigt werden, die einem hybriden Händler entstehen, um für diesen hybriden Händler Anreize zu schaffen bzw. ihn für die angemessene Höhe der online bzw. offline getätigten Investitionen zu belohnen, da es, sofern der Preisunterschied auf der Großhandelsstufe in keiner Beziehung zu den unterschiedlichen Kosten steht, die in den jeweiligen Kanälen anfallen, unwahrscheinlich ist, dass ein solcher Preisunterschied effizienzsteigernde Auswirkungen hat....“*

Diese Regelung wird begrüßt, allerdings ist darauf hinzuweisen, dass dies für den Vollzug detaillierte Analysen bedeuten wird, die unter Umständen dann mit einer längeren Verfahrensdauer einhergehen.

### ➤ **Relative Marktmacht:**

**Aspekte der relativen Marktmacht** müssen stärker einbezogen werden. Abhängigkeitsverhältnisse auch ohne das Erreichen der absoluten Marktmacht, sollen bei einer Einzelfallprüfung vermehrt Beachtung finden.

In Österreich ist das Konzept der relativen Marktmacht in § 4a Kartellgesetz geregelt: Als marktbeherrschend gilt auch ein Unternehmer, der eine im Verhältnis zu seinen Abnehmern oder Lieferanten überragende Marktstellung hat. Eine überragende Marktstellung liegt laut § 4a vor, wenn die Abnehmer oder Lieferanten zur Vermeidung schwerwiegender betriebswirtschaftlicher Nachteile auf die Aufrechterhaltung der Geschäftsbeziehung angewiesen sind. Ein Unternehmer, der als Vermittler auf einem mehrseitigen digitalen Markt tätig ist, gilt gemäß österreichischem Kartellgesetz auch als marktbeherrschend, wenn die Nachfrager seiner Vermittlungsleistungen auf die Begründung einer Geschäftsbeziehung zur Vermeidung schwerwiegender betriebswirtschaftlicher Nachteile angewiesen sind. Die Bestimmung zur relativen Marktmacht wurde 2021 novelliert ( Kartell- und Wettbewerbsrechts-Änderungsgesetz 2021, BGBl. I Nr. 176/2021). Eine überragende Marktstellung kann im Fall eines mehrseitigen digitalen Marktes nun auch dann angenommen werden, wenn es um die Begründung von Geschäftsbeziehungen geht (und nicht nur deren Aufrechterhaltung ). Wie der österreichische Oberste Gerichtshof in dem Urteil 16Ok4/20d vom 17.02.2021 festgestellt hat, stellt die relative Marktmacht auf eine außergewöhnliche Gewichtsverteilung bei Geschäftsbeziehungen im Vertikalverhältnis ab. „Die Frage, ob eine beherrschende Stellung vorliegt, wird nicht durch einen Vergleich mit Wettbewerbern, sondern durch die Analyse der Geschäftsbeziehung mit bestimmten Unternehmern der Marktgegenseite beantwortet.“ Weiters wird festgestellt, dass eine relative Marktbeherrschung insbesondere dann vorliegt, „wenn die Abnehmer zur Vermeidung schwerwiegender betriebswirtschaftlicher Nachteile auf die Aufrechterhaltung der Geschäftsbeziehung angewiesen sind. Das kann etwa dadurch begründet sein, dass ein Handelsunternehmer von der Belieferung mit einem bestimmten Warensortiment abhängig ist (16 Ok 5/02). Entscheidend ist, ob Ausweichmöglichkeiten in Form alternativer Absatz- oder Bezugsmöglichkeiten zu wirtschaftlich vertretbaren Bedingungen bestehen (16 Ok 12/13; RS0129513; Reidlinger/Hartung, Das Österreichische Kartellrecht, 124). Fehlt es an dieser Voraussetzung, besteht – unabhängig von einer allfälligen allgemeinen Marktmacht des Unternehmers – relative Marktmacht iSd § 4 Abs 3 KartG (vgl zu § 34 Abs 2 KartG 1988: 16 Ok 20/04; Hoffer/Barbist, Kartellgesetz, 98 f).“

In diesem Sinne werden manche Aspekte des Leitlinienentwurfes begrüßt (zB Rz 9, 259, 264). Wir schlagen allerdings vor, dass die Aspekte der relativen Marktmacht in der VBER noch deutlicher Eingang finden und bei der Beurteilung von vertikalen Vereinbarungen auch geprüft wird, ob eine Marktseite relativ marktmächtig ist. Die Akzeptanz von Vertragsbestimmungen ist oft davon abhängig, ob der Vertragspartner diese Macht hat.

### ➤ **Preisbindung der zweiten Hand:**

Diese gilt nach dem Entwurf weiterhin als Kernbeschränkung. Gerade vor dem Hintergrund der Ziele des Green Deals und der Anforderungen an die Qualität sollte dieser Themenbereich noch ausführlicher diskutiert werden, auch dahingehend ob die Effizienzeinrede nach Art. 101 Abs. 3 AEUV ein ausreichendes Instrument ist. In erster Linie geht es dabei um die Einführung

neuer Produkte und die Schaffung neuer Märkte. Vertikale Preisbindungen können die Verkaufsbemühungen der Händler steigern.

In dem Entwurf der Leitlinien wird dies auch anerkannt: *(182) Jedoch kann eine Preisbindung der zweiten Hand auch zu Effizienzsteigerungen führen, insbesondere wenn sie von den Anbietern ausgeht. Wenn Unternehmen unter Berufung auf Artikel 101 Absatz 3 AEUV behaupten, dass eine Preisbindung der zweiten Hand zu Effizienzgewinnen führen kann, müssen sie konkrete Beweise vorlegen, um diese Behauptung zu untermauern und nachzuweisen, dass die Voraussetzungen von Artikel 101 Absatz 3 AEUV im Einzelfall tatsächlich erfüllt sind.*

Zu bedenken ist, dass vertikale Vereinbarungen positive Effekte haben können, daher kann die Festlegung von Mindestverkaufspreisen in Ausnahmefällen aus Sicht vor allem von KMU auch gerechtfertigt sein.

#### ➤ **Hybridfunktionen Händler als Konkurrent zum Lieferanten/Eigenmarken:**

Zunehmend werden Händler/Plattformen auch zu Anbietern und damit Konkurrenten ihrer Lieferanten/Auftraggeber. Der steigende Anteil von **Eigenmarken der Händler im Wettbewerb zu Produkten der Lieferanten** muss ebenfalls beachtet werden. Eigenmarken stehen in einem horizontalen Wettbewerb zu Herstellermarken. Wenn die Austauschbarkeit zu Markenartikeln gegeben ist, dann wird die Verhandlungsmacht des Händlers gestärkt. Durch die Konfrontation von vor allem KMU mit einem stärkeren Geschäftspartner könnte das Risiko bestehen, dass einzelne Produkte oder Produktgruppen der Hersteller aus dem Sortiment genommen werden und so der Produktionsstandort als auch die Innovationskraft der Hersteller leidet. Dies könnte zum Ausscheiden von Herstellern, insbes. von KMU aus dem Markt führen und eine höhere Konzentration am Markt bzw. hohe Abhängigkeiten von Händlern bewirken, was langfristig für den Wettbewerb schädlich wäre und negative Arbeitsmarkteffekte bewirken würde.

Der Entwurf der Leitlinien geht in Rz 85 und Rz 266 auf dieses Thema ein, wobei wir hier aber noch intensiven Diskussionsbedarf sehen, um das oben aufgezeigte Problem zu lösen.

#### ➤ **Paritätsverpflichtungen:**

Bestpreisklauseln haben eine sehr stark wettbewerbsbeschränkende Wirkung. Insbesondere bei Beherbergungsbetrieben besteht oft ein Abhängigkeitsverhältnis zwischen Beherbergungsbetrieb und Buchungsplattform. Bestpreisklauseln schaden den Verbrauchern, wenn Buchungsplattformen über eine besonders große Verhandlungsmacht verfügen. In der Studie von Hotrec „European Hotel Distribution Study 2020, Results for the Reference Year 2019“ geht hervor, dass das Trittbrettfahrerargument auch bei einem gesetzlichen Verbot nicht relevant ist. In Österreich ist das Verlangen eines Betreibers einer Buchungsplattform gegenüber einem Beherbergungsunternehmen, dass dieses auf anderen Vertriebswegen inklusive seiner eigenen Website keinen günstigeren Preis oder keine anderen günstigeren Bedingungen als auf der Buchungsplattform anbieten darf, seit 2017 verboten. Dies ist ebenso in Frankreich, Belgien und Italien, also in einem beträchtlichen Teil des europäischen Marktes der Fall.

Gemäß Art 5 Abs 1 d) des Entwurfes gilt die Freistellung nach Art 2 nicht für unmittelbare oder mittelbare Verpflichtungen, die einen Abnehmer von Online-Vermittlungsdiensten veranlassen, Waren oder Dienstleistungen Endverbrauchern nicht unter Inanspruchnahme konkurrieren-

render Online-Vermittlungsdienste zu günstigeren Bedingungen anzubieten, zu verkaufen oder weiterzuverkaufen. Aus dem Umstand, dass enge Paritätsklauseln demnach freigestellt sind, wird nicht geschlossen, dass dies auch für nationales Recht gilt.

In diesem Zusammenhang wird auch auf den Vorschlag für eine VO des Europäischen Parlaments und des Rates über bestreitbare und faire Märkte im digitalen Sektor (Gesetz über digitale Märkte) vom 15.12.2020, COM(2020) 842 final hingewiesen.

#### *„Artikel 5*

##### *Verpflichtungen von Gatekeepern*

*Der Gatekeeper muss in Bezug auf jeden seiner zentralen Plattformdienste im Sinne des Artikels 3 Absatz 7*

*....b) gewerblichen Nutzern die Möglichkeit geben, Endnutzern dieselben Produkte oder Dienstleistungen über Online-Vermittlungsdienste Dritter zu anderen Preisen oder Bedingungen anzubieten als über die Online-Vermittlungsdienste des Gatekeepers;...”*

Art 5 lit b dieses DMA Entwurfes deckt nur das Bestpreisklauselverbot gegenüber andere Plattformen ab, nicht aber das Verbot, auf der eigenen Webseite günstigere Konditionen anzubieten; Wichtig ist, dass Art 1 Abs 5 DMA in der Fassung des EK Vorschlages nicht geändert wird, weil dieser den Mitgliedstaaten erlaubt, Plattformbetreibern Verpflichtungen im Hinblick auf den Schutz der Verbraucher oder die Bekämpfung unlauterer Wettbewerbshandlungen aufzuerlegen.

Unbeschadet der Möglichkeiten der Regulierungsmöglichkeiten auf nationaler Ebene soll der Spielraum bei der Beurteilung von engen Paritätsklauseln im Wettbewerbsrecht aufrecht bleiben und daher nicht umfasst sein von Art 5 d des VBER Entwurfs. Auf die notwendige Kohärenz der verschiedenen Bestimmungen wird hingewiesen.

#### ➤ **Handelsagenten:**

Zu Rz 28 Satz 1 des Leitlinien- Entwurfes: Der gewählte Formulierungsvorschlag legt nahe, dass der als unabhängiger Marktteilnehmer agierende „Handelsagent“ die gängige Praxis darstellt, während der Handelsagent, der in die Organisationsstruktur des vertretenen Unternehmens eingebunden ist und somit als verlängerter Arm des vertretenen Unternehmers agiert, die Ausnahme darstellt. In der Praxis jedoch stellt das „klassische“ Handelsagentenverhältnis, in dem der Handelsagent als verlängerter Arm des vertretenen Unternehmers agiert und demgemäß aus kartellrechtlicher Sicht kein unabhängiger Marktteilnehmer ist, die Regel dar. Diese Praxis sollte auch in der VBER abgebildet werden.

Zu Rz 29 Gedankenstrich 2, Satz 3 der Leitlinien

Der Begriff „versunkene Kosten“ ist im deutschen Sprachgebrauch unüblich und könnte Unsicherheiten bei der Auslegung insbesondere auch vor Gerichten auslösen, besser wäre folgende Formulierung: „irreversible Kosten“ oder „bereits angefallene Kosten, die nicht mehr rückgängig gemacht werden können“.

Zu Rz 31 (a) Satz 1 der Leitlinien: Nach Rz 31 (a) Satz 1 des Leitlinien-Entwurfes ist eine Vereinbarung als Handelsagentenvertrag unter anderem dann anzusehen, wenn der Handelsagent

die Vertragsdienstleistungen nicht selbst erbringt. Die Erbringung von zusätzlichen Serviceleistungen durch Handelsagenten im Rahmen des vermittelten Geschäftes hat in den vergangenen Jahren deutlich zugenommen. Heutzutage stellen diese zusätzlichen Serviceleistungen einen bereits wesentlichen Teil der Tätigkeit eines Handelsagenten im B2B Bereich dar, mit steigender Tendenz, um auch gegenüber dem wachsenden E-Commerce-Bereich die Existenzberechtigung von Handelsagenten am Markt zu gewährleisten. Die vorliegende Fassung bildet diese Entwicklung jedoch nicht ab, da in einem solchen Fall kein Handelsagentenvertrag vorliegen soll. Hier wären noch Klarstellungen erforderlich.

Zu Rz 32 der Leitlinien:

Im Gegensatz zu den derzeit noch geltenden Leitlinien beinhaltet der Leitlinien-Entwurf keinen Hinweis darauf, dass die Aufzählung der Risiken in (31) (a) bis (h) nicht abschließend ist. Der fehlende Hinweis auf eine nicht abschließende Aufzählung der Risiken birgt die Gefahr, dass der Handelsagent bei Übernahme eines neuen – nicht in den Leitlinien benannten -vergüteten Services aus kartellrechtlicher Sicht kein Handelsagent mehr ist.

Es sollte daher folgende Formulierung aufgenommen werden: „Diese Aufzählung ist nicht abschließend.“

Zu Rz 44 der Leitlinien: Die Klarstellung, dass Anbieter von Online-Vermittlungsdiensten nicht als Handelsagenten für die Zwecke der Anwendung von Artikel 101 Absatz 1 AEUV eingestuft werden wird begrüßt. Online-Vermittlungsdienste können nicht als integraler Bestandteil der Vertriebsaktivitäten von vertretenen Unternehmen betrachtet werden, da sie in der Regel einer Vielzahl von Anbietern dienen. Darüber hinaus haben Online-Vermittlungsdienste in der Regel eine erhebliche Verhandlungsmacht, da sie häufig wesentlich größer sind als Unternehmen, die ihre Vermittlungsdienstleistungen in Anspruch nehmen.