

Europäische Kommission
Generaldirektion Wettbewerb
Unit A2 - Antitrust and Mergers Policy and Scrutiny
1049 BRÜSSEL
BELGIUM

Email: comp-greffe-antitrust@ec.europa.eu

Doc 35.DOC

Geschäftsführer:
Dr. Walter Wienerroither
Dr. Daniel Bräunlich
* Mag. Thomas Leitner
** MMag. Dr. Stefan Hornung
Dr. Konrad Ferner
Dr. Sonja Moser

Salzburg, am 28.9.2009
B/AJ / SEM

Betrifft: *HT.1171 - stakeholder input*
Entwurf der GVO für vertikale Vertriebsbindungen
Unsere MA: SPAR Österreichische Warenhandels-AG

* akadem. geprüfter
Europarechtsexperte
** eingetr. Mediator

Kooperationspartner:
Dr. Manfred Göttlicher

Sehr geehrte Damen und Herren!

Unsere Rechtsanwaltsgesellschaft vertritt die Interessen der SPAR Österreichische Warenhandels-AG in 5015 Salzburg, Österreich. Im Rahmen der öffentlichen Konsultation erlauben wir uns, namens unserer Mandantschaft zum Entwurf der (neuen) GVO für vertikale Vertriebsbindungen folgende Anmerkungen zu machen:

Zunächst dürfen wir kurz die **Geschäftstätigkeit** unserer Mandantschaft darstellen:

Unsere Mandantschaft ist ein österreichisches Familienunternehmen mit Sitz in Salzburg. Unsere Mandantschaft ist sowohl im Lebensmitteleinzel- als auch im Lebensmittelgroßhandel tätig. Das Tätigkeitsgebiet unserer Mandantschaft erstreckt sich innerhalb der Europäischen Union auf Österreich, Nord-Ost-Italien, Slowenien, Ungarn und Tschechien.

Vor allem in Österreich hat unsere Mandantschaft ein duales Geschäftsmodell. Neben im Eigentum unserer Mandantschaft stehenden Filialbetrieben werden auch **selbstständige SPAR-Kaufleute** im Rahmen eines **Franchise-Vertrages** beliefert. Gegenüber diesen selbstständigen SPAR-Kaufleuten hat unsere Mandantschaft die Funktion eines Großhändlers. Mit Ende 2008 betrieb unsere Mandantschaft in Österreich ca. 650 Filialen und belieferte mehr als 700 selbstständige SPAR-Kaufleute. Die Belieferung erfolgt über sechs Zentralläger, die quer über Österreich verteilt sind, sodass eine optimale Versorgung der Verkaufsstellen mit allen Sortimenten des Lebensmitteleinzelhandels gewährleistet ist.

A-5020 Salzburg
Hellbrunnerstr. 11

Telefon:
+43/662/84 16 16-0
Fax:
+43/662/84 16 16-16
e-mail:
office@lawconsult.at

Salzburger Sparkasse
Bank AG
Kto.Nr. 46888
BLZ 20404

IBAN:
AT55204040000046888
BIC: SBGSAT2S

FN 262615z
LG Salzburg
UID: ATU 61735518
DVR: 1036246

www.lawconsult.at

Bekanntlich sind viele Regionen Österreichs sehr gebirgig. Viele der selbstständigen SPAR-Kaufleute befinden sich in derartigen Regionen, vor allem in ansonsten schwer zugänglichen Gebirgstälern. Unsere Mandantschaft leistet durch die Belieferung dieser selbstständigen SPAR-Kaufleute einen wesentlichen Beitrag zur Aufrechterhaltung der Nahversorgung. Aufgrund der Topographie kommt es aber dazu, dass einzelne selbstständige SPAR-Kaufleute die letzten Nahversorger in ihrem Gebiet sind, was aber nach dem Entwurf der GVO für vertikale Vertriebsbindungen ein Problem aufwirft (siehe dazu später).

Die Konzentration am österreichischen Lebensmitteleinzelhandel ist relativ hoch. Marktführer ist REWE mit einem Marktanteil von ca 30%. REWE ist jedoch ein ausschließlich filialisiert geführtes Unternehmen. REWE hält darüber hinaus auch eine 75%ige Beteiligung an ADEG. ADEG beliefert im Wesentlichen nur selbstständige Kaufleute; der Marktanteil von ADEG beläuft sich auf ca 4%. Der Marktanteil von SPAR beläuft sich auf ca 28%, wobei ca ¼ des Umsatzes von selbstständigen SPAR-Kaufleuten generiert wird. Der dritte wesentliche Marktteilnehmer ist der Harddisconter HOFER mit einem Marktanteil von ca 20%.

Nachfolgend möchten wir für unsere Mandantschaft nur zu jenen Punkten des Entwurfes Stellung nehmen, die für unsere Mandantschaft von besonderer Bedeutung sind:

1. Artikel 3 – Einführung einer zweiten Marktanteilsschwelle

Nach Art 3 der GVO iVm Rn 83ff der LL hierzu findet die GVO nur dann Anwendung, wenn sowohl der Anteil des Anbieters auf dem Markt, auf dem er die Vertragsprodukte an den Abnehmer verkauft, als auch der Anteil des Abnehmers an den Märkten, auf denen er die Vertragsprodukte (weiter) verkauft, nicht mehr als 30% beträgt.

Die Einführung dieser zweiten zusätzlichen Marktanteilsschwelle wird von unserer Mandantschaft als sehr problematisch gesehen. Aus diesem Grund schlägt unsere Mandantschaft die **ersatzlose Streichung** dieser zweiten Marktanteilsschwelle vor.

Wie wir einleitend bereits ausgeführt haben, trägt unsere Mandantschaft wesentlich zur **Sicherung der Nahversorgung** bei. Im Lebensmitteleinzelhandel wird der räumlich relevante Markt lokal definiert. Der lokale Markt wird in der Kommissionspraxis mit einer Fahrtstrecke von 20 Autofahrminuten bemessen. Vor allem in Gebirgstälern kann es leicht und ohne weiteres dazu kommen, dass ein einzelnes, wenn auch von der Verkaufsfläche her kleines bzw mittleres Lebensmitteleinzelhandelsgeschäft einen (lokalen) Marktanteil hat, der weit über 30% liegt. Der Grund hierfür liegt eben darin begründet, dass es in diesen Regionen kaum mehr Lebensmitteleinzelhandelsbetriebe gibt. In Österreich ist dieses Phänomen unter dem Titel „Greislersterben“ bekannt.

Es gibt eine nicht unbeträchtliche Anzahl von Gemeinden in Österreich, in denen unsere Mandantschaft entweder mit Filialbetrieben oder über selbstständige SPAR-Kaufleute als einziges Lebensmitteleinzelhandelsunternehmen vertreten ist. Die Belieferung eines solchen selbstständigen Einzelhändlers, der wesentlich zur Sicherung der Nahversorgung beiträgt, im Rahmen eines Franchise-Vertrages durch unsere Mandantschaft wäre nach der neuen GVO ausgeschlossen. Dass ein solches Unternehmen, wie ein selbstständiger SPAR-Kaufmann in einem Gebirgstal, nicht über eine wesentliche Marktmacht verfügt, braucht wohl nicht näher erläutert werden. Die in der GVO und den LL hierfür genannten Erwägungen für die Einführung einer zweiten Marktanteilsschwelle liegen somit in derartigen Fällen überhaupt nicht vor.

Dazu kommt noch ein weiteres branchenspezifisches Problem. Im LEH werden unterschiedlichste Food- und Near-Food-Produkte verkauft. Die Einteilung erfolgt üblicherweise in 21 Warengruppen. Aber auch innerhalb dieser Warengruppen sind Waren vertreten, die untereinander nicht substituierbar sind. SPAR beliefert die selbstständigen SPAR-Kaufleute nur in jenem Umfang, wie es die selbstständigen SPAR-Kaufleute wünschen. Die selbstständigen SPAR-Kaufleute können sich mit ihren Handelswaren auch anderweitig eindecken. Die konkreten Marktanteile mit den einzelnen Waren bzw. Warengruppen, die der selbstständige SPAR-Kaufmann erzielt, entzieht sich in aller Regel dem Kenntnisstand unserer Mandantschaft. Auch aus diesem Grund ist die zweite Marktanteilsschwelle abzulehnen.

Umgekehrt besteht aber auch das Problem, dass es durchaus vorkommen kann, dass bei einzelnen Produkten aus dem Gesamtsortiment, das von unserer Mandantschaft als Großhändler vertrieben wird, fallweise ein Marktanteil von über 30 % gegeben sein kann. Im **Gesamtbündel** des Sortimentes besteht natürlich ein viel geringerer Marktanteil. Die durch einen hohen Marktanteil in Bezug auf ein einzelnes Produkt gegebene Problematik kann nach dem Verständnis unserer Mandantschaft nach der neuen GVO dazu führen, dass möglicherweise der über 30 %ige Marktanteil bei einem einzelnen Produkt **auf das Gesamtsortiment durchschlägt** und aus diesem Grund eine Franchise-Vereinbarung unzulässig wäre.

2. Artikel 2 Abs. 2 – Schwellenwert bei Unternehmensvereinigungen

Die Anwendung der GVO setzt voraus, dass der jährliche Gesamtumsatz der Unternehmen, die in einer Unternehmensvereinbarung beinhaltet sind, nicht mehr als €5 Mio pro Unternehmen betragen darf.

Diese Einschränkung kann zu Problemen beim Vertriebssystem unserer Mandantschaft führen. Sämtliche Unternehmen, die unter der Dachmarke SPAR auftreten, sind Mitglied im Verein österreichischer SPAR-Kaufleute (VOESK). Auch die SPAR AG ist Mitglied im VOESK, ebenso wie jeder einzelne selbstständige SPAR-Kaufmann. Der Umsatz der SPAR AG übersteigt den Schwellenwert von €50 Mio bei weitem.

Zwar ist der VOESK nicht in die Franchise-Vereinbarung eingebunden, von diesem werden jedoch die Rechte zur Markennutzung abgeleitet.

Es wird daher angeregt, eine **Klarstellung** dahingehend vorzunehmen, dass Unternehmensvereinbarungen, die **nichts mit dem Warenbezug** an sich zu tun haben, von der Beschränkung mit € 50 Mio pro Mitglied **ausgenommen** sind.

3. LL Rn 199 ff – Vorauszahlungen für den Zugang

Die von der Kommission angestellten Überlegungen für derartige Entgelte werden von unserer Mandantschaft nicht geteilt. Eine **Streichung** der Rn 199 ff der LL wird beantragt.

Die Erwägungen der Kommission gehen nach Ansicht unserer Mandantschaft an den wirtschaftlichen Gegebenheiten vorbei. Ein rationales Unternehmen wird diejenigen Produkte führen, die ihm den höchsten (Gesamt-)Ertrag versprechen. Man muss also davon ausgehen, dass jene Produkte in den Regalen geführt werden, die nach Ansicht des Händlers für ihn optimal sind. Da der Regalplatz nicht vermehrbar ist, setzt dies per definitionem eine Auswahl jener Produkte voraus, die der Händler aufnimmt.

Wenn nunmehr ein neues Produkt am Markt aufkommt, steht naturgemäß dessen wirtschaftlicher Erfolg und dessen Akzeptanz bei den Kunden noch nicht fest. Untersuchungen belegen, dass ca 80 % aller Neueinführungen „floppen“.

Es wäre daher bei jeder ökonomischen Vernunft ein eingeführtes Produkt, bei dem der Deckungsbeitrag klar feststeht, gegen das **Risiko eines Neuproduktes** auszutauschen. Aus diesem Grund ist es branchenüblich, dass Listungsgebühren verrechnet werden. Damit sichert sich der Händler etwas vom Risiko des „Flops“ einer Neueinführung ab. Gleichzeitig ist es für ihn ein Signal dafür, dass der Hersteller an den Erfolg des Produkts glaubt.

Dazu kommt noch, dass eine Listungsgebühr ein **Konditionsbestandteil** wie jeder andere ist. Bei den Vollsortimentern, zu welchen unsere Mandantschaft gehört, hat sich über die Jahre ein sehr spezifisches und differenziertes Konditionssystem entwickelt. Dieses Konditionssystem hat sowohl interne, organisatorische Gründe als auch sich unmittelbar aus den Markterfordernissen ableitbare Motive. Ein Konditionsbestandteil ist beispielsweise die Listungsgebühr oder auch eine Gebühr für eine Zweitplatzierung. Derartige Gebühren resultieren eben aus den beschränkten Regallaufmetern.

Die Diskonter haben – gleichfalls historisch bedingt – ein anderes Konditionssystem. Dort wird in aller Regel netto-netto-netto verhandelt, das heißt, dass der letztgültige Einkaufspreis auf der Faktura ausgewiesen ist. Gesonderte (zusätzliche) Konditionen spielen hier keine Rolle.

Wenn man also die Zulässigkeit von Listungsgebühren beschränken will, ist dies im Effekt eine **eklatante Benachteiligung der Vollsortimenter** mit ihren differenzierten Konditionssystemen. Es obliegt aber nun einmal jedem Unternehmen selbst, wie er sein Konditionssystem aufbaut, sofern die Endkondition an sich sachgerecht ist.

Unsere Mandantschaft ist davon überzeugt, dass ihr Konditionssystem sachgerecht ist. Auch die Hersteller kennen das Konditionssystem unserer Mandantschaft seit vielen Jahrzehnten und können bestens damit leben. Auch aus Sicht der Hersteller, insbesondere von Markenartikeln, ist es häufig wünschenswert, dass die Endkondition nicht auf der Faktura aufscheint. Aus diesem Grund gibt es häufig nachgelagerte Konditionen, die auf individuellen Zielvereinbarungen zwischen Handel und Hersteller fußen. Listungsgebühren sind gleichfalls der Ausfluss individueller Vereinbarungen, denen naturgemäß eine echte Gegenleistung gegenüber steht.

Wir dürfen Sie ersuchen, im Rahmen des weiteren Verfahrens zur Erlassung der GVO die Bedenken und Anregungen unserer Mandantschaft zu berücksichtigen.

Mit freundlichen Grüßen

Ferner Hornung & Partner
Rechtsanwälte GmbH

(Daniel Bräunlich)