

## Open-Source-Software

Aktuelle Fragen

Open-Source-Lizenzen

Schutz, Haftung und Rechtsdurchsetzung

Bindung an die Rsp und OGH-Gesetz

Wichtiger Dienst am Fair Trial

Entgeltliche Gutscheine

Befristung der Gültigkeitsdauer

Recht smart

Bereitstellen digitaler Inhalte

UTP-RL der Lebensmittelbranche

Schutz Davids gegen Goliath

Say on Pay

Und Zuständigkeit im Aufsichtsrat

Rechtsberatung

Durch Gewerbetreibende

Mobbing

Am Arbeitsplatz – aber nicht nur

# Die UTP-Richtlinie – Unterstützung für David gegen Goliath in der Lebensmittelbranche

*Am 17. 4. 2019 ist die UTP-RL in Kraft getreten.<sup>1)</sup> Sie ist von den EU-Mitgliedstaaten bis längstens 1. 5. 2021 in das nationale Recht umzusetzen und spätestens ab 1. 11. 2021 anzuwenden. In Österreich ist eine frühere Umsetzung zu erwarten. Der Beitrag schildert, was das neue Gesetz für die Akteure in der Lebensmittelversorgungskette bringen wird.*

HANNO WOLLMANN

## A. Hintergrund

In den Jahren 2007 bis 2009 stellte die Europäische Kommission (EK) eine besorgniserregende Entwicklung bei den Lebensmittelpreisen fest.<sup>2)</sup> Von Mitte 2007 bis Frühjahr 2008 stiegen die Agrarrohstoffpreise drastisch an, was – mit etwas Verzögerung – auch einen Anstieg der Verbraucherpreise für Lebensmittel zur Folge hatte. Danach fielen die Preise vieler Rohstoffe wieder auf ihr ursprüngliches Niveau, während bei den Verbraucherpreisen erst ab Mai 2009 ein Rückgang einsetzte, der unterproportional ausfiel. Die asymmetrischen Preisbewegungen hatten nach Auffassung der EK nicht nur erhebliche Härten für die landwirtschaftlichen Erzeuger zur Folge, sondern gingen auch zu Lasten der Verbraucher.

Diese Beobachtungen lösten eine Vielzahl von Initiativen zur Verbesserung der Funktionsweise der Lebensmittelversorgungskette aus. Dabei wurden drei maßgebliche Faktoren ausgemacht. Zum Ersten würden Ungleichgewichte in den Verhandlungspositionen der verschiedenen Akteure (Agrarsektor, Nahrungsmittelverarbeitende Industrie und Lebensmittel Einzelhandel [LEH]) dazu beitragen, dass sich die Preisweitergabe innerhalb der Kette relativ langsam und nur in begrenztem Umfang vollzieht. Zum Zweiten sei die Wettbewerbsstruktur auf manchen Stufen in der Kette nicht optimal (fehlende Betriebsgrößen etc), was durch bestimmte wettbewerbswidrige Praktiken (zB Kartelle der Nahrungsmittelindustrie oder vertikale Preisbindungen) verschärft werde.<sup>3)</sup> Schließlich trage eine fehlende Preistransparenz sowohl auf den agrarischen Rohstoffbörsen als auch bezüglich der Preise auf jeder Stufe der Kette, bis hin zum Verbraucherpreisniveau, zum Marktversagen bei.

Mit der UTP-RL hat der europäische Gesetzgeber das erste dieser drei Themen, die Ungleichgewichte in der Verhandlungsmacht, in Angriff genommen. Die RL will ein regulatorisches Umfeld schaffen, in dem der Verhandlungsprozess zwischen den Akteuren der Lebensmittelversorgungskette zu einem fairen Ergebnis führt. Dabei betont die EK die Notwendigkeit, zwischen Problemen zu unterscheiden, die sich aus potentiell *unfairen* Handelspraktiken ergeben, und Problemen, die *wettbewerbswidrige* Verhaltensweisen betreffen. Das ist nicht dasselbe. Der UTP-RL geht es weder um einen Schutz

des Wettbewerbs als Institution noch um einen Schutz von Verbrauchern vor irreführender Werbung und anderen unlauteren Praktiken, sondern um die Aufrechterhaltung eines angemessenen Interessenausgleichs im B2B-Bereich. Die RL ist keine kartell- oder lauterkeitsrechtliche Spezialnorm, sondern verfolgt andere, wenn auch verwandte Zielsetzungen. Teleologisch ist ihr Anliegen mit dem Nahversorgungsgesetz<sup>4)</sup> (NVG) vergleichbar, das in Österreich 1977 als Reaktion auf die starke Konzentration im LEH erlassen wurde, nicht zuletzt, um nachfragemachtbedingte Wettbewerbsverzerrungen auszugleichen.

Viele Wettbewerbshüter stehen der UTP-RL eher skeptisch gegenüber.<sup>5)</sup> Diese Skepsis rührt aus der industriepolitischen Erkenntnis, dass die Akteure einer Wirtschaftskette grds ein gemeinsames Interesse daran haben, ein für die Verbraucher möglichst attraktives Endprodukt bereitzustellen. Niemand in der Kette gewinnt, wenn die Verbraucher nicht möglichst optimal bedient werden. Eine Regulierung von Vertragsinhalten im vertikalen Leistungsaustausch läuft daher Gefahr, die Effizienz der Wirtschaft zu verringern. Von den „gelernten Kartellrechtlern“ kam deswegen der Appell, möglichst wenig Vorschriften über zulässige Vertragsinhalte zu machen. Unter Effizienzgesichtspunkten sollte der Fokus auf der Verhinderung von nachträglichen Abweichungen von bestehenden Abmachungen liegen,

RA Dr. *Hanno Wollmann* ist Partner der Schönherr Rechtsanwälte GmbH.

- 1) RL 2019/633/EU des Europäischen Parlaments und des Rates v 17. 4. 2019 über unlautere Handelspraktiken in den Geschäftsbeziehungen zwischen Unternehmen in der Agrar- und Lebensmittelversorgungskette, ABl L 2019/111, 59 (UTP-RL).
- 2) Vgl zum Folgenden die Mitteilung der EK „Die Funktionsweise der Lebensmittelversorgungskette in Europa verbessern“, KOM (2009) 591 v 28. 10. 2009.
- 3) In diesem Zusammenhang wurden auch Einkaufsallianzen und die Rolle von Eigenmarken im LEH kritisch hinterfragt.
- 4) Bundesgesetz v 29. 6. 1977 zur Verbesserung der Nahversorgung und der Wettbewerbsbedingungen, BGBl 1977/392 idGF.
- 5) Vgl die kritischen Anmerkungen des deutschen Bundeskartellamts im Tätigkeitsbericht für die Periode 2017/18, S 49f, sowie die Stellungnahme des Chief Economists der GD Wettbewerb, Annex H zum Staff Working Document der EK v 12. 4. 2018 über die „Initiative to improve the food supply chain (unfair trading practices)“, SWD (2018) 92 final.

die dem schwächeren Geschäftspartner von der stärkeren Partei aufoktroiert werden.

Diese wettbewerbsrechtlichen Hinweise spiegeln sich im Grundkonzept der UTP-RL wider, welches § 6 KSchG ähnelt. In materieller Hinsicht sieht die RL einen – recht engen – Katalog von Vertragsklauseln vor, die auch ex ante nicht rechtsgültig vereinbart werden dürfen (*schwarze Klauseln*). Bedeutsamer sind der Katalog an Vertragsbestandteilen, die nur gültig sind, wenn sie im Vorhinein zwischen den Geschäftspartnern ausgehandelt wurden (*graue Klauseln*), sowie das Verbot bestimmter einseitiger Verhaltensweisen des Käufers. Dazu kommen spezifische Durchsetzungsinstrumente.<sup>6)</sup>

## B. Schwarze Klauseln

Gem Art 3 Abs 1 UTP-RL haben die MS sicherzustellen, dass folgende Handelspraktiken – rechtlich zwingend – verboten sind:

- Vereinbarungen, wonach das Zahlungsziel für verderbliche Nahrungsmittel (NM) mehr als 30 Tage, bei sonstigen Agrarprodukten mehr als 60 Tage ab Lieferung ausmacht;
- Vereinbarungen, wonach der Käufer berechtigt ist, Bestellungen für verderbliche NM mit einer Frist von weniger als 30 Tagen vor dem vereinbarten Lieferzeitpunkt zu stornieren;
- Vereinbarungen, die dem Käufer das Recht zur einseitigen Änderung der Bedingungen einer Liefervereinbarung geben;
- Käufer und Lieferant dürfen Zahlungen für NMLieferungen nicht mit Zahlungen verknüpfen, die dazu in keinem Zusammenhang stehen (*Junktimierungsverbot*);
- Vereinbarungen, wonach der Lieferant für Qualitätsminderungen oder für einen Schwund der gelieferten Produkte einzustehen hat, nachdem die Waren an den Käufer übergeben wurden; sowie
- Vereinbarungen, wonach sich der Lieferant an den Kosten für die Bearbeitung von Kundenbeschwerden zu beteiligen hat, die nicht seine Sphäre betreffen.

## C. Graue Klauseln

Art 3 Abs 2 UTP-RL listet eine Reihe von Geschäftspraktiken auf, die nur dann zulässig sind, wenn sie im Vorhinein klar und eindeutig in der Liefervereinbarung oder in einer Folgevereinbarung zwischen dem Lieferanten und dem Käufer vereinbart wurden:

- Der Käufer sendet nicht verkaufte NM an den Lieferanten zurück, ohne für diese Waren und deren Entsorgung zu bezahlen.
- Der Lieferant leistet eine Zahlung dafür, dass die Vertragsprodukte vom Käufer vermarktet werden (*Listungsgebühr*).
- Der Lieferant beteiligt sich an den Kosten für Preisnachlässe im Rahmen einer Verkaufsaktion.
- Der Lieferant leistet an den Käufer einen Werbekostenzuschuss oder einen sonstigen Beitrag zu den Vermarktungskosten, wie zB eine Abgeltung für das Personal, das vom Käufer beim Vertrieb der Produkte eingesetzt wird.

## D. Unzulässige einseitige Verhaltensweisen

Gem Art 3 Abs 1 lit f bis h UTP-RL sind einem NM-Käufer folgende einseitige Verhaltensweisen verboten:

- Der Käufer darf sich nicht weigern, dem Lieferanten eine schriftliche Bestätigung über die Bedingungen einer Liefervereinbarung zu geben.
- Der Käufer darf dem Lieferanten Vergeltungsmaßnahmen kommerzieller Art weder androhen noch sie tatsächlich ergreifen, wenn der Lieferant seine vertraglichen oder gesetzlichen Rechte geltend macht, zB indem er Beschwerde bei einer zuständigen Behörde einreicht (*Retaliationsverbot*).
- Der Käufer darf Geschäftsgeheimnisse des Lieferanten weder rechtswidrig erwerben noch nutzen oder an Dritte offenlegen. Hier geht es ersichtlich darum, wesentliches Know-how der Lieferanten vor einer Entwicklung von konkurrierenden Eigenmarken durch den Abnehmer zu schützen.

Die oben skizzierten Verbote haben aus praktischer Sicht vor allem eine Konsequenz: Den Käufern von NM ist zukünftig zu einer durchgreifenden Verschriftlichung ihrer Vereinbarungen mit den Lieferanten zu raten. Sollte es im Rahmen der Durchführung einer Liefervereinbarung zu Streitigkeiten kommen, muss der Käufer nachweisen können, dass seine Forderungen (zB auf Rücknahme nicht verkaufter Ware) den getroffenen Vereinbarungen entsprechen. Wenn es dafür keinen Beleg gibt und der Käufer zwar im Anlassfall nachgibt, später aber sein Einkaufsvolumen beim betreffenden Lieferanten verringert (*schleichende Auslistung*), könnte das schon als verbotene Retaliation betrachtet werden. Der Anschein einer unlauteren Handelspraxis lässt sich am besten dadurch vermeiden, dass die Käufer den Lieferanten eine Auftragsbestätigung über jede Liefer- oder Aktionsvereinbarung übermitteln. Das ist die wohl wichtigste Compliance-Maßnahme, zu der zukünftig den Akteure in der Lebensmittelversorgungskette zu raten ist.

## E. Rechtsdurchsetzung

Das Hauptaugenmerk der UTP-RL liegt darin, die NMLieferanten vor einseitigen (ex-post-)Abweichungen der Käufer von bestehenden Liefervereinbarungen zu schützen. Man kann die Frage stellen, ob die RL überhaupt einen Mehrwert hat. Immerhin können die Lieferanten zum Schutz ihrer vertraglichen Positionen ohnehin die Zivilgerichte anrufen. *Pacta sunt servanda* ist in Österreich auch ohne UTP-RL ein anerkanntes Rechtsgut.

Die maßgebliche Stärkung von David gegen Goliath<sup>7)</sup> durch die RL ergibt sich aus den Bestimmun-

6) Die UTP-RL enthält eine Reihe von Detail- und Ausnahmestimmungen zu den nachfolgend beschriebenen Grundprinzipien, auf die hier nicht näher eingegangen werden kann, die sich aber aus dem Text der RL recht klar erschließen.

7) Die Phrase ist einer Pressemitteilung der ehemaligen BM Elisabeth Köstinger entnommen, die den Vorschlag der EK für die UTP-RL mit den Worten „Wir müssen den Kampf David gegen Goliath entschlossen weiterführen“ positiv kommentiert hat.

gen zur Rechtsdurchsetzung. Der europäische Gesetzgeber war der Meinung, dass die bestehenden Ungleichgewichte in den Verhandlungspositionen viele Lieferanten veranlassen könnten, ihre vertraglichen Rechte nicht geltend zu machen. Aus diesem Grund fordert die UTP-RL, dass der rein zivilrechtliche Vollzug durch einen öffentlich-rechtlichen Vollzug ergänzt wird. Jeder MS muss eine (oder mehrere) Durchsetzungsbehörde/n benennen. Dieser Durchsetzungsbehörde müssen Ermittlungsbefugnisse eingeräumt werden, wie man sie aus kartellrechtlichen Verfahren kennt, von Whistleblower-Hotlines bis hin zu Nachprüfungen vor Ort (Hausdurchsuchungen). Nach Abschluss ihrer Ermittlungen sollen die Durchsetzungsbehörden wirksame Sanktionsbefugnisse haben, die mindestens folgende Instrumente umfassen:

- Feststellung eines Verstoßes;
- Anordnung der Abstellung einer verbotenen Handelspraktik (dies auch im Wege von einstweiligen Verfügungen); und
- Verhängung von Geldbußen, die „*wirksam, verhältnismäßig und abschreckend*“ sein müssen.

Im Kern hat die UTP-RL vor Augen, dass die MS die bewährten kartellrechtlichen Ermittlungs- und Sanktionsinstrumente auch für die Verfolgung von unfairen Handelspraktiken nutzbar machen. Darin – nämlich in der Gefahr, nicht nur einem Zivilprozess, sondern auch einer drakonischen Geldbuße ausgesetzt zu sein – liegt der eigentliche Paradigmenwechsel, den die UTP-RL in Österreich für NM-Käufer mit sich bringt.

## F. Anwendungsbereich

Die UTP-RL hat einen sehr spezifischen Anwendungsbereich, sowohl in sachlicher als auch in persönlicher Hinsicht. Das liegt vor allem an der schmalen Kompetenzgrundlage, auf die sich die RL stützt, nämlich Art 43 Abs 2 EU-Vertrag. Diese Regelung gestattet dem Unionsgesetzgeber, die notwendigen Maßnahmen zur Erreichung der Ziele der gemeinsamen Agrarpolitik zu setzen. Für eine Regulierung des Geschäftsverkehrs zwischen Industrie und Handel außerhalb des Bereichs von Lebensmittelerzeugnissen (und ohne Anknüpfungspunkt an eine drohende Verschlechterung der bäuerlichen Einkommen) wären die EK, das Europäische Parlament und der Rat nicht befugt. Daran hält sich die UTP-RL, macht aber deutlich, dass sie nur eine Mindestharmonisierung enthält. Den MS bleibt es unbenommen, in jeder Hinsicht (betroffene Unternehmen, betroffene Branchen und verbotene Handelspraktiken) strengere Bestimmungen zu erlassen.

Sachlich ist die UTP-RL auf Agrar- und Lebensmittelerzeugnisse beschränkt. Laut Art 2 Z 1 der RL handelt es sich dabei um jene Erzeugnisse, die in Anhang I AEUV aufgeführt sind, sowie Erzeugnisse, die aus diesen Produkten zur Verwendung als Lebensmittel verarbeitet wurden. Man kann sagen: Die RL erfasst alles, was ein Mensch essen oder trinken kann. Die UTP-RL wäre zB – auf allen diesen Stufen – anwendbar, wenn ein Bauer Rohmilch an eine genossenschaftlich organisierte Molkerei liefert, diese

daraus Veredelungsprodukte (zB Hartkäse) herstellt und an ein Unternehmen der Nahrungsmittelindustrie verkauft (zB an einen Erzeuger von Fertigpizza), der das Fertigprodukt dann an ein Unternehmen des LEH (zB an einen Tankstellenshop) liefert. Die UTP-RL ist somit kein Sondergesetz zur Regelungen der Geschäftsbeziehungen mit dem nachfragemächtigen LEH, sondern bleibt zum einen dahinter zurück (weil die Warengruppen Non-Food I und Non-Food II nicht erfasst werden) und geht zum anderen deutlich darüber hinaus (weil sich die RL auch auf alle vorgelagerten Geschäftsprozesse bezieht).

Über den persönlichen Anwendungsbereich der UTP-RL wurde lange debattiert. Letztendlich wurde ein Kompromiss gefunden, der vorsieht, dass kleine bis mittelgroße Lieferanten bis zu einer Umsatzenschwelle von 350 Mio Euro vor größeren Käufern geschützt werden. Zu diesem Zweck sieht die RL eine Abstufung vor. Die Unternehmen (Lieferanten und Käufer) werden nach ihrem Jahresumsatz in fünf Stufen eingeteilt: bis 2 Mio Euro, bis 10 Mio Euro, bis 50 Mio Euro, bis 150 Mio Euro und bis 350 Mio Euro. Geschützt von den Vorschriften der RL werden Lieferanten, die in eine dieser Stufen fallen, wenn sie an einen Käufer liefern, der einer darüber liegenden Stufe angehört.<sup>8)</sup> Die RL hat damit einen sehr weiten Schutzbereich, auch bei kleinteiligen Geschäftsbeziehungen.

Um das an einem pointierten *Beispiel* zu erläutern:

Wenn eine Catering-Firma mit einem Jahresumsatz von 1,5 Mio Euro belegte Brote an eine mittelständische Anwaltskanzlei (Jahresumsatz 5 Mio Euro) zur Bewirtung von Mandanten liefert, fällt dieser Vorgang unter die RL.

Bei der Ermittlung des relevanten Umsatzes kommt es nicht nur auf die Lebensmittelerzeugnisse der Akteure an, sondern auf deren Gesamtumsatz. Dabei ist eine Konzernbetrachtung anzustellen. Das führt dazu, dass Nahrungsmittelerzeuger, die internationalen Konzernen angehören, sich in aller Regel (selbst wenn sie in der konkreten Geschäftsbeziehung der deutlich kleinere Partner sind) nicht auf den Schutz der RL berufen können.

## G. Umsetzung in Österreich

Die UTP-RL war ein Herzensprojekt der früheren Bundesregierung. Es ist kein Zufall, dass die politische Einigung auf die RL während der österr EU-Präsidentschaft zustande kam. Es war das erklärte Ziel, die Umsetzung der RL in das nationale Recht so schnell wie möglich voranzutreiben. Die zuständigen Ministerien haben die Arbeit daran bereits aufgenommen. Die heimische Lebensmittelbranche sollte sich daher wappnen, dass sie die RL-Bestimmungen bereits deutlich vor dem spätmöglichen Termin (1. 11. 2021) in ihren täglichen Geschäftsprozessen zu beachten hat.

Thematisch naheliegend wäre es, die UTP-RL im Wege einer Novelle des NVG zu implementieren. Das erscheint nicht nur wegen der vergleichbaren

8) Zudem ist die RL anwendbar, wenn der Lieferant ein Unternehmen mit einem Jahresumsatz von nicht mehr als 350 Mio Euro und der Käufer eine Behörde ist.

Zielsetzungen der beiden Gesetze empfehlenswert, sondern auch, weil es Fragen an der Schnittstelle von UTP-RL zu NVG gibt, die einer Lösung bedürfen. So könnte das in § 2 NVG enthaltene Diskriminierungsverbot als Hintertür genutzt werden, um die RL-Bestimmungen auf Geschäftsbeziehungen zu erstrecken, bei denen es gar kein Problem ungleicher Verhandlungsmacht gibt.

Institutionell sieht das NVG momentan eine Entscheidungskompetenz des Kartellgerichts vor. Dieser institutionelle Rahmen erscheint auch für die Umsetzung der UTP-RL als sachgerechte, bewährte Lösung. Verstöße gegen die UTP-RL werden zukünftig wohl vielfach – außerhalb des öffentlich-rechtlichen Vollzugs – im Wege des UWG geltend gemacht werden (Fallgruppe: Rechtsbruch). Es wäre wünschenswert, dass der Rechtszug in ein- und derselben Materie sowohl im Private Enforcement als auch im Public Enforcement beim selben Höchstgericht, hier also beim OGH, endet. Das ließe sich am einfachsten erreichen, wenn man an die bereits bestehenden Institutionen anknüpft.

Anträge nach dem NVG können gem § 7 Abs 2 leg cit derzeit von

- der Bundeswettbewerbsbehörde und dem Bundeskartellanwalt,
  - von den Sozialpartnerorganisationen,
  - von Unternehmensvereinigungen und
  - von jedem Unternehmen gestellt werden, dessen rechtliche oder wirtschaftliche Interessen durch den Gegenstand des Verfahrens berührt werden.
- Wegen der Fokussierung der UTP-RL auf die Lebensmittelversorgungskette wäre daran zu denken,

in den Katalog der nach § 7 Abs 2 NVG Antragsberechtigten zudem die Österreichische Agentur für Gesundheit und Ernährungssicherheit GmbH (AGES) aufzunehmen. Falls der Gesetzgeber bei der Umsetzung der UTP-RL institutionell neue Wege gehen möchte, würde man vermutlich ebenfalls rasch an die AGES denken. Das würde der aktuell diskutierten Vorgehensweise in Deutschland entsprechen, wo momentan zum einen das Bundeskartellamt und zum anderen die Bundesanstalt für Landwirtschaft und Ernährung in der Poleposition für die Wahrnehmung der neuen Befugnisse stehen.

#### SCHLUSSTRICH

*Mit der UTP-RL wurde ein neuer Rechtsrahmen für den Verkauf von Nahrungsmitteln in der gesamten Wertschöpfungskette, vom Landwirt bis in den Supermarkt, geschaffen. Dabei handelt es sich um deutlich mehr als um ein Sondergesetz für Lieferbeziehungen mit dem LEH. Als zentrale Anforderung ergibt sich aus der UTP-RL die Sinnhaftigkeit einer durchgreifenden Verschriftlichung der Liefervereinbarungen. Das Grundprinzip lautet: Was nachweisbar ex ante vereinbart wurde, soll auch ex post gelebt werden; was nicht vereinbart wurde, soll nicht einseitig vom Käufer ergänzt werden. Mit dieser Ausrichtung ist die UTP-RL ein zwar punktueller, aber doch wichtiger Schritt zur Gewährleistung von Fairness in der Lebensmittelbranche.*