

---

# Rabatte bei Marktbeherrschung

Arbeitssitzung der Studienvereinigung Kartellrecht,  
Arbeitsgruppe Schweiz

15. September 2016

Dr. Monique Sturny

---

walderwyss rechtsanwälte

# Übersicht

---

- I. Rabatte – Bedeutung für die Praxis
- II. Rabattformen
- III. Rechtsgrundlagen
- IV. Treuerabatte
- V. Zielrabatte, sonstige Rabatte
- VI. Kriterien für Einzelfallprüfung
- VII. Mengenrabatte

# I. Rabatte – Bedeutung für die Praxis

---

- Rabattgewährung ist übliche Geschäftspraxis
- Unternehmen gewähren Rabatte u.a.
  - «um sich mehr Nachfrage zu sichern, und diese Rabatte können als solche nachfragestimulierend wirken und für den Verbraucher von Vorteil sein» (*Prioritätenmitteilung d. Komm.*, Rz 37)
- Rabatte bei Marktbeherrschung:
  - Sehr restriktive, rigide Praxis
  - Grosse Unsicherheiten:
    - ... ist mein Unternehmen marktbeherrschend?
    - ... für welche Produkte? Auswirkungen auf Rabattgestaltung?

# II. Rabattformen

---

Vgl. EuG i.S. *Intel*, EuGH i.S. *Post Danmark II*, (a.M. GA Kokott)

<b>Treuerabatte</b>	Werden gewährt, wenn der Kunde seinen <b>Gesamtbedarf</b> / einen grossen Anteil seines Bedarfs beim marktbeherrschenden U. deckt	Gleiche Wirkung wie eine Alleinbezugsverpflichtung  Grundsätzlich <b>missbräuchlich</b>
<b>Zielrabatte, sonstige Rabatte</b>	Rabatte, welche für den Kauf <b>gewisser Mengen in einem gewissen Zeitraum</b> gewährt werden	Einzelfallbeurteilung anhand der <b>Gesamtumstände</b> , ob eine Sogwirkung möglich ist
<b>Mengenrabatte</b>	Stellen einzig auf das <b>Volumen</b> der Geschäfte beim marktbeherrschenden U. ab	<b>Zulässig</b> , sofern (i) durch <b>Skaleneffekte</b> gerechtfertigt (ii) Rabatte den Skaleneffekten entsprechen

# III. Rechtsgrundlagen – KG 7

---

<sup>1</sup>Marktbeherrschende Unternehmen verhalten sich unzulässig, wenn sie durch den Missbrauch ihrer Stellung auf dem Markt **andere Unternehmen in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindern** oder die **Marktgegenseite benachteiligen**.

<sup>2</sup>Als solche Verhaltensweisen fallen insbesondere in Betracht:

- a. die Verweigerung von Geschäftsbeziehungen (z. B. die Liefer- oder Bezugssperre);
- b. die Diskriminierung von Handelspartnern bei Preisen oder sonstigen Geschäftsbedingungen;
- c. die Erzwingung unangemessener Preise oder sonstiger unangemessener Geschäftsbedingungen;
- d. die gegen bestimmte Wettbewerber gerichtete Unterbietung von Preisen oder sonstigen Geschäftsbedingungen;
- e. die Einschränkung der Erzeugung, des Absatzes oder der technischen Entwicklung;
- f. die an den Abschluss von Verträgen gekoppelte Bedingung, dass die Vertragspartner zusätzliche Leistungen annehmen oder erbringen.

# III. Rechtsgrundlagen – Prüfkriterien /1

---

**Duales Prüfungsmuster (BGE i.S. *Publigroupe*; SDA)**

**1. Wettbewerbsverfälschung**

**2. Sachliche Rechtfertigung (*legitimate business reasons*)**

# III. Rechtsgrundlagen – Prüfkriterien /2

---

## 1. Wettbewerbsverfälschung

### KG 7 I:

- **Behinderungs- / Verdrängungsmissbrauch**
  - Behinderung / Verdrängung von **Konkurrenten** (*primary-line injury*) und
  - Beeinträchtigung des Wettbewerbs zw. **anderen Marktteilnehmern** (*secondary-line injury*)
- **Ausbeutung von Handelspartnern / Konsumenten**

# III. Rechtsgrundlagen – Prüfkriterien /3

## 1. Wettbewerbsverfälschung (*Forts.*)

### KG 7 II:

- **KG 7 II b: Diskriminierung von Handelspartnern** (*SDA*, Rz 138 ff.)
  - Ungleichbehandlung gleicher Verhältnisse
  - von Handelspartnern => vor- oder nachgelagerte Stufe
  - Wettbewerbsbehinderung: Verdrängung von **Konkurrenten** (*primary-line injury*) oder Benachteiligung der Marktgegenseite: sachwidrige Benachteiligung von **Handelspartnern** (*secondary-line injury*)
- **KG 7 II e: Einschränkung des Absatzes** (*SDA*, Rz 129 ff.)
  - Einschränkung des Absatzes von Konkurrenten
  - Wettbewerbsbehinderung bzw. Verdrängung von **Konkurrenten**

# III. Rechtsgrundlagen – Prüfkriterien /4

---

## 2. Sachliche Rechtfertigung (*legitimate business reasons*)

(Vgl. SDA, Rz 124 ff.)

- **Kaufmännische Grundsätze:**
  - z.B. Verlangen der Zahlungsfähigkeit des Vertragspartners
  - Reaktion auf veränderte Nachfrage
- **Effizienzgründe:**
  - Kosteneinsparungen, Skalenerträge
  - administrative Vereinfachungen, technische Gründe
- **Verhältnismässigkeit**

# IV. Treuerabatte /1

---

- Relativ zum Gesamtbedarf des Kunden
- Z.B. Exklusivitätsrabatt: Rabatt für exklusiven Bezug beim marktbeherrschenden Unternehmen (*SDA*, Rz 113)

**Praxis CH zu Treuerabatten:** *SDA*, Rz 105 ff.

- **Einschränkung des Absatzes** der AP (KG 7 II e)
- **Diskriminierung von Handelspartnern** (KG 7 II b):  
Exklusivitätsrabatt führt zu Ungleichbehandlung  
=> Wettbewerbsverzerrung
- S. auch u.a. *TicketCorner*, Rz 78; *Swisscom ADSL*, Rz 143;  
*Telecom PTT-Fachhändlerverträge*, Rz 32 ff.

# IV. Treuerabatte /2

---

## Praxis EU zu Treuerabatten:

- EuG i.S. *Intel/Kommission*, Rz 72 ff., EuGH i.S. *Hoffmann-La Roche*, Rz 89
  - Analog zu Exklusivitätsbindung => per se missbräuchlich
  - Unabhängig davon, ob freiwillig / vom Kunden gewünscht
  - Abstellen auf die objektive Zwecksetzung (EuG i.S. *Intel*, Rz 85-87: «by their very nature»)
- EuGH i.S. *Post Danmark II*:
  - Es müssen auch die Auswirkungen auf dem relevanten Markt berücksichtigt werden.
  - Treuerabatte sind nicht als solche missbräuchlich, sondern nur wenn sie die Konkurrenz verdrängen.

# V. Zielrabatte, sonstige Rabatte /1

---

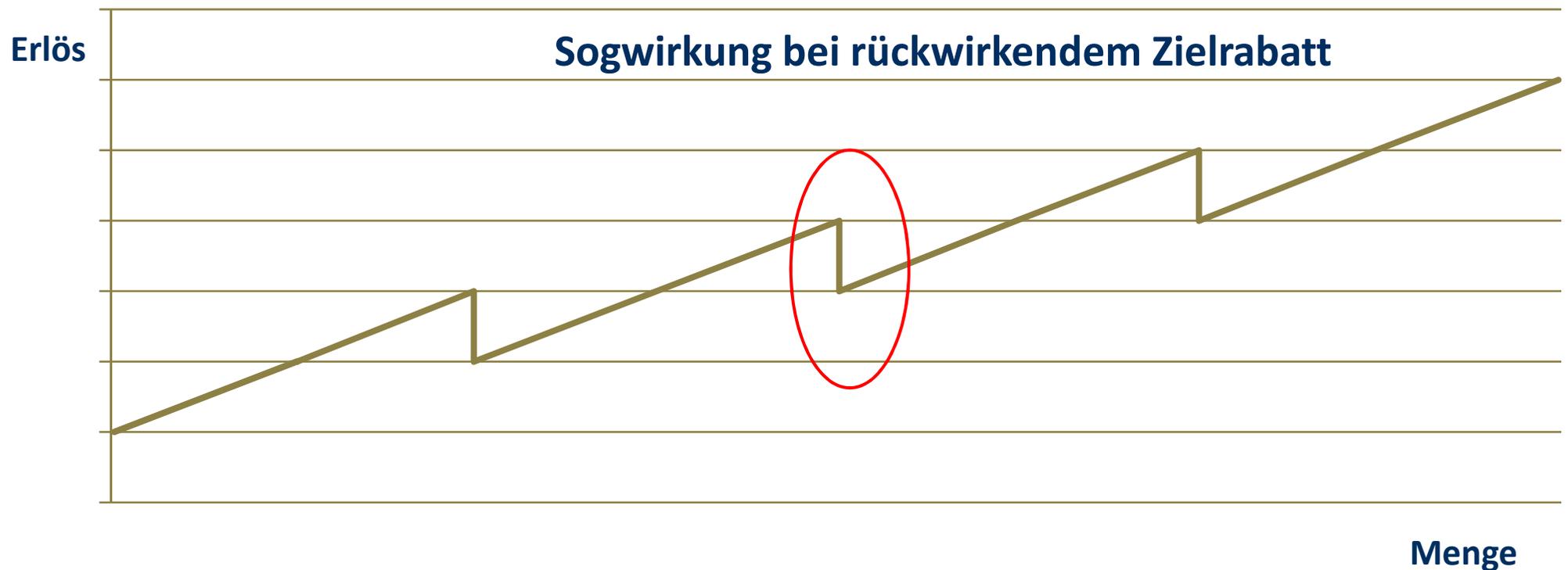
## «3. Kategorie»: weder Treue- noch Mengenrabatte

- **Jahresumsatzrabatte**
  - **Zielrabatte**
- } Rabattgewährung wird abhängig gemacht von der Erreichung **bestimmter Abnahme- bzw. Umsatzziele** innerhalb eines **Referenzzeitraums**
- **Steigende (progressive) Rabatte:** angestossene (gestaffelte) oder rückwirkende Rabatte werden anhand bestimmter Abnahmeschwellen gewährt
  - **Funktionsrabatte:** Entschädigung für Gegenleistung

# V. Zielrabatte, sonstige Rabatte /2

---

⇒ CH und EU: **Einzelfallbeurteilung anhand der gesamten Umstände**



# V. Zielrabatte, sonstige Rabatte /3

---

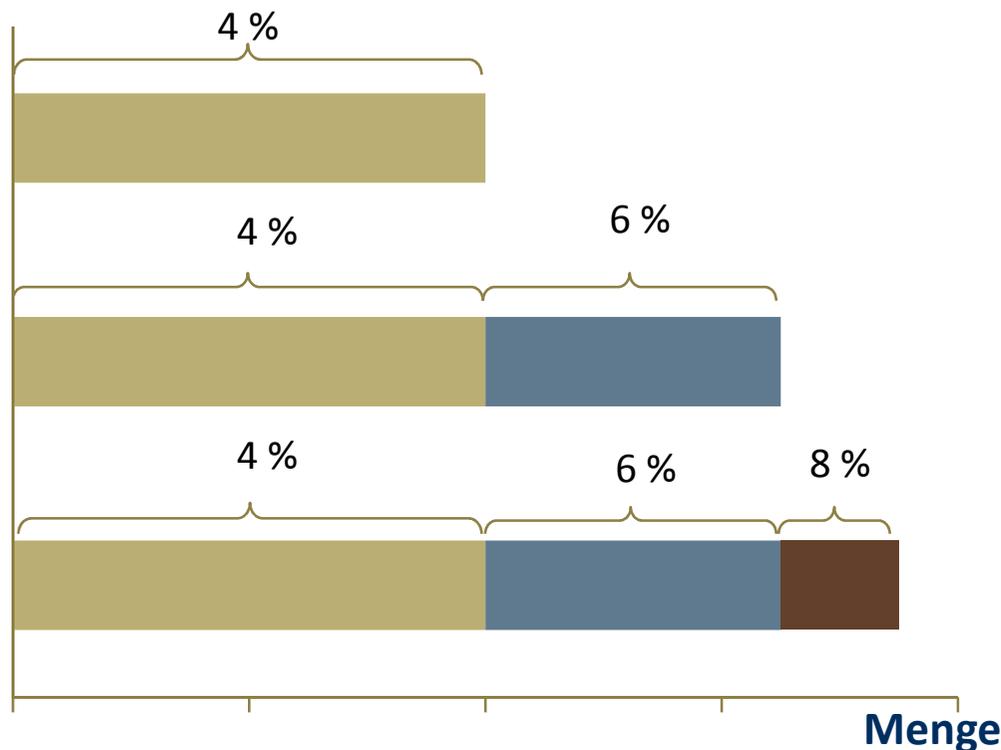
- Ist das Rabattsystem geeignet, den Kunden des marktbeherrschenden U. den **Bezug bei konkurrierenden Anbietern zu erschweren oder unmöglich zu machen?** (EuGH i.S. *Tomra*, EuGH i.S. *Michelin I*)
- **Horizontale Behinderungswirkung / Verdrängungsmissbrauch:**
  - Es genügt der Nachweis, dass das missbräuchliche Verhalten **darauf gerichtet ist, den Wettbewerb zu beschränken bzw. eine solche Wirkung haben kann** (EuG i.S. *Michelin II*, EuG i.S. *Intel*).
    - => **Eignung zu einer wahrscheinlichen Wettbewerbsschädigung** (EuGH i.S. *Deutsche Telekom*, EuGH i.S. *Post Danmark II*)

# VI. Kriterien für Einzelfallprüfung /1

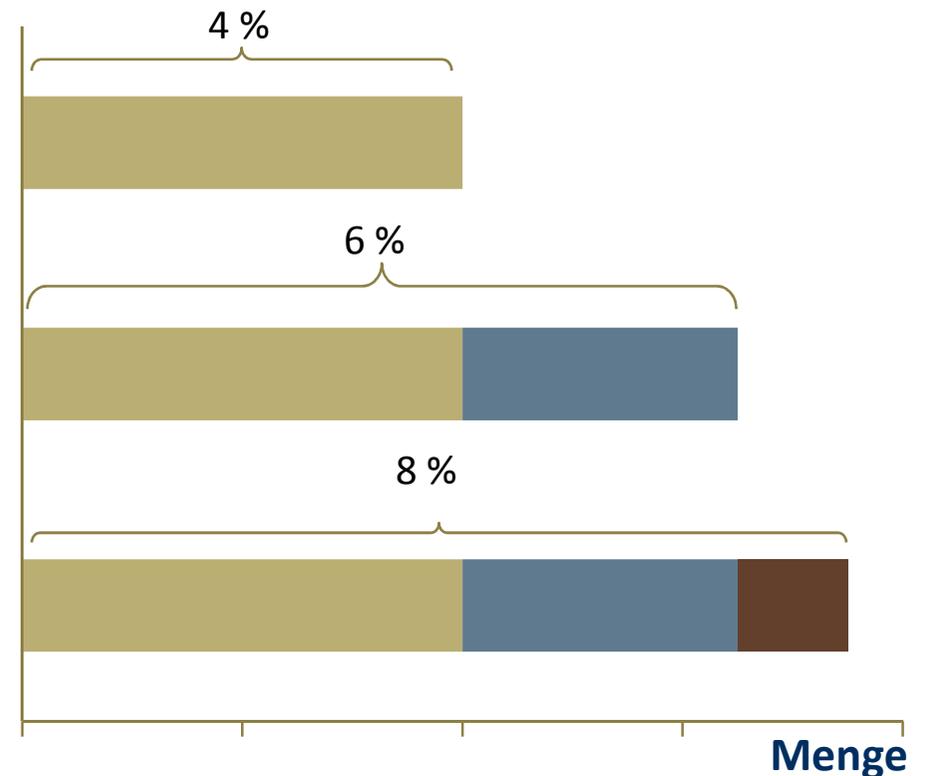
**Rückwirkender vs.  
angestossener Rabatt**

Rückwirkender Rabatt für Abnahmemenge erhöht Sogwirkung

**Angestossener Rabatt**



**Rückwirkender Rabatt**



# VI. Kriterien für Einzelfallprüfung /2

---

<b>Länge des Referenzzeitraums</b>	Je länger der Referenzzeitraum bei Zielrabatten, desto stärker die Sogwirkung Problematisch > 3 Monate (vgl. <i>Michelin II</i> )
<b>Prozentualer Nachlass auf Gesamtpreis</b>	Je grösser der prozentuale Nachlass auf dem Gesamtpreis, desto stärker die Sogwirkung
<b>Höhe der Rabattschwelle</b>	Je höher die Rabattschwelle, desto grösser die Sogwirkung unterhalb der Rabattschwelle Anreiz zu Gesamtbedarfsdeckung bei Spitzenrabatten («top-slice rebate»)

# VI. Kriterien für Einzelfallprüfung /3

<b>Objektive vs. individuelle Rabatte</b>	<p>Problematisch: intransparente, individuell vereinbarte Rabatte</p> <p>Vorzuziehen: standardisierte, transparente, anhand objektiver Kriterien festgelegte Rabatte</p>
<b>Marktverschliessung in Bezug auf die bestreitbare Nachfrage</b>	<p>Problematisch, wenn der «nicht-bestreitbare» Teil der Nachfrage jedes Abnehmers als Hebel eingesetzt wird, um den Preis der «bestreitbaren» Nachfrage zu senken</p>
<b>Bündel- / Paketrabatte («across-the-board rebates»)</b>	<p>KG 7 II f.</p> <p>Können missbräuchlich sein, wenn ebenso effiziente Wettbewerber, welche nur eines der Produkte anbieten, mit dem rabattierten Produktbündel nicht konkurrieren können</p>

# VII. Mengenrabatte /1

**Mengenrabatte** stellen einzig auf das Volumen der Geschäfte des Kunden beim marktbeherrschenden Unternehmen ab.

**Praxis CH:** *SDA, 158 ff., Swisscom ADSL, Rz 152; REKO/WEF i.S. Swisscom AG, Swisscom Fixnet AG/WEKO, E. 5.4.3*

- **Diskriminierung** von Handelspartnern (KG 7 II b)
  - Gleichbehandlungsgebot verletzt, wenn alle Kunden gleichermassen zu den Skaleneffekten im Gesamtmarkt beitragen
  - 1 Wholesale-Kunde mit 100 k Endkunden gleich viel wert wie 10 Wholesale-Kunden à je 10 k Endkunden  
(*Swisscom Fixnet AG/WEKO, E. 5.4.3*)

# VII. Mengenrabatte /2

---

## Praxis CH (*Forts.*):

- **Wettbewerbsbehinderung:**

=> **Wettbewerbsverzerrung** auf dem nachgelagerten Markt für Medien- und Werbekunden

- **Sachliche Rechtfertigung:**

*SDA*, Rz 158: «[...] grundsätzlich zulässig, wenn sie infolge von **Kosteneinsparungen** beim marktbeherrschenden Unternehmen (z.B. infolge tieferer Transportkosten oder Skalenerträgen) gerechtfertigt sind.»

# VII. Mengenrabatte /3

---

## Praxis EU:

- *Post Danmark II* zu Mengenrabatten: grundsätzlich zulässig, sofern
  - einzig an Volumen anknüpfend
  - standardisiert (d.h. allen Nachfragern offenstehend)
  - auf Skaleneffekten basierend
- *Portugal / Kommission*, Rz 51: «Der bloße Umstand, dass bestimmten Kunden bei bestimmten Mengen ein [...] höherer Ermässigungssatz zugute kommt [...] lässt für sich nicht den Schluss zu, dass das System diskriminierend ist.»

# VII. Mengenrabatte /4

---

- Nachweis von Kosteneinsparungen / Skaleneffekten?!
  - Kosten lassen sich kaum einem bestimmten Kunden / Produkt /einer einzelnen Lieferung zuordnen
  - Transportkosten oftmals unbedeutend (insbes. bei digitalisierten Dienstleistungen)
- Alternativen? Branchenüblichkeit als Indiz für Zulässigkeit?

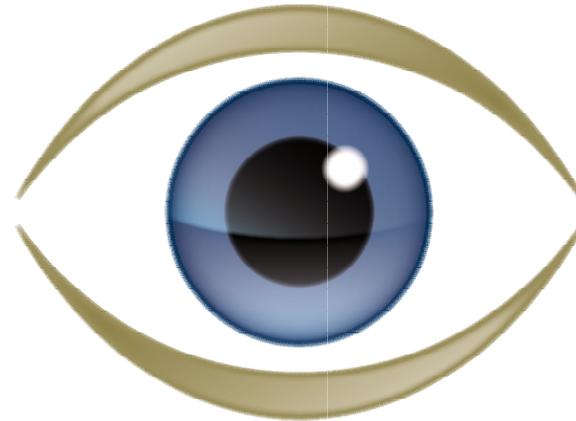
*SDA*, Rz 103: «[...] Das von der *SDA* angewendete gestaffelte Preissystem ist grundsätzlich als branchenüblich zu bezeichnen (vgl. Rz 19). Vergleichbare Preispläne werden auch von anderen Nachrichtenagenturen angewendet.»

## VII. Mengenrabatte /5

---

- Branchenüblichkeit (*Forts.*): Basis-Preissystem der SDA: angestossener (d.h. gestaffelter), progressiver Rabatt

<u><i>sda-Basic [...]</i></u>	<u><i>Tarif [...]</i></u>
<i>Kopfquote pro Titel und Jahr</i>	<i>Fr. 10'800.–</i>
<i>Tarif pro Auflageexemplar und Jahr</i>	<i>Fr. 4.34</i>
<b><i>Rabatt (gestaffelt)</i></b>	
<i>von 100'001 bis 150'000 Ex.</i>	<i>25 % Rabatt</i>
<i>von 150'001 bis 200'000 Ex.</i>	<i>50 % Rabatt</i>
<i>ab 200'001 Ex.</i>	<i>75 % Rabatt</i>
	<i>Quelle: SDA Tariflisten</i>



**walderwyss** rechtsanwälte