

Marc Amstutz* und Mani Reinert**

Rabatte und Kartellrecht

Stichworte: Kartellgesetz, direkte Sanktionen, Marktbeherrschung, Rabatte, wirtschaftliche Abhängigkeit

1. Einleitung

Der Begriff der Marktbeherrschung von Art. 4 Abs. 2 KG ist anlässlich der jüngsten Kartellgesetzrevision geändert worden.¹ In der Lehre ist umstritten, ob dieser Begriff damit eine Ausdehnung erfahren hat. Die Wettbewerbskommission («Weko») hat signalisiert, dass sie darunter neuerdings nicht nur die «klassische Marktbeherrschung», sondern auch Fälle der «wirtschaftlichen Abhängigkeit» subsumiert.² Sollten die Rechtsmittelinstanzen diese Auslegung schützen, werden erheblich mehr Unternehmen dem umfangreichen Verhaltenskodex von Art. 7 KG und dem damit verbundenen Risiko direkter Sanktionen von bis zu 30 % des schweizerischen Umsatzes ausgesetzt sein (bzw. sind dies bereits heute).

Eines der Gebiete, in denen die von der Weko anvisierte Ausweitung des Marktbeherrschungsbegriffes praktisch erhebliche Unsicherheiten zur Folge hat, ist dasjenige der Rabatte. Diese Unsicherheiten werden durch einen jüngeren Beschwerdeentscheid der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen («REKO/WEF») verstärkt, da dieser relativ allgemein gehaltene Ausführungen enthält, die – aus dem Kontext gerissen – eine erhebliche Verschärfung der kartellrechtlichen Praxis mit sich bringen würden.³ Die kartellrechtliche Problematik von Rabatten rührt u. a. daher, dass ein marktbeherrschendes Unternehmen mit seiner Rabattgestaltung seine Abnehmer auf ähnliche Weise von Käufen bei der Konkurrenz abhalten kann wie durch *Alleinbezugs Klauseln*.⁴ Alleinbezugs Klauseln verpflichten den Abnehmer, nur beim Marktbeherrscher zu beziehen. Rabatte, die eine ähnliche Wirkung wie Alleinbezugs Klauseln haben, werden als Treuerabatte bezeichnet und sind in der Regel missbräuchlich.

* Rechtsanwalt Prof. Dr. Marc Amstutz LL. M., Konsulent bei Bär & Karrer, Zürich.

** Rechtsanwalt Dr. Mani Reinert LL. M., Associate bei Bär & Karrer, Zürich.

1 Die Bestimmung lautet: «Als marktbeherrschende Unternehmen gelten einzelne oder mehrere Unternehmen, die auf einem Markt als Anbieter oder Nachfrager in der Lage sind, sich von andern Marktteilnehmern (Mitbewerbern, Anbietern oder Nachfragern) in wesentlichem Umfang unabhängig zu verhalten». Neu ist der Klammerzusatz «... (Mitbewerbern, Anbietern oder Nachfragern) ...».

2 RPW 2005/1, 160 f. Rz. 92–94, CoopForte; RPW 2005/4, 610 Rz. 56, *Clauses d'architecte ou d'entrepreneur – Caisses de pension – Canton de Genève*; kritisch: M. Amstutz/M. Reinert, *Erfasst Art. 4 Abs. 2 KG auch die überragende Marktstellung und die relative Marktmacht?*, sic! 2005, 537–551 und 631–640.

3 RPW 2005/3, 505, *Swisscom Fixnet AG/Weko*; vgl. dazu eingehend hinten 189 f.

4 Wir gehen in diesem Aufsatz nicht auf die Probleme ein, die sich z. B. im Rahmen von Sortimentsrabatten stellen, die ähnlich wie Tying-Verpflichtungen wirken. Diesbezüglich aufschlussreich ist der Entscheid *Coca-Cola* der Europäischen Kommission (http://europa.eu.int/comm/competition/antitrust/cases/decisions/39116/commitments_de.pdf).

2. Die Praxis in der EG

Weil sich der soeben angesprochene REKO/WEF-Entscheid teilweise auf das EG-Wettbewerbsrecht stützt,⁵ soll vorab kurz auf die einschlägige Rechtsprechung der europäischen Gerichte eingegangen werden. Diese haben eine relativ umfangreiche Praxis zur Frage entwickelt, wann Rabatte missbräuchliche Treuerabatte darstellen. Die wichtigsten Etappen dieser Rechtsprechung lassen sich wie folgt darstellen.⁶

2.1 Hoffmann-La Roche/Kommission

Im Fall *Hoffmann-La Roche/Kommission* erklärte der EuGH Rabatte für missbräuchlich, die nicht an die absolut bezogene Menge je Abnehmer, sondern an die bezogene Menge im Verhältnis zum Gesamtbedarf anknüpften. Hoffmann-La Roche knüpfte die Gewährung der Rabatte meist ausdrücklich an die Bedingung, dass der jeweilige Vertragspartner während eines Referenzzeitraums – in der Regel ein Jahr oder ein halbes Jahr – seinen gesamten Bedarf an bestimmten Vitaminen oder jedenfalls den überwiegenden Teil dieses Bedarfs bei Hoffmann-La Roche deckte.⁷ Der EuGH erklärte, dass diese Rabatte die Abnehmer ihrer Wahlmöglichkeit beraubten und konkurrierenden Anbietern den Zugang zum Markt versperrten.⁸ Nach dem Wortlaut des *Hoffmann-La Roche*-Urteils zulässig sind demgegenüber lineare Volumenrabatte.⁹

2.2 Michelin I

Im Fall *Michelin I* wurden Zielrabatte für missbräuchlich erklärt, welche nicht am Bezug des Gesamtbedarfs anknüpften, sondern daran, ob der Abnehmer ein im Voraus festgesetztes Jahresabnahmeziel erreichte. Weder die einzelnen Rabattsätze noch die Rabattskala wurden von Michelin transparent kommuniziert. Der EuGH wies auf die Länge des für den Rabatt massgebenden Referenzzeitraums (1 Jahr), den durch das Zielrabattsystem v. a. gegen Ende der Referenzperiode erzeugten Druck der Abnehmer, von Michelin zu beziehen, die Schwierigkeiten der Wettbewerber

5 RPW 2005/3, 526 E. 5.4.2, *Swisscom Fixnet AG/Weko*.

6 Nicht eingegangen wird vorliegend auf das Diskussionspapier der Europäischen Kommission zu Art. 82 EG (<http://europa.eu.int/comm/competition/antitrust/others/discpaper2005.pdf>). Es ist allerdings anzumerken, dass sehr fraglich ist, ob die in Rz. 142–176 des Diskussionspapiers vorgestellten Konzepte zu mehr Rechtssicherheit führen werden bzw. in der Praxis überhaupt handhabbar sind.

7 EuGH, 13.2.1979, Rs. 85/76, Slg. 1979, 461 Rz. 82–87, *Hoffmann-La Roche/Kommission*.

8 EuGH, 13.2.1979, Rs. 85/76, Slg. 1979, 461 Rz. 89–90, *Hoffmann-La Roche/Kommission*.

9 EuGH, 13.2.1979, Rs. 85/76, Slg. 1979, 461 Rz. 90, 100, *Hoffmann-La Roche/Kommission*.

von Michelin, konkurrenzfähige Rabatte zu offerieren und die Intransparenz des gesamten Rabattsystems hin. Aus diesen Gründen kam das Gericht zum Schluss, dass die konkret verwendeten Zielrabatte die Möglichkeiten der Händler einschränkten, zwischen mehreren Bezugsquellen zu wählen, und den Wettbewerbern den Zutritt auf den Markt erschwerten.¹⁰

In den Fällen *Michelin II* und *British Airways* hat das EuG diese Rechtsprechung im Ergebnis erheblich verschärft.

2.3 Michelin II

Im Fall *Michelin II* waren u. a. Mengenrabatte mit progressiv gleichmässig abgestuften Sätzen zu beurteilen.¹¹ Der für die Rabattbemessung relevante Zeitraum betrug 1 Jahr. Der erreichte Rabattsatz wurde auf den gesamten Jahresumsatz und nicht nur auf die mit den zusätzlichen Mengen erreichte Stufe angewendet. Im Unterschied zum *Michelin I*-Fall wurde dem Abnehmer indessen bei Nichterreichen einer bestimmten Jahresabsatzmenge nicht der Rabatt gänzlich verweigert, sondern der Händler fiel bloss in die nächst tiefere Rabattsatzstufe. Die Stufen lagen dabei eng beieinander.¹²

Das EuG hielt fest, dass Mengenrabatte zwar grundsätzlich nicht gegen Art. 82 EG verstössen. Allerdings sei ein Verstoß gegen Art. 82 EG anzunehmen, wenn die Kriterien und Modalitäten, nach denen die Rabatte gewährt würden, erkennen liessen, dass das System nicht auf einer wirtschaftlich gerechtfertigten Gegenleistung beruhe, sondern wie ein Treue- und Zielrabatt die Kunden vom Bezug bei konkurrierenden Herstellern abhalten solle.¹³

Das EuG kam zum Schluss, dass das Jahresmengenrabattsystem die Kunden an Michelin band, indem es ihnen die Möglichkeit nahm, jederzeit das günstigste Angebot wählen zu können und den Lieferanten ohne spürbaren wirtschaftlichen Nachteil zu wechseln. Diese Kundenbindungswirkung begründete das EuG primär mit folgenden Elementen des Rabattsystems von Michelin:¹⁴

- Der Bezugszeitraum betrug ein Jahr.¹⁵ Tendenziell unproblematischer wäre ein Bezugszeitraum von 3 Monaten gewesen.¹⁶
- Der Rabattsatz wurde nicht aufgrund des erwarteten, sondern aufgrund des tatsächlichen Verkaufsvolumens ermittelt, was den Druck auf den Händler, am Jahresende zusätzliche Käufe zu tätigen, erhöhte.¹⁷

- Der Rabattsatz, der aufgrund des vom Händler erreichten Jahresumsatzes errechnet wurde, wurde auf den gesamten Jahresumsatz und nicht nur auf die mit den zusätzlichen Mengen erreichte Stufe angewendet.¹⁸

Das EuG führte weiter aus, dass das Rabattsystem von Michelin nicht auf einer objektiven wirtschaftlichen Rechtfertigung gründete.¹⁹ Diesen Schluss begründete das EuG damit, dass Michelin nicht nachgewiesen habe, dass die Jahresmengenrabatte auf tatsächlichen Kosteneinsparungen grösserer Bezüge beruhten.²⁰

Mit einer analogen Argumentation erklärte das EuG ein Rabattsystem von *British Airways* für unzulässig, bei welchem sich der Rabatt des Reisevermittlers danach bemass, um wie viel er seine Verkäufe gegenüber dem Vorjahresmonat gesteigert hatte.²¹

2.4 Kritik

Das *Michelin II*-Urteil des EuG ist abzulehnen:²²

Stossend ist v. a., dass das EuG bereit ist, ein Rabattsystem als Treuerabatt zu qualifizieren, indem es ihm aufgrund rein schematischer Überlegungen Kundenbindungswirkung zuschreibt. Ob die mit dem Rabattsystem geschaffene Kundenbindungswirkung aber auch so stark ist, um den Wechsel von Händlern zu Konkurrenten des Marktbeherrschers tatsächlich zu behindern (ob sich also das Rabattsystem *de facto* wie eine Alleinbezugspflicht auswirkt), prüft das EuG nicht. Die bloss (theoretische) Eignung ist im Ergebnis ausreichend.

Umgekehrt stellt das EuG dann aber an den Nachweis des Kostenbezugs der Rabatte sehr hohe, um nicht zu sagen unerfüllbare, Anforderungen. Vom Unternehmen, das als marktbeherrschend betrachtet wird, verlangt das Gericht den Nachweis, dass sein Rabattsystem auf den Franken (bzw. den Euro) genau die Kostenersparnisse grösserer Bezüge reflektiert. Dieser Nachweis ist indessen in den allermeisten Fällen gar nicht möglich. Denn Unternehmen führen in der Regel keine Kostenrechnung für einzelne Produkte, sondern rechnen auf Ebene der Firma, der Division, der Sparte etc. ab. Für die Zuweisung der Allgemerkosten auf das einzelne Produkt existiert keine anerkannte Methodik.

Aufgrund der relativ schnell angenommenen Kundenbindungswirkung führt die *Michelin II*-Praxis im Ergebnis dazu, dass marktbeherrschende Unternehmen ihre Rabattsysteme in Übereinstimmung zu ihren *economies of scale* ausgestalten müssen. Das hiesse dann konsequenterweise aber auch, dass bei Grossbe-

10 EuGH, 9. 11. 1983, Rs. 322/81, Slg. 1983, 3369 Rz. 81–86, Michelin/Kommission.

11 Vgl. zum Entscheid der Vorinstanz C. Roques, Décision Michelin: la Commission condamne l'entreprise Michelin pour un abus de position dominante portant sur des pratiques de rabais fidélisants, Competition Policy Newsletter 2001/3, 36–39.

12 Vgl. EuG, 30. 9. 2003, Rs. T-203/01, Slg. 2003-II, 4071 Rz. 67–71, Michelin II.

13 EuG, 30. 9. 2003, Rs. T-203/01, Slg. 2003-II, 4071 Rz. 59, Michelin II.

14 EuG, 30. 9. 2003, Rs. T-203/01, Slg. 2003-II, 4071 Rz. 72–97, Michelin II.

15 EuG, 30. 9. 2003, Rs. T-203/01, Slg. 2003-II, 4071 Rz. 85, Michelin II.

16 EuG, 30. 9. 2003, Rs. T-203/01, Slg. 2003-II, 4071 Rz. 84, Michelin II.

17 EuG, 30. 9. 2003, Rs. T-203/01, Slg. 2003-II, 4071 Rz. 84, Michelin II.

18 EuG, 30. 9. 2003, Rs. T-203/01, Slg. 2003-II, 4071 Rz. 87 f., Michelin II.

19 EuG, 30. 9. 2003, Rs. T-203/01, Slg. 2003-II, 4071 Rz. 98–109, Michelin II.

20 EuG, 30. 9. 2003, Rs. T-203/01, Rz. 108, Slg. 2003-II, 4071 Michelin II.

21 EuG, 17. 12. 2003, Rs. T-219/99, Slg. 2003-II, 5917 Rz. 233–240, 270–299, British Airways.

22 Vgl. für eine eingehende Kritik J. KALLAUGHER/B. SHER, Rebates Revisited: Anti-Competitive Effects and Exclusionary Abuse Under Article 82, ECLR. 2004, 263–285; M. REINERT, Preisgestaltung, in: T. Geiser/P. Krauskopf/P. Münch (Hrsg.): Schweizerisches und europäisches Wettbewerbsrecht, Basel et al. 2005, 150 f. Rz. 4.150; D. WAELBROECK, *Michelin II: A Per Se Rule Against Rebates by Dominant Companies*, Journal of Competition Law and Economics 2005, 149–171.

zügen allfällige Grössennachteile (*diseconomies of scale*) ebenfalls in die Rabattberechnung einfließen müssten. So weit will zumindest die Europäische Kommission dann aber doch nicht gehen. Zumindest Rabatte mit einem festen Prozentsatz (z. B. 5% Rabatt bei 100 Stück, 5% Rabatt bei 10 000 Stück) sollen von einem «safe haven» profitieren.²³

3. Die schweizerische Praxis

Wie sieht nun die schweizerische Praxis aus?

3.1 Der Swisscom/Weko-Entscheid der REKO/WEF aus dem Jahr 1998

1998 hielt die REKO/WEF im Fall *Swisscom/Wettbewerbskommission obiter* fest, dass die Gewährung von Jahresprämien gegen Art. 7 KG verstosse, wenn diese nicht auf einer wirtschaftlichen Leistung beruhen, sondern als Treuerabatte darauf abzielen würden, dem Abnehmer die Wahl zwischen mehreren Bezugsquellen unmöglich zu machen oder zu erschweren und ihn vom Bezug der Ware bei Konkurrenten abzuhalten.²⁴

Anders als das EuG forderte indessen die REKO/WEF in tatsächlicher Hinsicht den Nachweis, dass ein Rabatt bzw. eine Jahresprämie einen genügenden Anreiz für einen ausschliesslichen Bezug der Ware beim marktbeherrschenden Unternehmen bewirke.^{25, 26}

3.2 Der Swisscom ADSL-Entscheid der REKO/WEF aus dem Jahr 2005

In einem neueren Entscheid verfolgt nun die REKO/WEF eine Linie, die auf den ersten Blick näher bei der Praxis des EuG liegt. Dem Entscheid lag folgender Sachverhalt zugrunde:

Swisscom AG gewährte Internet Service Providern («ISP») auf der Wholesale-Ebene einen Mengenrabatt für ADSL-Wholesale-Dienstleistungen, der sich nach der Anzahl der ADSL-Endkunden des betreffenden ISP richtete. Die Rabattgestaltung war dabei nicht progressiv, sondern linear.²⁷ Diese Rabattgestaltung führte dazu, dass die Swisscom-Tochter Bluewin AG ADSL-Wholesale-Dienstleistungen aufgrund ihrer grösseren Endkundenbasis einen Rabatt von 20% (gegenüber einem Rabatt von max. 7% der konkurrierenden ADSL-Anbieter, wie etwa Sunrise) erhielt. Bluewin senkte in der Folge ihre Retailpreise. Anderen ADSL-Anbietern wären entsprechende Preissenkungen offenbar nur unter

Verlust möglich gewesen, weshalb sie nicht «mitzogen». Bluewin gelang es in der Folge, ihren Marktanteil zu erhöhen.²⁸

Die Weko beurteilte diese Rabattgestaltung als unzulässige Diskriminierung im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG. Swisscom wurde deshalb mittels vorsorglicher Massnahmen verpflichtet, sämtlichen ADSL-Anbietern einen Rabatt von 20% zu gewähren.²⁹ Im Hauptsacheentscheid begründete die Weko die Unzulässigkeit der Rabattgestaltung im Wesentlichen damit, dass die von Swisscom verwendete Rabattstaffelung die Konkurrenten von Bluewin behindere und weder durch *economies of scale* begründet sei,³⁰ noch sonst sachlich gerechtfertigte Gründe hierfür vorhanden seien.³¹

Die REKO/WEF hob den Entscheid der Weko hauptsächlich aus verfahrensrechtlichen Gründen auf.³² Was die Beurteilung der Mengenrabatte der Swisscom anbelangt, folgte dagegen die REKO/WEF im Ergebnis der Auffassung der Weko, wonach diese missbräuchlich seien. Die entsprechenden Erwägungen lassen sich wie folgt zusammenfassen:

Die REKO/WEF folgte dem klassischen zweistufigen Prüfungsraster von Art. 7 KG. Zunächst prüfte sie, ob eine *Wettbewerbsbehinderung* vorliege, was sie aufgrund empirischer Daten bejahte.³³ Sodann ging sie der Frage nach, ob diese Behinderung *sachlich gerechtfertigt* sei. In diesem Zusammenhang hielt sie fest, es liege in der Natur von Mengenrabatten, dass die wichtigsten Abnehmer eines Produktes von höheren durchschnittlichen Reduktionssätzen profitieren. Allerdings dürften sich solche Rabatte nicht im Sinne ungleicher Bedingungen für gleiche Leistungen auswirken. Dies sei dann der Fall, wenn bestimmten Geschäftspartnern Rabatte gewährt würden, die durch Skalenerträge nicht gerechtfertigt seien. Denn diese Partner würden dann gegenüber ihren Konkurrenten bevorzugt, was auf eine ungleiche Behandlung gleicher Verhältnisse hinauslaufe.³⁴ Vorliegend hielt die REKO/WEF fest, dass alle ISP nach Massgabe ihrer jeweiligen Kundenzahl zu den Skaleneffekten *im Gesamtmarkt* beitragen. Die Weko hatte diesbezüglich bemerkt, dass es für die Swisscom keine Rolle spiele, ob sie einen ISP mit 100 000 Kunden oder 10 ISP mit je 10 000 Kunden habe. Vor diesem Hintergrund verlangte die REKO/WEF unter Hinweis auf das Gleichbehandlungsgebot, dass Preisnachlässe *entsprechend dem Beitrag* des jeweiligen ISP gewährt würden. Die REKO/WEF schloss daraus, dass ein Mengenrabattsystem in einer Konstellation, in der alle Abnehmer zusammen zu den Skalenerträgen beitragen, ausscheiden müsse. Denn ein Mengenrabattsystem gewähre Preisnachlässe nur den grossen ISP und schliesse den Beitrag der kleineren ISP von den Nachlässen aus. Dies laufe zwangsläufig auf eine Ungleichbehandlung hinaus.³⁵

23 C. ROQUES, CFI Judgment, Case T-203/01, *Manufacture Française des Pneumatiques Michelin v Commission*, ECLR 2004, 691 f.; vgl. Im Einzelnen zur Agenda der Kommission im Bereich der kartellrechtlichen Behandlung von Rabatten Commission Notice 92/C321/04, OJ 1992, C 321/9; Commission Notice 92/C321/05, OJ 1992, C 321/10; IP/99/504, 14.7.1999; ferner auch die Medienmitteilung IP/99/504, 14.7.1999.

24 RPW 1998/4, 676 E. 5.1, Swisscom/Rekurskommission.

25 RPW 1998/4, 676 E. 5.2, Swisscom/Rekurskommission.

26 Vgl. auch die obiter dicta in RPW 2004/2, 439 Rz. 143, Swisscom ADSL und RPW 2004/3, 800 f. 87, TicketCorner.

27 Vgl. RPW 2005/3, 527 E. 5.4.3, Swisscom AG, Swisscom Fixnet AG/Weko.

28 Vgl. RPW 2004/2, 415 f. Rz. 33–36, Swisscom ADSL und RPW 2002/3, 440 ff., ADSL-Angebot der Swisscom AG.

29 RPW 2002/2, 453 f., ADSL-Angebot der Swisscom AG.

30 RPW 2004/2, 440–443 Rz. 146–159, Swisscom ADSL.

31 RPW 2004/2, 446 Rz. 173–177, Swisscom ADSL.

32 RPW 2005/3, 509–525 E. 4, 5.1 und 5.3, Swisscom AG, Swisscom Fixnet AG/Weko.

33 RPW 2005/3, 526 E. 5.4.1, Swisscom AG, Swisscom Fixnet AG/Weko.

34 RPW 2005/3, 526 E. 5.4.2, Swisscom AG, Swisscom Fixnet AG/Weko.

35 RPW 2005/3, 526 E. 5.4.3, Swisscom AG, Swisscom Fixnet AG/Weko.

Verallgemeinernd sagt der Swisscom ADSL-Entscheid der REKO/WEF damit, dass marktbeherrschende Unternehmen

- einerseits nachweisen müssen, dass ihre Mengenrabatte durch Skaleneffekte gerechtfertigt sind, und
- andererseits die Rabatte so gestalten müssen, dass sie den Skaleneffekten entsprechen, die der jeweilige Abnehmer durch seine Käufe beiträgt.

Ersichtlich sind dies extrem hohe Anforderungen. Ob die REKO/WEF sich dessen auch bewusst war, ist unklar. Nicht abwegig scheint es, hinter diesem Entscheid einen Fall von «*Hard cases make bad law*» zu vermuten. Denn was die Weko der Swisscom im Grunde genommen vorwarf, war *price squeezing*,³⁶ d. h. dass Swisscom auf der Retailstufe konkurrierende ADSL-Anbieter durch hohe Wholesalepreise «auspresste». Was aber im *Swisscom ADSL-Entscheid* mit Sicherheit nicht zur Diskussion stand, war die Frage, wann ein Treuerabatt vorliegt. Auch die Weko hatte im angefochtenen Entscheid ausdrücklich (und zutreffend) festgehalten, dass das von der Swisscom verwendete Rabattsystem kein Treuerabatt sei und deshalb die betreffende Praxis der EU-Behörden keine Anwendung finden könne.³⁷ Auch die REKO/WEF beurteilte den Fall nicht unter der Chiffre «Treuerabatt».

Damit ist der *Swisscom ADSL-Entscheid* im Hinblick auf Treuerabatte ohne Bedeutung und diesbezüglich weiterhin die Entscheidpraxis der REKO/WEF im Fall *Swisscom/Weko* aus dem Jahr 1998 massgebend.

4. Schlussfolgerungen

Vor dem Hintergrund der Kritik an der jüngeren Rechtsprechung des EuG ist zu fordern, dass Rabattsysteme nur dann als missbräuchlich angesehen werden, wenn *kumulativ* folgende Voraussetzungen erfüllt sind:³⁸

- Das Rabattsystem hat *tatsächlich* dieselbe Wirkung wie eine *Alleinbezugsverpflichtung*. Dies ist strikte zu beweisen. Nicht ausreichend ist damit (in Abweichung zur Praxis des EuG und in Übereinstimmung mit der Praxis der REKO/WEF aus dem Jahre 1998) die blosser Eignung des Rabattsystems zur Kundenbindung.
- Das Rabattsystem ist nicht durch entsprechende *Kostensparnisse* auf Seiten des marktbeherrschenden Unternehmens begründet.
- Durch das Rabattsystem wird dem marktbeherrschenden Unternehmen ermöglicht, in einem ersten Schritt seine Wettbewerber aus dem *Markt zu verdrängen* und in einem zweiten Schritt die *soziale Wohlfahrt zu verringern*, indem es die Prei-

se anhebt (bzw. hochhält) und den Output reduziert. Dies wird zumal dann der Fall sein, wenn infolge der Marktzutrittsschranken mit dem Eintritt neuer Wettbewerber nicht zu rechnen ist.

Da eine Prüfung der drei Kriterien in aller Regel sehr aufwändig ist, sollten zumindest lineare Mengenrabatte als vermutungsweise zulässig erachtet werden.³⁹ Dasselbe sollte für progressiv ausgestaltete Mengenrabatte gelten, wie sie etwa im Fall *Michelin II* untersucht wurden, sofern die Stufen relativ nahe beieinander liegen. Zwar ist es richtig, dass solche Rabatte nicht *a priori* unbedenklich sind.⁴⁰ Zu bedenken ist in diesem Zusammenhang allerdings folgendes:

- Die Neigung des EuG und der Europäischen Kommission, von marktbeherrschenden Unternehmen eine strikte Kostenrechtfertigung für deren Preisverhalten zu fordern, führt zu erheblichen Compliance-Kosten (Kosten für rechtliche Abklärungen und für die Errechnung der konkreten Skalenerträge aus grösseren Bezügen). Diesen Kosten dürften selten durch gesamtwirtschaftliche Effizienzgewinne kompensiert werden, die aus einer entsprechenden «kostenbasierten» Rabattgestaltung resultieren. In der Schweiz würden diese Rechtsdurchsetzungsinneffizienzen noch akzentuiert, wenn die Weko ihre Absicht verwirklichen sollte, Unternehmen unter Rückgriff auf das Konzept der wirtschaftlichen Abhängigkeit für marktbeherrschend zu erklären. Denn: Je mehr Unternehmen für marktbeherrschend erklärt werden, desto mehr fallen die Compliance-Kosten gesamtwirtschaftlich ins Gewicht.
- Die Tendenz der Wettbewerbsbehörden, marktbeherrschenden Unternehmen ein Preisverhalten vorzuschreiben, das rein kostenbasiert ist, widerspricht einem dynamischen Wettbewerbsverständnis. Gerade vor dem Hintergrund der von der Weko offenbar favorisierten Ausdehnung des Marktbeherrschungsbegriffes birgt dieses Kostendenken die Gefahr, dass das Kartellrecht zu einem Erstarren des Preisgefüges und damit einem Erlahmen des Preiswettbewerbs führt. Denn durch einen rein kostenbasierten Ansatz wird Unternehmen verunmöglicht, auf Preissenkungswünsche einzelner Kunden einzugehen, da Preissenkungen aufgrund des Diskriminierungsverbotes dann gegenüber allen anderen Kunden auch angewendet werden müssten. Zudem führt ein solcher Zwang zu uniformen Pricing dazu, dass Preiskollusion unter den betreffenden Anbietern einfacher wird, da sich die Preisstrategien der Konkurrenten zuverlässiger voraussagen lassen.

36 So hatte die Weko sinngemäss noch in RPW 2002/3, 452 f. Rz. 73 f., ADSL-Angebot der Swisscom AG, argumentiert.

37 RPW 2004/2, 440 Rz. 145, *Swisscom ADSL*.

38 REINERT (Fn. 22), 151 f. Rz. 4.153.

39 Gl. M. ROQUES (Fn. 23), 691 f.

40 Vgl. etwa E. CLERC, *Commentaire de l'art. 7 LCart*, in: P. Tercier/C. Bovet (éds.), *Commentaire romand: Droit de la concurrence*, Art. 7 LCart Rz. 184.