

Veröffentlichungen des Instituts
für deutsches und europäisches Wirtschafts-,
Wettbewerbs- und Regulierungsrecht
der Freien Universität Berlin

37

Herausgegeben von Franz Jürgen Säcker

Ann-Christin Richter

Mengen- und umsatzbezogene
Rabatte marktbeherrschender
Unternehmen in den Grenzen
des Art. 102 AEUV

II. Teil 1

II.1 Inhalt Teil 1

Der erste Teil der Arbeit verfolgt die Zielsetzung, die Rechtslage in Bezug auf Zielerreichungs- und Exklusivitätsrabatte marktbeherrschender Unternehmen unter Art. 102 AEUV¹ zu analysieren und zu untersuchen, ob von Rechtsprechung und Kommission jeweils in sich schlüssige Beurteilungssysteme entwickelt wurden, die eine Entscheidung über Rabattsysteme im Einzelfall ermöglichen. Gegebenenfalls soll bestehender Verbesserungsbedarf ermittelt werden.

Die Notwendigkeit einer Analyse der Rechtslage besteht bereits aus dem Grund, dass Urteile und Entscheidungen der europäischen Gerichte und der Kommission vor Veröffentlichung des Diskussionspapiers teilweise sehr unterschiedlich interpretiert worden sind. Insbesondere ergibt sich diese Notwendigkeit aber aufgrund der Entwicklung der letzten Jahre, die von erheblicher Kritik an dieser hergebrachten Entscheidungspraxis der Gerichte und der Kommission zu Rabattsystemen geprägt war. Die Kommission hat sich mittlerweile für eine verstärkt an ökonomischen Grundsätzen orientierte Anwendungsweise des Art. 102 AEUV entschieden, was naturgemäß auch Auswirkungen auf die Behandlung von Rabattsystemen hat. Sie hat zwischenzeitlich nicht nur ihr Diskussionspapier zu Art. 102 AEUV und nachfolgend ihre Mitteilung zu Behinderungsmissbräuchen veröffentlicht, die Ausführungen über die Behandlung von Rabattsystemen enthalten, sondern auch im Rahmen von zwei Entscheidungen über Rabattsysteme die Gelegenheit zur Anwendung ihrer neuen Grundsätze in der Praxis gehabt. Zudem sind seit Veröffentlichung des Diskussionspapiers bereits vier Entscheidungen der europäischen Gerichte ergangen, die sich mit Rabattsystemen befassen und sich dabei zumindest auf den ersten Blick nicht den neuen Bewertungsmaßstäben der Kommission anschließen.

Nach einer kurzen Klärung relevanter Definitionen (II.2) soll dabei zunächst die Entscheidungspraxis der europäischen Gerichte und der Kommission vor Veröffentlichung des Diskussionspapiers zu Rabattsystemen daraufhin untersucht werden, welche Grundsätze sich aus ihr ableiten lassen (II.3). Nachfolgend soll analysiert werden, welche Änderungen das Diskussionspapier der Kommission und die Mitteilung der Kommission zu Behinderungsmissbräuchen gegenüber dieser Entscheidungspraxis enthalten, wobei auch kritische Punkte dieser

1 Art. 102 AEUV ist erst im Jahr 2010 in Kraft getreten. Die nachfolgend zitierten Entscheidungen sind noch unter Geltung der inhaltsgleichen Vorgängernormen Art. 82 EG und Art. 86 EG ergangen. Der Einfachheit halber wird aber stets Art. 102 AEUV als relevante Norm genannt.

Dokumente identifiziert werden sollen (II.4). Anschließend soll untersucht werden, inwieweit in den Entscheidungen der Kommission in den Fällen *Tomra* und *Intel* die in Diskussionspapier und Mitteilung benannten Grundsätze umgesetzt wurden, inwieweit also Unterschiede zur hergebrachten Entscheidungspraxis identifiziert werden können (II.5). Schließlich soll betreffend der nach Veröffentlichung des Diskussionspapiers ergangenen Urteile geprüft werden, inwieweit sie Änderungen zur hergebrachten Rechtspraxis enthalten oder Neuerungen aus Diskussionspapier und Mitteilung aufnehmen, und inwieweit nunmehr eine Diskrepanz zwischen den Bewertungsmaßstäben der europäischen Gerichte und der Kommission besteht (II.6). Dabei soll jeweils auch untersucht werden, ob die von den Gerichten und der Kommission entwickelten Prüfsystematiken für Rabattsysteme geeignet erscheinen, im Einzelfall eine Beurteilung der hier im Mittelpunkt stehenden Zielerreichungsrabatte zu ermöglichen. Für eine Bewertung der Frage, ob die Balance zwischen der Notwendigkeit, den Wettbewerb schädigende Rabattsysteme zu verbieten, und der Verhinderung des Verbots unschädlicher Rabatte jeweils richtig gewählt wurde, ist allerdings vorab zu klären, welcher Prognosemaßstab hinsichtlich schädlicher Auswirkungen von Rabattsystemen angelegt werden sollte. Eine Auseinandersetzung mit dieser Frage soll erst im zweiten Teil der Arbeit erfolgen. Hier kann nur beurteilt werden, wie die Balance gesetzt wurde und was dies für die Bewertung von Rabatten in Graubereichen, also nicht eindeutigen Fällen, bedeutet.

II.2 Definitionen

Preispolitisch werden Rabatte zu den Konditionen gezählt, also den Lieferungs- und Zahlungsbedingungen.² Konditionen sind „zwischen Lieferant und Kunde vereinbarte, an besondere Umstände gekoppelte kundenspezifische Modifikationen der sonst üblichen (Standard-)Bemessung von Lieferanten-Leistungen und/oder von Kunden-Gegenleistungen im Rahmen von Markttransaktionen bzw. dauerhaften Geschäftsbeziehungen“.³ Viele Unternehmen haben standardisierte Rabatt- und Konditionensysteme, die dann besondere Bedeutung erlangen, wenn der Außendienst über keine Preisentscheidungskompetenz verfügt.⁴

2 Diller, Aufgabenfelder, Ziele und Entwicklungstrends der Preispolitik, in: Diller [Hrsg.], Handbuch Preispolitik, S. 6; Pechtl, Logik von Preissystemen, in: Diller, [Hrsg.], Handbuch Preispolitik, S. 83; Steffenhagen, Konditionensysteme, in Diller [Hrsg.], Handbuch Preispolitik, S. 577.

3 Simon/Fassnacht, Preismanagement, S. 380.

4 Simon/Fassnacht, Preismanagement, S. 380.

In der Fachterminologie der Betriebswirtschaftslehre wird zwischen Rabatten und Boni unterschieden. Rabatte sind dabei nur auf eine einzelne Bestellung bezogen und werden in der Regel direkt vom Rechnungsbetrag abgezogen. Sofern auf alle Einheiten der gleiche Rabattsatz gewährt wird, ist von einem „durchgerechneten Rabatt“ die Rede. Wird ein spezifischer Rabattsatz dagegen nur für bestimmte in einer Rabattstaffel definierte Mengen- bzw. Umsatzintervalle gewährt, liegt ein „angestoßener Rabatt“ vor. Im Falle eines Bonus gewährt der Anbieter seinem Abnehmer auf der Grundlage der abgenommenen Menge bzw. des Umsatzes innerhalb einer Referenzperiode einen nachträglichen Preisnachlass.⁵

In dieser Arbeit wird terminologisch nicht zwischen Rabatten und Boni unterschieden. Vielmehr wird jede Art von Preisnachlass als Rabatt bezeichnet. Auf diese Weise wird der Tatsache Rechnung getragen, dass auch die Rechtspraxis und weite Teile der juristischen Literatur eine solche Unterscheidung nicht vornehmen. Für Boni wird stattdessen die Bezeichnung „rückwirkende Rabatte“ verwendet.

Rabatte gibt es in vielfältigen Ausgestaltungen. Typische Rabattformen sind beispielsweise Mengenrabatte, Treuerabatte, Barzahlungsrabatte, Handelsrabatte und Einführungsrabatte.⁶ In einer Geschäftsbeziehung zwischen Unternehmen wird häufig eine Vielzahl von Rabatten nebeneinander gewährt. Beispielsweise werden im Rahmen eines Konditionen- bzw. Rabattsystems vom Listenpreis zunächst ein Händlerrabatt abgezogen, dann ein Mengenrabatt sowie zusätzlich ein Treuerabatt und Rabatte für Sonderleistungen wie Unterstützung bei der Neueinführung eines Produktes.⁷ Im Ergebnis unterscheidet sich aufgrund gewählter Rabatte der tatsächlich gezahlte Preis häufig erheblich vom Listenpreis.

Diese Arbeit beschäftigt sich mit Rabatten, die an die Bedingung der Erreichung eines Ziels gebunden sind, das entweder in der Abnahme einer bestimmten Anzahl von Einheiten eines Produkts oder in der Generierung eines bestimmten Umsatzes mit einem oder mehreren Produkten des marktbeherrschenden Unternehmens liegen kann. Diese Rabatte werden nachfolgend als *Zielerreichungsrabatte* bezeichnet. Wenn das zugrunde liegende Ziel einheitlich für alle Abnehmer angesetzt ist, sollen die entsprechenden Rabatte als standardisierte Zielerreichungsrabatte bezeichnet werden. Sofern das zugrunde liegende Ziel dagegen individuell für einzelne Abnehmer bestimmt wird, soll von individualisierten Zielerreichungsrabatten die Rede sein. Demgegenüber bezeichnet der

5 Pechtl, Logik von Preissystemen, in: Diller, [Hrsg.], Handbuch Preispolitik, S. 82.

6 Krämer/Bongaerts/Weber, Rabattsysteme und Bonusprogramme, in: Diller, [Hrsg.], Handbuch Preispolitik, S. 554; Simon/Fassnacht, Preismanagement, S. 382.

7 Steffenhagen, Konditionensysteme, in: Diller, [Hrsg.], Handbuch Preispolitik, S. 580.

Begriff „Exklusivitätsrabatt“ solche Rabatte, die an die Bedingung des ausschließlichen Bezugs beim marktbeherrschenden Unternehmen gebunden sind. Als Kontrast zu Zielerreichungsrabatten werden auch diese Rabatte in dieser Arbeit analysiert.

Von „Mehrprodukt Rabatten“ ist dann die Rede, wenn ein Rabatt auf den Gesamtumsatz mit mehreren Produkten gewährt wird.

II.3 Hergebrachte Entscheidungspraxis

In der Entscheidungspraxis der Kommission und der europäischen Gerichte bis zur Veröffentlichung des Diskussionspapiers sind Rabatte, die durch marktbeherrschende Unternehmen gewährt wurden, unter den Gesichtspunkten der Kundenbindungswirkung und der damit einhergehenden Marktabschottung sowie der Diskriminierung verurteilt worden.

Die Entscheidungspraxis ist in der Literatur auf starke Kritik gestoßen. Dabei lassen sich zwei Hauptkritikpunkte identifizieren: Zum einen wird beklagt, dass die Kommission und die Gerichte einen *per se* Ansatz verfolgten, der sich allein an der Form eines Rabatts orientiere. Bestimmten Rabattarten würden pauschal negative Auswirkungen unterstellt, ohne dass im konkreten Fall geprüft würde, ob es tatsächlich zu negativen Auswirkungen komme.⁸ Zum anderen würde den positiven Auswirkungen von Rabattsystemen fälschlicherweise keine Beachtung geschenkt, obwohl diese oft geeignet seien, etwaige negative Auswirkungen auszugleichen.⁹ Daneben wird kritisiert, es sei bei den Entscheidungen zu Rabatten keine einheitliche Linie erkennbar, was die Beurteilung von

8 Korah, An Introductory Guide to EC Competition Law and Practice, S. 151; Motta, Michelin II – The treatment of rebates, S. 16; Competition Law Forum Article 82 Review Group, European Competition Journal 2006, 169, 169; Faella, Journal of Competition Law & Economics 2008, 375, 387; Kallaugher/Sher, E.C.L.R. 2004, 263, 268; Eilmansberger, Common Market Law Review 2005, 129, 131 f.; EAGCP, An economic approach to Article 82; O’Donoghue, Over-Regulating Lower Prices, in: Ehlermann/Atanasiu [Hrsg.], European Competition Law Annual 2003, S. 371 f.; Kallaugher, Rebates Revisited (Again) - The Continuing Article 82 Debate, S. 1; Sinclair, E.C.L.R. 2004, 491, 500; Niels/Jenkins, E.C.L.R. 2005, 605, 606; Lovdahl Gormsen, The Competition Law Review 2006, Volume 2 Issue 2, 5, 22; Bishop/Marsden, European Competition Journal 2006, 1, 2.

9 Motta, Michelin II – The treatment of rebates, S. 16; Turnbull, E.C.L.R. 1996, 96, 100; O’Donoghue, Over-Regulating Lower Prices, in: Ehlermann/Atanasiu [Hrsg.], European Competition Law Annual 2003, S. 382 f.; Kallaugher, Rebates Revisited (Again) - The Continuing Article 82 Debate, S. 1; Fletcher, The reform of Article 82, S. 2.

Rabattsystemen durch die europäischen Institutionen unvorhersehbar mache.¹⁰ Mit dieser Kritik ist die Forderung nach einer Neuorientierung in der Anwendungspraxis des Art. 102 AEUV verbunden. Teilweise wird diese Kritik allerdings auch zurückgewiesen.¹¹

Nachfolgend soll die Entscheidungspraxis der europäischen Gerichte und der Kommission zu an die Bedingung der Exklusivität und der Erreichung eines Mengen- oder Umsatzziels geknüpften Rabatten bis zur Veröffentlichung des Diskussionspapiers analysiert werden.¹² Ziel dieser Analyse ist es, allgemeine Grundsätze zu identifizieren, anhand derer Rabattsysteme in den Entscheidungen und Urteilen bewertet werden und so einen systematischen Überblick über die Rechtslage bezogen auf Rabattsysteme zu erhalten, die an die Bedingung des exklusiven Bezugs oder der Erreichung eines Mengen- oder Umsatzziels gebunden sind. Anhand der Ergebnisse dieser Analyse soll auch die Berechtigung der von Teilen der Literatur erhobenen Kritik überprüft werden sowie eine eigene Bewertung der Eignung der Herangehensweise zur Beurteilung von Zielerreichungsrabatten vorgenommen werden.

-
- 10 Vgl. Gyselen, *Rebates – Competition on the Merits or Exclusionary Practice?*, in: Ehlermann/Atanasiu [Hrsg.], *European Competition Law Annual 2003*, S. 289 und 320; Kallaugher/Sher, *E.C.L.R. 2004*, 263, 268; Eilmansberger, *Common Market Law Review 2005*, 129, 131 f.; Ratliff, *Abuse of Dominant Position and Pricing Practices*, in: Ehlermann/Atanasiu [Hrsg.], *European Competition Law Annual 2003*, S. 428; O'Donoghue/Padilla, *The Law and Economics of Article 82 EC*, S. 136.
- 11 Dreher/Adam, *E.C.L.R. 2007*, 278, 281; Adam/Maier-Rigaud, *ZWeR 2009*, 131, 133; gegen die Berechtigung der Kritik wohl auch Mertikopoulou, *E.C.L.R. 2007*, 241, 249.
- 12 Eine Analyse der Entscheidungen der Kommission und der europäischen Gerichte zu Rabattsystemen bis zum Jahr 2003 findet sich bereits bei Gyselen (vgl. Gyselen, *Rebates – Competition on the Merits or Exclusionary Practice?*, in: Ehlermann/Atanasiu [Hrsg.], *European Competition Law Annual 2003*, S. 287 ff.). Allerdings fehlen in dieser Analyse naturgemäß die Urteile des Gerichts in den Fällen *Michelin II* und *British Airways*, die erst nach diesem Zeitpunkt ergangen sind und denen aufgrund ihrer zentralen Bedeutung in der folgenden Analyse besondere Aufmerksamkeit gewidmet werden soll. Ebenfalls nicht behandelt werden die zur Diskriminierung durch Rabatte ergangenen Entscheidungen, die aus meiner Sicht in diesen Zusammenhang gehören. Schließlich weicht meine Interpretation der Entscheidungen in Urteile in einigen zentralen Punkten von der von Gyselen ab. Aus diesem Grund ist ein Verzicht auf eine erneute Darstellung und Analyse unter Verweis auf Gyselen nicht möglich. Auch auf das Diskussionspapier der Kommission kann zum Zwecke der Analyse der europäischen Rechtspraxis bis zum Zeitpunkt der Veröffentlichung des Diskussionspapiers nicht verwiesen werden. Das Diskussionspapier vermischt Entscheidungspraxis und Änderungswünsche der Kommission und macht nicht deutlich, was gegenwärtiges und was zukünftiges Recht ist.

Im Rahmen der Analyse der ergangenen Entscheidungen und Urteile sollen diese hinsichtlich folgender Kernpunkte untersucht werden, die in ihrer Gesamtheit Auskunft darüber geben, warum das Rabattsystem als mit Art. 102 AEUV unvereinbar angesehen wird:

- Worin genau wird der Missbrauch gesehen? Welche Begründung wird für das Vorliegen einer wettbewerbsschädigenden Wirkung gegeben?
- Welcher Prognosemaßstab wird hinsichtlich der zu erwartenden Auswirkungen eines Rabattsystems angelegt bzw. anders ausgedrückt, bei welchem Gefährdungsgrad erfolgt ein Eingreifen? Dabei soll nicht allein auf die in den jeweiligen Entscheidungen und Urteilen geprägten Formeln abgestellt werden, sondern es soll im Einzelfall nachvollzogen werden, wie diese Formeln angewandt werden.
- Welche Rechtfertigungsgründe für ein andernfalls missbräuchliches Rabattsystem werden diskutiert oder sogar anerkannt? Sind dabei Unterschiede hinsichtlich der Rechtfertigung einer Marktabschottung und einer Diskriminierung erkennbar?

Zum Zweck der Systematisierung und Erarbeitung von wiederkehrenden Gemeinsamkeiten sollen die Rabattsysteme in Fallgruppen eingeteilt werden. Diese Kategorisierung soll anhand der Art der Definition der Rabattbedingung erfolgen.¹³ Der Grund für die Wahl dieses Faktors als Unterscheidungskriterium zwischen verschiedenen Rabattsystemen ist, dass auf diese Weise von Anfang an unterschieden werden kann zwischen Rabattsystemen, bei denen es häufig zur Diskriminierung von Abnehmern kommen wird und solchen Systemen, bei denen eine Diskriminierung die Ausnahme ist. Daher wird im Folgenden eine Unterteilung der entschiedenen Fälle anhand der Rabattbedingungen (Teil-)Exklusivität, Erreichung eines standardisierten Mengen- oder Umsatzziels und Erreichung eines individualisierten Mengen- oder Umsatzziels vorgenommen. Dagegen erfolgt keine zusätzliche Unterteilung zwischen Rabatten, die nur auf ein Produkt Anwendung finden und solchen, die mehrere Produkte umfassen. Eine solche Unterteilung findet sich in der Rechtspraxis nicht und ist, wie die Analyse zeigen wird, nicht erforderlich.

13 Auch bei Motta, Michelin II – The treatment of rebates, S. 18 und Gyselen, Rebates – Competition on the Merits or Exclusionary Practice? in: Ehlermann/Atanasiu [Hrsg.], European Competition Law Annual 2003 findet sich eine Systematisierung nach Art der Bedingung, die für die Gewährung des Rabatts erfüllt werden muss.

II.3.1 Rabattbedingung (Teil-)Exklusivität

II.3.1.1 Suiker Unie

Der EuGH befasst sich erstmals in seinem Urteil im Fall *Suiker Unie*¹⁴ aus dem Jahr 1975 mit der rechtlichen Bewertung von Rabatten, die unter der Bedingung der Exklusivität gewährt werden.

II.3.1.1.1 Sachverhalt

Die Südzucker-Verkauf GmbH („SZV“) hatte in ihrem Absatzgebiet während des maßgeblichen Zeitraums einen Marktanteil von 90 bis 95 %. Die Abnehmer, bei denen es sich hauptsächlich um Händler handelte, waren wegen unzureichender Lagerungsmöglichkeiten und des Bedürfnisses nach regelmäßiger Versorgung zumindest teilweise auf Lieferungen von SZV angewiesen. SZV nahm in die Verträge mit zahlreichen Abnehmern, die teils bedeutende Abnahmemengen betrafen, eine Klausel auf, wonach sie diesen Abnehmern einen „Jahresmengenrabatt“ von 3 DM je 1 Tonne Zucker gewährte, sofern sie ihren gesamten Jahresbedarf bei ihr deckten. Der Rabatt machte 0,3 % des Verkaufspreises aus.

II.3.1.1.2 Urteil des EuGH im Fall *Suiker Unie*

Der EuGH kommt zu dem Ergebnis, dass SZV mit der Rabattgewährung ihre marktbeherrschende Stellung missbraucht. Zur Begründung stellt er sowohl auf den Aspekt der Marktverschließung durch Verhinderung des Bezugs der Kunden von SZV bei anderen Herstellern als auch auf den der Diskriminierung ab.¹⁵

Hinsichtlich der Marktverschließung durch Verhinderung des Bezugs der Kunden von SZV bei anderen Herstellern stellt der EuGH fest, dass der Rabatt *„nicht als ein Mengenrabatt gewertet werden kann, der ausschließlich an den Umfang der bei dem betroffenen Hersteller getätigten Käufe geknüpft ist, sondern, [...] als „Treue“-Rabatt anzusehen ist, der dazu diente, die Kunden auf dem Wege über die Gewährung eines finanziellen Vorteils vom Bezug bei konkurrierenden Herstellern abzuhalten“*¹⁶. Als entscheidend für die Beurteilung

14 EuGH, Urteil vom 16.12.1975, Verb. Rs. 40-48, 50, 54-56, 111, 113-114/73, Coöperatieve Vereniging "Suiker Unie" UA und andere/ Kommission, Slg. 1975 1663, nachfolgend zitiert als EuGH, *Suiker Unie*-Urteil.

15 Anders als von Gyselen, *Rebates – Competition on the Merits or Exclusionary Practice?*, in: Ehlermann/Atanasiu [Hrsg.], *European Competition Law Annual 2003*, S. 297 angenommen liegt der Fokus des EuGH nicht auf der Diskriminierungswirkung des Rabattsystems. Beide festgestellten Auswirkungen stehen gleichberechtigt nebeneinander.

16 EuGH, *Suiker Unie*-Urteil, supra Fn. 14, Rn. 518.