

Nicht lineare Bonus- und Rabattsysteme in der wettbewerbsrechtlichen Missbrauchsaufsicht

Martin Hellwig
Max-Planck-Institut
zur Erforschung von
Gemeinschaftsgütern
Bonn

9. März 2012

Bedingte Rabatt- und Bonussysteme haben eine große Rolle gespielt in der Diskussion um einen "more economic approach" in der wettbewerbsrechtlichen Missbrauchsaufsicht:

Michelin II, British Airways

2005 Diskussionspapier der GD IV zu Art. 82

Die Warnung von GA Kokott, die Rechtsprechung müsse beachtet werden

2008 Entwurf einer Mitteilung

2009 Mitteilung der Kommission zu Art. 102 (82)

Vielfalt der Themen:

Endkunden versus Händler

Treuerabatte, Mengenrabatte, Rabatte bei Bündelung

Diskriminierung, Verdrängung, Ausbeutung

Thema dieses Vortrags:

Mengenrabatte und -Boni für Händler

Argumente in der Rechtsprechung:

- Diskriminierungsmissbrauch

Bonus- und Rabattsysteme mit Schwellenwerten, die sich von Händler zu Händler unterscheiden, fallen unter das Diskriminierungsverbot des Vertrags.

- Verdrängungsmissbrauch

Bonus- und Rabattsysteme verdrängen Wettbewerber, indem sie die Händler an das marktbeherrschende Unternehmen binden.

- Ausbeutungsmissbrauch?

Händler sind "gezwungen" die vom marktbeherrschenden Unternehmen vorgeschlagenen Bonus- und Rabattsysteme anzunehmen.

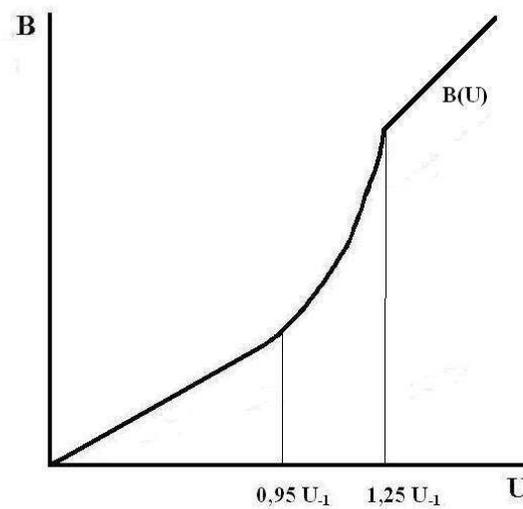


Figure 1:

Beispiel British Airways:

Ein nicht-lineares Bonussystem für Reisevermittler

Bonus = 7 % der Umsätze bis zu 95 % der Umsätze des betreffenden Vorjahrsmonats

Bonus = 10 % der Umsätze, wenn diese über 125 % der Umsätze des betreffenden Vorjahrsmonats hinausgehen

Zwischen 95 % und 125 % der Umsätze des betreffenden Vorjahrsmonats steigt das Verhältnis B/U gleichmäßig von 7 % auf 10 % an.

Argumente der Kommission und des Gerichts:

- Am Punkte $U = U_{-1}$ beträgt die Steigung der Bonusfunktion 17,5 %, d.h. der Reisevermittler bekommt 17,5 Pence für eine Umsatzerhöhung um 1 Pfund.
- Ein Wettbewerber ist nicht in der Lage, ein Bonussystem mit einem Bonus-Umsatz-Verhältnis von 17,5% anzubieten. Daher handelt es sich um einen Verdrängungsmisbrauch.
- Es gibt keine ökonomische Rechtfertigung für die Nichtlinearität des Bonussystems. Insbesondere gibt es keine Größenvorteile, die diese Nichtlinearität rechtfertigen würden.
- Da das Bonussystem auf einen Vergleich mit Umsätzen aus der Vergangenheit abstellt, wirkt es wie ein Treuerabatt.

- Da die Umsätze der Vergangenheit sich von Vermittler zu Vermittler unterscheiden, liegt auch ein Diskriminierungsmissbrauch vor.

Reaktion eines Ökonomen:

- Weder die Kommission noch das Gericht haben über den angemessenen begriffliche Rahmen für die Wettbewerbsanalyse nachgedacht.
- Die analytischen Aussagen der Entscheidungen sind dementsprechend problematisch.

Beispiel: Par. 288 der Gerichtsentscheidung:

"BA konnte kein anderes Interesse daran haben, diese Prämienregelungen anzuwenden, als das, die konkurrierenden Fluggesellschaften zu verdrängen und so die

Aufrechterhaltung des bestehenden Grades an Wettbewerb oder die Entwicklung dieses Wettbewerbs auf dem britischen Markt der Luftverkehrsvermittlungsdienste zu behindern."

Diese Aussage ist schlichtweg falsch.

- Es gibt keine empirische Analyse.

Eine Anmerkung zum "More Economic Approach" zur Wettbewerbspolitik

Die Auseinandersetzung um "Form versus Effects" ist irreführend.

Es geht um *drei* verschiedene Fragen komplexe

- Was ist das richtige Verfahren?
"per se" versus "rule of reason" versus "structured rule of reason"
- Was ist die Rolle der ökonomischen Analyse bei der Sachverhaltsbeurteilung?
- Was ist das Ziel der wettbewerbsrechtlichen Intervention?

Wettbewerbsfreiheit, Verbraucherwohlfahrt, Effizienz, Erhalt der Marktstruktur

Die Kritik zum Fall British Airways betrifft die zweite Frage.

Der zitierte Satz aus der Gerichtsentscheidung betrifft die ökonomische Beurteilung des Sachverhalts.

Er betrifft *nicht* die Frage nach "form versus effects".

Er betrifft auch *nicht* die Ziele der wettbewerbsrechtlichen Intervention.

Aus ökonomischer Perspektive wird die zitierte Sachverhaltsbeurteilung durch das Gericht nicht belegt. Wesentliche Gegengründe werden gar nicht betrachtet.

Ich halte es für problematisch, wenn ein Gericht ohne eigenen ökonomischen Sachverstand eine eigene neue

Wirtschaftstheorie entwickelt.

Würde das Gericht auch neue medizinische Theorien entwickeln, etwa wenn es eine Kompetenz in Strafsachen hätte?

Braucht das Gericht einen Chief Economist?

Fehlen eines angemessenen begrifflichen Rahmens:

Par. 292 der Gerichtsentscheidung:

Die Kommission hat also zu Recht festgestellt, dass BA seine beherrschende Stellung auf dem britischen Markt der Luftverkehrsvermittlungsdienste dadurch missbraucht hat, dass es durch die Anwendung von Ergebniszuschlagsregelungen, die nicht auf einer wirtschaftlich gerechtfertigten Gegenleistung beruhen, die Freiheit der Vermittler, ihre Dienste den Fluggesellschaften ihrer Wahl zu erbringen, und folglich den Zugang dieser Gesellschaften zum britischen Markt für Luftverkehrsvermittlungsdienste beschränkt hat

Problem:

Geht es um ein System, das die Reisevermittler schlechter stellt?

Oder geht es um ein System, das die Wettbewerber verdrängt, indem es den Reisevermittlern etwas anbietet, das so gut ist, dass sie es nicht ablehnen können.

Seit wann reden wir davon, dass die Freiheit eines Wirtschaftssubjekts beschränkt wird, wenn es ein Angebot bekommt, das so gut ist, dass es nichts anderes annehmen will.

Das ist Begriffswirrwarr.

Die Mitteilung der Kommission ist kaum besser

Die potenzielle marktverschließende Wirkung rückwirkender Rabatte ist grundsätzlich bei der letzten vor Überschreiten der Rabattschwelle gekauften Einheit am stärksten....

In diesem Zusammenhang wird die Kommission ermitteln, welchen Preis ein Wettbewerber anbieten müsste, um den Abnehmer für den Verlust zu entschädigen, der ihm entsteht, wenn er einen Teil seiner Nachfrage („relevante Menge“) statt bei dem marktbeherrschenden Unternehmen künftig bei diesem Wettbewerber deckt und dadurch den bedingten Rabatt verliert.

Effizienzerwägungen sollen auf Größenvorteile abstellen.

Kritik

- Die Spannung zwischen der Vorstellung, dass dem Reisevermittler etwas aufoktroiert wird, und der Vorstellung, dass das Rabattsystem für ihn vorteilhaft ist, ist nach wie vor vorhanden.
- Die Analyse der Verdrängungseffekte hängt von den Annahmen über die Größenordnung der "letzten Einheit" vor der Schwelle ab. Hier gibt es viel Raum für Willkür.
- Es gibt immer noch keinen Versuch zur Entwicklung eines begrifflichen Rahmens für die Wettbewerbsanalyse.

Was fehlt?

Keine Berücksichtigung der *Unsicherheit*, die im Vorhinein besteht!

Ohne Unsicherheit ex ante bedarf es keines Rabatt- oder Bonussystems: Man kann einfach ein Umsatzziel festlegen und eine Belohnung für das Erreichen des Umsatzziels.

Ein Rabatt- oder Bonussystem ist ein Mittel, um damit umzugehen, dass man im Vorhinein nicht weiß, wie sich die Nachfrage entwickelt.

Eine Analyse solcher Systeme ohne Berücksichtigung von Unsicherheit entspricht einer Aufführung des Hamlet, in der der Prinz von Dänemark nicht auftritt.

Warum erfordert Unsicherheit eine andere Analyse?

- Kommission und Gericht betrachten das Entscheidungsproblem des Vermittlers am 30. des Monats, wenn er weiß, dass er gerade am Umsatzniveau des Vorjahrsmonats ist, d.h. dass $U = U_{-1}$
- Wenn am 30. des Monats statt dessen $U = 0,9U_{-1}$, so würde man einen Anti-Verdrängungseffekt bekommen, denn hier sagt der Vermittler sich, dass er für eine Umsatzerhöhung um ein Pfund nur 7 Pence bekommt, gegenüber 9 Pence unter dem früheren Schema.
- Man kann sich sogar vorstellen, dass er bei $U = 0,9U_{-1}$ am 30. des Monats ganz "blau" macht, um so die Schwelle für das System im Folgejahr zu senken. Abstellen auf die Umsätze der Vorperiode hätte somit die genau entgegengesetzte Wirkung zu einem Treuerabatt.

Nicht-lineare Anreizsysteme bei Unsicherheit

- Die Konzentration von Kommission und Gericht auf die Entscheidungssituation am 30. des Monats bei Information $U = U_{-1}$ ist *willkürlich*.
- Es wird versäumt, die Entscheidung des Vermittlers am 1. des Monats (oder am 10. des Monats) zu betrachten, wenn er noch nicht weiß, wo genau er am Monatsende landen wird.
- Aus dieser Ex-ante-Perspektive erwägt der Vermittler, dass ein zusätzlicher Umsatz Δ , den er jetzt tätigt, seinen Bonus ungefähr um den Betrag

$$B(U + \Delta) - B(U) \approx \Delta \cdot B'(U)$$

erhöhen wird, wobei $B'(U)$ die Steigung der Bonusfunktion am Punkt U angibt.

- Da er im Vorhinein nicht weiß, wie groß U sein wird, weiß er auch nicht, was $B'(U)$ am Ende sein wird, und muss sich eine Erwartung darüber bilden.
- Die Steigung $B'(U) = 0,175$ am Punkt $U = U_{-1}$ ist am 1. des Monats *nur* insofern relevant, wie sie in seine Erwartungen eingeht.

- Das nicht-lineare Bonussystem bietet eine Methode, die Erwartung $EB'(U)$ über die Steigung $B'(U)$ abzukoppeln vom Erwartungswert $EB(U)$ über die Bonuszahlung $B(U)$.
- Erstere, die Erwartung $EB'(U)$ über die Steigung $B'(U)$ ist relevant für die Anreizwirkungen des Bonussystems.
- Letztere, die Erwartung $EB(U)$ über die Bonuszahlung $B(U)$ ist relevant für die Vertriebskosten der Fluggesellschaft.
- Bei einem linearen Anreizsystem würde gelten

$$EB(U) = B' \cdot EU,$$

d.h. B' wäre konstant, und eine Erhöhung von B' würde automatisch eine Erhöhung der erwarteten Zahlung bedingen.

- Die Entkopplung durch ein nicht lineares Bonussystem senkt die Kosten, die erforderlich sind, um einen gegebenen Arbeitsanreiz für den Vermittler zu erzeugen.
- Sie kann aber auch dazu dienen, die Anreize des Vermittlers zu verstärken, ohne die Vertriebskosten zu erhöhen.
- Welche dieser beiden Alternativen vorliegt, kann nicht durch theoretische Spekulation allein bestimmt werden.
- Auch kann man nicht durch theoretische Spekulation allein bestimmen, ob verstärkte Anreize für den Reisevermittler vor allem bewirken,
 - dass der Vermittler sich weniger um die Wettbewerber der Fluggesellschaft kümmert,
 - oder dass er seine Siesta etwas kürzer hält.

Folgerungen für die Wettbewerbsanalyse

- Wenn das Bonussystem die Kosten senkt, ohne dass die Vertriebsanstrengungen der Vermittler sich ändern, gibt es keinen Verdrängungsmisbrauch.
- Wenn das Bonussystem dazu dient, dass der Vermittler mehr Vertriebsanstrengungen auf sich nimmt und dafür weniger Siesta macht, gibt es ebenfalls keinen Verdrängungsmisbrauch.
- Wenn die zusätzlichen Vertriebsanstrengungen zu Lasten von Wettbewerbern gehen, kann es einen Verdrängungsmisbrauch geben.
- Es kann ebenfalls einen Ausbeutungsmisbrauch geben: Mehr Arbeit für weniger Lohn!

Folgerungen für die Beurteilung der Rechtsprechung

- Das Spannungsverhältnis zwischen der Attraktivität der 17,5% und dem Element des Zwangs wird aufgelöst.
- Effizienzerwägungen sollten nicht nur auf Größen- oder Verbundvorteile abstellen.
- Bei Unsicherheit gibt es keinen Grund für die Vorstellung, es müsse ex post eine Äquivalenz zwischen Bezahlung und Wert der einzelnen Einheit geben. Risikoteilungs- und Anreizerwägungen erfordern diesbezüglich Abweichungen.

Empirische Analyse

- Nach Einschätzung des Gerichts hat die Kommission die Verdrängung bewiesen, indem sie gezeigt hat, dass 85% aller Umsätze für Flugreisen über Reisevermittlungen getätigt wurden.
- Warum kann man daraus schließen, dass die Bonussysteme den Wettbewerbern Umsätze weggenommen haben? Die empirische Aussage enthält keinerlei Wirkungsanalyse!
- Zur Wirkungsanalyse enthalten die Unterlagen nichts außer der Aussage, dass die Steigung von 17,5 % am Punkt $U = U_{-1}$ zu hoch ist.

Was wäre empirisch zu untersuchen?

- Inwiefern sind nicht lineare Anreizsysteme eine normale Vertriebsmethode?
- Wie hoch ist die Angebotselastizität der Dienstleistungen von Reisevermittlern?
 - Wenn die Angebotselastizität sehr hoch ist, ist Verdrängung von Wettbewerbern durch das Bonussystem noch nicht einmal theoretisch möglich!
- Was sind die Marktzutrittsbedingungen bei Reisevermittlern?
- Könnte ein Ausbeutungselement bewirken, dass die Vermittler sich mehr auf andere Fluggesellschaften verlegen?

- Anmerkung: Die Analyse der Wettbewerbsintensität zwischen Reisevermittlern, die die Kommission selbst gegeben hat, lässt vermuten, dass das Angebot an solchen Dienstleistungen sehr elastisch ist. Wenn das der Fall ist, ist der Vorwurf gegenüber British Airways kaum zu halten..

Zitat Lepsius JZ 2005:

„Juristen haben offenbar kein Problem, sich zu Subsumptionsautomaten von Medizinern, Naturwissenschaftlern oder Technikern zu machen; gegenüber den Sozialwissenschaften aber bestehen sie auf ihrer juristischen Kompetenz, die Fakten selbst zu erheben und zu bewerten.“

Das hat auch insofern seine Richtigkeit, als es ja die juristischen Tatbestände sind, die darüber entscheiden, welche Fakten überhaupt rechtserheblich sind. Nur der Jurist als Normwissenschaftler kann beurteilen, welche Sachverhalte zu ermitteln sind und anhand welcher normativer Maßstäbe dies zu geschehen hat. Fakten haben für sich genommen keinen normativen Aussagewert. Aus dem Sein folgt bekanntlich kein Sollen. Daher muß die Auswahl der rechtserheblichen Fakten und ihre Bewertung in erster Linie eine juristische Aufgabe sein, die keinen Spielraum für interdisziplinäres Arbeiten einräumt.“

„Wenn es jedoch um Tatsachen als Voraussetzung der Rechtsanwendung geht, ist der arbeitsteilige Ansatz dem integrativen methodisch überlegen, denn er nimmt die jeweiligen fachwissenschaftlichen Erkenntnisverfahren ernst, während der integrative auf multitalentierete Juristen vertraut. Deshalb wird der arbeitsteilige Ansatz in erster Linie bei naturwissenschaftlichen Fakten eingesetzt, weil selbst die gebildetsten Juristen hier an Wissensgrenzen stoßen.“

Wirkungsanalyse als Problem sui generis:

- Was ist der angemessene begriffliche Rahmen der Analyse?
- Welche Hypothesen können die Wirkungszusammenhänge erklären?
- Was ist die *Theory of Competitive Harm*?
- Welche Daten können dazu dienen, zwischen den verschiedenen Hypothesen zu unterscheiden?
- Welche Hypothese gilt?