

**(Behavioral) Law and Economics im euro-
päischen Wettbewerbsrecht:**

Missbrauchsaufsicht über Schwellenrabatte

Inaugural-Dissertation,
zur Erlangung des Grades eines Doktors
der Rechte
durch die
Rechts- und Staatswissenschaftliche Fakultät
der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität
Bonn

vorgelegt von Alexander Morell
aus Bonn
2010

Inhaltsverzeichnis

Inhaltsverzeichnis	I
Abkürzungsverzeichnis	VI
1. Kapitel: Einleitung	1
I. Was sind Schwellenrabatte?	2
II. Gang der Untersuchung	4
2. Kapitel: Die Anwendung von Art. 82 EG auf Rabatte durch die europäischen Institutionen	7
I. Entwicklung der Rechtsprechung	7
a) Auslegung von Art. 82 im Zusammenhang des EG-Vertrags	7
b) Bestimmung von Missbrauch durch den EuGH	10
1) Verbot von Ausschließlichkeitsbindungen	12
2) Per se Verbot von Treuerabatten	12
3) Der Test des Gerichtshofs für Schwellenrabatte	13
(a) Rabattschwelle nah am Gesamtbedarf für die Referenzperiode	15
(b) Erheblicher Abstand der Marktanteile von Marktbeherrscher und Konkurrenten	16
(c) Rückwirkung des Rabatts	16
(d) Keine kurze Referenzperiode	17
(e) Exkurs zur Einordnung von Michelin II.	17
(f) Keine wirtschaftliche Rechtfertigung	18
(g) Zusammenfassung	19
c) Zwischenergebnis: De facto per se Verbot von Schwellenrabatten mit Möglichkeit einer Effizienzeinrede	20
II. Der Test der Kommission	21
a) Der Test der Kommission nach dem Diskussionspapier von 2005	21
1) Das Diskussionspapier zu Art. 82 und der Versuch einer Ökonomisierung von Art. 82 EG	22
(a) Gründe für eine Reform der Anwendung von Art. 82 EG	22
	I

(b) Ziele des Diskussionspapiers von 2005	23
2) Ein Schwellenrabatttest mit starkem Einzelfallbezug	24
(a) Das commercially viable share	24
(b) Der Kostenmaßstab und das <i>required share</i>	27
(c) Funktionsweise des Tests	27
(d) Ergebnis und kurze Bewertung	28
b) Der Test der Kommission nach dem Guidance Paper 2008/2009	29
1) Was von der Ökonomisierung übrig blieb	29
2) Leichte Veränderung des Tests zu Schwellenrabatten	30
(a) Umbenennung des viable shares in contestable share	30
(b) Anpassung des Kostenmaßstabs – von ATC zu AAC und LRAIC31	31
(c) Zwischenergebnis	32
c) Die erste Anwendung des Tests der Kommission in der Intel-Entscheidung	33
1) Abschätzung des <i>required shares</i>	34
2) „Messung“ des contestable shares	36
d) Zwischenergebnis: Die Kommission prüft, ob der im Wettbewerb stehende Teil der Nachfrage zu einem Preis über AAC angeboten wird	38
III. Zusammenfassung	38
3. Kapitel: Extrapolation eines Tatbestands einer Missbräuchlichkeitsvermutung gegen Rabatte aus theoretisch-ökonomischer Literatur	39
I. Konkretisierung von Artikel 82 EG als Anwendung widerleglicher Missbräuchlichkeitsvermutungen	39
II. Definition von Missbrauch für die folgende Abhandlung: Ein ebenso effizienter Wettbewerber könnte wegen des Rabattsystems nicht auf den Markt zutreten	41
III. Liefert die ökonomische Analyse von Schwellenrabatten Merkmale, die eine Missbrauchsvermutung rechtfertigen?	48
a) Methodische Präliminarien: Statische Wettbewerbsanalyse, Renten, Gleichgewichte und Spieltheorie	48
1) Effizienz	49
2) Erwartungswert	50
3) Spieltheorie	51
(a) Gleichgewichte	51
(b) Matrixspiele	52
b) Die Bedeutung von Asymmetrien für die Wirkung von Rabatten	54
c) Lagerung	62
d) Erheblichkeit der Sprungstelle(n) im Rabattsystem	63
e) Ausschluss des ebenso effizienten Wettbewerbers durch „Eintrittspreise“ für Märkte und die Induktion von Ausschließlichkeit.	64
1) Ausschließlichkeitsbindungen würde sich ein Marktbeherrscher nicht leisten (Posner, Bork)	65
2) Unsicherheit kann ineffizienten Marktverschluss profitabel machen (Bolton/Aghion)	68

Annex zu 2):	70
3) Das Erfordernis eines <i>minimum viable shares</i> kann ineffizienten Marktverschluss profitabel machen (Rasmusen, Ramseyer, Wiley)	74
(a) Modellrahmen	74
(b) Erster Grund der Verbilligung des Marktverschlusses: Weniger Käufer sind zu entschädigen.	76
(c) Der zweite Grund der Verbilligung des Marktverschlusses: ein Koordinationsproblem der Käufer.	77
(d) Unterschiede zwischen Ausschließlichkeitsbindungen und Rabatten	78
Annex zu 3)	82
4) Intensiver <i>downstream</i> -Wettbewerb erschwert ineffizienten Marktverschluss durch Ausnutzung des <i>minimum viable share</i> (Fumagalli/Motta)	84
Annex zu 4)	88
f) Marktverschluss durch die Verbindung von Märkten durch Schwellenrabatte (<i>bundled rebates</i>)	92
1) Verbindung von Märkten durch Rabatte	93
Annex zu 1)	96
2) Die Bündelung von komplementären Gütern	98
Annex zu 2)	102
Annex zu f): Ein einfaches Modell stufenweisen Marktzutritts bei komplementären Gütern mit und ohne <i>commitment</i>	103
g) Mindestmarktanteil, Netzwerkeffekte und Preisdiskriminierung (Karlinger/Motta).	106
Annex zu g):	109
h) Negative inkrementelle Preise als ein Hauptmerkmal missbräuchlicher Preisgestaltungen, wenn die Asymmetrie in finanziellen Beschränkungen liegt.	118
i) Die Länge der Referenzperiode	116
j) Zusammenfassung der Anhaltspunkte, welche die Missbräuchlichkeit von Rabatten vermuten lassen	118
IV. Rabatte erfüllen die Effizienzeinrede nicht in der Mehrzahl der Fälle	123
a) Abschwächung doppelter Marginalisierung	123
Annex zu a)	129
b) Fallende Durchschnittskosten und Skalenerträge	130
c) Größenvorteile auf der nachgelagerten Produktions- oder Vertriebsstufe	130
d) Anreizwirkung	131
e) Trittbrettfahrer und <i>hold-up</i>	134
f) Die positiven Folgen von Preisdiskriminierung	136
Annex zu f)	142
g) Preissenkung?	143
h) Preisdruckmittel	144
i) Marktforschung	145

j) Zusammenfassung der Überlegungen zur Effizienzeinrede	146
V. Bewertung des Tests des Gerichtshofs	146
VI. Bewertung des Tests der Kommission	148
a) Permissiver Test	149
b) Unbestimmtheit des <i>viable shares</i> bzw. des <i>contestable shares</i>	149
c) Weitere Probleme der praktischen Durchführung	152
d) Ergebnis	154
4. Kapitel: Kritik aus einer verhaltensökonomischen Perspektive	155
I. Präliminarien	155
a) Welches Modell menschlichen Verhaltens - rational oder verhaltenswissenschaftlich informiert?	157
1) Das Rationalmodell	157
2) Verhaltenswissenschaftlich informierte Ansätze	159
b) Probleme einer verhaltensökonomischen Analyse im Kartellrecht	163
1) Beobachtung durch den Experimentator	164
2) Die Bedeutung von Kontext	166
3) Die Population der Versuchspersonen und Selbstselektion	168
4) Der Faktor Zeit	169
5) Anreize	170
6) <i>Corporate Actors</i>	172
7) Markt	174
8) Paternalismus	177
9) Probleme der Vorhersage von Effektstärken	179
10) Zusammenfassung	179
c) Verhaltensökonomische Analyse von Rabatten auf Konsumentenmärkten	180
II. Kognitive Prozesse können zu stärkerem Marktverschluss führen.	183
a) Rabatte und Unsicherheit: Die Position der Institutionen	183
1) Michelin I.	184
2) Michelin II.	184
3) Diskussionspapier zu Art. 82 EG	185
4) Zusammenfassung	185
b) Rabatte als Investition: Eigenarten eines Zielrabatts in der Wirkung auf den Käufer	186
c) Versunkene Kosten	188
d) Kognitive Dissonanz und Schwellenrabatte	189
e) <i>Prospect Theory</i> und Schwellenrabatte	192
1) <i>Prospect Theory</i> und Entscheidungen unter Unsicherheit	192
2) Anwendung von <i>Prospect Theory</i> auf Rabatte	198
f) Warum liefert sich der Kunde dem <i>lock-in</i> aus?	202
g) Empirische Überprüfung des zusätzlichen Bindungseffekts von Schwellenrabatten	204

IV

III. Der Test des Gerichtshofs und die Verstärkung des Sogeffekts	207
IV. Der Kommissionstest und die Verstärkung des Sogeffekts	208
V. Integration der Verstärkung des Sogeffekts in den Tatbestand der Missbräuchlichkeitsvermutung gegen Rabatte	209
5. Kapitel: Zusammenfassung des gefundenen Tatbestands der Missbräuchlichkeitsvermutung gegen Schwellenrabatte	210
6. Kapitel: Illustrative Anwendung des in dieser Arbeit gefundenen Tests auf Michelin I, II, British Airways und Intel	213
I. Michelin I	213
a) Der Fall	213
b) Subsumtion	214
II. Michelin II	216
a) Der Fall	216
b) Subsumtion	217
1) Zielprämie und Steigerungsprämie	217
2) Jahresendbonus	218
3) Jahresumsatzrabatt	219
III. British Airways	220
a) Der Fall	220
b) Subsumtion	221
1) Die Marketingvereinbarung	221
2) Der Ergebniszuschlag	223
IV. Intel	223
a) Sachverhalt	223
b) Subsumtion	224
2) Der Bonus an MSH	226
7. Kapitel: Ergebnis und Schlussbetrachtung	227
Literaturverzeichnis:	229

Abkürzungsverzeichnis

AAC	durchschnittliche vermeidbare Kosten (<i>average avoidable cost</i>)
Art.	Artikel
ASP	durchschnittlicher Verkaufspreis vor Reduktion durch Rabatt (<i>average selling price</i>)
ATC	durchschnittliche Gesamtkosten (<i>average total cost</i>)
Aufl.	Auflage
AVC	durchschnittlich variable Kosten (<i>average variable cost</i>)
bspw.	beispielsweise
EG	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft (konsolidierte Fassung)
et al.	und andere
EuG	Europäisches Gericht erster Instanz
EuGH	Europäischer Gerichtshof
f.	folgende
ff.	fortfolgende
Fn.	Fußnote
FS	Festschrift
Hg.	Herausgeber
insb.	Insbesondere
i.S.v.	im Sinne von
KomE	Kommissionsentscheidung
lit.	littera
LRAIC	langfristige Grenzkosten (<i>long run average incremental cost</i>)
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
OECD	Organisation für Wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung (<i>Organization of Economic Cooperation and Development</i>)

Rn.	Randnummer
usw.	und so weiter
u.a.m.	und andere mehr
UWG	Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb
vgl.	vergleiche
Vorb.	Vorbemerkung
z.B.	zum Beispiel

1. Kapitel: Einleitung

Die Diskussion um den *more economic approach* im europäischen Kartellrecht¹ kann den Eindruck erwecken, als sei sie in erster Linie Ausdruck eines Machtkampfs zwischen Juristen und Ökonomen im europäischen Verwaltungsapparat. Jede Seite scheint bemüht, ihre jeweilige Arbeitsmethode als „Amtssprache“ zu etablieren. Doch jenseits der Polemiken ist erkennbar, dass beide Gruppen verdienstvolle Anliegen verfolgen. Die ökonomisch argumentierende Seite befürchtet, dass Wirtschaftsabläufe ohne wirtschaftlichen Verstand reguliert und so ihrer fruchtbaren Dynamik beraubt werden. Die juristisch argumentierende Seite befürchtet, dass mit einer zunehmenden Ökonomisierung die Rechtssicherheit im Sinne einer gerichtlichen Kontrollierbarkeit abnimmt, für die rechtsunterworfenen Unternehmen die Abschätzung der Folgen ihres Handelns erschwert, und die Durchsetzung des Kartellrechts zunehmend kompliziert, langwierig und teuer wird. Als Kompromiss wird auf Konferenzen – meist von juristischer Seite – oft vorgeschlagen, die Ökonomie möge doch abstrakt generelle Regeln formulieren, die Juristen dann auf dem Gebiet des Wettbewerbs anwenden könnten.² Dieser Forderung wurde kaum nachgekommen. Der Verweis auf die Bedeutung der unterschiedlichen Wirkungen wirtschaftlichen Handelns im Einzelfall galt als Argument gegen abstrakt generelle Regeln an sich und für empirisch gestützte Einzelfallregulierung. Und sicher haben auch die Anreize in einer Zukunft, in der Reputation auf Veröffentlichungen in *peer reviewed journals* aufgebaut wird, Ökonomen davon abgehalten, Handlungsanweisungen für juristische Lehrbücher zu schreiben. Die vorliegende Arbeit versucht, das Bedürfnis nach ökonomisch fundierten, abstrakt generellen Regeln auf dem seit dem Diskussionspapier der Kommission³ intensiv diskutierten Gebiet rückwirkender Schwellenrabatte⁴ zu befriedigen, ohne die Bedürfnisse der Handhabbarkeit, der gerichtlichen Überprüfbarkeit und der Vorhersehbarkeit außer Acht zu lassen.

Zurzeit stehen sich zu Schwellenrabatten zwei grundlegend verschiedene Ansätze der Konkretisierung von Art. 82 EG gegenüber. Der EuGH und das EuG halten Schwellenrabatte, wenn sie von einem marktbeherrschenden Unternehmen angeboten werden, praktisch für per se verboten. Insbesondere rückwirkende Schwellenrabatte motivierten die Abnehmer zu Treue gegenüber dem Marktbeherrscher. Solches

1 Europäische Kommission (2005); Christiansen (2005); Gual et al. (2005), 5-17; Immenga (2006); Schmidtchen (2006).

2 Vgl. z.B. Podszun (2007), 785.

3 Europäische Kommission (2005).

4 Bishop/Walker (2002), 201; Hellwig (2006), 15; Motta (2004), 498; O'Donoghue/Padilla (2006), 375; OECD (2002); Ridyard (2002), 286; Spector (2005), 89; recht leidenschaftlich z.B. Waelbroeck (2005), 156.

Verhalten eines Marktbeherrschers verhindere Marktzutritt und verstoße deshalb gegen Art. 82 EG.⁵

Die Kommission dagegen will künftig stärker auf der Grundlage der Umstände des Einzelfalls entscheiden. Für jedes Rabattsystem eines Marktbeherrschers soll im Einzelfall festgestellt werden, ob ein Wettbewerber, der ebenso effizient ist wie der Marktbeherrscher, kostendeckend eine Menge absetzen kann, die ihn in den Stand versetzt, sich nachhaltig am Markt zu etablieren.⁶

Beide Tests haben je einen gravierenden Nachteil. Der Test der europäischen Gerichte erscheint zu einfach, um den nach Marktumfeld sehr verschiedenen Wirkungen von Rabatten gerecht zu werden.⁷ Der Test der Kommission lässt erwarten, dass seine Anwendung mit einem immensen Aufwand verbunden ist, da die Kosten des Marktbeherrschers, die Menge, die einen nachhaltigen Marktzutritt erlaubt, und der effektive Preis dieser Menge in Erfahrung zu bringen sind.⁸

Die vorliegende Arbeit ist der Versuch beide Nachteile zu vermeiden und unter Verwendung ökonomischer Theorie zu zeigen, dass sich ein Test konstruieren lässt, der nicht ökonomisch naiv ist und dennoch schonend mit den Ressourcen der Wettbewerbsbehörden umgeht. Dabei wird deutlich, dass der EuGH durch die Zulassung der Effizienzeinrede im British Airways-Urteil schon den Rahmen gesetzt hat, der diesen Ausgleich ermöglicht.⁹ Andererseits wird bei der Berücksichtigung verhaltensökonomischer Literatur deutlich, dass ein wirkungsbasierter Ansatz nicht notwendig das Ziel einzelfallorientierter Regulierung verfolgen muss, sondern sich vor allem vergewissern sollte, wie Agenten am Markt tatsächlich handeln.

I. Was sind Schwellenrabatte?

Die Arbeit befasst sich mit Schwellenrabatten und -boni. *Schwellenrabatte* waren Gegenstand der Michelin-Entscheidungen des EuGH und des EuG. Um *Schwellenboni* ging es zum Beispiel im dem Fall British Airways, der 2007 vom EuGH entschieden wurde. Bei Rabatten und Boni stellen sich ähnliche Fragen.

Das Grundprinzip des Schwellenrabatts ist einfach. Ein Verkäufer bietet einem Käufer einen Rabatt an, unter der Bedingung, dass er innerhalb eines bestimmten Zeitraums (der Referenzperiode) – in den Michelin-Fällen war es meist ein Jahr – eine bestimmte Menge abnimmt.

Der Rabatt kann unterschiedlich ausgestaltet sein. Zum Beispiel kann der Verkäufer für jede Einheit jenseits der Schwelle einen geringeren Preis verlangen. Ein sol-

5 EuGH „Michelin I.“ 322/81, Rn. 81 ff.; „British Airways“ C-95/04, Rn. 71 ff.; EuG „Michelin II.“ T-203/01, Rn. 95.

6 Europäische Kommission (2009), Rn. 37 ff.

7 Ahlborn/Bailey (2006), 133; Waelbroeck (2005), 149 ff.; Spector (2005), 90.

8 Vgl. Wiedergabe der Konferenzbeiträge von Dreher und Meier-Beck bei Moch (2008), 47 f.

9 EuGH „British Airways“, C-95/04, Rn. 69, 86 ff.

cher Rabatt ist wettbewerbsrechtlich weitgehend unbedenklich, solange der geringere Preis über den Kosten liegt und insofern keinen Kampfpreis darstellt. Als problematisch gelten vor allem rückwirkende Rabatte, so genannte *rollback rebates*, die sich auf die gesamte Menge beziehen, die der Käufer innerhalb der Referenzperiode abgenommen hat. Nehmen wir an, A verkauft ein Gut. Er bietet seinem Käufer K an, er gewähre ihm 10% Rabatt auf alle innerhalb eines klar definierten Zeitraums gekauften Einheiten, wenn K nur innerhalb dieser Zeit mindestens 1000 Einheiten des Guts kauft. Beträgt der normale Preis 10 € und kauft der Käufer statt 999 Einheiten 1000 Einheiten, so zahlt der Käufer statt 9990 € nur noch 9000 €. Das wäre ein Schwellenrabatt in der Ausprägung eines rückwirkenden Rabatts. Das charakterisierende Merkmal dieses Rabatts ist, dass der Preis der letzten Einheit de facto negativ ist. Hat der Käufer schon 999 Einheiten gekauft und entscheidet sich, eine weitere zu kaufen, kostet ihn diese nicht zehn Euro, sondern sie bringt ihm 990 Euro ein.

Dieser Umstand lässt sich auch graphisch darstellen:

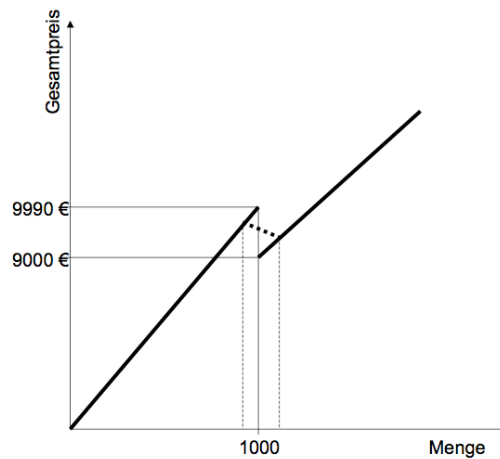


Abbildung 1

Der Gesamtpreis steigt mit wachsender Menge zunächst steil an. Bei Erreichen der Rabattschwelle von 1000 Stück fällt er jedoch jäh von 9990 € auf 9000 € ab. Es entsteht eine Sprungstelle. Dann steigt er wieder an, allerdings mit durch den reduzierten Preis verringerter Steigung (Dies zeigt der fett gedruckte Graph mit der Sprungstelle).

Eine einzelne Bestellung, die eine Menge umfasst, mit der die Rabattschwelle in Höhe von 1000 Einheiten überschritten wird, kann zu negativen Preisen führen. Bei negativen Preisen wird der Käufer für die Abnahme des Guts bezahlt. Der Käufer kann zum Beispiel, wenn er schon 970 Einheiten gekauft hat, 70 zusätzliche Einheiten bestellen. In Abbildung 1 tragen die gepunkteten Linien ungefähr eine solche Menge ab. Mit diesen 70 Einheiten überschreitet der Käufer die Rabattschwelle und bezahlt für sie einen Preis von -300 €, pro Stück also etwa

-4,30 €. In Abbildung 1 beschreibt die Steigung der fallenden fett gepunkteten Linie den negativen Durchschnittspreis dieser Bestellung.

Die vorliegende Arbeit behandelt Rabatte, die zu einer oder mehreren solcher Sprungstellen führen. Ob diese Sprungstelle durch die Rückwirkung eines in Prozent angegebenen Rabatts oder die Zahlung einer festen Summe an Geld oder an Bonusmeilen erreicht wird, ist für die folgenden Ausführungen unerheblich. Wenn künftig also von Rabatten oder Schwellenrabatten die Rede ist, ist ein Rabattsystem gemeint, das zu einer Sprungstelle in der Preisfunktion führt.

Schwellenrabatte sorgen seit langem für Diskussionen, weil sie Eigenschaften von wettbewerbsrechtlich unbedenklichen Mengenrabatten mit solchen von wettbewerbsrechtlich problematischen Treuerabatten kombinieren. Mit einem Mengenrabatt teilt der Schwellenrabatt die Eigenschaft, dass er eine Belohnung dafür darstellt, dass der Käufer viel gekauft hat. Das kann vor dem Hintergrund von Größenvorteilen sinnvoll sein. Ein Größenvorteil besteht, wenn die Kosten pro Einheit mit steigender Menge sinken. Liegt ein Größenvorteil vor, kann es Ressourcen sparen, wenn das Gut in großen Mengen von wenigen Anbietern bereitgestellt wird. Mengenrabatte können eine solche Konzentration fördern und die Kostenersparnisse an den Kunden weitergeben. Mit dem Treuerabatt teilt der Schwellenrabatt die Eigenschaft, dass er eine Belohnung für die Befriedigung des gesamten Bedarfs darstellt, wenn die Rabattschwelle (im Beispiel also 1000 Stück) nah am Gesamtbedarf des Abnehmers für den Referenzzeitraum liegt. Dann kann er ausschließlichen Bezug beim Marktbeherrscher induzieren und unter bestimmten Umständen Marktverschluss generieren.

II. Gang der Untersuchung

Die Diskussion um Schwellenrabatte und Schwellenboni wurde verglichen mit der Diskussion um die Existenz und Behandlung von Kampfpreisen in den siebziger Jahren, die ein eingefahrenes System erschütterte, aber zunächst kaum Standards lieferte, mit denen die Gerichte umgehen konnten.¹⁰ Diese Arbeit soll die Diskussion um die adäquate Behandlung von Schwellenrabatten strukturieren und zugänglich machen. Und sie soll überprüfen, welche praktikablen Maßstäbe die Diskussion bisher hervorgebracht hat und welche der herkömmlichen Maßstäbe unter Umständen verworfen werden sollten.

Ob Schwellenrabatte und Schwellenboni rechtswidrig sind, ist anhand von Art. 82 EG zu bestimmen. Die Diskussion konzentriert sich dabei auf das zweite der drei Tatbestandsmerkmale des Artikels 82 EG, den Missbrauch. Die Grundfrage dieser Arbeit lautet daher, wann Schwellenrabatte als missbräuchlich behandelt werden sollten. Das erste (Marktmacht) und dritte Tatbestandsmerkmal (Beeinträchtigung des Handels zwischen Mitgliedstaaten) des Art. 82 EG werden daher hier allenfalls

¹⁰ Hovenkamp (2006), 841.

in dienender Funktion im Lichte des Merkmals „Missbrauch“ behandelt. Dabei wird vorausgesetzt, dass Marktdominanz und Möglichkeit der Beeinträchtigung des Handels zwischen den Mitgliedsstaaten feststehen.

Die Diskussion um Rabatte hat zwei Aspekte, von denen diese Arbeit nur einen behandelt. Hier werden Rabatte als Behinderungsmissbrauch diskutiert. Der Aspekt des Ausbeutungsmissbrauchs in Form von Preisdiskriminierung, der in den drei wichtigen Entscheidungen der europäischen Gerichte immer auch eine Rolle spielte,¹¹ wird ausgespart. Diese Fokussierung hat im Wesentlichen drei Gründe.

Erstens stand in der Praxis meist die Frage im Zentrum, ob Rabatte Wettbewerber behindern. Die Frage, ob Rabatte diskriminierend wirken, spielte in der Regel eine untergeordnete Rolle.¹²

Zweitens hat die Rechtsprechung zu Art. 82 II c) EG weitgehend einzelfallabhängige und weiche Kriterien generiert. Insbesondere die Tatbestandsmerkmale der Gleichartigkeit der Transaktion und der Benachteiligung im Wettbewerb hat die Rechtsprechung praktisch aufgegeben, so dass der Tatbestand nahezu uferlos wirkt und die meisten Fälle anhand der sachlichen Rechtfertigung entschieden werden.¹³ Für eine sachliche Rechtfertigung von Preisdiskriminierung fehlt es weitgehend an Kriterien.¹⁴ Daher könnte eine Systematisierung der Dogmatik und die Ergänzung der Kriterien der sachlichen Rechtfertigung für sich eine Monographie rechtfertigen. Diese Ausführungen würden aber von der zentralen Frage, wie Ökonomie und Recht in der Wettbewerbspolitik sinnvoll integriert werden können, ablenken.

Drittens scheint der Tatbestand des Art. 82 II c) EG maßgeblich von wertenden und fairnessbezogenen Erwägungen motiviert.¹⁵ Seine ökonomische Zweckmäßigkeit erscheint dagegen fraglich, weil Preisdiskriminierung unter bestimmten Umständen wettbewerbsfördernd wirken kann.¹⁶ Da sich aber der Konflikt zwischen Fairness und Effizienz in Art. 82 II c) EG in derartiger Schärfe stellt, dass ökonomische Überlegungen möglicherweise nahe legen würden, den Tatbestand vollends zu

11 In „Michelin I“ 322/81, Rn. 87 ff. hebt der EuGH dagegen die Entscheidung der Kommission noch insoweit auf, als sie den Vorwurf der Missbräuchlichkeit auf die Diskriminierungswirkung des Rabatts stützt, weil nicht dargetan sei, dass es für diese Diskriminierung keine Rechtfertigung gegeben habe. Wie eine solche Rechtfertigung hätte aussehen sollen, sagt der EuGH jedoch nicht. In „British Airways“, C-95/04, Rn. 133 ff., gründet der EuGH die Missbräuchlichkeit des Rabatts von British Airways auch auf dessen diskriminierende Wirkung. Das EuG berührt in „Michelin II“, T-203/01, Rn. 66, 73, die Frage der diskriminierenden Wirkung von Schwellenrabatten kurz, gründet aber die Rechtswidrigkeit des Schwellenrabatts von Michelin nicht auf eine etwaige diskriminierende Wirkung.

12 Grill in Lenz (2006), Art. 82, Rn. 34; Jones/Sufrin (2008), 595; OFT (2005), Rn. 1.8. Auch die europäischen Gerichte haben nur in einem von drei Fällen zu Schwellenrabatten ihren Missbrauchsvorwurf auch auf den Vorwurf der Preisdiskriminierung gestützt, vgl. EuGH „British Airways“, C-95/04, Rn. 133 ff.; „Michelin I“, 322/81, Rn. 87 ff.; EuG „Michelin II“, T-203/01, Rn. 66, 73.

13 Jones/Sufrin (2008), 595, 602 m.w.N.

14 Grill in Lenz (2006), Art. 82, Rn. 34; Jones/Sufrin (2008), 594 ff.

15 Vgl. z.B. Mestmäcker/Schweitzer (2004), §17, Rn. 15 ff.

16 Jones/Sufrin (2008), 441; Mestmäcker/Schweitzer (2004), §17, Rn 15; O’Donoghue/Padilla (2006), 561 f.

ignorieren, scheint Preisdiskriminierung nicht das ideale Feld zu sein, um eine Synthese von ökonomischen und rechtlichen Erwägungen zu erproben.

Die Arbeit wird in drei Schritten vorgehen. Im folgenden zweiten Kapitel werden die bisherige Behandlung von Schwellen- und Zielrabatten durch die europäischen Institutionen ebenso vorgestellt wie Vorschläge zur Reform der Aufsichtspraxis, welche die Kommission vorgelegt hat. Dieses Kapitel stellt den status quo und seine Entwicklung dar und bildet die Grundlage einer tieferen Analyse des Rechts der Schwellenrabatte.

Im dritten Kapitel wird theoretische ökonomische Literatur ausgewertet und eine abstrakt generelle Regel formuliert, wann rückwirkende Schwellenrabatte als rechtswidrig gelten sollten. Auch die im zweiten Kapitel vorgestellten Tests werden einer von ökonomischer Analyse geleiteten Kritik unterzogen. Dabei wird deutlich, dass der Test des Gerichtshofs nicht ausreichend zwischen wettbewerbsschädlichen und unproblematischen rückwirkenden Schwellenrabatten unterscheiden kann, während der Test der Kommission zwar begrifflich trennscharf ist, aber in seiner praktischen Anwendung extrem schwer handhabbar erscheint. Die aus der ökonomischen Literatur hergeleitete Regel kann dagegen als adäquater Mittelweg zwischen Handhabbarkeit und ökonomischer Fundierung fungieren.

Im vierten Kapitel wird eine Analyse von rückwirkenden Schwellenrabatten auf der Grundlage verhaltenswissenschaftlicher Forschungsergebnisse folgen. Die Einschätzung der Wirkung von Schwellenrabatten hängt auch von den Annahmen über das menschliche Verhalten ab. Bisher verlässt sich das Kartellrecht meist – oft unangesprochen – auf die Annahme rationalen Verhaltens. In den letzten Jahren ist jedoch eine einflussreiche Literatur entstanden, die sich damit befasst, dass die Annahme rationalen Verhaltens in bestimmten Fällen auch im Aggregat zu falschen Vorhersagen führt. Auch im Fall von Schwellenrabatten könnten kognitive Prozesse dazu führen, dass Menschen auch im Aggregat anders auf diese Preisgestaltung reagieren, als das Rationalmodell es vorhersagen würde. Zur Untersuchung dieser Möglichkeit und ihrer Auswirkungen auf das Kartellrecht wird insbesondere die Verhaltensökonomik zu Rate gezogen, was in der kartellrechtlichen Diskussion bisher weitgehend unterblieben ist. Auf der Grundlage dieser Analyse wird der in Kapitel 3 gefundene Tatbestand erweitert und die Tests von Kommission und Gerichtshof erneut einer kurzen Kritik unterzogen.

Im fünften Kapitel wird der gefundene Test zusammengefasst, um dann in Kapitel sechs zu illustrativen Zwecken auf die Fälle angewandt zu werden, die den wichtigsten Urteilen zu Rabatten zu Grunde lagen.

Im siebten Kapitel erfolgt eine Schlussbetrachtung der erarbeiteten Thesen.

2. Kapitel: Die Anwendung von Art. 82 EG auf Rabatte durch die europäischen Institutionen

Als Grundlage der Arbeit sollen zunächst der status quo der Rechtsanwendung und Tendenzen seiner Fortentwicklung vorgestellt werden. Die Norm, die im Mittelpunkt dieser Untersuchung steht, ist Art. 82 EG. Daneben unterliegen Rabatte vielen weiteren Regelungen, die hier nicht berücksichtigt werden. Die Eigenheiten des deutschen Kartellrechts bleiben hier unberücksichtigt, ebenso Regelungen des Gesetzes über den unlauteren Wettbewerb.

1. Entwicklung der Rechtsprechung

Zunächst soll die Entwicklung der Dogmatik auf der Grundlage des Wortlauts von Art. 82 EG sowie seiner Stellung im Vertrag nachgezeichnet werden (a.). Nur aus ihr erschließt sich der Test des EuGH, welcher der heutigen Anwendung des Missbrauchsmerkmals auf Rabatte zu Grunde liegt (b.).

a) Auslegung von Art. 82 im Zusammenhang des EG-Vertrags

Art. 82 EG verbietet den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung. Wie „Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung“ verstanden wird, ist auch durch die Stellung von Art. 82 im EG-Vertrag zu bestimmen. Die Feststellung eines solchen Marktmachtmissbrauchs erfolgt üblicherweise in drei Schritten: Zuerst wird eine beherrschende Stellung im relevanten Markt festgestellt. Dann wird geprüft, ob das betreffende Verhalten einen Missbrauch ohne objektive Rechtfertigung darstellt. Schließlich setzt ein Eingreifen von Art. 82 EG noch die Möglichkeit einer Beeinträchtigung des Handels zwischen den Mitgliedsstaaten voraus.¹⁷ Hier soll nur die Bewertung des Verhaltens als ungerechtfertigter Missbrauch interessieren.

Der Text von Art. 82 EG ist sehr allgemein gehalten: „Verboten ist die missbräuchliche Ausnutzung einer beherrschenden Stellung auf dem Gemeinsamen Markt.“ Schon aus dem Wortlaut und auch in Abgrenzung zu Art. 81 EG und der EG-Fusionskontrolle ergibt sich, dass der Erwerb einer beherrschenden Stellung

¹⁷ Craig/De Burca (2008), 1005 ff., Schröter in von der Groeben/Schwarze (2003), Art. 82, Rn. 1; Grill in Lenz (2006), Art. 82, Rn. 1 f.; Mestmäcker/Schweitzer (2004), 379, Fn. 7.

nicht generell verboten ist. Während Art 81 EG und die Fusionskontrolle verhindern sollen, dass sich Unternehmen eine marktbeherrschende Stellung verschaffen, greift Art. 82 EG allein bei deren Missbrauch, nicht bei deren Erwerb oder Besitz ein.¹⁸

Vom EuGH wurde in der Entscheidung *Continental Can*¹⁹ die Frage verneint, ob nur dann ein Missbrauch vorliegen könne, wenn das beanstandete Verhalten auf der marktbeherrschenden Stellung beruht. Diese Position ist seitdem von den europäischen Institutionen nicht mehr in Frage gestellt worden.²⁰ Dem Marktbeherrscher können so Verhaltensweisen, die jedem anderen Marktteilnehmer erlaubt sind, verboten sein.²¹

Eine Annäherung an den Missbrauchsbegriff wird oft mit Hilfe der Regelbeispiele des Absatzes zwei versucht,²² auch wenn diese nicht abschließend sind, wie der EuGH immer wieder betont.²³ Die Regelbeispiele lassen zwei Stoßrichtungen der Missbrauchsaufsicht erkennen. Art. 82 II b) EG spricht wörtlich vom „Schaden der Verbraucher“. Art. 82 II a) EG stellt den Schutz der Konsumenten vor unangemessenen Einkaufsbedingungen in den Mittelpunkt. Dort, wo der Wettbewerb die Bedingungen, zu denen geliefert wird, nicht mehr kontrollieren kann, soll die Kontrolle unter Umständen die Missbrauchsaufsicht ausüben dürfen. Diese beiden Missbrauchsformen dienen dem Schutz der Konsumenten vor direkter Ausbeutung²⁴ und verbieten daher insbesondere Formen des Ausbeutungsmissbrauchs. Art. 82 II c) EG dagegen spricht von einer Benachteiligung von Handelspartnern im Wettbewerb und zielt demgemäß auf Verhaltensweisen, die andere Unternehmen im Wettbewerb behindern. Lit. b) kann ebenfalls Behinderungsstrategien verbieten, wenn der Marktbeherrscher die Erzeugung, den Absatz oder die technische Entwicklung anderer Unternehmen eingeschränkt.²⁵ Ebenso kann lit. d) Behinderungen z.B. in Form von Kopplungsgeschäften verbieten.²⁶ Dort, wo der Wettbewerb geschwächt ist, soll demnach die Wettbewerbsbehörde Sorge tragen, dass der Wettbewerb nicht durch

18 Schon Entscheidung EuGH „*Continental Can*“ 6/72, in welcher der Gerichtshof die Frage des Missbrauchs in Rn. 21 ff. getrennt von der Frage der Marktbeherrschung (Rn. 28 ff.) behandelt; vgl. auch EuGH „*Michelin I*“ 322/81, Rn. 57; „*CBEM*“ 311/84, Rn. 17; „*ERT*“ C-260/89, Rn. 32; Bechtold et al. (2009), Art. 82, Rn. 1; Gifford/Kudrle (2003), 742 f.; Lange (2006), 92; Grill in Lenz (2006), Art. 82, Rn. 1; Mestmäcker/Schweitzer (2004), 379; Schröter in von der Groeben/Schwarze (2003), Art. 82, Rn. 159.

19 EuGH „*Continental Can*“ 6/72, Rn. 27.

20 EuGH „*Hoffmann/La Roche*“, 85/76, Rn. 91; ihm folgend ebenso: Craig/De Burca (2008), 1023; Emmerich (2006), 144; Grill in Lenz (2006), Art. 82, Rn. 25; Mestmäcker/Schweitzer (2004), 386; Schröter in Schröter/Jakob/Mederer (2003), Art. 82, Rn. 166.

21 Vgl. z.B. EuGH „*Compagnie Maritime Belge*“ C-395/96 P und C-396/96 P, Rn. 131; Bechtold et al. (2009), Art. 82, Rn. 26; Grill in Lenz (2006), Art. 82, Rn. 22.

22 Akman (2009), 4 f.; Jones/Sufrin (2008), 316; Mestmäcker/Schweitzer (2004), 409 ff.

23 EuGH „*Continental Can*“ 6/72, Rn. 26; „*Compagnie maritime belge*“ C-395/96, Rn. 112; „*British Airways*“ C-94/04, Rn. 57; „*Tetra Pak*“ C-333/94, Rn. 37; Grill in Lenz (2006), Art. 82, Rn. 24.

24 Grill in Lenz (2006), Art. 82 EG, Rn. 24.

25 Ohne ausdrückliche Nennung von Lit. c) EuGH 40/73, Rn. 482 f.; Grill in Lenz (2006), Art. 82, Rn. 30.

26 Grill in Lenz (2006), Art. 82, Rn. 35.

die Behinderung von Konkurrenten zusätzlich geschwächt wird. In diesem Zusammenhang verbietet Art. 82 EG den Behinderungsmissbrauch, um die indirekte Ausbeutung der Konsumenten zu verhindern.²⁷ Art. 82 Abs. 1 EG und ebenso die Regelbeispiele in Abs. 2 können also sowohl die Ausprägung des Behinderungs- als auch des Ausbeutungsmissbrauchs annehmen.²⁸

Art. 82 EG wird in Bezug auf Art. 3 I g) EG gelesen.²⁹ Aus dieser Norm folgt die Aufgabe, ein System zu gewährleisten, das den Wettbewerb auf dem Binnenmarkt vor Verfälschungen schützt.³⁰ Vereinzelt wird hieraus geschlossen, dass schon das Zusammenlesen dieser beiden Normen eine Grundentscheidung für ein ordnungspolitisches Wettbewerbsrecht enthalte. Dabei wird „ordnungspolitisch“ im Sinne des Ordoliberalismus als Charakterisierung eines Systems verstanden, das abstrakt generelle Verhaltensnormen aufstellt und Rechtsfolgen nicht an einzelne Marktwirkungen oder -ergebnisse knüpft.³¹ Da weder Art. 82 noch Art. 3 EG festschreiben, wie das geforderte System des unverfälschten Wettbewerbs im Einzelnen aussehen soll, erscheint dieser Schluss voreilig.

Auch Art. 2 EG, in dessen Aufgabenkatalog die Errichtung eines gemeinsamen Marktes an erster Stelle steht, spielt bei der Auslegung von Art. 82 EG eine Rolle, insoweit auch das Verhalten von einzelnen marktmächtigen Unternehmen die Schaffung eines gemeinsamen Marktes kompromittieren könnte. Die Schaffung des gemeinsamen Marktes wird daher als eines der Ziele auch des Wettbewerbsregimes verstanden.³²

Das Ziel, das die Institutionen Art. 82 EG direkt zusprechen, ist der Schutz der Konsumenten vor Ausbeutung und der Schutz der Wettbewerber vor Behinderung. Letzteres soll mittelbar auch den Schutz der Konsumenten vor Ausbeutung bezwecken, denn die Konsumenten könnten nur durch wirksamen Wettbewerb geschützt werden und diesen Wettbewerb hielten die Konkurrenten des Marktbeherrschers zumindest in Grenzen aufrecht.³³ Als übergeordnetes Ziel ist derzeit zweierlei in der

27 Grill in Lenz (2006), Art. 82, Rn. 24. Möschel in Immenga/Mestmäcker (2007), Art. 82, Rn. 130 meint dagegen, die Regelbeispiele umfassten den Behinderungsmissbrauch nicht. Vielmehr sei dieser nur direkt unter Abs. I zu subsumieren. Allerdings subsumiert er Ausschließlichkeitsbindungen dennoch unter die Regelbeispiele und zwar als Freiheitsbeschränkung des Vertragspartners aber auch als Behinderung des Wettbewerbs. Hier wird deutlich, dass die Linie zwischen Behinderung und Ausbeutung nicht immer klar zu ziehen ist.

28 Zum Ganzen Wessely in Frankfurter Kommentar Art. 82 Anwendungsgrundsätze, Rn. 62 ff.

29 EuGH Michelin I 322/81, Rn. 29; Grill in Lenz (2006), Vorb. Art. 81-86, Rn. 2; Schröter in Schröter/Jakob/Mederer (2003), Art. 82, Rn. 17.

30 EuGH „British Airways“, C-95/04 P, Rn. 62; Schlussantrag GA Verica, 15. Mai 2008, C-510/06 P, Rn. 229; Bechtold et al. (2009), Art. 82, Rn. 27.

31 Eilmansberger (2005), 129, 135.

32 Bechtold et al. (2009), Art. 82, Rn. 27; Faella (2007), 13 f.

33 EuGH „Continental Can“ 6/72, Rn. 26; EuGH „Suiker Unie“ 40/73, Rn. 526 f.; EuG „Van den Bergh Foods“ T-65/98, Rn. 157; Wessely in Frankfurter Kommentar, Art. 82 Anwendungsgrundsätze, Rn. 63; Lange (2006), 92; Craig/De Burca (2008), 1023 (mit Verweis auf Conti-

Diskussion. Traditionell wird der Schutz der Handlungsfreiheit im Wettbewerb für den Schutzzweck gehalten.³⁴ Mit zunehmender Ökonomisierung des Kartellrechts tritt daneben die Effizienz als Ziel. Die Wettbewerbsaufsicht soll danach so geführt werden, dass der größte Wertzuwachs für die Gesellschaft erreicht wird.³⁵ Eine vermittelnde Meinung schlägt vor, dass sich die Wettbewerbspolitik an dem größtmöglichen Wertzuwachs für die Verbraucher orientieren solle, denn Wettbewerb führe in der Regel zu einer Verschiebung der Rente zur Marktgegenseite. Eine große Verbraucherwohlfahrt könne daher als Indiz für wirksamen Wettbewerb gelten.³⁶

b) Bestimmung von Missbrauch durch den EuGH

Ohne sich ausdrücklich auf ein Ziel der Wettbewerbsaufsicht festzulegen, hat der EuGH Missbrauch als Verhalten bestimmt, das die Struktur des Marktes beeinflussen kann, auf dem der Wettbewerb gerade wegen der Anwesenheit des beherrschenden Unternehmens bereits geschwächt ist, und das nicht die Verwendung von Mitteln des Leistungswettbewerbs darstellt.³⁷ Der Marktbeherrscher hat danach eine besondere Verantwortung für das Funktionieren des Wettbewerbs.³⁸ Er darf zwar seine Interessen schützen, wenn er von einem Konkurrenten angegriffen wird, darf das aber nur in der Weise tun, dass seine beherrschende Stellung nicht ausgebaut wird.³⁹ Die Prüfung der Missbräuchlichkeit beinhaltet demnach eine Abwägung der Interessen des Marktbeherrschers auf der einen und der Konkurrenten und Verbraucher auf der anderen Seite. Dabei ist zu beachten, dass der Marktbeherrscher auf Angriffe

nantal Can); Eilmansberger (2005), 129, 133 (der im Schutz des Konsumenten den eigentlichen Schutzzweck sieht, wobei er darauf hinweist, dass Konsumentenschutz nicht das Abstellen auf die Konsumentenwohlfahrt im ökonomischen Sinne bedeutet); Fox (2002), 372, 372; Mestmäcker/Schweitzer (2004), 378 (eigentlicher Zweck sei Schutz der Handlungsfreiheit im Wettbewerb), 389; Spinks (1999-2000), 641, 649 (der mit Berufung auf EuGH „Continental Can“ 85/76 zwischen „direct consumer harm“ und „indirect consumer harm through impact on effective competitive structure“ unterscheidet, was der hier getroffenen Unterscheidung entspricht).

34 Wessely in Frankfurter Kommentar, Art. 82 Anwendungsgrundsätze, Rn. 68; Mestmäcker/Schweitzer (2004), 378.

35 Wessely in Frankfurter Kommentar, Art. 82 Anwendungsgrundsätze, Rn. 68.

36 Gual et al. (2005), 7 ff.; Hellwig (2006), 27ff., insb. 28.

37 EuGH „United Brands“, 27/76, Rn. 152-262; EuGH „Michelin I.“, 322/81, Rn. 70; EuGH „British Airways“, C-95/04, Rn. 66.

38 EuGH „Michelin I“ 322/81, Rn. 57; EuG, „Tetra Pak“ T-83/91, Rn. 114 ff., 122 (vom EuGH bestätigt in „Tetra Pak“ C-333/94. Der EuGH setzt sich explizit mit der Feststellung der marktbeherrschenden Stellung auseinander, welche die besondere Verantwortung des Monopolisten begründet, dazu Rn. 21 ff.). Faella (2007), 2; Grill in Lenz (2006), Art. 82, Rn. 22; Mestmäcker/Schweitzer (2004), 389.

39 EuGH United Brands 27/76, Rn. 189; EuG „Irish Sugar“ T-228/97, Rn. 112; EuG „British Gypsum“, T-65/89, Rn. 69; Craig/De Burca (2008), 1020; Grill in Lenz (2006), Art. 82, Rn. 23; Mestmäcker/Schweitzer (2004), 389.

durch Konkurrenten nur in einer Weise reagieren darf, die in angemessenem Verhältnis zu seiner dominierenden Marktstellung steht.⁴⁰

Als grundsätzliches Prüfungsmuster lässt sich, insbesondere seit der British Airways-Rechtsprechung des EuGH, ein zweistufiger Aufbau erkennen.⁴¹ Zunächst ist zu prüfen, ob das Verhalten grundsätzlich wettbewerbswidrig ist. Dann ist zu prüfen, ob es nicht dennoch wirtschaftlich gerechtfertigt ist. Eine wirtschaftliche Rechtfertigung nimmt der EuGH insbesondere an, wenn der Marktbeherrscher durch sein Verhalten Effizienzsteigerungen generiert, die er nicht durch ein weniger wettbewerbschädigendes Verhalten generieren könnte und die letztlich den Kunden zu Gute kommen.⁴² Die Kommission fordert in ihrem Diskussionspapier, dass die Beweislast für eine solche Effizienzeinrede dem Marktbeherrscher obliegt.⁴³ Das British Airways-Urteil scheint tatsächlich die Beweislast für die Effizienzeinrede beim Marktbeherrscher zu sehen.⁴⁴ Denn es hält es für ausreichend, dass sich das EuG lediglich mit den vom Marktbeherrscher vorgebrachten Argumenten hierzu auseinandergesetzt hat und sie dann zurückwies.⁴⁵ Läge die Beweislast bei der Kommission, hätte diese beweisen müssen, dass die von British Airways behaupteten Effizienzen nicht vorlagen oder nicht an die Kunden weitergegeben wurden. Der Vortrag der Kommission wird dagegen vom EuGH gar nicht erwähnt,⁴⁶ obwohl die Argumente von British Airways nicht so abwegig erschienen, dass man sie sofort als Schutzbehauptungen hätte zurückweisen können.⁴⁷

Die Konkretisierung der allgemeinen Missbrauchsdefinition ist vor allem in Fallgruppen geschehen.⁴⁸

40 Kann er dagegen darlegen, dass sein Verhalten dieser Verhältnismäßigkeitsanforderung entspricht, so gilt dies als objektive Rechtfertigung des Verhaltens, so dass das Verhalten nicht mehr als missbräuchlich gelten kann. Vgl. Vaughan et al. (2006), Rn. 275.

41 Zimmer (2007a), 1204 f.; ders. (2007b), 104.

42 In Form einer regulären Effizienzeinrede jetzt EuGH „British Airways“ C-95/04, Rn 86; das Erfordernis einer fehlenden objektiven wirtschaftlichen Rechtfertigung bestand jedoch schon lange: In EuGH „Michelin I.“ 322/81, Rn. 90 entschied der EuGH in einer *non liquet*-Situation, welche die objektive wirtschaftliche Rechtfertigung einer Diskriminierung betraf, allerdings noch zu Lasten der Kommission. Vgl. auch Jones/Sufrin (2008), 331 ff.

43 Europäische Kommission (2005), Rn. 77; diese Forderung scheint im Guidance Paper abgeschwächt zu sein, Europäische Kommission (2009).

44 Ebenso Zimmer (2007a), 1204 ff., und Zimmer (2007b): in Art. 82 EG gelte nun dieselbe Effizienzeinrede wie sie in Art. 81 III EG niedergelegt ist. Das Vorliegen der Voraussetzungen von Art. 81 III EG muss nach einhelliger Auffassung das belastete Unternehmen beweisen, vgl. nur Bechtold et al. (2009), Art. 81, Rn. 147. Vgl. auch Zimmer/Paul (2008), 619.

45 EuGH „British Airways“ C-95/04, Rn. 86 ff., insb. 87.

46 EuGH „British Airways“ C-95/04, Rn. 87.

47 Hellwig (2006).

48 Lange (2006), 94; Mestmäcker/Schweitzer (2004), 409 ff.

1) Verbot von Ausschließlichkeitsbindungen

Um die Behandlung von Schwellenrabatten durch den EuGH zu verstehen, muss man sich zunächst die Fallgruppen der Ausschließlichkeitsbindungen und der Treuerabatte anschauen, deren Grundsätze der EuGH zum Teil auf Schwellenrabatte überträgt.

Eine Ausschließlichkeitsbindung ist die vertragliche Verpflichtung, seinen gesamten Bedarf bei dem betreffenden Unternehmen zu befriedigen.

Solche Vereinbarungen halten die europäischen Gerichte für per se missbräuchlich, wenn sie durch den Marktbeherrscher abgeschlossen wurden – unabhängig davon, ob die andere Seite den Vertrag wünschte oder nicht. Denn die nicht marktbeherrschende Seite werde so davon abgehalten, mit Konkurrenten des Marktbeherrschers Handel zu treiben, was zum Ausbau der marktbeherrschenden Stellung führe und die freie Wahl der Bezugsquelle bzw. des Kunden unverhältnismäßig einschränke.⁴⁹ Für ein Verbot spricht z.B. tatsächlich, dass vor allem in Märkten mit Größenvorteilen Wettbewerber des Marktbeherrschers durch seine Ausschließlichkeitsbindungen davon abgehalten werden können, ihre Produktion so auszuweiten, dass sie ihr Kostenminimum erreichen. Ein Konkurrent, der also im Hinblick auf seine *Kostenfunktion* ebenso effizient ist, wie der Marktbeherrscher, könnte dann nicht in den Markt eintreten, weil er das Minimum seiner Kostenfunktion aufgrund der Ausschließlichkeitsbindungen des Marktbeherrschers nicht erreichen kann.⁵⁰ So würden Preise auf einem suprakompetitiven Level konserviert und entsprechend Ineffizienzen zementiert.

2) Per se Verbot von Treuerabatten

Was für Ausschließlichkeitsbindungen gelte, müsse laut EuGH auch für solches Verhalten gelten, das die gleiche Wirkung habe wie Ausschließlichkeitsbindungen. Ebenso wie durch Ausschließlichkeitsbindungen könnten Abnehmer durch Treuerabatte vom Kauf bei Konkurrenten abgehalten werden. Als Treuerabatt gilt ein Rabatt, der gewährt wird, wenn der Abnehmer seinen gesamten Bedarf oder einen wesentlichen Teil davon beim betreffenden Unternehmen befriedigt. Auch diese Rabatte gäben einen starken Anreiz, nur beim Marktbeherrscher zu kaufen. Dadurch nähmen sie den Abnehmern die Freiheit der Wahl der Bezugsquelle und entzögen Konkurrenten die Kunden. Das verdränge die Konkurrenten vom Markt, erschwere den Marktzutritt und weite so die marktbeherrschende Stellung aus. Mit dieser Argumentation hat der EuGH die Rechtsprechung zu Ausschließlichkeitsbindungen auf

⁴⁹ EuGH „Hoffmann-LaRoche“, 85/76, Rn. 90; „AKZO“ 62/86, Rn. 147, 149; EuG „British Gypsum“ T-65/89, Rn. 65 ff.; Grill in Lenz (2006), Art. 82, Rn. 31; Mestmäcker/Schweitzer (2004), 423 f.; Spinks (1999-2000), 641, 650; Waelbroeck (2005), 157.

⁵⁰ Elhauge/Geradin (2007), 497 ff.

Treuerabatte ausgeweitet. Treuerabatte sind dem Marktbeherrscher daher ebenso verboten wie Ausschließlichkeitsbindungen.⁵¹

Ebenso sollen Treuerabatte verboten sein, die, anstatt die Schwelle als Anteil am Bedarf des Käufers auszudrücken, eine Umsatzschwelle festsetzen, die genau dem vollen Bedarf des Käufers für die Referenzperiode entspricht.⁵²

3) Der Test des Gerichtshofs für Schwellenrabatte

Auch (Schwellen-)Rabatte, die nicht exakt unter die bisher vorgestellten Fallgruppen zu subsumieren sind, weil sie weder formal eine Verpflichtung enthalten, eine bestimmte Schwelle zu erreichen oder ausschließlich beim Marktbeherrscher zu kaufen, noch als Bedingung für den Rabatt ausdrücklich verlangen, dass ausschließlich beim Marktbeherrscher gekauft wird, können gegen das europäische Wettbewerbsrecht verstoßen. Dabei können Schwellenrabatte nach der Rechtsprechung des EuGH sowohl als Preisdiskriminierung einen Ausbeutungsmissbrauch darstellen, als auch eine missbräuchliche Behinderung von Wettbewerbern bewirken.

Art. 82 II c) EG verbietet es, auf äquivalente Transaktionen ungleiche Geschäftsbedingungen anzuwenden und dadurch Handelspartner im Wettbewerb zu benachteiligen. Weder die Gerichte noch die Kommission schienen dem letzten Tatbestandsmerkmal der Benachteiligung im Wettbewerb jedoch viel Bedeutung beizumessen, so dass es eine Tendenz gab, jede Preisdiskriminierung zu verbieten, die nicht durch einen unmittelbaren Kostenvorteil gerechtfertigt war.⁵³ Die Menge, die abgenommen wird, scheint bei der Frage, ob eine Transaktion gleichartig ist, keine gewichtige Rolle zu spielen.⁵⁴

Preisdiskriminierung liegt grundsätzlich vor, wenn zwei Einheiten eines physisch identischen Guts zu unterschiedlichen Preisen verkauft werden.⁵⁵ Diese Definition wird allerdings als zu weit angesehen, um die wettbewerbspolitisch relevanten Fälle zu beschreiben.⁵⁶ Nach ihr wären auch normale Mengenrabatte Preisdiskriminierung, weil ein identisches Produkt an denjenigen, der viel abnimmt, zu einem günstigeren Preis abgegeben wird als an den, der wenig abnimmt. Daher wird versucht,

51 EuGH „Hoffmann-LaRoche“, 85/76, Rn. 89; „Almelo“, C-393/92, Rn. 44; „Compagnie Maritime Belge“ C-395/96 P und C-396/96 P, Rn. 133-136; EuG „Irish Sugar“, T-228/97, Rn. 197; Grill in Lenz (2006), Art. 82, Rn. 32; Loewenheim/Meessen/Riesenkampff (2005), Rn. 179, 184; Mestmäcker/Schweitzer (2004), 424 f., 429 (Maßnahmen mit Wirkung wie Ausschließlichkeitsbindung); Rodger/MacCulloch (2004), 100; Spinks (1999-2000), 641-650; Waelbroek (2005), 149.

52 EuGH „Michelin I.“, 322/81, Rn. 71 ff.

53 EuG „Irish Sugar“, T-228/97, Rn. 140 ff.; Spinks (1999-2000), 641, 661.

54 EuGH „British Airways“ C-95/04 Rn. 137 ff.

55 EuGH „Michelin I.“ 322/81, Rn. 73; Elhauge/Geradin (2007), 398; Tirole (1999), 291. Vgl. auch Beispiel bei Motta (2004), 491.

56 Tirole (1999), 291.

die unterschiedlichen Preise in Beziehung zu den marginalen Kosten⁵⁷ zu setzen.⁵⁸ Unerlaubte Preisdiskriminierung sollte daher nicht vorliegen, wenn dem Preisunterschied ein Kostenunterschied entsprach.⁵⁹ Im Fall von Schwellenrabatten fällt der Stückpreis sprunghaft mit Überschreiten der Rabattschwelle. Ein solch sprunghafter Abfall auch der Kosten wird in der Regel nicht für glaubwürdig gehalten. Daher wurden Schwellenrabatte als missbräuchliche Preisdiskriminierung angesehen, der so kein Kostenvorteil entspricht.⁶⁰

Wichtiger für die vorliegende Arbeit ist jedoch die Behandlung von Schwellenrabatten als Form des Behinderungsmisbrauchs, wenn sie Abnehmer treue und dadurch Marktverschluss induzieren. Schwellenrabatte können zwar auch positive Folgen für den Wettbewerb haben: Sie lösen *hold up*⁶¹-Probleme, können als Preisenkung Ausdruck von intensivem Preiswettbewerb und probates Mittel zur Weitergabe von Effizienzvorteilen sein.⁶² Deshalb verlangt der EuGH, alle Umstände, unter denen ein Rabattschema wirkt, in Betracht zu ziehen.⁶³ Dennoch ist aus der Rechtsprechung des EuGH ein vierteiliger Test erkennbar, bei dessen Erfülltsein der EuGH Schwellenrabatte für per se missbräuchlich hält:

- Wenn die Rabattschwelle nah am erwarteten Gesamtbedarf des Kunden liegt oder individuell vereinbart ist,⁶⁴ und
- der Marktanteil des Marktbeherrschers erheblich größer ist als die seiner wichtigsten Konkurrenten,⁶⁵ und

57 Marginale Kosten sind die Kosten der Produktion der nächsten Einheit.

58 Tirole (1999), 291.

59 Zum Beispiel weil die Kosten pro Einheit mit wachsender Bestellung fallen. Van den Bergh/Camesasca (2006), 254, 262; Craig/De Burca (2008), 1029; Mestmäcker/Schweitzer (2004), 414; Viscusi/Harrington (2005), 344.

60 Auch wenn der Diskriminierungsvorwurf in weiteren Verlauf der Arbeit keine Rolle mehr spielen wird, betont Spinks (1999-2000), 662 die Bedeutung des Diskriminierungsvorwurfs in der Rechtsprechung des EuGH und behauptet, es habe bisher erst einen einzigen Fall gegeben, bei dem Zielrabatte für missbräuchlich befunden wurden, die keine individuellen Schwellen für je einen speziellen Kunden setzten, sondern eine Schwelle für alle Kunden. (Als einzige Ausnahme zitiert er KomE „Belgian National Airport“ 1995 OJ L216, 8.) Allerdings muss dies nicht daran liegen, dass die Institutionen vor allem die Diskriminierung durch Zielrabatte missbilligen. Vielmehr ist es, wie sich im Verlauf der vorliegenden Arbeit zeigen wird, schwieriger Markt verschließende Zielrabatte mit einer einheitlichen Rabattschwelle zu konstruieren, als solche mit individueller Rabattschwelle. Das liegt daran, dass die Rabattschwelle, um Marktverschluss zu erreichen, meist nah am Gesamtbedarf des Kunden in der Referenzperiode liegen muss.

61 Zu *hold-up* siehe unten bei Fn. 274. *Hold-up* beschreibt eine Situation, in der ein die Wohlfahrt steigerndes Geschäft nicht zu Stande kommt, weil die eine Seite befürchten muss, dem opportunistischen Verhalten der anderen ausgesetzt zu sein.

62 Mestmäcker/Schweitzer (2004), 422, 429, dazu mehr im Rahmen der Kritik der Tests der Institutionen auf ökonomischer Grundlage.

63 EuGH „British Airways“, C-95/04 P, Rn. 67; EuGH „Michelin I.“, 322/81, Rn.73; EuG „Michelin II.“, T-203/01, Rn. 60; Van den Bergh/Camesasca (2006), 260.

64 EuGH „British Airways“, C-95/04 P, Rn. 71; Mestmäcker/Schweitzer (2004), 431.

65 EuGH „British Airways“, C-95/04 P, Rn. 75; „Michelin I“ 322/81, Rn. 82.

- die Referenzperiode nicht kurz ist,⁶⁶ und
- der Rabatt bei Erreichen der Rabattschwelle über die gesamte gekaufte Menge gewährt wird,⁶⁷

so geht der EuGH davon aus, es bestehe die Möglichkeit, dass dieser Rabatt Kundentreue und -bindung induziert. Diese Möglichkeit reicht dem EuGH, um Rabatte, welche die vier Voraussetzungen erfüllen, für missbräuchlich zu halten.⁶⁸ Dieses Verbot steht allerdings unter dem Vorbehalt, dass der Rabatt im Einzelfall nicht objektiv wirtschaftlich gerechtfertigt werden kann.

Im Folgenden werden die Elemente des Tests kurz erläutert.

(a) Rabattschwelle nah am Gesamtbedarf für die Referenzperiode

Wenn die individuelle Rabattschwelle mindestens in der Höhe eines erheblichen Teils des Bedarfs in der Referenzperiode liegt, kann ein Schwellenrabatt einen Anreiz für den Abnehmer setzen, seinen Bedarf in (mindestens annähernd) gesamter Höhe beim Marktbeherrscher zu befriedigen, was den Marktzutritt oder auch den Verbleib am Markt für einen Wettbewerber erheblich erschwert.⁶⁹ Der Rabatt soll dann verboten sein, weil er wie eine Ausschließlichkeitsbindung kundenbindende Wirkung haben kann.⁷⁰ Dem EuGH genügt demnach das Aufzeigen einer Möglichkeit, um Rabatte für missbräuchlich zu erklären. Es ist nicht erforderlich, über eine Rabattschwelle nah am Gesamtbedarf hinaus noch zu beweisen, dass der Rabatt tatsächlich eine Bindungswirkung entfaltet.⁷¹

Ist die Rabattschwelle für jeden Abnehmer individuell gesetzt, so scheint der EuGH die Feststellung, dass die Rabattschwelle mindestens in Höhe eines erheblichen Teils des Bedarfs pro Referenzperiode liegt, für entbehrlich zu halten.⁷² Dem könnte die Einsicht zu Grunde zu liegen, dass es ausgesprochen schwierig ist, für heterogene Käufer eine Rabattschwelle zu setzen, die nah am erwarteten Gesamtbedarf des jeweiligen Kunden liegt. Individuelle Vereinbarungen sind oft notwendige Voraussetzung dafür, dass die Schwellen so gesetzt werden, dass der Rabatt Ausschließlichkeit induziert. Der EuGH scheint diese Bedingung – vermutlich aus

66 EuGH „Michelin I.“, 322/81, Rn. 81; „Michelin II.“, T-203/01, Rn. 85; KomE „Michelin II“ COMP/E-2/36.041/PO, 2002/405/EC (2002), Rn. 216; Grill in Lenz (2006), Art. 82, Rn. 32; Loewenheim/Meessen/Riesenkampff (2005), Rn. 185; Van den Bergh/Camesasca (2006), 261.

67 EuGH „British Airways“, C-95/04 P, Rn. 73.

68 EuGH „Michelin I.“, 322/81, Rn.81.

69 Mestmäcker/Schweitzer (2004), 431 f.

70 Ahlborn/Bailey (2006), 129; Van den Bergh/Camesasca (2006), 260.

71 Rodger/MacCulloch (2004), 102 versteht den EuGH so, dass er, wenn nur nachgewiesen wird, dass der Rabatt die Treue fördert, keinerlei Beweis mehr über die tatsächliche Wirkung fordert, sondern bei Abwesenheit einer Kostenrechtfertigung den Rabatt für missbräuchlich hält.

72 EuGH „British Airways“, C-95/04 P, Rn. 71.

Gründen von Beweisschwierigkeiten – auch für hinreichend zu halten, um Ausschließlichkeit induzierende Rabatten anzuzeigen.

(b) Erheblicher Abstand der Marktanteile von Marktbeherrscher und Konkurrenten

Nach Ansicht des EuGH werde die Kundenbindung durch einen erheblichen Abstand des Marktanteils des Marktbeherrschers zu denen seiner Konkurrenten noch verschärft. Denn der Marktbeherrscher könne dann dem Abnehmer mit einem rückwirkenden Schwellenrabatt von wenigen Prozent auf den Umsatz in der Referenzperiode einen großen finanziellen Vorteil zukommen lassen, während ein Konkurrent mit einem weitaus kleineren Marktanteil und damit einem weitaus kleineren Umsatz in der Referenzperiode einen extrem hohen Rabatt gewähren müsste, um den gleichen finanziellen Vorteil anzubieten.⁷³ Ein Beispiel zur Illustration: Wir stellen uns vor, es gebe einen marktbeherrschenden Produzenten und Verkäufer, der pro betrachtete Zeitperiode zehn Einheiten eines Guts für 1 € an den einen Käufer verkauft. Am Markt existiert nur noch ein Konkurrent, der maximal eine Einheit des Guts pro betrachtete Zeitperiode produzieren kann. Wenn nun der Marktbeherrscher einen Rabatt von 5% auf alle in einer Periode gekauften Einheiten für den Fall anbietet, dass mindestens zehn Einheiten pro Periode bei ihm gekauft werden, dann bezahlt der Käufer, der zehn Einheiten pro Periode braucht, für die letzte Einheit 50 Cent. Der Käufer weiß, dass er neun Einheiten ohnehin beim Marktbeherrscher kaufen muss. Damit der Konkurrent seine eine Einheit an den Käufer verkaufen kann, muss er einen Rabatt von 50% einräumen.

(c) Rückwirkung des Rabatts

Aus dem gleichen Grund scheint der EuGH auch rückwirkende Systeme besonders problematisch zu finden. Zwar macht es weder für den Sogeffekt, der durch negative Preise an der Sprungstelle des Rabattsystems entsteht, noch für die Induktion von Kundentreue einen Unterschied, ob der Rabatt als Prozentsatz des Gesamtkaufpreises formuliert wird, als Prozentsatz des Kaufpreises einer bestimmten Menge oder als absoluter Betrag. Jedoch scheint der EuGH der Ansicht zu sein, dass ein Prozentsatz des Gesamtkaufpreises in der Regel einen ausreichend hohen Betrag indiziert, um die Treue des Kunden zu bewirken.

⁷³ EuGH „Michelin I“, 322/81, Rn. 82; EuGH „British Airways“, C-95/04 P, Rn. 75.

(d) Keine kurze Referenzperiode

Warum der EuGH Rabatte mit einer kurzen Referenzperiode vom Verbot ausnimmt, hat er nicht begründet.⁷⁴ Für diese Ausnahme könnte sprechen, dass jedenfalls nach Auslaufen eines marktverschließenden Schwellenrabatts eine neue Gelegenheit zum Markteintritt bestehen sollte. Bei kurzen Referenzperioden besteht diese Gelegenheit pro Zeiteinheit öfter als bei langen. Dass die Bedeutung der Länge der Referenzperiode etwas komplizierter liegt, wird Gegenstand der weiteren Untersuchung sein.⁷⁵ Ob dieses Merkmal noch Gültigkeit besitzt, ist seit dem Urteil in der Sache *British Airways* unklar geworden. Hier hat der EuGH das Erfordernis nicht wiederholt und einen Bonus für missbräuchlich gehalten, dessen Referenzperiode de facto einen Monat betrug. Allerdings wurde der Bonus unter der Bedingung gewährt, dass im betreffenden Monat der Umsatz des entsprechenden Monats des vorangegangenen Jahres übertroffen wurde. So wurden dennoch zwei Geschäftsjahre miteinander verbunden.⁷⁶

(e) Exkurs zur Einordnung von *Michelin II*.

Das EuG ist in *Michelin II* noch über die Reichweite des Tests des EuGH hinausgegangen. In diesem Fall hat es ein Schwellenrabattsystem behandelt, das viele Schwellen aufwies. Hier verringerte sich der Preis nicht bei Erreichen einer einzigen Rabattschwelle mit einem Schlag drastisch für alle Einheiten. Vielmehr konnte der Käufer mit relativ hoher Wahrscheinlichkeit eine der vielen Rabattschwellen und somit mit sehr hoher Wahrscheinlichkeit zumindest einen kleinen Rabatt erreichen. Der Rabatt konnte sich dann weiter erhöhen, je nachdem, wie viele der weiteren Schwellen der Käufer überwand. So änderte sich der Preis an den Schwellen zwar immer noch sprunghaft, aber die Sprünge waren klein. Insgesamt war das Rabattsystem daher einem Mengenrabatt, bei dem sich der Preis mit steigender Menge kontinuierlich verringert, sehr ähnlich. Dennoch hielt das EuG den Rabatt von *Michelin* mit Verweis auf die Rückwirkung des Rabatts auf alle Einheiten für missbräuchlich, weil die Rückwirkung die Abnehmertreue fördere.⁷⁷ Dabei nahm das EuG sogar an, dass ein Rabattsystem, das für größere Mengen einen höheren Rabatt gewähre, gegen Art. 82 EG verstoße, es sei denn, der Rabatt sei wirtschaftlich gerechtfertigt.⁷⁸

74 EuGH „*Michelin I.*“, 322/81, Rn. 81; EuG „*Michelin II.*“ T-203/01, Rn. 75. Der EuGH sagte „erhebliche Länge“ (vgl. zum Schweigen des EuGH zur exakten Länge auch EuG „*Michelin II.*“ T-203/01, Rn. 85). Ein Zeitrahmen von drei Monaten findet in EuG „*Michelin II.*“ T-203/01, Rn. 48 in einem Zitat der zu Grunde liegenden Kommissionsentscheidung (Rn. 216) Erwähnung. Dieser Zeitrahmen ist zum Teil von Kommentatoren übernommen worden, Grill in Lenz (2006), Art. 82, Rn. 32. Vgl. dazu auch Spinks (1999-2000), 662, Fn. 71.

75 Vgl. Kapitel 3.

76 EuGH „*British Airways*“, C-95/04 P, Rn. 71 ff.

77 EuG „*Michelin II.*“, T-203/01, Rn. 67 ff.

78 EuG „*Michelin II.*“, T-203/01, Rn. 59, 62.

Damit stellte es de facto alle Rabatte unter Verdacht, wegen der Induktion von Abnehmer-treue gegen Art. 82 EG zu verstoßen. Erst die Beibringung einer wirtschaftlichen Rechtfertigung könne diesen Verdacht entkräften.⁷⁹ Insgesamt hält das EuG fest, ein Rabatt mit mehreren Schwellen, der sich rückwirkend auf alle gekauften Einheiten erstreckt, der eine erhebliche Varianz zwischen den Rabattraten der niedrigen und der hohen Schwellen aufweist und eine lange Referenzperiode umfasst, sei missbräuchlich, es sei denn, er ist objektiv wirtschaftlich gerechtfertigt.⁸⁰ Insbesondere den Abstand zwischen den Marktanteilen des Marktbeherrschers und denen seiner Konkurrenten hat das EuG nicht berücksichtigt.

(f) Keine wirtschaftliche Rechtfertigung

Selbst wenn alle genannten Kriterien erfüllt sind, kann der Rabatt gerechtfertigt sein und daher keinen Missbrauch darstellen. Auch der EuGH hat anerkannt, dass ein wirtschaftlich gerechtfertigter Rabatt nicht gem. Art. 82 EG verboten ist.⁸¹ Eine solche wirtschaftliche Rechtfertigung bestand ursprünglich nur, wenn durch den Rabatt Effizienzvorteile, zum Beispiel in Form von eingesparten Kosten, weitergegeben wurden.⁸² Der Rabatt durfte also nur einen Vorteil des Verkäufers an den Abnehmer weitergeben, den der Verkäufer durch ein bestimmtes Verhalten des Abnehmers erlangt hat.⁸³ Ein typisches Beispiel ist die Realisation von Größenvorteilen, die durch einen Mengenrabatt an den Kunden weitergegeben wird.⁸⁴ Genauso konnte die Erfüllung von Aufgaben im Vertrieb, die Barzahlung oder die Abnahme von mangelhafter Ware mit Rabatten honoriert werden. Dabei sollte jedoch eine Rechtfertigung nur dann gewährt werden, wenn die Kostenvorteile gerade durch die jeweils zusätzlichen Bestellungen verursacht werden, die der Rabattanspruch auslöst. Es wurde also ein Unmittelbarkeitszusammenhang zwischen Rabatt und Effizienzvorteilen gefordert.⁸⁵ Unzulässig war und ist dagegen eine Vergütung allein der Treue zum Marktbeherrscher.⁸⁶ Dazu, wie die Weitergabe der Effizienzvorteile auf die Kunden verteilt werden muss, hat sich der EuGH nicht geäußert. Es schien jedoch angesichts des Verbots, auf gleichartige Transaktionen unterschiedliche Bedingungen anzuwenden, möglich, dass der EuGH, wäre er mit einem entsprechenden Fall konfron-

79 Vgl. auch EuG „Michelin II.“, T-203/01, Rn. 74.

80 EuG „Michelin II.“, T-203/01, Rn. 95, 107.

81 EuGH „British Airways“, C-95/04 P, Rn. 69; Waelbroeck (2005), 157.

82 EuGH „British Airways“, C-95/04 P, Rn. 86 spricht von Effizienzvorteilen; EuG „Michelin II.“, T-203/01, Rn. 57 f.; Waelbroeck (2005), 157.

83 Grill in Lenz (2006), Art. 82, Rn. 32.

84 EuG „Michelin II.“, T-203/01, Rn. 58.

85 Faella (2007), 14.

86 EuG „Michelin II.“, T-203/01, Rn. 59. Zum Ganzen: Craig/De Burca (2008), 1032; Faella (2007), 10; Loewenheim/Meessen/Riesenkampff (2005), Rn. 181; Mestmäcker/Schweitzer (2004), 430; Rodger/MacCulloch (2004), 101; Van den Bergh/Camesasca (2006), 260.

tiert, eine Aufteilung der Effizienzgewinne zum Beispiel nach den von den Kunden generierten Umsätzen verlangen würde.

In seinem *British Airways*-Urteil hat der EuGH jedoch die wirtschaftliche Rechtfertigung allgemeiner formuliert und damit ausgeweitet. Eine objektive Rechtfertigung liege danach insbesondere dann vor, wenn der Rabatt Effizienzgewinne generiert, die an die Kunden weitergegeben werden und die nicht auf einem anderen Wege realisiert werden könnten, der den wirksamen Wettbewerb weniger belastet.⁸⁷ Dies scheint das Preissystem als ganzes in den Blick zu nehmen: Der Marktbeherrscher müsste nicht mehr für jeden Kunden nachweisen, ob der Rabatt Spiegelbild der durch die Bestellung dieses Kunden generierten Effizienzen ist. Vielmehr könnte ganz allgemein der Nachweis ausreichen, dass die Anwendung eines Rabattsystems Effizienzen generiert, die ohne das Rabattsystem nicht entstanden wären, und diese Effizienzen an die Kunden weitergegeben werden. Eine wirtschaftliche Rechtfertigung hatte vor dem EuGH in einem Rabatfall nach Kenntnis des Autors bisher allerdings noch keinen Erfolg.

(g) Zusammenfassung

Wenn also die Rabattschwelle so liegt, dass der Abnehmer seinen gesamten oder doch fast seinen gesamten Bedarf beim Marktbeherrscher befriedigen muss, um den Rabatt zu erhalten⁸⁸, die Referenzperiode lang ist, der Abstand zwischen den Marktanteilen des Marktbeherrschers und denen seiner Konkurrenten groß ist, und der Rabatt bei Erreichen der Rabattschwelle über die gesamte gekaufte Menge gewährt wird, so meint der EuGH, dies setze den Abnehmer vor allem gegen Ende der Referenzperiode einem erheblichen Druck aus, nur noch beim Marktbeherrscher zu kaufen.⁸⁹ Der Rabatt schränke daher die freie Wahl des Anbieters ein und verdränge Wettbewerber vom Markt. Dazu setze ein solches System unterschiedliche Preise für solche Abnehmer, die den Rabatt erreichen, und solche, die den Rabatt verfehlen, ohne dass dies durch Kostenunterschiede gerechtfertigt sei. Damit sollen derartige Schwellenrabatte ohne wirtschaftliche Rechtfertigung immer gegen Art. 82 EG verstoßen.⁹⁰ Verschärft werde die Diskriminierung, wenn die Gewährung des Rabatts an subjektive Kriterien geknüpft werde, die sich einer objektiven Kontrolle entzögen. Hier sei der Zusammenhang des Preises mit den Kosten vollends aufgege-

87 EuGH „British Airways“, C-95/04 P, Rn. 86.

88 Mestmäcker/Schweitzer (2004), 431.

89 EuGH „Michelin I.“, 322/81, Rn. 81.

90 Zum Ganzen: EuGH „Michelin I.“, 322/81, Rn.73; EuGH „British Airways“, C-95/04 P, Rn. 67; EuG „Michlin II.“ T-203/01, Rn. 57 ff., insb. Rn. 60; Emmerich (2006), 152; Loewenheim/Meessen/Riesenkampff (2005), Art. 82, Rn. 185; Mestmäcker/Schweitzer (2004), 431; Van den Bergh/Camesasca (2006), 261 f.

ben.⁹¹ Das letzte Urteil zu dieser Fallgruppe kann als Erklärung des EuGH verstanden werden, seinen Ansatz, allgemeine Kriterien für die Bewertung des Verhaltens von Marktbeherrschern zu definieren, nicht zu Gunsten des einzelfallorientierten Ansatzes aufgeben zu wollen, der von Teilen der Kommission befürwortet wird.⁹²

c) Zwischenergebnis: De facto per se Verbot von Schwellenrabatten mit Möglichkeit einer Effizienzrede

Der Gerichtshof benutzt, wie im letzten Abschnitt herausgearbeitet, einen primär verhaltensorientierten Test zur Bewertung der Rechtmäßigkeit von Rabattsystemen unter Art. 82 EG. Ein Rabattsystem stellt einen Missbrauch der marktbeherrschenden Stellung dar, wenn erstens die Rabattschwelle nahe am Gesamtbedarf des Kunden in der Referenzperiode liegt oder individuell vereinbart ist, wenn zweitens der Rabatt Rückwirkung hat und sich daher auf alle Einheiten bezieht, die während der Referenzperiode gekauft wurden und wenn drittens der Marktanteil des beherrschenden Unternehmens erheblich größer ist als die seiner Wettbewerber.⁹³ Ob anzufügen ist, dass viertens eine Referenzperiode von mehr als drei Monaten erforderlich ist,⁹⁴ ist seit dem British Airways Urteil unklar.⁹⁵

Die Literatur interpretiert diese Behandlung weitgehend als ein generelles Verbot von rückwirkenden Schwellenrabatten.⁹⁶ Das liegt nahe, weil die ersten beiden Tatbestandsmerkmale einfach rückwirkende Schwellenrabatte beschreiben und das dritte Tatbestandsmerkmal ein typisches Merkmal einer beherrschenden Marktstellung beschreibt. Nur die kurze Referenzperiode scheint eine eigenständige, aber sehr geringfügige Qualifikation des Tests zu sein, die seine Generalität ein wenig ein-

91 EuG „Michlin II.“, T-203/01, Rn. 140 f.; Mestmäcker/Schweitzer (2004), 432: Ein Schwellenrabbatt müsse für alle mit gleichen Zielen und objektiv festgesetzt sein; Van den Bergh/Camesasca (2006), 261.

92 EuGH „British Airways“, C-95/04 P, Rn. 71, 73, 75; vgl. auch Schlussantrag von GA Kokott zu diesem Urteil Rn. 42-55, die Generalanwältin scheint hier zunächst zu argumentieren, es sei allein der marktverschließende Effekt, auf den es ankomme (Rn. 42-46), nur um dann in Rn. 47 klarzustellen, dass die drei sehr allgemeinen Merkmale individuell ausgehandelte Referenzperiode, erheblicher Abstand des Marktanteils des Marktbeherrschers zu dem seiner Konkurrenten und Rückwirkung des Rabatts indizierten, wann der Effekt „will be present in the normal course of events“; vgl. auch Holzinger (2007), 313.

93 EuGH „Michelin I.“, 322/81, Rn.81; „British Airways“, C-95/04 P, Rn. 71, 73, 75; vgl. auch den Schlussantrag von GA Kokott „British Airways“ C-95/04 P, Rn. 47; Holzinger (2007), 313. Nur auf das Merkmal rückwirkender Rabatt und lange Referenzperiode abstellend EuG „Michelin II.“ T-203/01, Rn. 75.

94 So noch EuGH „Michelin I.“, 322/81, Rn.81; EuG „Michelin II.“ T-203/01, Rn. 75.

95 EuGH „British Airways“, C-95/04 P, Rn. 71 ff.

96 EuGH „Michelin I.“, 322/81, Rn. 73; „British Airways“, C-95/04 P, Rn. 67; EuG „Michlin II.“, T-203/01, Rn. 57 ff., 60; Emmerich (2006), 152; Loewenheim/Meessen/Riesenkampff (2005), Rn. 185; Mestmäcker/Schweitzer (2004), 431; Van den Bergh/Camesasca (2006), 261.

schränkt. Als Grundlage für die im folgenden Kapitel durchgeführte Kritik der Tests von Kommission und Gerichtshof kann hier festgehalten werden, dass der Ansatz des EuGH einerseits den Vorzug hat, vergleichsweise einfach in der Anwendung zu sein. Aber es erscheint zweifelhaft, ob der Test des Gerichtshofs wirklich nur wettbewerbsschädigende Rabatte erfasst. Bei der Kritik des Tests muss geprüft werden, wie weitgehend der Test auch unproblematische Rabatte erfasst. Dann ist abzuwägen, ob die möglicherweise übermäßige Weite des Tests durch den Umstand aufgewogen wird, dass der Tatbestand unkompliziert zu handhaben ist und vorhersehbare Ergebnisse liefert. Der Gerichtshof scheint jedenfalls der Vorhersehbarkeit wettbewerbspolitischer Entscheidungen und ihrer praktikablen Überprüfung eine sehr hohe Bedeutung zuzumessen.

Allerdings hat die Rechtsprechung der europäischen Gerichte zumindest dogmatisch eher eine per se Vermutung konstruiert als ein per se Verbot. Der EuGH lässt seit seinem *British-Airways*-Urteil ausdrücklich im Einzelfall eine Effizienzeinrede zu, mit welcher der Marktbeherrscher sein Verhalten rechtfertigen kann. Bei Vorliegen der von den Gerichten formulierten Tatbestandsmerkmale gilt ein Rabatt demnach nur vorbehaltlich der Unfähigkeit des Marktbeherrschers, sein Verhalten zu rechtfertigen, als verboten – auch wenn die Anforderungen an das Durchgreifen der Effizienzeinrede tatsächlich sehr hoch sein können.

II. Der Test der Kommission

Die Kommission hat seit 2005 in drei Schritten einen neuen Test entwickelt, an dem sie künftig Rabatte von marktbeherrschenden Unternehmen messen will. In einem Diskussionspapier von 2005 eröffnete die Kommission eine Debatte über die Definition von Behinderungsmisbräuchen im Rahmen von Art. 82 EG, unter die auch Schwellenrabatte fallen [dazu a)].⁹⁷ Vier Jahre später folgten als Abschluss dieser Debatte Richtlinien zur Anwendung von Art. 82 EG auf Behinderungsmisbräuche, die auch eine überarbeitete Version des Tests für Rabatte aus dem Papier von 2005 enthielten [dazu b)].⁹⁸ Zuletzt brachte die *Intel*-Entscheidung einige Monate nach Erscheinen der Richtlinien noch einige wichtige Präzisierungen zu dem von der Kommission genutzten Rabatttest [dazu c)].⁹⁹

a) Der Test der Kommission nach dem Diskussionspapier von 2005

In diesem Abschnitt wird der erste Ansatz der Kommission zur Reform von Art. 82 EG in Bezug auf Rabatte dargestellt. In ihrem 2005 erschienenen „DG Competi-

⁹⁷ Europäische Kommission (2005).

⁹⁸ Europäische Kommission (2009).

⁹⁹ KomE „Intel“ COMP/37.990.

tion's discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses“ schlug die Kommission einen neuen Test für Rabatte vor. Zum besseren Verständnis des 2009 veröffentlichten Ansatzes wird zunächst der Test der Kommission aus dem Jahr 2005 umrissen und bewertet.

1) Das Diskussionspapier zu Art. 82 und der Versuch einer Ökonomisierung von Art. 82 EG

Die Kommission eröffnete mit dem Diskussionspapier einen Prozess, in dem jedermann bis zum 31. März 2006 Kommentare zu den veröffentlichten Ideen der Kommission einreichen konnte. Danach beschäftigte sich die Kommission mit der Prüfung der eingegangenen Kommentare und veröffentlichte um den Jahreswechsel 2008/09 Leitlinien zur Behandlung von Behinderungsmissbräuchen unter Artikel 82 EG.

(a) Gründe für eine Reform der Anwendung von Art. 82 EG

Die europäische Anwendung des Art. 82 EG durch die Kommission und den EuGH hat viel Kritik erfahren. Ein Flickenteppich ohne kohärenten Rahmen seien die Anwendungsgrundsätze des Art. 82 EG.¹⁰⁰ Es würden eher die Wettbewerber als der Wettbewerb geschützt,¹⁰¹ die kartellrechtliche Praxis der Kommission sei verdeckter Protektionismus¹⁰², und die europäische Kartellrechtsanwendung sei von übertriebener Sorge um unberechtigte „Freisprüche“ und fehlender Sensibilität für den Schaden durch unberechtigte Verurteilungen gekennzeichnet.¹⁰³ Diese teils polemisch geführte Kritik kann im Kern verstanden werden als der Vorwurf, die Anwendung des Art. 82 EG habe sich zu weit von den Realitäten der Märkte und einer sachlichen Verfolgung des Wettbewerbsschutzes entfernt. Die Michelin-Entscheidungen wurden vor allem deshalb kritisiert, weil es zweifelhaft erscheint, ob ein Rabatt, wie er von Michelin gewährt wurde, wirklich in der Mehrzahl der Fälle ebenso effiziente Wettbewerber vom Markt ausschließen wird.¹⁰⁴ So fordern viele Autoren, dass die Anwendung von Artikel 82 EG mehr Rücksicht auf ökonomische Analysen nehmen müsse, um die Wirkungen des Unternehmensverhaltens besser zu verstehen, bevor

100 Ahlborn/Bailey (2006), 128.

101 Gifford/Kudrle (2003), 727, 735, 759; Jaeger/Mackenrodt/Podszun (2008), 38, 39 zitieren die Kritik des Assistant Attorney General im Department of Justice, Barnett, die er auf der Fordham Antitrust Conference 2007 äußerte; Spinks (1999-2000), 641, 642.

102 Gifford/Kudrle (2003), 727, 762 ff. (Beispiele allerdings mit Bezug auf Fusionen).

103 Hylton (2006), 9 f.

104 Dies gilt für EuGH „Michelin I.“, 322/81. Für EuG „Michelin II.“, T-203/01 vgl. Heimler (2008), 11; Waelbroeck (2005), 156 ff. vgl. auch unten bei 3. Kapitel, V. Bewertung des Tests des Gerichtshofs.

entschieden wird, ob es legal oder illegal sein soll.¹⁰⁵ Die Gegenansicht betont vor allem, eine Ökonomisierung der Anwendung von Art. 82 EG unterminiere die Rechtssicherheit, weil die ökonomischen Modelle von zum Teil unrealistischen Annahmen ausgingen, gerade für Juristen und insbesondere Richter unverständlich seien und auch Ökonomen sich nie auf eine richtige Lösung einigen könnten.¹⁰⁶ Die Kommission zeigte sich nun mit ihrem Diskussionspapier zumindest offen, die Einwände gegen die aktuelle Art der Anwendung von Art. 82 EG ernst zu nehmen und ihre Praxis zu verändern.

(b) Ziele des Diskussionspapiers von 2005

Im Diskussionspapier selbst zeigte die Kommission vor allem zwei generelle Ziele des mit dem Papier eröffneten Diskussionsprozesses auf: Die Anwendung von Art. 82 EG sollte sich erstens an der Konsumentenwohlfahrt und einer effizienten Allokation von Ressourcen orientieren – hierzu sollte auch die weitere Integration des gemeinsamen Marktes beitragen, was in Art. 82 EG berücksichtigt werden müsse.¹⁰⁷ Zweitens sollte sich die Anwendung von Art. 82 EG künftig auf die wahrscheinlichen Effekte des Verhaltens des marktbeherrschenden Unternehmens stützen.¹⁰⁸

Diese Schutzrichtung von Art. 82 EG schien sich auf den ersten Blick von derjenigen des status quo, die oben vorgestellt wurde,¹⁰⁹ kaum zu unterscheiden: Der Konsumentenschutz schien der Konsumentenwohlfahrt zu entsprechen, effiziente Allokation von Ressourcen schien allgemein wünschenswert und auch der EuGH hat in Urteilen darauf hingewiesen, dass die Besonderheiten des Einzelfalls unter Art. 82 EG Berücksichtigung finden müssten,¹¹⁰ was einem effektbasierten Ansatz zu entsprechen scheint. Jedoch schlug das Kommissionspapier eine weit reichende Reform der Anwendungspraxis zu Art. 82 EG vor. Zwar blieb es primär bei der Schutzrichtung zugunsten der Konsumenten, allerdings zeigte der Gebrauch des Begriffs „Konsumentenwohlfahrt“, dass künftig eine Beeinträchtigung der Konsumenten anhand ökonomischer Methoden aufgrund einer partiellen Effizienzanalyse gemessen werden sollte. Konsumentenwohlfahrt ist ein ökonomischer Begriff, der in der partiellen Wohlfahrtsanalyse ökonomisch präzise definiert ist.¹¹¹ Auch der Hinweis auf effiziente Allokation der Ressourcen verwies unmissverständlich auf einen verstärkten Gebrauch ökonomischer Methoden. Allokative Effizienz, deren Erhöhung die Anwendung von Art. 82 EG künftig dienen sollte, ist ein Grundbegriff der

¹⁰⁵ Vgl. bspw. Hellwig (2006), 14; Waelbroeck (2005), 156 ff.

¹⁰⁶ Eilmansberger (2005), 130, 137; Zimmer (2007a), 1198 ff. Mit dem Versuch einer Vermittlung Schmidt (2006).

¹⁰⁷ Europäische Kommission (2005), Rn. 4.

¹⁰⁸ Europäische Kommission (2005), Rn. 4.

¹⁰⁹ Vgl. oben, Text vor Fn.28.

¹¹⁰ EuGH „British Airways“ C-95/04, Rn. 67; „Compagnie Maritime Belge“, C-395/96, Rn. 114; „Michelin I.“, 322/81, Rn. 73, 111.

¹¹¹ Varian (2003), 248 ff.

Ökonomie.¹¹² Der Verweis auf wahrscheinliche Effekte, auf die sich die Anwendung von Art. 82 EG künftig stützen sollte, erklärte schließlich, wie die ökonomischen Methoden künftig im Rahmen von Art. 82 EG Anwendung finden sollten. Nicht mehr an abstrakt generell beschriebene Verhaltensweisen sollten die Rechtsfolgen des Art. 82 EG anknüpfen, sondern an die jeweiligen Wirkungen des betreffenden Verhaltens in der jeweiligen Marktumgebung.

Das Diskussionspapier strebte damit auch für den Bereich der Missbrauchsaufsicht eine verstärkte Kooperation von wirtschafts- und rechtswissenschaftlichen Methoden an.

2) Ein Schwellenrabatttest mit starkem Einzelfallbezug

Zentraler Gedanke des Tests der Kommission war, dass es einem ebenso effizienten Wettbewerber möglich sein soll, mit einem Marktanteil auf den Markt zuzutreten bzw. am Markt zu verbleiben, der ihm dort eine nachhaltige Etablierung ermöglicht. Dazu will die Kommission solche Rabatte unterbinden, die dazu führen, dass die Menge, die diesem notwendigen Mindestmarktanteil entspricht, unter Kosten angeboten wird. Um nicht den effektiven Preis einzelner Einheiten ermitteln zu müssen, versuchte die Kommission mit ihrem Test diese Regel in einen Vergleich unterschiedlicher Marktanteile zu transponieren.

(a) Das commercially viable share

Die Kommission schlug in ihrem Diskussionspapier zu Art. 82 vor, Schwellenrabatte künftig in Anlehnung an die Dogmatik zu Kampfpreisen zu behandeln. Der Grundgedanke, der ihren Vorschlag zur Behandlung von Schwellenrabatten leitete, war folgender:¹¹³ Die Abnehmer werden in der Regel ohnehin gezwungen sein, einen erheblichen Teil ihres Bedarfs beim Marktbeherrscher zu befriedigen. Das kann daran liegen, dass das Sortiment eines Zwischenhändlers ohne das Produkt des Marktbeherrschers nicht als vollständig angesehen wird, viele Endverbraucher das Produkt stark bevorzugen, so dass es schlecht substituierbar ist (das Produkt des Marktbeherrschers wird im Kommissionspapier unter diesen Umständen als *must stock item* bezeichnet), oder dass die Konkurrenten des Marktbeherrschers aufgrund beschränkter Kapazitäten nicht in der Lage sind, die Nachfrage vollständig zu befriedigen.¹¹⁴ Das führt dazu, dass ein Teil der Nachfrage faktisch dem Wettbewerb entzogen ist. Es ist kurz- bis mittelfristig ausgeschlossen, dass die Konkurrenten dem Marktbeherrscher diesen Teil der Nachfrage abnehmen. Für diesen Teil der

¹¹² Zum Effizienzbegriff vergleiche bspw. Varian (2003), 15; Van den Bergh/Camesasca (2006), 18 f.

¹¹³ Zu diesem Grundgedanken vor allem Europäische Kommission (2005), Rn. 153.

¹¹⁴ Europäische Kommission (2005), Rn. 143, 152 ff.

Nachfrage nach dem Produkt des Marktbeherrschers besteht daher eine geringe Preiselastizität¹¹⁵. Deshalb erscheint es verlockend für den Marktbeherrschers, über diesen unelastischen Anteil der Nachfrage, das so genannte *non contestable share*, hohe Preise zu verlangen, um dadurch den finanziellen Spielraum zu gewinnen, der es erlaubt, über den elastischen Teil der Nachfrage, der dem Wettbewerb ausgesetzt ist, so niedrige Preise zu verlangen, dass sie nicht unterboten werden können. Das würde es dem Marktbeherrschers erlauben, sich die gesamte Nachfrage zu reservieren und so seine marktbeherrschende Stellung langfristig zu sichern oder sogar auszubauen. Eine Möglichkeit, solch unterschiedliche Preise über unterschiedliche Teile der Nachfrage zu verlangen, ist ein Schwellenrabatt.¹¹⁶ Zum besseren Verständnis sei hier an das Beispiel im ersten Kapitel erinnert.¹¹⁷

Dort gewährte ein Verkäufer 10% Rabatt auf den Kaufpreis von 10 € für jede in der Referenzperiode gekaufte Einheit, falls der Käufer mindestens 1000 Stück abnahm. Wie oben gezeigt, ist der Preis der letzten Einheit, die den Käufer die Schwelle überschreiten lässt, negativ (-990 €)¹¹⁸. Der Kommissionstest nach dem Diskussionspapier machte sich nun den Umstand zu Nutze, dass der Preis der letzten Bestellung pro Einheit steigt, je größer die letzte Bestellung ist, die den Rabatt auslöst. Umfasste die letzte Bestellung zwei Einheiten, so gäbe der Abnehmer 20 € hin, wofür er 2 Stück und 1000 Euro als Rabatzzahlung erhielte. Der Stückpreis dieser Bestellung läge dann bei $-980 \text{ €} / 2 = -490 \text{ €}$. Der Stückpreis für eine letzte Bestellung von fünf Stück läge bei $-950 \text{ €} / 5 = -190 \text{ €}$. Der Stückpreis einer letzten Bestellung von 100 Stück läge bei 0 und jede letzte Bestellung, die größer wäre als 100, hätte wieder positive Kaufpreise pro Stück.

Nun ist evident, dass ein Preis von -990 € für die letzte Einheit unter Kosten liegt, denn es fällt schwer, sich ein Beispiel mit negativen Produktionskosten auszumalen, bei dem der Hersteller also schon allein durch die Produktion des Guts verdienen würde. Doch kann das Angebot der letzten Einheit zu einem Preis unter Kosten kaum den Vorwurf rechtfertigen, der Anbieter verkaufe zu Kampfpreisen. Dann wäre jedes Schwellenrabattschema ein Kampfpreis. Vielmehr ist zu klären, auf welche Menge man zur Ermittlung des Stückpreises abstellt – im Beispiel gesprochen: auf die letzte Einheit, die letzten fünf, die letzten hundert oder gar noch mehr.

Diese Frage scheint eine normative Frage zu sein. Zu ihrer Beantwortung muss man sich bewusst machen, dass zwischen dem Marktbeherrschers und dem Entrant oder dem kleineren Wettbewerber in der Regel erhebliche Größenunterschiede bestehen. Es sind oft diese Größenunterschiede, die dazu führen, dass ein Teil der Nachfrage dem Wettbewerb gar nicht ausgesetzt ist. Sie machen es auch kurz- bis mittelfristig unmöglich, dass über die gesamte am Markt angebotene Menge Wett-

115 Wenn die Preiselastizität klein ist, reagiert das Volumen der Nachfrage wenig auf Preisänderungen.

116 Der Ansicht, dass ein Rabattschema, das diesem Grundgedanken folgt, missbräuchlich ist, scheint auch Waelbrock (2005), 166 f. anzuhängen; beachte auch dort 167, Fn. 62.

117 Vgl. oben I. Kapitel: Einleitung, I. Was sind Schwellenrabatte?

118 Negative Preise bedeuten, der Käufer bekommt etwas, um das Gut zu nehmen. Für die Abnahme der letzten Einheit bekommt der Käufer also 999 Euro.

bewerb besteht. Ein neu auf den Markt zugetretener Wettbewerber kann in der Regel nicht auf einem Produktionsniveau einsteigen, das dem des Marktbeherrschers entspricht. Und ebenso impliziert der Umstand, dass es einen Marktbeherrscher gibt, auch, dass seine Wettbewerber auf einem niedrigen Niveau produzieren. Der Marktbeherrscher kann also durch Zielrabatte niedrige Preise auf die dem Wettbewerb ausgesetzte Menge verlangen und diese gleichzeitig durch hohe Preise quersubventionieren, die er auf den Teil der Nachfrage verlangt, den ohnehin nur er befriedigen kann.¹¹⁹

Die Kommission vertrat im Diskussionspapier die Ansicht, dass auch ein Wettbewerber, der zwar weniger produziert als der Marktbeherrscher, die Menge, die er produziert, aber ebenso effizient herstellt wie der Marktbeherrscher, als ebenso effizienter Wettbewerber gelten und daher zu jeder Zeit in den Markt eintreten können müsse.¹²⁰ Dabei wäre es auch möglich, ihn als weniger effizient anzusehen, weil er die Einheiten, die er nicht produzieren kann, nur zu prohibitiv hohen Kosten und damit teurer produzieren könnte als der Marktbeherrscher. Jedoch würde eine solche Betrachtung im Zusammenhang mit Rabatten bedeuten, dass ein neuzutretender Wettbewerber immer sofort mit einer sehr großen Menge an den Markt kommen müsste. Ein allmählicher Marktzutritt, bei dem zunächst wenig produziert und mit Gewinn abgesetzt wird und der Gewinn sodann zur Ausweitung der Kapazität genutzt wird, wäre dagegen in Gegenwart eines gut eingestellten Schwellenrabatts nahezu unmöglich.

Der Teil der Nachfrage, für den der Preis durch das Rabattsystem nicht unter Kosten fallen darf, wurde von der Kommission mit Verweis auf das *commercially viable share* bestimmt. Mit der Einführung des *commercially viable shares* beschränkt die Kommission ihre Prüfung der Eintrittsmöglichkeit auf ein bestimmtes Outputlevel, dessen Erreichung von einem eintretenden Unternehmen, das ebenso effizient ist wie der Marktbeherrscher, realistischlicherweise erwartet werden kann.¹²¹ Es beschreibt also den Teil der Nachfrage, der tatsächlich dem Wettbewerb ausgesetzt sein könnte. Die Kommission fragte sich nun, zu welchem Preis dieser Teil der Nachfrage vom Marktbeherrscher angeboten wird, wenn eben dieser Teil die letzte Bestellung des Abnehmers wäre, und ob dieser Teil zu einem Preis unter Kosten angeboten wird.

Man könnte einwenden, es sei unrealistisch, anzunehmen, der Kunde kaufe zunächst nur beim Marktbeherrscher das *non contestable share* und denke dann darüber nach, wo er das *viable share* seiner Nachfrage kaufen werde. Die Reihenfolge der Beschaffung spielt bei dem Test der Kommission indes nur eine Rolle zur Vereinfachung. Wenn der Abnehmer weiß, dass er einen bestimmten Teil seiner Nachfrage beim Marktbeherrscher wird befriedigen müssen, dann ist es unerheblich, in

119 Dennoch für eine herkömmliche Analyse der Durchschnittspreise wie bei Kampfpreisfällen Hovenkamp 2006, 845 ff. (für Sec. 2 Sherman Act).

120 Europäische Kommission (2005), Rn. 154.

121 Europäische Kommission (2005), Rn. 156.

welcher Reihenfolge er beim Marktbeherrscher und bei dessen Konkurrenten kauft. Er weiß von Anfang an, dass er sich nur für das *viable share* Gedanken machen muss, ob er es beim Marktbeherrscher oder bei seinem Konkurrenten kaufen wird. Weil er weiß, er wird das *non contestable share* beim Marktbeherrscher kaufen müssen, ist es für seine Analyse, als hätte er es schon beim Marktbeherrscher gekauft.

(b) Der Kostenmaßstab und das *required share*

Als Kosten, unter denen nicht angeboten werden darf, wählte die Kommission die durchschnittlichen Gesamtkosten (*average total cost*, kurz: ATC). Diese enthalten im Gegensatz zu marginalen oder variablen Kosten auch die Fixkosten. Die Kommission betrachtete nur die Kosten des Marktbeherrschers selbst. Dadurch wird der Konkurrent, der zu höheren Kosten produziert als der Marktbeherrscher, weniger geschützt, weil man nicht den ineffizienten Wettbewerber auf Kosten des effizienten am Markt halten will. So wird ein Anreiz zur Steigerung der Effizienz auch für den Konkurrenten des Marktbeherrschers erhalten. Der im Diskussionspapier vorgeschlagene Kommissionstest ist daher ein *as-efficient-competitor-test*, weil er sich den Wettbewerber als genauso effizient vorstellt wie den Marktbeherrscher. Das muss für den wirklichen Wettbewerber des Marktbeherrschers nicht nachteilig sein, sondern gereicht ihm zum Vorteil, wenn der Wettbewerber schon effizienter produziert als der Marktbeherrscher selbst.

Um herauszufinden, ob der *viable share* zu einem Preis angeboten wird, der höher oder gleich den durchschnittlichen Gesamtkosten (ATC) ist, behalf sich die Kommission mit einem Konstrukt: Sie schaute zunächst, wie groß die vorgestellte letzte Bestellung eigentlich sein müsste, um einen Stückpreis größer gleich ATC zu erhalten. Dieser Anteil am Bedarf des Abnehmers ist das so genannte *required share* (*required*, d.h. erforderlich, um den Preis gleich ATC zu erhalten). Knüpfen wir an das Zahlenbeispiel von oben an und unterstellen, die ATC des Marktbeherrschers betragen 5 € pro Stück. Dann beschreibt das *required share* den Anteil der Nachfrage, der zuletzt bestellt werden müsste, um einen Stückpreis von 5 € zu erreichen. Bei einer Rabattschwelle von 1000 Stück und einem Rabatt von 10 % wären dies 200 Stück. Für diese Menge bezahlte der Käufer 2000 €, bekäme aber den Rabatt von 1000 € = $0,1 \cdot 10.000€$ ausbezahlt, so dass er effektiv 1000 € für 200 Stück bezahlte, was einem Stückpreis von 5 € entspricht.

(c) Funktionsweise des Tests

Nun sei an die Beobachtung erinnert, dass der Preis der letzten Bestellung pro Stück umso kleiner wird, je größer der Umfang der hypothetischen letzten Bestellung ist. Das bedeutet auch: wenn das *required share* größer als das *viable share* ist, dann liegt der Preis pro Stück für das *viable share* unter ATC und ist missbräuchlich. Wenn das *viable share* dagegen größer ist, als das *required share*, dann liegt der

Preis pro Stück für das *viable share* über ATC und ist kartellrechtlich nicht zu beanstanden. Dieser Vergleich war der vorgeschlagene Kommissionstest.

Im Zahlenbeispiel nehmen wir nun an, der einzige Konkurrent könne jedem Käufer lediglich 150 Stück anbieten. Das *viable share* liegt damit bei 150 Stück. Es ist damit kleiner als das *required share* von 200 Stück. Dies bedeutet, der Marktbeherrscher bietet das *viable share*, die letzten 150 Einheiten, unter Kosten an. Für sie zahlt der Kunde 1500 €, bekommt aber 1000 € als Rabatt wieder. Effektiv bezahlt er also nur 500 € für 150 Stück, was einem Preis von 3,33 € pro Stück entspricht, der damit unter den ATC von 5 € liegt.

(d) Ergebnis und kurze Bewertung

Im Ergebnis definierte also die Kommission ein *viable share*, das für einen ebenso effizienten Wettbewerber angreifbar sein soll. Dann errechnete sie den Durchschnittspreis dieses *viable shares* und prüfte, ob dieser Durchschnittspreis unter ATC liegt.

Da der Test der Kommission ein *as-efficient-competitor-test* war, setzte er sich nicht der Kritik aus, er diene entgegen dem Zweck des Wettbewerbsrechts mehr dem Schutz der Wettbewerber als dem Schutz des Wettbewerbs selbst. Er konzentrierte sich vielmehr auf den weitgehend konsentierten Grundsatz, dass ein effizienteres Unternehmen zu jeder Zeit auf den Markt zutreten können soll. Als Legitimation für diese Regel kommt vor allem die Effizienzerwägung in Betracht, dass nicht einzusehen ist, warum ein Marktbeherrscher ein Produkt anbieten soll, der mehr Ressourcen für dessen Produktion verbraucht als sein Wettbewerber. Unter der Annahme knapper Ressourcen ist es wünschenswert, dass derjenige das Produkt herstellt, der für die Herstellung am wenigsten Ressourcen benötigt.

Der Test zeigt auch, dass die Kommission gewillt war, sich die Umstände des Marktes künftig genauer anzusehen, als es der Test des Gerichtshofs erfordert.

Insgesamt wurden daher am Rabatttest, den die Kommission vorschlug, die oben im Allgemeinen besprochenen Stoßrichtungen des Kommissionspapiers deutlich: Eine stärkere Ausrichtung der wettbewerbspolitischen Praxis an Effizienzmaßstäben und eine stärkere Gewichtung der Wirkungsanalyse aufgrund der Umstände des Einzelfalls.

Wie die Kommission auf Situationen reagieren wollte, in denen unterschiedliche Käufer einen unterschiedlichen Anteil ihrer Nachfrage beim Marktbeherrscher zu befriedigen gezwungen sind, sagte sie in ihrem Diskussionspapier nicht. Oft wird in solchen Fällen das Rabattsystem so konstruiert sein, dass für jeden Käufer das Rabattsystem individuell so angepasst wird, dass er das *contestable share* seiner Nachfrage nicht beim Konkurrenten des Marktbeherrschers deckt. Hier müsste die Kommission streng genommen den Rabatt des Marktbeherrschers für jeden Kunden einzeln prüfen oder könnte sich mit Stichproben behelfen.

Die Analyse der Kommission schien also in erster Linie für solche Fälle konstruiert zu sein, in denen jeder Käufer einen Teil seiner Nachfrage beim Marktbe-

herrscher befriedigen muss und der Marktbeherrscher hierauf mit Schwellenrabatten reagiert.

Für diese Fälle, so könnte man vereinfachend sagen, spaltete die Kommission die Nachfrage auf. Sie schied die Menge, die nur beim Marktbeherrscher gekauft werden kann, für die weitere Analyse aus und untersuchte nur noch die Wirkung des Rabatts auf den Wettbewerb um den Teil der Nachfrage, der dem Wettbewerb überhaupt ausgesetzt sein könnte.

Die Achillesferse des Kommissionstests war die Bestimmung des *viable shares*. Die Kommission lieferte in ihrem Diskussionspapier kaum Kriterien, anhand derer entschieden werden konnte, welchen Marktanteil der Konkurrent nach realistischer Erwartung erreichen kann.

b) Der Test der Kommission nach dem Guidance Paper 2008/2009

Ende 2008 veröffentlichte die Kommission mit der ersten Version des Guidance Papers eine überarbeitete Version des Discussion Papers von 2005, in der sie die Leitlinien der künftigen Anwendung von Art. 82 auf Behinderungsmisbräuche festgelegt hat. Der Test für Rabatte bleibt seiner Funktionsweise nach weitgehend unverändert. Das *viable share* wurde in *contestable share* umbenannt und sein effektiver Preis schien künftig direkt bestimmt zu werden, so dass das *required share* wegfällt. Die substantielle Veränderung des Rabatttests besteht in einer Anpassung des Kostenmaßes.

1) Was von der Ökonomisierung übrig blieb

Das Guidance Paper ist nicht mehr so stark vom More Economic Approach gekennzeichnet, wie es das Diskussionspapier war. Es beschränkt sich im grundsätzlichen Teil auf die nötigsten Aussagen zur Ökonomisierung und ist voller Zugeständnisse an Gegner des More Economic Approachs. Schon in der Einleitung vermeidet das Papier eine klare Festlegung auf ein Ziel der Anwendung von Art. 82. Wo man nach dem Diskussionspapier ein klares Bekenntnis zur Konsumentenwohlfahrt erwartet hätte, wird nun zurückhaltend betont, dass die Durchsetzung von Art. 82 EG sowohl Unternehmen als auch Verbrauchern zugute komme und für die Verwirklichung des integrierten Binnenmarktes von Bedeutung sei.¹²² Dass die Kommission der Verbraucherwohlfahrt dient und den Verbraucher von Effizienz und Produktivität profitieren lässt, ist nun eher ein freiwilliger Dienst am Verbraucher, den die Kommission durch die Konzentration auf die Verhaltensweisen, „die den Verbrauchern am meisten schaden“,¹²³ erbringt, als die Erfüllung des Normprogramms von Art. 82 EG. Ferner will die Kommission sowohl den Wettbewerbsprozess schützen als auch

¹²² Europäische Kommission (2009), Rn. 1.

¹²³ Europäische Kommission (2009), Rn. 5.

das Ausscheiden von Wettbewerbern akzeptieren, die den Verbrauchern in Bezug auf Preis, Qualität, Auswahl und Innovation weniger zu bieten haben.¹²⁴ Dieser Ansatz versucht wohl, Anhänger des Schutzes des Wettbewerbs als Institution ebenso zufrieden zu stellen wie die Befürworter eines Konsumentenwohlstandsstandards mit Konzentration auf Preis, Qualität, Auswahl und Innovation.

2) Leichte Veränderung des Tests zu Schwellenrabatten

Im Guidance Paper hat die Kommission den Test für Schwellenrabatte deutlich vereinfacht, ohne ihn jedoch – abgesehen von leichten Modifikationen der Kostenmaße – wesentlich zu verändern.

(a) Umbenennung des *viable shares* in *contestable share*

Die Kommission will nun den effektiven Preis des *contestable share* bestimmen. Dabei ist zu beachten, dass die Kommission die Terminologie verändert. Das, was sie im Diskussionspapier noch *viable share* nannte, heißt nun im neuen Test *contestable share*.¹²⁵ Dabei handelt es sich vorwiegend um eine Umbenennung. Allerdings scheint diese Umbenennung auch eine Unklarheit des Diskussionspapiers zu beseitigen. In Rn. 154 berücksichtigte die Kommission bei der Bestimmung des *commercially viable shares* auch die Angebotsseite.¹²⁶ Der Aspekt der *viability* schien sich darauf zu beziehen, dass ein Konkurrent des Marktbeherrschers oft eine bestimmte Mindestmenge absetzen muss, um seinem Marktzutritt bzw. seinen Marktanteilsgewinnen Nachhaltigkeit zu verleihen. Mit der Umbenennung deutet die Kommission an, dass dieser Aspekt der angebotsseitigen Betrachtung bei der Bestimmung des *contestable shares* keine Bedeutung haben wird.

Eine weitere konzeptionelle Vereinfachung besteht darin, dass die Kommission den effektiven Preis des *contestable shares* nun direkt bestimmt und nicht wie im

¹²⁴ Europäische Kommission (2009), Rn. 6.

¹²⁵ Man vergleiche Europäische Kommission (2009), Rn. 43 mit der Definition des *contestable shares* als „Teil seiner Nachfrage (, die) der Abnehmer realistischweise bei einem Wettbewerber decken könnte („bestreitbarer“ Teil)“, mit der Definition des *commercially viable shares* in Europäische Kommission (2005), Rn. 156: „viable share is the share of customers’ requirements an efficient entrant can reasonably be expected to capture and determines over which part of the customers’ demand the effect of the rebate needs to be assessed.“

¹²⁶ Europäische Kommission (2005), Rn. 154: „what is relevant for an assessment of the loyalty enhancing effect is not competition to provide an individual unit, but the foreclosing effect of the rebate system on commercially viable amounts supplied by (potential) competitors of the dominant supplier. (...) The rebate system should not hinder as efficient competitors to expand or enter. As these competitors can not compete for an individual customer’s entire demand (see §143 above) the question is whether the rebate system hinders them from supplying commercially viable amounts to individual customers.“

Diskussionspapier durch den etwas umständlich anmutenden Vergleich zweier verschiedener Nachfrageanteile. Das Problem, dass die Bestimmung des *viable shares* etwas willkürlich anmutete, ist durch den neuen Test nicht gelöst. Das *contestable share* ist genau wie das alte *viable share* der Teil der Nachfrage, der realistischerweise dem Wettbewerb ausgesetzt sein könnte. Es bleibt unklar, ob die Frage, wie groß dieser Teil der Nachfrage ist, eine rein analytische Frage ist. Es geht gerade darum, zu bestimmen, welcher Teil der Nachfrage dem Wettbewerb ausgesetzt wäre, wenn der Marktbeherrscher nicht einen Teil der Nachfrage rechtswidrig dem Wettbewerb entzöge. Diese Frage scheint einen normativen Aspekt zu haben, der ihre Beantwortung mit erheblichen Unsicherheiten belastet. Auch hängt die Antwort vom Zustand der Welt ohne das Rabattsystem ab. Diesen Zustand hat aber niemand beobachtet.

(b) Anpassung des Kostenmaßstabs – von ATC zu AAC und LRAIC

Eine tatsächliche Änderung fand dagegen in Bezug auf die Kostenmaße statt. Statt, wie im Diskussionspapier, einen Missbrauch anzunehmen, wenn der durchschnittliche Stückpreis über das *viable share* unter den durchschnittlichen Gesamtkosten (ATC) lag, nimmt die Kommission nun in der Regel einen Missbrauch dann an, wenn der durchschnittliche Stückpreis für das *contestable share* unter *average avoidable cost* liegt.¹²⁷ *Average avoidable cost* (kurz: AAC) bezeichnet die durchschnittlichen vermeidbaren Kosten. Das sind die durchschnittlichen Kosten, die das Unternehmen gespart hätte, hätte es eine bestimmte Menge (in diesem Fall die Menge zur Bedienung des *contestable shares*) nicht produziert und abgesetzt. Die AAC entsprechen damit grob den durchschnittlichen variablen Kosten (*average variable cost*, kurz: AVC, die Kosten deren Höhe unmittelbar von der Höhe des Outputs abhängen)¹²⁸ und sind damit ein Näherungswert für die marginalen Kosten. Dies ist lediglich dann nicht der Fall, wenn das Unternehmen für die Produktion des *contestable shares* fixe Kosten eingehen musste.¹²⁹ Diese fixen Kosten sind in den AAC enthalten, in den marginalen Kosten und den AVC dagegen nicht.

Nicht verfolgen will die Kommission künftig solche Rabatte, die für das *contestable share* zu Durchschnittspreisen über den *long-run average incremental cost* (kurz LRAIC) führen. LRAIC übersetzt die Kommission mit langfristigen Grenzkosten.¹³⁰ Bei den LRAIC handelt es sich um das Mittel aller variablen und fixen Kosten, die einem Unternehmen bei der Herstellung eines bestimmten Produkts entstehen.¹³¹ Die LRAIC sind damit den ATC ähnlich. Im Unterschied zu ATC berücksichtigen die LRAIC allerdings nicht die „echten Gemeinkosten“. Echte Gemeinkos-

127 Europäische Kommission (2009), Rn. 44.

128 Europäische Kommission (2005), Rn. 64.

129 Europäische Kommission (2009), Fn. 18.

130 Europäische Kommission (2009), Rn. 43.

131 Europäische Kommission (2009), Fn. 18.

ten sind solche Kosten, die beim Verzicht auf die Produktion eines von mehreren produzierten Gütern nicht hätten vermieden werden können. Die Gemeinkosten zeigen demnach echte Verbundvorteile an, so dass die LRAIC bei Unternehmen, die mehrere Produkte herstellen, in der Regel unter den ATC liegen. Jedoch bemerkt die Kommission, dass ATC und LRAIC in der Regel gute Näherungswerte füreinander sind.¹³²

Die LRAIC berücksichtigen demnach Fixkosten, die AAC dagegen in der Regel nicht. Daher liegen die LRAIC in der Regel über AAC.¹³³ Für einen Graubereich, in dem der effektive Stückpreis für das *contestable share* zwischen LRAIC und AAC liegt, legt die Kommission sich nicht auf die Legalität oder Illegalität der Schwellenrabatte fest, sondern will einen Verstoß gegen Art. 82 EG von der Bewertung aller Faktoren im Einzelfall abhängig machen. Maßstab bleibt dabei allerdings, ob ein ebenso effizienter Wettbewerber in den Markt eintreten bzw. expandieren könnte.¹³⁴ Das ist verwunderlich, weil die Grauzone gerade dadurch entsteht, dass sich die Kommission nicht festlegen will, ob sie einen Wettbewerber für ebenso effizient hält, wenn er mit Preisen in Höhe von LRAIC oder von AAC wirksam konkurrieren kann. Es ist daher nicht klar ersichtlich, wie der ebenso effiziente Wettbewerber aussehen soll, dem auch bei einem Preis zwischen LRAIC und AAC ein Marktzutritt ermöglicht werden soll.

(c) Zwischenergebnis

Insgesamt folgt der Test, den die Kommission anwenden will, derselben Logik wie der Test, der im Diskussionspapier vorgeschlagen wurde: Es wird weitgehend normativ ein Anteil der Nachfrage bestimmt, der ohne das Rabattsystem dem Wettbewerb ausgesetzt wäre. Über diesen Teil wird der effektive Preis bestimmt, der nicht unter den Kosten liegen darf. Durch die Wahl neuer Kostenmaße ist der Test, den die Kommission künftig anwenden wird, im Vergleich zum Test des Diskussionspapiers permissiver geworden.

Die Schwelle, unterhalb derer Rabatte künftig unter die Vermutung fallen, illegal zu sein, liegt nach dem neuen Test deutlich niedriger. Beim alten Test lag sie bei ATC, nun bei AAC, was ungefähr AVC entspricht. AAC und AVC liegen um die fixen Kosten unter ATC.

Die Schwelle, oberhalb derer Rabatte eindeutig als nicht wettbewerbswidrig gelten, ist ebenfalls abgesenkt worden. Sie liegt nun nicht mehr bei ATC sondern bei

¹³² Europäische Kommission (2009), Fn. 18.

¹³³ Dies wäre nur dann nicht der Fall, wenn die Produktion des *contestable shares* die Aufwendung von Fixkosten verlangte, während die Produktion des *non contestable shares* praktisch keine Fixkosten verlangte. Dann verteilen sich die Fixkosten in den LRAIC auf die gesamte Menge, während sie sich bei AAC nur auf die Menge des *contestable shares* verteilen. Dies kann theoretisch dazu führen, dass die AAC über LRAIC liegen.

¹³⁴ Europäische Kommission (2009), Rn. 44.

LRAIC und damit um die Gemeinkosten, das heißt um die Verbundvorteile, unter ATC.

Zum dritten führt der neue Test eine Grauzone ein, innerhalb derer die Kommission weitgehend freie Hand bei der Beantwortung der Frage beansprucht, ob ein ebenso effizienter Wettbewerber in den Markt eintreten kann oder nicht.

Auf den ersten Blick wird klar, dass dieser Test zwar Fehler zu vermeiden und also für jeden Fall so genau wie möglich herauszufinden versucht, ob Marktzutritt möglich ist oder nicht. Die Vielfalt der berücksichtigten Kostenbegriffe belegt aber auch eindrücklich, dass die Durchführung dieses Tests, der in jedem Einzelfall eine Kostenermittlung erfordert, ausgesprochen aufwändig sein wird.

c) Die erste Anwendung des Tests der Kommission in der Intel-Entscheidung

In der Intel-Entscheidung wendet die Kommission den von ihr im *Guidance-* bzw. im *Discussion Paper* vorgeschlagenen *as-efficient-competitor-test* erstmals auf Rabatte an. Dabei betont die Kommission, dass ihre Ausführungen im *Guidance Paper* für die Intel-Entscheidung nicht gelten, da die Ermittlungen gegen Intel vor Verabschiedung des *Guidance Papers* begonnen hätten. Sie ist aber dennoch der Ansicht, dass ihre Analyse in der Intel-Entscheidung mit ihren Vorschlägen im *Guidance Paper* übereinstimmt.¹³⁵ Die Intel-Entscheidung kann daher als erster Praxistest für den von der Kommission vorgeschlagenen *as-efficient-competitor-test* gelten. Das im *Guidance Paper* vorgetragene Verständnis, des *as-efficient-competitor-tests* als freiwillige, über die rechtlich erforderliche Sorgfalt hinausgehende Analyse wird auch in der Intel-Entscheidung betont.¹³⁶

Auffällig ist, dass die Kommission im Fall Intel ihren Vorschlag aus dem *Discussion Paper* von 2005 verfolgt und ein, wie sie es nun nennt, *contestable share* mit einem *required share* vergleicht. Ist das *required share* größer als das *contestable share*, so gilt der Rabatt als missbräuchlich.¹³⁷ Während das *Guidance Paper* von dem Vergleich unterschiedlicher Nachfrageanteile abgewichen zu sein schien und den effektiven Preis des *contestable shares* direkt bestimmen wollte, spielt der Vergleich zwischen *contestable share* und *required share* im Intel Fall wieder die zentrale Rolle.¹³⁸

135 KomE „Intel“ COMP/37.990, Rn. 916.

136 KomE „Intel“ COMP/37.990, Rn. 926.

137 Zur Begründung, warum die Feststellung, das *required share* sei größer als das *contestable share* äquivalent ist mit der Feststellung, der Anteil der Nachfrage, die dem Wettbewerb ausgesetzt ist, werde unter Kosten angeboten, vgl. oben unter II. b).

138 KomE „Intel“ COMP/37.990, Rn. 1005 ff. Die Abschätzungen für das *required share* für die jeweiligen Abnehmer finden sich unter Rn. 1194 ff., 1334 ff., 1427 ff., 1550 ff.; die jeweiligen Vergleiche von *required* und *contestable share* finden sich unter Rn. 1255 ff., 1385 ff., 1478 ff., 1559 ff.

1) Abschätzung des *required shares*

Das *required shares* ist der Anteil am Gesamtbedarf eines Abnehmers, den ein Konkurrent des Marktbeherrschers an diesen Abnehmer zu einem Preis in Höhe der Kosten absetzen müsste, um den Abnehmer für den verlorenen Ausschließlichkeitsrabatt zu entschädigen. Für seine Bestimmung nutzt die Kommission drei verschiedene Formeln, je nachdem, ob sie den das *required share* als Prozentsatz des Gesamtbedarfs oder als absolute Anzahl von Einheiten angeben will bzw. je nachdem, ob ihr die Informationen über den Rabatt und die Kosten des Marktbeherrschers als Anteil des Preises oder als absoluter Wert vorliegen. Eine besondere Formel hat die Kommission für den Fall entwickelt, in dem es einen Rabatt gibt, der nur zum Teil durch die Erreichung von Ausschließlichkeit bzw. einer bestimmten Rabattschwelle bedingt ist.

Die Grundformel, die das *required shares* in absoluter Anzahl verkaufter Einheiten angibt, lautet:¹³⁹

$$X = \frac{R}{ASP \cdot AAC}$$

X steht für das *required share*, ausgedrückt in absoluter Anzahl von Einheiten. R bezeichnet den gesamten Rabatt, der gezahlt wird, wenn die Bedingung erfüllt wird, angegeben in absoluten Zahlen. ASP bezeichnet den durchschnittlichen unreduzierten Preis einer Einheit (ASP für *average selling price*). AAC steht für durchschnittliche vermeidbare Kosten (AAC für *average avoidable cost*). Die Formel ergibt sich wie folgt: Nehmen wir zur Illustration einen hypothetischen Fall an. Ein Käufer hat einen Bedarf für die Referenzperiode von 100 Einheiten. Wir nennen diesen Gesamtbedarf V. Der Incumbent produziert diese Einheiten je zu AAC von 0,5. Er verkauft sie an den Käufer zu einem ASP von 1. Und er gewährt dem Käufer, falls der alle 100 Einheiten bei ihm bezieht, einen Rabatt von 10%. Um herauszufinden, wie viel ein Konkurrent an den Abnehmer absetzen müsste, um ihn für den entgangenen Rabatt zu entschädigen, ohne dass er unter Kosten anbieten müsste, wäre zunächst R, die absolute Rabattauszahlung zu errechnen. Diese ergibt sich, indem der Gesamtpreis (ASP·100), der für alle 100 Einheiten bezahlt wurde, mit dem Rabattsatz, den wir r nennen und der 10% beträgt, multipliziert wird:

$$R = ASP \cdot V \cdot r = 1 \cdot 100 \cdot 10\%.$$

Als nächstes ist zu klären, wie groß die letzte Bestellung sein muss, damit die Menge, die den Rabatt auslöst, effektiv zu einem Preis angeboten wird, der den AAC entspricht. Dafür wird die Menge gesucht, deren Einheiten im Schnitt selbst dann einen Preis von AAC haben, wenn man von dem für sie bezahlten Gesamtpreis R abzieht. Formal ausgedrückt lautet diese Bedingung:

¹³⁹ Diese Formel nutzt die Kommission für Lenova, KomE „Intel“ COMP/37.990, Rn. 1559.

$$\frac{(ASP \cdot X) - R}{X} = AAC.$$

Diese Bedingung lässt sich in wenigen einfachen Schritten zur Grundformel der Kommission umformen:

$$\begin{aligned} \frac{(ASP \cdot X) - R}{X} &= AAC \\ \Leftrightarrow \frac{ASP \cdot X}{X} - \frac{R}{X} &= AAC \\ \Leftrightarrow ASP - \frac{R}{X} &= AAC \\ \Leftrightarrow ASP - AAC &= \frac{R}{X} \\ \Leftrightarrow \frac{ASP - AAC}{R} &= \frac{1}{X} \\ \Leftrightarrow \frac{R}{ASP - AAC} &= X \end{aligned}$$

Hieraus ergibt sich unmittelbar die zweite Form der Definition des *required shares*, welche die Kommission benutzt und welche das *required share* als Anteil am Gesamtvolumen V angibt. Der Anteil, den X am Gesamtvolumen V ausmacht beträgt X/V. Die Kommission benennt das *required share* als Anteil am Gesamtvolumen mit S. Entsprechend gilt in der Sprache der Kommission S=X/V. Aus der Grundform der Definition des *required shares* erhält man also S, indem man beide Seiten der Gleichung durch V teilt:¹⁴⁰

$$S = \frac{R}{(ASP - AAC)V}$$

Die letzte Definition des *required shares* formuliert die Kommission für den Fall, dass nur ein Teil des gewährten Rabatts durch die Erreichung der Rabattschwelle bedingt ist und der andere Teil jedenfalls ausgezahlt wird. In einem solchen Fall nutzt die Kommission die Formel:¹⁴¹

140 Diese Formel nutzt die Kommission für Dell, HP und MSH, KomE „Intel“ COMP/37.990, Rn. 1196, 1205, 1511.

141 Diese Formel nutzt die Kommission bei Dell, KomE „Intel“ COMP/37.990, Rn. 1158.

$$S = \frac{r\alpha}{1 - r(1-\alpha) - \frac{AAC}{ASP}}$$

Diese Formel lässt sich aus der zweiten Definition des *required shares* als Anteil am Gesamtbedarf entwickeln. Dabei soll noch einmal darauf hingewiesen werden, dass $R = ASP \cdot V \cdot r$.

Daher gilt:

$$S = \frac{R}{(ASP - AAC)V} = \frac{rV \cdot ASP}{(ASP - AAC)V} = \frac{rV \cdot ASP}{ASP \cdot V - AAC \cdot V}$$

Nun soll aber angenommen werden, dass nur ein Teil des Rabatts unter der Bedingung der Erreichung der Rabattschwelle gewährt wird. Dieser Teil sei mit α bezeichnet, wobei $0 < \alpha \leq 1$. Entsprechend bezeichnet $(1-\alpha)$ den Anteil des Rabatts, der unabhängig vom Erreichen der Rabattbedingung vom ASP abgezogen wird. Dieser Teil des Rabatts sollte daher als allgemeine Senkung des ASP berücksichtigt werden. Entsprechend muss die oben gefundene Definition von S angepasst werden, indem im Zähler nur der Teil α des Rabatts berücksichtigt wird und im Nenner der ASP um den unbedingten Teil $(1-\alpha)$ des Rabatts reduziert wird:

$$S = \frac{\alpha rV \cdot ASP}{ASP \cdot V - (1-\alpha)rV \cdot ASP - AAC \cdot V} = \frac{\alpha r \cdot ASP}{ASP \cdot (1-\alpha)r \cdot ASP - AAC}$$

Diese Definition von S kann vereinfacht werden, indem sie mit $\frac{1}{\frac{ASP}{1}}$ multipliziert wird:

$$S = \frac{\alpha r \cdot 1}{1 - (1-\alpha)r \cdot 1 - \frac{AAC}{ASP}} = \frac{\alpha r}{1 - (1-\alpha)r - \frac{AAC}{ASP}}$$

Die Kommission benötigt demnach zur Bemessung des *required shares* Informationen über den Rabatt – entweder in absoluter Höhe oder als Anteil am Kaufpreis, über den durchschnittlichen Kaufpreis ohne Rabatt und vor allem über die durchschnittlichen vermeidbaren Kosten des Marktbeherrschers.

2) „Messung“ des contestable shares

Das *contestable share* soll nach dem Guidance Paper von 2009 den Anteil der Nachfrage darstellen, der tatsächlich dem Wettbewerb ausgesetzt ist, den ein ebenso effizienter Wettbewerber also in Abwesenheit von Wettbewerbsbeschränkungen nach

realistischen Erwartungen hätte erreichen können. Das Guidance Paper legte nicht dar, wie dieser Nachfrageanteil abgeschätzt werden konnte. Wie nach dem Discussion Paper von 2005 aufgrund des unbestimmten *viable shares* blieb der Kommissionstest auch nach Veröffentlichung des Guidance Papers aufgrund der Unbestimmtheit des *contestable shares* angreifbar. Die vielleicht spannendste Frage, welche die Intel-Entscheidung daher zu beantworten hatte, war, wie das *contestable share* in der praktischen Anwendung zu bestimmen sei. Hierzu ergibt die Intel-Entscheidung zweierlei: Erstens bemisst die Intel Entscheidung tatsächlich ein *contestable share* für jeden einzelnen Käufer von Intel, dem einer der beanstandeten Rabatte angeboten wurde¹⁴² und nicht für die Gesamtmarktnachfrage. Entsprechend beschäftigt sich die Kommission zumindest nicht eingehend mit der Frage, ob ein ebenso effizienter Wettbewerber von Intel sich zum Beispiel auf wenige Wettbewerber hätte konzentrieren können, um hinsichtlich seines Gesamtmarktanteils zu expandieren.¹⁴³ Zweitens bemisst die Kommission das *contestable share* aufgrund von Indizien, Beweisstücken und Dokumenten, die belegen, ob ein Käufer bereit war, zu AMD zu wechseln und wenn ja, welches Volumen er künftig von AMD zu beziehen bereit war.¹⁴⁴ Es sind also tatsächliche Wechselpläne der Käufer, die das *contestable share* bestimmen. Die Kommission hat aber auch klar gestellt, dass sie, wenn derartige Information nicht zur Verfügung steht, bereit ist, das *contestable share* praktisch frei zu schätzen.¹⁴⁵

142 KomE „Intel“ COMP/37.990, Rn. 1202 ff. (für Dell), 1339 ff. (für HP), 1445 ff. (für NEC, allerdings unter leicht verändertem Test), 1473 ff. (für Lenovo), 1551 ff. (Media Saturn, MSH).

143 In KomE „Intel“ COMP/37.990, Rn. 870 beschreibt die Kommission, dass Intel für jeden der betrachteten OEM ein „*unavoidable trading partner*“ war und ein vollständiger Wechsel zu AMD daher unrealistisch. Intel CPUs seine daher für jeden OEM ein *must stock item*. Eine gründlichere Analyse, ob AMD eine engere Kooperation mit einem OEM hätte eingehen können, die erlaubt hätte, bei diesem OEM einen größeren Teil der Nachfrage zu befriedigen, hat die Kommission dagegen nicht vorgenommen.

144 KomE „Intel“ COMP/37.990, Rn. 1203 (für Dell aufgrund einer internen Dell-Präsentation mit dem Titel „AMD update“), Rn. 1340 (für HP aufgrund einer an eine Email angehangene Tabelle, die in Abhängigkeit von verschiedenen Strategien das Verhältnis von Intel CPUs zu AMD CPUs in HP-Rechnern beschrieb), Rn. 1445 (für NEC aufgrund eines internen NEC-Papiers, das festhielt wie viel mehr Intel CPUs dank des Rabattübereinkommens nun gekauft würden), Rn 1475 (für Lenovo aufgrund eines internen Lenovo-Papiers namens „Status of Work“).

145 Ohne dokumentarische Grundlage wurde das *contestable share* für MSH bestimmt, weil MSH nie auch nur den Plan ausgearbeitet hatte, auch AMD-Rechner anzubieten, KomE „Intel“ COMP/37.990, Rn. 1551 ff.

- d) Zwischenergebnis: Die Kommission prüft, ob der im Wettbewerb stehende Teil der Nachfrage zu einem Preis über AAC angeboten wird

Die Kommission unterzieht Schwellenrabatte einem Test, der begrifflich grundsätzlich einfach ist, allerdings in der Definition des *contestable shares* einige Unschärfen aufweist.

Der Ansatz des Tests der Kommission ist so einfach wie einleuchtend: Der Teil der Nachfrage, der dem Wettbewerb tatsächlich ausgesetzt ist, darf nicht durch ein Rabattsystem zu effektiven Preisen unter den durchschnittlichen vermeidbaren Kosten angeboten werden. Wird der angreifbare Teil der Nachfrage gar zu einem Preis über den langfristigen Grenzkosten angeboten, so gilt der Rabatt als per se unbedenklich. Dieser Ansatz erscheint einfach und offensichtlich sinnvoll.

Doch bei der Bestimmung des *contestable shares* bleiben auch nach den Präzisierungen durch die Intel-Entscheidung einige Unschärfen. Zwar ist nun klar, dass die Kommission das *contestable share* rein analytisch bestimmen will. Jedoch passt der Umstand, dass die Kommission hierfür prüft, wie viel der Nachfrage die Kunden vom tatsächlichen Konkurrenten prinzipiell zu beziehen bereit waren, schlecht zur hypothetischen Natur des *as-efficient-competitor-tests*.

III. Zusammenfassung

Der Gerichtshof legt den Missbrauchs begriff in Art. 82 EG in Bezug auf Rabatte so aus, dass Treuerabatte per se verboten sind und sich für andere Schwellenrabatte ein Test mit vier Voraussetzungen ergibt: Ein Schwellenrabatt ist missbräuchlich, wenn

- es sich um einen rückwirkenden Rabatt handelt und
- der Rabatt eine Schwelle nah am Gesamtbedarf des Kunden für die jeweilige Referenzperiode hat und
- dessen Referenzperiode nicht kurz ist und
- der Rabatt angeboten wird von einem Unternehmen, dessen Marktanteil wesentlich größer ist, als die seiner Konkurrenten.

Die Kommission akzeptiert das Verbot von Treuerabatten und den Test für Schwellenrabatte als gültiges Richterrecht, möchte aber künftig freiwillig eine ihrer Ansicht nach ökonomisch präzisere Konkretisierung des Missbrauchs begriffs auf Rabatte anwenden. Sie bestimmt für jeden Einzelfall, und wohl sogar für jeden einzelnen Käufer des Marktbeherrschers, welcher Anteil der Nachfrage tatsächlich dem Wettbewerb ausgesetzt ist und verlangt, dass dieser Nachfrage teil effektiv zu kostendeckenden Preisen angeboten wird. Die Durchführung dieser Analyse erfordert insbesondere detaillierte Informationen über die Kosten des Marktbeherrschers und die Anwendung ökonomischer Verfahren.

3. Kapitel: Extrapolation eines Tatbestands einer Missbräuchlichkeitsvermutung gegen Rabatte aus theoretisch-ökonomischer Literatur

Gerade die ökonomische Literatur zu Rabatten stellt sich auf den ersten Blick wie ein Musterbeispiel für in Juristenkreisen viel beklagte Uneinigkeit unter Ökonomen dar. Es ist weder eine klare Perspektive erkennbar, unter der Rabatte zu analysieren sind, noch drängen sich klare Kennzeichen missbräuchlicher oder harmloser Rabatte auf. Auf den zweiten Blick wird man gewahr, dass gerade die Uneinigkeit der Ökonomen etwas ist, das Juristen interessieren sollte – sie zeigt dem Juristen, dass eine abstrakt generelle Regelung mit Vorsicht konstruiert werden muss, um die Freiheit der Rechtsunterworfenen nicht vorschnell und aus dem Wunsch bequemer Rechtsanwendung einzuschränken.

Jenseits einer gewissen Schwelle an Komplexität ist es jedoch nicht mehr nur die Bequemlichkeit, sondern das lautere Interesse, dass Rechtsregeln mit einem vertretbaren Ressourcenaufwand durchgesetzt werden, das den Ruf nach Generalisierung motiviert. Daher wird im folgenden Abschnitt der Versuch unternommen, aus der vorhandenen theoretisch-ökonomischen Literatur Kriterien zu gewinnen, die auch eine abstrakt-generelle Regel für Rabatte tragen können. Dafür wird zunächst begründet, warum Artikel 82 EG, wie vom EuGH entschieden, als Vermutungsregel zu konstruieren ist. Sodann erfolgt eine Konkretisierung des Missbrauchsbegriffs für Rabatte. Hiernach wird die ökonomisch-theoretische Literatur zu Rabatten unter Anwendung des gefundenen Missbrauchsbegriffs auf Kriterien für die Missbräuchlichkeit von Schwellenrabatten untersucht und schließlich eine Vermutungsregel aufgrund eines abstrakt-generellen Tatbestands formuliert.

I. Konkretisierung von Artikel 82 EG als Anwendung widerleglicher Missbräuchlichkeitsvermutungen

Die Konstruktion von Artikel 82 als Anwendungen widerleglicher Missbräuchlichkeitsvermutungen wird im Folgenden zunächst deshalb übernommen, weil sie seit der *British Airways*-Entscheidung des EuGH – wie gezeigt¹⁴⁶ – geltendes Fallrecht ist.¹⁴⁷ Sie wird aber vor allem deshalb übernommen, weil sie in sinnvoller Weise ei-

¹⁴⁶ Vgl. oben Kapitel 2, I. Entwicklung der Rechtsprechung.

¹⁴⁷ Vgl. auch Zimmer (2007a), 1204 ff., der zwar nicht von Vermutungsregel spricht, sondern einen nun allen Bereichen des europäischen Wettbewerbsrechts gemeinsamen zweistufigen Aufbau erkennt. In der Sache, d.h. vor allem hinsichtlich der Beweislastumkehr, falls die erste Stufe erfüllt ist, und hinsichtlich des abstrakt generellen Charakters des Prüfungsprogramms auf der ersten Stufe, unterscheiden sich Zimmers Ansatz und der hier vertretene kaum. Allerdings scheint Zimmer zu meinen, das Prüfungsprogramm auf der ersten Stufe fol-

nen Ausgleich von ökonomischer Sachgerechtigkeit einerseits und Rechtssicherheit und ressourcenschonender Anwendung andererseits ermöglicht. Insbesondere erreicht sie eine sachgerechte Beweislastverteilung. Auf diese Vorzüge der Vermutungskonstruktion wird an dieser Stelle kurz hingewiesen.

Eine Missbräuchlichkeitsvermutung ermöglicht zugleich ein hohes Maß an Rechtssicherheit und eine hohe Einzelfallgerechtigkeit. Wenn klar, abstrakt und generell definiert ist, wann die Vermutung greift, weiß das rechtsunterworfenen Unternehmen genau, wann die Vermutungsregel eingreifen wird und kann sich entsprechend darauf einstellen.¹⁴⁸ Damit ist die im Rahmen der Rechtssicherheit so wichtige Vorhersehbarkeit rechtlicher Entscheidungen¹⁴⁹ gegeben.

Aber auch die Effekte des in Rede stehenden Verhaltens im Einzelfall können berücksichtigt werden, wenn das marktbeherrschende Unternehmen die Effizienzeinrede erhebt. Dann kann es Einzelheiten vorbringen, von denen es glaubt, diese rechtfertigten im konkreten Einzelfall ein Verhalten, das generell als missbräuchlich gilt.

Bei der Formulierung des abstrakt generellen Tatbestands der Vermutungsregel muss auf ökonomische Kenntnisse zurückgegriffen werden, um eine Vermutungsregel zu erzeugen, die nicht unbescholtene Unternehmen leichtfertig mit einem Unschuldsbeweis belastet. Eine ökonomische, rein effektbasierte Einzelfallanalyse für den spezifischen Markt findet allerdings nur im Rahmen der Effizienzeinrede auf Initiative des marktbeherrschenden Unternehmens statt.¹⁵⁰

Im Einzelfall die Missbräuchlichkeit eines Rabatts zu begründen, ist darüber hinaus für die Wettbewerbsbehörde extrem anspruchsvoll. Insbesondere zuverlässige Kostendaten über die Produktion des Marktbeherrschers wird sie in der Regel nicht erhalten,¹⁵¹ so dass eine Grundlage der Einzelfalluntersuchung entweder aufgrund einer extrem aufwendigen Approximierung der Kosten anhand von Näherungswerten, Rückschlüssen und Teilinformationen erfolgen muss oder sehr unsicher bleibt. Eine Missbrauchsvermutung, die eingreift wenn bestimmte, vergleichsweise leicht zu prüfenden Merkmale erfüllt sind, kann hier in erheblichem Maße Ressourcen sparen. Wenn die Merkmale Situationen, in denen eine Wettbewerbswidrigkeit von Rabatten sehr wahrscheinlich ist, ausreichend genau beschreiben, sollten sich Fehlerkosten in einem vertretbaren Rahmen halten.

Eine Missbrauchsvermutung ist auch angesichts der typischen Informationsverteilung sinnvoll. Die Kommission hat zunächst grundsätzlich keine Information über den Einzelfall. Sie muss alle Information erheben. Dies fällt ihr vor allem dann schwer, wenn die Information interne Abläufe von Unternehmen betrifft, diese Unternehmen selbst ein Interesse am Ausgang der Untersuchung und damit keinen oder zu geringen Anreiz haben, neutral und wahrheitsgemäß Auskunft zu geben. Genau dies trifft für Informationen über Effizienzgewinne durch bestimmte strategische

ge einem offenen Wettbewerbsbegriff, während nur das Prüfungsprogramm auf der zweiten Stufe effizienzorientiert sei.

148 Zimmer (2007b), 104.

149 Z.B. EuGH „Kloppenburger“ 70/83, Rn. 11; C-143/93, Rn. 27.

150 Allgemein dazu Zimmer (2007a), 1206.

151 Das ist auch in der Intel-Entscheidung nicht gelungen: KomE „Intel“ COMP/37.990, Rn. 1043.

Verhaltensweisen typischerweise zu. Bestimmte Preis- und Anreizsysteme mögen den Absatz vergünstigen oder bestimmte Kooperationen Entwicklungskosten senken. Informationen dieser Art sind für das Unternehmen, das die Strategie zur Kostensenkung einsetzt, in der Regel leichter zu beschaffen als für irgendeinen anderen Akteur. Dies gilt in Missbrauchsfällen vor allem für den Marktbeherrscher. Gleichzeitig muss er diese Informationen nur dann beschaffen, wenn sein Fall derart untypisch ist, dass zwar aufgrund eines durch ökonomische Theorie fundierten Tatbestands eine Missbräuchlichkeit vermutet werden kann, die betreffende Praxis bei vollständiger Kenntnis der Umstände und Wirkungen aber dennoch unproblematisch erscheint. Die Effizienzeinrede gibt ihm also im Vergleich zur traditionellen und dem Wortlaut möglicherweise eher entsprechenden Konstruktion von Artikel 82 als abstrakt generelles Verbot eine zusätzliche Verteidigungsmöglichkeit. Daher erscheint er nicht unbillig belastet.¹⁵²

Die Konstruktion von Art. 82 EG als widerlegliche Vermutungsregel scheint also sachgerecht, weil sie zugleich Rechtssicherheit und ökonomische Angemessenheit der Entscheidungen ermöglicht. Ferner schont sie die Ressourcen der Wettbewerbsbehörde, weil sie dem Marktbeherrscher aufgibt, die Information beizubringen, die er leichter beschaffen kann als irgendein anderer Akteur, ohne ihn dabei unbillig zu belasten.

II. Definition von Missbrauch für die folgende Abhandlung: Ein ebenso effizienter Wettbewerber könnte wegen des Rabattsystems nicht auf den Markt zutreten

Die folgende Prüfung, ob mittels theoretischer ökonomischer Überlegungen ein Tatbestand für das Eingreifen einer Missbräuchlichkeitsvermutung gegen Rabatte gewonnen werden kann, wird anhand eines *as-efficient-competitor-tests* durchgeführt. Auch die Kommission will für Preismissbräuche künftig einen *as-efficient-competitor-test* verwenden. Dort, wo ein *as-efficient-competitor-test* schwierig anzuwenden ist, argumentiert sie allerdings direkt mit dem Schaden der Verbraucher.¹⁵³ Der Unterschied zwischen der hier vertretenen Auslegung von Art. 82 EG und den Richtlinien der Kommission¹⁵⁴ ist, dass die Kommission plant, den *as-efficient-competitor-test* auf jeden Einzelfall anzuwenden, während hier auf der Grundlage des *as-efficient-competitor-tests* ein abstrakt genereller Tatbestand generiert werden soll.

Bei einem *as-efficient-competitor-test* wird die Frage gestellt, ob ein bestimmtes Handeln des Marktbeherrschers einem – hypothetischen – Wettbewerber, der dieselben Kosten hat wie der Marktbeherrscher, die Möglichkeit nehmen würde, in den

¹⁵² Vgl. dazu Gual et al. (2005), 4, vor allem 15 f.

¹⁵³ Vergleiche die unterschiedlichen Klassen von Missbrauch, die die Europäische Kommission (2009) behandelt, insbesondere Rn. 23 ff.

¹⁵⁴ Europäische Kommission (2009).

Markt einzutreten oder auf dem Markt zu bestehen. Könnte er nicht eintreten oder bestehen, ist das betrachtete Handeln des Marktbeherrschers missbräuchlich.

Der *as-efficient-competitor-test* ist einer unter vielen Tests,¹⁵⁵ die zur Konkretisierung von Art. 82 EG verwendet werden.¹⁵⁶ Er erscheint für die hier durchgeführte Untersuchung aus den folgenden Gründen besonders geeignet:

Es wurde oben schon herausgearbeitet, dass Art. 82 EG zwei Arten von Missbrauch umfasst. Beim Ausbeutungsmissbrauch nutzt der Marktbeherrscher seine Macht direkt zum Schaden der Verbraucher und Abnehmer. Beim Behinderungsmissbrauch nutzt der Marktbeherrscher seine Macht direkt zum Nachteil der Konkurrenten und schadet den Verbrauchern dadurch indirekt.¹⁵⁷ Schwellenrabatte werden meist unter dem Schlagwort des Behinderungsmissbrauchs behandelt.¹⁵⁸ Der *as-efficient-competitor-test* ist eine sinnvolle Konkretisierung des Behinderungsmissbrauchs. Er dispensiert den Rechtsanwender davon, auf etwaige schädliche Folgen eines Verhaltens des Marktbeherrschers für die Verbraucher zu schauen. Stattdessen schließt der Test unmittelbar aus dem Umstand, dass selbst ein ebenso effizienter Wettbewerber die vom Marktbeherrscher initiierte Behinderung nicht überwinden könnte, auf ihre Wettbewerbswidrigkeit.¹⁵⁹

Es wird angenommen, dass der *as-efficient-competitor-test* auch das Wohl der Verbraucher schützt.¹⁶⁰ Einerseits sind die Offenhaltung der Märkte und die Erhaltung kleinerer Wettbewerber am Markt Voraussetzungen dafür, dass auch der Marktbeherrscher einem gewissen Wettbewerbsdruck ausgesetzt ist. Andererseits erhält die Beschränkung dieses Schutzes auf ebenso effiziente Wettbewerber den Innovationsanreiz aller Unternehmen am Markt. Für den Marktbeherrscher lohnt sich die Steigerung seiner produktiven Effizienz, weil er sich durch überlegene Effizienz weiterhin gegen Wettbewerber durchsetzen kann. Und auch die übrigen Unternehmen am Markt können sich nicht hinter dem Schutz der Wettbewerbsbehörde verstecken, um Innovation zu ersetzen.¹⁶¹

Der *as-efficient-competitor-test* entspricht auch dem Topos, der Wettbewerb sei als Prozess, als Institution oder in seiner Struktur zu schützen, wie es sich aus

155 Für einen Überblick über viele der verschiedenen international verwendeten und von Wissenschaftlern vorgeschlagenen Tests zur Konkretisierung von Marktmachtmissbrauch vgl. OECD (2005).

156 KomE „Intel“ COMP/37.990; Europäische Kommission (2008); Jones/Sufrin (2008), 443; OECD (2005), 29 ff.; Vickers (2005), Fn. 256.

157 Europäische Kommission (2005), Rn. 1.

158 Europäische Kommission (2009); Europäische Kommission (2005); Loewenheim/Meessen/Riesenkampff (2009), 186; Van den Bergh/Camesasca (2006), 247, 260 behandeln Rabatte im Kapitel „Exclusionary Behavior of Dominant Firms“.

159 EuGH 6/72 „Continental Can“, Rn. 26; erst kürzlich wieder aufgegriffen von C-95/04 „Britisch Airways“, Rn. 106.

160 Das geht zum Beispiel aus den Richtlinien zu Art. 82 (Europäische Kommission (2009)) hervor. Die Kommission betont dort in Rn. 5 dass ihre Wettbewerbsaufsicht vor allem die Missbräuche angeht, die den Verbrauchern am meisten Schaden und konkretisiert dieses Programm in Rn. 23 ff. mit dem *as-efficient-competitor-test*.

161 OECD (2005), 29.

Art. 3 I g EG ergebe.¹⁶² Denn welcher Zug wäre charakteristischer für einen Wettbewerbsprozess, als der Umstand, dass der, der weniger leistet, ihn verliert? Der *as-efficient-competitor-test* konkretisiert Leistung als produktive Effizienz, die sich grundsätzlich unmittelbar in niedrigeren Preisen auswirkt. Er schützt daher im Bereich der Preisgestaltung¹⁶³ den Prozess, dass derjenige, der am meisten leistet, sich auch durchsetzt. Auch hierdurch erfüllt der Wettbewerb seine effizienzsteigernde Funktion.¹⁶⁴ Das passt auch zu der immer wieder durch die Gerichte und die Kommission zitierten, grundlegenden Definition von Missbrauch als Verhalten, das den Wettbewerb behindert „mit Mitteln, welche von den Mitteln eines normalen Produkt- oder Dienstleistungswettbewerbs auf der Grundlage der Leistungen der Marktbürger abweichen“.¹⁶⁵ Im normalen Wettbewerb sollte eben bestehen, wer am effizientesten ist.

Der *as-efficient-competitor-test* steht auch mit dem Ziel der Errichtung eines gemeinsamen Binnenmarktes, Art. 3 I c) EG, in Einklang. Der Binnenmarkt kann nur entstehen bzw. erhalten werden, wenn nicht private Akteure mit Marktmacht den Binnenmarkt segmentieren. Wenn aber niemand von einem Markt ausgeschlossen werden kann, der ebenso effizient ist wie der Marktbeherrscher, wenn also Effizienz das einzige Merkmal ist, an dem zulässigerweise eine Abschottung angeknüpft werden kann, wird der Binnenmarkt ohne unwirtschaftliche Segmentierung entstehen. Der *as-efficient-competitor-test* ist daher für den Bereich der Preismissbräuche eine sinnvolle Konkretisierung des Missbrauchsbegriffs in Art. 82 EG.

Dem *as-efficient-competitor-test* wird vorgeworfen, er sei zu weitmaschig, um alle wettbewerbswidrigen Verhaltensweisen zu erfassen.¹⁶⁶ Dieser Vorwurf entpuppt sich für die vorliegende Untersuchung, die einen abstrakt generellen Tatbestand für die Vermutung der Missbräuchlichkeit von Schwellenrabatten finden will, als Vorteil.

Ein Test, der zu weit ist, generiert eher falsch negative Entscheidungen als falsch positive. Falsch negative Entscheidungen sind Fehlentscheidungen, deren Fehler darin besteht, dass ein missbräuchliches Verhalten fälschlicherweise für nicht missbräuchlich gehalten wird (der Test zeigt fälschlich mit „negativ“ an, dass kein Verstoß vorliegt). Falsch positive Entscheidungen halten fälschlicherweise ein Verhalten, das im Einklang mit dem Wettbewerb steht, für wettbewerbswidrig (der Test zeigt mit „positiv“ fälschlich einen Verstoß an). Der Test charakterisiert mit anderen Worten eher zu wenige als zu viele Verhaltensweisen als verboten. Der *as-efficient-competitor-test* gilt als ein Test mit eindeutiger Tendenz, zu wenige Verhaltenswei-

162 EuGH EuGH 6/72 „Continental Can“, Rn. 26; C-95/04 „British Airways“, Rn. 106; Generalanwalt Kokott Schlussantrag zu C-95/04 (British Airways), Rn. 68; Jones/Sufrin (2007), 49.

163 Europäische Kommission (2009), 23 ff., für Marktmachtmissbräuche, die andere Parameter betreffen als die Preisgestaltung, können andere Tests, die eine weniger enge Verknüpfung von Kosten und Preis verlangen, günstiger sein.

164 Motta (2004), 499.

165 EuGH 85/76 „Hoffmann-LaRoche“, Rn. 91; C-62/86 „AKZO“, Rn. 69.

166 OECD (2005), 29 f.

sen als verboten zu identifizieren.¹⁶⁷ Dies liegt vor allem daran, dass auch die Verdrängung weniger effizienter Wettbewerber den Wettbewerbsdruck auf den Marktbeherrscher erheblich verringern kann. Auch können weniger effiziente Wettbewerber, würde man ihren Verbleib am Markt sicherstellen, oft mit hoher Wahrscheinlichkeit effizienter werden. Weil sie aber aktuell weniger effizient sind, verwehrt ihnen der *as-efficient-competitor-test* seinen Schutz.¹⁶⁸

Grundsätzlich könnte man argumentieren, der Tatbestand einer Vermutung sollte eher streng formuliert sein und viele Verhaltensweisen erfassen, weil der Marktbeherrscher sich ja, sollte er zu Unrecht belastet werden, verteidigen kann, indem er sich auf die Effizienzeinrede beruft. Dieser Argumentation kann im Hinblick auf die Bewertung von Rabatten unter Art. 82 EG nicht gefolgt werden. Hier sollte dagegen ein Test verwandt werden, der eher falsch Negative generiert als falsch Positive, um einen abstrakt generellen Tatbestand einer Missbräuchlichkeitsvermutung gegen Schwellenrabatte zu finden. Die Gründe dieser Wahl werden im Folgenden vorge-tragen und erläutert.

Die Vorzugswürdigkeit eines Tests, der zu falsch Negativen neigt, hat zunächst dogmatische Gründe.

Das Eingreifen der Vermutung der Missbräuchlichkeit hat eine Umkehr der Beweislast zur Folge. Ab diesem Moment muss der Marktbeherrscher beweisen, dass sein Verhalten nicht gegen Art. 82 EG verstößt. Schon diese Beweisbelastung ist ein erheblicher Eingriff in die Rechte des marktbeherrschenden Unternehmens. Dies gilt umso mehr, weil der Tatbestand des Art. 82 EG so formuliert ist, dass die Beweislast vollständig bei der Kommission liegen müsste: Er formuliert schlicht Voraussetzungen, bei deren Vorliegen ein Verhalten verboten ist, und nicht wie Art. 81 III EG Voraussetzungen für sein Erlaubtsein. Die Einführung einer Effizienzeinrede auch in Art. 82 EG darf also nicht wie eine Beweislastumkehr zum Nachteil der marktbeherrschenden Unternehmen dahin wirken, dass künftig dem Marktbeherrscher aufgegeben wird, zu beweisen, dass sein Verhalten nicht gegen Art. 82 EG verstößt. Vielmehr darf die Effizienzeinrede lediglich zu seinen Gunsten wirken, indem sie ihm zu belegen erlaubt, dass der generell gerechtfertigte Vorwurf, sein Verhalten sei rechtswidrig, im Einzelfall unberechtigt ist. An die Voraussetzungen dafür, ein Verhalten als missbräuchlich anzusehen, sind daher ebenso strikte Anforderungen zu stellen, wie wenn es die Effizienzeinrede nicht gäbe.

Das zweite Argument für einen Test, der zu falsch Negativen neigt, basiert auf der Ausgestaltung der Effizienzeinrede durch den EuGH.

Eine *efficiency defense*, wie sie der EuGH seit dem British Airways-Urteil ausdrücklich zulässt, ist ausgesprochen schwer zu führen. Der Nachweis, den eine Effizienzeinrede erfordert, besteht aus drei Teilen. Erstens muss nachgewiesen werden,

¹⁶⁷ Jones/Sufrin (2008), 329; OECD (2005), 29.

¹⁶⁸ OECD (2005), 30.

dass durch die in Rede stehende Preisgestaltung tatsächlich ein Effizienzgewinn entsteht. Dann muss zweitens nachgewiesen werden, dass dieser auch den Verbrauchern zu Gute kommen wird und drittens, dass er nicht mit Mitteln hätte erreicht werden können, die den Wettbewerb weniger einschränken als das in Rede stehende Verhalten.¹⁶⁹ Möglicherweise sind die Effizienzgewinne im eigenen Betrieb für den Marktbeherrscher noch vergleichsweise leicht – jedenfalls leichter als für jeden anderen Akteur – nachzuweisen. Er kennt seine Produktionsabläufe und weiß daher am besten, unter welchen Umständen welche Kosten anfallen. Die beiden folgenden Kriterien kann der Marktbeherrscher (wie jeder andere Akteur) jedoch nur mit größten Schwierigkeiten nachweisen. Die Frage, ob die Konsumenten an den Effizienzgewinnen beteiligt werden, betrifft die gesamte Marktstruktur. Ein Versprechen, durch ausreichend niedrige Preise die Konsumenten besser zu stellen, reicht nicht aus, um diese Voraussetzung zu erfüllen. Vielmehr muss der Marktbeherrscher nachweisen, dass er sich in einer Umwelt bewegt, die ihn dazu anhält, die Verbraucher an den anfallenden Effizienzgewinnen zu beteiligen. Er muss daher das Verhalten oder sogar die Kostenstruktur der verbliebenen Wettbewerber einschätzen, die Stärke des potentiellen Wettbewerbsdrucks abschätzen und gegebenenfalls sogar künftige Entwicklungen am Markt, Innovation und das Nachfrageverhalten der Konsumenten vorhersagen. Das ist selten zu leisten. Meist wird der Marktbeherrscher nur plausibel machen können, dass es zur Weitergabe der Effizienzen kommen könnte. Ob das für das Durchgreifen der Effizienzeinrede ausreicht, ist sehr fraglich. Darüber hinaus zielt Art. 82 EG gerade auf Unternehmen, die keinem oder nur geringem Wettbewerbsdruck ausgesetzt sind. Ein solches Unternehmen wird nur in Ausnahmefällen plausibel machen können, dass es einen Anreiz hat, Effizienzgewinne an seine Kunden weiterzugeben.¹⁷⁰

Auch die Frage, ob er wirklich das Mittel nutzt, das den Wettbewerb bei gleichen Effizienzsteigerungen am wenigsten einschränkt, wird der Marktbeherrscher kaum je mit Sicherheit beantworten können. Die Wirkung von Preisgestaltungen vorherzusagen, ist eine diffizile Angelegenheit. Auch hier muss man die Nachfrage der Kunden im Detail und die Reaktionen der verbliebenen Wettbewerber auf die anderen möglichen Preisgestaltungen, die nicht zur Anwendung kamen, kennen. Diese Informationen stehen dem Marktbeherrscher in der Regel ebenso wenig zur Verfügung wie irgendeinem anderen Akteur am betreffenden Markt.¹⁷¹

Damit erscheint die Missbräuchlichkeitsvermutung, die bei Erfüllung des hier gesuchten Tatbestands eingriffe, schwer widerlegbar zu sein. Art. 82 EG wird daher oft faktisch wie ein unbedingtes Verbot wirken. Dann muss die Wettbewerbswidrigkeit des unterbundenen Verhaltens aber mit hoher Sicherheit feststehen, um den Eingriff in die Rechte des Marktbeherrschers zu rechtfertigen.

169 EuGH „British Airways“ C-92/04, Rn. 86; EuG „British Airways“ T-219/99, Rn. 180 ff.

170 Moch (2008), 50.

171 Jones/Sufrin (2008), 337 halten die *efficiency defense*, welche die Kommission in ihrem Diskussionspapier vorschlägt für „almost impossibly difficult“; vgl. auch parallel Mestmäcker/Schweitzer (2004), § 13, Rn. 18 zur Schwierigkeit des nachträglichen Nachweises der Effizienzeinrede des Art. 81 III EG.

Das dritte Argument ist pragmatischer Natur. Schon die Ermittlungen und Verfahren der Kommission belasten die Unternehmen, gegen die sie geführt werden, schwer. Nutzt man einen Test, der eher falsch Negative generiert, wäre zu erwarten, dass die Kommission gegen weniger Unternehmen, die sich tatsächlich rechtmäßig verhalten, auch nur Ermittlungen einleitet.

Missbrauchsverfahren in der EU dauern erfahrungsgemäß sehr lange.¹⁷² Über diesen Zeitraum sehen die Unternehmen sich den weitgehenden Informationsrechten der Kommission ausgesetzt. So kann die Kommission die Unternehmen auffordern (Art. 18 II, VO 1/2003) oder gar verpflichten (Art. 18 III, VO 1/2003), ihr bestimmte Informationen zu eröffnen. Bei falscher oder irreführender Information kann sie Sanktionen (Art. 23, VO 1/2003), bei Nichterfüllung der Informationspflicht Zwangsgelder verhängen (Art. 24, VO 1/2003).¹⁷³ Die Kommission kann sowohl Geschäfts- als auch Privaträume unangekündigt durchsuchen oder auch versiegeln (Art. 20 und 21 VO 1/2003). Gegebenenfalls können diese Befugnisse noch durch Befugnisse der Mitgliedsstaaten ausgeweitet werden.¹⁷⁴

Angesichts dieser Eingriffsmöglichkeiten sind die Unternehmen genötigt, in erheblichem Umfang Rechtsberatungskosten und künftig wohl auch in noch größerem Umfang als bisher ökonomische Beratungskosten zu tragen.

Auch die Presseberichterstattung in dieser Zeit kann hinsichtlich der Wahrnehmung in der Öffentlichkeit im Einzelfall zu erheblichen Schäden für das betroffene Unternehmen führen. Selbst wenn der Marktbeherrscher also zuversichtlich ist, dass das Gericht oder der Gerichtshof später zu der Überzeugung gelangen wird, das in Rede stehende Verhalten des Marktbeherrschers sei durch Effizienzen gerechtfertigt, haben die negativen Folgen des Verfahrens eine nicht unerhebliche Abschreckungswirkung. Der Marktbeherrscher wird daher mit einiger Wahrscheinlichkeit von dem in Rede stehenden Verhalten Abstand nehmen, obwohl es insgesamt nicht gegen Art. 82 EG verstieße. Eine solche überschießende Normbefolgung war auf

172 Für die in dieser Arbeit besonders relevanten Verfahren: Im Intel-Verfahren lagen allein zwischen dem Statement of Objections und der Entscheidung knapp zwei Jahre, vgl. auf http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/index/by_nr_75.html#i37_990 unter COMP/37.990 – Intel, zwischen der ersten Beschwerde von AMD und der Entscheidung lagen gar knapp neun Jahre; Im Fall „Tomra“ lagen zwischen den *initial proceedings* und der Entscheidung ebenfalls knapp zwei Jahre, vgl. die ersten Absätze der Tomra-Entscheidung (COMP/E-1/38.113–Prokent-Tomra); im Fall British Airways lagen zwischen Einleitung des Verfahrens und Entscheidung zweieinhalb Jahre, zwischen der ersten Beschwerde von Virgin und der Entscheidung lagen gar sechs Jahre, vgl. die ersten Absätze der Kommissionsentscheidung in British Airways (IV/D-2/34.780); Im Fall Michelin II. lagen zwischen Einleitung des Verfahrens und Entscheidung zwei Jahre, vgl. Kommissionsentscheidung im Verfahren Michelin II. (COMP/E-2/36.041/PO); im Fall Michelin I. lagen zwischen Einleitung und Entscheidung über anderthalb Jahre, zwischen Beschwerde und Entscheidung gar über vier Jahre, vgl. Kommissionsentscheidung im Verfahren Michelin I. (für die englische Fassung zum Beispiel Amtsblatt L 353, 33-47).

173 Jones/Sufrin (2008), 1153 f.

174 Jones/Sufrin (2008), 1162.

dem Gebiet von Rabatten auch angesichts des zweiten Michelin-Urteils, das den Anschein erweckte, alle Rabatte unter den Verdacht der Missbräuchlichkeit zu stellen, durchaus zu befürchten.

Angesichts dieser Gefahr erscheint es wünschenswert, bei einem Ermittlungsverfahren, das für die Unternehmen, gegen die ermittelt wird, mit sehr hohen Kosten verbunden ist, die Zahl der unberechtigt behelligten Unternehmen gering zu halten, um nicht faktisch strengere Regeln zu setzen, als sie der betreffende Tatbestand definiert. Dies kann durch die Verwendung eines Tests gewährleistet werden, der eine Tendenz zu falsch Negativen hat. Wenn die Wettbewerbsbehörde weiß, dass die Feststellung eines Marktmachtmissbrauchs an strenge Voraussetzungen geknüpft ist, wird sie ihre Ermittlungstätigkeit eher auf die aussichtsreichen Fälle beschränken. Bei diesen aussichtsreichen Fällen, die mit hoher Wahrscheinlichkeit sogar gegen die Voraussetzungen eines sehr permissiven Tests verstoßen, ist die Gefahr, gesunden Wettbewerb zu schwächen, sehr klein. Spiegelbildlich ist die Gefahr gering, dass faktisch prokompetitiv agierende Unternehmen freiwillig von wettbewerbsfördernden Strategien Abstand nehmen, nur um nicht mit den hohen Kosten des Ermittlungsverfahrens belastet zu werden. Die Tendenz des Tests zu falsch negativen Entscheidungen kann so eine durch hohe Kosten des Ermittlungsverfahrens induzierte *over compliance* kompensieren.

Der *as-efficient-competitor-test* begegnet einer praktischen Einwendung, die jedoch bei dem hier verfolgten Vorhaben kein Gewicht hat:

Zum einen kennt die Wettbewerbsbehörde in der Regel die Kosten des Marktherrschers nicht und wird sie allenfalls unter erheblichen Schwierigkeiten überhaupt erfahren bzw. schätzen oder berechnen können.¹⁷⁵ Das macht den *as-efficient-competitor-test* in der Praxis oft nur schwer anwendbar. Da hier jedoch der *as-efficient-competitor-test* dazu verwendet werden soll, aus theoretischen Überlegungen Merkmale zu gewinnen, die in der Regel einen Rabatt kennzeichnen werden, der einem ebenso effizienten Wettbewerber den Markt verschließt bzw. ihn vom Markt ausschließt, kommt der praktischen Schwierigkeit der Anwendung des Tests kaum Bedeutung zu. In der folgenden Untersuchung wird man über die Kosten Annahmen treffen können, um dann abzuschätzen, ob ein Wettbewerber im Modell konkurrieren könnte.

Zuletzt soll hier noch genauer definiert werden, was ein ebenso effizienter Wettbewerber im Sinne des hier angewandten Tests ist. Ebenso effizient ist ein Wettbewerber, der seinen Output zu niedrigeren oder gleich hohen durchschnittlichen variablen Kosten (average variable cost, AVC) produziert. Variable Kosten sind die Kosten, die nicht anfielen, würde auf die Produktion der je betrachteten Einheiten verzichtet. Der *as-efficient-competitor-test* wird in der Regel nicht mit marginalen Kosten durchgeführt, da die AVC meist leichter messbar sind. Dieser Vorteil spielt in der folgenden Untersuchung allerdings keine entscheidende Rolle, da in theoretischen

175 Vgl. z.B. jüngst KomE „Intel“ COMP/37.990, Rn. 1043 ff.

schen Modellen die durchschnittlichen variablen Kosten in der Regel fest und mit den marginalen Kosten identisch sind.

Auch die Wahl durchschnittlicher variabler Kosten (AVC) als Maßstab ist hier getroffen, um einen Test zu nutzen, der eher falsch Negative generiert als falsch Positive. Durchschnittliche Gesamtkosten (average total cost, ATC), das wichtigste alternative Kostenmaß, liegen über den durchschnittlichen variablen Kosten, da in ihnen auch die Fixkosten enthalten sind. Bei der Verwendung durchschnittlicher variabler Kosten gelten also weniger Wettbewerber als ebenso effizient. Der Test wird also wieder permissiver, da mehr Handlungen erlaubt werden, die Wettbewerber ausschließen.

Aus diesen Gründen ist der *as-efficient-competitor-test* in der vorgestellten Ausgestaltung der Test, anhand dessen im Folgenden ökonomische Modelle daraufhin untersucht werden, ob sie auf Umstände schließen lassen, unter denen ein Rabatt mit hoher Wahrscheinlichkeit als missbräuchlich anzusehen ist.

III. Liefert die ökonomische Analyse von Schwellenrabatten Merkmale, die eine Missbrauchsvermutung rechtfertigen?

Im Folgenden wird die theoretisch-ökonomische Literatur daraufhin untersucht, ob ein Tatbestand formuliert werden kann, bei dessen Erfülltsein die Vermutung gerechtfertigt erscheint, dass ein Schwellenrabatt missbräuchlich ist.

Dazu werden zunächst die ökonomischen Argumente dargestellt und ausgewertet, die eine Missbräuchlichkeit von Schwellenrabatten begründen können. Danach werden die Argumente dargestellt und ausgewertet, die dafür sprechen, Schwellenrabatte für prokompetitiv zu halten.

a) Methodische Präliminarien: Statische Wettbewerbsanalyse, Renten, Gleichgewichte und Spieltheorie

Weil in der folgenden Rezeption ökonomischer Literatur nicht vermieden werden kann, einige ökonomische Konzepte zu nutzen, werden diese hier kurz erläutert. Ein ökonomisch versierter Leser mag es vorziehen, diese methodischen Präliminarien zu überspringen.

1) Effizienz

Effizienz wird im Folgenden verstanden als Gesamtwohlfahrt, die aus der Summe aus Produzenten- und Konsumentenrente gebildet wird.¹⁷⁶

Konsumentenwohlfahrt ist definiert als die Summe aller Differenzen zwischen dem in einer Transaktion tatsächlich bezahlten Preis und der in der betrachteten Transaktion maximalen Zahlungsbereitschaft des Konsumenten.¹⁷⁷ In einem Beispiel: A ist gerade indifferent, das Produkt P zu konsumieren oder 5 € zu haben. 5 € ist also das absolute Maximum, das er für das Produkt P zahlen würde. Als er ein P kauft, erhält er es für 0,50 €. An dieser Transaktion hat er 4,50 € verdient, denn P gibt ihm einen Nutzen, der für ihn 5 € entsprach. Diesen Nutzen erhielt er aber für nur 0,50 €. Den überschießenden Nutzenzuwachs bekommt A „umsonst“. Summiert man alle „Verdienste“ dieser Art aus Verkäufen von P, erhält man die Konsumentenrente der P-Konsumenten.

Entsprechend realisiert der Produzent eine Produzentenrente, die in der Summe aller Differenzen zwischen in einer Transaktion erhaltenem Preis und der für sie aufgewandten marginalen Kosten liegt.¹⁷⁸ Der Hersteller von P, der es an A verkaufte, hatte beispielsweise 0,20 € Kosten bei der Produktion dieses Ps. Er macht beim Verkauf des Ps an A also 0,30 € Gewinn.

Die Zahlungsbereitschaft kann aus einer Nutzenfunktion durch Ableitung gewonnen werden und stellt eine in der Regel als fallend angenommene Funktion der verbrauchten Menge (in der folgenden Abbildung 2 steht q , für Quantität) dar. Diese Funktion ist die Nachfragekurve. In einem Angebot-Nachfrage-Diagramm wird die Konsumentenrente daher durch die Fläche unter der Nachfragekurve, aber oberhalb des Preises repräsentiert.

Für die Preisbildung sind auf Produzentenseite die marginalen Kosten (das sind die Kosten der nächsten produzierten kleinsten möglichen Einheit) entscheidend. Sie werden meist als Funktion der angebotenen Menge dargestellt. Die Produzentenrente wird repräsentiert durch die Fläche zwischen der Funktion der marginalen Kosten und dem Preis. In einem Markt mit perfektem Wettbewerb bildet sich der Preis (in der folgenden Graphik p) am Schnittpunkt von Grenzkosten- und Nachfragekurve (die Grenzkostenkurve ist dann mit der Angebotskurve identisch). Als letzte Einheit

176 Als Effizienzsteigerung gelten damit Kaldor-Hicks-Verbesserungen. Die Grundform der Effizienz arbeitet mit dem Konzept der Pareto-Verbesserung. Eine Pareto-Verbesserung liegt vor, wenn durch eine Maßnahme mindestens eine Person besser gestellt wird, ohne dass irgendeine andere schlechter gestellt würde. Nach dem traditionellen Konzept ist ein Zustand effizient, wenn eine Pareto-Verbesserung nicht mehr möglich ist. Nicholson/Snyder (2008), 467. Der hier genutzte Effizienzbegriff ist weiter: Eine Kaldor-Hicks Verbesserung liegt vor, wenn durch eine Maßnahme mindestens eine Person selbst dann besser gestellt würde, wenn sie alle Personen, die durch die Maßnahme schlechter gestellt wurden, voll kompensieren würde. (Beachte: Die Kompensation ist rein hypothetisch). Ein Zustand gilt als effizient, wenn eine Kaldor-Hicks-Verbesserung nicht mehr möglich ist. Hicks (1939); Kaldor (1939).

177 Nicholson/Snyder (2008), 167 f.; Slesnick (2008).

178 Nicholson/Snyder (2008), 372.

wird gerade noch die Einheit produziert, deren Produktionskosten der Konsument zu tragen bereit ist. Die Summe von Konsumenten- und Produzentenrente wird als Gesamtwohlfahrt bezeichnet. Sie ist maximal, wenn der Preis am Schnittpunkt von Grenzkosten- und Nachfragekurve liegt. Die Differenz zwischen maximaler Wohlfahrt und der tatsächlich realisierten, kleineren Wohlfahrt bezeichnet man als *dead weight loss*.¹⁷⁹

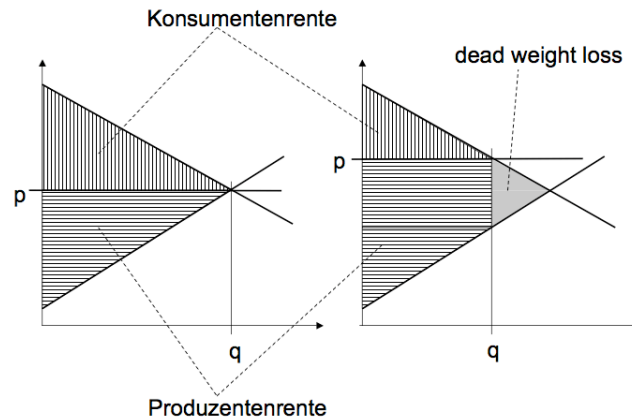


Abbildung 2

2) Erwartungswert

Einige der im Folgenden vorgestellten Modelle arbeiten mit Erwartungswerten. Der Erwartungswert ist ein Begriff, der gebildet wurde, um Entscheidungen unter Unsicherheit durch die Aggregation von Auszahlung und Wahrscheinlichkeit handhabbar zu machen. Er wird dargestellt, indem die verschiedenen möglichen Gewinne (oder Verluste) mit der Wahrscheinlichkeit ihres Eintritts gewichtet und dann aufsummiert werden. Ein risikoneutraler Agent, der nur seine Auszahlung maximieren will, wird sich immer für die Option mit dem höheren Erwartungswert entscheiden. Hat er zum Beispiel die Wahl zwischen einer sicheren Auszahlung von zwei Euro und dem Wurf eines Würfels, der ihm 5 Euro bringt, wenn er eine sechs würfelt und sechs, wenn er eine eins würfelt, so würde er die sichere Auszahlung

¹⁷⁹ Vgl. zur vorstehenden, sehr knappen Einführung in die mikroökonomische Theorie Nicholson/Snyder (2008); Varian (2003).

von 2 Euro nehmen, da der Erwartungswert des Würfelwurfs $(1/6) \cdot 5 + (1/6) \cdot 6 = 11/6$ betrüge und $11/6 < 2$.¹⁸⁰

3) Spieltheorie

Viele der folgenden Argumente gründen auf spieltheoretischen Überlegungen.¹⁸¹ In der Ökonomie werden Modelle von sozialer Interaktion, wenn sie mit Hilfe der Spieltheorie analysiert werden, „Spiel“ genannt. Ein Spiel ist definiert durch seine (mindestens zwei) Spieler, die Menge möglicher Strategien (definiert als vollständige Handlungsanweisung für ein Spiel), denen die Spieler folgen können, den Zuständen, die erreicht werden, gegeben jeder Spieler folgt einer bestimmten Strategie und der Wertschätzung, welche die Spieler den jeweiligen Zuständen entgegenbringen.¹⁸² Die letzten beiden Punkte werden auch als „Auszahlung“ zusammengefasst.¹⁸³

(a) Gleichgewichte

In der Spieltheorie werden Verhaltensvorhersagen auf Gleichgewichte gestützt. Die allgemeine Form eines Gleichgewichts, nach dem Mathematiker John Nash auch Nash-Gleichgewicht genannt, liegt vor, wenn alle Spieler wechselseitig die beste Antwort auf ihre jeweiligen Strategien spielen.¹⁸⁴ Für alle Spieler gilt also, dass sie, gegeben alle anderen Spieler spielen ihre jeweilige Gleichgewichtsstrategie, sich nicht durch einseitiges Abweichen von ihrer Strategie besser stellen können.

Dieses Gleichgewichtskonzept ist unter Umständen zu weit. Daher sind Verfeinerungen entstanden. Eine dieser Verfeinerungen, die auch im Folgenden genutzt wird, ist das teilspielperfekte Gleichgewicht.¹⁸⁵ Ein teilspielperfektes Gleichgewicht sei hier intuitiv definiert als die Menge der einfachen Gleichgewichte, die nicht durch eine unrealistische Drohung gestützt werden. Oder etwas formaler: Ein Nash-Gleichgewicht ist teilspielperfekt, wenn die Strategie des jeweiligen Spielers auch in

180 Für eine genauere Vorstellung des Konzepts des Erwartungsnutzens und des erwarteten Gewinns siehe unten bei 4. Kapitel: Kritik aus einer verhaltensökonomischen Perspektive, insbesondere bei Fn. 305 und 308.

181 Eine gute Einführung, die keine vertieften mathematischen Kenntnisse verlangt, bietet Straffin (1993). Eine verbale Einführung, die vor allem zum Nachschlagen der wichtigsten Konzepte geeignet ist, bietet Rieck (2006).

182 Straffin (1993), 3.

183 Nicholson/Snyder (2008), 236.

184 Gibbons (1992), 8.

185 Zuerst eingeführt durch Selten (1965). Eine gute Darstellung bei Nicholson/Snyder (2008), 257 ff.

jedem Teilspiel Teil eines Gleichgewichts ist.¹⁸⁶ Hierzu ein Beispiel: Angenommen zwei Personen sitzen an einem Tisch und verhandeln über Geld, das auf dem Tisch liegt. Die Person B hat eine Bombe im Koffer neben ihrem Stuhl, die Person A nicht. Das Spiel sei so strukturiert, dass A das Geld nimmt oder B gibt. Danach entscheidet B, ob er die Bombe explodieren lässt, was A und B töten und das Geld vernichten würde. Nun versichert B, er würde die Bombe zur Explosion bringen, wenn er nicht das Geld bekäme und sie nicht zünden, wenn er das Geld bekäme. Wenn A ihm glaubt, dann sollte er B das Geld geben. Er könnte seine Auszahlung von null durch keine Abweichung von dieser Strategie verbessern, denn würde er das Geld behalten, so würde er sterben. Ebenso könnte B durch keine Abweichung von seiner Strategie ihre Auszahlung verbessern. Es läge also ein Gleichgewicht vor. Allerdings ist es unglaubwürdig, dass B die Bombe wirklich zünden würde. Dazu betrachtet man das „Teilspiel“, in dem nur noch B entscheidet, nachdem A entschieden hat, alles Geld zu behalten. Nun hat B die Wahl sich selbst und A zu töten oder eine Auszahlung von null in Kauf zu nehmen. Warum sollte B die Bombe zünden? Das eben gefundene Gleichgewicht, das B das gesamte Geld verschafft hätte, war daher nicht teilspielperfekt. Es war ein Gleichgewicht des gesamten Spiels, aber nicht jedes seiner Teilspiele.

(b) Matrixspiele

In einigen der folgenden Abschnitte werden einfache Matrixspiele verwandt, daher soll auch kurz erklärt werden, wie in einem solchen Matrixspiel ein Nashgleichgewicht in reinen Strategien gefunden werden kann. Zunächst macht man sich klar, welche Strategien ein Spieler hat. Wir nehmen hier an, in einem Spiel von zwei Spielern habe jeder die Auswahl zwischen Strategie¹⁸⁷ A und Strategie B. Dann macht man sich für jede Strategiekombination klar, welche Auszahlungen die Spieler erhielten. Hier modellieren wir zur Illustration ein Gefangenendilemma. Dabei repräsentiere B eine kooperative Strategie und A eine unkooperative Strategie. Wir nehmen an, dass die Spieler nichts verdienen, wenn sie beide A spielen und 1, wenn sie beide B spielen. Spielt ein Spieler A und der andere B, erhält der, der A gespielt hat, 2, der andere -2. So entsteht folgende Matrix (der linke Wert in jeder Zelle repräsentiert die Auszahlung des Zeilenspielers, der rechte die des Spaltenspielers):

¹⁸⁶ Gibbons (1992), 95.

¹⁸⁷ Eine Strategie ist ein vollständiges Handlungsprogramm in einem Spiel. In einem Matrixspiel ist jede Zeile (für den Zeilenspieler) und jede Spalte (für den Spaltenspieler) eine Strategie: Weil nur ein Zug möglich ist, ist die Auswahl des einen Zugs ein vollständiges Handlungsprogramm und daher Strategie.

		Spaltenspieler	
		A	B
Zeilenspieler	A	0;0	2;-2
	B	-2;2	1;1

Abbildung 3

Nun stellt man sich für jede der Strategiekombinationen entsprechend der Definition des Nashgleichgewichts die Frage, ob einer der Spieler einen Anreiz hat, von seiner Strategie abzuweichen. Ist dies der Fall, zeichnet man einen Pfeil von der Strategiekombination, von welcher der Spieler abweichen möchte, zu der, zu der er abweichen möchte. Dabei ist zu beachten, dass diese Pfeile für den Zeilenspieler nur senkrecht und für den Spaltenspieler nur waagrecht sein dürfen. Dies liegt daran, dass jeder Spieler nur seine eigene Strategie beeinflussen kann: einen Wechsel in der Zeile kann der Spaltenspieler nicht herbeiführen und einen Wechsel in der Spalte kann der Zeilenspieler nicht beeinflussen. Zeichnen wir hier die Pfeile in die Matrix, erhalten wir die folgende Graphik (Abbildung 4, die Auszahlung des Zeilenspielers steht in der Matrix vor der Auszahlung des Spaltenspielers):

		Spaltenspieler	
		A	B
Zeilenspieler	A	0;0	2;-2
	B	-2;2	1;1

Abbildung 4

Jede Strategie, von der abzuweichen niemand einen Anreiz hat, wird so in Abbildung 4 dadurch gekennzeichnet, dass in das betreffende Feld nur Pfeile hineinweisen und kein Pfeil hinausweist. An Abbildung 4 lässt sich daher erkennen, dass das Nashgleichgewicht die Strategiekombination AA ist.

Im Folgenden werden Matrixspiele mit drei Spielern verwendet. Diese sind nach demselben Prinzip zu lösen, nur beschränken sie sich nicht auf einen Spieler der zwischen den Zeilen wählt, und einen der zwischen den Spalten wählt, sondern es tritt noch ein Spieler hinzu, der zwischen zwei Matrizen wählt. Alles andere bleibt gleich.

b) Die Bedeutung von Asymmetrien für die Wirkung von Rabatten

Für eine wettbewerbspolitisch problematische Wirkung von Rabatten ist eine irgendwie geartete Asymmetrie im Markt eine notwendige Voraussetzung. Sie hält die Konkurrenten davon ab, das von einem Unternehmen angebotene Rabattsystem in gleicher Attraktivität zu replizieren. Weder das Vorhandensein der Asymmetrie noch ihr Entstehen werden selbst notwendig missbräuchlich sein. Die Asymmetrie ist nur Voraussetzung dafür, dass Rabatte überhaupt je in missbräuchlicher Weise eingesetzt werden können. Wenn eine Asymmetrie nicht vorhanden ist, dann wird daher auch der Rabatt keinen Missbrauch darstellen.

Die hier vorgestellten Asymmetrien fallen zum Teil mit Umständen zusammen, die als Marktzutrittsschranken beschrieben werden.¹⁸⁸ In der Tat ist das hier vorgeschlagene Merkmal der Asymmetrie in vielen Fällen mit dem Vorliegen von Marktzutrittsschranken (*barriers to entry*) oder Expansionsschranken (*barriers to expansion*) identisch. Dennoch soll hier der Begriff „Marktzutrittsschranke“ nicht verwendet werden, weil um ihn eine ganz eigene zum Teil mit erheblicher Schärfe geführte Diskussion besteht.¹⁸⁹ Hier soll eine Begriffswahl getroffen werden, die dafür sorgt, dass das eigentliche Problem im Mittelpunkt steht: das Problem, dass ein ebenso effizienter Wettbewerber des Marktbeherrschers einen Rabatt nicht erfolgreich replizieren kann. Daher wird im Folgenden von Asymmetrien gesprochen und auf Marktzutrittsschranken nicht weiter eingegangen.

Man stelle sich einen Käufer K vor, der zehn Einheiten eines Guts innerhalb einer bestimmten Zeitperiode braucht. Für jede Einheit hat er eine Zahlungsbereitschaft von eins. Zwei Produzenten stellen das Gut her und verkaufen es. Produzent B stellt das betreffende Gut zu null Kosten her und kann lediglich eine Einheit des Produkts pro Zeitperiode herstellen. Der Produzent A hat konstante Grenzkosten von 0,1. Er kann zehn Einheiten pro Periode herstellen. Die Produzenten können dem Käufer je ein Angebot machen, über das sie nicht bereit sind zu verhandeln.¹⁹⁰ Wenn wir nun Preiswettbewerb annehmen, so ist A für neun Einheiten pro Periode Monopolist und wird einen Preis von eins fordern. Bezüglich der zehnten Einheit herrscht Preiswettbewerb. Das bedeutet, wer den niedrigeren Preis bietet, der erhält die gesamte Nachfrage zu diesem Preis. Der Preis liegt daher in Höhe der höheren Grenzkosten. Er beträgt 0,1. Die Konsumentenrente beträgt demnach 0,9: Zehn Einheiten mal eins (d.h. die Zahlungsbereitschaft) minus neun Einheiten mal eins (d.h. der Monopolverpreis) minus eine Einheit mal 0,1 (d.h. der Wettbewerbspreis).

Wenn nun A einen rückwirkenden Rabatt anbietet, bei dem er dem Käufer 10,01% nachlässt für den Fall, dass er alle zehn Einheiten bei A kauft, dann würde der Käufer nur bei A kaufen. Die letzte Einheit kostet -0,001, denn beim Kauf der letzten Einheit würde der Käufer 1 zahlen und sofort den Rabatt von $10,01\% \cdot 10 = 1,001$ erhalten, so dass der Preis $1 - 1,001 = -0,001$ beträgt. Bei B dagegen kostet die Einheit mindestens 0, sonst müsste er unter Grenzkosten anbieten. Obwohl also B die Menge, die er produziert, effizienter produziert, als A seine Einheiten produziert, kann er wegen des Rabattsystems mit der einen Einheit nicht in den

188 Skaleneffekte, Produktdifferenzierung, insbesondere Reputationseffekte, absolute Kostenvorteile, (zu allen dreien grundlegend Bain (1956)), versunkene Kosten des Marktzutritts (dazu z.B. Baumol et al. (1983)). Zum Stand der Diskussion heute Cabral (2008). Für eine juristische Behandlung des Themas vgl. Jickeli (1990).

189 Cabral (2008); Carlton (2004).

190 Die Produzenten können dem Käufer also *take it or leave it offers* machen. Im Monopol bedeutet das, dass der Produzent alle Verhandlungsmacht hat.

Markt eintreten. Dabei macht A keinen Verlust. Er bietet zu einem Durchschnittspreis an, der deutlich über seinen Kosten liegt: $(9 \cdot 1 + (-0,001)) / 10 = 0,8999$.¹⁹¹

Der Befund des hier referierten Beispiels hängt allerdings von einer entscheidenden Voraussetzung ab: Es muss eine Asymmetrie zwischen A und B vorliegen. Im Beispiel liegt diese Asymmetrie in der Kapazitätsbeschränkung des B auf eine Einheit.¹⁹² Es ist diese Kapazitätsbeschränkung, die den vorgestellten Fall erst interessant macht. Gäbe es die Kapazitätsbeschränkung nicht, könnte man ebenso gut von zwei Konkurrenten sprechen, die je mit zehn durch einen Rabatt verbundenen Einheiten die Befriedigung des gesamten Bedarfs des K anbieten. Man könnte dann auch sagen, die Befriedigung des ganzen Bedarfs ist ihr Produkt, so dass die Tatsache, dass es aus zehn Einheiten besteht, eigentlich irrelevant würde. Um dieses Produkt bestünde dann normaler Preiswettbewerb. Der Käufer würde beim billigeren Anbieter kaufen. Indem der Rabatt es unattraktiv machte, bei beiden Anbietern zu kaufen, würde er so den Wettbewerb umstellen von einem Wettbewerb um den Verkauf jeder einzelnen Einheit auf einen Wettbewerb um die Befriedigung des gesamten Bedarfs. Aber er würde nichts daran ändern, dass am Markt wirksamer Preiswettbewerb herrschte. Wettbewerbsrechtlich wäre an einem solchen Rabatt nichts auszusetzen.

Im Beispiel ist diese Asymmetrie nun durch eine Kapazitätsbeschränkung abgebildet. Die Wahl der Kapazitätsbeschränkung als Asymmetrie dient allein der einfacheren Darstellung. In der Realität gibt es eine Vielzahl von Asymmetrien, die Rabatten wettbewerbspolitische Relevanz verleihen können. Unter diesen Asymmetrien wird die Kapazitätsbeschränkung vor allem beim Marktzutritt eine Rolle spielen. Ein Entrant wird nicht sofort mit gleicher Kapazität an den Markt gehen, wie sie dem Incumbent, dem schon auf dem Markt vertretenen Unternehmen, zur Verfügung steht.

191 Wäre die Welt nach der einen Zeitperiode, die das Beispiel abbildet, zu Ende, stünde A streng genommen besser, wenn er die letzte Einheit nicht mehr anböte: Er verkauft sie an K für -0,01, macht mit ihrem Verkauf also Verlust. Verkaufte er sie nicht, würde er 0,01 mehr einnehmen. Damit A im referierten Beispiel wirklich anreizkonform handelt, muss man das Beispiel modifizieren. Es müssten zum Beispiel mehrere Perioden aufeinanderfolgen und B in der Periode, die auf die Periode seines ersten Marktzutritts folgt, seine Kapazitätsbeschränkung verlieren. Dann würde es sich für A lohnen, in jeder Periode einen kleinen Verlust einzugehen um in der Folgenden immer noch neun Einheiten zum Monopolpreis verkaufen zu können. Dann jedoch erhalten wir ein Problem mit dem Verhalten des K: Warum sollte er nicht in einer Periode einfach die zehnte Einheit etwas teurer bei B kaufen, wenn er dafür für alle weiteren Perioden durch den Marktzutritt von B sehr günstige Preise erhielte? Man müsste also zum Beispiel die Annahme machen, dass K sehr kurzfristig sei. Oder man könnte annehmen, für A wären zusätzliche Einnahmen heute viel mehr wert als Einnahmen morgen. Vor allem die zweite Annahme scheint in vielen Situationen nicht unplausibel, zum Beispiel, wenn K ein Unternehmen ist, das Schulden hat und dessen Kreditlinien die Banken nicht zu verlängern bereit sind.

192 Die Notwendigkeit solcher Asymmetrien als Voraussetzung für eine wettbewerbsschädigende Wirkung von Rabatten betonen auch Inderst/Schwalbe (2009), 78 ff.

Größere Relevanz werden andere Asymmetrien haben. Das Produkt des Marktbeherrschers könnte ein *must stock item* darstellen, ein Produkt also, das ein Zwischenhändler notwendig im Sortiment haben muss, um z.B. als ein gut sortierter Händler zu gelten. Diese Asymmetrie besteht häufig zwischen Markenprodukten und ihren Konkurrenzprodukten. Jedoch betrifft sie im Wesentlichen nur Zwischenhandelsmärkte. Die verarbeitende Industrie kann dagegen oft selbst bestimmen, welche Güter sie weiterverarbeiten will.¹⁹³

Der Marktbeherrscher kann auch aufgrund früherer Leistungen eine Reputation erlangt haben, die sich nur langfristig durch bessere Leistung angreifen ließe, die aber kurzfristig dazu führt, dass Kunden einen größeren Teil ihres Bedarfs beim Marktbeherrscher decken. Reputation kann einen effektiven Transaktionskostenvorteil bedeuten, indem sie das Unternehmen mit guter Reputation davon dispensiert, komplizierte Verträge zu erarbeiten und abzuschließen, die das Versprechen hoher Qualität glaubhaft machen.¹⁹⁴

In einem solchen Fall könnte beispielsweise tatsächlich ein Konkurrent ein Gut anbieten, das mit dem des Rabattanbieters identisch ist, die Kunden aber noch nicht gemerkt haben, dass es mit dem Gut des Incumbent ebenbürtig ist. Die Transaktionskosten, die beim Entrant anfielen, um das Versprechen glaubhaft zu machen (er kann sie nicht durch Reputation ersetzen), würden das Produkt verteuern. Der Verzicht auf solche Verträge würde seinen Absatz einschränken. Eine solche Asymmetrie aufgrund von Reputationseffekten enthält das schwierige Problem, dass die Kunden ja tatsächlich eine Präferenz für das Gut mit der hohen Reputation haben. Wann im Einzelfall eine echte Präferenz für ein Gut besteht und wann die Vorliebe für ein Produkt nur auf einer Informationsasymmetrie beruht, dürfte nur mit ausgesprochen großen Schwierigkeiten feststellbar sein. Das übliche Mittel, um als Entrant eine Reputation aufzubauen, ist die Veranlassung der Käufer zu Testkäufen. Sie sollen kleine Mengen kaufen, die sie sehen lassen, dass das Produkt des Entrants von hoher Qualität ist, die aber gleichzeitig nur einen geringen Schaden verursachen, sollte das Produkt doch von geringer Qualität sein. Ein Rabattsystem, das den Wettbewerb so verändert, dass faktisch um die Befriedigung der gesamten Nachfrage während der Referenzperiode konkurriert wird, verhindert solche Testkäufe.

Auch ein Unterschied im Zugang zu Kapital kann eine Asymmetrie etablieren.¹⁹⁵ Weil ein Rabatt, wie im Beispiel gesehen, den Entrant zwingt, den Käufer für den aufgegebenen Rabatt zu „entschädigen“, erhöhen sich für den Entrant kurzfristig die Marktzutrittskosten. Das gilt zumindest dann, wenn dem Entrant ein Marktzutritt nur möglich ist, indem er Kunden aus dem Rabattschema des Incumbent herauslockt. Diese Marktzutrittskosten muss der Entrant zunächst vorfinanzieren, weil er das Geld, mit dem er den Marktzutritt bezahlen will, erst nach dem Marktzutritt ver-

193 Allerdings befand die Kommission, Intel-CPU's seien *must stock items* für Computerproduzenten, da Konsumenten ihre Computer auch wesentlich nach den verbauten CPU's auswählten, was offenbar vorwiegend an der Werbung von Intel auf Verbrauchermärkten lag. KomE „Intel“ COMP 37.990, Rn. 881.

194 Tirole (1999), 79 f., 184 f.

195 Ordo/Ver/Shaffer (2007).

dient. Hat der Entrant leichten Zugang zu Kapital, wird es für den Entrant kein Problem sein, die Marktzutrittskosten vorzufinanzieren, dann am Markt zu verdienen und seine Schulden zurückzuzahlen. Ist sein Zugang zum Kapitalmarkt dagegen eingeschränkt, können die Eintrittskosten, die der Rabatt verursacht, für ihn eine ernst zu nehmende Hürde sein.

Auch die Tatsache, dass ein *minimum scale*, ein minimales Produktionsniveau, erreicht werden muss, um nachhaltig am Markt Fuß zu fassen, kann eine solche Asymmetrie darstellen. Denn der Marktbeherrscher wird dieses Produktionsniveau schon erreicht haben, während der Entrant, wenn er es nicht schafft, ein solches Niveau in ausreichend kurzer Zeit zu erreichen, wieder vom Markt verschwinden wird – möglicherweise selbst dann, wenn er, hätte er es erreicht, effizienter hätte produzieren können. Solche *minimum viable scales* können vor allem dann existieren, wenn es in der Produktion Skaleneffekte gibt,¹⁹⁶ das heißt mit einer Erhöhung der ausgestoßenen Menge eine Kostensenkung einhergeht. Dann können Rabatte es Konkurrenten unmöglich machen, ein Produktionslevel zu erreichen, auf dem sie wirtschaftlich produzieren können, so dass sie den Markt verlassen müssen. Netzwerkeffekte¹⁹⁷ und Lernkurven¹⁹⁸ können in Verbindung mit Rabatten zum selben Ergebnis führen. Ein Wettbewerber, der insofern ebenso effizient ist wie der Marktbeherrscher, als er dieselbe Kostenfunktion hat wie der Marktbeherrscher, kann so dazu gezwungen werden, auf einem höheren Abschnitt der Kostenfunktion zu produzieren als der Marktbeherrscher. Dies kann ihn zum Marktaustritt zwingen oder ihm den Markteintritt unmöglich machen.

Auch hohe Fixkosten können einen ähnlichen Effekt haben.¹⁹⁹ Wenn der Marktzutritt hohe Investitionen erfordert, wird der Entrant nur zutreten, wenn er erwarten kann, einen Marktanteil zu erreichen, der es ihm erlaubt, die Fixkosten in vertretbarer Zeit wieder einzuwerben. Die für diesen Marktanteil erforderliche Menge bildet ebenfalls ein *minimum viable scale*.

196 OFT (2005), Rn. 4.37.

197 OFT (2005), Rn. 4.37. Netzwerkeffekte sind eine Sorte positiver Externalitäten, die durch die Nutzung eines Produkts entstehen: Die Nutzung eines Computerbetriebssystems z.B. nutzt nicht nur der Person, die es auf ihrem Computer installiert, sondern auch anderen Personen, die dasselbe System benutzen und daher mit der Person, die es auch installiert hat, leicht Programme und Dateien austauschen können. Durch diese Externalität wird es umso wahrscheinlicher, dass künftige Computernutzer ein bestimmtes Betriebssystem kaufen, je mehr es schon gekauft haben. Vgl. Viscusi et al. (2005), 332 ff.

198 Lernkurven beschreiben den Umstand, dass anfänglich die Produktion eines neuen Produkts noch fehleranfällig ist. Je länger das Produkt jedoch produziert wird, desto mehr lernt der Produzent über die Produktion und desto leichter fällt sie ihm künftig, so dass die Kosten über die Zeit fallen. Man unterscheidet Lernkurven von Skalenerträgen, weil Skalenerträge in der Regel mit der Auslastung der Produktionsanlagen zusammenhängen und daher steigen und fallen können, je nachdem, wie groß die in einer Periode abgenommene Menge ist, während die durch Lernen entstandenen Kostenvorteile nicht wieder verloren gehen, wenn die abgesetzte Menge zurück geht. Vgl. Viscusi et al. (2005), 168.

199 OFT (2005), Rn. 4.37.

Eine sehr wichtige Asymmetrie scheint in der Praxis eine überlegene Position in einem Markt zu sein, der mit Hilfe des Rabatts mit einem benachbarten Markt verbunden wird. Diese Asymmetrie wird oft gar nicht unter dem Stichwort „Zielrabatt“ sondern unter dem des *bundled rebate* diskutiert.²⁰⁰ Wenn ein Unternehmen einen Zielrabatt über verschiedene Produkte gewährt, die typischerweise von denselben Käufern gekauft werden, und eines der Produkte aus dem Bündel für seine Kunden unverzichtbar ist, dann ist dieses Unternehmen in derselben Lage, wie ein Unternehmen, das einem Zwischenhändler ein *must stock item* verkauft. Solche Zielrabatte auf Produktbündel waren Gegenstand der Fälle *British Airways vs. Commission*²⁰¹ und *3M vs. Le Page*²⁰². Im Fall von *British Airways* speiste sich die marktbeherrschende Stellung von *British Airways* aus der Tatsache, dass *British Airways* Flüge an ganz unterschiedliche Orte in den USA anbot, während *Virgin* nur die wichtigsten Strecken bediente. Im Flugmarkt wird traditionell jede Verbindung zwischen zwei Städten als einzelner Markt abgegrenzt.²⁰³ Der Bonus, den *British Airways* dann anbot, setzte das Erreichen einer Umsatzschwelle in *British Airways*-Flügen voraus. Dabei unterschied *British Airways* nicht, welche Flüge gekauft wurden, und bündelte so alle Städteverbindungen, die *British Airways* anbot. Diesem Produktbündel fürchtete *Virgin Atlantic* mit seinen wenigen Städteverbindungen nichts entgegenzusetzen zu können, während es gegen einzelne Städteverbindungen aufgrund seiner Kostenvorteile leicht konkurrieren konnte. Gleichzeitig konnte *Virgin* nicht kurzfristig ein ähnlich vollständiges Bündel anbieten: *Virgin* hatte eine Flugzeugflotte, die sich offenbar nicht sofort entsprechend vergrößern ließ. Vor allem aber sind die Zeitabschnitte an Flughäfen, in denen ein Flugzeug starten oder landen kann (so genannte „Slots“) in der Anzahl beschränkt und langfristig vergeben, so dass möglicherweise gar keine Flughafenkapazitäten bereitstanden, mit Hilfe derer *Virgin* neue Städteverbindungen kurzfristig hätte aufbauen können.

Es lassen sich weitere Asymmetrien vorstellen. Für die folgenden Ausführungen ist vor allem wichtig, dass eine Asymmetrie besteht. Manchmal wird es allerdings auch eine Bedeutung haben, welche Art der Asymmetrie besteht. So kann ein in seiner Kapazität beschränkter Wettbewerber möglicherweise den Bedarf einiger Kunden vollständig befriedigen, so dass er das Rabattsystem bei wenigen Kunden vollständig und in gleicher Attraktivität replizieren kann. Ein *must stock item* muss dagegen von jedem Zwischenhändler abgenommen werden, so dass ein Wettbewerber des Rabattanbieters gegebenenfalls nicht einmal am Markt bleiben kann, wenn er einen Teil der Kunden belieferte.

Haben wir auf dem oben genannten Beispielmarkt,²⁰⁴ auf dem A einen Rabatt von 10,01% bei Erreichen der Schwelle von 10 gewährt, zwei Abnehmer, die je einen

200 Rubinfeld (2005).

201 EuGH C-95/04, Rec. 2007, p. I-2331 (2007).

202 *LePage's Inc v. 3M (Minnesota Mining and Manufacturing Co)*, 324 F3d 141 (3d Cir 2003) (en banc), cert denied 124 S Ct 2932 (2004).

203 Grill in Lenz (2006), Rn. 5 m.w.N.

204 Vgl. oben I. Kapitel: Einleitung, I. Was sind Schwellenrabatte?

Bedarf von zehn Einheiten pro Referenzperiode haben, und kann B zwei Einheiten herstellen, dann könnte B nicht eintreten, wenn er versuchte, jedem der beiden Abnehmer je eine Einheit zu verkaufen. Der effektive Preis von A für die letzte Einheit wäre immer noch -0,001 und damit unter den Kosten von B. Nun könnte B allerdings alle beiden Einheiten, die er produziert, an einen einzigen Konsumenten verkaufen. Der effektive Preis des Marktbeherrschers für die letzten beiden Einheiten pro Stück ist $0,999/2=0,4995$.²⁰⁵ Dieser Preis liegt über den Stückkosten von B. Daher könnte B den A unterbieten und an einen Konsumenten gewinnbringend verkaufen. Eine Asymmetrie in Form der Kapazitätsbeschränkung allein kann in diesem Beispiel eine wettbewerbsrechtliche Relevanz des Rabatts nicht begründen.

Böte aber der A ein *must stock item* an, von dem jeder Konsument mindestens 9 Stück im Regal haben müsste, dann wäre B gezwungen, jedem Abnehmer maximal eine Einheit zu verkaufen und könnte nicht eintreten. Dasselbe könnte gelten, wenn es sich um zwei verschiedene Produkte handelte, die zu gleichen Kosten hergestellt würden: B könnte nur Produkt II, herstellen, dies aber ohne Kosten, während A sowohl Produkt I als auch Produkt II je zu 0,1 Kosten herstellt. Jeder Abnehmer braucht vom Produkt I neun Einheiten und vom Produkt II eine Einheit. B wäre daher wiederum gezwungen, jedem Abnehmer genau eine Einheit seines Produkts zu verkaufen. Wenn nun A beide Märkte durch einen Schwellenrabatt in Höhe von 10,01 % verbände, der voraussetzt, dass der Abnehmer zehn Einheiten gleich welchen Produkts zum Preis von 1 von A kauft, kostete jeden Abnehmer das Produkt II. beim A nur -0,001, während B es nicht unter 0 anbieten könnte. Daher könnte B hier nicht eintreten.

Während den Konkurrenten in den Michelin-Fällen unter Umständen zumutbar gewesen sein könnte, einige Reifenhändler intensiv zu bewerben und ihnen attraktive Angebote zu machen, damit sie den Hauptteil ihres Sortiments von Michelin auf Produkte der Konkurrenten umstellen, erscheint eine solche Strategie im British Airways-Fall schwerer vorstellbar. Ein Reisebüro ist nur dann interessant, wenn man bei ihm Flüge zu allen Destinationen kaufen kann. Weil aber British Airways mit seinen Rabatten alle Städteverbindungen seines dichten Routennetzes bündelte, während Virgin Atlantic nur einzelne Städteverbindungen anbieten konnte, hatte Virgin nicht die Option, sich auf einzelne Reisebüros zu konzentrieren und hier alle Verbindungen anzubieten, die vormals British Airways angeboten hatte. Ein Reisebüro, das nur Virgin-Flüge vertrieben hätte, wäre als Anlaufstelle für Reisende nicht attraktiv gewesen, weil man nicht davon hätte ausgehen können, bei ihm jede erdenkliche Reise buchen zu können.

Das oben angeführte Ausgangsbeispiel, in dem B zwei Einheiten herstellt, die er trotz Rabatt an einen der zwei Käufer verkaufen kann, zeigt, dass erhebliche Unter-

²⁰⁵ Jede der beiden Einheiten kostet 1. Insgesamt bezahlt der Kunde daher zwei, jedoch bekommt er 1,001 als Rabattzahlung zurück. Der effektive Preis für die beiden Einheiten liegt daher bei 0,999.

schiede im Marktanteil keine Asymmetrie sind, welche die marktverschließende Wirkung von Rabatten zu stützen vermag. Im Beispiel beträgt das Verhältnis der Marktanteile 80 % zu 20 %. Dennoch kann B auf den Markt zutreten.

Auch eine rein zeitliche „Asymmetrie“, die dadurch entsteht, dass ein Wettbewerber früher ein Rabattsystem anbietet, ist keine Asymmetrie im hier geforderten Sinne. Wie ebenfalls das oben gewählte Beispiel zeigt, kann das Unternehmen, das zunächst keinen Rabatt anbietet, ohne weiteres gegen den Rabatt zutreten, wenn es in seiner Kapazität nicht beschränkt ist. Das gilt zumindest so lange wie der Sogefekt beim Käufer noch nicht eingesetzt hat, d.h. so lange wie die nächste Bestellung noch effektiv einen kostendeckenden Preis hat. Verpasst der Wettbewerber diesen Moment, wird er erst in der nächsten Referenzperiode wieder zu kostendeckenden Preisen Wettbewerb treiben können. Wenn die Referenzperiode nicht außergewöhnlich lang ist, sollte es kein großes Problem sein, diese Zeit zu überbrücken. Ein Wettbewerber, der ebenso effizient ist wie der Rabattanbieter und auch im übrigen keinen Beschränkungen unterliegt, denen der Rabattanbieter nicht ausgesetzt ist, wird auf den Markt zutreten können, auch wenn der Rabattanbieter sein Rabattsystem früher anbietet. Unter Umständen wird auch er gezwungen sein, einen möglicherweise gar Ausschließlichkeit induzierenden Rabatt anzubieten. Und möglicherweise wird sich der Wettbewerb so verändern, dass nicht mehr Wettbewerb um jede Lieferung besteht sondern Wettbewerb um den gesamten Bedarf eines Kunden für die volle Referenzperiode des Rabatts. Aber auch unter diesen Umständen, kann ein Wettbewerber auf den Markt zutreten, wenn die einzige Asymmetrie in der Tatsache liegt, dass der Rabattanbieter das Rabattsystem vor dem Wettbewerber angeboten hat.

Oft werden die hier beschriebenen Asymmetrien die Ursache der marktbeherrschenden Stellung sein, die Voraussetzung der Anwendbarkeit von Art. 82 EG ist. Eine solche Asymmetrie in den folgenden Ausführungen immer mitzudenken, ist wichtig, da der Entrant ohne sie das Rabattsystem ohne Nachteile kopieren könnte, so dass Incumbent und Entrant mit nicht-linearen Preissystemen miteinander wirksam im Wettbewerb stünden. Besteht also keine Asymmetrie, erscheinen Rabattfälle unter Art. 82 EG weitgehend unproblematisch.

Ein weiteres Element des Tatbestands einer Missbräuchlichkeitsvermutung gegen Rabatte wird daher eine tatsächliche Asymmetrie zwischen dem Marktbeherrscher und (ggf. potentiellen) Wettbewerbern sein, die verhindert, dass auch ein ebenso effizienter Wettbewerber den Rabattpreis unterbieten kann. Diese Asymmetrien können vielfältig sein. Die Feststellung unterschiedlicher Marktanteile reicht allerdings nicht aus.

Bei der Suche nach etwaigen Asymmetrien sollten nur solche berücksichtigt werden, die auch einen hypothetischen, ebenso effizienten Wettbewerber vom Markteintritt abhalten würden. Gleichzeitig sollten sie nichts mit einem Qualitätsunterschied der Produkte zu tun haben, um Wettbewerbern den Anreiz zu erhalten, ihr Produkt zu verbessern.

Hiernach bleiben als wichtige Asymmetrien, welche die Möglichkeit von marktverschließenden Rabatten indizieren, vor allem die folgenden:

- Das Erfordernis, ein *minimum viable scale* zu erreichen, um am Markt bestehen zu können,
- der Bezug des Rabatts auf ein Produktbündel, das ein Monopolprodukt des Marktbeherrschers umfasst, das für einen großen Teil der Kunden unverzichtbar ist und
- die Tatsache, dass das Produkt des Marktbeherrschers für viele Kunden ein *must stock item* ist.

Unter Umständen können auch drei weitere Asymmetrien auf die Möglichkeit marktverschließender Rabatte hinweisen:

- Reputationsvorteile des Marktbeherrschers,
- beschränkter Zugang zum Kapitalmarkt für die Wettbewerber oder
- Kapazitätsbeschränkungen.

Die beiden ersten Indikatoren aus dieser zweiten Gruppe sollten mit Vorsicht gehandhabt werden, weil sie zugleich Indikatoren für die Qualität des Produkts darstellen können bzw. für die geringere Effizienz des Marktbeherrschers: Die Reputation des Marktbeherrschers wird oft deswegen besser sein als die seiner Konkurrenten, weil sein Produkt besser ist; der Zugang zum Kapitalmarkt kann für seine Wettbewerber deshalb beschränkt sein, weil die Banken nicht an sein Geschäftsmodell glauben, weil er ineffizient arbeitet. Die Asymmetrie der Kapazitätsbeschränkung sollte ebenfalls mit Vorsicht gehandhabt werden, weil sie oft umgangen werden kann, indem sich der Wettbewerber auf einen Teil des Marktes konzentriert.

Die sechs hier aufgeführten Asymmetrien sind sicher kein *numerus clausus*. Ihre Gruppe sollte jedoch nur nach sorgfältiger Prüfung, ob die Asymmetrie wirklich die Wirkung von Rabatten beeinflusst, erweitert werden. Die bloße Asymmetrie in Marktanteilen ist sicher keine Asymmetrie, welche in der Regel die Wirkung von Rabatten betrifft.

c) Lagerung

Als Detail ist daran zu erinnern, dass die Gefahr eines Marktverschlusses durch einen Schwellenrabatt erheblich abgeschwächt wird, wenn das im Rabattsystem vertriebene Gut einfach und preiswert zu lagern ist. Muss ein Händler 50 % seines Bedarfs pro Jahr beim Marktbeherrscher decken und führt der Marktbeherrscher nun einen Rabatt mit einer Referenzperiode von einem Jahr ein, dessen Schwelle bei 100 % des Bedarfs pro Jahr liegt, so muss dies nicht dazu führen, dass der Händler 100 % seines Bedarfs beim Marktbeherrscher deckt. Er erreicht die Schwelle auch, wenn er 50 % seines Bedarfs für dieses und 50 % seines Bedarfs für nächstes Jahr in einer Referenzperiode erwirbt. In beiden Jahren würde er dann die anderen 50 % seines Bedarfs beim Konkurrenten des Marktbeherrschers decken, wenn der zu einem Durchschnittspreis unter dem rabattierten Preis des Marktbeherrschers anbietet.

Ob die Lagerbarkeit des Guts tatsächlich den Marktverschluss verhindert, hängt von den Umständen im Einzelfall ab. So kann zum Beispiel ein Gut hervorragend lagerbar sein, aber weil die Innovation im Markt intensiv ist, kann das Produkt, das in diesem Jahr gekauft wurde, nächstes Jahr nicht mehr verkauft werden. Ein nahe liegendes Beispiel wären Computer oder auch Mobiltelefone. In diesem Spezialfall hinge das Potential zum Marktverschluss von der Länge der gewählten Referenzperiode ab. Computer ließen sich beispielsweise in drei Monaten noch sinnvoll verkaufen, so dass ein Rabatt mit einer Referenzperiode von drei Monaten wenig Potenzial zum Marktverschluss hätte. In einem Jahr wären sie dagegen praktisch unverkäuflich, so dass ein Rabatt mit einer Referenzperiode von einem Jahr ein hohes Marktverschließungspotenzial hätte.

Voraussetzung einer Missbräuchlichkeitsvermutung sollte daher auch sein, dass ein Käufer die Rabattschwelle nicht durch Lagerung des betreffenden Guts umgehen kann.

d) Erheblichkeit der Sprungstelle(n) im Rabattsystem

Wie schon in der Einleitung dieser Arbeit deutlich gemacht wurde, soll sich der hier gefundene Tatbestand auf Schwellenrabatte beziehen. Als Schwellenrabatt wird dabei jedes Preissystem verstanden, das den Preis unter der Bedingung senkt, dass ein bestimmter Umsatz erreicht wird, so dass in der Preisfunktion mindestens eine Sprungstelle entsteht. In vielen Fällen wird es einfach sein, zu prüfen, ob ein Schwellenrabatt nach dieser Definition vorliegt. Jedoch macht der Fall Michelin II auf ein Problem aufmerksam: Wenn ein Rabattsystem viele Sprungstellen enthält, kann sich die Preisfunktion faktisch der eines kontinuierlichen Mengenrabatts annähern.²⁰⁶ Dann stellt sich die Frage, wann man eine Sprungstelle für so erheblich hält, dass man das Rabattsystem als Schwellenrabatt behandelt und wann sie so klein wird, dass man das Rabattsystem als Mengenrabatt behandeln möchte.

Zur Beantwortung dieser Frage liefert die ökonomische Literatur bisher keine hilfreichen Kriterien. Sie nimmt eine erhebliche Sprungstelle an, wenn sie die Wirkung von Rabattsystemen mit Sprungstelle bestimmen will. Und sie nimmt keine Sprungstelle an, wenn sie die Wirkung von Mengenrabatten untersuchen will. Eine Arbeit, die ein Kriterium entwickelt, ab wann eine Sprungstelle in der Preisfunktion als erheblich gelten sollte, ist dem Autor nicht bekannt. Daher muss ein Kriterium aus dem Zweck des hier zu findenden Tatbestands entwickelt werden. Der Tatbestand soll mit hinreichender Präzision solche Rabatte der Missbräuchlichkeitsvermutung unterwerfen, bei deren Verwendung ein ebenso effizienter Wettbewerber nicht auf den Markt zutreten könnte. Die Sprungstelle führt dazu, dass ein Teil der vom Rabattanbieter abgesetzten Menge unter Kosten, vielleicht gar zu negativen Preisen angeboten wird. Grundsätzlich erscheint eine Sprungstelle daher als erheblich, wenn

²⁰⁶ EuG Michelin II. T-203/01 Rn. 8, 69. Vgl. Grill in Lenz (2006), Art. 82 Rn. 32, der den Rabatt in Michelin II trotz Sprungstellen als Mengenrabatt bezeichnet.

nicht mit hinreichender Sicherheit ausgeschlossen werden kann, dass die Menge, die zu Preisen unter Kosten angeboten wird, größer ist als die Menge, die ein ebenso effizienter Wettbewerber absetzen muss, um sich nachhaltig am Markt zu etablieren. Ein solches Tatbestandselement ist dem Prüfungsprogramm des Kommissionstests sehr ähnlich. Jedoch sollte, um die praktischen Schwierigkeiten der Durchführung des Kommissionstests zu vermeiden, dieses Merkmal in einem abstrakt generellen Tatbestand nur cursorisch geprüft werden. Eine Sprungstelle soll eben nur dann nicht erheblich sein, wenn praktisch feststeht, dass die Menge, die durch sie unter Kosten angeboten wird, kleiner ist als eine Menge, die ein ebenso effizienter Konkurrent absetzen müsste, um dauerhaft am Markt zu bleiben. Sie soll dagegen als erheblich gelten, wenn hieran auch nur begründete Zweifel bestehen. Diese cursorsche Behandlung des Merkmals „Schwellenrabatt“ ist gerechtfertigt, da der hier zu entwickelnde Tatbestand – im Gegensatz zum Kommissionstest – weitere Merkmale enthält, die unproblematische Rabatte aus dem Anwendungsbereich der Missbräuchlichkeitsvermutung aussondern. Das Merkmal des Schwellenrabatts ist nur das „Eingangstor“ zum Prüfprogramm. Wird das Vorliegen des Merkmals Schwellenrabatt bejaht, ist dies daher noch keine Festlegung auf die Missbräuchlichkeit des Rabattsystems.

e) Ausschluss des ebenso effizienten Wettbewerbers durch „Eintrittspreise“ für Märkte und die Induktion von Ausschließlichkeit.

Die *Economic Advisory Group for Competition Policy* EAGCP ist der Auffassung, rückwirkende Schwellenrabatte könnten im Wesentlichen analysiert werden wie Ausschließlichkeitsbindungen.²⁰⁷ In Ausschließlichkeitsbindungen vereinbaren ein Anbieter und ein Abnehmer, dass der Abnehmer seinen gesamten Bedarf während einer bestimmten Periode beim Anbieter decken wird. Tut er das nicht, schuldet er Schadensersatz. Der Schadensersatz wirkt für den Entrant wie ein Eintrittspreis, den er für den Zutritt zum Markt zahlen muss, denn ein Käufer in einer Ausschließlichkeitsbindung wird nur dann zum Entrant wechseln, wenn dieser ihn voll für den Schadensersatz kompensiert, den der Käufer durch den Wechsel an den Marktherrscher schuldet.

Schwellenrabatte können ebenfalls verstanden werden als ein System, bei dem der Abnehmer verspricht, seinen gesamten Bedarf beim Anbieter zu decken. Zur Sicherung seines Versprechens gibt der Abnehmer dem Anbieter einen Geldbetrag als „Pfand“ – meist in Form leicht erhöhter Kaufpreise. Erfüllt er sein Versprechen vollständiger Ausschließlichkeit, erhält er sein „Pfand“ in Form der Rabattauszahlung zurück. Auch hier wirkt das „Pfand“ bzw. der Rabatt als Markteintrittspreis für

207 Gual et al. (2005), 37, Fn. 27. Ebenso schon früher Aghion/Bolton (1987), 399.

den Entrant, denn er muss den Kunden dafür kompensieren, dass der Kunde, wenn er zum Entrant wechselt, den Rabatt nicht erhält.²⁰⁸

Ein Schwellenrabatt kann ebenso Ausschließlichkeit erreichen wie eine Ausschließlichkeitsbindung. Voraussetzung ist, dass die Rabattschwelle in der Höhe des gesamten Bedarfs in der Referenzperiode gesetzt ist. So wird das Rabattsystem einen starken Anreiz ausüben, den gesamten Bedarf beim den Rabatt anbietenden Marktbeherrscher zu decken.

1) Ausschließlichkeitsbindungen würde sich ein Marktbeherrscher nicht leisten
(Posner, Bork)

Posner und Bork haben Ende der siebziger Jahre argumentiert, die Rechtfertigung des Verbots von Ausschließlichkeitsbindungen fuße auf übertriebenem Mitleid mit Wettbewerbern. Sie argumentieren, eine Schmälerung der Konsumentenrente durch

208 Vgl. vor allem Gual et al. (2005), 37, Fn. 26. („tax“, „entry fee“), die ausdrücklich der Meinung sind, dass Rabatte sich genauso auswirken wie Ausschließlichkeitsbindungen, so dass sich eine eigenständige Analyse von Rabatten erübrige, vgl. Fn. 27 mit Verweis allein auf das Modell von Aghion/Bolton (1987).

Am Rande sei auf folgenden verhaltensökonomischen Aspekt hingewiesen: Die Gleichsetzung von Zielrabatten mit Ausschließlichkeitsbindungen erscheint aus verhaltensökonomischer Sicht problematisch. Dass der Käufer dadurch, dass er zu wenig beim Marktbeherrscher kauft, bei einem Schwellenrabatt den Vorteil eines niedrigeren Preises aufgibt, während er bei einer Ausschließlichkeitsbindung dem Nachteil ausgesetzt ist, Schadensersatz zu schulden, kann in einem realistischeren Verhaltensmodell ganz unterschiedlich wirken, auch wenn beides für einen rationalen Akteur ohne Unterschied wäre. Verluste wiegen für Menschen im Schnitt etwa doppelt so schwer wie Gewinne, daher könnte zu folgern sein, dass Kunden sich stärker anstrengen, den Nachteil des Schadensersatzes zu vermeiden, als sie sich anstrengen, den Vorteil des Rabatts zu erreichen. Andererseits entstehen nur im Zielrabattsystem versunkene Kosten, was für einen stärkeren Bindungseffekt des Zielrabatts spräche (vgl. dazu genauer unten bei Fn. 409). Beckenkamp/Maier-Rigaud (2006), die diesen Unterschied bisher als einzige experimentell getestet haben, konnten jedoch die Hypothese, dass es keinen Unterschied mache, ob ein Nachteil droht oder man in die Aussicht auf einen Vorteil investiert, nicht zurückweisen. Ihr Ergebnis weist jedoch eher darauf hin, dass bei Schwellenrabatten eine stärkere Bindung entsteht, als wenn man am Ende eine „Strafe“ zahlen muss, wenn die Rabattschwelle nicht erreicht wurde.

Weiterhin kann der Umstand, dass in einer Ausschließlichkeitsbindung Schadensersatz wegen Vertragsverletzung gefordert wird, während in einem Schwellenrabatt bloß eine Bedingung nicht erfüllt wird, vom Käufer unterschiedlich bewertet werden. Eine Vertragsverletzung birgt immer den Vorwurf der Normverletzung. Eine solche Normverletzung begehen Menschen in der Regel nur ungern, selbst wenn die Verletzung nicht mit einer Sanktion verbunden ist. Dass eine Bedingung nicht erfüllt wird, ist dagegen ohne Unwerturteil, und daher mit weniger psychologischen Kosten für den Käufer verbunden. Weil dieser Aspekt eine stärkere marktverschließende Wirkung der Ausschließlichkeitsbindung vorhersagen würde, hier aber die marktverschließende Wirkung von Rabattsystemen in Rede steht, soll diesem Befund nicht weiter nachgegangen werden.

die Verhinderung von effizientem Marktzutritt könne nicht entstehen, denn eine Ausschließlichkeitsbindung sei ein Vertrag zwischen Marktbeherrschern und Konsumenten, und warum sollten die Konsumenten einem Vertrag zustimmen, der ihre Rente schmälern würde?²⁰⁹ Nun existieren in der Realität aber Exklusivitätsbindungen – zum Teil in der Form von rückwirkenden Schwellenrabatten. Wenn die Ausschließlichkeitsbindung die Rente der Konsumenten nicht schmälert, weil sie sonst dem Vertrag nicht zustimmen würden, dann muss der Anbieter, der den Ausschließlichkeitsbindungsvertrag mit dem Abnehmer schließen will, letzteren für die Möglichkeit kompensieren, dass ein Konkurrent mit niedrigeren Kosten in den Markt eintritt, der dem Abnehmer einen besseren Preis bieten könnte. Diese Kompensation, so argumentieren Posner und Bork, müsse höher sein, als der Betrag, den der Monopolist durch die Erhaltung seiner Monopolstellung (seine Monopolrente) verdient. Grundsätzlich sollten Ausschließlichkeitsbindungen daher nicht zustande kommen. Wenn sie aber zustande kämen, müsse dies daran liegen, dass sie einen zusätzlichen Wert generierten, den sich Monopolist und Konsument teilen könnten, so dass die Kompensation doch gezahlt werden könnte.

Das folgende Diagramm verdeutlicht zunächst, warum eine Entschädigung ohne Wohlfahrtsgewinn zu teuer wäre:

209 Posner (1976), 203; Bork (1993), 140.

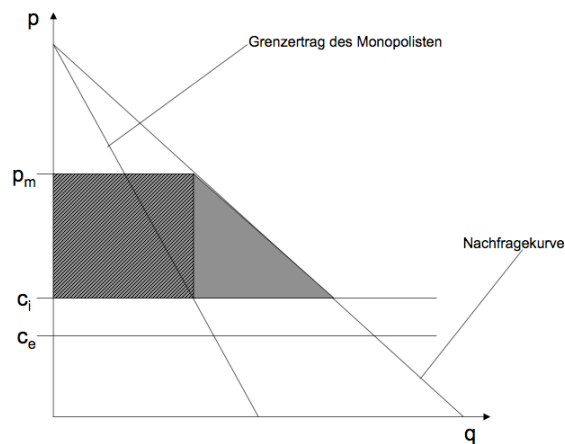


Abbildung 5

Der Marktbeherrscher hat die Kosten c_i und verlangt den Monopolpreis p_m . Tritt nun ein Konkurrent mit den niedrigeren Kosten c_e in den Markt ein und nehmen wir Preiswettbewerb an, so wird der Preis marginal unter den Kosten des Marktbeherrschers bei c_i liegen. Der Konsument gewänne so durch den Markteintritt eine Rente in Höhe der gesamten grau unterlegten Fläche (das graue Viereck mit Schraffur und das graue Dreieck). Unter einer Ausschließlichkeitsbindung wäre dem Konsumenten aber verwehrt, diesen Zuwachs an Rente durch einen Wechsel zum Konkurrenzanbieter zu realisieren. Er würde daher der Ausschließlichkeitsbindung nur dann zustimmen, wenn der Marktbeherrscher ihn kompensieren würde. Die Kompensation müsste ebenso groß sein wie die gesamte grau unterlegte Fläche. Der Monopolist würde durch die Ausschließlichkeitsbindung und die damit verbundene Erhaltung seines Monopols aber nur den Monopolgewinn in Größe des schraffierten Quadrats erhalten. Der Monopolgewinn ist aufgrund des *dead weight loss*' (grau unterlegtes Dreieck) kleiner als die Rente, die der Konsument verliert. Eine volle Kompensation würde sich für den Monopolist daher nicht lohnen. Daher, so Posner und Bork, seien marktverschließende Ausschließlichkeitsbindungen grundsätzlich für den Monopolisten so teuer, dass er sie nicht abschliesse. Man könne daher nicht annehmen, dass Ausschließlichkeitsbindungen in der Regel marktverschließend wirkten. Wenn sie aber marktverschließend wirkten, müssten sie zugleich einen Wertzuwachs generieren, damit der Marktbeherrscher die Konsumenten voll für die Erhaltung seines Monopols entschädigen könne. Dieser Effizienzgewinn rechtfertige dann auch die marktverschließende Ausschließlichkeitsbindung.

2) Unsicherheit kann ineffizienten Marktverschluss profitabel machen (Bolton/Aghion)

Bolton und Aghion haben auf dieses Argument erwidert, dass es dennoch Verträge geben kann, die zu einem Verlust an Gesamtwohlfahrt führen, indem sie den Marktzutritt von ebenso effizienten und sogar effizienteren Wettbewerbern verhindern. Die Konsumenten würden diesem Vertrag zustimmen, obwohl sie sich zu ausschließlichem Bezug vom Marktbeherrscher verpflichteten, ohne dass die Ausschließlichkeitsverpflichtung zu einer Effizienzsteigerung führte.²¹⁰ Diese Behauptung stützten sie auf ein spieltheoretisches Modell, das widerlegte, dass die effiziente Lösung immer dadurch gewährleistet werden könne, dass die Konsumenten ihre eigenen Interessen wahrnehmen. Die Intuition hinter dem Argument von Bolton und Aghion beruht auf der Wirkung von Rabatten bzw. Ausschließlichkeitsbindungen mit Schadensersatzpflicht als Eintrittspreis für den Marktzutritt des Entrants. Wenn der Incumbent dem Käufer einen Rabatt verspricht, falls er nur bei ihm kauft, so muss der Entrant dem Käufer mindestens einen Vorteil in Höhe des Rabatts gewähren, wenn er den Käufer dazu bewegen will, bei ihm zu kaufen. Dieser Eintrittspreis ist das Ergebnis eines Vertrags zwischen dem Incumbent und dem Käufer. Der Eintrittspreis ist eine negative Externalität dieses Vertrags auf den Entrant. Durch den Vertrag können sich Incumbent und Käufer zusammenschließen und Rente vom Entrant für sich gewinnen, die sie dann in dem Vertrag untereinander aufteilen. Aus der Sicht des Incumbents stellt sich die Lage nach dem Rabatt- oder Ausschließlichkeitsvertrag so dar, dass er, wenn kein Marktzutritt erfolgt, seine Monopolrente gewinnt, und wenn Marktzutritt erfolgt, Schadensersatz erhält bzw. den Rabatt spart. Ohne Rabattvertrag bzw. Ausschließlichkeitsbindung hätte er, wenn Marktzutritt ausbleibt, ebenfalls die Monopolrente verdient und wenn Marktzutritt erfolgt, hätte er nichts erhalten, weil er vom Markt verdrängt würde.

Der Rabatt bzw. die Ausschließlichkeitsbindung wirkt sich aber wieder auf das Verhalten des Entrants aus. Während er ohne Rabatt immer auf den Markt gekommen wäre, wenn er effizienter ist als der Incumbent, muss er nun, damit sich ein Marktzutritt für ihn lohnt, um so viel effizienter sein, dass er genug verdient, um den Eintrittspreis für den Marktzutritt wieder einwerben zu können. Er muss also um eine größere Differenz effizienter sein als der Incumbent. Ein nur ebenso effizienter Wettbewerber kann so nicht auf den Markt zutreten. Interessant ist übrigens, dass sich der Vertrag für den Incumbent nicht deshalb lohnt, weil er sein Monopol erhält, sondern weil die Ausschließlichkeitsbindung im Falle des Marktzutritts Rente vom Entrant zum Incumbent transferiert. Ist der Entrant effizient genug, um den „Eintrittspreis“ zu bezahlen, liegt der Marktzutritt auch im Interesse des Incumbents, weil er durch ihn mehr verdient als durch die fortgesetzte Setzung von Monopolpreisen. Dieses Argument wird im Annex zu diesem Absatz noch einmal enger am Modell von Aghion und Bolton expliziert.

210 Aghion/Bolton (1987).

Die entscheidende Voraussetzung für das Funktionieren des ineffizienten Marktverschlusses ist, dass Unsicherheit über die Kosten des Entrants besteht. Wüssten Käufer und Incumbent vorher, dass der Entrant effizienter ist als der Marktbeherrscher, würden sie den Eintrittspreis für den Entrant so setzen, dass er gerade noch einträte, sie sich aber seine ganze Rente teilen könnten. Auch wenn der Entrant so um seine gesamte Rente gebracht würde, so lassen Käufer und Incumbent den Entrant gern an den Markt, da sie nur so an seine Rente gelangen. Die Ausschließlichkeitsbindung bzw. der Rabatt hätte daher bei fehlender Unsicherheit rein unverteilende Wirkung. Erst die Unsicherheit führt zum Marktverschluss.

Kennt der Incumbent die Wahrscheinlichkeit des Marktzutritts, während sie dem Käufer unbekannt ist (besteht also eine Informationsasymmetrie), so schwächt sich das Problem ab, bleibt aber bestehen.²¹¹ Um dem Kunden zu signalisieren, dass Marktzutritt unwahrscheinlich ist, muss der Marktbeherrscher dann nämlich ein kostspieliges Signal senden, indem er zum Beispiel einen geringeren Rabatt gewährt und so die Wechselkosten reduziert. Damit kommuniziert er glaubhaft, „sieh her, ich lasse Dich frei und fordere dennoch einen hohen Preis, das kann ich mir nur leisten, weil Marktzutritt unwahrscheinlich ist.“ Dieses Signal impliziert, dass der Incumbent sein Marktverschließungspotential nicht voll ausnutzt, so dass es zu weniger ineffizientem Marktverschluss kommt.

Das Modell von Bolton und Aghion zeigt vor allem, welches die Mindestvoraussetzungen dafür sind, dass ein ebenso effizienter Wettbewerber nicht an den Markt kommt. Auch sie nehmen eine Asymmetrie zwischen Marktbeherrscher und Entrant an. Diese liegt hier in einem *first mover advantage* – dem Vorteil des Marktbeherrschers, als erster festlegen zu können, was er tut. Er darf dem Kunden eine Ausschließlichkeitsbindung anbieten, während der Entrant noch gar nicht am Markt ist. Dies ermöglicht den ungestörten „Kartellschluss“ zwischen Incumbent und Käufer. Könnte der Entrant hier schon mitverhandeln, könnte er durch einen tiefen Preis signalisieren, dass er effizient genug für einen Marktzutritt ist, so die Unsicherheit über seine Kosten zerstören und den Käufer von einer Teilnahme am Rabattsystem bzw. an der Ausschließlichkeitsbindung abhalten.

Die Hauptaussage des Modells liegt aber darin, dass bei Unsicherheit über künftigen Marktzutritt der ineffiziente Marktverschluss für den Monopolisten ein lohnendes Geschäft ist, an dem der Käufer ohne Verluste teilnehmen wird. Unsicherheit ist also eine Bedingung, die ineffizienten Marktverschluss erlaubt.

Das Modell von Bolton und Aghion reflektiert vor allem eine Situation des Käufers, in der er einer Ausschließlichkeitsbindung zustimmen würde, nämlich, wenn er noch nicht weiß, was für ein Angebot sich der Wettbewerber leisten können. Das ist eine sehr realistische Annahme. Auf Märkten, die von einem Unternehmen beherrscht werden, werden viele Abnehmer in langen und intensiven Geschäftsbeziehungen zum Marktbeherrscher stehen, während kleinere Wettbewerber nur sporadischen Kontakt zu den Abnehmern haben. Viele Käufer können so in die Situation kommen, dass der Marktbeherrscher ihnen ein Angebot macht, von dem der

211 Aghion/Bolton (1987), 392 ff.

Wettbewerber gar nicht sofort erfährt und das zu einem Zeitpunkt ergeht, zu dem der Kunde nicht weiß, was der Wettbewerber sich für ein Angebot wird leisten können.

Es wird jedoch umso schwerer für den informierten Marktbeherrscher, effizienten Marktzutritt zu verhindern, je weniger der Käufer über die Wahrscheinlichkeit des Marktzutritts weiß. Während also Unsicherheit über die Kosten des Entrants Voraussetzung für ineffizienten Marktverschluss ist, wird der ineffiziente Marktverschluss schwieriger, wenn eine Informationsasymmetrie zwischen Verkäufer und Käufer besteht, welche die Wahrscheinlichkeit des Marktzutritts betrifft.

Weiß der Kunde andererseits genau, wie viel er bei Geschäften mit dem Wettbewerber verdienen kann, ist die Posner/Bork-These anwendbar, dass eine marktverschließende Ausschließlichkeitsbindung für den Marktbeherrscher zu teuer wäre.

Als Indikator für die marktverschließende Wirkung von Rabatten ergibt sich aus dem Bolton-Aghion-Modell damit

- 1) ob der Marktbeherrscher in der Lage ist, einem großen Teil der Kunden Angebote zu machen, von denen der Wettbewerber nicht vor Annahme durch die Kunden erfährt, so dass er keine unmittelbaren Gegenangebote machen kann und
- 2) ob auf Seiten des Käufers Unsicherheit besteht über die Kosten des Wettbewerbers und damit darüber, wie niedrige Preise der Entrant sich wird leisten können.

Annex zu 2):

Bolton und Aghion vergleichen zwei Szenarien. Eines ohne und eines mit Ausschließlichkeitsbindung. Die beiden Fragen, die sie stellen, sind: 1) Würde ein Konsument überhaupt einen Ausschließlichkeitsbindungsvertrag abschließen? 2) Für den Fall, dass die erste Frage zu bejahen ist, kann eine so abgeschlossene Ausschließlichkeitsbindung zu einem Wohlfahrtsverlust führen?

Für den Fall ohne Ausschließlichkeitsbindung gehen Bolton und Aghion von einem einfachen Markt mit einem Incumbent, einem Konsumenten und einem Entrant aus. Der Konsument schätzt das gehandelte Gut mit 1. Er kauft maximal eine Einheit des Guts. Der Incumbent produziert es zu Kosten von 0,5. Es gibt keine Fixkosten. Die Kosten des Entrants sind zunächst unbekannt und werden im Verlauf des Spiels zufällig aus einer Gleichverteilung zwischen 0 und 1 gezogen, so dass ihr erwarteter Wert (d.h. zugleich ihr durchschnittlicher Wert) ebenfalls 0,5 beträgt.

Sie stellen sich dann folgenden Handlungsablauf vor: Zunächst werden die Kosten des Entrant zufällig gezogen. Sobald sie gezogen sind, kennt sie jeder Spieler (*common knowledge*). Dann entscheidet der Entrant, ob er in den Markt eintritt. Danach trifft der Konsument seine Kaufentscheidung – im Falle des Markteintritts des Entrants auf der Grundlage von Bertrand-Wettbewerb, andernfalls unter dem Monopol des Incumbent. Zuletzt wird das Gut produziert und an den Käufer übergeben, der Käufer bezahlt den Preis. Für eine bessere Übersichtlichkeit soll die Reihenfolge noch mal auf einem Zeitstrahl veranschaulicht werden.

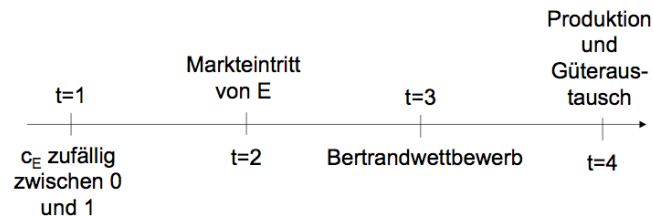


Abbildung 6

Ein teilspielperfektes Gleichgewicht findet man durch Rückwärtsinduktion. Dabei beginnt man damit, zu ermitteln, wie die letzte Entscheidung im Spiel voraussichtlich getroffen wird, schließt hieraus auf die vorletzte Entscheidung, hieraus auf die vorvorletzte Entscheidung usw. bis zur ersten Entscheidung im Spiel. Daher wird hier mit der letzten Entscheidung begonnen: Das Gut wird nur produziert, wenn es auf der vorherigen Stufe auch gekauft wurde. Das heißt derjenige produziert das Gut, der den Zuschlag des Konsumenten bekommen hat, was wiederum bedeutet, dass in dem Modell keine überflüssigen Einheiten produziert werden.

Weil Bertrand-Wettbewerb mit einem homogenen Gut herrscht, wird der Konsument auf der Stufe vor Produktion (Stufe 3) von dem Anbieter kaufen, der den niedrigeren Preis bietet. Bei Bertrand-Wettbewerb wird das der Anbieter mit den niedrigeren Kosten sein. Der Preis wird in Höhe der höheren Grenzkosten liegen. Um für jeden Fall eine Aussage treffen zu können, nehmen Bolton und Aghion für den Fall gleicher Kosten an, dass der Konsument beim Entrant kauft. Nun wissen wir, dass der Konsument beim Entrant zu einem Preis von $0,5$ minus einem unendlich kleinen ϵ kauft, wenn seine Kosten nach der zufälligen Ziehung zwischen 0 und $0,5$ liegen. Das ϵ gibt die kleinstmögliche Einheit einer Preisunterbietung an. Von diesem unendlich kleinen ϵ sei hier im Folgenden abstrahiert. Liegen die Kosten des Entrant nach der zufälligen Ziehung höher, dann kauft der Konsument – falls der Entrant dennoch in den Markt eintreten sollte, zu einem Preis in Höhe der Kosten des Entrant. (Wieder wird ϵ der Einfachheit halber weggelassen.) Wenn sich der Entrant entschließt, nicht einzutreten, kauft der Konsument vom Incumbent zum Monopolverpreis von 1 , der seiner Zahlungsbereitschaft entspricht.

Auf der Stufe hiervor (Stufe 2) fragen wir uns nun, ob der Entrant eigentlich in den Markt eintritt. Um hier eine sinnvolle Aussage treffen zu können, nehmen Bolton und Aghion an, dass Kapital nicht unendlich verfügbar ist. Das heißt nur, dass der Entrant nicht unbeschränkt anderweitig Geld verdienen kann, wenn er sich ent-

schließt, in den Markt einzutreten, sondern eine gewisse Menge seines begrenzten Kapitals hier für eine bestimmte Zeit bindet. Andernfalls würde es den Entrant nichts kosten, auf den Markt einzutreten. Er könnte allenfalls null Gewinn machen. Unter der Annahme endlichen Kapitals wird dem Entrant jedoch eine Aussicht auf null Gewinn nicht ausreichen, weil er sein Kapital besser zu 0,5 % Zinsen auf ein Sparsbuch legen könnte. Für die zweite Stufe ergibt sich damit: der Entrant wird nur eintreten, wenn ihn positive Gewinne in dem Markt erwarten. Andernfalls wird er sein Kapital anderweitig investieren. Positive Gewinne, das haben wir auf Stufe drei festgestellt, erwarten ihn aber nur, wenn seine Kosten unter denen des Incumbents (das heißt zwischen 0 und 0,5) liegen, weil er nur dann ein Gut verkaufen wird. Daher wissen wir nun, dass der Entrant nur in den Markt eintreten wird, wenn seine Kosten nicht größer sind als 0,5. Andernfalls bleibt der Incumbent Monopolist. Auf Stufe 1 beginnt das Spiel mit einem Zufallszug, einem so genannten Zug der Natur. Auf diesen haben die Spieler keinen Einfluss. Hier stellen wir nur fest, dass die Wahrscheinlichkeit, Kosten, die nicht größer als 0,5 sind, aus Gleichverteilung zwischen 0 und 1 zu ziehen 50 % beträgt. Damit haben wir das Spiel gelöst und können die erwartete Rente der einzelnen Spiele berechnen: Zunächst für den Incumbent: Mit 50%iger Wahrscheinlichkeit wird der Entrant zutreten und der Incumbent wird keine Gewinne machen. Mit derselben Wahrscheinlichkeit wird der Entrant nicht zutreten, der Incumbent Monopolist bleiben und zu einem Preis von 1 an den Konsumenten verkaufen. Bei Kosten von 0,5 bedeutet das einen Gewinn von 0,5. Seine erwartete Rente beträgt demnach $0,5 \cdot 0 + 0,5 \cdot 0,5 = 0,25$.

Für den Konsumenten ist die Rente ebenso hoch: Falls der Entrant Zutritt, wird er das Gut, das er mit 1 schätzt, für 0,5 kaufen können und so eine Rente von 0,5 realisieren, andernfalls muss er 1 bezahlen und erhält keine Rente. Beide Ereignisse treten mit 50%iger Wahrscheinlichkeit ein. Seine erwartete Rente beträgt demnach $0,5 \cdot 0,5 + 0,5 \cdot 0 = 0,25$.

Die erwartete Rente des Entrant ist ein wenig komplizierter zu berechnen. Mit 50%iger Wahrscheinlichkeit verdient er im Markt nichts, weil seine Kosten höher sind als die des Incumbents, so dass er nicht eintritt. Wenn er aber eintritt, hängt sein Profit von seinen Kosten ab, die zufällig gezogen werden. Im Mittel werden sie aber in den Fällen, da er eintritt, bei 0,25 liegen. Daher beträgt seine erwartete Rente $0,5 \cdot 0 + 0,5 \cdot (0,5 - 0,25) = 0,125$. Die erwartete Gesamtwohlfahrt in diesem Markt beträgt damit 0,625.

Dieses Szenario wird nun mit einem zweiten Szenario verglichen, in dem der Incumbent und der Konsument einen Ausschließlichkeitsbindungsvertrag schließen, in dem der Konsument verspricht, nur beim Incumbent zu kaufen und andernfalls einen Schadensersatz zu zahlen. Es wird angenommen, dass dieser Vertrag perfekt durchsetzbar ist. Der Incumbent wird im Gegenzug versprechen, einen geringeren Preis zu verlangen. Die Ereignisse folgen nun wie auf folgendem Zeitstrahl aufeinander.

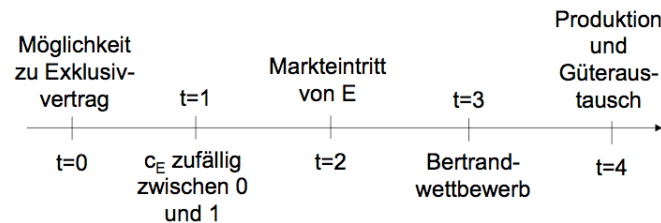


Abbildung 7

Dieses Spiel wäre genauso durch Rückwärtsinduktion zu lösen, wie die erste Version. So käme man zu folgendem Gleichgewicht. Der Incumbent wird dem Konsumenten einen Vertrag anbieten, bei dem er seinen Preis auf 0,75 zu senken verspricht, wenn der Konsument verspricht, bei ihm zu kaufen. Für den Vertragsbruch wird der Incumbent einen Schadensersatz von 0,5 verlangen. Dieser Vertrag führt dazu, dass der Konsument nur dann beim Entrant kaufen wird, wenn dieser ihm durch einen besonders niedrigen Preis den Schadensersatz ersetzt, den er im Falle des Kaufs beim Entrant dem Incumbent schuldet. Man könnte auch sagen, weil der Konsument im Falle des Kaufs beim Entrant dem Incumbent 0,5 Schadensersatz schuldet, erhöht sich in den Augen des Konsumenten jeder Preis des Entrant um 0,5. Um in den Augen des Konsumenten einen Preis zu setzen, der ebenso tief ist wie der des Incumbents von 0,75, muss der Entrant also einen Preis unter 0,25 setzen. Dies kann er nur, wenn seine Kosten 0,25 nicht überschreiten. Die Wahrscheinlichkeit, so geringe Kosten zu ziehen, beträgt für eine Gleichverteilung zwischen 0 und 1 nur noch 25 %. Wir werden also nur noch in 25 % der Fälle Marktzutritt haben. Der Incumbent ist der Profiteur dieser Regelung. Mit einer Wahrscheinlichkeit von 75 % macht er nun einen Gewinn von 0,25. Mit einer Wahrscheinlichkeit von 25 % kauft der Konsument vom Entrant und er erhält einen Schadensersatz von 0,5. Seine erwartete Rente erhöht sich daher auf $0,75 \cdot 0,25 + 0,25 \cdot 0,5 = 0,3125$. Der Konsument wird diesen Vertrag annehmen, denn er belässt seine erwartete Rente bei 0,25. Entweder bezahlt er einen Preis von 0,75 für ein Gut, das er mit 1 schätzt, an den Incumbent, oder er bezahlt einen Preis von 0,25 an den Entrant und 0,5 Schadensersatz an den Incumbent (d.h. einen effektiven Preis von ebenfalls 0,75) für ein Gut, das er mit 1 schätzt. In jedem Fall realisiert er eine Rente von 0,25. Er ist also indifferent zwischen dem ersten und dem zweiten Fall. Wenn der Incumbent seinen Preis nur minimal unter 0,75 senkt, wird er den Zuschlag bekommen. Der Verlierer ist der Entrant. Seine Rente verkleinert sich auf $0,75 \cdot 0 + 0,25 \cdot (0,25 - 0,125) = 0,03125$.

Der Hauptpunkt bei Bolton und Aghion war nun, dass es mit Zustimmung des Konsumenten zu ineffizientem Marktverschluss kommen kann, wenn Unsicherheit über die Kosten des Entrants angenommen wird. Die Gesamtrate ($0,3125+0,25+0,03125 = 0,59375$) ist im zweiten Fall mit Ausschließlichkeitsbindung kleiner als im ersten ohne. Das widerlegt Posner und Bork, die meinten, wenn jeder auf seinen Eigennutz achte, würde die effiziente Lösung gefunden. Dennoch entsteht im Modell nur ein Schaden für den Entrant, während der Konsument zumindest im Erwartungswert keinen Nachteil erleidet.

Aghion und Bolton zeigen darüber hinaus, dass ihr Ergebnis auch unter der Annahme mehrerer Käufer gilt und sich dort durch einen Mechanismus verschärft, der im folgenden Abschnitt dieser Arbeit expliziert wird.²¹²

3) Das Erfordernis eines *minimum viable shares* kann ineffizienten Marktverschluss profitabel machen (Rasmusen, Ramseyer, Wiley)

Wenn man eine Mehrzahl von Käufern unterstellt und annimmt, der eintretende Wettbewerber müsse einen bestimmten Teil des Marktes bedienen, um die Kosten des Markteintritts zu amortisieren²¹³ oder sein Kostenminimum zu erreichen,²¹⁴ lässt sich ineffizienter Marktverschluss auch ohne Unsicherheit modellieren.²¹⁵ Unter diesen Umständen müsste der Marktbeherrscher nicht mit allen Abnehmern eine Ausschließlichkeitsbindung eingehen, sondern es würde genügen, gerade so viele Abnehmer einzubinden, dass der eintretende Wettbewerber sein *minimum viable share* nicht erreicht und deshalb nicht am Markt bestehen kann. Das macht den Marktverschluss auf zwei Weisen billiger und damit wahrscheinlicher: Einmal müssen weniger Käufer entschädigt werden, zum anderen kann so eine Art Wettbewerb unter den Käufern um die Entschädigung entstehen, der auch die Höhe der Entschädigung senkt.

(a) Modellrahmen

Zunächst soll hier ein vereinfachter Rahmen abgesteckt werden, in dem das Argument von Rasmusen et al. nachgezeichnet wird. Dieses Argument bezieht sich unmittelbar auf Ausschließlichkeitsbindungen, die Schwellenrabatten sehr ähnlich sind. Auf Unterschiede wird am Ende dieses Abschnitts eingegangen.

Angenommen, in einem Markt gibt es drei Abnehmer. Die aggregierte Nachfragekurve für den gesamten Markt entspricht der oberen Nachfragekurve in folgendem

212 Aghion/Bolton (1987), 396 ff.

213 So das Beispiel bei Aghion/Bolton (1987).

214 So das Beispiel bei Rasmusen et al. (1991).

215 Hierzu Rasmusen et al. (1991). Vgl. hierzu auch Viscusi et al. (2005), 262 f. Auch schon Aghion/Bolton (1987), 396 ff.

Diagramm (Abbildung 8). Sie entsteht durch horizontale Addition der darunter abgebildeten drei identischen Nachfragekurven der drei Abnehmer. Eingetragen sind die Kosten des Marktbeherrschers (c_1), der Monopolpreis (p_m), die Wettbewerbsmenge und die Monopolmenge für den gesamten Markt (Q_c bzw. Q_m) sowie die Wettbewerbsmenge und die Monopolmenge der einzelnen Abnehmer (q_{c1-3} und q_{m1-3}). Als schraffierte Fläche ist abgetragen, um wie viel kleiner die Konsumentenrente im Monopolpreisfall im Vergleich zum Wettbewerbsfall ist. Um diese schraffierte Fläche müssen die Abnehmer kompensiert werden, um einer Ausschließlichkeitsbindung zuzustimmen, die den Markt für Wettbewerber verschließen würde. Für jeden individuellen Käufer ist diese Fläche bei jeder linear fallenden Nachfragekurve und konstanten Grenzkosten 1,5-mal so groß, wie der Monopolgewinn pro Käufer.²¹⁶ Es ist dann ausgeschlossen, dass alle drei Käufer für ihre Zustimmung zur Ausschließlichkeitsbindung voll kompensiert werden.

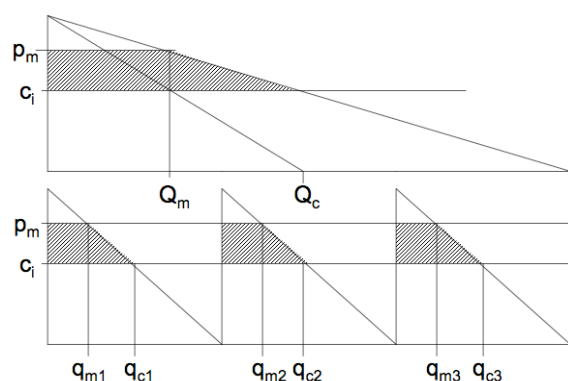


Abbildung 8

Um die Darstellung im Folgenden zu vereinfachen, nehmen wir an, dass jeder der drei Käufer zum Monopolpreis die Menge $q_m = 1$ abnimmt, zum Wettbewerbspreis in Höhe von c_1 aber $q_c = 2$ kauft. Um erfolgreich auf den Markt zutreten zu können, muss der eintretende Wettbewerber mindestens 3 Stück absetzen. Treiben der Incumbent und der Entrant auf dem Markt Wettbewerb, so nehmen wir an, sie setzten

216 Der Monopolpreis ist in diesem Falle immer $(A-c)/2$, wobei A den Achsenabschnitt und c die marginalen Kosten angibt. Durch den Monopolpreis wird das rechtwinklige Dreieck, das die am Markt realisierbare Rente bei konstanten Grenzkosten beschreibt, so in zwei Teile geschnitten, dass die eine Kathete halbiert wird. Das führt bei einem rechtwinkligen Dreieck immer zu einer Teilung, bei der ein Teil $1/4$ des Dreiecks ausmacht und der andere $3/4$. Von den $3/4$ sind immer $1/4$ *dead weight loss* und $1/2$ Monopolgewinn.

beide einen Preis von c_1 und bedienen beide eine Nachfrage von 3. Das entspricht je der Hälfte der Marktgröße zum Preis c_1 .

(b) Erster Grund der Verbilligung des Marktverschlusses: Weniger Käufer sind zu entschädigen.

Wenn der Incumbent es schafft, nur zwei der drei Käufer zur Zustimmung zu seiner Ausschließlichkeitsbindung zu überreden, hat der Markt, der dem Entrant offen steht, beim Preis c_1 insgesamt nur noch eine Größe von 2. Der Entrant muss aber 3 Einheiten absetzen, um auf den Markt zutreten zu können. Die Marktgröße bei zwei gebundenen Käufern ist also selbst dann zu klein, um den Marktzutritt zu gewährleisten, wenn der freie Käufer bereit ist, seine gesamte Nachfrage beim Entrant zu befriedigen.

Zwei der drei Käufer kann der Incumbent aber tatsächlich ausreichend kompensieren. Der Monopolverdienst bei drei Käufern ist ebenso groß, wie die volle Entschädigung von zwei Käufern (vgl. Abbildung 8). Für eine volle Entschädigung werden zwei der Käufer die Ausschließlichkeitsbindung unterschreiben. Daher wird kein Marktzutritt erfolgen und der Monopolist von allen dreien den Monopolpreis verlangen

Der Incumbent muss also gar nicht alle drei Käufer entschädigen. Vielmehr reicht die Entschädigung zweier Käufer. Vom dritten Käufer kann er die volle Monopolverdienst verlangen und sie zur Entschädigung der beiden anderen Käufer benutzen. Dadurch kann der Incumbent sich den Marktverschluss leisten. Als formale Bedingung, die erfüllt sein muss, damit der Incumbent sich den Marktverschluss leisten kann definieren Rasmusen et al.:

$$\frac{N^*}{N} \leq \frac{\pi}{X^*}$$

N ist die Gesamtzahl der Käufer. N^* ist die Anzahl der Käufer, die für einen Marktverschluss mindestens einer Ausschließlichkeitsbindung zustimmen muss. π ist der Mehrgewinn des Incumbents durch die Setzung des Monopolpreises, bzw. der Monopolverdienst im Vergleich zum Wettbewerbsfall. X^* ist der korrespondierende Verlust an Konsumentenrente.

Diese Bedingung ist äquivalent zur wohl eingängigeren Bedingung $X^* N^* \leq \pi N$.

Diese zweite Bedingung (und mit ihr die äquivalente erste) sagt schlicht, der Betrag, der aufgewandt werden muss, um die für einen Marktverschluss notwendige Anzahl an Käufern zu entschädigen ($X^* N^*$) darf nicht größer sein als der zusätzliche Gewinn, den der Incumbent durch die Erhaltung seines Monopols realisiert (πN).

- (c) Der zweite Grund der Verbilligung des Marktverschlusses: ein Koordinationsproblem der Käufer.

Muss der Entrant mindestens zwei Stück absetzen, so befinden sich die drei Abnehmer in einem Koordinierungsspiel, denn keiner der drei kann allein dafür sorgen, dass der Marktzutritt des Entrants gelingt, und so Wettbewerb entsteht. Die Nachfrage eines einzelnen Käufers reicht nicht aus um dem Marktzutritt zum Erfolg zu verhelfen. Um Marktzutritt zu ermöglichen müssen sich mindestens zwei der Käufer so koordinieren, dass sie beide beim Entrant kaufen. Gleichzeitig will kein Käufer in der Rolle des dritten, unkompensierten Käufers enden, der sich ohne Entschädigung dem Monopolpreis des Incumbents ausgesetzt sieht.

Diesen Umstand kann der Incumbent ausnutzen, um den Marktverschluss noch billiger zu erhalten.

Besonders, wenn man sequentielle Angebote des Incumbents an die Käufer annimmt, wird diese Ausnutzungsmöglichkeit deutlich. Wenn der Incumbent dem ersten Käufer anbietet, für eine Entschädigung in Höhe eines beliebig kleinen ε seine Ausschließlichkeitsbindung zu unterschreiben, so wird dieser Käufer wissen, dass der Incumbent, wenn er nicht unterschreibt, die beiden nächsten Käufer voll entschädigen und den Markt so verschließen wird. Dann würde der erste Käufer dem Monopolpreis des Incumbents ganz ohne Entschädigung ausgesetzt sein. Weil es besser ist, eine Entschädigung in Höhe von einem ε zu erhalten, als keine, wird der erste Käufer die Ausschließlichkeitsbindung gegen eine beliebig kleine Entschädigung annehmen. Wie dem ersten Käufer wird es dem zweiten gehen. Er weiß, dass der erste Käufer angenommen hat. Ebenso weiß er, dass, wenn er ablehnt, dem dritten Käufer eine Ausschließlichkeitsbindung bei voller Entschädigung angeboten wird, die der daher annehmen wird. Daher wird auch der zweite Käufer die Ausschließlichkeitsbindung gegen eine Entschädigung in Höhe eines beliebig kleinen ε annehmen. Damit ist der Markt verschlossen und der Marktverschluss hat den Incumbent nicht mehr als 2ε gekostet.

Auch wenn den Käufern ihre Angebote gleichzeitig gemacht werden, kann der Marktverschluss ohne volle Entschädigung gelingen. Zwar entstehen bei gleichzeitigen Angeboten der Ausschließlichkeitsbindungen ohne volle Entschädigung zwei Gleichgewichte. Weder wenn alle Käufer die Ausschließlichkeitsbindung ablehnen, noch wenn alle sie annehmen, hat ein einzelner Käufer einen Anreiz von seiner Strategie abzuweichen. Wenn alle annehmen, kann ein einzelner Käufer den Marktzutritt nicht gewährleisten und würde sich durch seine Abweichung den Monopolpreisen des Incumbents ohne Entschädigung aussetzen. Wenn alle ablehnen, würde ein einzelner Käufer, der abweicht, sich, ohne voll entschädigt zu werden, den Monopolpreisen des Incumbents aussetzen.

Jeder Spieler weiß aber, dass dem Incumbent der Marktverschluss jedenfalls gelingen wird, weil er zwei Käufer voll kompensieren kann. Daher werden alle annehmen, dass das Gleichgewicht, das gespielt wird, das marktverschließende ist. Es entsteht so eine Art Preiswettbewerb zwischen den Käufern um die Kompensation,

welche die Kompensation auf einen Betrag drücken kann, der nur marginal größer als Null ist.

Die erste Bedingung dafür, dass das Koordinationsproblem für die Käufer den Preis des Marktverschlusses senkt, ist, dass der Wechsel eines einzelnen Käufers den Marktzutritt des Entrants nicht gewährleisten kann. Daher wird im weiteren Verlauf der Arbeit das Erfordernis, dass ein Entrant für den nachhaltigen Marktzutritt ein *minimum viable share* erreichen muss, damit definiert, dass es für einen Einzelnen Käufer nicht möglich ist, den Marktzutritt des Entrants zu gewährleisten.

Im Modell von Rasmusen et al. (1991) muss der Incumbent darüber hinaus in der Lage sein, eine für den Marktverschluss ausreichende Zahl an Käufern voll zu entschädigen, auch wenn diese Entschädigung gerade wegen des Koordinationsproblems tatsächlich nicht vorgenommen werden muss.

Das zweite hier vorgestellte Modell zeigt damit, dass Ausschließlichkeitsbindungen und Ausschließlichkeit bewirkende Rabatte auch dann zu ineffizientem Marktverschluss führen können, wenn ein kleinerer Wettbewerber oder Entrant einen Mindestanteil der Nachfrage (ein *minimum viable share*) bedienen muss, um am Markt zu überleben.

(d) Unterschiede zwischen Ausschließlichkeitsbindungen und Rabatten

Nun beschäftigt sich das Modell von Rasmusen et al. (1991) mit Ausschließlichkeitsbindungen. Hier soll aber die marktverschließende Wirkung von Rabatten untersucht werden. Zwar wurde schon gezeigt, dass Schwellenrabatte grundsätzlich wie Ausschließlichkeitsbindungen wirken können. Allerdings haben Rabatte einige Besonderheiten, die sich auf das Argument von Rasmusen et al. auswirken.

Das Modell von Rasmusen et al. nimmt an, dass die Ausschließlichkeitsbindung nicht gebrochen werden kann. Mit Abschluss der Ausschließlichkeitsbindung legen sich die Käufer damit unwiderruflich darauf fest, später beim Incumbent zu kaufen. Diese Annahme passt sehr gut auf Rabatte, wenn der Käufer direkt mit der ersten Bestellung eine so große Differenz zwischen Vorrabattpreis und Nachrabattpreis an den Incumbent zahlt, dass die Erfüllung der Ausschließlichkeitsbedingung und die damit verbundene Rückzahlung der Differenz sehr attraktiv wird. Der „Sogeffekt“ des Rabattsystems setzt so mit der ersten Bestellung ein. Das kann an der Größe der ersten Bestellung liegen oder auch an der Größe der Differenz zwischen Vorrabattpreis und Nachrabattpreis. Durch dieses „Pfand“ wird die Ausschließlichkeitsbindung praktisch perfekt durchsetzbar.

Wird dagegen das „Pfand“ über einen langen Zeitraum eingesammelt, setzt der Sogeffekt also erst spät in der Referenzperiode ein, ergeben sich zwei Unterschiede zwischen dem Modell von Rasmusen et al. und Rabatten.

Bei Rasmusen et al. besteht die Koordination auf das für die Käufer vorteilhafte Gleichgewicht in der allseitigen Verweigerung des Abschlusses einer Ausschließlichkeitsbindung. Diese geschieht, bevor der Marktzutritt überhaupt erfolgt ist. Im Fall von Rabatten ist dagegen oft kein ausdrücklicher Vertragsschluss zur Teilnahme am Rabattsystem notwendig. Vielmehr verpflichtet sich häufig der Verkäufer selbst, dem Käufer bei Erreichung der Rabattschwelle einen Rabatt zu gewähren und der Käufer beginnt schlicht zu kaufen – beim Rabattanbieter oder bei dessen Konkurrent. Das bedeutet, dass die Koordination auf das für die Käufer vorteilhafte Gleichgewicht in der Regel nicht in der Zurückweisung eines Angebots liegen wird, sondern im allseitigen Kauf bei einem Konkurrenten, wenn er schon am Markt aktiv ist. Die Koordination auf das nachteilige Gleichgewicht besteht schlicht im allseitigen ausschließlichen Kauf beim Incumbent.

Auch unter der Annahme dieser beiden Besonderheiten von Rabatten – dass die Gleichgewichtsauswahl entscheidend ist, und dass es keine vertragliche Festlegung auf Ausschließlichkeit ex ante gibt – kann Marktverschluss hoch wahrscheinlich sein. Wahrscheinlich spielt sogar die Größe des *minimum viable shares* bei Rabatten allenfalls eine untergeordnete Rolle. Allerdings kann sich aus den Unterschieden von Rabatten zum Modell von Rasmusen et al. auch eine Erschwerung von Marktverschluss ergeben, wenn die Käufer ihre Kaufentscheidungen gegenseitig beobachten können. Für die Bewertung von Referenzperioden ergibt sich ein Argument warum überlappende Referenzperioden und lange Referenzperioden Marktverschluss erleichtern. Diese Punkte werden im Folgenden kurz ausgeführt.

In den Fällen von Art. 82 EG, die hier interessieren, wird der Incumbent Marktbeherrscher sein. Auch ohne Rabatte werden daher häufig entweder die Käufer einen Großteil ihres Bedarfs bei ihm decken oder eine große Anzahl der Käufer wird bei ihm kaufen. Da eine Koordination auf das nachteilige Gleichgewicht allseitiges Kaufen beim Incumbent bedeutet, befindet sich daher oft der allergrößte Teil der Käufer bei Einführung des Rabatts bereits in der Ausübung der Strategie, die unter Ausschließlichkeit induzierenden Rabattsystemen das nachteilige Gleichgewicht kennzeichnen. Diese Käufer werden erwarten, dass die meisten anderen Käufer in derselben Lage sind wie sie selbst. Sie erwarten also, dass viele andere Käufer ebenfalls schon die Strategie ausüben, die bei allseitiger Ausübung das marktverschließende Gleichgewicht kennzeichnet. Daher haben sie keinen Grund anzunehmen, die übrigen Käufer würden nun zum Entrant wechseln. Weil die anderen nicht wechseln, werden sie selbst ebenfalls weiter beim Incumbent kaufen. Der Gleichgewichtswechsel zum allseitigen Kauf beim Entrant erfordert so oft eine Koordination, die für die Käufer extrem schwer zu leisten ist. Der Incumbent kann also einen Ausschließlichkeit induzierenden Rabatt anbieten, bevor der Entrant eintritt, und so dafür sorgen, dass sich die Kunden automatisch im für sie negativen Gleichgewicht befinden. Wenn alle Käufer im negativen Gleichgewicht kaufen, lohnt sich für niemanden die unilaterale Abweichung. Das bei Rasmusen et al. erforderliche Verhältnis von *minimum viable share* und Monopolrente des Incumbents wird daher bei Rabatten praktisch keine Rolle spielen. Das Erfordernis eines *minimum viable sha-*

res allein, d.h. die Tatsache, dass kein Käufer den Marktzutritt allein gewährleisten kann, wird meist ausreichen, um die Käufer in das für sie ungünstige Gleichgewicht zu drängen.

Diese Überlegung zum spezifischen Koordinationsproblem bei Rabatten hat auch Implikationen für die Wahl der Referenzperiode durch den Monopolisten. Zwar hat kein einzelner Käufer einen Anreiz vom Gleichgewicht abzuweichen. Wenn aber alle zugleich zum Entrant wechseln, der billiger anbietet, so dass dieser am Markt bleiben kann, wäre das für alle Käufer vorteilhaft. Solch ein koordinierter Gleichgewichtswechsel könnte durch einen Moment induziert werden, in dem alle zugleich das Signal erhalten, „dies ist eine gute Wechselgelegenheit“.²¹⁷ Ein solches Signal könnte darin liegen, dass alle Referenzperioden gleichzeitig enden, sodass alle Käufer sich zugleich die Frage stellen, ob sie nicht in der nächsten Referenzperiode beim Entrant kaufen sollten. Ein solches Signal wird verhindert, wenn der Incumbent die Referenzperioden so konstruiert, dass sie sich überlappen und so kein Zeitpunkt existiert, an dem alle zugleich auslaufen. Dies legt nahe, dass sich überlappende Referenzperioden ineffizienten Marktverschluss erleichtern.

Allerdings weisen Rabatte auch eine Eigenschaft auf, die den ineffizienten Marktverschluss erschweren könnte. Im Modell von Rasmusen et al. entscheiden sich alle Käufer am Anfang für oder gegen eine Ausschließlichkeitsbindung. Demgegenüber entscheiden sich die Käufer in einem Rabattsystem bis zum Einsetzen des Sogeffekts, der die Preise kurz vor Erreichen der Rabattschwelle negativ werden lässt, mit jedem Kauf neu für das Rabattsystem. Das bedeutet, dass den Käufern die Koordination erleichtert wird, wenn sie beobachten können, wie die anderen Käufer handeln. Wenn der erste der drei Käufer im Modell aus dem Rabattsystem aussteigt und die anderen beiden dies beobachten können, wissen sie, dass ihr Ausstieg je genügen kann, um den Marktzutritt des Entrants zu gewährleisten. Der zweite Käufer hat dann einen echten Anreiz auszusteigen. Und weil der erste weiß, dass er diesen Anreiz schafft, und so den zweiten zum Ausstieg motiviert, kann er ebenfalls einen Anreiz zum Ausstieg haben. Wenn also die Käufer untereinander ihre jeweiligen Kaufentscheidungen gut und leicht beobachten können, kann das Argument von Rasmusen et al. nicht auf Rabatte übertragen werden, deren Sogeffekt erst spät in der Referenzperiode eintritt. Eine solche leichte Beobachtbarkeit wird unter konkurrierenden Käufern allerdings selten gegeben sein.

Zuletzt liefert die Adaption des Modells von Rasmusen et al. auch ein Argument dafür, dass kurze Referenzperioden weniger problematisch sind als lange. Dieses Argument ist Ausprägung der Möglichkeit, dass Rabatte schon zugetretene Wettbewerber wieder vom Markt verdrängen, nicht dagegen der Möglichkeit, dass sie

²¹⁷ Die Wirkung wäre ähnlich der eines *focal points*, wenn auch Fälle von *focal points* in der Regel nicht Gleichgewichtswechsel, sondern Gleichgewichtsauswahl betreffen. Vgl. Behnke (2007).

Marktzutritt verhindern. Im Fall von Rabatten bedeutet die Koordination der Käufer auf das ihnen günstige Gleichgewicht, dass alle Käufer beim Entrant kaufen, der billiger anbietet. Dies beschreibt eine Situation, in welcher der Entrant schon am Markt ist. Bei Rasmusen et al. will kein Käufer in der Situation enden, dass er keine Ausschließlichkeitsbindung abgeschlossen hat und der Entrant nicht an den Markt kommt, weil er dann einen höheren Preis für das Gut beim Incumbent zahlen muss. Bei Rabatten dagegen findet die Koordination nicht eigentlich mit einer einmaligen Reaktion auf ein Angebot vor Zutritt des Entrants statt, denn um an einem Rabattsystem teilnehmen zu können, muss man oft nichts unterschreiben. Die Käufer bekommen schlicht den Rabatt, sobald sie die Rabattschwelle überschreiten. Die Koordination erfolgt damit über viele Einzelentscheidungen beim Entrant zu kaufen oder beim Incumbent. Zu dem Zeitpunkt, in dem Koordination auf das günstige Gleichgewicht möglich ist, ist der Entrant daher schon am Markt. Die Käufer fürchten keine Nachteile für den Fall, dass der Entrant nicht zutritt, sondern für den Fall, dass der Entrant den Markt verlässt. Im Fall von Rabatten fürchtet der Käufer die Situation, dass er so wenig beim Incumbent gekauft hat, dass er dessen Rabatt nicht mehr erreichen kann, und gleichzeitig die günstigere Bezugsquelle durch Ausscheiden des Entrants versiegt, bevor er bei diesem so viel gekauft hat, dass sich der Verzicht auf den Rabatt gelohnt hat. Scheidet also der Entrant in einem frühen Stadium der Referenzperiode aus, ist der Käufer gezwungen für einen relativ langen Zeitraum seinen Bedarf beim Incumbent zu decken, ohne eine Chance zu haben, den Rabatt zu erreichen. Scheidet dagegen der Entrant gegen Ende der Referenzperiode aus, so hat der Käufer schon einen großen Teil seines Bedarfs zu günstigen Preisen beim Entrant gedeckt und muss nur noch einen relativ kleinen Rest seines Bedarfs beim Incumbent kaufen, ohne den Rabatt zu erhalten. Wenn der Entrant etwa zur gleichen Zeit ausscheidet, zu der die alte Referenzperiode endet und eine neue beginnt, so kann sein Ausscheiden dem Käufer, der beim Entrant kaufte, gleichgültig sein: Er hat in der auslaufenden seinen Bedarf weitgehend zu den niedrigen Preisen des Entrants decken können. Daher wird er seine Entscheidung gegen den Rabatt des Monopolisten nicht bedauern. Und in der nächsten Referenzperiode kann er wieder am Rabattsystem des Incumbents teilnehmen und den Rabatt erreichen. Die Spielstruktur bleibt grundsätzlich die gleiche – mit einer Besonderheit. Je wahrscheinlicher es ist, dass das Ausscheiden des Entrants zur Folge hat, dass eine große Menge vom Incumbent abgenommen werden muss, ohne dass eine Chance auf den Rabatt besteht, desto risikoreicher ist es für einen Käufer, überhaupt zum Entrant zu wechseln. Die Wahrscheinlichkeit, dass das Ausscheiden des Entrants auf den Wechsel zweier Referenzperioden fällt, steigt mit der Anzahl der Referenzperiodenwechsel pro Zeiteinheit. Dazu kommt, dass in der Regel der Bedarf eines Käufers für eine kurze Referenzperiode kleiner ist als für eine lange. Aus beiden Gründen ist das Risiko beim Entrant zu kaufen für einen Käufer umso kleiner, je kürzer die Referenzperiode ist. Auch aus diesem Grund sollten Rabatte mit Referenzperioden unter drei Monaten unter einen *safe harbor* fallen²¹⁸ und nicht als missbräuchlich gelten.

218 Vgl. i) Die Länge der Referenzperiode.

Für den Tatbestand der Missbräuchlichkeitsvermutung gegen Rabatte bedeutet dies,

- 1) dass das Verhältnis von Monopolrente und *minimum viable share* keine Rolle spielt,
- 2) dass es für die Möglichkeit eines Marktverschlusses durch Ausschließlichkeit induzierende Rabatte spricht, wenn der nachhaltige Marktzutritt eines Entrants nicht durch die Kaufentscheidungen eines einzelnen Käufers herbeigeführt werden kann (das heißt Marktzutritt erfordert die Erreichung eines *minimum viable shares*), so dass es für mehrere Käufer, die den Marktzutritt gemeinsam ermöglichen könnten, schwierig ist, sich zu koordinieren,
- 3) dass Rabatte in der Regel nicht missbräuchlich sind, wenn den Käufern oder dem Entrant Mittel zur Verfügung stehen, welche die Koordination erleichtern, z.B. wenn die Käufer leicht beobachten können, ob andere Käufer beim Incumbent oder beim Entrant kaufen, und dieses Wissen sinnvoll verwalten können, so dass das Koordinationsproblem erleichtert wird.
- 4) dass der Tatbestand die Voraussetzung enthalten sollte, dass die Referenzperiode lang ist oder die Referenzperioden der einzelnen Käufer sich überlappen.

Annex zu 3)

Das Spiel ließe sich stark vereinfacht wie folgt modellieren: Die Annahmen schließen an das Beispiel aus obigem Text an. Es gibt einen Monopolisten und einen Entrant. Der Monopolist produziert zu konstanten Grenzkosten in Höhe von c_I . Der Entrant hat konstante Grenzkosten in Höhe von $c_E < c_I$. Die Konsumentenrente im Falle von Bertrand-Wettbewerb ist wie in Abbildung 8 (nach Fn. 216) viermal so groß wie unter Monopolpreisen²¹⁹. Der Monopolist kann jedem der drei Abnehmer ein *take it or leave it offer* zum Abschluss einer Ausschließlichkeitsbindung machen. Nehmen wir ein Dreieck in der Größe des individuellen *dead weight loss* aus der obigen Abbildung nach Fn. 216 als Einheit, so verbleibt einem Abnehmer bei Marktzutritt eine Rente von 4 und ohne Marktzutritt und ohne Ausschließlichkeitsbindung eine Rente von 1. X^* ist also 3. Als Kompensation für den Abschluss einer Ausschließlichkeitsbindung kann der Marktbeherrscher $1+\epsilon$ anbieten, $\epsilon \in (0, 3)$. So ergibt sich folgende Matrix:

219 Das liegt an der Annahme einer linear fallenden Nachfragekurve für jeden Käufer. Im oben dargestellten Fall hat diese Nachfrage genau die Form $p = 1-q$. Dass die Konsumentenrente im Wettbewerbsfall viermal so groß ist wie im Monopolfall lässt sich Abbildung 8 leicht ablesen.

		Annehmen 2		Ablehnen 2	
		Annehmen3	Ablehnen3	Annehmen3	Ablehnen3
Annehmen1	$1+\epsilon; 1+\epsilon;$ $1+\epsilon$	$1+\epsilon; 1+\epsilon; 1$	$1+\epsilon; 1; 1+\epsilon$	$1+\epsilon; 4; 4$	
Ablehnen1	$1; 1+\epsilon; 1+\epsilon$	$4; 1+\epsilon; 4$	$4; 4; 1+\epsilon$	$4; 4; 4$	

Abbildung 9

Die Matrix in Abbildung 9 zeigt, dass sowohl der Strategievektor (Annehmen, Annehmen, Annehmen) als auch der Strategievektor (Ablehnen, Ablehnen, Ablehnen) je ein Gleichgewicht darstellen.²²⁰ Der Spielausgang hängt von der Koordination der Abnehmer auf eines der Gleichgewichte ab.

Für eine Koordination auf (Ablehnen, Ablehnen, Ablehnen) spricht die höhere Auszahlung für alle. Zwingend ist diese Koordination aber nicht. Vielmehr hängt die Koordination davon ab, welche Handlung die Käufer von den anderen Käufern erwarten. Die Möglichkeit des Incumbents ϵ anzupassen, führt dazu, dass jeder Käufer erwartet, die anderen würden annehmen: Jeder der Spieler weiß, der Monopolgewinn des Incumbents reicht aus, um die mindestens notwendigen zwei Käufer voll zu entschädigen. Es ist daher klar, dass der Marktverschluss gelingen wird. Jeder Spieler wird davon ausgehen, es werde das Gleichgewicht (Annehmen, Annehmen, Annehmen) gespielt. Daher werden die Käufer sich hierauf koordinieren.

Besonders deutlich wird dieser Umstand, wenn man sich das Spiel als sequentielles vorstellt: Lehnt der erste Käufer ab, so weiß er, der Incumbent wird den beiden nächsten ein ϵ von 3 anbieten, und sie werden annehmen. Der Marktverschluss wird dann gelingen und er, der erste Käufer, wird ohne Kompensation den Monopolpreis

²²⁰ Es existiert ein drittes Gleichgewicht in gemischten Strategien. Die konkrete Gestalt dieses Gleichgewichts hängt von der Größe von ϵ ab. Setzt man für ϵ beispielsweise 2 ein, so wäre es ein Gleichgewicht, dass jeder Spieler mit einer Wahrscheinlichkeit von 0,8165 das Ausschließlichkeit induzierende Rabattangebot wahrnimmt und es mit Wahrscheinlichkeit 0,1835 ablehnt.

bezahlen müssen. Daher wird er bereit sein, schon ein $\varepsilon < 3$ zu akzeptieren – im Endeffekt schon für ε nur marginal größer null.

Dass Annehmen das einzige Gleichgewicht ist, gilt nur, wenn die Bedingung

$$\frac{N^*}{N} \leq \frac{\pi}{X^*}$$

erfüllt ist. Nur dann ist gewährleistet, dass alle Käufer wissen, dass der Marktverschluss ohnehin gelingen wird. Auch ohne die Bedingung bleibt der Marktverschluss jedoch ein Gleichgewicht. Das Argument der Payoff-Dominanz des ablehnenden Gleichgewichts hat dann jedoch ein größeres Gewicht.

4) Intensiver *downstream*-Wettbewerb erschwert ineffizienten Marktverschluss durch Ausnutzung des *minimum viable share* (Fumagalli/Motta)

Die marktverschließende Wirkung von Ausschließlichkeitsbindungen oder Ausschließlichkeit induzierenden Rabatten kann eingeschränkt sein, wenn Wettbewerb zwischen den Abnehmern besteht.²²¹ Das liegt daran, dass die Marktanteile der Abnehmer, wenn sie miteinander in einem nachgelagerten Markt im Wettbewerb stehen, anders als im Modell von Rasmusen et al., dynamisch sind. Die Senkung der Kosten eines Zwischenhändlers oder Weiterverarbeiters durch im Vergleich zu den anderen niedrige Einstandspreise ermöglicht es ihm, seinen Verkaufspreis zu senken und so seinen Marktanteil zu vergrößern. Dieser Mechanismus gilt für alle Produktionsketten – unabhängig davon, ob auf den Stufen zwischen dem ersten Produzenten und den Konsumenten Zwischenhändler oder Weiterverarbeiter stehen. Nur aus Gründen der leichten Verständlichkeit wird im Folgenden eine einfache Produktionskette aus Produzent des Inputs, Zwischenhändler und Konsumenten angenommen. Wenn im Folgenden von Zwischenhändlern die Rede sein wird, ist ebenso eine weiterverarbeitende Firma gemeint, die das Produkt des Produzenten als Input nutzt, verändert und als neues Produkt weiterverkauft.

Fumagalli/Motta²²² modellieren die Wirkung dynamischer Marktanteile durch die Annahme von Bertrand-Wettbewerb zwischen den Zwischenhändlern. Bertrand-Wettbewerb mit homogenen Gütern verdeutlicht die Dynamik der Marktanteile in besonders pointierter Weise. Derjenige, der den niedrigsten Preis bietet, versorgt den gesamten Markt. Alle, die diesen Preis nicht ebenfalls anbieten können, haben keine Kunden. Selbst wenn also, wie im Modell von Rasmusen et al., der Markteintritt des Entrant nur gelingt, wenn der Entrant einen erheblichen Teil des Markts beliefern kann, so reicht im Modell von Fumagalli/Motta ein einziger freier Zwischenhändler aus, um den Marktzutritt zu ermöglichen, vorausgesetzt der Entrant hat niedrigere Kosten als der Marktbeherrscher. Wenn alle anderen Zwischenhändler an den Marktbeherrscher gebunden sind und von diesem zu einem Preis in der Höhe seiner

²²¹ Fumagalli/Motta (2006).

²²² Für eine formale Darstellung des Modells vgl. Annex zu diesem Abschnitt.

hohen Grenzkosten versorgt werden, haben sie höhere marginale Kosten als der freie Zwischenhändler. Dieser kann zu einem niedrigeren Preis von dem Entrant mit niedrigeren Grenzkosten kaufen. Im Bertrand-Wettbewerb mit perfekten Substituten wird der freie Zwischenhändler zu einem niedrigeren Preis anbieten und den gesamten Markt beliefern. Seine Nachfrage nach Input bildet also den gesamten nachgelagerten Markt ab und nicht nur einen Teil desselben. Daher reicht die von ihm abgenommene Menge aus, um dem Entrant den Marktzutritt zu ermöglichen.

Ein Marktverschluss durch Ausschließlichkeitsbindungen des Marktbeherrschers erfordert daher, dass alle Zwischenhändler die Ausschließlichkeitsbindung unterschreiben. Weil so jeder einzelne Zwischenhändler für den Marktverschluss unerlässlich wird, muss der Marktbeherrscher jeden Zwischenhändler voll entschädigen. Dieser Umstand macht den Marktverschluss sehr teuer. In der Bedingung des Modells von Rasmusen et al. hieße das, dass N^* immer ebenso groß ist wie N , so dass $N^*/N = 1$. Die Bedingung lautet nun:

$$1 \leq \frac{\pi}{X^*}$$

Wie aber Posner und Bork richtig erkannt hatten, ist der Mehrgewinn des Monopolisten durch die Erhaltung seines Monopols (π) in der Regel kleiner als der Verlust an Konsumentenrente durch die Erhaltung des Monopols (X^*). Daher ist eine Kompensation aller notwendigen Käufer für den Abschluss einer Ausschließlichkeitsbindung bzw. die Teilnahme an einem Ausschließlichkeit induzierenden Rabatt nicht mehr möglich und nicht alle Gleichgewichte führen zu Marktverschluss.

Im Grundmodell von Fumagalli/Motta hängt dieses Ergebnis allerdings an einem kleinen Kunstgriff. Die Zwischenhändler, die einen höheren Einstandspreis zahlen und daher voraussehen, dass sie nicht den Bertrand-Preis bieten können, entscheiden, gar nicht erst am Markt aktiv zu werden. Wenn alle Zwischenhändler bis auf einen auf diese Weise ausscheiden, entfällt der Wettbewerbsdruck, den sie normalerweise ausüben würden und der Bertrand-Preis liegt anstatt in der Höhe der nächst höheren Grenzkosten in Höhe des Monopolpreises. So erhält der einzelne freie Zwischenhändler die ganze Monopolrente der Produktionskette. Diese Monopolrente bewirkt einen starken Anreiz, die Ausschließlichkeitsbindung nicht zu unterschreiben, wenn die anderen sie unterschreiben, und zerstört so das marktverschließende Gleichgewicht. Die Annahme, dass ein Zwischenhändler sein Geschäft einstellt, sobald er feststellt, dass er einen zu hohen Einstandspreis bezahlt, ist allerdings extrem.

Auch funktioniert das Modell von Fumagalli/Motta besonders gut unter der Annahme von Bertrand-Wettbewerb mit perfekten Substituten. Sind aber die Produkte der Zwischenhändler, für die das Produkt von Entrant und Incumbent Input ist, nicht substituierbar, so dass jeder Weiterverarbeiter in seinem Markt Monopolist ist, so repliziert das Modell von Fumagalli/Motta die Ergebnisse von Rasmusen et al. Dazwischen liegt ein Kontinuum, im Verlaufe dessen Marktverschluss zunächst immer schwerer und schließlich unmöglich wird. Wo genau der Punkt liegt, der den Teil des Kontinuums, in dem Marktverschluss möglich ist, von jenem trennt, in dem er

unmöglich ist, kann zwar für das Modell errechnet werden, ist aber faktisch kaum auf die Realität übertragbar.

Insgesamt erscheint das Ergebnis von Fumagalli/Motta recht fragil. Entfernt man aus dem Modell die Annahme, dass Zwischenhändler den Markt sofort verlassen müssen, wenn sie sich nicht zu niedrigsten Preisen eindecken können und belässt es gleichzeitig bei der Annahme von Bertrand-Wettbewerb mit perfekten Substituten und konstanten Grenzkosten, dann ergibt sich, dass die Zwischenhändler, egal was sie tun, praktisch 0 verdienen. Das verändert das Modell erheblich.

Kaufen alle Zwischenhändler beim selben Anbieter zum selben Preis, machen sie keinen Profit, weil der Bertrand-Wettbewerb zwischen ihnen den Preis auf ihre Grenzkosten, d.h. den Inputpreis drücken wird. Wenn also alle die Ausschließlichkeitsbindung unterschreiben oder wenn keiner von ihnen sie unterschreibt, macht kein Zwischenhändler Profit. Wenn nur Einzelne die Ausschließlichkeitsbindung unterschreiben, machen die, die unterschrieben haben, ebenfalls keinen Profit, denn sie sind wegen der Ausschließlichkeitsbindung dem Monopol des Incumbents mit den höheren Grenzkosten ausgesetzt und werden daher im Bertrand-Wettbewerb der Zwischenhändler nicht die niedrigsten Grenzkosten haben. Daher werden sie auf dem nachgelagerten Markt nichts verkaufen. Allein die freien Zwischenhändler werden also eine positive Anzahl von Einheiten verkaufen. Auch sie machen aber praktisch keinen Profit. Der freie Zwischenhändler kauft zum Wettbewerbspreis beim Entrant. Dieser liegt – wie immer bei Bertrand-Wettbewerb mit perfekten Substituten – ein unendlich kleines ϵ unter den höheren Grenzkosten des Incumbents. Dann verkauft der freie Zwischenhändler im Wettbewerb mit den anderen Zwischenhändlern wieder zum Wettbewerbspreis. Dieser liegt wieder in der Höhe der höheren Grenzkosten, denn zu diesem Preis wäre der Incumbent bereit, an die von ihm gebundenen Zwischenhändler zu verkaufen, wenn sie dadurch eine positive Menge kaufen und weiterverkaufen könnten. Ein Preis in Höhe der höheren Grenzkosten entspricht daher den Kosten der anderen Zwischenhändler, die ihren Input beim Marktbeherrscher zum Preis in Höhe dessen höheren Grenzkosten beschaffen müssten. Der Verkaufspreis liegt also wieder ein unendlich kleines ϵ unter den Grenzkosten des Marktbeherrschers und damit genau beim Einstandspreis des freien Zwischenhändlers.²²³

223 Anders wäre es natürlich, wenn der Incumbent sein Produkt zum Monopolpreis verkaufte. Dann würde der freie Zwischenhändler einen Monopolgewinn machen. Hier sieht man, warum die extreme Annahme des Ausscheidens aller Zwischenhändler, die nicht die kleinsten Grenzkosten haben, wahrscheinlich eine modelltechnisch notwendige Annahme war: Weil die gebundenen Zwischenhändler keine Einheit absetzen, kaufen sie auch keine ein. Dennoch beeinflusst der Preis, den sie zahlen würden, den Preis, den der freie Zwischenhändler verlangen kann. Diesen Preis gibt es aber mangels Transaktion nicht. Allerdings gibt es einen guten Grund anzunehmen, dass die gebundenen Zwischenhändler sich das Inputprodukt zu einem Preis in Höhe von c_I vom Incumbent beschaffen könnten und dieser Preis daher den Bertrand-Preis im Konsumentenmarkt bestimmt. Würde der freie Zwischenhändler seinen Verkaufspreis auf $c_I + \epsilon$ anheben, so könnten die gebundenen Zwischen-

Daher sollte man denken, die Zwischenhändler würden die Ausschließlichkeitsbindung für jede beliebig kleine Entschädigung unterschreiben, denn eine beliebig kleine Entschädigung ist besser als 0 Profit.

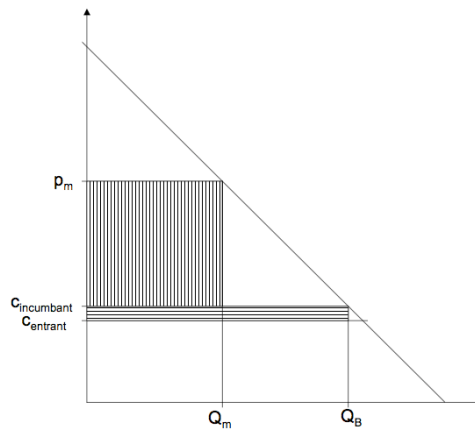


Abbildung 10

Die Möglichkeit des Marktverschlusses hinge dann von dem Verhältnis der Monopolrente des Incumbents zur Rente des Entrants im Fall des Marktzutritts ab. Diese Renten bestimmen die maximale „Belohnung“, die Entrant bzw. Incumbent ihren Kunden versprechen können, damit sie bei ihnen und nicht beim je anderen kaufen.

In Abbildung 10 repräsentiert die quer gestreifte Fläche den Profit, der in der Produktionskette anfiel, wenn Marktzutritt stattfindet. Dieser fällt vollständig beim Entrant an. Er könnte ihn aber nutzen, um Käufer dafür zu belohnen, bei ihm gekauft zu haben. Die senkrecht gestreifte Fläche ist der Monopolgewinn des Incumbents, den er realisiert, wenn er Marktzutritt verhindert. Gleichzeitig ist diese Fläche der maximale Preis, den der Incumbent für den Marktverschluss zu zahlen bereit ist.

Wenn der Entrant bereit ist, dem einzigen freien Zwischenhändler die ganze (quer gestreifte) Rente zukommen zu lassen, wird der Marktverschluss für den Marktbherrscher teurer. Er müsste alle Käufer – wir nehmen wieder an, es seien drei identische – voll dafür entschädigen, dass sie nicht der freie Käufer sein und die quer gestreifte Fläche als Profit realisieren werden. So hinge die Möglichkeit des Marktverschlusses von dem Verhältnis der Größe dieses Profits zum Monopolprofit des Incumbents ab. In Abbildung 10 ist die Fläche, die den Monopolprofit repräsentiert, mehr als dreimal so groß, wie die Fläche, die den Profit des Zwischenhändlers mit den niedrigsten Kosten repräsentiert, so dass der Marktverschluss sich für den

händler beim Incumbent das Produkt zum Preis von c_I bestellen, um es für einen Preis in Höhe von c_I zu verkaufen. Der Incumbent hätte keinen Grund auf diese Bestellung nicht zum Preis von c_I zu liefern.

Marktbeherrscher lohnen könnte. Gäbe es allerdings sieben Zwischenhändler, so müsste der Incumbent diese Entschädigung siebenmal aufbringen, Marktverschluss würde zu teuer und damit unmöglich.

Das Ergebnis von Fumagalli/Motta ist für die praktische Wettbewerbspolitik nicht leicht zu verwerten. Klar ist, dass, wenn die Zwischenhändler je Monopolisten in ihrem Markt sind, das Ergebnis von Rasmusen et al. gilt und der Incumbent die Koordinierungsprobleme der Zwischenhändler mit Hilfe von Ausschließlichkeitsbindungen oder Ausschließlichkeit induzierenden Rabatten für einen Marktverschluss nutzen kann. Klar ist auch, dass unter der extremen Annahme von Bertrand-Wettbewerb mit perfekten Substituten zwischen den Zwischenhändlern in Verbindung mit der Annahme, dass den Markt verlässt, wer nicht den niedrigsten Einstandspreis bezahlt, Marktverschluss durch Ausschließlichkeitsbindungen und Ausschließlichkeit induzierende Rabatte praktisch ausgeschlossen sind. Im gesamten Bereich zwischen diesen beiden Extremen lässt sich jedoch keine allgemeingültige Grenze ziehen.

Das Modell von Fumagalli/Motta weist damit darauf hin, dass eine Missbräuchlichkeitsvermutung gegen Ausschließlichkeit induzierende Rabatte dann nicht gelten sollte, wenn konkrete Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass die Zwischenhändler bzw. Weiterverarbeiter miteinander in intensivem Wettbewerb stehen. Diese Anhaltspunkte sollten konkret darin bestehen,

- 1) dass die Produkte der Zwischenhändler bzw. der Weiterverarbeiter, die sie aus dem Input des Incumbents bzw. potentieller Entrants produzieren, sehr gut substituierbar sind (dies ist bei Zwischenhändlern, die das Produkt nicht verändern, wahrscheinlicher als bei Weiterverarbeitern, die das Produkt verändern und so heterogenisieren);
- 2) dass das Unterbieten der anderen Zwischenhändler ganz erhebliche Marktanteilsgewinne in kurzer Zeit zur Folge hat. Dies hängt auch davon ab, ob ein Zwischenhändler oder Weiterverarbeiter seine Kapazität realistischerweise kurzfristig so ausbauen kann, dass er den vergrößerten Marktanteil auch bedienen kann.

Weil diese Gesichtspunkte nicht in erster Linie das Unternehmen des Marktbeherrschers und die von ihm generierten Effizienzen betrifft, sondern die Marktstruktur, sollte das Nichtvorliegen dieser drei Punkte von der Wettbewerbsbehörde im Tatbestand der Missbräuchlichkeitsvermutung geprüft werden und nicht ihr Vorliegen vom Marktbeherrscher im Rahmen einer Effizienzeinrede bewiesen werden müssen.

Annex zu 4)

Hier soll formal in leicht abgewandelter Form und stärkerer Anlehnung an das Ausgangsmodell von Rasmusen/Ramseyer/Wiley der Mechanismus veranschaulicht werden, der die Ergebnisse des Modells von Fumagalli/Motta erzeugt. Wir betrach-

ten eine Produktionskette, auf deren oberster Stufe ein Incumbent I steht, der zu marginalen Kosten $c_I = \frac{1}{2}$ ein Produkt herstellt, das auf der zweiten Produktionsstufe als Input genutzt wird. Auf der zweiten Stufe stehen drei Käufer B_i (i kann die Werte 1, 2 und 3 annehmen), die je aus dem Produkt des Incumbents ohne weitere Kosten ein weiteres homogenes Produkt herstellen und an Konsumenten verkaufen. Sie stehen im Bertrand-Wettbewerb. Die Marktnachfragefunktion für das von den B_i hergestellte Produkt ist $P = 1 - Q$, wobei P den Marktpreis bezeichnet und Q die auf dem ganzen Markt abgesetzte Menge. Wenn alle B_i ihr Produkt zum selben Preis anbieten, so nehmen wir an, dass jeder B_i je ein Drittel der Marktnachfrage befriedigt.

Ferner steht ein Entrant E bereit, um auf den Markt des Inputprodukts einzutreten. Er kann das Inputprodukt zu marginalen Kosten von c_E herstellen. Für c_E gilt: $0 \leq c_E < c_I$. Der Entrant kann – zum Beispiel wegen der Fixkosten des Marktzutritts – nur auf den Markt zutreten, wenn er mindestens eine Menge von $\frac{1}{4}$ absetzt. Diese Menge entspricht der Hälfte der Marktgröße, die entstünde, würde der Incumbent zu Grenzkosten c_I verkaufen und die Käufer ebenfalls zu einem Preis in Höhe ihrer Grenzkosten von c_I weiterverkaufen: Wenn die Nachfragefunktion $P = 1 - Q$ gilt, ergibt sich im Falle von $P = c_I = \frac{1}{2}$, dass $\frac{1}{2} = 1 - Q \Leftrightarrow Q = \frac{1}{2}$. Die Hälfte davon ist $\frac{1}{4}$. Im Fall von $P = \frac{1}{2}$ und Weiterverkauf zu einem Preis gleich Grenzkosten würde jeder der drei B_i eine Menge von $\frac{1}{6}$ kaufen und absetzen.

Der Verlauf des Spiels ist wie folgt strukturiert:

In t_0 macht der Incumbent den B_i eine take it or leave it offer, eine Ausschließlichkeitsbindung einzugehen. Dafür bietet er ihnen eine Kompensation von x an. Die Ausschließlichkeitsbindung hat den Inhalt, dass der Käufer nicht beim Entrant kaufen kann. Sie enthält keine Festlegung auf einen künftigen Preis. Ein Bruch der Vereinbarung ist nicht möglich – auch nicht gegen Schadensersatz. Die Käufer entscheiden, ob sie die Ausschließlichkeitsbindung annehmen.

In t_1 entscheidet der Entrant, ob er in den Markt eintritt.

In t_2 setzt der Incumbent seine Preise (p_{I1} und p_{I2}), wobei er unterschiedliche Preise setzen kann für die Käufer, die eine Ausschließlichkeitsbindung unterschrieben haben einerseits (p_{I1}) und für freie Käufer andererseits (p_{I2}). Ebenso setzt der Entrant seinen Preis p_E .

In t_3 entscheiden die Käufer, ob sie am Markt aktiv sein wollen.

In t_4 betreiben die Käufer, die aktiv sind, Bertrand-Wettbewerb auf dem Konsumentenmarkt.

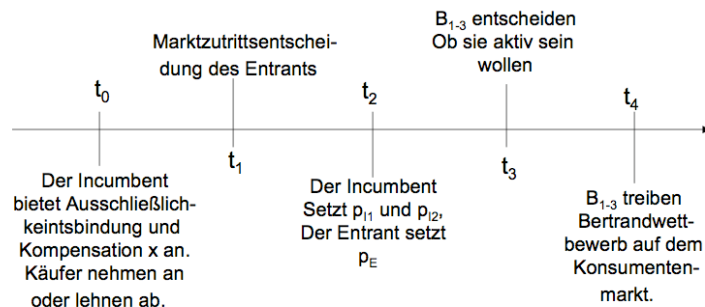


Abbildung 11

In t_3 wird nur derjenige entscheiden, in t_4 aktiv zu sein, der in t_4 auch etwas absetzen kann, so dass er wenigstens einen minimalen Verdienst erwirtschaftet. Weil in t_4 Bertrand-Wettbewerb herrscht und die von den Käufern produzierten Güter homogen sind, werden nur die Käufer in t_4 etwas absetzen, welche die niedrigsten Grenzkosten haben. Alle anderen Käufer werden daher entscheiden, inaktiv zu sein. Sollte nur ein Spieler niedrige Grenzkosten haben, wird nur er in t_3 entscheiden, aktiv zu sein, und in t_4 wird er daher Monopolist sein.

In t_2 wird der Incumbent von allen Spielern, die eine Ausschließlichkeitsbindung unterschrieben haben, den Monopolpreis verlangen, weil er ihnen gegenüber dank der Ausschließlichkeitsbindung Monopolist ist. Dagegen wird er p_{12} in Höhe seiner Grenzkosten setzen, weil er um die Nachfrage der freien Käufer im Bertrand-Wettbewerb mit dem Entrant steht. In diesem Wettbewerb wird er nicht zum Zuge kommen, wenn der Entrant eintritt, da der Entrant geringere Grenzkosten hat als er selbst, so dass jener einen Preis $p_E < p_{12}$ setzen kann und alle freien Käufer beim Entrant kaufen. Tritt der Entrant nicht zu, so wird der Incumbent auch für die freien Käufer Monopolist sein und von ihnen den Monopolpreis verlangen.

In t_1 entscheidet der Entrant sich für den Marktzutritt, wenn er eine Menge absetzen kann, die größer ist als $\frac{1}{4}$. Dies wird der Fall sein, wenn ein oder mehr freie Käufer am Markt sind. Ein einzelner freier Käufer, der beim Entrant kauft, wird zu einem Preis $p_E < p_{12} < p_{11}$ bedient. Daher wird er niedrigere Kosten haben als die beiden anderen Käufer in der Ausschließlichkeitsbindung. Daher wird er in t_4 die gesamte Nachfrage bedienen und die beiden anderen werden in t_3 entscheiden, nicht aktiv zu sein. Daher wird er in t_4 Monopolist sein und einen Preis in Höhe von

$p_E + \frac{1}{2}(1 - p_E)$ setzen.²²⁴ Da p_E maximal $\frac{1}{2}$ beträgt, wird der Preis maximal $\frac{3}{4}$ betragen und die Menge, die der freie Käufer auf dem Konsumentenmarkt absetzt, und daher auf dem Inputmarkt nachfragt, nicht kleiner sein als $\frac{1}{4}$. Gibt es zwei freie Käufer, werden beide beim Entrant kaufen, beide in t_3 entscheiden aktiv zu sein und sich dann in t_4 Bertrand-Wettbewerb liefern, so dass dort der Preis in der Höhe ihrer Grenzkosten von p_E liegen wird. Damit wird auf dem Konsumentenmarkt zu einem Preis von $p_E < \frac{1}{2}$ eine Menge $Q > \frac{1}{2}$ abgesetzt. Daher wird Marktzutritt schon bei einem einzigen freien Käufer und erst recht bei zwei oder drei freien Käufern erfolgen.

Nun stellt sich die Frage, wann ein Käufer eine Ausschließlichkeitsbindung annehmen würde. Diese Frage lässt sich mit einem Matrixspiel beantworten. Dafür sind jedoch noch Vorfragen zu klären. Ein einzelner freier Käufer wird in t_4 einen Monopolgewinn von wenigstens $1/16$ erzielen: Monopolpreis minus Kosten mal Monopolmenge ist $(\frac{3}{4} - \frac{1}{2}) \cdot \frac{1}{4} = 1/16$. Der Incumbent wird als Monopolist maximal einen Gewinn in gleicher Höhe machen: Die Käufer werden in Bertrand-Wettbewerb stehen, zu gleichen Kosten beim Incumbent kaufen und daher einen Preis in derselben Höhe wie ihr Inputpreis setzen. Der Incumbent kann daher als Monopolist seinen Preis direkt an der Nachfrage des Konsumentenmarktes ausrichten und wird daher ebenfalls einen Preis von $\frac{3}{4}$ setzen, eine Menge von $\frac{1}{4}$ absetzen und $1/16$ Profit verdienen. Dieser Monopolgewinn bildet die Obergrenze für die Entschädigung x , die er an die Käufer für einen Abschluss der Ausschließlichkeitsbindung insgesamt zahlen kann. Für x gilt daher und weil bis zu drei Käufern zu entschädigen sind, $0 < x \leq 1/(16 \cdot 3)$. Die Käufer verdienen in t_4 nichts, wenn sie die Ausschließlichkeitsbindung abgeschlossen haben, da sie entweder nicht am Markt aktiv sind oder in Bertrand-Wettbewerb mit konstanten Grenzkosten stehen. Sie verdienen allerdings in t_1 x . Ein freier Käufer verdient, wenn er allein ist, in t_4 den Monopolgewinn von mindestens $1/16$. Gibt es mehrere freie Käufer, verdienen sie nichts: Sie erhalten keine Entschädigung für die Unterzeichnung einer Ausschließlichkeitsbindung und liefern sich in t_4 Bertrand-Wettbewerb mit konstanten Grenzkosten in Höhe von p_E .

Damit ergibt sich folgende Matrix:

224 p_E sind die Kosten des freien Zwischenhändlers. Weil er Monopolist ist, wird er einen Preis setzen, der seinen Kosten plus einen Monopolaufschlag entspricht. Bei linearer Nachfrage, wie sie hier angenommen ist, entspricht dieser Monopolaufschlag immer $\frac{1}{2}$ -mal der Differenz von Kosten und Achsenabschnitt auf der Preisachse. Daraus ergibt sich $p_E + \frac{1}{2}(1 - p_E)$.

Annehmen 1			Ablehnen 1		
	Annehmen3	Ablehnen3		Annehmen3	Ablehnen3
Annehmen2	$x; x; x$	$x; x; 1/16$	Annehmen1	$1/16; x; x$	$0; x; 0$
Ablehnen1	$x; 1/16; x$	$x; 0; 0$	Ablehnen1	$0; 0; x$	$0; 0; 0$

Abbildung 12

Es ergibt sich daher, dass alle Gleichgewichte einen freien Käufer enthalten, der die Unterzeichnung der Ausschließlichkeitsbindung ablehnen wird. Der Marktverschluss kann daher nicht gelingen.²²⁵

f) Marktverschluss durch die Verbindung von Märkten durch Schwellenrabatte (*bundled rebates*)

Liegt die Asymmetrie zwischen dem Marktbeherrscher und seinen Konkurrenten darin, dass der Marktbeherrscher auch auf Märkten, welche die Wettbewerber aktuell nicht angreifen können, Monopolmacht hat, und auf all diesen Märkten typischerweise dieselben Käufer aktiv sind, so kann der Marktbeherrscher mit einem Rabatt seine Monopolmacht von den übrigen Monopolmärkten auf den angegriffenen Markt übertragen. Dazu kann er den Rabatt an die Bedingung knüpfen, dass der Käufer sowohl auf dem Monopolmarkt A als auch auf dem angegriffenen Markt B allen Bedarf bei ihm deckt. Hierdurch kann ein effizienterer Wettbewerber daran

²²⁵ Die Koordination auf asymmetrische Gleichgewichte, in denen nicht jeder die gleiche Strategie spielt, ist viel schwieriger als die Koordination auf symmetrische Gleichgewichte. Die Koordination auf ein asymmetrisches Gleichgewicht erfordert, dass unterschiedliche Rollen für die Spieler festgelegt werden. Auch Probanden in Laborexperimenten fällt die Koordination auf asymmetrische Gleichgewichte schwerer als die auf symmetrische. Allerdings ist es für das hier geführte Argument nicht wichtig, ob es Unternehmen in der Realität gelingt, eins der drei hier gefundenen Gleichgewichte zu spielen. Wichtig ist, dass die Spieltheoretische Analyse zeigt, dass jeder Abnehmer einen Anreiz hat vom Entrant zu kaufen, wenn die anderen beiden sich einem Ausschließlichkeit induzierenden Rabattsystem unterwerfen. Das macht den Marktverschluss für den Marktbeherrscher extrem schwer erreichbar.

gehindert werden, auf den angegriffenen Markt B zuzutreten. Diese Strategie kann jedoch vom Marktbeherrscher nur unter gewissen Bedingungen gewinnbringend für ineffizienten Marktverschluss genutzt werden. Diese Bedingungen werden im folgenden Abschnitt untersucht.

Zunächst wird hier gezeigt, wie ein Rabatt verschiedene Märkte verbinden kann [1)]. Dann wird dargestellt, wie und unter welchen Umständen die Verbindung von Märkten durch Rabatte für den Verschluss von Märkten genutzt werden kann [2)].

1) Verbindung von Märkten durch Rabatte

Ein Schwellenrabatt kann die Märkte für zwei Produkte verbinden, von denen der Rabattanbieter eines der Produkte als Monopolist anbietet, so dass ein ebenso effizienter Wettbewerber auf dem anderen der beiden Märkte ausgeschlossen würde. Dabei, hierauf weisen z.B. Greenlee et al. (2008) hin, entsteht aber in der Regel eine Effizienz, die hier schon vor den Erläuterungen zur Effizienzeinrede betrachtet werden muss.²²⁶

Nehmen wir an, das Unternehmen M ist Monopolist auf dem Markt A, auf dem es zu Kosten von null produziert und auf dem er sich der Nachfrage $Q_A = 1 - p_A \Leftrightarrow p_A = 1 - Q_A$ gegenüber sieht. Es bezeichnet hier p den Preis und Q die Gesamtmenge. Auf dem Markt B liefert sich M mit dem ebenso effizienten Wettbewerber W Bertrand-Wettbewerb mit homogenen Gütern. Auch hier haben beide Unternehmen zur Vereinfachung keine Kosten. Auch hier ist die Nachfrage, der sich M und W gegenübersehen, durch $Q_B = 1 - p_B \Leftrightarrow p_B = 1 - Q_B$ gegeben. Setzen beide Unternehmen die Preise unabhängig voneinander und für beide Märkte unabhängig, wird M auf Markt A einen Preis von $\frac{1}{2}$ verlangen und eine Menge von $\frac{1}{2}$ absetzen. Seine Rente beträgt $\frac{1}{4}$, die der Konsumenten $\frac{1}{8}$. Auf Markt B liefern sich M und W Bertrand-Wettbewerb mit homogenen Gütern, so dass der Preis bei null liegt. Entsprechend verdienen M und W je null, die gesamte Rente in Höhe von $\frac{1}{2}$ fällt bei den Konsumenten an. Die Konsumentenrente beträgt demnach auf beiden Märkten zusammen insgesamt $\frac{5}{8}$. M verdient auf beiden Märkten zusammen insgesamt $\frac{1}{4}$. W verdient nichts.

Nehmen wir nun an, dass alle Konsumenten, die auf Markt B aktiv sind, auch auf Markt A aktiv sind.

M kann nun seinen eigenen Profit steigern, ohne dass die Wohlfahrt der Konsumenten leidet, indem er im Markt A all jenen Käufern einen Rabatt anbietet, welche die Bedingung erfüllen, in Markt B ausschließlich bei ihm zu kaufen und in Markt B den Preis leicht anhebt. Das lässt sich vielleicht am anschaulichsten damit erklären, dass zwei kleine *dead weight losses* kleiner sind als ein großer. Maximiert M seinen

226 Zum Folgenden vgl. Greenlee et al. (2008). Zur Effizienzeinrede vgl. unten im Abschnitt „IV. Rabatte erfüllen die Effizienzeinrede nicht in der Mehrzahl der Fälle“.

Profit auf beiden Märkten gemeinsam unter der Bedingung, dass die Verbraucher mindestens $5/8$ an Rente bekommen, so wird er auf Markt B einen Preis von

$1 - \sqrt{\frac{5}{8}}$ setzen und den Preis in Markt A unter der Bedingung, dass der Käufer in

Markt B nur bei M kauft ebenfalls auf $1 - \sqrt{\frac{5}{8}}$ senken.²²⁷

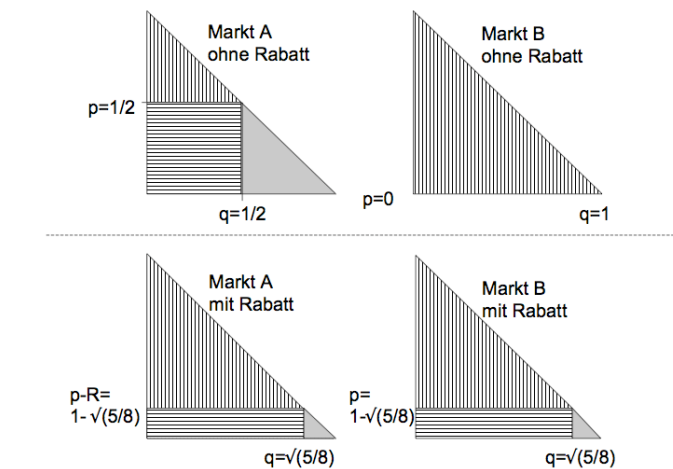


Abbildung 13

Wenn die Konsumenten sich auf dieses Angebot einlassen, bleibt ihre Rente ebenso hoch, wie wenn Marktzutritt geschehen wäre: $5/8 = 10/16$. Der Gewinn des M erhöht sich von $1/4=0,25$ für den Fall, dass die Preissetzung auf beiden Märkten unabhängig geschieht und W aktiv bleibt, auf $0,3306$ für den Fall, dass M einen Bündelrabatt anbietet. Zugleich wird aber am Markt B der ebenso effiziente Wettbewerber W ausgeschlossen. Die Aktivität des W beschränkt sich auf den Markt B. Auf diesem Markt ist eine maximale Rente von $1/2$ zu realisieren. Wenn aber die Märkte isoliert werden, wird M den Konsumenten in „seinem“ Markt A nie mehr als $1/8$ Rente gewähren. W hat daher keine Möglichkeit den Käufern eine Rente von mehr

227 Das Maximierungsproblem des M lautet:

$$\max_{p_A, p_B} : p_A(1 - p_A) + p_B(1 - p_B); \text{ s.t. } \frac{1}{2}(1 - p_A)^2 + \frac{1}{2}(1 - p_B)^2 = \frac{5}{8}.$$

Die Lösung hierfür findet sich im Annex zu diesem Abschnitt. $(1 - \sqrt{\frac{5}{8}}) \approx 0,21$.

als $\frac{1}{2}$ auf Markt B plus die $\frac{1}{8}$ Rente auf Markt A zu verschaffen. Er kann daher das Rabattangebot des M, das beide Märkte verbindet, nicht unterbieten. Der Bündelrabatt des M wurde hier nun so konstruiert, dass die Käufer im Vergleich zum Wettbewerbsfall in Markt B nichts durch den Kauf im Rabattsystem des M verlieren. Aber natürlich könnte M den Preis in einem Markt um ein beliebig kleines ϵ senken und die Konsumenten hätten einen Anreiz, ausschließlich bei M zu kaufen. M's Profit würde sich dabei minimal verringern und läge immer noch deutlich über dem Profit, den er ohne den Bündelrabatt machen würde.

Der Marktverschluss, den M durch das Rabattsystem erreicht, könnte ebenso erzielt werden, wenn M als Bedingung für den Rabatt eine ausschließliche Bedarfsdeckung durch ihn in beiden Märkten verlangte oder der Rabatt auf beide Produkte gewährt würde. Lediglich die Preise nach Gewährung des Rabatts würden wie im Beispiel liegen. Die Ausschließlichkeitsbedingung hat im hier genutzten stilisierten Beispiel nur auf Markt B Bedeutung, weil auf Markt A ohnehin niemand außer M das Produkt anbietet.

Nach dem hier angewandten *as-efficient-competitor-test* würde daher viel dafür sprechen, Bündelrabatte der Missbrauchsvermutung zu unterwerfen. Jedoch entsteht durch den Rabatt im Beispiel gleichzeitig eine Effizienz, ohne dass den Konsumenten geschadet würde, was die Effizienzeinrede bei Bündelrabatten in der Regel auslösen könnte. Wäre dies der Fall, erschiene es nicht gerechtfertigt, die Bündelrabatte einer Missbräuchlichkeitsvermutung zu unterstellen.

Die erste Voraussetzung der Effizienzeinrede, eine Steigerung der Wohlfahrt, ist erfüllt, denn die Gesamtwohlfahrt ist im Modell im Rabattfall ($0,3306 + 5/8 = 0,9556$) größer als ohne den Rabatt ($1/4 + 5/8 = 0,875$). Auch die dritte Voraussetzung der Effizienzeinrede ist erfüllt. Ein milderer Mittel ist zumindest im Modell nicht ersichtlich.

Die zweite Voraussetzung, die verlangt, dass die Effizienz auch an die Konsumenten weitergegeben wird, ist dagegen nicht notwendigerweise erfüllt. Zum einen hat der Monopolist keinen Anreiz die Konsumenten besser zu stellen als sie beim Kauf vom Wettbewerber stünden. Die Käufer haben keine Möglichkeit die Weitergabe eines größeren Teils der Effizienz zu erzwingen. Selbst wenn der Rabatt so ausgestaltet wäre, dass der Monopolist den Käufer zwingen könnte so viel zu kaufen, dass die maximale Wohlfahrt generiert würde – zum Beispiel, indem eine Schwelle beim absoluten Wert der Nachfrage zum Preis gleich Grenzkosten gesetzt würde –, so gäbe es keinen Anreiz für den Monopolisten mehr Rente an die Käufer weiterzugeben als sie beim Kauf vom Wettbewerber erhielten (im Modell: $5/8$).

Die Konsumentenrente würde gar geschmälert, wenn mehrere Käufer am Markt aktiv sind, das nachhaltige Wirtschaften am Markt das Erreichen eines Mindestmarktanteils (*minimum viable share*) voraussetzte, und der Monopolist die Möglichkeit hätte, den Rabatt nur einigen Käufern anzubieten. Dann würde der Monopolist durch den Rabatt eine ausreichende Menge an Käufern vom Kauf beim Wettbewerber abhalten (die Anzahl an Käufern, die bei Rasmusen N^* heißt und ausreicht, um den Markt zu verschließen) und von den übrigen Käufern (der Anzahl $N - N^*$, d.h.

den Käufern, die nicht mehr gebunden werden müssen, um den Markt zu verschließen) in beiden Märkten den Monopolpreis verlangen. Der Wettbewerb würde den Preis für die Käufer, die nicht am Rabattsystem teilnehmen, nicht senken, weil W mangels Aussicht, das *minimum viable share* zu erreichen, nicht am Markt B aktiv würde. Die Käufer im Rabattsystem würden voll entschädigt, erhielten aber keine größere Rente als bei Aktivität des W. Und die freien Käufer erhielten deutlich weniger Rente, als wenn sie im Markt B vom Wettbewerb zwischen dem Monopolisten und dem Wettbewerber profitierten. Da ein Teil der Käufer also genauso stünde wie bei Duldung des Wettbewerbers und ein anderer schlechter, wäre die Konsumentenrente insgesamt kleiner als bei Nichtverdrängung des Wettbewerbers durch den Bündelrabatt. Die von Greenlee et al. beschriebene Effizienz kann daher nicht begründen, dass die Effizienzeinrede im Fall von Bündelrabatten immer oder auch nur in den meisten Fällen durchgreife. Vielmehr wird der Monopolist zwar häufig durch die Bündelung eine Effizienz generieren können, für deren Schaffung die Bündelrabatte notwendig sind. Allerdings wird er meist keinen Anreiz haben, diese Effizienz auch an die Käufer weiterzuleiten. Wenn der Wettbewerber gar, um am Markt bleiben zu können, ein *minimum viable share* erreichen muss, wird die Konsumentenrente bei Bündelrabatten insgesamt in der Regel sogar kleiner sein als ohne Bündelrabatte.

Insgesamt wurden in diesem Abschnitt also drei Punkte im Zusammenhang mit der Missbräuchlichkeitsvermutung gegen Rabatte geklärt:

- 1) Schwellenrabatte auf mehrere Produkte sind geeignet, Monopolmärkte des Marktbeherrschers mit umkämpften Märkten zu verbinden, falls auf beiden Märkten typischerweise dieselben Käufer aktiv sind.
- 2) Dies kann zum Ausschluss ebenso effizienter Wettbewerber führen, indem die Verbindung bewirkt, dass die Käufer auf dem umkämpften Markt ausschließlich beim dort weniger effizienten Marktbeherrscher kaufen.
- 3) Insbesondere, wenn ein Wettbewerber des Marktbeherrschers ein *minimum viable share* erreichen muss, um am Markt zu bleiben, schmälern Bündelrabatte die Konsumentenwohlfaht.

Annex zu 1)

$$\max_{p_A, p_B} : p_A(1-p_A) + p_B(1-p_B); \text{ s.t. } \frac{1}{2}(1-p_A)^2 + \frac{1}{2}(1-p_B)^2 = \frac{5}{8}$$

Lagrange-Ansatz:

$$p_A(1-p_A) + p_B(1-p_B) - \lambda \left(\frac{1}{2}(1-p_A)^2 + \frac{1}{2}(1-p_B)^2 - \frac{5}{8} \right)$$

$$\text{Bzgl. } p_A: 1 - 2p_A + \lambda(1 - p_A) = 0 \quad (1)$$

$$\text{Bzgl. } p_B: 1 - 2p_B + \lambda(1 - p_B) = 0 \quad (2)$$

$$\text{Bzgl. } \lambda: (1 - p_A)^2 + (1 - p_B)^2 - \frac{5}{4} = 0 \quad (3)$$

Auflösung von (1) nach λ :

$$\Leftrightarrow \lambda(1 - p_A) = 2p_A - 1 \Leftrightarrow \lambda = \frac{2p_A - 1}{1 - p_A}$$

Einsetzen der Lösung für λ in (2) und Lösung nach p_B :

$$\Leftrightarrow 1 - 2p_B + \frac{2p_A - 1}{1 - p_A}(1 - p_B) = 0$$

$$\text{Definieren: } A = \frac{2p_A - 1}{1 - p_A}$$

$$\Leftrightarrow 1 - 2p_B + A(1 - p_B) = 0 \Leftrightarrow 1 - 2p_B + A - Ap_B = 0$$

$$\Leftrightarrow 1 + A = 2p_B + Ap_B \Leftrightarrow 1 + A = p_B(2 + A)$$

$$\Leftrightarrow \frac{1 + A}{2 + A} = p_B = \frac{1 + \frac{2p_A - 1}{1 - p_A}}{2 + \frac{2p_A - 1}{1 - p_A}} = \frac{1 - p_A + 2p_A - 1}{2 - 2p_A + 2p_A - 1} = \frac{p_A}{1 - p_A} = \frac{p_A}{1} = p_A$$

Einsetzen der Lösung für p_B in (3) und Lösung nach p_A

$$\Leftrightarrow (1 - p_A)^2 + (1 - p_A)^2 - \frac{5}{4} = 0 \Leftrightarrow (1 - p_A)^2 + (1 - p_A)^2 = \frac{5}{4}$$

$$\Leftrightarrow 2(1 - p_A)^2 = \frac{5}{4} \Leftrightarrow (1 - p_A)^2 = \frac{5}{8} \Leftrightarrow 1 - p_A = \sqrt{\frac{5}{8}}$$

$$\Leftrightarrow 1 - \sqrt{\frac{5}{8}} = p_A = p_B$$

Einsetzen der Werte für p_A und p_B in die Profitfunktion von M:

$$= 2 \left(1 - \sqrt{\frac{5}{8}} \right) \left(1 - \left(1 - \sqrt{\frac{5}{8}} \right) \right) \approx 0,3306$$

2) Die Bündelung von komplementären Gütern

Unter 1) wurde gezeigt, dass bei einer fallenden Nachfragekurve eine wirksame Bündelung in der Regel schon dadurch möglich ist, dass der Monopolist statt eines Monopolpreises, der einen großen *dead weight loss* generiert, zwei leicht erhöhte Preise verlangt, die zwei kleine *dead weight losses* generieren. Im Folgenden wird die Frage behandelt, in welchen Situationen der Monopolist eine solche marktverschließende Bündelung vielleicht gar nicht vornehmen möchte. Dabei wird aufgrund der Ausführungen unter 1) einfach angenommen, dass eine wirksame Bündelung durch Rabatte möglich ist, obwohl die übrigen Modellannahmen allein eine wirksame Bündelung möglicherweise nicht erlauben würden.²²⁸

Für die Wirkung von Bündelrabatten können Erkenntnisse aus der industrieökonomischen Literatur zu *bundling* und *tying* eine erhebliche Rolle spielen.²²⁹ Die Verbindung unterschiedlicher Märkte kann im Wesentlichen auf zwei Arten geschehen: Zwei Produkte können physisch verbunden werden (z.B. können Arbeitsspeicher und Computer nicht mehr getrennt vertrieben, sondern zu einem Produkt verbunden werden). Rabatte sind dagegen eine Form vertraglicher Marktverbindung. Der wesentliche Unterschied zwischen diesen beiden Arten der Marktverbindung besteht darin, dass eine technische Produktverbindung oft nicht mehr ohne erhebliche Kosten rückgängig gemacht werden kann. Daher kann sie vom Marktbeherrscher genutzt werden, um sich für die Zukunft glaubhaft auf bestimmte aggressive Strategien festzulegen – auch für den Fall, dass in der Zukunft *bundling* keine gewinnmaximierende Strategie sein würde (die technische Bündelung ermöglicht dem Unternehmen ein *credible commitment*).²³⁰

Bei Rabatten als eine Form vertraglicher Marktverbindung kann diese Art der Festlegung nicht gelingen. Wenn zu einem späteren Zeitpunkt die Bündelung zweier Produkte für den Rabattanbieter nachteilig wird, hält ihn nichts davon ab, die Produkte wieder einzeln ohne den verbindenden Rabatt anzubieten.²³¹ Daher wird die

228 Wenn ein Monopolist einen prohibitiv hohen Preis auf Gut A verlangt und diesen nur unter der Bedingung senkt, dass der Käufer auch Gut B bei ihm kauft, dann ist nicht klar, warum der Monopolist einem Käufer die Preissenkung verweigern sollte, wenn der Käufer das Gut B schon vom Entrant gekauft hat. Denn wenn der Monopolist den Preis senkt, verdient er wenigstens am Verkauf von A, während er nichts verdient, wenn er auf seinem prohibitiv hohen Preis für A beharrt. Dieses Problem würde sich streng genommen in den folgenden modellhaften Überlegungen stellen und wird hier durch eine zusätzliche Annahme beseitigt. Vgl. zu teilspielperfekten Gleichgewichten auch oben unter „a) Methodische Präliminarien: Statische Wettbewerbsanalyse, Renten, Gleichgewichte und Spieltheorie“.

229 Für einen Überblick Rey/Tirole (2007).

230 Vgl. Whinston (1990); Carlton/Waldman (2002). Näher dazu unten in Annex zu f): Ein einfaches Modell stufenweisen Marktzutritts bei komplementären Gütern mit und ohne *commitment*

231 Man mag hier einwenden, der Rabatt habe deshalb die Wirkung einer glaubwürdigen Festlegung, weil der Rabatt den Käufern eine größere Rente verschaffe, so dass sie einer Aufhebung des Rabatts nicht zustimmen würden. Dies trifft allerdings nicht zu. Die Festlegung müsste für den Fall wirksam sein, dass der Käufer sich ein Produkt des Bündels bei einem

folgende Darstellung marktverschließende Wirkungen aufgrund der Festlegung durch physische bzw. technische Marktverbindungen nicht berücksichtigen. Dargestellt werden zunächst nur solche marktverschließenden Wirkungen, die ohne den Festlegungseffekt von Marktverbindungen auskommen.

Die wichtigste Unterscheidung im Hinblick auf marktverschließende Rabatte ist die Frage, ob die Produkte, die der Rabatt umfasst, komplementäre oder unabhängige Güter sind. Komplementär sind solche Güter, die im Hinblick auf ihren Konsum in positiver Wechselwirkung stehen.²³² Ein Beispiel sind Drucker und Druckerpatronen – eine Druckerpatrone ist für den Käufer nur etwas wert, wenn er auch einen Drucker hat und umgekehrt. Weitere Beispiele wären Milch und Müsli, elektrische Musikinstrumente und Verstärker, Geigen und Bögen oder auch Computer und Drucker usw.

Unabhängige Güter weisen diese positive Wechselwirkung nicht auf (denkbare Beispiel für Paare unabhängiger Güter sind Rasenmäher und Waschmittel, Kugelschreiber und Trainingsanzüge, Fußbälle und Fahrradhandschuhe).

Die Bedeutung der Unterscheidung von komplementären und unabhängigen Gütern im Zusammenhang mit Bündelung ist die, dass ein Unternehmen, das Monopolist auf dem Markt A ist, potentiell auch den eigenen Absatz schmälert, wenn es Wettbewerb durch Wettbewerber, die zu niedrigeren Kosten oder mit höherer Qualität²³³ produzieren, auf dem anderen Markt B unterbindet. Die Selbstschädigung rührt aus dem Umstand, dass bei komplementären Produkten, d.h. Produkten deren Konsum sich wechselseitig positiv beeinflusst, eine Mengensteigerung bei einem Produkt auch eine Nachfragesteigerung bei einem anderen Produkt nach sich zieht. Nachfragesteigerung kann dabei zweierlei bedeuten: Einerseits kann auch die nachgefragte Menge des jeweils anderen Produkts steigen: Werden mehr Drucker genutzt, steigt die Nachfrage nach Patronen, wird mehr Müsli verzehrt, steigt die Nachfrage nach Milch usw. Andererseits kann aber vor allem die Zahlungsbereitschaft für das andere Gut steigen, weil die Tatsache, dass beide Güter im Bündel konsumiert werden, einen eigenen Wert generiert. Der Konsum von Müsli mit Milch ist eben besser als der Konsum von einem Glas Milch und einem trockenen Müsli eine Stunde später. Wenn nun ein Entrant das Produkt B zu niedrigeren Kosten herstellt als der Marktbeherrscher, kann er auch zu niedrigeren Preisen anbieten, so dass sich die Menge ausweitet. Verhindert der Marktbeherrscher dieses Angebot zu niedrigeren Preisen, um auch die Rente auf Markt B zu erhalten, so erreicht er das nur

Dritten besorgt und dann einen Teil des Bündels isoliert beim Marktbeherrscher kaufen möchte. In dieser Situation würde die Rente sowohl des Marktbeherrschers als auch des Käufers durch eine Aufhebung des Bündelrabatts maximiert. Vgl. im Folgenden Annex zu f): Ein einfaches Modell stufenweisen Marktzutritts bei komplementären Gütern mit und ohne *commitment*.

232 Genauer: Güter, für die gilt, dass die verbrauchte Menge des einen Guts sinkt, wenn der Preis des anderen steigt, vgl. Nicholson/Snyder (2008), 185.

233 Wir nehmen an, die höhere Qualität erhöht die Zahlungsbereitschaft der Käufer. Sie ist damit äquivalent zu einer Kostensenkung. Entsprechend ist die Qualitätssteigerung vom Modell im Annex, das die Kostensenkung berücksichtigt, umfasst.

um den Preis der Vernichtung seines Mehrgewinns auf dem Monopolmarkt A, der durch die Nachfrageausweitung im umkämpften Markt B entstände.

Derselbe Wirkmechanismus kann auch anders beschrieben werden: Für das Bündel von Produkt A und Produkt B (Geigen und Bögen, Müsli und Milch usw.) gibt es einen Monopolpreis, der die Rente des Monopolisten für das Bündel maximiert. Wenn nun ein Teil des Bündels nach Marktzutritt in einem Wettbewerbsmarkt (B) angeboten wird, werden die Produzenten hier kaum Rente abschöpfen. Im Monopolmarkt (A) kann der Monopolist sich allerdings nicht nur die Rente für das Monopolprodukt sondern die Monopolrente für das gesamte Bündel (A und B) aneignen, denn ohne sein Angebot bleibt der zusätzliche Wert, der gerade durch die Kombination der Bündelelemente entsteht, für die Konsumenten nicht realisierbar. Er hat daher vorher wie nachher die Monopolmacht über diesen „Kombinationswert“ des Bündels, auch wenn er die Monopolmacht über den „Eigenwert“ des Produkts B verliert.

Ob der Monopolist sich durch Marktverschluss mehr schadet als nutzt, hängt davon ab, ob die zusätzliche Rente, die durch die Nachfrageausweitung auf Markt A entstände, höher ist als diejenige, die durch die Aneignung auch der Rente aus dem angegriffenen Markt B entstände. Voraussetzung dafür, dass die erstgenannte Rente mit hoher Wahrscheinlichkeit größer ist als die zweitgenannte, ist, dass die Produkte typischerweise im Bündel konsumiert werden, sie also stark komplementär sind bzw. der Anteil des „Kombinationswerts“ am Gesamtnutzen des Bündels sehr hoch ist, während der „Eigenwert“ des Produkts eher klein ist.²³⁴ Weil dann ein Großteil des Werts für den Konsumenten erst durch Zusammenfügen der beiden Güter entsteht, kann der Monopolist diese Kombinationsrente über seinen Monopolmarkt A abschöpfen.

Dass die Rente des Monopolisten bei Zulassung des Marktzutritts größer ist als ohne sie, setzt zweitens voraus, dass Marktzutritt durch mehrere Entrants geschieht oder zumindest wahrscheinlich ist, und alle Entrants effizienter sind als der Monopolist bzw. ein Gut von höherer Qualität produzieren.²³⁵ Denn der Monopolist kann die Effizienzsteigerung in Markt B soweit sie den Kombinationswert betrifft nur dann in Markt A abschöpfen, wenn sie in Markt B zunächst beim Konsumenten ankommt. Dies ist nur dann in erheblichem Ausmaß gewährleistet, wenn mehrere Entrants sich gegenseitig Konkurrenz machen und die Preise so auf Kostenniveau fallen.

Wenn es sich bei den beiden Produkten um stark komplementäre Güter handelt und mehrere Entrants auf den angegriffenen Markt zutreten können, will der Monopolist daher in der Regel keine Marktverbindung durch Rabatte nutzen, um die effizienteren Entrants vom Markt auszuschließen.²³⁶ Es kann daher im Fall starker

234 Vgl. dazu Annex 1) und 2).

235 Vgl. dazu Annex 3).

236 Ein Beispiel zur Veranschaulichung: Für einen Teller Müsli mit Milch ist X bereit 2 € zu zahlen. Für einen Teller Milch 1€, für einen Teller trockenes Müsli dagegen nichts. Der Monopolist kann Milch und Müsli für je 0,50 € produzieren. Er wird, solange er Monopolist ist zum Beispiel einen Teller Milch und einen Teller Müsli für je einen Euro anbieten.

Komplementarität und Zutrittsmöglichkeit durch mehrere Entrants nicht vermutet werden, dass ein ebenso effizienter Wettbewerber durch den Bündelrabatt ausgeschlossen würde.

Dieses Argument gilt jedoch nur eingeschränkt, wenn nur ein Entrant auf den Markt zutreten wird. Auch dann kann es zwar geschehen, dass der Monopolist mehr verdienen würde, verschlösse er den Markt nicht durch Bündelung, jedoch verdiente er nur marginal mehr als bei Marktverschließung. Das liegt daran, dass der Monopolist selbst der einzige Wettbewerber des Entrants wäre. Der Preis in Markt B würde daher nur marginal unter die Kosten des Monopolisten fallen und die Konsumenten kaum mehr Rente erhalten als unter dem Monopol. Mehr als jene in Markt B an die Konsumenten weitergegebene Rente kann der Monopolist auf Markt A aber nicht abschöpfen.

Das Argument, dass der Monopolist seine Monopolmacht über das ganze Bündel nur durch ein Monopol in einem der beiden Märkte ausüben könne, gilt nicht, wenn die Güter unabhängig sind. Denn dann verliert der Monopolist mit Marktzutritt des Entrants auf dem umkämpften Markt seine Monopolmacht über das umkämpfte Produkt (B). Weil der Konsum der Produkte im Bündel keinen eigenen Nutzen der Bündelung selbst stiftet, kann er seine Monopolmacht über das umkämpfte Produkt (B) nicht allein mit Hilfe seines unangefochtenen Monopols (A) ausüben.²³⁷ Daher ist es recht wahrscheinlich, dass ein Marktbeherrscher, der durch einen Schwellenrabatt einen Monopolmarkt mit dem angegriffenen Markt verbinden kann, dies auch tun wird, um den effizienteren Entrant vom Marktzutritt abzuhalten oder ihn wieder zu verdrängen.

Nach den in 2) angestellten Überlegungen sollte der gesuchte Tatbestand Bündelrabatte grundsätzlich nur dann für missbräuchlich halten, wenn

- 1) auf den gebündelten Märkten typischerweise die selben Käufer kaufen und
- 2) die Märkte, auf denen der Monopolist unangegriffen bleibt einerseits und die, auf denen die Konkurrenten aktiv sind oder aktiv werden wollen andererseits unabhängige Produkte umfassen, oder
- 3) die Märkte Komplemente umfassen, aber eine Öffnung des Marktes durch Verzicht auf einen Bündelrabatt bis auf weiteres nur zum Marktzutritt eines einzigen Wettbewerbers führen würde.

Wenn nun der Entrant E Müsli für 0,01€ pro Teller produzieren kann und auf dem Müsli-markt Bertrand Wettbewerb besteht, wird X für einen Teller Müsli künftig bei E 0,50 € bezahlen. Damit steigt Xs Zahlungsbereitschaft für Milch, da es ihm ja eigentlich um seinen Teller Müsli mit Milch geht, auf 1,50 €. Diese 1,50 € wird der Monopolist künftig für einen Teller Milch verlangen. Der Monopolist verliert daher durch den Marktzutritt des Entrants nichts.

²³⁷ Wenn man im Beispiel in der letzten Fußnote die Güter durch saure Gurken und Schokolade austauscht, wird klar, dass der M durch den Marktzutritt des Entrants an Rente verliert.

Annex zu 2)

(aa) Der Fall des Marktzutritts eines einzigen Entrants und perfekter Komplemente

Man stelle sich einen Marktbeherrscher M vor, der zu marginalen Kosten von a ein Gut A herstellt, für das die Konsumenten eine Zahlungsbereitschaft von A haben und zu marginalen Kosten b ein Gut B , für das die Konsumenten eine Zahlungsbereitschaft von B haben, herstellt. In beiden Märkten kauft jeder Konsument nur eine Einheit des Guts. M ist unangefochtener Monopolist auf dem Markt für A . Auf dem Markt für B ist sein Monopol durch Marktzutritt des Entrants E bedroht. E stellt das Produkt B zu Kosten b^* , wobei $b^* < b$. In $t = 1$ entscheidet M ob er die beiden Produkte durch einen Rabatt bündeln möchte. In $t = 2$ entscheidet E ob er auf den Markt A zutreten möchte. In $t = 3$ wählen M und E auf den Märkten, auf denen sie aktiv sind, die Preise.

Nehmen wir zunächst an, die Güter seien Komplemente. Produkt B hat nur einen Wert für den Konsumenten, wenn es mit Produkt A kombiniert wird.

Nehmen wir an, M bündelt die Produkte A und B wirksam mit Hilfe eines Rabatts, indem er zum Beispiel A allein nur zu einem prohibitiv hohen Preis anbietet, der höher liegt als $A+B$. Diesen Preis senkt er aber unter der Bedingung, dass auf B bei ihm gekauft wird. E hat nun dem Konsumenten nichts anzubieten. Der Preis für A allein ist prohibitiv hoch. Selbst wenn E Produkt B zum Preis von 0 abgeben würde, würde sich der Kauf des Produkts A von M im Rabattsystem ohne den Rabatt nicht lohnen.

Daher bliebe M Monopolist in beiden Märkten und verdiente an jedem Konsumenten $A-a+B-b$.

Bietet M dagegen keinen Bündelrabatt an und lässt E auf den Markt für Produkt B , so würde E den M dort im Bertrand-Wettbewerb marginal unterbieten und das Produkt B zu einem Preis $p = b - \epsilon$ anbieten. Den Konsumenten bliebe so eine Rente von $B-p$, wenn sie auch Produkt A erwürben. Produkt A ist ihnen daher nun $A+B-p$ wert. Daher kann M für A pro Konsument einen Preis von $A+B-p$ verlangen. Seine Rente pro Konsument steigert sich daher auf $A-a+B-p$. Dies ist marginal größer als $A-a+B-b$, weil $p < b$. (M 's eigene marginale Kosten für die Produktion von Produkt B müssen von seinem Profit im Fall des Marktzutritts von E nicht abgezogen werden, denn M produziert Produkt B nicht, wenn E auf Markt B zutritt.)

(bb) Der Fall des Marktzutritts nur eines Entrants und nicht perfekter Komplemente

Nun geben wir die Annahme auf, dass B dem Konsumenten nichts wert sei, wenn er nicht auch A konsumierte. Vielmehr nehmen wir nun an, die Zahlungsbereitschaft B des Käufers für B setze sich aus zwei Komponenten zusammen, F und K , so dass

$B = F + K$. F ist der feste Nutzen des Guts selbst, den der Käufer unabhängig von A allein durch den Konsum von B realisiert. K ist dagegen der „Kombinationswert“ von B , den der Konsument nur realisiert, wenn er auch A konsumiert. Hat nun ein Käufer ein B gekauft, ist ihm A nun $A + K$ wert, denn K kann er nur realisieren, wenn er auch ein A konsumiert. F kann der Käufer dagegen unabhängig von seinem Konsum in A realisieren, so dass seine Zahlungsbereitschaft für A nicht um F steigt. M kann daher, wenn E zutrifft, auf dem Markt für A allenfalls K abschöpfen. F ist dagegen für M mit dem Marktzutritt des E verloren. Bündelt M die Produkte, so dass Marktzutritt unterbleibt, so realisiert er wie unter 1) eine Rente von $A - a + B - b$. Lässt er dagegen Marktzutritt durch E zu, so wird E im Bertrand-Wettbewerb auf Markt B einen Preis marginal unter Kosten des M setzen ($p = b - \epsilon$). Ist $p > F$ so erhöht sich die Zahlungsbereitschaft des Käufers für Gut A auf $A + K - (p - F)$, denn wenn $p > F$ ist, kostet den Käufer die Möglichkeit, K zu realisieren, sozusagen $(p - F)$.

Ist $p \leq F$, so erhöht sich die Zahlungsbereitschaft des Käufers für Gut A auf $A + K$; denn dann erhält der Käufer die Möglichkeit, K zu realisieren, von E praktisch umsonst. Im zweiten Fall ($p \leq F$) kann M die Effizienzsteigerung von ϵ , die der Marktzutritt von E den Käufern verschafft, nicht abschöpfen. Nur im ersten Fall gelingt ihm das.

(cc) Wettbewerb zwischen mehreren effizienteren Wettbewerbern

Nehmen wir nun an, es träten zwei Entrants zu, die beide geringere Kosten hätten als der Marktbeherrscher und sich nach Eintritt Bertrand-Wettbewerb in Markt B liefern. Dann sinkt der Preis in Markt B nicht nur auf $p = b - \epsilon$, so dass $p > b^*$, wobei b^* die niedrigeren Kosten der Entrants bezeichnet. Vielmehr sinkt der Preis in Markt B auf $p^* = b^*$. Die weitere Analyse entspricht der in 2), nur dass für p nun p^* einzusetzen ist. M realisiert daher nicht nur ϵ sondern $b - b^* > \epsilon$, wenn ihm die Abschöpfung gelingt. Auch kann ihm nun selbst dann eine größere Rente als im Doppelmonopolfall zufallen, wenn $p^* \leq F$. Dann realisiert er bei Marktzutritt das ganze K , während er, falls $b > F$, im Doppelmonopolfall nur $K - (b - F)$ realisieren würde, so dass ihm die Abschöpfung der Effizienz nun auch häufiger gelingt. Daher wird es sich beim Preis p^* in Markt B für M häufiger lohnen, den Markt B für Entrants zu öffnen. Die Bedingung dafür, dass p^* in Markt B herrscht, ist, dass wenigsten zwei effizientere Entrants zutreten.

Annex zu f): Ein einfaches Modell stufenweisen Marktzutritts bei komplementären Gütern mit und ohne *commitment*

Zuletzt soll kurz und ein wenig formalisiert illustriert werden, warum ein Teil der *bundling*- und *tying*-Literatur wegen der fehlenden Eignung von Rabatten als Mittel zur Festlegung künftigen Handelns (*commitment device*) für Rabatte nur einge-

schränkt einschlägig ist. Die folgende Darstellung variiert und vereinfacht das Modell von Carlton/Waldman (2002).

Wir betrachten zwei Märkte, Markt A und Markt B , auf denen der Monopolist M je ein Produkt zu marginalen Kosten von a (Markt A) und b (Markt B) herstellt. Die Konsumenten schätzen das Gut mit A (Markt A) bzw. B (Markt B) und nehmen in jeder der zwei Perioden maximal eine Einheit von jedem Gut ab. Der Einfachheit halber gehen wir hier von einem Konsumenten dieser Art aus, den wir K nennen. Die Güter sind Komplemente. Produkt B hat keinen Wert, wenn nicht auch Produkt A konsumiert wird.

Der Monopolist ist durch Entrant E bedroht. E produziert das Produkt B zu marginalen Kosten von b^* , $b^* < b$. Er könnte auch das Produkt A zu Kosten von a^* , $a^* < a$, produzieren, allerdings ist hierfür Bedingung, dass er zunächst erfolgreich auf den Markt B zutritt. E kann also nicht auf beide Märkte zugleich zutreten. Vielmehr muss er immer erst auf Markt B zutreten und kann erst in der darauf folgenden Periode auf Markt A zutreten.

Ohne Bündelrabatt würde K in der ersten Periode das Produkt B von E kaufen, der es zu geringeren Kosten produziert und daher billiger, nämlich zu $p_B^* = b - \varepsilon$ anbieten kann. Dabei sei ε die kleinstmögliche Unterbietung. Dadurch würde sich die Zahlungsbereitschaft von K für das Produkt A , das ihn erst in den Genuss des Werts von Produkt B bringen kann, von A auf $A - a + B - p_B^*$ erhöhen. Diese gesamte Zahlungsbereitschaft würde M als Monopolist auf Markt A abschöpfen.

In der zweiten Periode würde M dann von beiden Märkten verdrängt: Zwischen M und E herrscht Preiswettbewerb, in dem E sich aufgrund seiner niedrigeren Kosten durchsetzt. Er wird das Produkt A zum Preis von $p_A^* = a - \varepsilon$ und Produkt B zum Preis von $p_B^* = b - \varepsilon$ anbieten. Die Rente des K beträgt so insgesamt $A - p_A^* + B - p_B^*$.

Bietet M dagegen einen Bündelrabatt an, so ergibt sich folgendes Bild: Zunächst sei angenommen, K lasse sich auf diesen Rabatt ein und kaufe entsprechend beide Produkte in beiden Perioden bei M , obwohl M mit seinem Rabatt die gesamte Rente abschöpfte. Dann erhielte M eine Rente von je $A - a + B - b$ in beiden Perioden. Hieran wird zunächst deutlich, dass M nie ein Interesse haben wird, in der zweiten Periode einen Bündelrabatt anzubieten und in dieser Periode $A - a + B - b$ zu verdienen, denn er könnte auch E zutreten lassen, die höhere Zahlungsbereitschaft von K abschöpfen und so $A - a + B - p_B^*$ verdienen, wobei $A - a + B - b < A - a + B - p_B^*$, weil $p_B^* = b - \varepsilon$. Wenn M also den Bündelrabatt anbieten wird, wird er es nur in der ersten Periode tun. Hier wird nun deutlich, dass K sich die Rente von $A - p_A^* + B - p_B^*$ selbst dann erzwingen kann, wenn M eigentlich die Produkte A und B in einem Bündelrabatt anbietet, der den Einzelpreis für Produkt A prohibitiv anhebt, indem er das Rabattsystem ignoriert. Das liegt daran, dass M keinen Anreiz hat, in Periode 1 bei seinem Rabatt mit prohibitiv hohen Einzelpreisen für Produkt A zu bleiben, wenn er weiß, dass K in Periode 1 schon Produkt B bei E gekauft hat. Denn hielte er an den prohibitiv hohen Einzelpreisen fest, verdiente er in Periode 1 nichts und in Periode zwei, in der er das Rabattsystem ohnehin aufgeben wird, verdiente er $A - a + B - p_B^*$. Gäbe er die prohibitiv hohen Einzelpreise in Periode 1 auf, verdiente er dasselbe in Periode 1 und nichts in Periode 2, weil er von E verdrängt würde.

Erneut angenommen, K lasse sich auf das Rabattsystem in Periode 1 bedingungslos ein, und kaufe nur bei M, obwohl das Rabattsystem die gesamte Rente abschöpfte. Dann verdiente M in der ersten Periode $A-a+B-b$ und in der zweiten $A-a+B-p_B^*$. K verdiente in beiden Perioden nichts, E verdiente in der zweiten Periode $p_B^* - b$. Nun ist offensichtlich, dass K an einem solchen Rabattsystem, das ihm keine Rente lässt, nicht teilnehmen würde, wenn er sich durch bloßes Ignorieren des Rabattsystems eine Rente von $A-p_A^*+B-p_B^*$ sichern könnte. M müsste ihm also zum Beispiel durch die Rabattzahlung eine höhere Rente gewähren. Allerdings kann sich M auch durch bloßen Verzicht auf das Rabattsystem eine Rente von $A-a+B-p_B^*$ sichern. Ein Rabattsystem wird daher nur angeboten und genutzt, wenn der Profit des M im Rabattsystem ausreicht, um K so zu kompensieren, dass er ebenso gut steht wie ohne Rabattsystem und diese Kompensation nicht dazu führt, dass M schlechter steht als ohne Rabattsystem. Beide Bedingungen sind erfüllt, wenn $\Pi_{K-R} < \Pi_{MR} - \Pi_{M-R}$. Dabei steht Π_{K-R} für die Rente von K ohne Rabatt, Π_{M-R} für die Rente von M ohne Rabatt und Π_{MR} für die Rente von M mit Rabatt, wenn K sich bedingungslos auf den Rabatt einließe. Die Bedingung bedeutet also, dass nach Abzug des Betrags, den M sich auch ohne Rabatt sichern könnte, die Rente noch ausreicht um K für den Marktverschluss zu entschädigen. Ausformuliert lautet diese Bedingung:

$$A-p_A^*+B-p_B^* < A-a+B-b+A-a+B-p_B^* - (A-a+B-p_B^*)$$

Diese Bedingung wird jedoch nie erfüllt sein, denn:

$$A-p_A^*+B-p_B^* < A-a+B-b+A-a+B-p_B^* - (A-a+B-p_B^*)$$

$$\Leftrightarrow A-p_A^*+B-p_B^* < A-a+B-b$$

$$\Leftrightarrow p_A^*+p_B^* > a+b$$

Dies verstößt gegen die Annahme, dass $p_A^* = a - \varepsilon$ und $p_B^* = b - \varepsilon$.

Was ändert sich nun, wenn wir annehmen, die Bündelung geschehe durch technische, unauflösbare Bündelung? Vor allem wäre sicher, dass K nicht die Möglichkeit hätte, das Rabattsystem zu ignorieren. Es würde nicht schaden, dass M keinen Anreiz hätte, das Bündel nicht mehr zu erhalten, wenn er wüsste, dass K schon bei E gekauft hat. So sehr es M auch wollte, er könnte das Bündel nicht auflösen. Daher hat das Produkt des E in der Periode seines erstmaligen Marktzutritts für K keinen Wert. Der einzige Grund für K, es zu kaufen, könnte die Vorbereitung des vollen Markteintritts des E in Periode zwei sein, mit dem eine höhere Rente für K einhergehen kann. Die Rente, die sich K so aus eigener Kraft sichern kann, ist hier kleiner: Er kann in Periode 1 in den Markteintritt des E investieren, um in der zweiten Periode davon zu profitieren, dass sich M und E Preiswettbewerb über das ganze System von Produkt A und B liefern. Seine Rente ist dann in der ersten Periode $-b^*$, denn er muss mindestens einen kostendeckenden Preis an E zahlen, obwohl ihm dessen Produkt nichts wert ist. In der zweiten Periode verdient er dagegen $A+B-(p_A^*+p_B^*)$, wobei $(p_A^*+p_B^*) = a+b-\varepsilon$. Seine Rente beträgt also $A+B-(p_A^*+p_B^*)-b^*$. Die Rente, die sich M durch Verzicht auf die Bündelung sichern kann, bleibt unverändert. Die Bedingung dafür, dass M dem E unter Teilnahme des K erfolgreich den Markt durch eine Bündelung verschließt, ist daher

$$A+B-(p_A^*+p_B^*)-b^* < A-a+B-b+A-a+B-p_B^* - (A-a+B-p_B^*)$$

$$\Leftrightarrow p_A^* + p_B^* + b^* > a + b$$

Wenn bzw. weil b^* größer ist als ϵ , ist diese Bedingung erfüllt. Marktverschluss durch Bündelung ist dann möglich.

Für Rabatte bedeutet das grundsätzlich: Werden komplementäre Güter gebündelt, kann Marktverschluss durch den Rabatt grundsätzlich mangels Festlegungswirkung des Rabatts nicht gelingen. Eine Ausnahme kann allenfalls gelten, wenn Rückverhandlungen ausgeschlossen sind, so dass ein Käufer, der beim Entrant gekauft hat, nicht mit dem Rabattanbieter verhandeln kann, von seinen prohibitiven Alleinstellungspreisen abzurücken. Dann hat der Rabatt faktisch die gleiche eine Festlegungswirkung, wie eine technische Bündelung. Dies ist auf Massenmärkten denkbar. Allerdings könnten die Fälle, in denen Rabatte gleichzeitig zwei Produkte wirksam bündeln, Ausschließlichkeit auf dem angegriffenen Markt induzieren und auch als *commitment device* taugen, selten sein. Denn auf Märkten, auf denen Rückverhandlungen zum Beispiel wegen der Anonymität zwischen Verkäufer und Käufer ausgeschlossen sind, wird auch die richtige Justierung des Rabatts zur Gewährleistung der effektiven Bündelung oder der Induktion von Ausschließlichkeit ausgesprochen schwierig sein.

g) Mindestmarktanteil, Netzwerkeffekte und Preisdiskriminierung (Karlinger/Motta).

Eine weitere Umgebung, in der Marktverschluss durch Rabatte möglich ist, beschreiben Karlinger und Motta (2009).²³⁸ Sie beschreiben einen Markt mit zwei Wettbewerbern, einem Incumbent und einem Entrant, die je ein Produkt verkaufen, welches das des Konkurrenten grundsätzlich perfekt substituiert, allerdings Netzwerkeffekte generiert und mit dem des anderen Anbieters inkompatibel ist. Netzwerkeffekte sind positive Externalitäten des Konsums eines Guts auf Konsumenten desselben Guts. Z.B. generiert die Nutzung von Word Netzwerkeffekte: Je mehr Leute Word benutzen, umso größer ist die Zahl der Menschen, mit denen der nächste Nutzer unproblematisch Dateien austauschen kann. Wenn die Güter unterschiedlicher Anbieter inkompatibel sind, bedeutet dies, dass die Nutzung des einen Produkts keine positiven Externalitäten auf die Nutzer des anderen Guts ausübt: Die Nutzung einer anderen Textverarbeitungssoftware als Word z.B. übt keine positive Externalitäten auf die Nutzer von Word aus, wenn der Austausch von Dateien zwischen den Programmen nicht funktioniert.

Um die Externalität abzubilden, nehmen Motta und Karlinger an, dass beide Produkte für die Konsumenten wertlos sind, wenn sie nicht von einer Mindestmenge anderer Nutzer genutzt werden. Diese Mindestmenge an Nutzern hat der Incumbent schon erreicht, der Entrant dagegen nicht. Das bedeutet der Marktzutritt muss sofort auf dem Niveau dieser Mindestschwelle erfolgen. Diesen Umstand kann der Incumbent nutzen, um den Markt zu verschließen. Wenn aber genug kaufwillige Konsu-

238 Eine vereinfachte Beschreibung des Modells findet sich im Annex zu diesem Abschnitt.

menten da sind, um die Eintrittsschwelle zu überwinden und der Entrant effizienter produziert als der Incumbent, sollte es zunächst keinen Grund geben, warum der Entrant nicht allen Konsumenten ein günstiges Angebot machen könnte und alle beim Entrant kaufen – der teurer produzierende Incumbent könnte dies nicht durch niedrige Preise verhindern.²³⁹

Das Modell von Karlinger und Motta arbeitet den Gedanken aus, dass es für einen Marktverschluss genügt, einige wenige Abnehmer durch niedrige Preise vom Kauf beim Entrant abzuhalten, wenn der Entrant einen kritischen Marktanteil erreichen muss, um zuzutreten. Von den übrigen Käufern könnte der Incumbent weiter den Monopolpreis verlangen, so die Verluste der niedrigen Preise für die wenigen Käufer wieder einwerben und stünde besser, als wenn er vom Entrant verdrängt worden wäre und nichts verdient hätte.

Der Incumbent wendet also Preisdiskriminierung an, um einigen Käufern einen sehr niedrigen Preis anzubieten und von anderen einen sehr hohen Preis zu verlangen. Dies können Rabatte leisten, indem sie durch eine Rabattschwelle große von kleinen Abnehmern trennen. Die Kleinen zahlen dann einen hohen Preis, die Großen einen niedrigen. Hier ist zu beachten, dass eine Preisdiskriminierung durch Schwellenrabatte in die andere Richtung nicht möglich ist: sie können nicht erreichen, dass kleine Abnehmer einen niedrigen Preis zahlen und große Abnehmer einen hohen. Denn auch die Großen würden die Rabattschwelle erreichen und sich so für den niedrigen Preis qualifizieren. Würde der Incumbent nur unterhalb einer bestimmten Schwelle einen niedrigen Preis verlangen und bei ihrem Überschreiten den Preis erhöhen, hätten die großen Abnehmer einen Anreiz so zu tun, als seien sie kleine Abnehmer.

Damit ein Marktverschluss durch Rabatte in einem Markt mit Netzwerkeffekten gelingen kann, muss es also möglich sein, durch eine Rabattschwelle, die zwischen großen und kleinen Unternehmen trennt, genug großen Anbietern einen Preis anzubieten, der sie effektiv vom Wechsel zum Entrant abhält. Der Durchschnittspreis, den die großen Abnehmer zahlen, wird dafür in der Regel unter den Kosten des Entrants liegen müssen. Auch muss es dem Entrant ohne die Nachfrage der großen Anbieter praktisch unmöglich sein, den Marktanteil zu erreichen, der ihm einen nachhaltigen Marktzutritt ermöglicht. Zuletzt muss der Gewinn, den der Incumbent mit den Käufern macht, die den Rabatt nicht erreichen, ausreichen, um seinen durch die niedrigen Rabattpreise generierten Verlust zu kompensieren.

239 Allerdings ist zu bemerken, dass in einem solchen Markt auch ganz ohne Rabatte marktverschließende Gleichgewichte aufgrund von Fehlkoordination der Käufer bestehen. Wenn alle Käufer beim Incumbent kaufen, ist das unilaterale Abweichen eines einzelnen Käufers keine sinnvolle Strategie, falls das Netzwerk aus ihm allein zu klein ist, um das Produkt wertvoll zu machen, so dass er ein wertloses Produkt kaufen würde. Da aber, wenn alle beim Incumbent kaufen, niemand einen Anreiz hat zum Entrant zu wechseln, ist dieser Zustand ein Gleichgewicht. Andersherum hätte aber auch niemand einen Anreiz zum Incumbent zu wechseln, wenn alle beim Entrant kauften, sofern der Kaufpreis des Entrants unter dem des Incumbents liegt.

Interessant an diesem Modell ist, dass die Rabattschwelle keineswegs nah am erwarteten Gesamtbedarf der Rabattkäufer während der Referenzperiode liegen muss. Erforderlich ist nur, dass sie in adäquater Weise große von kleinen Abnehmern trennt und den Incumbent so davon dispensiert allen Käufern niedrige Preise anzubieten.

Sollte das Erfordernis eines Mindestmarktanteils für den Markteintritt die einzige Asymmetrie zwischen Incumbent und Entrant sein, so reicht es aus, zu verbieten, dass der Incumbent einzelnen Abnehmern in diskriminierender Weise durchschnittliche Preise unter durchschnittlichen variablen Kosten anbietet. Kann der Incumbent den großen Abnehmern nicht Preise unter seinen durchschnittlichen variablen Kosten anbieten, kann ein ebenso effizienter Wettbewerber sie abwerben, so dass der Marktverschluss durch Preisdiskriminierung nicht gelingt.

Trifft dagegen eine solche Asymmetrie mit dem Umstand zusammen, dass das Produkt des Marktbeherrschers ein *must stock item* ist, so würde es genügen, wenn der Incumbent den Preis unter Kosten nur über den Teil der Nachfrage eines großen Abnehmers anbietet, den potentiell der Entrant bedienen könnte. Errechnet man hier den Durchschnittspreis über die gesamte abgenommene Menge, mag man zu einem Preis über durchschnittlichen variablen Kosten kommen, obwohl über die dem Wettbewerb ausgesetzte Menge ein Preis unter durchschnittlichen variablen Kosten verlangt wird. Wenn daher zu dem Umstand, dass der Entrant mindestens einen erheblichen Teil des Marktes bedienen muss, um auf den Markt zutreten zu können, noch der Umstand tritt, dass der Entrant die Nachfrage der einzelnen Käufer nie ganz befriedigen können wird, so sind Schwellenrabatte immer der Missbräuchlichkeitsvermutung zu unterwerfen.

Als Elemente eines Tatbestands lassen sich also aus dem Modell von Motta und Karlinger die beiden folgenden Bündel an Voraussetzungen einer Missbräuchlichkeitsvermutung gewinnen:

- a) Nur *minimum viable share* mit großen und kleinen Käufern:
 - 1) Wenn auf dem betreffenden Markt Käufer von signifikant verschiedener Größe aktiv sind und
 - 2) aufgrund z.B. von Netzwerkeffekten oder Skaleneffekten der Entrant, um sich am Markt nachhaltig zu etablieren, mindestens eine Gruppe von Käufern bedienen muss, die diese Varianz widerspiegelt, so dass der Verschluss der Gruppe der großen Anbieter ausreicht, um den ganzen Markt zu verschließen,
 - 3) dann sollte die Vermutung gelten, dass Schwellenrabatte, die für einige Marktteilnehmer zu durchschnittlichen Preisen unter durchschnittlichen variablen Kosten des Marktbeherrschers führen, missbräuchlich sind.

Es ist zu erwarten, dass sich die Käufer in der Regel in eine Gruppe von großen und eine Gruppe von kleinen Käufern aufteilen lassen. Das wesentliche Merkmal ist daher, ob sich zwei Gruppen derart bilden lassen, dass die Versorgung der einen Gruppe zu Preisen unter Kosten schon den gesamten Markt verschließen würde. Dies hängt davon ab, wie groß das *minimum viable share* ist.

b) Zusammentreffen von Unfähigkeit des Entrants gesamte Nachfrage eines Käufers zu befriedigen mit *minimum viable share*:

Alle Schwellenrabatte unabhängig von der Höhe der Schwelle sollen der Vermutung der Missbräuchlichkeit unterliegen, wenn zum Erfordernis, das *minimum viable share* mindestens mit einer Käufergruppe sowohl aus großen als auch aus kleinen Käufern zu decken, noch der Umstand tritt, dass ein Entrant nie erwarten kann, die gesamte jeweilige Nachfrage eines einzelnen Kunden zu befriedigen.²⁴⁰

Annex zu g):

Wir betrachten einen Markt mit zwei Produzenten, einem Incumbent (I) und einem Entrant (E). Der Incumbent produziert ein Gut G_I zu marginalen Kosten $c_I = 1/2$, der Entrant produziert ein Gut G_E zu marginalen Kosten $c_E < c_I$. Von weiteren Kosten wird abstrahiert. Die beiden Güter unterliegen Netzwerkeffekten. Wenn eine ausreichend große Menge an Konsumenten G_i , $i \in \{I, E\}$, nutzen, haben alle weiteren Käufer eine Zahlungsbereitschaft für G_i von je 1. Wenn weniger als $s=3/4$ von G_i in Benutzung sind, haben alle weiteren Konsumenten für G_i eine Zahlungsbereitschaft von je 0. Der Incumbent hat diese kritische Menge an Käufern schon durch frühere Verkäufe erreicht, der Entrant nicht.²⁴¹ Im Markt gibt es drei neue Käufer, zwei

²⁴⁰ Im Vorgriff auf die folgende Diskussion, ob nicht Rabatte in der Regel die Voraussetzungen der Effizienzeinrede (Generierung eines Effizienzvorteils, Weitergabe eines erheblichen Teil desselben an die Konsumenten, kein milderer Mittel) erfüllen, sei hier folgendes angemerkt: Karlinger/Motta (2009) arbeiten heraus, dass, wenn das Verhältnis der Kosten des Incumbents und der Marktaufteilung zwischen großen und kleinen Käufern so beschaffen ist, dass Rabatte nicht zu Marktverschluss führen können, so werden die niedrigsten Preise durch direkte Preisdiskriminierung erreicht, die zweitniedrigsten durch Rabatte. Wenn der Markt mithin so beschaffen ist, dass Rabatte nicht zu Marktverschluss führen können, sind Rabatte also durchaus auch für die Konsumenten günstig. Daraus scheinen sie ein Argument gegen das Verbot von Rabatten abzuleiten. Allerdings zeigt ihr Modell auch, dass eine wesentliche Voraussetzung dafür, dass Marktzutritt trotz Rabatten erfolgen kann, ein ganz erheblicher Abstand zwischen den Kosten des Incumbents und denen des Entrants ist. Dieser Abstand wird in der Realität kaum je sehr groß sein. Prozessinnovationen bringen meist nur schrittweise viele kleine Kostenvorteile. Kaum je wird ein Entrant an den Markt kommen, der nur mit der Hälfte der Kosten des Marktbeherrschers produziert. Daher scheint das Argument von Karlinger/Motta (2009), Rabatte führten, wenn sie den Markt nicht verschließen können, zu niedrigen Preisen, in dem von ihnen studierten Marktumfeld nur geringe Bedeutung zu haben.

²⁴¹ Als Beispiel kann man sich hier etwa den Vertrieb von Betriebssystemen vorstellen. Windows haben eine Menge Menschen auf ihren Computern installiert. Wenn nun ein neues Betriebssystem herauskäme, müsste dieses erstmal eine solche Konsumentenbasis erreichen, um auch für seine Konsumenten die positive Externalität, die der Netzwerkeffekt generiert, nutzbar zu machen. Dem neuen Betriebssystem steht jedoch in der Regel mittelfristig nur ein Teil aller Computernutzer als Absatzmarkt zur Verfügung. Das bedeutet nicht, dass alle schon mit Windows versorgten Konsumenten niemals wechseln würden. Aber zu einem bestimmten Zeitpunkt versorgt sich in der Regel nur ein Teil aller Nutzer mit einem neuen Betriebssystem.

kleine, die je $1/4$ nachfragen und einen großen, der $1/2$ nachfragt (das Gesamtvolumen des Markts ist auf 1 normalisiert). Um die kritische Masse an Konsumenten zu erreichen muss der Entrant den großen Käufer und mindestens einen kleinen Käufer bedienen. Weder reicht es aus, nur den großen zu bedienen, noch beide kleinen zu bedienen. Der Ablauf des Spiels ist einfach. In $t=0$ setzen sowohl E als auch I ihre Preise. In $t=1$ kaufen die Käufer.

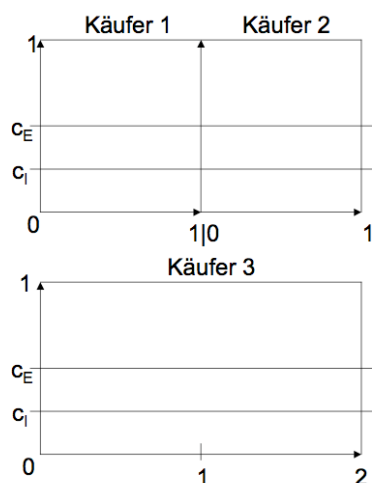


Abbildung 15

Ohne Rabatte zu berücksichtigen, soll zunächst kurz gezeigt werden, dass es in diesem Spiel Gleichgewichte gibt, bei denen Marktverschluss auch bei einheitlichen Preisen geschieht. Wenn I den Preis 1 setzt, alle drei Käufer bei I kaufen und E einen Preis $p_E \geq c_E$ setzt, so ist dies ein Gleichgewicht. Keiner der Käufer hätte einen Anreiz, hiervon abzuweichen und bei E zu kaufen. Um für die Käufer wertvoll zu sein, muss das Produkt von des E von mindestens dem großen und einem kleinen Käufer genutzt werden. Hierfür kann kein Käufer allein durch seine Abweichung sorgen. Daher bedeutet die unilaterale Abweichung vom Gleichgewicht für jeden Käufer, dass er einen positiven Preis zahlt und ein wertloses Produkt erhält. Daher lohnt sich eine Abweichung für die Käufer nicht. Für I lohnt sich eine Abweichung nicht, denn jeder niedrigere Preis würde für ihn weniger Gewinn bedeuten. Und E ist zwischen allen Preisen über c_E indifferent. Sie würden ihm keinen Verlust beschaffen, aber, da ohnehin niemand bei ihm kauft, auch keinen Gewinn.

Andererseits stellt es aber auch ein Gleichgewicht dar, wenn jeder neue Käufer bei E kauft, er einen Preis marginal unter c_I anbietet und I irgendeinen Preis zwischen c_I und 1 wählt. Weil alle neuen Käufer bei E kaufen, ist das Netzwerk der Nutzer groß genug, um das Produkt des E für die Käufer werthaltig zu machen. E will seinen Preis nicht absenken, weil er dann weniger verdient, er will ihn aber auch nicht anheben, weil er dann von I unterboten werden könnte. Auch I will seinen Preis nicht unter c_I senken, weil er dann mit jedem Verkauf Verlust machen

würde. Auch diese Kombination von Strategien ist daher ein Gleichgewicht. Die Käufer müssen sich also koordinieren, um das Gleichgewicht mit Marktzutritt zu erreichen. Misslingt diese Koordination, entsteht Marktverschluss.

Ein Rabatt unter der Bedingung, dass der Käufer eine Menge von $\frac{1}{2}$ abnimmt, kann nun für den großen Abnehmer den Preis unter die Kosten des Entrants senken, so dass der große Käufer immer bei I kauft und alle Gleichgewichte bei denen der Markt offen bleibt, ausgeschlossen sind. Dazu muss sichergestellt sein, dass der Rabatt auch tatsächlich zwischen großen und kleinen Abnehmern trennt und weder die kleinen Abnehmer einen Anreiz haben, eine weitere Einheit des Produkts zu kaufen und so zu tun, als seien sie große Abnehmer, noch die großen Abnehmer einen Anreiz haben, sich zu verhalten wie kleine.

Die Bedingungen hierfür sind:

$$(1 - p_i^l)(1 - k) \geq \frac{k}{2}(1 - p_i^s) \quad (1)$$

$$\frac{k}{2}(1 - p_i^s) \geq \frac{k}{2} - p_i^l(1 - k) \quad (2)$$

In diesen Ungleichungen bezeichnet p_i^s den Preis, den der Incumbent von kleinen (s für *small*) Käufern verlangt. Entsprechend steht der Preis p_i^l für den Preis, den er von großen Käufern verlangt (l für *large*). Den Anteil der Nachfrage, der von kleinen Käufern gestellt wird, bezeichnet k . $k/2$ ist daher die Menge die einer der beiden kleinen Käufer abnimmt. Entsprechend ist $(1-k)$ der Anteil der Nachfrage, der von dem einen großen Käufer gestellt wird.

Die Ungleichung (1) gibt damit das Erfordernis an, dass die Auszahlung, die ein großer Käufer durch Erreichen des Rabatts erreicht,²⁴² größer sein muss, als die Auszahlung, die ein kleiner Käufer ohne den Rabatt macht²⁴³ – denn sonst würde der große Käufer so tun, als sei er ein kleiner.

Die Ungleichung (2) sagt dementsprechend, dass die Auszahlung, die ein kleiner Käufer verdient, wenn er nur wie ein kleiner Käufer kauft und den Rabatt verfehlt,²⁴⁴ größer sein muss, als die Auszahlung, die er erzielt, wenn er wie ein großer Käufer kauft und den Rabatt erreicht, ohne dass er Verwendung für die zusätzlich abgenommene Menge hätte.²⁴⁵ Wenn diese Ungleichung nicht erfüllt ist, würde ein kleiner Käufer so viel kaufen wie ein großer.

Außerdem muss I mit seinem Rabattsystem noch einen positiven Profit machen (jeder positive Profit ist besser als der Profit von null, den er realisierte, wenn er vom Markt verdrängt würde). Die formale Bedingung hierfür ist:

242 $(1-p_i)$ bezeichnet Zahlungsbereitschaft minus den reduzierten Preis, $(1-k)$ gibt an, wie viel der große Käufer abnimmt.

243 $k/2$ ist die Menge, die ein einzelner kleiner Käufer abnimmt, $1-p_i^s$ steht für Zahlungsbereitschaft minus unreduziertem Preis.

244 Der erste Term dieser Ungleichung entspricht dem zweiten von (1).

245 $k/2$ gibt die Zahlungsbereitschaft von 1 mal die Menge an, für die ein kleiner Käufer eine positive Zahlungsbereitschaft hat. Von diesem Nutzen, den der Kauf der großen Menge für den kleinen Käufer generiert, wird der für die erhöhte Menge zu zahlende reduzierte Preis abgezogen.

$$(p_I^S - c_I)k + (p_I^L - c_I)(1 - k) \geq 0 \quad (3)$$

Hierbei bezeichnet der Term vor dem +-Zeichen den Profit, den I durch den Verkauf an kleine Käufer macht, der Term nach dem +-Zeichen bezeichnet den Profit, den I mit dem Verkauf an große Käufer macht (je Preis minus Kosten mal Menge).

Es gibt viele Werte, die diese drei Ungleichungen erfüllen. Setzt man aber einmal zum Beispiel $\frac{3}{4}$ für p_I^S ein und $\frac{3}{8}$ für p_I^L , so stellt man fest, dass der I so einen Profit von $\frac{1}{4} \cdot \frac{1}{2} - (\frac{1}{8}) \cdot \frac{1}{2} = \frac{1}{16}$ macht (vgl. Abbildung 16). Gleichzeitig hat er den Preis für große Käufer auf $\frac{3}{8}$ gesenkt.²⁴⁶ Daher kann E nur zutreten, wenn $c_E < \frac{3}{8}$. Effizientere Wettbewerber mit $\frac{1}{2} > c_E > \frac{3}{8}$, könnten dagegen nicht zutreten.

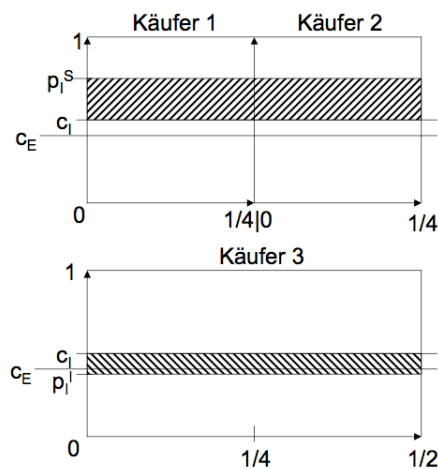


Abbildung 16

So würde ein Zielrabatt den Marktverschluss bewirken. In Abbildung 16 ist deutlich zu erkennen, wie der Preis für große Käufer unter den Kosten des effizienteren Entrants liegt. Gleichzeitig liegt der Preis für die kleinen Käufer deutlich über den Kosten des Incumbents. Dennoch haben sie keinen Anreiz, ihre Bestellung zu verdoppeln, denn der zusätzliche Kaufpreis von $\frac{3}{8}$ würde ihnen lediglich $\frac{3}{8}$ Preisreduktion für die erste Order und ein Produkt verschaffen, für das sie keine Zahlungsbereitschaft haben. Auch sieht man in Abbildung 16 deutlich, dass die Fläche, die den Verlust des Incumbents beim Verkauf an den großen Käufer repräsentiert (von links oben nach rechts unten schraffiert), kleiner ist als die Fläche, die seinen Profit

246 Mit $p_{II} = \frac{3}{8}$ und $p_{IS} = \frac{3}{4}$ ist die Ungleichung (1) mit Gleichheit erfüllt. Das bedeutet, ein kleiner Käufer ist indifferent, ob er wie ein kleiner oder wie ein großer Käufer kauft. Um einen strikten Anreiz für den kleinen Käufer einzuführen, sich wie ein kleiner Käufer zu verhalten, könnte man zum Beispiel $p_{II} = \frac{3}{8} + \epsilon$ setzen.

beim Verkauf an die kleinen Käufer repräsentiert (von rechts oben nach links unten schraffiert).

In ihrem Modell prüfen Karlinger und Motta, für welche Kombinationen von k und c_1 der Markt auf diese Weise verschlossen werden kann, und stellen fest, dass ein genauso effizienter Wettbewerber in allen Kombinationen auf die dargestellte Weise ausgeschlossen werden kann.²⁴⁷

h) Negative inkrementelle Preise als ein Hauptmerkmal missbräuchlicher Preisgestaltungen, wenn die Asymmetrie in finanziellen Beschränkungen liegt.

Shaffer und Ordovery²⁴⁸ untersuchen in einem Zweiperiodenmodell die marktverschließende Wirkung von Rabatten bei Wechselkosten und finanziellen Beschränkungen des Entrants.

In ihrem Modell kauft ein Käufer in jeder Periode maximal zwei Einheiten eines homogenen Guts. Dieses Gut kann er entweder von einem Incumbent oder von einem Entrant oder von beiden erwerben. Abhängig von seinen Käufen in der ersten Periode unterliegt der Käufer Wechselkosten: Ein Gut des jeweiligen Verkäufers hat in der zweiten Periode für den Käufer nur einen Wert, wenn er schon in der ersten ein Gut von demselben Verkäufer gekauft hat. Beispiele für solche *lock-in*-Situationen sind insbesondere leicht für komplementäre Güter zu erdenken. Zum Beispiel könnte man sich vorstellen, dass es in der ersten Periode des Modells um den Kauf von Kopierern geht, in der zweiten aber um den von Patronen für Kopierer. Jemand der in der ersten Periode nur Kopierer von Xerox gekauft hat, wird in der zweiten nicht Patronen für einen Canon-Kopierer kaufen. Passend zum Kopiererbeispiel nehmen Ordovery und Shaffer an, dass eine positive Zahlungsbereitschaft eines Käufers nur für so viele Einheiten besteht, wie in der ersten Periode Einheiten von demselben Anbieter gekauft wurden. Hat der Käufer also in der ersten Periode sowohl einen Xerox- als auch einen Canon-Kopierer gekauft und kauft er in der zweiten nur Canon-Patronen, so hat er im Modell von Ordovery und Shaffer für die zweite Canon-Patrone keine Verwendung und daher keine Zahlungsbereitschaft.

Beide Produzenten haben die gleichen marginalen Kosten. Von weiteren Kosten wird abstrahiert. Der *as-efficient-competitor-test* würde also verlangen, dass der Entrant an den Markt gelangt. Die oben immer wieder angesprochene Asymmetrie liegt in der Grundversion des Modells von Shaffer und Ordovery in einer finanziellen Beschränkung des Entrants, die mit dem Umstand zusammentrifft, dass der Entrant dem Käufer maximal eine Einheit des Guts pro Periode verkaufen kann. Die finanzielle Beschränkung besteht darin, dass der Entrant in der ersten Periode nicht Verluste in Höhe seiner Gewinne in der zweiten machen kann, sondern nur bis zu einer bestimmten darunter liegenden Schwelle Verluste machen kann. Die Asymmetrie,

²⁴⁷ Vgl. für einen schnellen Zugriff die Graphik bei Karlinger/Motta (2009), 13.

²⁴⁸ Ordovery/Shaffer (2007).

dass der Entrant nur eine Einheit pro Periode verkaufen kann, wird in einer zweiten Version des Modells aufgegeben.

Die höchste Zahlungsbereitschaft hat der Käufer für ein Bündel der Produkte beider Produzenten in jeder Runde. Dadurch ist es auch die effiziente Lösung, dass der Entrant an den Markt gelangt, wie es der *as-efficient-competitor-test* verlangt.

Vor dem Hintergrund des *lock-ins* in der zweiten Periode ist klar, dass dem Käufer in der zweiten Runde keine Rente bleibt. Derjenige Verkäufer, von dem er in der ersten Runde gekauft hat, ist ihm gegenüber nun Monopolist und wird ihm seine gesamte Rente nehmen.

In einem solchen Umfeld, so das Ergebnis der Autoren, gibt es sowohl marktverschließende, ineffiziente Gleichgewichte, als auch solche, in denen der Entrant an den Markt gelangt. Welches Gleichgewicht erreicht wird, entscheidet sich in der ersten Periode. Hier wird ein ineffizientes Gleichgewicht erreicht, wenn der Incumbent dem Käufer hinsichtlich der im Wettbewerb stehenden Einheit ein so attraktives Angebot macht, dass der Käufer nur beim Incumbent kauft und voll dafür kompensiert wird, dass er nicht den Produktmix nimmt, für den er eine höhere Zahlungsbereitschaft hätte. Dieses Angebot verlangt vom Incumbent je nach Parametereinstellung häufig das Angebot eines negativen Preises für die im Wettbewerb stehende Einheit und damit einen Verlust in der ersten Runde. Diesen Verlust kann der Incumbent aber tragen, soweit er durch den Monopolgewinn, den er sich so für die zweite Periode verschafft, kompensiert wird.

Eben dieser Logik kann der Entrant durch die Beschränkung seiner Finanzkraft nicht folgen. Die Annahme, dass er weniger Kredit bekommt, bedeutet, dass er einen Verlust in der ersten Periode nicht hinnehmen kann, selbst wenn er ihn in der zweiten ausgleichen könnte. Er kann in der ersten Periode eine bestimmte Verlustschwelle nicht überschreiten. Daher wird er mit dem Angebot des Incumbents nicht mithalten können, so dass der Markt für ihn verschlossen bleibt.

Ordovert und Shaffer schlagen als theoretisch bestes Mittel gegen diese Art des Marktverschlusses das Verbot von Preisen unter marginalen Kosten vor. Jedoch sehen sie selbst das bekannte Problem der Aufdeckung von Preisen unter Kosten: Für die Wettbewerbsbehörde ist es schwierig, die marginalen Kosten zu ermitteln und es tritt leicht eine Verwechslung von tiefen Wettbewerbspreisen und Preisen unter Kosten ein. Sie schlagen daher als praktisch beste Maßnahme ein Verbot von negativen Preisen vor, das zwar nicht alle ineffizienten Gleichgewichte ausschließt, die Wahrscheinlichkeit ihres Auftretens im Modell aber verringert. Ein solches Verbot schließt auch Preissysteme mit einer Sprungstelle, wie sie Schwellenrabatte in der Regel aufweisen, ein. Die letzten Einheiten vor Erreichen der Rabattschwelle werden, wie schon mehrfach betont, in der Regel zu negativen Preisen angeboten. Auch im Modell könnte der Incumbent ein ineffizientes, marktverschließendes Gleichgewicht dadurch erreichen, dass er in der ersten Periode einen Schwellenrabatt anbietet

mit einer Rabattschwelle in Höhe von zwei und einem Rabatt, der gewährleistet, dass die zweite Einheit faktisch einen ausreichend negativen Preis hat.

Das Modell von Shaffer und Ordober lenkt zunächst das Augenmerk auf eine Asymmetrie, die nicht unmittelbar im beherrschten Markt liegt, aber praktisch von enormer Bedeutung sein dürfte. Kleine Unternehmen, gerade solche, die von Verdrängungswettbewerb durch einen Marktbeherrscher bedroht sind, werden von ihren Banken häufig nicht mit denselben Kreditlinien ausgestattet wie große, mächtige Unternehmen. So kann eine Risikoeinschätzung der Banken, kleine Unternehmen, die dem Wettbewerb mit einem Marktbeherrscher und deshalb einem höheren Insolvenzrisiko ausgesetzt sind, leicht zur *self fulfilling prophecy* werden. Weil die Bank sieht, dass das kleine Unternehmen, von einem großen verdrängt zu werden droht, hält sie Kredite an das kleine Unternehmen für zu risikoreich. Daher beschränkt sie die Finanzmittel des kleinen Unternehmens und nimmt ihm „den langen Atem“, den es bräuchte, um kurzfristige Verluste zugunsten langfristiger Marktanteilsgewinne einzugehen. Durch negative Preise, wie sie ein Schwellenrabatt erlaubt, kann der Marktbeherrscher dann den Markt verschließen.

Das Modell von Ordober und Shaffer zeigt aber auch, dass dies nicht notwendig der Fall ist. Die marktverschließenden Gleichgewichte werden nicht notwendig erreicht. Die finanzielle Einschränkung des Entrants muss groß genug sein, um tatsächlich in einem Marktverschluss zu resultieren. Im Modell zahlt der Incumbent dem Käufer im Gleichgewicht einen Betrag in Höhe der Kreditlinie des Entrants. Ein ebenbürtiges Angebot kann der Entrant nicht machen, weil er nicht mehr Geld leihen kann, als ihm seine Kreditlinie gestattet. Gleichzeitig wird der Incumbent nur dann ein marktverschließendes Gleichgewicht anstreben, wenn die Kosten für den Ausschluss des Entrants nicht höher sind als die Gewinne in der zweiten Periode. Weder die eine noch die andere Voraussetzung taugen jedoch in der Realität zur Abgrenzung. Die Wettbewerbsbehörde und mehr noch der Incumbent werden erhebliche Schwierigkeiten haben, zu ermitteln, wo genau die Kreditlinie des Entrants liegt. Auch wird die Wettbewerbsbehörde nur mit erheblichen Schwierigkeiten in Erfahrung bringen können, wie hoch die Mehrgewinne sind, die der Incumbent sich durch einen etwaigen Ausschluss des Entrants sichert. Dies ist besonders schwer zu beurteilen, wenn der Ausschluss nicht oder nicht vollständig gelingt, wie im British Airways-Fall, in dem British Airways möglicherweise die Expansion von Virgin Atlantic verlangsamen aber nicht verhindern konnte.

Das Modell zeigt daher, dass die Wettbewerbsbehörde bei der Beurteilung von Preissystemen mit negativen inkrementellen Preisen, wie Schwellenrabatten, Fehler machen wird, weil die Preissysteme nicht notwendig schädlich sind. Das Modell zeigt aber auch, dass eine einfache abstrakt generelle Regel, „negative inkrementelle Preise sind verboten“, zu einer Verbesserung der Eintrittschancen führen. Dabei führt die Regel im Modell zu keinerlei Wohlfahrtsverlust. Dieser Punkt kann natürlich in der Realität anders zu beurteilen sein, wenn das Rabattsystem einem vom Modell nicht erfassten Zweck dient. Für diesen Umstand ist die Dogmatik des Art. 82 EG seit dem British Airways-Fall jedoch gut gerüstet. Der Vermutungstatbestand

kann negative inkrementelle Preise bei Wechselkosten und finanzieller Asymmetrie verbieten. Die Effizienzeinrede erlaubt es dem Marktbeherrscher aber, zum Beispiel zu argumentieren, dass das Rabattsystem notwendig sei, um den Zwischenhändlern einen Anreiz zu geben, ihre Verkaufsbemühungen zu intensivieren.

Es bleibt hiernach festzuhalten:

- 1) Das Modell von Ordovery und Shaffer baut auf einer wichtigen Asymmetrie auf: der finanziellen Beschränkung kleiner Firmen im Vergleich zu großen. Sie ist Voraussetzung für alle Befunde des Modells.
- 2) Das Modell baut ebenso auf der Annahme von Wechselkosten auf. Sie sind ebenso Voraussetzung aller Befunde des Modells.
- 3) Wenn die Voraussetzungen von 1) und 2) vorliegen, sollten negative inkrementelle Preise verboten werden.

i) Die Länge der Referenzperiode

Die Länge der Referenzperiode²⁴⁹ spielt eine prominente Rolle im Test des EuGH. Dies scheint auf der Überlegung zu basieren, dass Rabatte potentiell Märkte verschließen, und ein Marktverschluss umso schädlicher ist, je länger er andauert. Andererseits hat vor allem Maier-Rigaud²⁵⁰ darauf hingewiesen, dass für die Frage, ob ein Rabatt marktverschließend wirkt, die Wechselkosten, die er einem Käufer aufbürdet, entscheidend sind, und dass diese Wechselkosten in keiner Weise durch die Länge der Referenzperiode beeinflusst werden. Aus diesem Grund hat Maier-Rigaud vorgeschlagen, der Länge der Referenzperiode bei der wettbewerbsrechtlichen Bewertung von Rabatten keine Bedeutung beizumessen.

Jedoch scheinen Maier-Rigaud und der Gerichtshof in diesem Punkt aneinander vorbei zu reden. Maier-Rigaud ist voll zuzustimmen, dass die Referenzperiode die Wechselkosten nicht beeinflusst. Dennoch kann, wie der Gerichtshof es behauptet, eine lange Referenzperiode eher zu Marktverschluss führen, als eine kurze. Dies liegt jedoch nicht an der Mechanik des Rabatts selbst, sondern an dem Umfeld, in dem der Rabatt auftritt.

Berücksichtigt man das Marktumfeld, lässt sich argumentieren, dass kurze Referenzperioden den Markteintritt weniger behindern, weil erstens vom Entrant nicht auf einmal alle Ressourcen für einen vollständigen Markteintritt mobilisiert werden müssen und weil zweitens dem Entrant – vielleicht zu Recht – weniger zugetraut wird, die Bedürfnisse der Kunden über einen langen Zeitraum zuverlässig zu befriedigen als über einen kurzen. Drittens erscheinen überlappende Referenzperioden als besonderes Problem.

Zum ersten Argument: Kurz vor und nach dem Markteintritt wird der Entrant in der Regel über begrenzte Kapital- und Marketingressourcen verfügen. Wenn die Re-

249 Zur Definition von Referenzperiode vgl. oben Kapitel 1, I.

250 Maier-Rigaud (2005), 272; ebenso Faella (2007), 26; Emch (2007), 650 f.

ferenzperioden des vom Marktbeherrscher angebotenen, Ausschließlichkeit induzierenden Rabattsystem kurz sind, so erhält der Entrant zwischen diesen Perioden, in denen die Käufer frei sind, in kurzer Frist viele Gelegenheiten, Käufer abzuwerben. Das kann ihm kurzfristige Profite verschaffen, die seine Kapitalausstattung verbessern, und ermöglicht es ihm, durch in kurzen Abständen wiederholte beschränkte Marketingkampagnen in jeder „Rabattpause“ einige Käufer abzuwerben. Sind dagegen die Referenzperioden lang, zum Beispiel ein Jahr, so ist der Entrant gezwungen, in der einen „Rabattpause“, die sich einmal im Jahr ergibt, so viele Käufer anzuwerben, dass sein Überleben für das nächste Jahr gesichert ist. Dieser Kraftakt kann den mit beschränkten Kapital- und Marketingressourcen ausgestatteten Entrant überfordern.

Zum zweiten Argument: Je länger der Zeitraum ist, über den das Rabattschema angeboten wird, desto größer ist der Bedarf, der im Rabattsystem befriedigt wird. Theoretisch muss dies im Hinblick auf die Markt verschließende Wirkung keinen Unterschied bedeuten. Ist die Referenzperiode kurz, gibt es viele Gelegenheiten für Marktzutritt auf niedrigem Outputniveau, weil man den Abnehmer nur über eine kurze Periode versorgen muss. Ist die Referenzperiode lang, gibt es wenige Gelegenheiten zum Marktzutritt auf hohem Outputniveau, weil man den Abnehmer über eine lange Referenzperiode versorgen muss. Unterm Strich könnten die beiden Möglichkeiten das gleiche Maß an Marktverschluss bedeuten. Tatsächlich aber wird ein frisch auf den Markt getretener Entrant sich jedoch viel schwerer tun, einen Kunden sicher über einen langen Zeitraum auf einem hohen Outputlevel zu versorgen, als über einen kurzen Zeitraum mit weniger Output. Gerade wenn Reputationseffekte eine Rolle spielen, wird auch der Kunde weniger leichtfertig wechseln, wenn er weiß, dass das bedeutet, dass er sich mit dem unbekanntem Produkt für eine lange Zeit versorgen muss, als wenn er das Gefühl hat, er könnte es mal für ein paar Wochen ausprobieren. So werden Testkäufe durch lange Referenzperioden erheblich erschwert.

Überlappen sich gar lange Referenzperioden, so kann der Entrant ein Marktumfeld vorfinden, in dem er nur in langen Abständen auf sehr wenige freie Käufer trifft. Je nachdem, wie seine Möglichkeiten sind, sich Kapital oder Kredite zu verschaffen, kann so die Bereitschaft der Kapitalgeber, auf eine Rückzahlung zu warten, mehr als ausgereizt werden. Die Folge wäre erneut das Ausscheiden eines im Übrigen ebenso effizienten Wettbewerbers.

Alle drei Argumente werden durch die Argumentation aufgrund des Modells von Rasmusen gestützt, die zu dem Ergebnis kam, kurze Referenzperioden anders zu behandeln als lange und sich überlappende Referenzperioden als Indiz für Missbrauch zu werten.²⁵¹

Im Ergebnis spielt die Referenzperiode also je nach Marktumfeld eine nicht unerhebliche Rolle bei Marktverschluss durch Rabatte, auch wenn sie die Wechselkosten nicht unmittelbar beeinflusst. Daher sollte der Tatbestand einer Missbräuchlichkeitsvermutung im Hinblick auf die Referenzperiode zwei Elemente enthalten:

251 Vgl. oben bei Fn. 217.

- 1) Für einen Rabatt mit einer kurzen Referenzperiode sollte die Missbräuchlichkeitsvermutung nicht gelten.
- 2) Wenn sich die Referenzperioden verschiedener Kunden überlappen, sollte dies ein starkes Indiz für die Vermutung der Missbräuchlichkeit des Rabatts sein.

j) Zusammenfassung der Anhaltspunkte, welche die Missbräuchlichkeit von Rabatten vermuten lassen

Damit der Test überhaupt Anwendung findet, sollte er verlangen, dass ein Schwellenrabatt mit einer erheblichen Sprungstelle vorliegt.

Die Argumente für eine Missbräuchlichkeit von Rabatten ergeben sich entweder aus Modellen, die Ausschließlichkeitsbindungen behandeln, aus einem Modell das Preisdiskriminierung behandelt oder aus einem Modell, das vor allem negative inkrementelle Preise als Merkmal wettbewerbsschädigender Rabatte ausmacht. Die ersten und das letzte Modell setzen voraus, dass die Rabattschwelle nah am Gesamtbedarf der Käufer liegt. Nur dann ist faktisch Ausschließlichkeit die Bedingung des Rabatts, so dass die Literatur über Ausschließlichkeitsbindungen übertragbar erscheint. Nur dann können die inkrementellen, das heißt die letzten, zusätzlichen Einheiten einen negativen Preis haben. Läge die Schwelle deutlich unter dem Bedarf, hätten irgendwelche Einheiten, die der Kunde sowieso kaufen würde, einen negativen Preis und der Rabatt bliebe ohne Wirkung. Läge die Schwelle deutlich über dem Gesamtbedarf, würde der Rabatt nicht erreicht, so dass es gar nicht zu negativen Preisen käme.

Es ist allerdings darauf hinzuweisen, dass auch so genannte *market share discounts*, das heißt Rabatte, die durch die Befriedigung eines Nachfrageanteils von deutlich weniger als 100 % bedingt sind, in spezifischen Situationen einen Marktverschluss gegen einen ebenso effizienten Wettbewerber ermöglichen können. Die Literatur, die diese Rabatte untersucht, ist jedoch erst im Entstehen und betont, dass *market share discounts* oft auf die Konsumentenwohlfahrt steigern oder nur Rente zwischen den Verkäufern verschieben.²⁵² Diese Unsicherheit spricht eher gegen eine Vermutung der Missbräuchlichkeit von Rabatten mit einer Schwelle deutlich unter dem erwarteten Bedarf für die Referenzperiode.

Man kann sich zwar leicht vorstellen, dass ein Markt, auf dem der Entrant ein *minimum viable share* in erheblicher Größe erreichen muss, um zuzutreten, auch durch einen solchen Rabatt verschlossen werden kann, der von den Käufern verlangt, dass sie nur einen erheblichen Teil des Bedarfs beim Entrant kaufen. Der Teil, den die Käufer auch beim Entrant kaufen können, muss nur zu klein sein, als dass der Entrant eine Chance hätte das *minimum viable share* zu erreichen. Allerdings wird es durch diese Form von Marktverschluss nötig, mehr Käufer in einem *market share discount* zu binden, als Käufer hätten gebunden werden müssen, wenn der Rabatt Ausschließlichkeit verlangt hätte. Wenn das *minimum viable share* eine Größe

²⁵² Majumdar/Shaffer (2007); Marx/Shaffer (2004); Mills (2008).

von der Hälfte des Marktes hat, kann der Marktbeherrscher für den Marktverschluss entweder die Hälfte der Käufer in einem Ausschließlichkeitsrabatt binden oder alle Käufer in einem Rabatt mit der Schwelle bei $\frac{1}{2}$ des Bedarfs. Die zweite Variante wird für ihn allerdings teurer sein, weil er nicht bloß die Hälfte der Käufer sondern alle Käufer für die Persistenz des Monopols entschädigen muss. Daher sollte man annehmen, dass ein Marktbeherrscher, der einen ineffizienten Marktverschluss anstrebt, in der Regel von einem Ausschließlichkeit voraussetzenden Rabatt Gebrauch macht, nicht dagegen von einem *market share discount* mit einer Schwelle, die erheblich unter dem Gesamtbedarf in der Referenzperiode liegt. Auch dieser Umstand spricht gegen eine Vermutung der Missbräuchlichkeit von Rabatten mit einer Schwelle deutlich unter dem Gesamtbedarf.

Demnach sollte ein Tatbestand für eine Missbräuchlichkeitsvermutung in der Regel das Merkmal einer Rabattschwelle nah am Gesamtbedarf aufweisen.²⁵³ Eine Ausnahme bildet die weiter unten folgende Variante IV.

Die Länge der Referenzperiode sollte ebenso Berücksichtigung im Tatbestand finden, wie die Frage, ob sich lange Referenzperioden überlappen. Jede Grenze, die hier zwischen langen und kurzen Referenzperioden gezogen wird, ist in gewisser Weise willkürlich. Angesichts der Tatsache, dass sich bis zum British Airways-Urteil, das in dieser Hinsicht Unsicherheit stiftete, eine Referenzperiode von drei Monaten als Grenze zu etablieren begann,²⁵⁴ sollte an diese Dreimonatsgrenze wieder angeknüpft werden. Das zweite Element jedes Tatbestands sollte damit eine Referenzperiode von mehr als drei Monaten sein.

Dann sollte der Tatbestand einer Missbräuchlichkeitsvermutung gegenüber Rabatten erfordern, dass die Rabattschwelle nicht durch Lagerung des Produkts umgangen werden kann. Durch Lagerung kann ein Schwellenrabatt, wie gezeigt, leicht seiner Ausschließlichkeit induzierenden Wirkung beraubt werden. Die Umgehung kann insbesondere dadurch ermöglicht werden, dass die Rabattschwelle in absoluten Zahlen formuliert und das Produkt beim Abnehmer ohne erhebliche Schwierigkeiten für eine Zeit, welche die Referenzperiode merklich überschreitet, zu lagern ist. Nicht möglich ist eine Umgehung in der Regel, wenn die Rabattschwelle als Anteil der Einkäufe des Käufers formuliert ist und der Rabattanbieter die Möglichkeit hat, diese Einkäufe wirksam zu beobachten.

253 Dieses Tatbestandsmerkmal wird mit hoher Wahrscheinlichkeit dann leicht verifizierbar sein, wenn es auch für den Rabattanbieter praktikabel war, eine Schwelle nah am Gesamtbedarf jedes einzelnen Kunden zu setzen. Oft wird auf das Vorliegen dieses Merkmals indirekt über den vom Rabattanbieter angewandten Mechanismus zu schließen sein: Wenn ein Rabattanbieter seinen Rabatt an die Bedingung knüpft, dass der individuelle Vorjahresumsatz des jeweiligen Käufers leicht übertroffen wird, so kann davon ausgegangen werden, dass die Schwelle für jeden Käufer, für den diese Bedingung galt, nah am erwarteten Jahresumsatz lag, weil der Vorjahresumsatz ein guter Proxy für den erwarteten Jahresumsatz ist.

254 Vgl. Zum Beispiel Grill in Lenz (2006), Rn. 32, zurückgehend auf KomE „Michelin II.“ COMP/E-2/36.041/PO, Rn. 216.

Der kritische Punkt eines jeden Tatbestands für eine Missbräuchlichkeitsvermutung gegen Rabatte ist aber die Beschreibung des Marktumfelds, in dem sie zu Marktverschluss führen können.

Jedenfalls sollte das Marktumfeld von einer Asymmetrie gekennzeichnet sein, die es dem Wettbewerber des Marktbeherrschers unmöglich macht, das Rabattsystem zu replizieren. Diese Asymmetrie sollte entweder in der Notwendigkeit liegen, einen erheblichen Marktanteil zu erreichen, um dauerhaft am Markt bleiben zu können, oder darin, dass der Rabatt ein Bündel von Produkten umfasst, von dem mindestens eines von dem Marktbeherrscher als Monopolist angeboten und von einem großen Teil der Kunden benötigt wird, oder darin, dass das vom Rabatt umfasste Produkt für die meisten Käufer ein *must stock item* darstellt. Auch dass der Marktbeherrscher in der Lage ist, den Abnehmern Angebote zu machen, von denen seine Wettbewerber in der Regel nicht vor der Annahme durch die Kunden erfahren, so dass sie nicht durch Gegenangebote reagieren können, kann eine solche Asymmetrie begründen. Reine Kapazitätsbeschränkungen können eine Asymmetrie der hier geforderten Art darstellen, wenn es einem Wettbewerber nicht möglich ist, durch die ausschließliche Belieferung einiger Kunden den Rabatt des Marktbeherrschers zu umgehen. Ein bloßer erheblicher Abstand zwischen Marktanteilen vermag die hier geforderte Asymmetrie nicht zu begründen.

Darüber hinaus sollte einer von vier Fällen erfüllt sein:

a) Variante 1:

- 1) Der Rabattanbieter kann einem großen Teil der Kunden Angebote machen, auf die der Wettbewerber nicht vor Annahme durch den Kunden mit einem Gegenangebot reagieren kann, und
- 2) es besteht auf Seiten des Käufers Unsicherheit darüber, wie niedrig die Preise sind, die anzubieten die Wettbewerber des Marktbeherrschers sich leisten können.

Erläuterungen zu Variante 1:

Das erste Merkmal der Variante wird typischerweise erfüllt sein, wenn Marktzutritt noch nicht erfolgt ist, aber erwartet wird. Aber auch wenn der Wettbewerber von den Angeboten des Marktbeherrschers an seine Kunden nicht erfährt und es für den Kunden teuer ist sich ihrerseits an den Wettbewerber zu wenden, so kann der Wettbewerber nicht unmittelbar auf das Angebot des Marktbeherrschers reagieren und der von Bolton/Aghion konstruierte *first mover advantage* beschreibt die Verhandlungssituation treffend. Die vom zweiten Merkmal verlangte Unsicherheit gewährleistet, dass der Rabatt tatsächlich zu ineffizientem Marktverschluss führt und nicht lediglich Rente vom Entrant zum Marktbeherrscher verschiebt.

b) Variante 2

- 1) Der Entrant muss mindestens ein *minimum viable share* des Marktes versorgen, um sich nachhaltig am Markt zu etablieren und
- 2) es besteht zwischen den Kunden kein derart intensiver Wettbewerb, dass ein Käufer, der zu niedrigeren Preisen einkauft als seine Konkurrenten, seinen Marktanteil kurzfristig vervielfältigen kann.
- 3) Die Koordinationsschwierigkeiten, die das Erfordernis des *minimum viable shares* für die Käufer erzeugt, können diese nicht lösen, indem sie z.B. gegenseitig ihre Kaufentscheidungen exakt und zu zumutbaren Kosten beobachten.

Erläuterung zu Variante 2:

Das *minimum viable share* ist, wie oben in der Besprechung von Rasmusen et al. dargelegt, definiert als ein Marktanteil, der nicht erreicht werden kann, indem nur ein Käufer beliefert wird. Dadurch entsteht das besprochene Koordinationsproblem für die Käufer, weil nicht ein Käufer allein durch seine Entscheidung Marktzutritt bzw. Expansion eines Konkurrenten herbeiführen kann. Das zweite Merkmal der Variante 2 kann eigentlich nicht abgelehnt werden, wenn das erste angenommen ist. Wenn ein einzelner Käufer den Marktzutritt nicht herbeiführen kann, so liegt das auch daran, dass sich sein Marktanteil bei günstigerem Einkauf nicht unmittelbar dramatisch ausweitert. Es ist dennoch in die Variante aufgenommen, um zu verhindern, dass eine zu statische Betrachtung des ersten Tatbestandsmerkmals der Variante zu einer vorschnellen Annahme der Vermutung führt. Das dritte Tatbestandsmerkmal ist eine offene Betrachtung und Bewertung der Koordinationsmöglichkeiten der Käufer. Das wichtigste Koordinationsinstrument dürfte die gegenseitige Beobachtung der Kaufentscheidungen sein. Wenn ein wirksames Koordinationsinstrument zur Lösung des Koordinationsproblems der Käufer zur Verfügung steht, sollte die Vermutung nicht greifen.

c) Variante 3:

- 1) Der Schwellenrabatt bündelt einen Markt, auf dem die Marktmacht des Marktbeherrschers unangefochten ist, mit einem, auf dem sie angegriffen wird oder werden kann (Möglich ist auch, dass er zwei Märkte verbindet auf denen beiden die Marktmacht des Marktbeherrschers angegriffen werden kann – allerdings nie von einem Konkurrenten zugleich), und
- 2) auf beiden Märkten kaufen typischerweise dieselben Käufer, und
- 3) der Rabatt
 - (a) bündelt stark komplementäre Güter und es ist auf absehbare Frist Marktzutritt durch nicht mehr als einen Wettbewerber absehbar, oder
 - (b) bündelt unabhängige Güter, oder
 - (c) legt den Marktbeherrscher dahingehend fest, dass er das Bündel nicht wieder auflösen kann, wenn es später opportun erscheint. (D.h. zum Beispiel der Marktbeherrscher kann glaubhaft *take it or leave it* Angebote machen, bei denen Nachverhandlungen ausgeschlossen sind.)

Erläuterung zu Variante 3:

Die Möglichkeit, einen Monopolmarkt mit einem umkämpften Markt zu verbinden, ist eine in der Praxis sehr bedeutende Asymmetrie. Sie lässt sich aber nur durch Rabatte ausnutzen, wenn die Käufer tatsächlich beide Elemente des Bündels kaufen, also auf beiden Märkten dieselben Käufer aktiv sind. Das dritte Merkmal scheidet solche Rabatte aus, bei denen ein Ausschluss eines ebenso effizienten Wettbewerbers mit hoher Wahrscheinlichkeit nicht im Interesse des Marktbeherrschers liegt.

d) Variante 4:

- 1) Der Rabatt führt über eine gewisse, nicht unerhebliche Menge zu negativen inkrementellen Preisen, und
- 2) der Konkurrent/die Konkurrenten hat/haben einen erheblich schwereren Zugang zu Kapital als der Marktbeherrscher, wobei dieser beschränkte Kapitalzugang nicht Ausdruck der geringeren Effizienz des Konkurrenten oder der geringeren Qualität seiner Produkte ist, und
- 3) ein Wechsel von einem Produkt zum andern impliziert Kosten für den Käufer.

Erläuterung zur Variante 4:

Wenn ein Konkurrent schweren Zugang zu Kapital hat (Merkmal 2 der Variante), kann er sich nicht kurzfristig Verluste leisten, die er langfristig ausgleichen könnte. Da hier nur der Wettbewerber geschützt werden soll, der ebenso effizient ist, wie der Marktbeherrscher und ein schlechter Zugang zu Kapital oft aus fehlendem Zutrauen der Banken oder des Kapitalmarkts in die Leistungsfähigkeit des Unternehmens resultiert muss hier gesondert geprüft werden, dass der schlechte Zugang zu Kapital nicht auf geringerer Effizienz oder minderer Produktqualität basiert. Merkmal 1 beschreibt dann eine Bedingung für kurzfristige Verluste des Wettbewerbers. Und Merkmal 3 beschreibt einen Umstand, der diese kurzfristigen Verluste verschlimmert, weil es in der Regel der Wettbewerber ist, der die Wechselkosten tragen muss.

e) Variante 5:

- 1) Der Entrant muss, um erfolgreich an den Markt zu kommen (aufgrund von Netzwerk- oder Skaleneffekten) mindestens einen erheblichen Marktanteil (*minimum viable share*) aus Käufern heterogener Größe erreichen, und
- 2) ein Entrant kann nie erwarten, die ganze Nachfrage der Kunden zu befriedigen oder der Rabatt führt bei einigen Abnehmern zu Preisen, die im Durchschnitt unter den durchschnittlichen variablen Kosten des Marktbeherrschers liegen, und
- 3) der Rabatt teilt die Marktgegenseite so in große und kleine Käufer auf, dass nur die großen den Rabatt je erreichen werden und ein ebenso effizienter Entrant, um sich dauerhaft am Markt etablieren zu können, auch einige der großen Käufer zu seinen Kunden machen muss. (Hier muss die Rabattschwelle nicht zwingend in Höhe des Gesamtbedarfs liegen.)

Erläuterung zu Variante 5:

Variante 5 beschreibt Umstände, die es dem Marktbeherrscher erlauben, durch Rabatte unterschiedliche Preise für zwei Gruppen von Käufern zu verlangen – der Gruppe der großen Käufer und der Gruppe der kleinen Käufer. Weil der Entrant Käufer aus beiden Gruppen gewinnen muss, um zuzutreten (Merkmal 1), kann der Marktbeherrscher durch Rabatte nur den großen Käufern (Merkmal 3) so niedrige Preise anbieten (Merkmal 2), dass sie nicht wechseln werden. Der Marktbeherrscher kann seine Kosten bei den kleinen Käufern wieder einwerben und der Markt bleibt verschlossen.

IV. Rabatte erfüllen die Effizienzeinrede nicht in der Mehrzahl der Fälle

Eine abstrakt generelle Missbrauchsvermutung zu Lasten bestimmter Rabatte erschiene nicht gerechtfertigt, wenn die oben charakterisierten Rabatte mit hoher Wahrscheinlichkeit die Voraussetzungen der Effizienzeinrede erfüllen würden. Nach dem Urteil in der Sache *British Airways* müssten, damit die Effizienzeinrede griffe, durch das Rabattsystem Effizienzen generiert werden, die auch den Konsumenten zu gute kommen. Gleichzeitig müssten die betreffenden Effizienzen gerade durch die Anwendung des Rabattsystems hervorgerufen werden und dürften nicht durch mildere Mittel zu erreichen sein.²⁵⁵ Sollte die ökonomisch-theoretische Literatur voraussagen, dass Rabatte, die einen ebenso effizienten Wettbewerber vom Markt ausschließen, diese Voraussetzungen in der Regel erfüllen, so wäre eine Missbräuchlichkeitsvermutung gegen Rabatte mindestens eine Vergeudung von Ressourcen, vor allem aber wohl ein unverhältnismäßiger Eingriff in die Rechte der Marktbeherrscher, da sich die betreffenden Unternehmen in der Regel exkulpierten könnten und so vorhersehbar unbegründet behelligt würden.

a) Abschwächung doppelter Marginalisierung

Rabatte können Effizienzen dadurch erzeugen, dass sie in einer Absatzkette von Produzent, Zwischenhändler und Konsument die Interessen von Produzent und Zwischenhändler aufeinander abstimmen. Ein Beispiel für eine solche Wirkung lässt sich anhand der doppelten Marginalisierung konstruieren.²⁵⁶ Als doppelte Marginalisierung bezeichnet man die Tatsache, dass der *dead weight loss* bei zwei in der Absatzkette hintereinander liegenden Monopolen (im Beispiel Produzent und Zwischenhändler) ohne Koordinierung größer ist, als wenn ein Monopol sich einer Marktseite gegenüber sieht, innerhalb derer Wettbewerb herrscht. Dies widerspricht der verbreiteten Annahme, dass einem Monopol nur ein weiteres gegenübergestellt werden müsse, um es zu neutralisieren. Die Ineffizienz ergibt sich dadurch, dass jeder der beiden Monopolisten, wenn beide je isoliert entscheiden, einen Monopolauf-

²⁵⁵ EuGH „*British Airways*“ C-95/04, Rn. 86.

²⁵⁶ Vgl. hierzu auch Kolay/Shaffer/Ordovery (2004).

schlag auf den Preis verlangt, beziehungsweise einen Monopolabschlag von der ausgestoßenen Menge vornimmt. Der Effizienzverlust durch Monopol entsteht so in der Absatzkette zweimal. Dadurch verlieren alle: Der Monopolist, der Zwischenhändler und die Verbraucher. Beschränkte man den Monopolverlust auf den eines einzigen Monopols, könnten alle Marktteilnehmer ihre Rente vergrößern. Ein einfaches lineares Modell hierzu findet sich im Annex zu diesem Abschnitt. Doppelte Marginalisierung entsteht in entsprechender Weise auch, wenn das zweite Monopol nicht ein Zwischenhändler ist, sondern ein weiterverarbeitendes Unternehmen, die Darstellung verkompliziert sich dann allerdings leicht.²⁵⁷ Deshalb wird in diesem Abschnitt ein Zwischenhändler als nachgelagertes Monopol angenommen. Zur weiteren Vereinfachung wird angenommen, dass auf der Ebene des Zwischenhändlers keine Kosten entstehen.

Um doppelte Marginalisierung zu verhindern, ist Koordination zwischen den beiden Monopolen nötig. Anstatt jeder für sich die Menge einzuschränken, müssen die beiden Monopolisten es schaffen, die Menge nur einmal einzuschränken und den so entstehenden größeren Monopolgewinn zu teilen. Dies kann ein Schwellenrabatt leisten, wenn z.B. der Produzent ihn dem Zwischenhändler anbietet und die Schwelle in Höhe der größeren Menge legt, die bei einem einfachen Monopol abgesetzt würde. Dadurch würde die richtige Mengenreduktion kommuniziert. Es entstünde zusätzliche Rente und der *dead weight loss*, würde reduziert. Diese zusätzliche Rente können sich der Produzent und der Zwischenhändler durch die Rabattzahlung teilen. So würde sich der Rabatt für beide lohnen. Auch dieser Punkt ist in dem Modell im Annex verdeutlicht, aber auch an einem Diagramm lässt sich das Argument illustrieren.

257 Vgl. Viscusi et al. (2005), 238 ff.

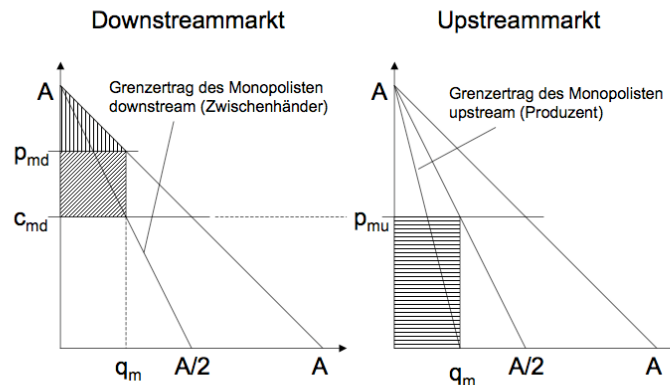


Abbildung 17

Der Zwischenhändler ist unmittelbar der Nachfrage der Konsumenten ausgesetzt. Er maximiert seinen Gewinn, wie jeder Monopolist, indem er Kosten und Grenzertrag gleich setzt. Daher bildet die Grenzertragskurve des Zwischenhändlers die Nachfragekurve des Produzenten. In Abbildung 17 ist von den Kosten des Produzenten abstrahiert, der daher nur die Menge q_m ausstößt. Für den Zwischenhändler bildet der Preis, den der Produzent verlangt, die Kosten. Daher liegen der Preis des Produzenten (p_{mu} – für Preis Monopol upstream) und die Kosten des Zwischenhändlers (c_{md} – für marginale Kosten Monopol downstream) auf einem Niveau. Die Rente, die der Produzent und der Zwischenhändler gemeinsam erwirtschaften, wenn sie je den individuell profitmaximierenden Monopolpreis setzen, entspricht der Summe aus schräg schraffierter und waagrecht schraffierter Fläche in den beiden oberen Diagrammen. Deren Flächen betragen insgesamt im Einklang mit dem Modell im Annex $3A^2/16$. Normalisieren wir der Einfachheit halber A auf 4, erhalten wir eine gemeinsame Rente von 3. Der Produzent setzt nun eine Rabattschwelle von $A/2$ – die Höhe der Menge, die ein einziger Monopolist ausstoßen würde. Erreicht der Zwischenhändler die Schwelle, zahlt der Produzent ihm einen Rabatt, der den Zwischenhändler besser stellt, als er stünde, wenn er den individuellen Monopolpreis verlangt.

Markt mit Integrierten Monopolisten, perfektem Wettbewerb downstream oder Schwellenrabatt

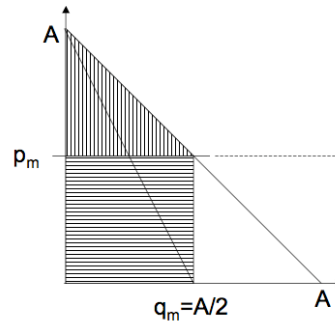


Abbildung 18

Wenn der Produzent so handelt, dann realisieren er und der Zwischenhändler gemeinsam die Rente, die ein integriertes Monopol in ihrer Lage realisieren würde. Diese Rente entspricht in der zweiten Grafik der waagrecht schraffierten Fläche, deren Inhalt entsprechend dem Modell im Annex $4A^2/16$ beträgt. Bei der Normalisierung von A auf vier entspricht das einem Wert von 4. Die zusätzliche Rente von 1 können sich der Produzent und der Zwischenhändler durch die Rabattzahlung teilen, dann stünden beide Monopolisten besser als ohne Rabatt.

Aus Abbildung 18 geht auch hervor, dass unter den hier angenommenen Umständen (insbesondere dem, dass der Zwischenhändler nur einen einheitlichen Preis auf dem Konsumentenmarkt verlangen und keine Strategie von Preisdiskriminierung verfolgen kann) auch die Konsumentenrente wächst. Erschöpfte sich die Konsumentenrente unter doppelter Marginalisierung in dem Dreieck oberhalb des Preises von $3A/4$ (senkrecht schraffiert in Abbildung 17 links), so vervierfacht sie sich und beträgt unter Verwendung des Rabattsystems das ganze Dreieck zwischen Nachfragekurve und dem Preis von $A/2$ (senkrecht schraffiert in Abbildung 18). Die Rabattschwelle wird so dazu genutzt, das in der Produktionskette weiter unten liegende Monopol dazu zu bringen, eine effizientere Menge abzunehmen.²⁵⁸ Damit ergibt sich bei Vorliegen zweier nacheinander gelagerter Monopole unmittelbar aus der Anwendung des Rabattsystems eine Effizienz, die auch den Konsumenten zu Gute kommt.

Allerdings ist ein Schwellenrabatt zur Erreichung dieser Effizienz nicht erforderlich, da Mittel zur Verfügung stehen, die denselben Erfolg erreichen können, ohne

258 Faella (2007), 6.

im Ruch zu stehen, wettbewerbsbeschränkend zu wirken. Ein zweistufiger Preis (*two part tariff*), bei dem ein fester Grundpreis für den Zugang zur Lieferung verlangt und dann jede bestellte Einheit vergütet wird²⁵⁹ (wie bei einem Telefonvertrag: Eine Grundgebühr und eine Gebühr für jede Minute), gilt als die herkömmliche Lösung zur Behebung doppelter Marginalisierung, die Stückpreis und marginale Kosten nicht entkoppelt. So könnten sich Produzent und Zwischenhändler einigen, der Produzent werde die Einheiten des Guts zu einem Preis in Höhe der marginalen Kosten von null abgeben. Dafür werde der Zwischenhändler ihm einen Festbetrag von $2,5A^2/16$ zahlen. Wenn der Preis pro Einheit bei null liegt, wird der Zwischenhändler eine Menge von $A/2$ umsetzen. Das lässt sich daran ablesen, dass in dem obigen Diagramm mit der Überschrift „Downstreammarkt“ die Gerade, die den Grenzertrag des Zwischenhändlers angibt, die x-Achse bei $A/2$ schneidet. $A/2$ ist aber die Menge, die den gemeinsamen Gewinn der beiden Monopole maximiert und der Menge entspricht, die ein einzelnes Monopol ausstoßen würde. Auch die Konsumentenrente wäre nun so groß wie im Falle des einen Monopols: $(1/2)^2/2$. Wie hoch die feste Zahlung im Einzelnen sein wird, hängt von der relativen Verhandlungsmacht der beiden Vertragspartner ab.²⁶⁰ Auch ein Rabatt, der keine Sprungstelle aufweist, weil er nur auf die Einheiten jenseits der Schwelle gewährt wird, kann doppelte Marginalisierung beseitigen.²⁶¹ Ebenso kann doppelte Marginalisierung mit Hilfe eines kontinuierlichen Mengenrabatts ohne Sprungstelle beseitigt werden.²⁶²

Die Lösung des Problems doppelter Marginalisierung kann daher in der Regel das Durchgreifen einer Effizienzeinrede nicht begründen, weil sich dieselbe Wirkung in der Regel mit Preissystemen erreichen lässt, die weder zu negativen Preisen führen noch sonst Preis und marginale Kosten entkoppeln. Ein Beispiel ist ein *two part tariff*.

Allerdings argumentieren Kolay/Shaffer/Ordover (2004), dass Schwellenrabatte es dem Produzenten erlauben, mehr Rente zu extrahieren als mit einem zweistufigen Tarif, wenn bei Vertragsschluss Unsicherheit darüber herrscht, ob die Nachfrage für ein Gut hoch oder niedrig sein wird, und diese Unsicherheit nur für den Zwischenhändler nach Vertragsschluss aufgelöst wird. Die Wohlfahrtsauswirkung von Rabatten gegenüber einem zweistufigen Preis, seien allerdings ambivalent: Gegenüber einem zweistufigen Tarif könne die Verwendung von rückwirkenden Schwellenrabatten sowohl zu Effizienzen führen, als auch die Effizienz schmälern. Dies hänge da-

259 In dem Beispiel, das den Abbildungen 17 und 18 zu Grunde liegt, fällt der *two part tariff* mit einer Flatrate zusammen: Weil Grenzkosten in Höhe von null angenommen wurden, wird nur ein positiver Fixbetrag gezahlt. Jede Einheit wird dann mit einem Preis von null und das heißt nicht vergütet.

260 Vgl. Kolay/Shaffer/Ordover (2004).

261 Kolay/Shaffer/Ordover (2004) zeigen auch, dass ein Rabatt ohne Rückwirkung, nur auf die Einheiten jenseits der Rabattschwelle, der nicht zu negativen Preisen führt und keine Sprungstelle aufweist, ebenfalls das Problem doppelter Marginalisierung lösen kann.

262 Inderst/Schwalbe (2009), 7.

von ab, ob sich die hohe Nachfrage von der niedrigen eher durch eine größere absetzbare Menge unterscheidet (so dass die Steigung der Nachfragekurve im Fall der hohen Nachfrage größer ist als im Fall der geringen) oder ob sich die Fälle vor allem durch eine höhere Zahlungsbereitschaft der Kunden im Fall der höheren Nachfrage unterscheiden (dann wäre die Steigung der höheren Nachfragekurve geringer als die der niedrigen). Im ersten Fall soll die Verwendung von Schwellenrabatten zu Effizienzgewinnen führen, im zweiten zu Effizienzverlusten.

Das Ergebnis von Kolay/Shaffer/Ordover erscheint jedoch sehr fragil. Dass in ihrem Modell der Schwellenrabatt in effizienterer Weise dafür sorgt, dass der Zwischenhändler zu erkennen gibt, ob die Nachfrage hoch oder niedrig ist, liegt auch an der Annahme, dass der Produzent genau weiß, wie die Nachfrage aussieht, wenn sie hoch ist, und wie, wenn sie niedrig ist. Er kann daher je eine Schwelle exakt in der Höhe der Nachfrage im hohen Fall und eine in Höhe der Nachfrage im niedrigen Fall setzen und so dafür sorgen, dass der Zwischenhändler je nach Fall, die richtige Rabattschwelle nutzt. Besteht jedoch, wie es in der Realität häufiger der Fall sein wird, wirklich Unsicherheit über die Nachfrage, so ist die Aufgabe, die Schwellen sinnvoll zu setzen, nicht mehr einfach zu bewältigen. Fehler bei der Wahl der Rabattschwellen können zu erheblichen Effizienzverlusten führen: Setzt der Produzent die Schwelle für den Fall, dass die Nachfrage niedrig ist, zu hoch, wird der Zwischenhändler, wenn die Nachfrage tatsächlich niedrig ist, gar nicht kaufen. Setzt er sie zu niedrig, wird der Zwischenhändler sie, wenn die Nachfrage tatsächlich gering ist, nicht überschreiten und daher zu wenig kaufen. Setzt er die Schwelle für den Fall hoher Nachfrage zu hoch, wird der Zwischenhändler auch, wenn sie tatsächlich hoch ist, kaufen, als sei sie klein. Er wird seine Menge also drastisch einschränken. Setzt der Produzent hier die Schwelle zu niedrig, wird der Zwischenhändler sie ebenfalls nicht überschreiten und so zu wenig kaufen.

In einem *two part tariff* dagegen erfolgt die Mengensetzung nicht unmittelbar durch den Produzenten, sondern mittelbar durch den Stückpreis. Dieser liegt für den Fall, dass die Nachfrage hoch ist, immer in Höhe der Grenzkosten der letzten Einheit, für die es im Falle hoher Nachfrage eine positive Zahlungsbereitschaft gibt.²⁶³ Mengenverzerrungen im Fall der hohen Nachfrage sind daher ausgesprochen unwahrscheinlich.

Daher ist es mehr als zweifelhaft, dass Schwellenrabatte tatsächlich einen wohlfahrtsneutralen, profitmaximierenden Weg darstellen, bei Unsicherheit über die Höhe der Nachfrage auf Seiten des Produzenten doppelte Marginalisierung zu beseitigen. Auch das Argument von Kolay/Shaffer/Ordover (2004) kann daher den Befund nicht erschüttern, dass die Beseitigung doppelter Marginalisierung nicht dazu führt, dass Schwellenrabatte die Effizienzeinrede in der Regel erfüllen werden.

²⁶³ Kolay/Shaffer/Ordover (2004), 437.

Annex zu a)

Wir betrachten einen Markt mit zwei Absatzstufen. Ein Produzent P, der Monopolist ist, produziert ein Gut, das er an den Wiederverkäufer M, der ebenfalls Monopolist ist, verkauft. M wiederum verkauft das Gut auf einem Konsumentenmarkt, auf dem er sich der Nachfragefunktion $D = A - p \Leftrightarrow p = A - q$ gegenüber sieht. Dabei steht D für *demand*, bzw. Nachfrage, p für Preis, q für *quantity*, bzw. Menge, und A für den Achsenabschnitt der Nachfragefunktion. q entspricht auf der rechten Seite dem D auf der linken. P hat der Einfachheit halber keine Kosten. Die einzigen Kosten, denen sich M ausgesetzt sieht, ist der Einkaufspreis, den er an P bezahlen muss. Der Stückpreis, den er an P bezahlt, entspricht damit den Grenzkosten von M. Von Fixkosten soll abstrahiert werden.

Wenn M durch einen einheitlichen Preis auf dem Endkundenmarkt seinen Profit maximieren will, maximiert er die Gewinnfunktion $\pi_M = (A - q)q - cq$. Die Bedingung erster Ordnung für das Maximum lautet damit $A - 2q - c = 0$. M wird daher eine Menge von $q = (A - c)/2$ ausstoßen. Der Preis wird bei $p = (A + c)/2$ liegen. Die Menge, die M an die Konsumenten ausschütten wird, ist zugleich auch die Nachfragefunktion, der sich P ausgesetzt sieht. Die Grenzkosten c von M entsprechen dabei dem Preis, den P verlangt, und sind somit dessen strategische Variable. P maximiert daher die Gewinnfunktion $\pi_P = ((A - c)/2)c$. Die Bedingung erster Ordnung für deren Maximum ist $(A - 2c)/2 = 0$. Damit ist $c = A/2$. Wenn wir diesen Inputpreis nun als Grenzkosten in die Formel für q setzen, erhält man: $q = (A - A/2)/2 = A/4$. Der Profit von M betrüge so $\pi_M = (A - (A/4))(A/4) - (A/2)(A/4) = A^2/16$. Der Profit von P beträgt $\pi_P = ((A - (A/2))/2) \cdot A/2 = A^2/8$.

Vergleichen wir dieses Ergebnis mit dem eines Marktes, bei dem M und P zusammen ein Unternehmen sind, so dass sich die Konsumenten nur einem Monopolisten gegenübersehen, so maximiert der Monopolist $\pi_{MP} = (A - q)q$, wofür die Bedingung erster Ordnung $A - 2q = 0$ ist, so dass das Maximum bei $q_{MP} = A/2$ liegt. Diese Menge ist doppelt so groß wie die ausgestoßene Menge bei doppelter Marginalisierung.

Unter der Annahme eines Rabattsystems ergibt sich folgendes: P könnte für den Fall, dass M weniger als $q = A/2$ abnimmt, einen Preis in Höhe von $c = A/2$ verlangen und für den Fall, dass er mindestens $q = A/2$ abnimmt, einen Rabatt gewähren. Damit aber M eine Menge von $q = A/2$ absetzen kann, muss er, wenn wir annehmen, er könne nur einen einheitlichen Preis von den Konsumenten verlangen, für $p = A/2$ anbieten (was an dem einfachen Umstand liegt, dass unsere Nachfragefunktion die Steigung -1 hat). P muss M daher für den Fall des Erreichens der Rabattschwelle mindestens einen Rabatt anbieten, der in der Höhe der Rente entspricht, die P ohne das Rabattschema erhalten hätte. Diese Rente betrug $A^2/16$. Als *rollback rebate* würde das bedeuten, dass er im Falle des Erreichens der Rabattschwelle ein wenig mehr als $1/8$ des für alle Einheiten zusammen bezahlten Kaufpreises zurückgewährt. Dann würde M seine Rente vergrößern, indem er $q = A/2$ wählt, so dass er die Menge und auch P seine Rente erheblich vergrößern würde.

Die Rente, die P und M gemeinsam erwirtschaften, beträgt $(A/4)(3A/4) = 3A^2/16$ ohne Rabatt. Mit Rabatt beträgt sie $(A/2)^2 = A^2/4 = 4A^2/16$. Die abgesetzte Menge

beträgt $A/2$. Der Rabatt beträgt $2/8$ vom Umsatz. Das macht eine Rabattzahlung an M in Höhe von $(A/2) \cdot (A/2) \cdot (2/8) = A^2/16$. Der Profit von M beträgt $(A/2) \cdot (A/2) - A^2/16$.

b) Fallende Durchschnittskosten und Skalenerträge

Hat ein Marktbeherrscher hohe Fixkosten oder nutzt er eine Technologie, welche die Durchschnittskosten senkt, je mehr er produziert, so sind mengenunabhängige Fixpreise nicht optimal. Um die hohen Durchschnittskosten auch bei geringen Stückzahlen zu decken, müsste er Preise verlangen, die strikt über den marginalen Kosten liegen, was zu einer ineffizienten Verringerung der ausgestoßenen Menge führt. Eine Ausweitung der Menge ist nur möglich, wenn der Produzent den Preis unter der Bedingung senken kann, dass die Größe der abgesetzten Menge die niedrigen Preise tatsächlich rechtfertigt. Hierbei können Schwellenrabatte helfen. Ihre Schwelle formuliert die Mengenbedingung, ab welcher der Produzent sich eine Preissenkung leisten kann.²⁶⁴ Allerdings erscheinen einfache Mengenrabatte, die den Preis kontinuierlich mit steigender Menge sinken lassen, hierfür ebenso geeignet wie Schwellenrabatte, wenn sie die fallenden Kosten widerspiegeln. Es erscheint unwahrscheinlich, dass Kosten in Sprüngen sinken, die sich allein durch Schwellenrabatte abbilden lassen. Kontinuierlichen Mengenrabatten werden nicht die wettbewerbschädigenden Wirkungen zugesprochen, wie sie von Schwellenrabatten erwartet werden,²⁶⁵ so dass auch hier die Bedingung der Effizienzeinrede nicht erfüllt ist, dass sich die Effizienz nicht durch andere, weniger schädliche Preisgestaltungen ebenso erreichen lässt. In der Regel ist daher auch eine Rechtfertigung des Schwellenrabatts durch sinkende Durchschnittskosten nicht zu erwarten.

c) Größenvorteile auf der nachgelagerten Produktions- oder Vertriebsstufe

In Einzelfällen kann es wünschenswert sein, dass die Zahl der Händler oder Produzenten auf der dem Marktbeherrscher nachgelagerten Stufe reduziert wird. Das wird dann der Fall sein, wenn auf der nachgelagerten Stufe große Firmen effizienter produzieren bzw. verkaufen können als kleine. Ein Grund wären die oben angeführten fallenden Durchschnittskosten – zum Beispiel könnte der Vertrieb in sehr großen Mengen pro Stück billiger sein, oder es könnte die Einstellung teurer, gut ausgebildeter Arbeiter nötig sein, um überhaupt tätig werden zu können, so dass hohe Fixkosten anfallen.²⁶⁶ Dies hätte, wie oben beschrieben, zur Folge, dass die Firmen der

²⁶⁴ Zum Ganzen: Van den Bergh/Camesasca (2006), 262; Faella (2007), 4 f.; OECD (2002), 7; O'Donoghue/Padilla (2006), 376; Ridyards (2002), 286, 287.

²⁶⁵ Inderst/Schwalbe (2009), 7 f.

²⁶⁶ Inderst/Schwalbe (2009), 8.

nachgelagerten Stufe Preise über Grenzkosten verlangen müssten. Dies würde die ausgestoßene Menge reduzieren, so dass auch weniger Input benötigt würde. Dadurch würde auch der Produzent, der den Input beschafft, weniger absetzen können. Mittels eines Schwellenrabatts kann der Produzent durch die Schwelle des Rabatts faktisch Mindestabnahmemengen setzen. Er kann Abnehmer großer Mengen bevorzugen und so das Ausscheiden kleiner Anbieter beschleunigen, so dass die verbliebenen Anbieter die Größenvorteile voll ausnutzen können.²⁶⁷

Allerdings wäre auch hier eine ähnliche Wirkung durch kontinuierliche Mengenrabatte möglich. Auch ein normaler Mengenrabatt bevorzugt große Abnehmer und macht es kleinen schwer, sich zu behaupten, so dass mittelfristig vor allem die großen Anbieter am Markt bleiben.

Auch ist nicht klar, ob eine Reduktion der Firmen auf der nachgelagerten Stufe überhaupt in der Mehrzahl der Fälle Effizienzgewinne realisiert. Zwar wird die Kostenstruktur der Zwischenstufe verbessert. Gleichzeitig verringert sich aber oft die lokale Verfügbarkeit des Guts dadurch, dass weniger Anbieter im Markt sind. Auch wird der Wettbewerb zwischen verschiedenen Anbietern desselben Guts (Intrabrand-Wettbewerb) verringert. Beides führt in der Regel zu Effizienzeinbußen, welche die Effizienzgewinne durch die Kosteneinsparungen überwiegen können.²⁶⁸

Auch Größenvorteile auf der nachgelagerten Vertriebs- oder Produktionsstufe können daher eine Effizienzeinrede in der Regel nicht begründen. Weder ist klar, ob Schwellenrabatte im Zusammenhang mit Größenvorteilen auf der nachgelagerten Stufe wirklich zu Effizienzen führen, noch scheinen Schwellenrabatte das einzige Mittel zu sein, das sie realisieren könnte.

d) Anreizwirkung

Rabatte können ein günstiges Instrument sein, nachgelagerte Absatz- oder Produktionsstufen dazu anzuhalten, ihren Absatz auszuweiten und das Risiko von unvorhergesehenen Absatzeinbrüchen optimal zu verteilen. Gegen geringe Kosten können so Anreize zur Steigerung der Effizienz in der Produktionskette gesetzt werden, die letztlich auch den Konsumenten zu Gute kommen können.

Ein Schwellenrabatt könnte ein Äquivalent zu einem Vertrag darstellen, der z.B. einem Mitarbeiter im Vertrieb optimale Anreize setzt, den Profit des Unternehmens gegen geringe (Lohn-)Kosten zu maximieren. Das folgende Problem, das Schwellenrabatte lösen könnten und entsteht, weil für einen Prinzipal Handlungen seines Agenten unbeobachtbar sind, wird in der ökonomischen Literatur unter *moral hazard* diskutiert.²⁶⁹

²⁶⁷ Ebenda.

²⁶⁸ Ebenda.

²⁶⁹ Vgl. zum folgenden Nicholson/Snyder (2008), 629 ff., insb. 632-637.

Wenn ein Marktbeherrscher einen Mitarbeiter mit dem Absatz seiner Produkte beauftragt, so ergibt sich das Problem, dass der Absatz sowohl von den Absatzbemühungen des Mitarbeiters als auch von zufälligen Elementen abhängt, z.B. der schwer vorhersehbaren Nachfrage der Konsumenten. Diese zufälligen Elemente erzeugen Unsicherheit hinsichtlich des Unternehmensprofits. In der Regel kann der Marktbeherrscher die Absatzbemühungen des Mitarbeiters nicht perfekt beobachten. Gern würde er mit dem Mitarbeiter einen Vertrag schließen, bei dem letzterer nur dann entlohnt wird, wenn er die optimalen Absatzbemühungen vornimmt und so den Profit des Unternehmens maximiert. Weil der Marktbeherrscher aber nicht überprüfen könnte, ob der Mitarbeiter seinen Teil des Vertrags durch optimale Absatzbemühungen erfüllt hat, ist ein solcher Vertrag nicht sinnvoll.

Daher muss der Marktbeherrscher dem Mitarbeiter auf andere Weise einen Anreiz setzen, den Profit der Absatzkette zu maximieren. Falls Mitarbeiter risikoneutral ist, kann der Marktbeherrscher ihn voll an der Unsicherheit über den Profit beteiligen, indem er ihn proportional zu seinem Profit bezahlt. Dadurch hätte der Mitarbeiter unmittelbar einen Anreiz, durch seine Bemühungen, den Profit des Unternehmens zu maximieren.

Ist der Mitarbeiter jedoch risikoavers, wäre er nur bereit, einen solchen Vertrag zu schließen, wenn er für das Risiko, das er übernimmt, ausreichend kompensiert wird. Dies würde den Vertrag und damit den Absatz für das Unternehmen verteuern, wodurch auch letztlich die Konsumentenpreise stiegen.

Das Unternehmen kann diese Verteuerung minimieren, und so die im Hinblick auf die Effizienz „zweitbeste Lösung“ erreichen, indem es das Bedürfnis des Mitarbeiters nach Sicherheit durch einen Festlohn teilweise befriedigt und nur einen Teil des Lohnes vom Profit abhängig macht. Ein solcher Vertrag stellt einen Kompromiss dar. Er bürdet dem Mitarbeiter nur einen Teil des Risikos des Unternehmens auf, so dass der Mitarbeiter nur noch für ein moderates Risiko entschädigt werden muss. Auf der anderen Seite schwächt er den Leistungsanreiz des Mitarbeiters ab. Unter der Bedingung, dass die Leistung des Mitarbeiters nicht unmittelbar beobachtet werden kann, sind solche Verträge allerdings für das Unternehmen die kostengünstigste Lösung. Durch die Kostensenkung werden in der Regel auch die Preise sinken.²⁷⁰

Dasselbe Argument, wie für den Mitarbeiter, könnte auch Geltung beanspruchen, wenn der Marktbeherrscher statt eines Außendienstmitarbeiters ein anderes Unternehmen mit dem Vertrieb beauftragt. Durch den vom Erreichen einer Schwelle abhängigen Rabatt wird das Absatzunternehmen an der Unsicherheit bezüglich des Profits der Absatzkette beteiligt. Durch einen moderaten Durchschnittspreis vor Rabatt kann der Marktbeherrscher dem Zwischenhändler eine vergleichsweise sichere

270 Hellwig (2006), 15 ff.

Marge ermöglicht werden. So mischt auch ein Schwellenrabatt einen vergleichsweise sicheren Vergütungsteil mit einem unsicheren Vergütungsteil. Dies kann die kostengünstigste erreichbare Vertriebsgestaltung für den Marktbeherrscher sein, indem sie es erlaubt, den Risikotragungsfähigkeiten der beiden Unternehmen gerecht zu werden. Eine solche Kostensenkung würde sich in der Regel in niedrigeren Preisen niederschlagen, so dass auch die Konsumenten an der entstehenden Effizienz beteiligt würden.²⁷¹

Die Prinzipal-Agenten-Theorie beruht allerdings auf der Annahme, dass ein optimales Preissystem auch darauf abzielt, dem Agenten alle Rente zu nehmen. Diese Annahme passt eher schlecht in den Kontext vertikal kooperierender Firmen. Bei solchen nacheinander gelagerten selbstständigen Absatzstufen wird im Vordergrund stehen, zunächst die Rente der gesamten Absatzkette zu maximieren. Wie diese dann aufgeteilt wird, hängt von der relativen Verhandlungsmacht der beteiligten Unternehmen ab. Selbst unter Beteiligung eines Marktbeherrschers wird es selten dazu kommen, dass die nachgelagerte Absatzstufe gar keine Rente erhält. Dies lässt die Parallele zwischen Außendienstmitarbeiter und selbstständigem Zwischenhändler fraglich erscheinen.²⁷²

Auch lässt sich in den meisten Fällen selbständiger Zwischenhändler eine ähnliche Anreizwirkung, wie sie Schwellenrabatte erzielen, mittels eines *two part tariffs* erreichen. Man kann sich hier zum Beispiel ein Franchisesystem vorstellen. Fordert der Marktbeherrscher vom Zwischenhändler eine feste Summe für die Erlaubnis, sein Produkt zu vertreiben, und gibt jede Einheit dann zu einem Preis in der Höhe der Grenzkosten der letzten verkauften Einheit ab, so schafft er durch hohe Fixkosten für den Zwischenhändler fallende Durchschnittskosten, die dem Zwischenhändler einen Anreiz geben, eine größere Menge abzusetzen. Gleichzeitig dispensiert das den Marktbeherrscher davon, abzuschätzen, wie hoch die Absatzmöglichkeiten des Zwischenhändlers liegen, was für eine sinnvolle Rabattschwellessetzung unerlässlich wäre. Vielmehr überlässt der *two part tariff* es dem Zwischenhändler, angesichts einer unsicheren Nachfrage optimale Preise zu setzen. Damit liegt die Entscheidung sicher bei der sachlichsten und bestinformatierten Partei. Gerade unter Unsicherheit über die Absatzmöglichkeiten ist dies ein Vorteil des *two part tariffs*.²⁷³

Damit erscheinen die Effizienzgewinne auf Märkten, auf denen die Marktgegenseite des Marktbeherrschers einige Verhandlungsmacht hat, unsicher. Auch ist erneut der Schwellenrabatt nicht die wettbewerbsschonendste Preissetzung, um den Absatz zu stimulieren, weil a priori ein *two part tariff* ebenso Erfolg versprechend erscheint. Auch das Ziel, optimale Anreize für den Absatz zu setzen, wird damit nicht geeignet sein, eine Effizienzrede für das Gros der Fälle zu stützen.

271 Hellwig (2006), 16.

272 Inderst/Schwalbe (2009), 8 ff.

273 Inderst/Schwalbe (2009), 8 ff.

e) Trittbrettfahrer und *hold-up*²⁷⁴

Schwellenrabatte können, indem sie Treue der nachgelagerten Produktions- oder Absatzstufe induzieren, positive Externalitäten von beziehungspezifischen Investitionen begrenzen und so für optimale Investitionsanreize sorgen. Das Standardbeispiel sind Investitionen des Herstellers in Fortbildungsmaßnahmen für Zwischenhändler.

Eine solche Schulung würde dazu führen, dass die Zwischenhändler den Endkunden das möglicherweise komplizierte Produkt des Händlers besser erklären und verkaufen können. Der Absatz des betreffenden Produkts würde dadurch zunehmen, und vor allem könnten die Endabnehmer das Produkt besser benutzen, weil sie es besser verstünden, so dass das Produkt für sie mehr wert würde. Wir nehmen an, dass der Nutzen der größeren Menge und der adäquateren Benutzung die Kosten der Schulungsmaßnahme weit übersteigen. Gesamtgesellschaftlich und vor allem für die Konsumenten wäre es also wünschenswert, dass der Hersteller die Zwischenhändler ausbildet. Nun ist es aber oft der Fall, dass ein Konkurrent des Herstellers ein ähnliches Produkt herstellt. Daher lässt es sich häufig nicht vermeiden, dass Verkäufer, die an der Schulung teilnahmen, auch das Produkt des Konkurrenten viel besser verstehen lernten und es den Kunden besser erklärten. Auch dessen Absatz würde dadurch steigen und auch dessen Produkt könnten die Endabnehmer wegen besserer Beratung besser benutzen. Es läge daher eine positive Externalität des Schulungsprogramms auf den konkurrierenden Produzenten vor. Der Hersteller würde also den Absatz seines Konkurrenten mitfinanzieren. Im Extremfall würde das bedeuten, dass – z.B. weil das Schulungsprogramm für den einzelnen Produzenten teuer wäre – die Kosten des Herstellers stark ansteigen, die des konkurrierenden Produzenten aber unberührt blieben. Deshalb könnte der konkurrierende Produzent das Produkt nun soviel billiger anbieten, dass die gut informierten Käufer nur noch seines kaufen würden und so der Nutzen der Schulungsaktion für den Hersteller, der sie angeboten hatte, verschwindend gering wäre. Wenn jeder der Hersteller diese Rechnung aufmachte, käme es nie zu einem Schulungsprogramm und der Nutzen, den dieses Programm für die Gesamtwohlfahrt stiften würde, könnte nicht realisiert werden – es sei denn, die Externalität ließe sich vermeiden. Die einfachste Methode zur Vermeidung dieser Externalität wäre eine Ausschließlichkeitsbindung. So könnte der Hersteller sich ein Vertriebsnetz aus unabhängigen Händlern aufbauen, die er verpflichten würde, nur sein Produkt zu verkaufen. Wenn er sie nun an seinem Schulungsprogramm teilnehmen ließe, wären die positiven Externalitäten auf seinen Konkurrenten minimiert und der Hersteller hätte einen Anreiz, das aus der Wohlfahrtsperspektive wünschenswerte Programm anzubieten.

Eine andere Methode, um zu garantieren, dass die teuer ausgebildeten Zwischenhändler wenigstens zu einem erheblichen Teil das Produkt unseres Herstellers absetzen, kann ein Schwellenrabatt sein. Dabei könnte die Rabattschwelle in der Höhe

274 OECD (2002), 20, 26; O'Donoghue/Padilla (2006), 378; Spector (2005), 89, 95; Waelbroeck (2005), 156.

des Jahresbedarfs des Zwischenhändlers liegen. Ein hoher Rabatt könnte dann im Extremfall auf einen so hohen Preis gewährt werden, dass erst der Rabatt einen attraktiven Jahresgewinn gewährleistet, während der Kaufpreis ohne Rabatt kaum eine Gewinnmarge für den Zwischenhändler bietet. Dies könnte einen starken Anreiz schaffen, dass der Zwischenhändler sein neu gewonnenes Wissen nur oder in erster Linie zum Verkauf und zur Betreuung des Produkts des Herstellers anwendet, der das Schulungsprogramm angeboten hat. Das würde die positive Externalität des Schulungsprogramms ausreichend reduzieren, so dass ein Anreiz vorläge, das Schulungsprogramm durchzuführen.²⁷⁵ Darüber hinaus würde der Umstand, dass ein Zwischenhändler, der ausschließlich eine Marke oder ein Produkt verkauft, einen starken Anreiz bewirken, dieses Produkt intensiv zu bewerben. Das kann den Wettbewerb zwischen verschiedenen Marken und Produkten (*interbrand competition*) erheblich intensivieren.²⁷⁶ In Industrien, in denen Investitionen in die Beziehung zur nachgelagerten Produktions- oder Absatzstufe effizienzfördernd sind, aber positive Externalitäten auf Konkurrenten verursachen, können Ausschließlichkeit induzierende Rabatte so zu erheblichen Effizienzen führen, indem sie *free riding* unterbinden und *interbrand* Wettbewerb fördern.²⁷⁷ Wenn die Investitionen auch den Konsumenten zu Gute kommen, so ist auch die zweite Voraussetzung der Effizienzrede erfüllt.

Allerdings trifft die hier vorgestellte Analyse nur zu, wenn die Leistungen des Marktbeherrschers zugunsten der Vertriebspartner nicht separat in Rechnung gestellt werden können. Wenn also die oben angesprochene Fortbildungsmaßnahme des Verkaufspersonals den Zwischenhändlern separat in Rechnung gestellt werden könnte, dann würden sich die Kosten des Marktbeherrschers nicht erhöhen und gleichzeitig könnte er sich unter Umständen gar die Externalität auf die Produkte des Wettbewerbers bezahlen lassen, da der Zwischenhändler von dieser Externalität ebenfalls profitiert.²⁷⁸

Solange also nicht im Einzelnen nachgewiesen ist, dass die Leistungen, die ein Trittbrettfahrer ausnutzen könnte, nicht einzeln kontrahierbar sind, ist ein Schwellenrabatt nicht erforderlich, um opportunistisches Verhalten nachgelagerter Firmen zu unterbinden. Daher kann auch die Externalitäten einschränkende Wirkung von Rabatten nicht dazu führen, sie für in der Regel gerechtfertigt zu halten.

275 Das Beispiel ist angelehnt an Spector (2005), 95. Natürlich könnte der Zwischenhändler auch versuchen seine Geschäftstätigkeit so auszuweiten, dass er die für den Rabatt geforderte Menge an Produkten des Rabattanbieters verkauft und dazu noch eine große Menge des Konkurrenzprodukts. Dann käme es doch zur beschriebenen Externalität. Erstens hätte allerdings der Rabattanbieter so Planungssicherheit und würde die Schulung möglicherweise dennoch anbieten. Zweitens ist die Option der Geschäftsausweitung nur dann eine Option, wenn der Markt, den der Zwischenhändler bedient, noch nicht voll erschlossen ist. Das wird eher selten und eher nur bei neuen Produkten der Fall sein.

276 Gifford/Kurdle (2003), 727, 736.

277 So Gifford/Kurdle (2003), 727, 736.

278 Inderst/Schwalbe (2009), 10 f.

f) Die positiven Folgen von Preisdiskriminierung

Auch Preisdiskriminierung kann unter Umständen Effizienzen generieren, an denen die Konsumenten beteiligt werden können und so die Effizienzeinrede auslösen.

Perfekte Preisdiskriminierung (oder Preisdiskriminierung ersten Grades) ist eine Praxis, bei der von jedem Kunden bei jeder Transaktion ein Preis genau in der Höhe der maximalen Zahlungsbereitschaft verlangt wird. So könnte sich der Marktbeherrscher die gesamte Rente der Konsumenten zueignen. Wenn man sich eine Nachfragefunktion als Stufenfunktion vorstellt, bei der jede Stufe eine Quantität eines Guts darstellt, die ein Konsument maximal zu einem bestimmten Preis abzunehmen bereit wäre, dann hieße Preisdiskriminierung ersten Grades, dass für jede Stufe genau der Preis verlangt wird, zu dem das Gut gerade noch gekauft wird. Auf diese Weise kann sich der Produzent die gesamte Fläche unter der Nachfragekurve als Rente zueignen. Die Preisdiskriminierung ist daher effizient, weil sie den *dead weight loss* verschwinden lässt. Allerdings erhalten die Konsumenten gar keine Rente mehr.

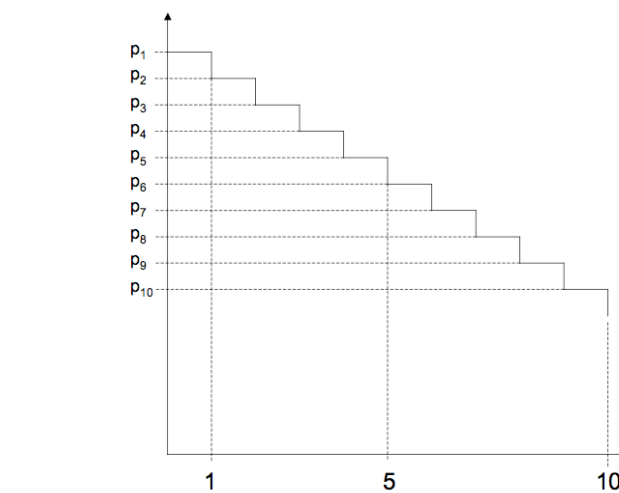


Abbildung 19

Diese perfekte Form der Preisdiskriminierung gilt als extrem schwierig, weil Marktbeherrscher meist nicht die je individuelle Zahlungsbereitschaft jedes einzelnen Abnehmers für jede einzelne Einheit kennen.²⁷⁹

²⁷⁹ Nicholson/Snyder (2008), 505; mit Zweitpreisauktionen lässt sich perfekte Preisdiskriminierung durchführen, wenn kein Wettbewerb herrscht. Etwas ähnliches ist bei der Versteigerung

Rabatte stellen grundsätzlich jedoch eine Form von Preisdiskriminierung zweiten Grades dar, die praktisch eine große Rolle spielt. Dabei wird allen Konsumenten dasselbe Preissystem angeboten, allerdings entscheiden sich Konsumenten entsprechend ihrer Präferenzen selbst dazu, unterschiedliche Preisangebote zu nutzen und bezahlen so am Ende unterschiedliche Preise.²⁸⁰

Zur Verdeutlichung der preisdiskriminierenden Wirkung von Rabatten sollen die folgenden graphischen Darstellungen dienen (Abbildungen 20-22). Die modellhaften Grundlagen der Graphiken werden im Annex dargestellt.

Es wird ein Markt mit zwei unterschiedlichen Käufern (B1 und B2) und einem Monopolisten untersucht. B1 und B2 haben unterschiedliche Nachfragefunktionen, die zusammengenommen eine Marktnachfragefunktion ergeben. Die Marktnachfrage ist der obere der beiden folgenden Graphen. Die beiden unteren stellen die beiden Nachfragefunktionen der einzelnen Käufer dar.

der UMTS-Lizenzen versucht worden. Perfekte Preisdiskriminierung bleibt aber dennoch ausgesprochen selten.

280 Viscusi et al. (2005), 344.

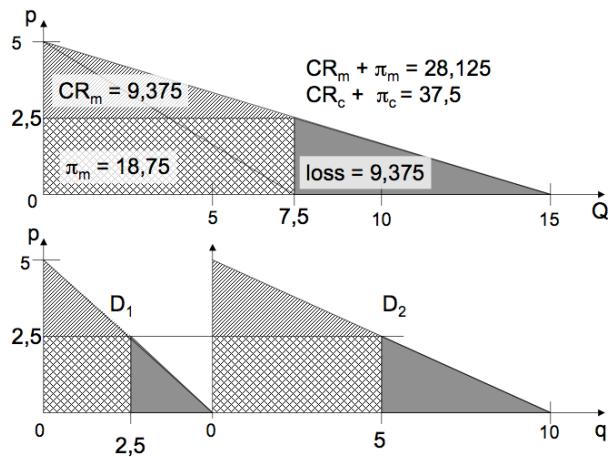


Abbildung 20

Der Monopolist produziert der Einfachheit halber mit null Kosten. Für den Fall, in dem der Monopolist nur einen Preis für beide Kunden nehmen kann, maximiert er seinen Profit, indem er den Monopolpreis verlangt. Der Monopolprofit wird in Abbildung 20 durch die karierten Flächen einmal für den gesamten Markt und dann jeweils für den einzelnen Käufer angezeigt. Die Konsumentenrente liegt in diesem Fall bei 9,375 und wird in Abbildung 20 durch die schräg schraffierten Flächen einmal auf Gesamtmarktebene und einmal für jeden Käufer einzeln repräsentiert (Für die Zahlenwerte vgl. Rechnung im Annex zu diesem Passus). Addiert man die Konsumentenrente und den Profit des Monopolisten, erhält man für den Monopolpreisfall eine Gesamtrente von 28,125. Zum Vergleich, die optimale Gesamtwohlfahrt, die unter perfekter Konkurrenz vollständig bei den Konsumenten anfallen würde, betrage $R^* = 37,5$. Die Differenz zwischen der Gesamtwohlfahrt bei Preis gleich Grenzkosten und der Gesamtwohlfahrt bei Setzung des Monopolpreises geht dem System als *dead weight loss* unwiederbringlich verloren. (Der *dead weight loss* wird in Abbildung 20 durch die grau unterlegten Dreiecke bezeichnet. Der obere Graph in Abbildung 20 bezeichnet den *dead weight loss* auf Marktebene, die beiden Graphen darunter zeigen, bei welchem Käufer wie viel des *dead weight loss* anfällt.)

Ein Rabatt nach dem Muster eines Schwellenrabatts erlaubt es dem Monopolisten theoretisch, sich die gesamte Rente eines Abnehmers anzueignen. Dies setzt allerdings voraus, dass das Produkt homogen ist und auch die Käufer alle dieselbe Nachfragefunktion haben. Um das zu zeigen, wird zunächst ein Markt mit homogenen Konsumenten des Typs B1 betrachtet. Da alle Konsumenten die exakt gleiche Nachfragefunktion haben, betrachten wir der Einfachheit halber einen Markt mit einem Konsumenten. Um dem dadurch entstehenden Problem des bipolaren Monopols zu entgehen und weil wir wissen, dass im Fall vieler Käufer, der uns eigentlich interessiert, der Monopolist nicht auf einen bestimmten Käufer angewiesen ist, nehmen wir an, dass B1 keine und der Monopolist alle Verhandlungsmacht besitzt. Weiter soll

angenommen werden, es bestehe keine Unsicherheit. So kann der Monopolist dem Konsumenten B1 einen Zielrabatt anbieten, der ihm 50 % Rabatt gewährt, wenn er 5 Einheiten zu einem Preis, der vor Rabatt 5 beträgt, kauft.

Normalerweise würde B1 zum Preis von 5 nichts abnehmen, weil $p = 5$ genau dem Achsenabschnitt seiner Nachfragekurve auf der y-Achse entspricht. Er weiß jedoch, dass er, obwohl er zunächst viel mehr für das Gut bezahlt, als er zu zahlen bereit ist, am Ende 50% des bezahlten Betrags zurück erhält. Zunächst nimmt der Monopolist also einen Betrag ein, der in der folgenden Abbildung 21 durch die ganze Fläche unter der Linie in Höhe $p = 5$ repräsentiert wird. Jedoch muss er mit Erfüllung der Rabattbedingung, 5 Einheiten abzunehmen, den Rabatt auszahlen. Die Höhe der Rabattauszahlung entspricht der hellgrauen Fläche in Abbildung 21.

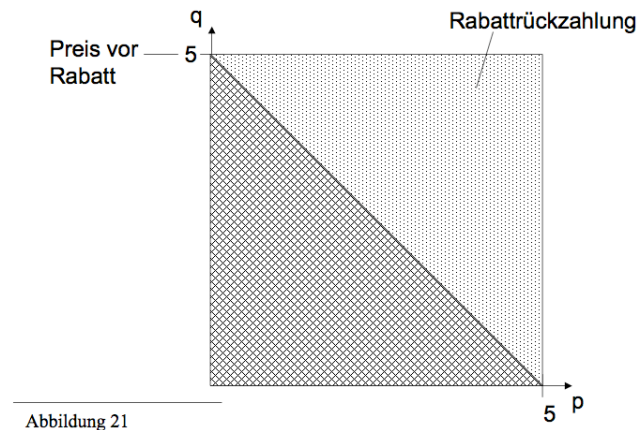


Abbildung 21

Die karierte Fläche ist der Betrag, der dem Monopolisten als Gewinn nach der Auszahlung des Rabatts bleibt. Sie entspricht der gesamten in diesem Markt realisierbaren Rente. Die Rente des Konsumenten ist damit null. Er ist genau indifferent dazwischen, nicht zu kaufen und fünf Einheiten mit 50 % Rabatt zu kaufen. Sobald also der Rabatt 50 % des Kaufpreises von 5 nur um ein unendlich kleines ε unterschreitet, wird der Konsument lieber die 5 Einheiten kaufen, als abstinente zu bleiben, und dafür für den Monopolisten eine Rente realisieren, die marginal kleiner ist als die unshattierte Fläche in der Grafik. Obwohl der Durchschnittspreis des Guts also 2,5 beträgt, wofür B1 normalerweise nur 2,5 Einheiten abgenommen und 6,25 Konsumentenrente realisiert hätte, kauft er nun 5 Einheiten und realisiert praktisch keine Konsumentenrente.

Im Fall heterogener Konsumenten muss die Strategie des Monopolisten ein wenig komplexer ausfallen.

Wenden wir uns nun einem Markt zu, auf dem Konsumenten des Typs B1 genauso präsent sind, wie Konsumenten des Typs B2. Dann kann der Monopolist sich mittels Schwellenrabatten den größten Teil der Rente aneignen. Er wird die erste Schwelle zum Beispiel bei 5 setzen. Den Preis vor jedem Rabatt könnte er ebenfalls auf fünf festsetzen und bei Erreichen der Rabattschwelle 50 % Rabatt gewähren. So extrahiert er, wie oben beschrieben, die ganze Rente von B1 und einen großen Teil der Rente von B2 (genau $\frac{1}{3}$ der Rente, die B2 bei einem Preis gleich Grenzkosten durch den Kauf der ersten fünf Einheiten realisierte). In der folgenden Abbildung 22 ist, wie oben bei der Abbildung 20, die Nachfragekurve D_1 des B1 neben der Nachfragefunktion D_2 des B2 abgebildet. Im Graphen unter der Überschrift „Eine Rabattschwelle bei 5“ wird den beiden unterschiedlichen Käufern bei einem Grundpreis von 5 ein Rabatt in Höhe von 50 % auf alle gekauften Einheiten versprochen, falls sie die Schwelle von fünf Einheiten überschreiten. Für B1 ändert sich nichts. Weil der Monopolist nicht zwischen den Typen durch Augenschein unterscheiden kann,

wird nun auch B2 vom 50%igen Rabatt profitieren, der ab 5 Einheiten gewährt wird. Dabei würde B2 weiterhin eine Rente in Höhe der Fläche des grau unterlegten gepunkteten Dreiecks erhalten, was 6,25 entspricht. Jedoch würde er nun, da der Preis für ihn nun 2,5 beträgt, nicht mehr als 5 Einheiten kaufen. Die Rente des Monopolisten wird – wie oben – durch die karierte Fläche repräsentiert. Die gepunktete Fläche bezeichnet den Rabatt: Zunächst zahlt der Käufer sie durch den hohen Kaufpreis an den Monopolisten, dann zahlt der Monopolist sie in Form des Rabatts wieder zurück. Die gepunktete Fläche bezeichnet insofern keine Rente. Bei einem solchen Rabattsystem verdient der Monopolist zwar 25 und damit mehr als durch die Setzung des Monopolpreises. Allerdings kann sich der Monopolist mit einer Rabattschwelle in Höhe von 5 bei B2 nicht die ganze realisierte Rente aneignen. B2 bleibt das schmale gepunktete grau unterlegte Dreieck als Rente. Vor allem jedoch bleibt bei B2 das weiße Dreieck als *dead weight loss*.

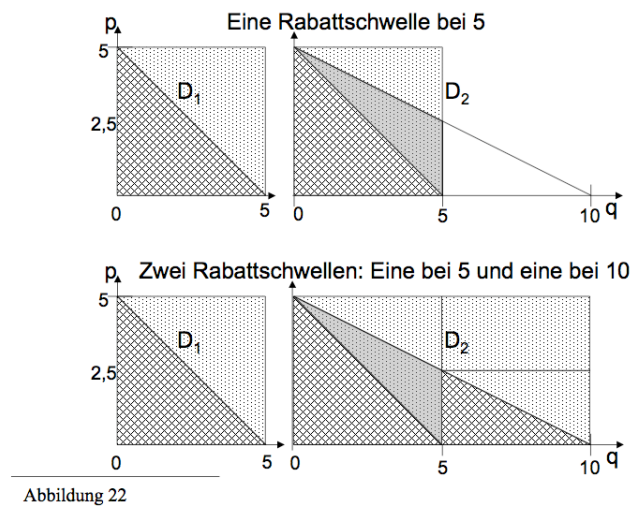


Abbildung 22

Nun könnte der Monopolist eine weitere Rabattschwelle bei 10 Einheiten setzen, ab der er einem Konsumenten sogar einen Rabatt von $\frac{5}{8}$ des insgesamt gezahlten Preises anstelle des 50%igen Rabatts gewährt. Der gesamte Rabatt entspricht dann der Summe aller gepunkteten Flächen in Abbildung 22. Auch im unteren Graphen in Abbildung 22 wurde abstrahiert von der Tatsache, dass B2 genau indifferent wäre, zwischen dem Kauf der letzten fünf Einheiten und der Abstinenz vom Kauf dieser fünf Einheiten. Würde der Rabatt $\frac{5}{8}$ des gesamten Kaufpreises nur um ein unendlich kleines ϵ überschreiten, würde B2 kaufen. Für B2 ist es also günstiger, 10 Einheiten für einen Durchschnittspreis von 1,875 pro Stück zu kaufen als fünf zu einem Durchschnittspreis von 2,5: Er behält seine Rente, die er beim Rabatt mit der Schwelle bei 5 verdient hätte und bekommt noch ein ϵ dazu. Andersherum ist es für B1 günstiger, 5 zu einem Durchschnittspreis von 2,5 zu kaufen, als zehn zu einem Preis von durchschnittlich 1,875, weil seine zusätzliche Zahlungsbereitschaft zu ge-

ring ist, um die fünf weiteren Käufe zu rechtfertigen. Zehn Einheiten zu einem Durchschnittspreis von 1,875 brächten B1 eine negative Rente.

Mit diesem gestaffelten Rabattsystem würde der Monopolist insgesamt 31,25 an Rente erhalten. Die Konsumentenrente betrüge 6,25. Die Gesamtwohlfahrt betrüge demgemäß 37,5.

Damit ist festzuhalten: Das Rabattsystem ist eine Form von Preisdiskriminierung, denn der Durchschnittspreis für B1 beträgt 2,5, während der Durchschnittspreis für B2 1,875 beträgt und Kostenunterschiede nicht bestehen. Durch das Rabattschema wurde die Konsumentenrente im Vergleich zur Setzung eines einheitlichen Monopolpreises erheblich von 9,375 auf 6,25 reduziert. Die Produzentenrente erhöht sich dagegen von 18,75 auf 31,25. Dieser Zuwachs der Produzentenrente speist sich offensichtlich nicht allein aus einem Transfer von Konsumenten- zu Produzentenrente. Vielmehr speist er sich aus einem Zuwachs der Gesamtwohlfahrt. Unter dem Rabattsystem ist die Gesamtwohlfahrt ebenso groß wie bei perfekter Konkurrenz. (Die Renten sind in Abbildung 22 im unteren Graph in der gleichen Weise wie im oben ausgezeichnet.)

Schon an dem hier skizzierten sehr einfachen linearen Modell wurde deutlich, dass Rabatte durch ihre preisdiskriminierende Wirkung zwar zu ganz erheblichen Effizienzgewinnen führen können, diese aber nicht notwendig an die Konsumenten weitergegeben werden. Es kann daher nicht gesagt werden, dass eine Effizienzrede aufgrund der preisdiskriminierenden Wirkung in der Regel eingriffe. Eher ist im Gegenteil anzunehmen, dass Preisdiskriminierung in der Regel mit einer Verringerung der Konsumentenrente einherginge. Die Effizienzen, die Rabatte durch ihre preisdiskriminierende Wirkung generieren, stehen einer abstrakt generellen Vermutung der Missbräuchlichkeit von Schwellenrabatten daher nicht im Wege.

Annex zu f)

Es wird ein Markt mit zwei unterschiedlichen Käufern (B1 und B2) und einem Monopolisten untersucht. B1 und B2 haben unterschiedliche Nachfragefunktionen, die zusammengenommen eine Marktnachfragefunktion ergeben.

D_1 zeigt die Nachfragefunktion von B1, die hier mit $D_1 = 5 - p \Leftrightarrow p = 5 - D_1$ angenommen wird. D_2 zeigt die Nachfragefunktion von B2, die hier mit $D_2 = 10 - 2p \Leftrightarrow p = (10 - D_2)/2$ angenommen wird. Die beiden Käufer unterscheiden sich demnach nicht durch einen unterschiedlich hohen Achsenabschnitt ihrer Nachfragefunktion, sondern dadurch, dass B2 zum gleichen Preis mehr abnimmt als B1. Klein q bezeichnet die Menge, die von den einzelnen Käufern abgenommen wird. Der obere Graph in Abbildung 20 bezeichnet die Marktnachfrage, die sich durch horizontale Addition der Käufernachfragen ergibt: $Q = 15 - 3p \Leftrightarrow p = (15 - Q)/3$. Q bezeichnet die insgesamt abgenommene Menge. Der Monopolist produziert der Einfachheit halber mit null Kosten.

Für den Fall, in dem der Monopolist nur einen Preis für beide Kunden nehmen kann, maximiert er seinen Profit π_m . Der Profit des Monopolisten ist gegeben durch

$\pi_m = (15-3p)p$. Die Bedingung erster Ordnung ist damit $15-6p = 0$. Der Monopolpreis ist damit $p_m = 2,5$. Setzt man diesen Preis in π_m ein, so ergibt sich ein Monopolprofit von $\pi_m = (15-3p_m)p_m = 7,5 \cdot 2,5 = 18,75$. Die Konsumentenrente ist die Fläche zwischen Nachfragekurve und Preis. Weil wir ein lineares Modell gewählt haben, können wir die Fläche errechnen als ein Dreieck mit den Seitenlängen $5-p_m$ (das heißt der Achsenabschnitt auf der Preisachse, die üblicherweise als y-Achse dargestellt wird, minus dem Monopolpreis) und $15-3p_m$ (das heißt die Menge, die bei einem Preis von p_m nachgefragt wird). Weil ein rechtwinkliges Dreieck immer den halben Flächeninhalt eines Rechtecks mit denselben Seitenlängen hat, erhalten wir für die Konsumentenrente: $CR_m = \frac{1}{2} \cdot (5-p_m) \cdot (15-3p_m) = \frac{1}{2} \cdot 2,5 \cdot 7,5 = 9,375$.

Die Gesamtwohlfahrt beträgt damit unter einem einheitlichen Monopolpreis für beide Konsumenten $CR_m + \pi_m = 9,375 + 18,75 = 28,125$. Zum Vergleich, die optimale Gesamtwohlfahrt, die unter perfekter Konkurrenz vollständig bei den Konsumenten anfallen würde, betrüge $R^* = \frac{1}{2} \cdot 5 \cdot 15 = 37,5$. Dieser Term gibt den Flächeninhalt des durch y-Achse, x-Achse und Marktnachfragefunktion abgegrenzten Dreiecks an, das bei einem Preis in der Höhe der Grenzkosten von 0 vollständig als Konsumentenrente anfiel.

Setzt der Monopolist zwei Rabattschwellen, eine bei 5 und eine bei 10, und gewährt er bei der ersten Schwelle einen Rabatt von $\frac{1}{2}$ auf alle gekauften Einheiten und bei der zweiten stattdessen einen von $\frac{5}{8}$, würde der Monopolist insgesamt $\pi_m = 2 \cdot (\frac{1}{2} \cdot 5^2) + \frac{1}{2} \cdot 2,5 \cdot 5 = 25 + 6,25 = 31,25$ an Rente erhalten. Die Konsumentenrente betrüge $CR_m = \frac{1}{2} \cdot 2,5 \cdot 5 = 6,25$. Die Gesamtwohlfahrt betrüge demgemäß 37,5.

g) Preissenkung?

Dass sich ein Rabatt meist wie eine Preissenkung darstellt, bedarf zunächst keiner komplexen ökonomischen Analyse. In Abgrenzung zur eher restriktiven Wettbewerbsaufsicht über Schwellenrabatte wird daher gerade in den USA, aber auch von der OECD ausdrücklich betont, dass Rabatte – und damit auch Schwellenrabatte – zu allererst Mittel der Preissenkung und so auch Mittel eines intakten Preiswettbewerbs sein können.²⁸¹

Eine genauere Analyse kann aber zeigen, dass ein Rabatt unter anderen Umständen auch ein Mittel zur Preiserhöhung darstellen kann.

Ein Rabatt kann eine Möglichkeit sein, selbst unter Wettbewerbsbedingungen die Preise durch Produktdifferenzierung zu erhöhen.²⁸² Stellen wir uns einen Markt vor, auf dem zwei Anbieter eines homogenen Produkts mit konstanten Grenzkosten in Bertrand-Wettbewerb stehen. Der Preis, so sagt das Bertrand-Paradox voraus, wird in der Höhe der Grenzkosten liegen. Voraussetzung dafür, dass das Bertrand-

281 OECD (2002), 20, 37; Hovenkamp (2006).

282 Vgl. ähnlich auch Elhauge (2009).

Paradox gilt, ist, dass die Produkte am Markt vollkommen homogen sind. Hier kann ein Rabatt ansetzen. Wenn zwar das Produkt des einen und das Produkt des anderen Verkäufers völlig homogen sind und von den Käufern auch so angesehen werden, so müssen dennoch die Käufer nicht homogen sein. Ein Rabatt kann die Heterogenität der Käufer ausnutzen. Zum Beispiel kann ein Verkäufer einen Rabatt für Käufer mit einem hohen Verbrauch des Produkts anbieten, für den sich Käufer mit einem geringen Verbrauch nicht qualifizieren können. So wird das Produkt des Rabattanbieters für Großabnehmer attraktiver, für Kleinabnehmer aber möglicherweise unattraktiver. Ein Konkurrent kann sich nun eher auf die Kleinabnehmer konzentrieren, während der Rabattanbieter sich auf die Großabnehmer konzentriert. Auf diese Weise werden die Produkte leicht differenziert. Ein Käufer mit einem hohen Verbrauch wird nun die Angebote von Rabattanbieter und Konkurrent nicht mehr für perfekte Substitute halten, weil nur der Kauf bei dem einen Verkäufer ihm den Rabatt gewährleisten wird. Er wird daher das Produkt des Rabattverkäufers bevorzugen. Genauso wird ein Käufer mit einem geringen Verbrauch die Produkte nicht mehr für perfekte Substitute halten, weil sie zu Konditionen angeboten werden, die ohne den Rabatt, den er nicht erreichen kann, für ihn unattraktiv sind. Er wird daher das Produkt des Verkäufers, der kein Rabattsystem anbietet, bevorzugen. In einem Markt mit differenzierten Produkten entsteht aber das Bertrand-Paradox nicht und bei zwei Verkäufern werden die Preise über den Grenzkosten liegen.

Auch dieser Befund stellt Effizienzgewinne durch Schwellenrabatte, die an die Konsumenten weitergegeben werden, in Frage. Dies ist ein weiterer Grund, nicht anzunehmen, die Effizienzeinrede griffe bei Schwellenrabatten in der Regel.

h) Preisdruckmittel

Der „Verkauf“ der eigenen Treue zum Lieferanten kann für die Abnehmer eine wesentliche Waffe im Kampf um möglichst geringe Preise sein. Die Treue der Abnehmer kann für Verkäufer zum Beispiel deswegen wertvoll sein, weil sie bei der Amortisation von Fixkosten auf möglichst viele stabile Beiträge angewiesen sind oder eine verlässliche Nachfrage eine kosten sparende Planung der Kapazitätsauslastung zulässt. In einer solchen Situation kann die Möglichkeit, sich durch einen Schwellenrabatt an einen Anbieter zu binden, eine Stärkung der Verhandlungsposition der Käufer bedeuten, den Wettbewerb zwischen dem Marktbeherrscher und seinen Konkurrenten verschärfen und so preissenkend wirken.²⁸³

283 Faella (2007), 7; Ridyard (2002), 286, 294. OFT (2005), Rn. 4.35 weist zusätzlich darauf hin, dass Rabatte Ausdruck der Tatsache sein können, dass Käufer ihre gesamte Nachfrage für die Referenzperiode an den Bieter „versteigern“, der ihnen die größte, durch die Rabattzahlung transferierte Konsumentenrente bietet, und sich dadurch eine erhebliche Konsumentenrente sichern. Dies erscheint möglich aber unwahrscheinlich, wenn die vorherige Prüfung des Tatbestandsmerkmals der Marktbeherrschung schon ergeben hat, dass sich eine Firma weitge-

Diese Preissenkung wird jedoch nur dann in Bezug auf die Wertschöpfungskette effizienzsteigernd wirken, wenn sie an die Endkunden weitergegeben wird oder die Abnehmer im Beispiel schon Endkunden sind. Wenn aber die Abnehmer einen Anreiz haben sollen, die niedrigen Einstandspreise weiterzugeben, müsste zwischen ihnen ausreichend Wettbewerb herrschen. Wenn zwischen ihnen ausreichend Wettbewerb herrscht, ist es unwahrscheinlich, dass einzelne Abnehmer genug Verhandlungsmacht besitzen, damit die Ankündigung, bei Preissteigerungen ihre Nachfrage zu einem Wettbewerber zu verlagern, ausreichend Drohpotential hat.

Auch die Nutzung als Preisdruckmittel kann Schwellenrabatte daher nicht in der Regel rechtfertigen.

i) Marktforschung

Schwellenrabatte können dem Anbieter auch dazu dienen, mehr über die Nachfrage zu erfahren. Das so gewonnene Wissen kann Effizienzgewinne generieren, indem der Anbieter es nutzt, um sein Angebot besser auf die Bedürfnisse seiner Kunden abzustellen oder z.B. Überkapazitäten abzubauen. Während der Anbieter üblicherweise vielleicht einzelne Einheiten in aller Anonymität an den Käufer abgibt, verlangt ein Schwellenrabatt die Zuordnung aller Käufe während einer Referenzperiode zu einem bestimmten Käufer.

Lufthansa bot zum Beispiel ein Rabattsystem unter dem Titel „Ziele setzen“ an, in dessen Rahmen Frequent Traveler gebeten wurden, ihre geplanten Flugrouten für die nächsten drei Monate vorherzusagen, und dann mit einem Rabatt belohnt wurden, wenn sie die angegebene Meilenzahl tatsächlich erreichten. Dieses Rabattsystem kann der Kundenbindung gedient haben.²⁸⁴ Es kann aber für Lufthansa auch ein Mittel gewesen sein, mehr über die Reisepläne der Kunden zu erfahren, um zu verhindern, dass auf einigen Strecken überfüllte Flugzeuge fliegen, während auf anderen die Hälfte der Sitze unbesetzt bleiben. Auch Rabatte mit vielen Schwellen können dazu dienen, eine Rückmeldung über das Kaufverhalten der Kunden zu erlangen.

Wieder hängen die hier möglicherweise anfallenden Effizienzen aber stark vom Einzelfall und insbesondere von Tatsachen ab, die allenfalls für den Marktbeherrscher selbst mit vertretbarem Aufwand in Erfahrung zu bringen sind. So kann nicht gesagt werden, dass eine genauere Information über das Kundenverhalten in der Regel ausreichende Effizienzen generiert, um eine Wettbewerbsverzerrung zu rechtfertigen. Daher zwingt auch die informierende Wirkung von Rabatten nicht, von einer Missbräuchlichkeitsvermutung abzusehen.

²⁸⁴ hend unabhängig von ihren Kunden verhalten kann und damit mächtig i.S.v. Art. 82 EG ist.

²⁸⁴ Näher dazu Morell/Glöckner/Towfigh (2009).

j) Zusammenfassung der Überlegungen zur Effizienzeinrede

Nach der Analyse der vorgeschlagenen effizienzbasieren Rechtfertigungen von Rabatten wird deutlich, dass keine dieser Rechtfertigungen generell oder auch nur in einer Mehrzahl der Fälle anwendbar ist. Daher erscheint es weiter gerechtfertigt, bestimmte Rabatte unter eine abstrakt generelle Vermutung der Missbräuchlichkeit zu stellen. Insgesamt erscheint ein abstrakt genereller Tatbestand für eine Vermutung der Missbräuchlichkeit von Schwellenrabatten demnach nicht deswegen ausgeschlossen, weil mit dem Durchgreifen einer Effizienzeinrede in der Regel zu rechnen wäre.

V. Bewertung des Tests des Gerichtshofs

Der Gerichtshof hält einen Rabatt für missbräuchlich, wenn erstens die Rabattschwelle, deren Erreichen den Rabatt auslöst, nahe am Gesamtbedarf des Kunden in der Referenzperiode liegt oder individuell vereinbart ist, wenn zweitens der Rabatt einen rückwirkenden Rabatt darstellt, der sich auf alle Einheiten bezieht, die während der Referenzperiode gekauft wurden, wenn drittens der Marktanteil des beherrschenden Unternehmens erheblich größer ist als die seiner Wettbewerber und wenn viertens die Referenzperiode länger als drei Monate ist.²⁸⁵

Das erste Merkmal, dass die Rabattschwelle nah am Gesamtbedarf des Kunden in der Referenzperiode liegen muss, stellt einen richtigen Ansatzpunkt dar, den der Test des Gerichtshofs mit dem hier vorgeschlagenen Test teilt. Die Aufnahme der individuellen Vereinbarung der Rabattschwelle kann verstanden werden als Indiz, dass die Schwelle nah am Gesamtbedarf liegt. Die Annahme einer solchen Indizwirkung ist wahrscheinlich gerechtfertigt, obwohl das schwer zu prüfen ist. Eine Rabattschwelle nah am Gesamtbedarf führt zur stärksten Wirkung des Rabatts – sowohl hinsichtlich der ineffizienten als auch der effizienten Wirkungen von Rabatten. Warum sollten die Parteien die Schwelle also niedriger oder höher legen?

Die ersten beiden Elemente des Tests, die Schwelle nah am Gesamtbedarf des Kunden und die Rückwirkung des Rabatts, sind auch Indikatoren für negative inkrementelle Preise. Wird ein rückwirkender Rabatt über eine große Menge angeboten, ist es wahrscheinlich, dass der Rabatt absolut selbst bei geringem Prozentsatz erheblich ist. Dies wird in der Regel dazu führen, dass der Preis über eine nicht unerhebliche Menge der letzten Bestellungen negativ ist. Negative Preise sind, wenn weitere Merkmale vorliegen, auch Teil des aus der Auswertung der ökonomisch-theoretischen Literatur hergeleiteten Tatbestands der Missbrauchsvermutung.

²⁸⁵ Vgl. oben bei 2. Kapitel, I. Entwicklung der Rechtsprechung.

Als Indikator für Asymmetrie nutzt der EuGH den Unterschied zwischen den Marktanteilen des Marktbeherrschers und seiner Konkurrenten. Dieses Kriterium erscheint in hohem Maße unscharf, da es, wie ausgeführt, dazu neigt, auch Präferenzen der Konsumenten für das Produkt des Marktbeherrschers für eine relevante Asymmetrie zu halten. So kann das Verbot von Rabatten Wettbewerber mit schlechteren Produkten in gewissem Maß von Wettbewerbsdruck entlasten und ihnen so den Anreiz nehmen, ihr Produkt weiter zu verbessern.

Auch thematisiert der Test des Gerichtshofs die Frage, ob der Wettbewerber nur beschränkten Zugang zu Kapital hat, in keiner Weise. Die marktverschließende Wirkung negativer Preise über einen Teil der Nachfrage ist aber theoretisch, wie gezeigt, nur für den Fall belegt, dass der Wettbewerber des Marktbeherrschers nicht ebenso gut an Kapital gelangt wie ersterer. Auch wenn dies häufig der Fall sein mag, scheint es doch gewagt, anzunehmen, dass ein Wettbewerber eines Marktbeherrschers in seinem Zugang zu Kapital immer beschränkt wäre. Der Test des EuGH bedeutet demnach ein generelles Verbot von Rabatten, die in nicht unerheblichem Maße zu negativen Preisen führen. Eine solche Regel erscheint vor allem auch hinsichtlich der Tatsache, dass Rabatte nach der theoretisch-ökonomischen Literatur in einer Vielzahl von Fällen keinen Marktverschluss provozieren und gar effizienzsteigernd wirken, zu grob. Das Merkmal eines erheblichen Abstands der Marktanteile beschreibt in der Regel nur eine Ausprägung der Marktbeherrschung, die sich häufig in großen Unterschieden der Marktanteile ausdrückt. Auch deshalb wird es oft kaum Unterscheidungskraft haben. Das Merkmal des Abstands zwischen den Marktanteilen, das der Gerichtshof benutzt, ist zu eng und zu weit zugleich. Im *British Airways*-Fall wären nach herkömmlicher Marktabgrenzung die relevanten Produktmärkte die Städteverbindungen gewesen, die sowohl BA als auch Virgin angeboten haben. Auf diesen Märkten hätte der Marktanteil von Virgin und BA ganz ähnlich sein können. Dennoch hätten die Rabatte von BA, wenn sie richtig konstruiert waren, eine marktverschließende Wirkung erzielen können, weil durch sie die relevanten Märkte mit anderen Märkten, die Virgin zumindest nicht gleichzeitig bedienen konnte, verbunden wurden. Die Asymmetrie lag hier also nicht in dem Abstand der Marktanteile, sondern in der Zahl der Märkte, die ein Unternehmen gleichzeitig bedienen konnte. Insofern ist das Merkmal zu eng.

Das Merkmal ist aber auch zu weit, weil es, je nachdem, wie der Rabatt konstruiert ist, gar nicht so sehr auf die Marktanteile ankommt. Wie schon erwähnt, kann der kleinere Wettbewerber unter Umständen einzelne Kunden vollständig aus dem Rabattsystem herauswerben. Indem er ihnen die Deckung ihres gesamten Bedarfs anbietet, entfaltet das Rabattsystem auf diese Kunden keinen Sogeffekt. Die Versorgung dieser wenigen Kunden kann dem Konkurrenten ausreichende Gewinne bescherten, während sein Marktanteil im Vergleich zum Marktbeherrscher weiter klein bleibt.

Seit dem *British Airways*-Urteil ist unklar, ob Rabatte mit kurzen Referenzperioden, die den Test im Übrigen erfüllen, noch legal sind. Dieses Merkmal sollte wieder aufgenommen werden. Um auch Rabatte mit langer Verschlusswirkung, aber formal kurzer Referenzperiode, ebenfalls zu erfassen, könnte man das Erfordernis so

umformulieren, dass es verlangt, dass sich jeder Käufer in Abständen von höchstens drei Monaten in einer Lage befindet, in der er keinen durch das Rabattsystem induzierten Wechselkosten unterliegt.

Der Test des Gerichtshofs ist damit nicht völlig fehlgeleitet. Er scheint aber andererseits zu allgemein – als habe der EuGH dem Wunsch, einen abstrakt generellen, handhabbaren Test zu konstruieren, das Ziel geopfert, einen Test zu schaffen, der gute von schädlichen Rabatten trennt. Jedoch zeigt die vorliegende Untersuchung, dass ein abstrakt genereller Test möglich ist, der trennschärfer und kaum weniger handhabbar ist als der Test des Gerichtshofs. Hier besteht Entwicklungspotential für den Test des Gerichtshofs.

VI. Bewertung des Tests der Kommission

Der Test der Kommission ist in seiner Grundkonstruktion ebenfalls ein *as-efficient-competitor-test*. Er fragt, ob ein hypothetisches Unternehmen, das genauso effizient wie der Marktbeherrscher produziert, auch bei Verwendung des Rabattschemas durch den Marktbeherrscher auf den Markt zutreten könnte. Nur wenn das Rabattsystem einem ebenso effizienten Unternehmen den Marktzutritt unmöglich machen würde, ist es missbräuchlich. Ein solcher Test ist mit der hier vertretenen Auslegung des Missbrauchsbegriffs deckungsgleich.

Im Unterschied zum hier durchgeführten Untersuchungsprogramm plant die Kommission jedoch, den *as-efficient-competitor-test* nicht bloß auf Modelle anzuwenden, um eine sinnvolle abstrakt-generelle Regel zu finden, sondern will den Test tatsächlich im betreffenden Markt anwenden. Das macht den Test sehr kompliziert. Wie oben schon angedeutet, muss die Kommission so die Kosten des Marktbeherrschers kennen und abschätzen, wie groß der Marktanteil tatsächlich ist, den ein Entrant in Abwesenheit der möglicherweise als Missbrauch zu bewertenden Praxis erreichen könnte. Insgesamt gibt die Kommission es sich so selbst auf, ausgesprochen komplexe Datensätze aufzutreiben und auszuwerten.

Der Test der Kommission verlangt nicht die unmittelbare Behandlung der Frage, ob ein ebenso effizienter Wettbewerber an den Markt kommen könnte oder nicht, sondern er geht davon aus, dass ein Marktzutritt auch eines ebenso effizienten Wettbewerbers jedenfalls dann unmöglich ist, wenn der Marktbeherrscher Preise unter durchschnittlichen vermeidbaren Kosten setzt.²⁸⁶ Durchschnittliche vermeidbare Kosten sind die durchschnittlichen Kosten, die hätten vermieden werden können, wenn die in Rede stehenden Einheiten nicht produziert worden wären. In der Regel stimmen diese mit den durchschnittlichen variablen Kosten überein, die eine Annäherung an die Grenzkosten sind. Jedoch können die durchschnittlichen vermeidbaren Kosten auch Fixkosten umfassen, wenn solche für die Produktion der in Rede ste-

²⁸⁶ Europäische Kommission (2005), Rn. 154.

henden Einheiten aufzuwenden waren. Wie oben beschrieben, will die Kommission diese Frage – ob unter durchschnittlichen vermeidbaren Kosten angeboten wird – nur in Bezug auf das *viable share* behandeln, das seit 2009 *contestable share* heißt und ausdrückt, welche Menge ein ebenso effizienter Wettbewerber normalerweise bedienen kann. Dieser Ansatz ist grundsätzlich stimmig und verfolgt das richtige Ziel, Märkte für ebenso effiziente Wettbewerber offen zu halten.

a) Permissiver Test

Dass die Kommission sich durch die Anwendung eines *as-efficient-competitor-test* grundsätzlich der Kritik aussetzt, einen zu weitmaschigen Test zu verwenden,²⁸⁷ verfängt nach der Durchsicht der ökonomischen Literatur nicht. Die Auswirkungen von Rabatten auf die Konsumentenwohlfahrt erscheinen derart ambivalent, dass eine reale Gefahr falsch positiver Entscheidungen besteht. Um diese zu vermeiden, ist die Wahl eines weitmaschigen Tests durchaus angezeigt. Die Tatsache, dass derjenige als ebenso effizient gilt, der zwar nur eine kleinere Menge anbieten, diese aber zu gleichen durchschnittlichen vermeidbaren Kosten produzieren kann,²⁸⁸ schwächt den Vorwurf ab, der *as-efficient-competitor-test* sei zu weitmaschig. Durch die Berechnung des effektiven Preises für das *contestable share* berücksichtigt der Test die Tatsache, dass ein zutretendes Unternehmen Kapazität in der Regel erst langsam aufbauen muss.

b) Unbestimmtheit des *viable shares* bzw. des *contestable shares*

Der erste schwerwiegende Einwand gegen den Kommissionstest betrifft die Bestimmung des *contestable shares*, die leicht den Anschein hat, durch eine aus der Luft gegriffene Setzung zu geschehen.

Das *viable share/contestable share* erscheint als derart schwammiger Begriff, dass vorgeschlagen wurde, ganz auf ihn zu verzichten. Es könne nicht bestimmt werden, was der Anteil der Nachfrage sei, den sich ein gleichermaßen effizienter Wettbewerber sichern muss, um im Wettbewerb bestehen zu können, und den er sich auch ohne das in Rede stehende Rabattsystem sichern könnte. Dagegen sei allein mit dem *required share*²⁸⁹ zu arbeiten, das vergleichsweise sinnvoll definiert und bestimmt werden könne.²⁹⁰ Diese Kritik trifft einen Schwachpunkt des Kom-

287 OECD (2005), 29 f.

288 Vgl. hierzu Hovenkamp (2005), 173.

289 Das *required share* ist der Anteil der Nachfrage, der berücksichtigt werden muss, um einen effektiven Preis zu erhalten, der ebenso hoch ist, wie die durchschnittlichen Gesamtkosten. Dieser Teil ist der Teil der Nachfrage, der mindestens bedient werden müsste, damit ein ebenso effizienter Wettbewerber trotz des Rabattschemas auf den Markt zutreten könnte.

290 Faella (2007), 16.

missionstests. Die Bestimmung des *contestable shares* ist mit erheblicher Unsicherheit belastet, wenn man tatsächlich, wie die Kommission vorzuschlagen scheint, zu seiner Bestimmung eine Vorhersage treffen will, welchen Anteil der Nachfrage ein ebenso effizienter Wettbewerber bedienen könnte. Der „ebenso effiziente Wettbewerber“ ist ein hypothetisches Hilfskonstrukt, über dessen konkrete Art zu produzieren man rein gar nichts weiß.

Auf das *contestable share* zu verzichten und allein mit dem *required share* zu arbeiten, kann allerdings keine Lösung sein. Wie bei der Vorstellung des Kommissionstests in Kapitel 2 gezeigt, indiziert erst der Vergleich der beiden Nachfrageanteile, ob ein Wettbewerber des Marktbeherrschers zu Preisen unter durchschnittlichen vermeidbaren Kosten anbieten muss. Eine Zurückweisung des *contestable shares* verwirft den Kommissionstest als Ganzes.

Die Intel-Entscheidung hat ersten Aufschluss darüber gegeben, wie die Kommission bei der Bestimmung des *contestable shares* künftig konkret vorgehen will. In Intel hat die Kommission anhand einzelner Beweisstücke dargelegt, für welche Menge einzelne Käufer von Intel einen Wechsel zu AMD konkret in Erwägung gezogen haben. Damit ist klar geworden, dass das *contestable share* im Verständnis der Kommission rein analytisch die Menge bezeichnet, die dem Wettbewerb tatsächlich ausgesetzt ist, weil der Konkurrent eine realistische Chance hat, sie dem Marktbeherrscher abzuwerben.

Das Problem, dass dieser Teil der Nachfrage extrem schwer zu bestimmen ist, konnte die Intel-Entscheidung jedoch nicht lösen. Zwar erweckt das Vorgehen der Kommission dort, wo sie anhand von Dokumenten belegt, wie viele CPUs gewisse Computerhersteller konkret bei AMD zu erwerben in Betracht zogen, einen Anschein größter Präzision. Jedoch ist die Form der Belegung des *contestable shares* sehr fehleranfällig. Einerseits könnte das *contestable share* weitaus größer sein, als es die internen Dokumente belegen. Beispielsweise könnte man sich vorstellen, ein solches Dokument habe lediglich eine erste Überlegung zu einem Wechsel zu einem Konkurrenten belegen sollen. Wäre dem dokumentierten Wechsel zugestimmt worden, hätten kurzfristig weitere Teile des Bedarfs beim Konkurrenten des Marktbeherrschers gedeckt werden sollen. Man kann nie sicher sein, ob ein gefundenes internes Dokument die gesamten Wechselpläne eines Unternehmens abbildet oder nur einen Teil. Diese Gefahr, das *contestable share* zu unterschätzen wirkt gegen den Marktbeherrscher, da sein Rabattsystem für missbräuchlich gehalten wird, wenn das *contestable share* kleiner ist als das *required share*.

Ebenso kann die Ausrichtung des *contestable shares* an konkreter Dokumentation aber auch zu Gunsten des Marktbeherrschers die Größe des *contestable shares* überschätzen. Ob ein Dokument, auf das sich die Kommission stützt, beispielsweise nur das Ergebnis eines Gedankenspiels war, bei dem einmal eine aggressive Wechselstrategie durchgespielt werden sollte, um festzustellen, dass sie unrealistisch war, lässt sich später, wenn die Kommission das Dokument zum Beleg von Tatsachen nutzt, für den es nicht ausgestellt wurde, kaum noch erkennen.

Die Dokumente, welche die Kommission für ihre Analyse benötigt, sind gerade dann nicht vorhanden, wenn der Marktbeherrscher mit seinen Ausschließlichkeit induzierenden Rabatten besonders erfolgreich war: So war im Fall Intel bei MSH kein Dokument vorhanden, das belegt hätte, wie viele AMD-Rechner MSH hätte verkaufen können, weil MSH, auch aufgrund der Bonuspolitik von Intel zu keinem Zeitpunkt auch nur in Erwägung gezogen hatte, in größerem Stil mit AMD-Rechnern zu handeln. Dieser Umstand hat aber die Kommission nicht davon abgehalten, dennoch ein *contestable share* festzusetzen. Sie nutzte den weltweiten AMD-Marktanteil als „Proxy“ und nahm an, dass MSH einen entsprechenden Anteil AMD-Rechner hätte verkaufen können.²⁹¹ Dieser Proxy ist allerdings sehr weit von MSH entfernt (Für einen überspitzten Vergleich könnte man sich vorstellen, der Anteil an Schwarzbrot am Absatz des Bäckers um die Ecke würde abgeschätzt, indem man sich am Anteil von Schwarzbrot am weltweiten Brotkonsum orientierte). Der Proxy ist daher extrem grob. Die Methode der Kommission weist an dieser Stelle einige gemeinsame Merkmale mit der Methode des Ratens auf.

Zuletzt ist die Art, wie die Kommission das *contestable share* festsetzt, nicht ganz konsistent mit den gedanklichen Voraussetzungen an einen *as-efficient-competitor-test*. Wie die Kommission selbst immer wieder betont²⁹², basiert ein *as-efficient-competitor-test* auf der Überlegung, ob ein *hypothetischer* Wettbewerber des Marktbeherrschers gegen das Rabattsystem bestehen könnte. Dabei sollen Eigenschaften des *tatsächlichen* Wettbewerbers des Marktbeherrschers keine Rolle spielen.²⁹³ Dennoch bestimmt die Kommission das *contestable share*, das maßgeblichen Einfluss auf das Ergebnis des *as-efficient-competitor-tests* hat, mit Dokumenten, die angeben, wie viel ihrer Nachfrage Käufer auch bei einem konkreten, im Markt aktiven Wettbewerber zu decken bereit waren. Weil diese Bereitschaft der Käufer maßgeblich auf den Angeboten des tatsächlichen Konkurrenten des Marktbeherrschers beruht, fließen über das *contestable share* mittelbar alle Kosten- und Qualitätsvariablen des tatsächlichen Wettbewerbers in den *as-efficient-competitor-test* ein. Dies ist besonders im Intel-Fall pikant, da Intel rügt, mit seiner Behauptung, AMD sei in seiner Kapazität beschränkt gewesen und habe schlechtere Prozessoren hergestellt, nicht ausreichend gehört worden zu sein.²⁹⁴ Dieser Einwand wird von der Kommission mit Verweis auf die hypothetische Natur des *as-efficient-competitor-tests* zurückgewiesen. Dennoch nutzt die Kommission Informationen, wie die von Intel vorgebrachten bei der Bestimmung des *contestable shares* mittelbar, weil die Käufer zu einem Wechsel zu AMD umso eher bereit sind, je besser deren CPUs sind. Waren die CPUs von AMD also besser als die von Intel, überschätzt die Kommission das *contestable share*, das eigentlich auf der Annahme bestimmt werden müsste, die CPUs des hypothetischen Wettbewerbers von Intel seien ebenso gut. Waren die

291 KomE „Intel“ COMP/37.990, Rn. 1551 ff.

292 KomE „Intel“ COMP/37.990, Rn. 65, 1685.

293 Jones/Sufrin (2008), 329.

294 KomE „Intel“ COMP/37.990, Rn. 62 ff.

CPUs von AMD dagegen schlechter als die von Intel, unterschätzt die Kommission das *contestable share*, weil die Käufer weniger Wechselbereitschaft zeigten als sie es in Anwesenheit des hypothetischen ebenso effizienten Wettbewerbers getan hätten.

Das *contestable share* bleibt damit eine gravierende Schwachstelle des Kommissionstests.

c) Weitere Probleme der praktischen Durchführung

Selbst wenn man annimmt, man könne das *contestable share* sauber bestimmen, bleiben erhebliche Probleme der praktischen Durchführbarkeit.

Das erste ist die Tatsache, dass für den Erfolg des Marktzutritts eines Wettbewerbers die gesamte von ihm auf dem Markt abgesetzte Menge entscheidend ist. Der für die Kaufentscheidung entscheidende marginale Preis lässt sich in einem Rabattschema aber nur in Abhängigkeit von der von einem bestimmten Käufer abgenommenen Menge und damit für jeden Käufer einzeln bestimmen, der je nur einen Teil der gesamten abgesetzten Menge abnimmt.

Dieses Problem behandelt Faella, wenn er vorschlägt, sich die gesamte Nachfrage anzuschauen und zu bestimmen, wie viel dieser Nachfrage dem Wettbewerb ausgesetzt ist, um dann zu prüfen, ob diese dem Wettbewerb ausgesetzte Nachfrage zu Preisen nicht unter durchschnittlichen vermeidbaren Kosten angeboten wird. Zwar scheint es angezeigt, zu prüfen, wie viel der Nachfrage dem Wettbewerb insgesamt faktisch ausgesetzt ist – unabhängig davon, wie sie sich auf die einzelnen Abnehmer verteilt. Jedoch ist der Preis im Falle von Rabatten über diese Menge nur als Durchschnittspreis zu bestimmen, der marginale Preis, der die Kaufentscheidung bestimmt, ist dagegen nur in Abhängigkeit von der Menge zu bestimmen, die ein individueller Käufer abnimmt bzw. bei einem ebenso effizienten Wettbewerber abzunehmen bereit wäre. Es gibt bei Rabatten eben keine Aussage über den Preis, die sich klar auf die globale, dem Wettbewerb im ganzen Markt ausgesetzte Menge bezieht.

Richtigerweise müsste zunächst geklärt werden, ob die Konzentration auf wenige Abnehmer den Marktzutritt gegen das Rabattsystem des Marktbeherrschers erleichtern könnte.²⁹⁵ Ist das der Fall, ist ein *contestable share* zu bestimmen, das sich in einer Gesamtmenge oder ggf. in einer Anzahl an Käufern ausdrückt. Für diese Käufer wäre, wenn der Konkurrent ihren Bedarf vollständig bedienen kann, die marktverschließende Wirkung des Rabattsystems in der Regel außer Kraft gesetzt. Ein Rabatt, der den zutretenden gleichermaßen effizienten Konkurrenten also erlaubte, einen Teil der Abnehmer vollständig zu bedienen, wäre in der Regel nicht missbräuchlich.

²⁹⁵ Ähnlich auch OFT (2005), Rn. 1.28, 4.62.

Ist es aber, z.B. wegen der Bündelung unterschiedlicher Produktmärkte in einem Rabatt wie im British Airways-Fall, dem Konkurrenten nicht möglich, den Bedarf einiger Abnehmer annähernd ausschließlich zu bedienen, so ist die Bildung eines *contestable shares* bezüglich der Nachfrage eines jeden Abnehmers notwendig, das ein gleichermaßen effizienter Wettbewerber dem Marktbeherrscher mit Preisen in Höhe der durchschnittlichen vermeidbaren Kosten normalerweise abwerben könnte. So ist die Kommission in der Intel-Entscheidung tatsächlich vorgegangen. Dort war ein *contestable share* für fünf Weiterverarbeiter und einen Einzelhändler zu bilden. Ein solcher Aufwand ist schon erheblich. Hätte es im Fall aber so wie in den Michelin-Fällen mehrere hundert Abnehmer gegeben, wäre diese Übung extrem komplex und kaum praktikabel gewesen. Problematisch ist auch, dass die Kommission nach der Betrachtung der Rabattsysteme für die fünf einzelnen Käufer nicht prüft, ob dieser fünf Käufer ausreichen, um AMD eine Expansion – etwa bei anderen OEMs – unmöglich zu machen.²⁹⁶

Die Bestimmung des *required shares* erfordert die Kenntnis der durchschnittlichen vermeidbaren Kosten. Diese Kosten kennt die Kommission in der Regel nicht und kannte sie auch in der Intelentscheidung nicht.²⁹⁷ Wie die Kommission in dieser Lage ein verlässliches Maß für die durchschnittlichen vermeidbaren Kosten erhalten will, bleibt auch nach der Intel-Entscheidung unklar. Zwar diskutiert die Kommission breit, welche Kostenpositionen zumindest teilweise berücksichtigt werden sollen und welche nicht, jedoch kann die gesamte Diskussion nicht den Eindruck beseitigen, dass die konkreten Werte und Anteile, mit denen beispielsweise Lohnkosten oder die Kosten für in der Produktion verwendete haltbare Maschinen in die Berechnung einfließen, arbiträr sind.²⁹⁸ Diese arbiträren Werte haben dennoch für die Bestimmung des *required shares* erhebliche Bedeutung. Dieses Problem macht die Ergebnisse des *as-efficient-competitor-test* für die rechtsunterworfenen Firmen extrem schwer vorhersehbar.

Die Anwendung des Kommissionstests bindet sehr viele Ressourcen. Das lässt sich wahrscheinlich an zwei Daten am besten ablesen. Erstens: Von der Beschwerde von AMD bis zur Entscheidung im Intel-Fall vergingen fast neun Jahre.²⁹⁹ Zweitens: Die dann ergangene Entscheidung wurde auf 516 Seiten begründet.³⁰⁰ Dabei bezieht sich diese Seitenzahl auf die „geschwärzte“ Version der Entscheidung, in der weite Teile nicht enthalten sind. Auch sind die Details der ökonomischen Analysen gar nicht in der Entscheidungsbegründung enthalten. Diese beiden Zahlen belegen, was angesichts der erforderlichen Daten für die Anwendung des Kommissionstests zu erwarten war: Der Test ist in seiner Anwendung extrem kompliziert.

296 OFT (2005), 1.28 betont, dass Marktverschluss ein Konzept ist, das sich auf den gesamten Markt bezieht und nicht nur auf einige Käufer.

297 KomE „Intel“ COMP/37.990, Rn. 1043.

298 KomE „Intel“ COMP/37.990, Rn. 1043 ff.

299 KomE „Intel“ COMP/37.990, Rn. 5 und Deckblatt.

300 KomE „Intel“ COMP/37.990.

d) Ergebnis

Im Ergebnis geht der Kommissionstest in die richtige Richtung. Er berücksichtigt die Informationen am Markt, auf die es bei der Entscheidung, ob Marktverschluss wahrscheinlich ist, tatsächlich ankommt. Mit dem *contestable share* prüft er, ob eine Asymmetrie zwischen dem Marktbeherrscher und seinen Konkurrenten besteht, die einen Teil der Nachfrage dem Wettbewerb entzieht. Und er prüft, ob ein ebenso effizienter Wettbewerber durch den Rabatt gezwungen ist, derart unter Kosten anzubieten, dass er nicht nachhaltig am Markt wirtschaften kann. Begrifflich ist er einfach aufgebaut: Er prüft, ob die dem Wettbewerb tatsächlich ausgesetzte Menge unter Kosten angeboten wird.

Jedoch begegnet der Kommissionstest vor allem drei schwer wiegenden Einwänden. Das *viable share/contestable share* ist in hohem Maße unbestimmt und extrem schwer zu messen. Die Methoden der Kommission zu seiner Messung können diese Unsicherheit nicht beheben und vermengen die hypothetische Natur des *as-efficient-competitor-test* mit der Berücksichtigung von konkreten Marktabläufen, die in hohem Maße von der Konstitution der tatsächlichen Konkurrenz des Marktbeherrschers abhängen. Zweitens eröffnet die Bestimmung des *required shares* der Kommission vor allem durch die Not, die durchschnittlichen vermeidbaren Kosten ohne präzise Kostendaten bestimmen zu müssen, sehr große Spielräume, die kaum gerichtlich kontrolliert werden können. Drittens ist die Anwendung des Tests extrem ressourcenintensiv.

Auch der Kommissionstest ist daher durch die Formulierung eines differenzierten Tatbestands für eine Vermutungsregel, die an leichter beschaffbare Informationen anknüpft, verbesserungsfähig. Ebendieses Anknüpfen an leichter beschaffbare Information leistet der in diesem Kapitel unter III. gefundene Tatbestand der Missbrauchsvermutung.

4. Kapitel: Kritik aus einer verhaltensökonomischen Perspektive

Nachdem diese Arbeit bisher standardökonomische Literatur rezipiert hat, soll im Folgenden die Relevanz einer ökonomischen Forschungsrichtung für die kartellrechtliche Bewertung von Rabatten ausgelotet werden, die bisher wenig Beachtung in Kreisen von Wettbewerbsrechtlern gefunden hat.³⁰¹ *Behavioral economics* stellt die Annahmen des Rationalmodells infrage und liefert neue Theorien menschlichen Verhaltens. Ein kartellrechtlicher Ansatz, der den realen Effekten von Firmenverhalten in Märkten nachspürt, muss die Frage stellen, wie nah das Verhaltensmodell der Rechtsanwendung an der Realität orientiert sein muss und wie weit es abstrahieren darf. Diese Frage wird in Kapitel 4 für die Bewertung von Schwellenrabatten unter Art. 82 EG beantwortet. Dazu werden zunächst zwei Vorfragen geklärt: Welches ist die grundsätzliche Bedeutung von Verhalten bei der Anwendung des Kartellrechts und lassen sich experimentell gewonnene Befunde auf kartellrechtlich geregelte Sachverhalte übertragen (I.)? So wird ein Rahmen abgesteckt, in dem *behavioral economics* sinnvoll verwandt werden kann. In einem zweiten Schritt wird dann untersucht, wie der in Kapitel 3 gewonnene Tatbestand zu erweitern ist, wenn man ein realistischeres Modell menschlichen Verhaltens unterstellt (II.).

I. Präliminarien

Das Kartellrecht beschäftigt sich mit dem Verhalten von Marktteilnehmern. Es soll verhindern, dass sie kartellieren oder sich mithilfe ihrer Marktmacht auf Dauer dem Wettbewerb entziehen. Das Kartellrecht knüpft auf der Tatbestandsseite an analytische Aussagen über Verhalten an. Andererseits sollen die Rechtsfolgen, die das Kartellrecht zeitigt, verhaltenssteuernd auf Marktteilnehmer einwirken. Die Frage nach der kartellrechtlichen Bewertung von Rabatten betrifft die Tatbestandsseite. Sie wird daher hier im Mittelpunkt stehen.

In vielen Fällen ist der Jurist bei der Prüfung des Tatbestands von Art. 82 EG implizit auf eine Theorie von Verhalten angewiesen: Das Recht gegen Wettbewerbsbeschränkungen dient dem Schutz des Wettbewerbs vor Gefahren durch unternehmerisches Handeln einerseits und durch staatliches Handeln andererseits.³⁰² Art. 82 EG schützt den Wettbewerb gegen Gefahren durch Unternehmen. Der Tatbestand von Art. 82 EG charakterisiert Situationen, in denen der Wettbewerb durch unternehmerisches Handeln gefährdet wird. Teil dieser Charakterisierung sind auch Verhaltensweisen und Vorhersagen über Verhalten. Dies betrifft nicht nur das Verhalten,

301 Ausnahmen sind Stucke (2007); Tor (2002); Tor (2004); Zimmer (2007a), 1209.

302 Emmerich (2006), 21f.

dessen Missbräuchlichkeit in Rede steht, sondern vor allem das Verhalten anderer Marktteilnehmer in Reaktion auf die möglicherweise missbräuchliche Handlung. Dieses Verhalten anderer Marktteilnehmer lässt sich nicht immer unmittelbar beobachten. Oder es ist sehr aufwendig, dieses Verhalten unmittelbar zu beobachten. Ob ein Markt ein bestimmtes Produkt umfasst, hängt zum Beispiel vom Wechselverhalten der Marktteilnehmer auf der Marktgegenseite ab. Das entscheidende Wechselverhalten kann auch ein zukünftiges sein. Oder es kann so viele Käufer geben, dass es sehr schwierig wäre, das Wechselverhalten der Marktgegenseite zutreffend zu charakterisieren. Bei Rabatten ist besonders deutlich, dass ihre Missbräuchlichkeit insbesondere davon abhängt, wie die Marktgegenseite auf das Rabattsystem reagiert und ob aus dieser Reaktion ein Marktverschluss folgt oder nicht. Um diese Frage zu beantworten, trifft der Anwender von Art. 82 EG Vorhersagen über das Verhalten der Marktgegenseite. Diese basieren notwendig auf einer Theorie über Verhalten. Der Gesetzgeber hat den Rechtsanwender in Art. 82 EG nicht an eine bestimmte Theorie von Verhalten gebunden. Allerdings muss der Rechtsanwender die Freiheit, die ihm die offene Formulierung der Norm gewährt, verantwortlich nutzen, indem er den Fortschritt der wissenschaftlichen Erkenntnis der Nachbarwissenschaften berücksichtigt, seine implizit verwandten Theorien überprüft, um das durch den Gesetzgeber aufgegebenes Ziel bestmöglich zu erreichen.³⁰³ Das Kartellrecht ist also existenziell darauf angewiesen, Voraussagen über das Verhalten von Marktteilnehmern zu machen, das nicht beobachtbar ist. Solche Vorhersagen sind angesichts der Individualität der Marktteilnehmer und der daraus folgenden Heterogenität der Normadressaten nur mithilfe eines vereinfachenden Modells zu leisten. Jedoch ist ein ausgewogenes Gleichgewicht zwischen Vereinfachung und Realitätsnähe zu suchen.

303 Lüdemann (2007), 11 spricht in Fällen wie dem von Art. 82 EG, in denen das Ziel (Art. 3 I g) EG, der unverfälschte Wettbewerb) die Auslegung der Norm maßgeblich bestimmt, von Finalsteuerung, die ein typischer Fall sei, in dem ein Rezeptionsbedarf des Rechts nach Erkenntnissen insbesondere der Sozialwissenschaften besteht. Das Recht kann also ohne Rezeption nachbarwissenschaftlicher Erkenntnisse eine Konkretisierung der allgemeinen Norm auf den Einzelfall nicht leisten.

Natürlich spielen Theorien über Verhalten auch auf der Rechtsfolgenseite für den Kartellrechtsanwender eine entscheidende Rolle. Durch Kartellverbote und Bußgelder, durch Verbotsv Verfügungen und Zwangsgelder will die Wettbewerbsbehörde zunächst das konkrete beanstandete Verhalten des betroffenen Unternehmens unterbinden. Wie solche Rechtsfolgen auszugestalten und anzuwenden sind, hängt von den Annahmen darüber ab, wie die Betroffenen Rechtssubjekte auf die Rechtsfolgen reagieren werden. Jedoch sind Rechtsfolgen nicht Gegenstand dieser Arbeit.

- a) Welches Modell menschlichen Verhaltens - rational oder verhaltenswissenschaftlich informiert?

Die Notwendigkeit eines Gleichgewichts zwischen Vereinfachung und Realitätsnähe bei Modellen ist keine neue Erkenntnis. Das Kartellrecht arbeitet seit langer Zeit – und im Zuge des *more economic approach*s immer stärker – mit einem hoch entwickelten Verhaltensmodell, dem Rationalmodell, dem *homo oeconomicus* (dazu 1). Dieses Modell ist jedoch durch Untersuchungen von Psychologen und in ihrer Folge auch von Ökonomen schwerwiegenden Einwänden ausgesetzt (dazu 2).

1) Das Rationalmodell

Das Kartellrecht trifft, ebenso wie die vorliegende Untersuchung in ihrem ersten Teil, seine Prognosen – oft unausgesprochen – auf der Grundlage des *rational choice models*.³⁰⁴ In diesem Modell wird angenommen, dass sich das Verhalten in einem Aggregat an Akteuren so darstellt als ob erstens jeder Akteur so handelt, dass er seinen eigenen Nutzen maximiert, dass er dies zweitens entsprechend seiner stabilen Präferenzen, die insbesondere vollständig und transitiv sind,³⁰⁵ tut und drittens zur Erreichung seines Ziels die optimale Menge an Information nutzt.³⁰⁶ Vor allem die Annahme der Nutzenmaximierung bedarf der Präzision. Nutzenmaximierung bedeutet, dass eine Nutzenfunktion angenommen wird und Menschen mit den ihnen gege-

304 Falk (2003), 141; Gual et al. (2005), 47, 51; Spector (2005). Für das amerikanische Recht Hovenkamp (2006), 851; Stucke (2007), 514.

305 Die Präferenzordnung ist vollständig, wenn man, gefragt, ob man irgendeine Option A gegenüber einer anderen B vorziehe, immer sagen kann, ob man A oder B bevorzugt oder zwischen A und B indifferent ist. Die Präferenzordnung ist transitiv, wenn aus „A wird B vorgezogen“ und „B wird C vorgezogen“ folgt, dass auch gilt „A wird C vorgezogen“. Nicholson/Snyder (2008), 87.

306 Formal sind rationale Präferenzen in der Volkswirtschaftslehre durch drei Axiome gekennzeichnet: Vollständigkeit (vgl. Fn. 305), Transitivität (vgl. Fn. 305) und Stetigkeit. Eine Nutzenfunktion ist stetig, wenn für jede Präferenzordnung $A \succ B \succ C$ (\succ ist ein Zeichen für „bevorzugen“) eine Wahrscheinlichkeit p existiert, sodass gilt $B \sim pA + (1-p)C$ (\sim steht für Indifferenz). Diese Annahme ist vor allem nötig, um die Nutzenfunktion ableiten zu können. Vgl. Nicholson/Snyder (2008), 87.

In der Darstellung eher wie hier im Text: Becker (1998), 5, 14; Eidenmüller (2005), 31 ff. (der die Informationsverarbeitung vernachlässigt); Englerth (2004); Stucke (2007), 518, der ebenfalls von Gary Becker ausgeht; Tversky/Kahneman (1986), 68 ff. charakterisieren Rational Choice an Hand von vier Prinzipien: Cancellation, Transitivity, Dominance und Invariance. Eine sehr allgemeine Definition geben Hogarth/Reder (1986), 2, enger dann Tversky/Kahneman (1981), 458. Sie definieren Rationalität nur noch mit *coherence of preferences* und *consistency of preferences* (i.e. die Präferenzen haben eine Vorhersagekraft bzgl. des Befriedigungsgrades, den das Subjekt im Falle des Eintretens der präferierten Situation hat. Das Subjekt würde also nicht eine Situation präferieren, die ihm Schmerzen/Disnutzen verschaffte).

benen Mitteln versuchen, einen größtmöglichen Nutzen zu erreichen.³⁰⁷ Traditionell wird dabei für Entscheidungen unter Unsicherheit das Modell des Erwartungsnutzens verwandt.³⁰⁸ Der Nutzen einer möglicherweise eintretenden Situation wird mit der Wahrscheinlichkeit multipliziert, dass die Situation eintritt. Wenn eine Entscheidung für die Option A beispielsweise zu den Situationen a oder b oder c führen kann, so würde man der Option A einen Erwartungsnutzen zuordnen, der sich ergäbe, wenn man den Nutzen von a, b und c je mit der Wahrscheinlichkeit ihres Eintritts multipliziert und sie dann summiert würde. Das Modell des Erwartungsnutzens sagt vorher, dass ein rationaler Akteur, der vor die Wahl zwischen verschiedenen Optionen gestellt ist, diejenige mit dem höchsten erwarteten Nutzen wählt und so seinen erwarteten Nutzen maximiert.

Da Unternehmen keinen Nutzen empfinden, wird für Unternehmen in der Regel angenommen, sie würden ihren Gewinn maximieren.³⁰⁹ Im Übrigen bleibt die Analyse gleich. In derselben Weise, wie ein rationales Individuum seine Nutzenfunktion maximiert, maximieren Firmen eine Gewinnfunktion.³¹⁰ An die Stelle des Erwartungsnutzens tritt für Firmen der erwartete Gewinn.

Es ist zu betonen, dass das Rationalmodell in der Regel nicht als Annahme über das Verhalten realer Menschen oder Unternehmen verstanden wird. Vielmehr werden die eher unrealistischen Annahmen des Rationalmodells als Vorhersageinstrument genutzt, welches das Verhalten einer Population von Menschen oder Unternehmen im Mittel vorhersagen soll und das unrealistische oder idealisierende Annahmen toleriert, solange diese Annahmen zu ausreichend präzisen Vorhersagen im Aggregat führen.³¹¹ Eine individuelle Abweichung vom Rationalmodell kann daher das Modell nicht widerlegen. Allerdings geht Eidenmüller wohl zu weit, wenn er meint, das Rationalmodell werde dadurch zu einer unfalsifizierbaren Hypothese.³¹² Das Rationalmodell macht präzise Voraussagen über Verhalten im Aggregat. Diese Voraussagen können getestet werden und sind getestet worden. Eine Abweichung von den Vorhersagen des Rationalmodells im Aggregat kann also als Falsifizierung gelten.

Diese Falsifizierungen sind tatsächlich geschehen. Einige Beispiele werden im Folgenden vorgestellt. Jedoch hat sich in der Ökonomie mangels Ersatz für das Rationalmodell eine Situation eingestellt, in der verschiedene Verhaltenstheorien nebeneinander verwandt werden – ähnlich wie in der Physik, in der nebeneinander die Newtonsche Gravitationstheorie, die Relativitätstheorie und die Quantentheorie in unterschiedlichen Bezugssystemen verwandt werden. Die Auswertung der experi-

307 Vgl. Nicholson/Snyder (2008) Kapitel 3 und 4.

308 Nicholson/Snyder (2008), 203 f. In der Theorie des Erwartungsnutzens wird zusätzlich zu Transitivität, Vollständigkeit und Stetigkeit noch angenommen, die Nutzenfunktion sei unabhängig von irrelevanten Alternativen: Wenn man A vor B präferiert, soll das auch gelten, wenn man zusätzlich die Möglichkeit hat, C zu wählen.

309 Nicholson/Snyder (2008), 359.

310 Nicholson/Snyder (2008), 359 ff. insb. 369 ff.

311 Friedman (1953), 16 ff.

312 Eidenmüller (2005), 74.

mentellen Befunde hat daher in der Ökonomie zurzeit das Ziel, herauszuarbeiten, für welche Probleme welche Theorie angewandt werden soll. Üblicherweise wird das Rationalmodell nur für bestimmte, begrenzte Anwendungsfälle zurückgewiesen und übersteht Tests in anderen Bereichen.

Der *homo oeconomicus* gewinnt im Kartellrecht mit dem *more economic approach* zunehmend an Bedeutung. Der *as-efficient-competitor-test* der Kommission zur Identifikation von missbräuchlichen Rabattsystemen beruht auf der Annahme rationaler Akteure am Markt. Verkürzt dargestellt sollen solche Rabatte als missbräuchlich gelten, die dazu führen, dass der Marktbeherrscher die Menge, die der Konkurrent anbieten müsste, um am Markt bleiben zu können, unter Kosten anbietet.³¹³ Der Grund der Missbräuchlichkeit liegt hier in der Annahme, dass der rationale Teilnehmer der Marktgegenseite unter diesen Umständen nicht beim Konkurrenten kaufen wird, weil er seinen Nutzen maximiert (seine Kosten reduziert), indem er billig beim Marktbeherrscher kauft. Die Folge kann ein Marktverschluss sein, mit dem der Marktbeherrscher seinen Marktanteil gegen Konkurrenten abschirmt und dem Wettbewerb entzieht.

Auch der EuGH argumentierte schon lange vor dem Diskussionspapier der Kommission auf der Grundlage des Rationalmodells. In Michelin I (Rs. 322/81) begründet der EuGH, ein bestimmtes Rabattschema sei missbräuchlich, weil es den Marktzugang der Konkurrenten erschwere, indem es den Druck auf die Abnehmer erhöhe, die zur Erlangung des Rabatts notwendige Abnahmemenge zu erreichen. Dieser Druck soll sich daraus ergeben, dass die Abnehmer ihren Gewinn vermehren wollen, was sie durch Erreichen der Rabattschwelle realisieren können.³¹⁴ Ob diese Argumentation im Einzelnen richtig ist, soll hier nicht interessieren. Sie grob nachzuzeichnen, genügt, um zu belegen, dass Grundlage kartellrechtlicher Argumentation zumeist das Modell rationaler Gewinn- oder Nutzenmaximierer ist. Das Kartellrecht stützt sich mit gutem Grund auf das Rationalmodell. Ist es doch ein hoch entwickeltes und viel erprobtes Instrument. In jüngerer Zeit ist es jedoch ernst zu nehmenden Einwänden ausgesetzt.

2) Verhaltenswissenschaftlich informierte Ansätze

Es soll vorweg betont werden, dass es hier trotz der folgenden Einwände nicht um ein Entweder-oder zwischen dem Rationalmodell und anderen Modellen geht. Wir wissen, dass es den *homo oeconomicus* unter lebenden Menschen nicht gibt.³¹⁵ Wir wissen aber auch, dass das kein durchgreifender Einwand gegen das Rationalmodell

313 Europäische Kommission (2005), Rn. 152 ff, insb. 154; vgl. Kapitel 2 dieser Arbeit.

314 EuGH „Michelin I“, 322/81, Rn. 81ff.

315 Vgl. zur Einführung Jolls/Sunstein/Thaler (2000), 14 ff.

ist, solange es gute Prognosen im Aggregat liefert.³¹⁶ Hier wird es nur um die Frage gehen, ob es möglich und gegebenenfalls nötig ist, das Rationalmodell durch einige Details für die Anwendung in bestimmten Situationen zu ergänzen.

Dabei ist es wichtig, die Abweichungen der Akteure von den Voraussagen des Rationalmodells, die hier interessieren, von bloßen Fehlern zu unterscheiden. Auch die striktesten Vertreter des Rationalmodells erkennen an, dass Menschen Fehler machen, weil sie sich nicht rational verhalten. Sie meinen aber, dass diese Fehler mehr oder minder zufällig auftreten. Daher würden sie sich, wenn man die gesamte Population im Blick habe, ausgleichen. Vergleichbar ist diese Ansicht mit dem Bild, das eine Zielscheibe nach einigen Schüssen eines mittelmäßigen Schützen bietet: Sie wird Löcher in fast allen Arealen aufweisen. Dennoch wird sie den Schluss zulassen, dass der Schütze insgesamt auf den roten Punkt in der Mitte gezielt habe. Dort wird die Dichte von Einschlägen besonders hoch sein. Die Abweichungen, die das Rationalmodell infrage stellen, lassen dagegen die Vorhersage zu, dass das Verhalten der Population insgesamt in eine bestimmte Richtung abweichen wird. Im Bild der Zielscheibe: Der Schütze hätte einen Hang, nach links zu schießen – vielleicht weil er schießt. Solche Abweichungen nennt die englischsprachige Literatur *bias*, was am ehesten mit Tendenz oder auch Vorurteil zu übersetzen ist. Es sind solche *bias*, die uns im Weiteren interessieren werden.

Ökonomen und Psychologen sammeln seit einigen Jahren immer mehr Belege dafür, dass alle drei Grundannahmen des Rationalmodells in bestimmten Situationen strukturell, das heißt nicht nur zufällig, verletzt werden. Diese Belege stammen zum ganz überwiegenden Teil aus Laborexperimenten, in denen Menschen in stilisierten Entscheidungssituationen agieren. Laboruntersuchungen erlauben es, Beobachtungen zu machen, bei denen *ceteris paribus* nur ein Parameter variiert wird, sodass sehr klare Aussagen über den Einfluss einzelner Faktoren auf das menschliche Verhalten möglich werden.³¹⁷ Vor allem die Gewährleistung der *ceteris-paribus*-Bedingung ist bei Beobachtungen in der Welt außerhalb des Labors extrem schwierig und für zahlreiche Fragestellungen fast unmöglich.³¹⁸

In Studien finden sich vielfach Abweichungen von rein eigennützigem Verhalten. Menschen sind sowohl bereit, Einbußen für Fairness hinzunehmen, also auch dafür, dass sie andere sanktionieren können, obwohl sie dadurch keinen eigenen Nutzen zu haben scheinen.³¹⁹ Ein Beleg ist das Diktatorspiel, bei dem ein Spieler einen Betrag erhält, den er nach Gutdünken zwischen sich und einem anderen aufteilen kann.

316 Eidenmüller (2005), 39 ff.; Friedman (1953), 14 f., 17–23; Macy (2006), 75; Posner (1998), 1556 f.; Thaler (1980), 39, 57.

317 Levitt/List (2006), 1.

318 Levitt/List (2006), 1.

319 Allerdings ist das Modell des Erwartungsnutzens, wenn es im Sinne eines schwachen Konzepts von Eigennutz angewandt wird, prinzipiell offen für Neid, Fairness und andere soziale Präferenzen. Sie alle lassen sich durch eine Anreicherung der Nutzenfunktion darstellen. Allerdings wurde diese Anreicherung ursprünglich nicht vollzogen und lässt sich mit einer derart aufgeladenen Nutzenfunktion schnell alles erklären und nichts mehr vorhersagen, vgl. Englerth (2004), 8.

Man sollte von einem rationalen Akteur erwarten, dass er die kleinstmögliche Einheit an den Mitspieler abgibt und den Rest für sich behält. Bei 10 € hieße das 0 € für den Mitspieler und 10 € behalten. Tatsächlich aber teilen die Spieler durchschnittlich im Verhältnis zwischen 10/90 und 48/52.³²⁰ Durch Eigennutz kann das nur schwer erklärt werden, zumal die Spieler im Experiment anonym sind und sich entweder nicht wieder treffen werden oder, wenn sie sich treffen, nicht wissen werden, dass sie miteinander gespielt haben. Eine Investition in gute Beziehungen ist also keine Erklärung.³²¹

Auch haben verschiedene Forschungen gezeigt, dass Präferenzen kontextabhängig sind, sodass sie sich durch Gestaltung der Entscheidungssituation beeinflussen lassen. Viele eingängige Beispiele finden sich bei Tversky und Kahneman. Das vielleicht bekannteste ist das Experiment zur „Asiatischen Krankheit“:³²² Tversky und Kahneman baten zwei Probandengruppen, sich vorzustellen, die USA bereiteten sich auf den Ausbruch einer ungewöhnlichen asiatischen Krankheit vor, die voraussichtlich 600 Menschen töten wird. Es wurden zwei Programme vorgeschlagen, um die Krankheit zu bekämpfen. Die Probanden sollten annehmen, die Programme wirkten genau, wie es ihnen angegeben wurde. Sodann sollten die Probanden angeben, welches Programm sie wählen würden, wenn sie an der zuständigen Stelle in der amerikanischen Verwaltung sitzen würden.

Der einen Gruppe wurde gesagt, Programm A werde 200 Menschen retten, in Programm B würden mit einer Wahrscheinlichkeit von $1/3$ alle gerettet, mit einer Wahrscheinlichkeit von $2/3$ werde niemand gerettet. In dieser Bedingung wählten 72 % der Probanden Programm A, die sichere Rettung von 200 Menschen. Der zweiten Gruppe wurde angegeben, in Programm C würden 400 Menschen sterben, in Programm D gebe es eine Wahrscheinlichkeit von $1/3$, dass niemand sterben werde, und eine Wahrscheinlichkeit von $2/3$, dass 600 Menschen sterben würden. Hier wählten 78 % der Probanden Programm D. Dieses Ergebnis ist deswegen überraschend, weil Programm A und Programm C sowie Programm B und Programm D formal identisch sind: Es ist das Gleiche, zu sagen, von 600 würden 400 sterben oder 200 überleben. Ebenso ist es das Gleiche zu sagen, von 600 würden alle mit einer Wahrscheinlichkeit von $1/3$ gerettet oder mit einer Wahrscheinlichkeit von $1/3$ würde niemand sterben. In A und C sterben 400 Menschen, während 200 gerettet werden. In Programm B und D besteht eine Wahrscheinlichkeit von $2/3$, dass alle sterben, während mit $1/3$ alle gerettet werden. Würden Menschen also Risiken mögen, sollte die Mehrheit in beiden Beispielen B bzw. D wählen. Wären Menschen dagegen risikoavers, sollte in beiden Beispielen die Mehrheit A bzw. C wählen. Tatsächlich wählen die Menschen aber A und D.

320 Vgl. Überblickstabelle bei Camerer (2003), 57f.

321 Vgl. zu den verschiedenen Varianten des Experiments Camerer (2003), 56 ff, aus denen deutlich wird, dass die Erhöhung der Anonymität die Bereitschaft zu teilen zwar stark verringert, aber nicht beseitigt.

322 Tversky/Kahneman (1981), 453.

Der einzige Unterschied zwischen A und B auf der einen und C und D auf der anderen Seite besteht darin, dass A und B die Formulierung „gerettete Leben“ verwenden und lenken so die Aufmerksamkeit auf den „Gewinn“ von Leben. C und D verwenden dagegen die Formulierung „verlorene Leben“ und lenken so die Aufmerksamkeit auf den Verlust von Leben. Die Probanden mochten also Risiken im Kontext von Gewinnen nicht, im Kontext von Verlusten dagegen schon. Ihre Präferenzen erschienen so nicht stabil, sondern weitgehend durch den Kontext der Entscheidungssituation induziert.

Auch in der Informationsverarbeitung machen Menschen strukturell Fehler. Ein bekanntes Beispiel sind Fehlfunktionen der in den meisten Umgebungen sehr nützlichen *availability heuristic*. Menschen tendieren dazu, Informationen, die ihnen besonders präsent sind, ein Übergewicht im Vergleich zur statistischen Wahrscheinlichkeit zu geben. Ein eindrückliches Beispiel gaben Tversky und Kahneman, die Menschen einschätzen ließen, wie viele Worte einer Textpassage auf „ing“ endeten und wie viele als zweitletzten Buchstaben ein „n“ aufwiesen. Obwohl der zweite Fall den ersten umfasst und damit häufiger sein muss als der erste, erhielten sie für Worte auf „ing“ weit höhere Schätzungen als für Worte mit dem zweitletzten Buchstaben „n“. Das lag nach Kahneman und Tversky daran, dass Worte auf „ing“ den Menschen des englischen Sprachraums deswegen präsenter waren, weil Gerundien und Partizipien auf dieser Silbe enden, während es keine Regel gibt, wann in Worten „n“ der zweitletzte Buchstabe ist.³²³

Durch diese und viele weitere Forschungsergebnisse wird die Allgemeingültigkeit des Rationalmodells in Zweifel gezogen. Die Studien zeigen, dass das menschliche Handeln hinsichtlich aller drei Elemente des Rationalmodells nicht nur individuell, sondern auch im Mittel zum Teil weit von den Vorhersagen des Rationalmodells entfernt liegt:³²⁴ Menschen maximieren nicht nur den eigenen Nutzen, ihre Präferenzen sind durch den Kontext der Entscheidungssituation beeinflussbar und der menschliche Umgang mit Informationen ist oft nicht optimal. Weil auch das Marktgeschehen letztlich Verhalten von Menschen ist, liegt die Vermutung nahe, dass Marktprozesse und -ergebnisse nicht unabhängig von den skizzierten Abweichungen sind. Das kann unter Umständen zu falschen Vorhersagen des Rationalmodells führen. Wenn das Kartellrecht sich künftig besonders auf Effekte von Marktverhalten konzentriert, kommt es um eine genaue Kenntnis dieser menschlichen „Verhaltensauffälligkeiten“ nicht herum. Aber auch wenn ein *effects based approach* nicht der künftige Weg des Kartellrechts sein sollte, bleibt das Wissen um die strukturelle Situationsabhängigkeit menschlichen Verhaltens unerlässlich, um Bewertung von

323 Tversky/Kahneman (1983), 293, 295.

324 Für einen Versuch einige Effekte, die die *behavioural-economics*-Forschung gefunden hat, rationaltheoretisch zu erklären, siehe Posner (1998), 1551 ff.

Verhalten begründen zu können. Am sinnvollsten erschiene dabei ein Ansatz, der je nach Problemstellung ein möglichst adaptiertes Modell auswählen kann.³²⁵

Hier wird nicht gefordert, dass das künftige Verhaltensmodell des Kartellrechts ausschließlich eines des beschränkt rationalen Akteurs sei. Aber nach den Herausforderungen, die *behavioral economics* an das Rationalmodell richtet, ist es Zeit zu überprüfen, für welche Probleme und Fälle das kartellrechtliche Verhaltensmodell zu modifizieren sein könnte. Die Marktabgrenzung hängt maßgeblich vom Wechselverhalten der Marktgegenseite ab. Hier können *biases*, also systematische Abweichungen vom Rationalmodell, zu Verzerrungen führen. Ob ein Marktverschluss vorliegt, hängt genauso vom Verhalten der Marktgegenseite ab. Möglicherweise kann ein Marktbeherrscher strukturelle Abweichungen von rationalem Verhalten ausnutzen, um sich einen Teil des Marktes zu reservieren. Nahe liegend sind auch Untersuchungen im Bereich des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG). Könnten bestimmte Formen des Ausnutzens kognitiver Fehlleistungen zum Beispiel täuschende Werbung sein? Ob man künftig die Erkenntnisse aus *behavioral economics* berücksichtigen will oder nicht, ist eine Frage für sich. Aber seit wir wissen, dass bestimmte mentale Prozesse strukturell zu Abweichungen von den Voraussagen des Rationalmodells führen, ist sie gestellt. Sie zu beantworten, ist es nun auch an den Wettbewerbsjuristen.

b) Probleme einer verhaltensökonomischen Analyse im Kartellrecht

Abweichungen von den Verhaltensvorhersagen des Rationalmodells sind vor allem in wirtschaftswissenschaftlichen Labors gefunden worden. Diese Umgebung unterscheidet sich nicht unerheblich von den Entscheidungssituationen, in denen sich Menschen alltäglich bewegen. Die Erkenntnisse aus dem Labor müssen daher im Einzelnen sorgfältig auf ihre Übertragbarkeit auf die Welt außerhalb des Labors geprüft werden. Wie weit diese externe Validität von Laborexperimenten reicht, hängt von einer Vielzahl von Faktoren ab. Allgemein festzustellen ist nur, dass es grundsätzlich erforderlich ist, sich das betreffende Experiment im Einzelnen anzuschauen und zu prüfen, ob und wie weit seine Ergebnisse auch in dem speziellen Kontext gültig sind, auf den die Ergebnisse des Experiments jeweils verallgemeinert werden sollen.³²⁶ Einige typische Probleme externer Validität werden im Folgenden diskutiert.

Es sollte schon hier deutlich werden, dass die Bewertung der externen Validität im Zusammenhang mit der Anwendung verhaltenswissenschaftlicher Erkenntnisse in der Rechtsauslegung für besondere Probleme sorgt. Üblicherweise wird bei ökonomischer Rechtsauslegung z.B. ein *Telos* der Norm mithilfe konventioneller Auslegungsmethoden identifiziert. Dann wird mithilfe ökonomischer Methoden be-

³²⁵ Friedman (1953), 42.

³²⁶ Levitt/List (2006), 3f.

stimmt, wie das *Telos* möglichst effizient erreicht werden kann. Zuletzt wird eine Auslegung der Rechtsbegriffe gewählt, die im Gros der Fälle die gefundene effiziente Normanwendung gewährleistet. Die Auslegung orientiert sich daher *ex ante* an einer Vielzahl von Fällen, die möglicherweise noch gar nicht bekannt oder im Einzelnen vorstellbar sind. Die Ergebnisse, die aus dem Labor in den Kontext der Normanwendung übernommen werden, müssen daher derart robust sein, dass sie mit hoher Wahrscheinlichkeit in den typischen Fällen der Normanwendung Gültigkeit besitzen.³²⁷

Vor diesem Hintergrund scheinen die Vorzeichen für eine Vereinbarkeit von Kartellrecht mit Ergebnissen der Verhaltenswissenschaften *a priori* ausgesprochen ungünstig zu stehen. Während in Laborexperimenten üblicherweise Entscheidungen von Individuen untersucht werden, die kleine Werte betreffen und in stilisierten Situationen stattfinden, ist das Kartellrecht eine Materie, die sich mit dem Geschehen an Märkten beschäftigt und vor allem das Verhalten von Unternehmen zum Gegenstand hat. Dazu kommt, dass der Paternalismusgedanke dem Kartellrecht in besonderer Weise fremd ist: Das Kartellrecht schützt ein soziales Dilemma zwischen den Wettbewerbern, das der Marktgegenseite nützt, die Effizienz fördert und Innovation stimuliert hat. Es schützt aber nach verbreiteter Ansicht weder die Wettbewerber noch die Konsumenten um ihrer selbst willen,³²⁸ sodass das Anliegen, „falsche“ Entscheidungen von Individuen zu korrigieren oder zu kompensieren, im Kartellrecht keine große legitimierende Bedeutung haben kann.

Im Folgenden wird die Frage, inwieweit sich experimentelle Befunde auf kartellrechtlich geregelte Sachverhalte übertragen lassen, genauer untersucht, um herauszufinden, wo die Theorien von *behavioral economics* im Kartellrecht sinnvoll angewandt werden können. Dabei wird besonders berücksichtigt, ob und inwieweit Rabatte und das sie behandelnde Recht ein Feld sind, auf das experimentell gewonnene Einsichten über Verhalten übertragbar sind.

1) Beobachtung durch den Experimentator

In Experimenten sitzen die Probanden heutzutage meist in sichtgeschützten Nischen vor einem Computer, an dem sie durch Eingabe über Tasten oder Klicken mit der Maus ihre Entscheidungen treffen. Ein Labor fasst meist zwischen 10 und 25 Versuchspersonen, die gleichzeitig ihre Entscheidungen treffen. Anwesend ist meist mindestens eine Person, die das Experiment durchführt. Das mag der Autor der betreffenden Studie selbst sein, es können aber auch Mitarbeiter oder studentische Hilfskräfte des jeweiligen Labors sein. Wichtig ist nur: die Versuchspersonen sind bei ihrer Entscheidung nicht allein, auch wenn in der Regel niemand ihre Entscheidungen unmittelbar am Bildschirm verfolgt.

³²⁷ Klöhn (2006), 149.

³²⁸ Jones/Sufrin (2008), 3 ff; Bishop/Marsden (2006), 3 f.; Hellwig (2006), 27 ff.

Den Versuchspersonen ist klar, dass ihre Entscheidungen aufgezeichnet und ausgewertet werden.³²⁹ Dabei ist ihre Anonymität gegenüber den anderen Versuchspersonen in der Regel erkennbar gewahrt. Ihre Anonymität gegenüber dem Versuchsleiter ist jedoch häufig weniger gewahrt.³³⁰ Spätestens bei der Auszahlung des Geldes, das die Versuchspersonen in einem Experiment gewonnen haben, wird es häufig möglich, die Identität mit den Entscheidungen der Person zu verknüpfen. Und selbst wenn die Anonymität auch gegenüber dem Versuchsleiter gewahrt ist, ist das für die Versuchspersonen häufig schwer zu erkennen oder zu verifizieren. Darüber hinaus bedeutet ein Experiment immer, dass der Versuchsleiter den Versuchspersonen eine Aufgabe stellt. Er lässt sie beispielsweise ein Gefangenendilemma spielen, lässt sie in die Rolle von Wettbewerbern in einem Cournot-Markt schlüpfen oder befragt sie, welche von zwei Lotterien sie bevorzugen. So entsteht eine Situation, in welcher der Versuchsleiter Anweisungen gibt und die Versuchsperson ihnen Folge leistet.³³¹ All dies verstärkt eine offenbar ohnehin vorhandene Neigung von Versuchspersonen, dem Experimentator, wenn es nichts kostet, bereitwillig zum erhofften Ergebnis zu verhelfen.³³² Psychologische Studien begegnen diesem „Nachfrageeffekt“, indem die Experimentatoren ihre Versuchspersonen über den wahren Zweck ihrer Untersuchung täuschen.³³³ In ökonomischen Experimenten ist das Täuschen von Versuchspersonen geächtet. Dies soll vor allem den Einfluss von Anreizen sicherstellen, indem auch langfristig ein Umfeld geschaffen wird, in dem die Versuchspersonen darauf vertrauen, dass Lotterien wirklich durchgeführt und angekündigte Auszahlungen auch wirklich vorgenommen werden. Auch soll so erreicht werden, dass Versuchspersonen genau das vom Experimentator konstruierte Spiel spielen und nicht in zweiter Ordnung ein Spiel mit asymmetrischer Information gegen den Experimentator. Die Schattenseite dieser Ächtung ist jedoch, dass es in ökonomischen Experimenten leicht zu erheblichen Nachfrageeffekten kommen kann, deren Stärke fast unmöglich abzuschätzen ist.³³⁴ Das bloße Gewährleisten von völliger Anonymität scheint keinen verlässlichen Ausweg zur Vermeidung von Nachfrageeffekten zu bieten, weil völlige Anonymität offenbar als Aufforderung verstanden werden kann, sich antisozial zu verhalten, sodass nur ein anderer Nachfrageeffekt induziert wird.³³⁵

329 Levitt/List (2006), 12.

330 Levitt/List (2006), 16.

331 Levitt/List (2006), 12.

332 Levitt/List (2006), 12; Zizzo (2008).

333 Levitt/List (2006), 13; Zizzo (2008), 1; *Erinnert sei hier zum Beispiel an das bekannte Milgrom-Experiment: Die Probanden glaubten als Versuchsleiter an einem Experiment teilzunehmen, das den Effekt von Schmerz auf das Lernen von Menschen untersuchen sollte. Sie gaben daher vorgeblich „Versuchspersonen“ Stromstöße, falls diese falsche Angaben machten und erhöhten mit jeder falschen Antwort die Voltzahl. Tatsächlich waren die „Versuchspersonen“ Schauspieler, die nur vorgaben Stromstöße zu erhalten. In Wirklichkeit waren die Probanden, die sich in der Rolle von Versuchsleitern glaubten, selbst Objekt der Untersuchung.*

334 Levitt/List (2006), 13.

335 Levitt/List (2006), 18.

Ein wichtiger Behelf, sich gegen Nachfrageeffekte abzusichern, ist die Durchführung von komplementären Feldstudien oder Feldexperimenten, die in einer natürlichen Umgebung ablaufen und möglicherweise ohne das Wissen der Akteure, dass ihr Handeln Gegenstand wissenschaftlicher Forschung ist.³³⁶

Sowohl der Nachfrageeffekt als auch die Wirkung der Beobachtung der Probanden ist im Zusammenhang mit sozialen Präferenzen, also der Messung von intrinsischer Motivation, zum Wohle anderer zu handeln, besonders stark. Menschen scheinen sich umso sozialer zu verhalten, je genauer ihr Handeln beobachtet wird.³³⁷ In Marktsituationen, in denen die Beobachtung weniger salient war, boten z.B. Sportkartensammler beim Handel mit Sammelkarten weniger faire Preise an als im Labor.³³⁸ Und Versuchspersonen gaben im Diktatorspiel weniger großzügig, wenn sie sowohl dem Versuchsleiter als auch anderen Versuchspersonen gegenüber anonym waren, als wenn nur gegenüber anderen Versuchspersonen ihre Identität verborgen blieb.³³⁹ Schon das bloße Anzeigen von einem Augenpaar auf dem Bildschirm der Versuchsperson erhöht die Großzügigkeit im Diktatorspiel signifikant.³⁴⁰ Dagegen erscheint die Wirkung des Nachfrageeffekts auf kognitive Prozesse weniger problematisch. Zwar mögen sich Personen stärker anstrengen, wenn sie sich beobachtet glauben. Aber sie können sich, auch wenn sie beobachtet werden, nicht geschickter anstellen, als es ihren Fähigkeiten entspricht. Andererseits ist es bei Experimenten, in denen wirkliche monetäre Anreize gesetzt werden, unwahrscheinlich, dass die Probanden Fehler machen, um einen Nachfrageeffekt zu befriedigen, wenn sie durch den Fehler verlieren. Hier ist also festzustellen, dass insbesondere bei Experimenten zu sozialen Präferenzen mit kleinen Anreizen die Beobachtung der Versuchspersonen einen erheblichen Einfluss auf das Ergebnis hat. Bei der Übertragung dieser Ergebnisse muss also genau geprüft werden, wie stark auch die Agenten außerhalb des Labors unter Beobachtung durch Dritte stehen. Andererseits scheint die Beobachtung der Probanden bei der Suche nach kognitiver Fehlleistung für die externe Validität der Ergebnisse weniger problematisch zu sein.

Da die Reaktion von Menschen auf Rabattsysteme vor allem kognitive Anforderungen stellt und soziale Präferenzen hierbei allenfalls eine untergeordnete Rolle spielen sollten, scheint die Beobachtung der Probanden keinen Grund zu liefern, experimentelle Befunde nicht auf Rabatte zu übertragen.

2) Die Bedeutung von Kontext

Niemand bezweifelt ernsthaft, dass die Situation, in der eine Entscheidung getroffen wird, Auswirkungen auf die Entscheidung hat. Zwar gehen die Wirkungen manch-

336 Levitt/List (2006), 13.

337 Levitt/List (2006), 7f.

338 Levitt/List (2006), 14ff. mit weiteren Beispielen.

339 Levitt/List (2006), 17.

340 Levitt/List (2006), 18.

mal weiter, als erwartet.³⁴¹ Jedoch leuchtet ein, dass die Situation beispielsweise die Aufmerksamkeit einer Person auf das entscheidende Merkmal eines Spiels lenken kann oder umgekehrt davon ablenken kann. Das Problem, das hier besprochen werden soll, ist daher auch nicht, welche Auswirkungen der Kontext auf die Entscheidung haben kann – das wäre ein unendliches Projekt – sondern es soll diskutiert werden, wie weit ein Experimentator den Kontext kontrollieren kann, sodass seine Manipulation die *ceteris-paribus*-Bedingung erfüllt. Normen scheinen sich zum Beispiel durch die Struktur des Spiels induzieren zu lassen, was möglicherweise gar nicht beabsichtigt war. So kann die Beschreibung eines Diktatorspiels, welche die Frage stellt, wie viel ein Spieler von einem Betrag von 10 € mit einem anderen Spieler teilen möchte, die Norm suggerieren, dass die faire Aufteilung verlange, 5 € abzugeben. Die Anleitung, es könnten entweder eine beliebige Portion der 10 € abgegeben oder bis zu 10 € weggenommen werden, legt eher nahe, dass auch substantiell schlechte Ergebnisse für den zweiten Spieler akzeptiert sind und führt so zu erheblich niedrigeren Zuteilungen an den zweiten Spieler.³⁴² Über derartige Wirkungen von Instruktionen muss sich ein Experimentator so weit wie möglich bewusst werden und sie in der Auswertung des Experiments berücksichtigen. Doch erscheint es extrem schwierig, alle Quellen strukturierter Verzerrungen (zufällige Verzerrungen sollten sich im Aggregat neutralisieren) zuverlässig auszuschließen.

Der völlige Ausschluss von Kontext im Labor scheint eine Lösung zu sein, begründet aber ein neues Problem. Wenn sich die Experimentalsituation so nirgends außerhalb des Labors findet, können die experimentellen Ergebnisse leicht unerkannt Artefakte der Laborsituation sein. Reputationseffekte können hier ein Beispiel geben. Um den Effekt von Reputation auszuschließen, haben Experimentalökonominnen in einer Reihe von Experimenten zu sozialen Dilemmata die Versuchspersonen in Experimenten nur eine Runde spielen lassen, sogenannte *one shot games*. Das Ergebnis waren ausgesprochen niedrige Kooperationsraten, nahe an den Vorhersagen des Rationalmodells. Jedoch ist fraglich, wie aussagekräftig diese Experimente sind, da in der Welt außerhalb des Labors kaum je in Dilemmasituationen mit der Gewissheit interagiert wird, dass die Interaktion einmalig und vollkommen anonym ist.³⁴³

Und auch der völlige Verzicht auf Kontext im Experiment gewährleistet nicht, dass der Einfluss des Kontexts vom Experimentator zuverlässig kontrolliert wird. Bei abstrakten Experimenten kann es dazu kommen, dass die Versuchspersonen in ihrer Vorstellung die Entscheidungssituation mit anderem Kontext, als der Experi-

341 In einer Studie von English und Mussweiler lassen sich erfahrene Richter in der Wahl eines für angemessen gehaltenen Strafmaßes erheblich von der Strafforderung eines Informatikstudenten im ersten Semester, die dem Fallmaterial beigegeben war, beeinflussen. Vgl. English/Mussweiler (2001), 1545.

342 Levitt/List (2006), 19 f.

343 Levitt/List (2006), 21 ff.

mentator erwartet hat, anreichern. Das kann so weit gehen, dass die Probanden meinen, ein Spiel zu spielen, das der Experimentator meinte, nicht induziert zu haben.³⁴⁴

Bevor also aufgrund eines Experiments behauptet werden kann, Menschen würden in einem Lebensbereich von den Vorhersagen des Rationalmodells auf bestimmte Weise abweichen, muss gefragt werden, inwiefern sich die Kontexte des Experiments und des Lebensbereichs ähneln. Nur wenn die Antwort lautet, der Kontext in dem betreffenden Lebensbereich ist dem im Labor so ähnlich, dass nicht zu erwarten wäre, dass Menschen in dem einen Kontext anders handeln als im anderen, so ist die Übertragung der Ergebnisse zulässig. Gleichzeitig ist das Problem, dass Kontext die Übertragbarkeit von Befunden auf neue Situationen einschränkt, allen empirischen Methoden gemein.³⁴⁵ Experimente erscheinen noch am ehesten geeignet, den Effekt von Kontext zumindest kontrollieren zu können und ihn so sichtbar zu machen. So bieten sie zumindest die Möglichkeit passende Anwendungsfelder anhand der Befunde sorgfältig auszuwählen.

Bei der Übertragung von Laboruntersuchungen auf Rabatte ist daher darauf zu achten, dass sich der typische Kontext von kommerziell angebotenen Rabatten nicht zu stark und nicht an entscheidender Stelle von den verwerteten Laborexperimenten unterscheidet.

3) Die Population der Versuchspersonen und Selbstselektion

An verhaltenswissenschaftlichen Experimenten nehmen in erster Linie Studenten teil. Dabei sind es häufig wissenschaftlich interessierte Studenten, die nach sozialer Anerkennung suchen. Beide Eigenschaften führen zu einem verstärkten Nachfrageeffekt.³⁴⁶ Je nachdem, ob man sich Richter, Manager oder Verwaltungsbeamte als Vergleichsgruppe vorstellt, würde die Tatsache, dass Probanden in der Regel Studenten sind, nahelegen, dass man im Labor ausgeprägtere oder weniger ausgeprägte soziale Präferenzen finden wird als im Feld.³⁴⁷ So könnte man annehmen, dass das Verhalten der eher sozial ausgerichteten Studenten das Verhalten von Richtern vergleichsweise gut vorhersagt, während es vielleicht das Verhalten von Managern oder Händlern eher schlecht voraussagt. Studenten sind darüber hinaus in der Regel überdurchschnittlich gut in der Lage, spontan Probleme zu lösen. Gleichzeitig haben sie aber oft auch besonders wenig Erfahrung – gerade im Bereich wirtschaftlicher Transaktionen am Markt außerhalb von Konsumgeschäften. Je nachdem, ob es bei dem beobachteten Effekt besonders auf Problemlösungskompetenz oder auf Erfahrung ankommt, kann er daher im Labor unter- oder überschätzt werden. Experimente

344 Levitt/List (2006), 24.

345 Falk/Heckman (2009), 537.

346 Levit/List (2006), 26.

347 Levitt/List (2006), 27.

scheinen daher die Tendenz zu haben, das Verhalten der unerfahrensten Agenten am Markt abzubilden.³⁴⁸

Auch wird im Labor jede Versuchsperson gleichsam genötigt, ein bestimmtes Entscheidungsproblem zu bewältigen, während in der Welt außerhalb des Labors Menschen solche Probleme umgehen können, wenn sie wissen, dass sie Schwierigkeiten mit ihrer Bewältigung haben werden. Lässt man Probanden solchen Problemen ausweichen, die sie schlecht beherrschen, tun sie das auch im Labor.³⁴⁹ Das kann bedeuten, dass man Abweichungen vom Rationalmodell im Labor überschätzt, weil im Labor alle Teilnehmer eine bestimmte Entscheidung treffen, während die entsprechende Entscheidung in der Realität fast nur von Leuten getroffen wird, die sie auch beherrschen.

Diese Populationseffekte sind erneut gewichtige Einwände gegen die unbedenkliche Übertragung experimenteller Ergebnisse zu sozialen Präferenzen auf die Welt abseits des Campus. Für kognitive Effekte spielt in erster Linie der Einwand eine Rolle, Menschen könnten problematischen Situationen im Leben eher ausweichen als im Labor. Für das hier behandelte Problem von Rabattsystemen, die von Marktbeherrschern angeboten werden, spielt dieser Einwand allerdings kaum eine Rolle. Kunden eines Marktbeherrschers werden seinem Angebot gerade nicht aus dem Weg gehen können. Auch fehlende Erfahrung ist kein Einwand dagegen, die Wirkung von Rabatten experimentell zu testen. Der Umgang mit Rabattsystemen ist eine übliche Art des Konsums, den auch Probanden aus ihrem Alltag kennen. Insofern sind sie keine vollkommen unerfahrenen Akteure auf diesem Gebiet. Zuletzt würde der Umstand, dass Probanden im Labor eine überdurchschnittliche Problemlösungskompetenz besitzen, im Labor gefundene Abweichungen vom Rationalmodell eher robuster machen. Wenn schon überdurchschnittlich intelligente Menschen nicht rational handeln sollten, wäre dies von durchschnittlich Begabten außerhalb des Labors noch weniger zu erwarten.

4) Der Faktor Zeit

Laborexperimente unterscheiden sich von vielen Interaktionen außerhalb des Labors auch durch den Zeithorizont, auf den sie angelegt sind. Laborexperimente dauern in der Regel zwischen einer halben Stunde und zwei Stunden. Dies beschränkt die Möglichkeit, Erfahrungen zu sammeln, erheblich. Daher ist es wichtig, dass die Entscheidungssituation im Labor so einfach ist, dass sie auch ohne Erfahrung verstanden werden kann, aber dennoch wichtige Aspekte von Situationen, die auch außerhalb des Labors auftreten können, abbildet.

Ferner legt die psychologische Literatur nahe, dass ein entscheidender Unterschied zwischen kurzfristiger und langfristiger Entscheidungsfindung besteht. Kurzfristig werden Entscheidungen „heiß“ getroffen. Emotionen und Impulse spielen ei-

³⁴⁸ Levitt/List (2006), 35.

³⁴⁹ Levitt/List (2006), 32.

ne wichtige Rolle. Langfristige Entscheidungen werden dagegen „kalt“ getroffen, wobei spontane Reaktionen und Impulse sorgfältiger unterdrückt werden können.³⁵⁰ So haben sogenannte *gift-exchange*-Experimente³⁵¹ nahegelegt, dass Menschen sich ohne Druckmittel reziprok verhalten und Kontrolle diesen Verhaltenscode unterminieren kann. Dagegen haben Gneezy und List beobachtet, dass Arbeiter, die zuvor großzügig von ihrem Arbeitgeber behandelt wurden, zwar am ersten Tag signifikant mehr arbeiteten als die Arbeitnehmer, welche die großzügige Behandlung nicht erhalten haben. Jedoch verschwand dieser Effekt nach nur wenigen Stunden.³⁵²

Von dem Einwand, Experimente umfassten nur eine unrealistisch kurze Zeitspanne, sind demnach Befunde zu sozialen Präferenzen besonders betroffen. Allerdings sind auch Befunde zur Kognition auf ihre Verknüpfung zur Erfahrungsabhängigkeit und auf ihre Bedingtheit durch Emotionen zu überprüfen, bevor sie auf Situationen im Feld übertragen werden. Der Kauf im Rabattsystem hat nicht in erster Linie mit sozialen Präferenzen zu tun, sondern mit der Fähigkeit das Preissystem kognitiv zu verarbeiten. Daher scheint der kurze Zeithorizont keinen schwerwiegenden Einwand gegen die Übertragung von Laborergebnissen zu Rabatten auf reale Kaufentscheidungen darzustellen.

5) Anreize

Ein weiterer Vorwurf von klassischen Ökonomen gegen die im Labor gewonnenen Ergebnisse ist, im Labor werde die Wirkung von Anreizen vernachlässigt. Wenn es billig ist, altruistisch zu handeln, werden die Menschen es tun, und Rationaltheoretiker werden sich darüber nur wenig wundern. Die Evidenz zur Wirkung von Anreizen ist gemischt. Von experimentellen Ökonomen wird die Wirkung realer monetärer Anreize zumeist als klein beurteilt.³⁵³ In vielen Entscheidungssituationen macht es im Ergebnis keinen Unterschied, ob man die Probanden fragt, wie sie in einer nur vorgestellten Entscheidungssituation handeln würden,³⁵⁴ oder ob man sie real zwischen zwei Handlungsoptionen wählen lässt, sodass ihre Entscheidung eine Auswirkung auf ihren Verdienst hat.³⁵⁵ Manchmal verhalten sich Versuchspersonen sogar rationaler, wenn man sie ohne jeden Anreiz fragt, wie sie in einer hypothetischen Situation entscheiden würden. Das kann daran liegen, dass die vorgestellten Ent-

350 Levitt/List (2006), 38.

351 Vgl. z.B. Fehr/Gächter/Kirchsteiger (1997).

352 Levitt/List (2006), 38. Vgl. allerdings Kube et al. (2009), die den Effekt in einem Feldexperiment stabil und dauerhaft fanden, wenn das „Geschenk“ statt einer unerwarteten Lohnerhöhung in einer als Geschenk verpackten Thermosflasche bestand.

353 Tversky/Kahneman (1986), 90 mit Verweis vor allem auf Umgang mit Wahrscheinlichkeiten, inkonsistenten Entscheidungen, Verletzungen von stochastischer Dominanz.

354 Vgl. zu Beispielen für Entscheidungen in hypothetischen Situationen ohne Anreize bspw. Kahneman/Tversky (2000), 6, 8 oder auch oben das Beispiel der asiatischen Krankheit.

355 Camerer (2003), 4, 40; Tversky/Kahneman (1981), 455 bei Fn.11.; Arkes/Blumer (1985) liefern in einem Papier experimentelle Belege für den *sunk cost effect* mit und ohne Anreize.

scheidungssituationen in der Regel alltäglichen Situationen ähnlicher sind als die stilisierten Laborexperimente.³⁵⁶ Die Evidenz zur Frage, ob Menschen bei hohen monetärer Anreize anders handeln als bei niedrigen, ist uneinheitlich.³⁵⁷

Allerdings scheinen Anreize besonders auf die Bedeutung sozialer Präferenzen in Entscheidungssituationen einen erheblichen Einfluss zu haben, während sie auf die kognitive Leistung von Personen offenbar einen allenfalls geringen Einfluss ausüben.³⁵⁸ Insbesondere sinkt die Bedeutung sozialer Präferenzen umso mehr, je größer die Werte sind, um die es geht.³⁵⁹ Ökonomisch gesprochen bedeutet das, wenn moralisches Verhalten nur zu hohen Kosten möglich ist, dann nimmt moralisches Verhalten ab. Wenn man durch faires Verhalten nur wenige Cent aufgibt, ist man eher bereit zu fairem Verhalten, als wenn unfaires Verhalten mehrere Hundert Euro brächte. Ganz klar ist die Evidenz hierzu jedoch nicht, denn eine experimentelle Studie zum Ultimatumspiel, bei dem ein Spieler die Teilung eines Geldbetrages vorschlägt, die der andere annehmen oder ablehnen kann, sodass im Falle der Ablehnung beide nichts, andernfalls beide die je vorgeschlagenen Anteile erhalten, hat einen erstaunlich schwachen Einfluss der Größe des zu teilenden Betrags ergeben.³⁶⁰

Bei sehr komplizierter Problemlösung können Anreize auch einen erheblichen Einfluss auf die kognitive Leistung haben. Es kann den Versuchspersonen im Einzelfall zu lästig sein, für einige Cent komplizierte Rechnungen anzustellen. Erhöht man dagegen die Anreize, sind sie durchaus bereit, gründlich über ihre Entscheidung nachzudenken.³⁶¹ Andererseits können Probanden auch durch höhere Anreize nicht dazu gebracht werden, die Grenzen ihrer kognitiven Fähigkeiten zu überschreiten.³⁶² Daraus ergeben sich zwei Faustregeln: Je kleiner die Anreize, desto einfacher sollten die Aufgaben im Labor gestellt sein; und bei sozialen Präferenzen machen Anreize einen größeren Unterschied als bei kognitiver Leistung.

Für Experimente zu Rabatten bedeutet das vor allem, dass sie einfach genug sein müssen. Auch hier spricht für die Übertragung experimenteller Ergebnisse auf die Welt außerhalb des Labors, dass soziale Präferenzen für die Kaufentscheidung in Rabattsystemen eine untergeordnete Rolle spielen sollten.

356 Stucke (2007), 513.

357 Falk/Heckman (2009), 537.

358 Levitt/List (2006), 3, 6f., 9.

359 ebenda.

360 Camerer (2003), 60.

361 Levitt/List (2006), 30f.

362 Prof. Ilan Yaniv bemühte hierzu in seinem Kurs zu Judgement and Decision Making 2009 in Jena die schöne Illustration: Wenn man jemanden fragt, was die siebte Wurzel aus 2763932 ist, wird der Befragte die Antwort nicht korrekter geben, wenn man ihm eine Pistole auf die Brust setzt.

6) *Corporate Actors*

Ein großes Problem bei der Anwendung von verhaltenswissenschaftlichen Erkenntnissen im Kartellrecht beruht auf der Tatsache, dass das Kartellrecht meist mit Unternehmen umgeht, während die meisten verhaltenswissenschaftlichen und ökonomischen Experimente an Studenten durchgeführt werden³⁶³. Dabei liegt das kleinere Problem in dem Umstand, dass Studenten vielleicht weniger erfahren sind als Fachleute wie z. B. Manager von großen Unternehmen. Einzelne Experimente wurden auch mit Managern durchgeführt und lassen den Schluss zu, dass viele *biases* bei Studenten und Unternehmern gleichermaßen auftreten.³⁶⁴ Auch Personen mit einschlägiger Ausbildung sind durch *framing*, d.h. die Einbettung in Kontext, in ihrer Entscheidung beeinflussbar.³⁶⁵ Grundsätzlich können Laborexperimente daher dort als gute erste Annäherung an das Verhalten von Firmen gelten, wo Manager über das Firmenverhalten als Einzelperson entscheiden.³⁶⁶ Jedoch gelten bspw. verlust-averse Personen in der Anlagebranche offenbar ausdrücklich als unerwünscht. Jedenfalls wählen Firmen ihre Entscheider in der Regel sorgfältig nach einschlägigen Profilen aus,³⁶⁷ während an einem Laborexperiment jeder teilnehmen kann, der sich anmeldet. Andererseits ist überzogener Optimismus und die so begründete Unfähigkeit, Wahrscheinlichkeiten realistisch abschätzen zu können, bei Managern stärker ausgeprägt als bei den üblicherweise untersuchten Versuchspersonen.³⁶⁸

Das größere Problem liegt darin, dass ein Unternehmen eine organisierte Personenmehrheit darstellt, die von außen oft als einheitlicher Akteur wahrgenommen wird. Die Experimente behandeln also individuelles Verhalten, während im Kartellrecht meist das Verhalten so genannter *corporate actors* interessiert. Auch wenn innerhalb eines solchen korporativen Akteurs Individuen handeln, so handeln sie doch in einem Gefüge von Institutionen, dessen Wirkungen auf das Verhalten des Unternehmens selbst und auf das Verhalten der im Unternehmen Handelnden bislang wenig erforscht sind. So verwalten Manager oft fremdes Geld. Sie handeln mit großer Verantwortung für das Leben der Angestellten. Sie müssen die Signalwirkung des

363 Camerer (2003), 4.

364 Für Experten am Finanzmarkt ohne eigene Untersuchung Klöhn (2006), 145. Tversky/Kahneman (1986), 71, 85 berichten über Framingeffekte in Experimente zu Erfolgswahrscheinlichkeiten von medizinischen Therapien, die ohne Unterschied zwischen BWL-Studenten, Patienten oder erfahrenen Ärzten auftraten. Agor (1986) meint in Kapitel 2, Evidenz gefunden zu haben, dass Manager, je höher sie in der Hierarchie stehen, sich umso mehr auf Intuition verlassen. Wenn man annimmt, dass intuitive Prozesse weniger kontrolliert ablaufen, könnte das ein Indiz sein, anzunehmen, dass Prozesse bei Studenten und Managern ähnlich ablaufen. Allerdings nimmt auch Agor an, dass man gute Intuition erlernen kann.

365 Tversky/Kahneman (1981), 453, die Experimente mit Ärzten und Universitätsprofessoren durchgeführt haben.

366 Engel (2008), 7.

367 Levitt/List (2006), 32.

368 Engel (2008), 7.

eigenen Handelns berücksichtigen, arbeiten unter Verträgen mit zum Teil komplizierten Vergütungs-, Haftungs- und Versicherungsregeln und entscheiden oft unter strukturierter oder unstrukturierter Zusammenwirkung von mehreren Personen.³⁶⁹ Es gibt eine Fülle von Studien, die sich mit dem Handeln von unterschiedlich strukturierten Personenmehrheiten in verschiedenen Situationen beschäftigen.³⁷⁰ Teils sind diese Studien Laborexperimente, teils arbeiten sie mit Datensätzen aus der Geschäftstätigkeit von Unternehmen. Diese Studien finden Evidenz dafür, dass einige Abweichungen vom Rationalmodell auch in Firmenkontexten eine Rolle spielen. Der *endowment effect*, der beschreibt, dass die Zahlungsbereitschaft für ein Gut höher ist, wenn man es besitzt, als wenn man es nicht besitzt, scheint zum Beispiel auch bei korporativen Akteuren aufzutreten. Allerdings tritt er in der Prinzipal-Agenten-Situation nicht in Agenten auf.³⁷¹ Verlustaversion und Referenzpunktabhängigkeit der Risikopräferenzen können durch die Entscheidung in Gruppen sogar noch verstärkt werden.³⁷² Die bisher verfügbaren Forschungsergebnisse betreffen meist Details und einzelne Effekte, aus denen sich nur schwer ein einheitliches Bild des Verhaltens korporativer Akteure extrapolieren lässt. Auch untersuchen viele Studien das Verhalten von Gruppen, die im Labor durch spontane Zusammenschlüsse von Studenten repräsentiert werden. Ergebnisse aus solchen Experimenten lassen sich nicht ohne Weiteres auf Firmen anwenden, die soziale, auf Dauer angelegte Verbände darstellen. Insgesamt ist es daher schlicht ungewiss, ob und inwieweit sich die Erkenntnisse über das Verhalten von Individuen auf das Handeln von Unternehmen übertragen lassen.

Dieser Einwand gegen die Verwendung von Verhaltenswissenschaften im Kartellrecht wiegt schwer. Dennoch werden Experimente mit einigem Erfolg zum Beispiel für das Design von der Versteigerung von Frequenzen genutzt. Die Politik fragt hier Wissen aus dem Labor nach, um es auf das Verhalten von Firmen zu übertragen. Diese Nachfrage relativiert die Behauptung, man könne aus Laboruntersuchen rein gar nichts über das Verhalten von Firmen lernen. Dennoch lässt sich schwer vorhersagen, in welchen Fällen Firmen sich wie Probanden im Labor verhalten und in welchen nicht.³⁷³

Aber der Einwand, Laborergebnisse ließen sich wegen der Relevanz von *corporate actors* nicht auf das Kartellrecht übertragen, betrifft nicht alle Fragen, die in diesem Rechtsgebiet relevant sind. Die größte Gruppe der Marktteilnehmer sind Verbraucher, die in der Regel als Individuen handeln. Auf sie sind die experimentellen Erkenntnisse in der Regel anwendbar. Darüber hinaus gibt es eine große Gruppe von kartellrechtlich relevanten Marktteilnehmern, die als Einzelunternehmer tätig sind.³⁷⁴ Auch auf sie lassen sich verhaltenswissenschaftliche Erkenntnisse unprob-

369 Engel (2008), 7.

370 Vergleiche zur Übersicht Engel (2008).

371 Engel (2008), 9.

372 Engel (2008), 4; für Verlustaversion vgl. S. 5, 9.

373 Zum Ganzen vgl. Schram (2005), 233 f. mit weiteren Nachweisen.

374 In Michelin II schien ein erheblicher Teil der vom Rabatt betroffenen Händler aus kleinen Betrieben zu bestehen. Darauf deutet hin, dass die Kommission ausdrücklich die psychologische

lematisch anwenden, sofern ihr Agieren am Markt von Entscheidungen dominiert ist, die ein Individuum weitgehend allein trifft. Gleiches gilt in der Regel für Arbeitnehmer. Am wichtigsten ist es aber, die Entscheidungsprozesse in Unternehmen anzuschauen, bevor man beurteilt, ob sich experimentell gewonnene Erkenntnisse auf Entscheidungen, die der Rechtsverkehr dem Unternehmen zuordnet, anwenden lassen. Viele unternehmerische Entscheidungen werden von Managern allein und weitgehend unbeeinflusst von dem institutionellen Gefüge getroffen, das dem Unternehmen sein Eigenleben verleiht. So mag zwar der Vorstand eines Großhandels die Rahmenrichtlinien für das Einkaufsverhalten des Unternehmens festsetzen. Das kann häufig eine Gruppenentscheidung sein, die nach bestimmten Regeln und in Folge bestimmter Konsultationen der Accounting- und der Marktforschungsabteilung getroffen wird – eine typische korporative Entscheidung also. Oft entscheidet aber über die Bestellung im Einzelfall der für den Einkauf zuständige Manager allein auf der Grundlage der aktuellen Verkaufszahlen und Lagerbestände. Diese zweite Entscheidung ist vielleicht die eigentlich wichtige. Und sie ist eine individuelle Entscheidung. Auch für solche Entscheidungen, die am Ende dem Unternehmen zugerechnet würde, wäre zu überlegen, ob nicht auch hier experimentell gewonnene Erkenntnisse die Vorhersagekraft des Rationalmodells verbessern könnten.

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass sich Laborergebnisse angesichts der *corporate-actors*-Problematik vor allem auf Verbraucher und kleine Unternehmen übertragen lassen.

7) Markt

Der Wettbewerb am Markt ist Gegenstand des Kartellrechts. Eine verhaltenswissenschaftliche Analyse hat im Kartellrecht nur dann eine Berechtigung, wenn sie tatsächlich zusätzliche wichtige Einsichten in die Prozesse bietet, die am Markt ablaufen. Das wird zum Teil bezweifelt, zum Teil aber auch bejaht. Dabei können Argumente, die sich aus Fragen der positiven Wirtschaftswissenschaften ergeben, von solchen, die sich aus normativen, insbesondere rechtlichen Überlegungen ergeben, getrennt werden.

Rationalität wird häufig gleichgesetzt mit idealem Verhalten. Man unterstellt, beschränkt rationale Akteure führen zwar generell nicht schlecht, machen aber strukturell in bestimmten Situationen, an die sie nicht ideal angepasst sind, Fehler. Diese Fehler ließen die Akteure oft weniger effizient handeln. Weil am Markt Wettbewerb herrschte, führten diese Abweichungen vom Rationalmodell dazu, dass die beschränkt rationalen Akteure schlechter abschneiden als rationalere Konkurrenten. Daraus wird häufig geschlossen, dass beschränkt rationale Akteure langfristig vom

Lage der Händler in Betracht zog (KomE "Michelin II" COMP/E-2/36.041/PO, 2002/405/EC (2002), Rn. 223), sowie die Tatsache, dass die Reifenhändler stark zersplittert waren und in Frankreich allein 2225 Verkaufsstellen gezählt wurden, was ca. einem Reifenhändler pro 30.000 Einwohnern entspricht (Rn. 32-34).

Markt verschwänden und nur rationale Akteure am Markt verblieben.³⁷⁵ Mindestens hätten beschränkt rationale Akteure einen Anreiz, ihre Entscheidung an einen möglichst rationalen Akteur zu delegieren. Auch in diesem Fall trete eine Spezialisierung ein, die wie die Verdrängung dafür sorgte, dass die relevanten Entscheidungen am Markt nur von rationalen Akteuren getroffen würden.³⁷⁶ Außerdem hätten beschränkt rationale Akteure, weil sie einen Preis für ihre Fehler bezahlen, einen Anreiz, zumindest zu lernen und ihre Fehler zu korrigieren.³⁷⁷ Möglicherweise ließen Experimente den Versuchspersonen nicht genügend Zeit, um diesen Lernprozess zu bewältigen.³⁷⁸ Diese langfristigen Selektions- und Anreizmechanismen bildeten Experimente nur ungenügend ab. Daher sei das Rationalmodell das einzig gültige, um Marktprozesse zu beschreiben.

Im Kartellrecht kommt die Überlegung hinzu, dass, selbst wenn das Kartellrecht den Schutz der Wettbewerber bezweckte, es diese doch nur vor Wettbewerb schützen soll, der nicht Leistungswettbewerb ist. Wenn der beschränkt rationale Akteur Fehler macht, dann leistet er eben weniger. Das Kartellrecht hat aber nicht die Aufgabe, Akteure, die weniger leisten – unabhängig davon, ob dies aus beschränkter Rationalität oder Faulheit geschieht – vor dem Wettbewerb zu schützen.

Jedoch erfassen diese berechtigten Kritikpunkte die nutzbringende Verwendung von verhaltenswissenschaftlicher Analyse nur unvollständig. So ist es nicht gesagt, dass der Wettbewerb dahin gehend wirken muss, dass er beschränkt rationale Akteure vom Markt verdrängt. Vielmehr können Effekte wie Überoptimismus dafür sorgen, dass sich zum Beispiel gerade unter den Existenzgründern, die sich erfolgreich am Markt etablieren, ein überdurchschnittlich hoher Anteil an beschränkt rationalen, nämlich überoptimistischen Akteuren findet.³⁷⁹ Im Zusammenhang mit Finanzmärkten sind theoretische Modelle entworfen worden, die belegen, dass es möglich ist, dass nicht rationale Akteure in bestimmten Marktsituationen höhere Profite machen als rationale. Die Teilnahme nicht rationaler Händler am Markt macht bestimmte Papiere riskanter, als sie es wären, wenn nur rationale, wohlinformierte Händler am Markt wären. Während rationale Händler den „richtigen“ Preis eines Papiers relativ

375 Friedman (1953), 22; Hogarth/Reder (1986), 6: „Economists have little interest in modelling agents who do not behave according to rational principles since they believe that these agents will not survive in the market.“; Levitt/List (2006), 5, 33 f.; Macy (2006), 75; Tor (2002), 484; Posner (1998), 1551, 1570–71. Zu Situationen, in denen Nicht-Rationalität unschädlich ist vgl. Levitt/List (2006), Fn. 33; ebendort auch S. 37 zu Fällen in denen rationale Akteure die nicht rationalen imitieren würden.

376 Hogarth/Reder (1986), 13: „...economists are concerned only with the behaviour of those who survive the selection process by which the market designates the decision makers who are to specialize in particular tasks. Thus departures from the axioms of rational behaviour by large numbers of experimental subjects need not concern economists, although inability to find sufficiently large subsets who do not or cannot learn to avoid such departures must be of concern to them.“

377 Macy (2006), 75; Tor (2002), 561f.

378 Levitt/List (2006), 5.

379 Hierzu Tor (2002), 484ff. Mit einem anderen Beispiel aus dem Bereich von Wettmärkten Tversky/Kahneman (1986), 91.

genau bestimmen können, irren sich nicht rationale Händler hierbei, sodass ihre „fehlerhaften“ Investitionen die Preise schwanken lassen. Wenn die nicht rationalen Akteure den Wert des betreffenden Papiers im Durchschnitt überschätzen, führt dies zu einer (irrationalen) Preissteigerung der betreffenden Papiere, die den nicht rationalen Akteuren nutzt. Dagegen meiden rationale Akteure die betreffenden Papiere, weil sie das zusätzliche Risiko, das durch die nicht rationalen Akteure entsteht, nicht mögen. In einer solchen Situation können nicht rationale Akteure strukturell mehr verdienen als rationale, sodass letztlich davon auszugehen wäre, dass die nicht rationalen Akteure die rationalen vom Markt verdrängen würden.³⁸⁰ Auch in Auktionen kann es in einem Umfeld von rationalen Akteuren vorteilhaft sein, nicht rational zu sein. Wenn ein verrückter Käufer in einer Zweitpreisauktion, in der es eigentlich rational ist, die eigene Zahlungsbereitschaft zu bieten, immer einen exorbitanten Preis bietet, dann würde sich ein rationaler Akteur, wenn er für die Teilnahme an der Auktion bezahlen müsste, nicht in die Auktion begeben. Weil der Meistbietende in einer Zweitpreisauktion den Preis zahlt, den der Zweitmeistbietende geboten hat, würde der nicht rationale Bieter so einen hohen Profit machen. Mangels Konkurrenten würde er nämlich einen Preis von null bezahlen.³⁸¹ Auch wenn dieses Beispiel stilisiert ist, macht es deutlich, dass es von der spezifischen Situation abhängt, ob der nicht rationale oder der rationale Akteur im Vorteil ist.

Außerdem gilt die Verdrängungsthese auf Verbrauchermärkten nur eingeschränkt. Verbraucher werden, wenn sie suboptimal agieren, in der Regel nicht vom Markt verdrängt, weil sie auch weiterhin wohnen, essen und Auto fahren. Andererseits haben sie im Wettbewerbsprozess eine wichtige Rolle als Marktgegenseite, von deren Verhalten der Zuschnitt der Märkte abhängt, die Marktzutrittsschranken beeinflusst werden und der Wettbewerbsdruck für die Anbieterseite erzeugt wird. Diese Aufgabe behalten sie auch als beschränkt rationale Akteure.

Dazu kommt, dass nicht gesagt ist, dass die langfristige Perspektive im Kartellrecht die angemessene ist.³⁸² Gerade in niedrigeren Marktstufen, wie dem Einzelhandel, kann eine Marktstruktur vorliegen, bei der auf der Marktgegenseite vorwiegend individuelle, beschränkt rationale Akteure handeln. Es ist zumindest fraglich, ob die richtige Antwort des Kartellrechts in dieser Situation das Abwarten bis zur Verdrängung dieser Akteure wäre, in der Hoffnung, sie würden irgendwann durch rationale Akteure ersetzt.

Auch das Argument, die Akteure würden lernen, überzeugt nicht vollständig, weil ein Lernprozess, der in rationales Handeln mündet, nur unter sehr speziellen Umständen möglich ist, die in Marktsituationen häufig nicht vorliegen werden. Die betreffenden Akteure müssten in der Lage sein, ihre Fehler zu bemerken, sie in kausale Beziehung zu ihren Kosten zu setzen und einen Weg zu finden, um sie zu korrigieren. Das dürfte in vielen Marktsituationen kaum je möglich sein, weil das Feed-

380 De Long et al. (1990).

381 Das Beispiel verdanke ich der Vorlesung Psychology and Economics bei Botond Köszegi im Spring Term 2008 an der University of California Berkeley.

382 Klöhn (2006), 145.

back oft erst mit erheblicher Verzögerung erfolgt, was es schwer macht, die Ursache in einem Umfeld von vielfältigen kausalen Verknüpfungen sicher festzustellen. Auch ist das Ergebnis im Falle einer anderen (hypothetisch richtigen) Entscheidung nicht bekannt.³⁸³ Ein Lernprozess erscheint daher eher unwahrscheinlich oder erst in einer sehr langfristigen Perspektive relevant.

Auf Finanzmärkten, die dem Idealbild perfekten Wettbewerbs wohl am nächsten kommen,³⁸⁴ hat *behavioral economics* in den vergangenen Jahren schon fruchtbringend gewirkt. Das wurde vor allem dadurch unterstützt, dass Finanzmärkte so transparent sind. So wurde relativ klar erkennbar, dass *behavioral economics* bestimmte Anomalien besser erklären kann als das Standardrationalmodell.³⁸⁵ Natürlich sind Finanzmärkte besondere Märkte und natürlich wirken auf Handels-, Produktions- und Verbrauchermärkten viele verborgene Kräfte, die auf Finanzmärkten, dank starker Formalisierung der Prozesse, vernachlässigt werden können. Aber der Umstand, dass auf Finanzmärkten Handlungen nicht rationaler Akteure systematisch signifikante Auswirkungen haben, scheint doch ein Indiz zu sein, dass es nachlässig wäre, nicht rationale Akteure auf anderen Märkten zu ignorieren.³⁸⁶ Man sollte aber im Einzelfall prüfen, wie hoch die Wahrscheinlichkeit ist, dass sich auch nicht rationale Akteure am Markt halten können.

Das Argument, der Markt erzeuge rationale Akteure, steht also insbesondere einer Übertragung experimenteller Befunde auf Rabatte in Verbrauchermärkten nicht entgegen.

8) Paternalismus

Ein grundlegendes Problem der Verwendung verhaltenswissenschaftlicher Erkenntnisse im Recht ist die Folgerung normativer Schlüsse aus analytischen Forschungsergebnissen. So neigt man beispielsweise im Verbraucherschutz leicht dazu, aus der Einsicht, dass Verbraucher in bestimmten Situationen oft Verträge abschließen, die sie später bereuen, zu folgern, sie müssten also durch Widerrufsrechte und Ähnliches geschützt werden.³⁸⁷ Der Wunsch nach einem solchen Widerrufsrecht folgt jedoch nicht aus der positiven Beschreibung des Verbraucherverhaltens, sondern aus der Wertung, Schwache seien zu beschützen, oder ähnlichen normativen Aussagen. Letztere werden oft nicht offengelegt.

Das Wettbewerbsrecht schützt in der hier gewählten Auslegung ebenso effiziente Wettbewerber vor Marktverschluss und Verdrängung. Das bedeutet auch, dass es

383 Zum Ganzen: Einhorn (1980); Klöhn (2006), 145; Tor (2002), 562; Tversky/Kahneman (1986), 90. Speziell für Verbrauchermärkte auch Levitt/List (2006), Fn. 33.

384 Posner (2001), 164

385 Camerer (2000), 290 f.; Klöhn (2006), 110 ff.

386 Deutlicher noch Stucke (2007), 534f.

387 Vgl. Begründung der Haustürwiderrufsrichtlinie RL 85/577/EWG, verfügbar unter <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31985L0577:DE:HTML>.

nicht die Teilnehmer am Wettbewerb generell schützt, auch nicht, wenn sie sich ungeschickt verhalten. Der *as-efficient-competitor-test* unterstreicht gerade die Funktion des Wettbewerbs als Entdeckungs- oder Optimierungsprozess, der durchaus das Ausscheiden von Akteuren, die sich nicht anpassen oder verbessern, bewirken soll.³⁸⁸ Normalerweise gleicht man Schwächen Einzelner daher im Wettbewerb nicht durch staatliche Intervention aus, sondern hofft, dass diejenigen, die sich ungeschickt oder verschwenderisch verhalten, verdrängt werden, damit die Besten sich im Markt entfalten und die Gesellschaft effizient mit Gütern versorgen können. Den Staat trifft keine Fürsorgepflicht für schwache Wettbewerber. Und er soll sich grundsätzlich eines Paternalismus enthalten, der oft durch den Glauben motiviert ist, der Staat könne es besser als der Markt. Denn das Wettbewerbsrecht ist Wettbewerbsschutz, nicht Wettbewerberschutz.³⁸⁹

Freilich kann vom Grundsatz, Schwache seien im Wettbewerb nicht zu schützen, eine Ausnahme notwendig werden, wenn damit letztlich der Wettbewerb als Prozess geschützt wird. Der Wettbewerb lebt zum Beispiel vom Druck, den die Marktgegenseite durch ihre Kaufentscheidungen erzeugt. Wenn es aber einem Marktbeherrscher gelingt, durch das Ausnutzen von kognitiven Fehlleistungen ausreichend viele Teilnehmer der Marktgegenseite so zu manipulieren, dass er seine Marktmacht ausweitet oder stützt, und sich dem Wettbewerbsdruck damit zu entziehen, so schadet die Schwäche einzelner dem Wettbewerbsprozess als Ganzem. In Fällen wie diesem kann daher sehr wohl eine Intervention des Staates zugunsten der Schwachen am Markt nötig sein.

Die Berücksichtigung von Abweichungen vom Rationalitätsmodell in der Kartellrechtsanwendung kollidiert also unter anderem dann nicht mit Argumenten gegen Paternalismus, wenn nicht rationales Verhalten ausgenutzt wird, um es der Marktgegenseite erheblich zu erschweren, Wettbewerbsdruck überhaupt zu erzeugen. Auch die Wirkung von Rabatten erschöpft sich nicht allein in der Ausbeutung von Konsumenten, sondern kann einen Marktverschluss erzeugen, der zu Ineffizienzen führt und Wettbewerber einschränkt oder verdrängt. Daher erscheint die Übertragung von experimentellen Ergebnissen auf das Wettbewerbsrecht zu Rabatten nicht paternalistisch, sondern legitim und zweckmäßig.

388 Wenn Wettbewerb in erster Linie als Entdeckungsverfahren gesehen wird, so ist notwendige Bedingung auch, dass jeder Akteur seine Chancen und seine Risiken selbst trägt, damit jeder einen Anreiz hat zu entdecken, vgl. Loewenheim/Meessen/Riesenkampff (2005), Einführung Rn. 7. Wenn Wettbewerb ein Dilemma ist, das die Rente der Marktgegenseite vergrößert, dann muss ebenfalls jeder selbst seine Strategie im Dilemma finden, damit jener, der den Konsumenten das attraktivste Angebot macht, zum Zuge kommt und jeder tatsächlich den Anreiz hat, ein attraktives Angebot zu machen. Wenn Wettbewerb in erster Linie ein effizienzsteigernder Prozess ist, muss ebenfalls jeder, der sich für sich selbst ungünstig verhält, mit dem Verlust von Marktanteilen rechnen. Jedem Bild von Wettbewerb ist ein paternalistisches Eingreifen des Staates daher fremd. Jeder vorgebliche Wettbewerbsschutz, der bestimmte Akteure vor sich selbst schützt, wird daher eher eine den Wettbewerb ersetzende Regulierung darstellen als einen Schutz des Wettbewerbs.

389 OECD (2005), 17; Waelbrock (2005), 166.

9) Probleme der Vorhersage von Effektstärken

Ein weiteres Problem bei der Übertragung von Laborergebnissen in die Welt außerhalb des Labors betrifft die Stärke von Effekten. Im Labor kann man unter Umständen messen, wie stark Menschen im Aggregat vom Verhalten, welches das Rationalmodell vorhersagt, abweichen: Wie viel höher ist der Preis, den sie durchschnittlich zu zahlen bereit sind?, Wie weit liegen die Risikopräferenzen im *loss-* und im *win-frame* auseinander? und Ähnliches mehr. Diese Effektstärken auf die Welt außerhalb des Labors zu übertragen, erscheint jedoch ausgesprochen problematisch. Wie stark die *biases*, also die Abweichungen von rationalem Verhalten, sind, hängt, wie der vorstehende Abschnitt zeigt, von Erfahrung, Kontext, Beobachtung der Probanden, Anreizen und anderem ab. Welche dieser Effekte in der Welt außerhalb des Labors wie stark auf den Akteur einwirken, ist nahezu unmöglich zu klären. Während Daten *ex post* oft gut mit behavioralen Modellen erklärt werden können, weil sich zum Beispiel aus den Daten ablesen lässt, ob Personen ihre Entscheidung eher als Gewinn oder als Verlust verstanden haben, sind Voraussagen *ex ante* letztlich nur qualitativ möglich.³⁹⁰ Experimente dienen so eher dazu, anzuzeigen, wonach man in Marktdaten suchen kann, und nicht so sehr dazu, Effekte präzise vorherzusagen.

Im Kartellrecht führt dieser Umstand zu einem ernststen Problem mit Blick auf den *more effects based* oder *more economic approach*: In einigen Situationen weiß man, dass das Rationalmodell ein schlechtes Vorhersageinstrument für menschliches Verhalten ist; man weiß auch, in welche Richtung Menschen von den Vorhersagen des Rationalmodells abweichen; man weiß nur nicht, wie stark sie das tun. Daher ist eine Abwägung oder eine Saldierung von Effekten, insbesondere von Wohlfahrtseffekten, beim Vorliegen von erheblichen Verhaltensabweichungen vom Rationalmodell nach dem jetzigen Kenntnisstand praktisch unmöglich. Hier bietet sich an, bei einem verhaltensbasierten Ansatz zu bleiben und klare Regeln zu formulieren, die ohne jede Abwägung von Markteffekten auskommen. In einer abstrakt generellen Vermutungsregel zu Missbräuchlichkeit von Rabatten würde die Effektstärke keine Rolle spielen.

10) Zusammenfassung

Zusammenfassend sollen hier noch einmal die wichtigsten Grundregeln zur externen Validität experimenteller Ergebnisse zu Verhaltensfragen festgehalten werden. Die Art der Beobachtung der Probanden spielt vor allem eine Rolle bei der Messung sozialer Präferenzen, wie Fairnesspräferenzen. Der Kontext der Entscheidung stellt ein ernstes Problem im Hinblick auf die *ceteris-paribus*-Annahme dar, weil er sich nicht vollständig kontrollieren lässt, obwohl er erheblichen Einfluss auf die Ent-

³⁹⁰ Levitt/List (2006), 40.

scheidung von Menschen hat. Dies führt dazu, dass auch Effektstärken, die im Labor gemessen wurden, nicht ohne Weiteres auf die Welt außerhalb des Labors übertragen werden können. Die Tatsache, dass vor allem Studenten an verhaltenswissenschaftlichen Experimenten teilnehmen, führt dazu, dass die Ergebnisse in Bereichen, in denen Erfahrung eine große Rolle spielt, mit Vorsicht behandelt werden müssen. Die Stärke der Anreize spielt erneut vor allem bei sozialen Präferenzen oder allenfalls bei sehr schwierigen kognitiven Problemen eine Rolle. Auf das Verhalten von Firmen können experimentell gewonnene Aussagen möglicherweise angewandt werden, allerdings fehlt hierzu bisher stichhaltige Evidenz. Verlässlich können experimentell gewonnene Ergebnisse daher am ehesten für Individuen verallgemeinert werden. Letztlich können nicht alle nicht rational handelnden Marktteilnehmer durch Wettbewerb verdrängt werden. Das gilt in offensichtlicher Weise für Verbraucher. Auch ist nicht wahr, dass Wettbewerb immer zur Verdrängung nicht rationaler Akteure führt, vielmehr kann die Anwesenheit einiger nicht rationaler Akteure in Einzelfällen dazu führen, dass die Profite nicht rationaler Akteure höher sind als die rationaler Akteure.

Experimente dienen damit vor allem dazu, herauszufinden, was am Markt passieren könnte, nicht so sehr dazu, zu zeigen, was tatsächlich passiert.³⁹¹ Sie eignen sich daher eher zur Begründung qualitativer Aussagen. Quantitative Aussagen über die Größe eines Effekts erscheinen dagegen problematisch.

Generell kann gesagt werden, dass Laborergebnisse aus Experimenten gut in die Welt außerhalb des Labors übertragbar sind,

- wenn das Handeln von *corporate actors* eine untergeordnete Rolle spielt,
- wenn moralische Motive vergleichsweise unwichtig sind,
- wenn nur durchschnittliche Fähigkeiten benötigt werden, um das betreffende Problem zu lösen,
- wenn die zufällige Auswahl der Probanden keine Rolle spielt,
- wenn Erfahrung keine Rolle spielt oder schnell akquiriert werden kann und
- wenn der Experimentator ein Experiment geschaffen hat, das die wesentlichen Eigenschaften der untersuchten Situation außerhalb des Labors treffend wieder gibt.³⁹²

c) Verhaltensökonomische Analyse von Rabatten auf Konsumentenmärkten

Es wurde nun festgestellt, dass das Rationalmodell in einzelnen Situationen zu ungenauen oder fehlgeleiteten Vorhersagen führt. Allerdings können auch die Ergebnisse der experimentellen Verhaltensforschung nicht ohne Weiteres in die Anwendung des Kartellrechts übernommen werden. Um zu prüfen, ob eine verhaltenswissenschaftliche Analyse von Rabatten auf der Grundlage von Laboruntersuchungen

391 Levitt/List (2006), 36.

392 Levitt/List (2006), 40

zulässig ist, wird daher nun kurz anhand der vor Fn. 392 entwickelten Faustregel geprüft, ob und unter welchen Umständen Rabatte ein Feld sind, für das eine hohe externe Validität von Laborergebnissen erwartet werden kann.

Die Annahme von nicht rationalen Präferenzen für Firmen erscheint vorerst noch zu ungesichert, um im Kartellrecht Verwendung zu finden. Verbraucherverhalten kann dagegen möglicherweise mit verhaltenswissenschaftlich informierten Modellen besser abgebildet und vorhergesagt werden als mit dem Rationalmodell. Für die Analyse von wettbewerbsschädigenden Wirkungen von Rabatten bedeutet das, dass es sich zwar grundsätzlich (noch) nicht lohnt, verhaltenswissenschaftliche Analysen für Rabattsysteme von Firmen für Firmen durchzuführen, dass es aber für die Grundlegung einer wirkungsbasierten Kartellrechtsanwendung geradezu unerlässlich erscheint, zu prüfen, zu welchen Effekten Rabatte auf Verbrauchermärkten führen können, in denen die Abnehmerseite möglicherweise nicht voll rational handelt.

Die Reaktion auf Rabatte hat nichts mit sozialen Präferenzen oder moralischen Motiven zu tun. Für die Frage, ob man den Kauf eines Produkts fair, umweltverträglich oder sozial notwendig findet, sollte es ohne Einfluss sein, ob das Produkt mit oder ohne Rabatt angeboten wird. Vielmehr ändert das Angebot eines Rabatts die Entscheidungssituation, sodass es bei der Analyse von menschlichen Entscheidungen in Rabattsystemen um rein kognitive Vorgänge geht.

Auf Verbrauchermärkten werden Rabattsysteme von Personen genutzt, deren Problemlösungsfähigkeiten im Durchschnitt eher schlechter entwickelt sind als beim durchschnittlichen Laborprobanden. Dies liegt daran, dass alle Bevölkerungsgruppen konsumieren, während sich vor allem Studenten als Probanden für ökonomische Experimente zur Verfügung stellen. Dieser Aspekt lässt also erwarten, dass Laborexperimente Abweichungen von rationalem Verhalten in Rabattsystemen eher unterschätzen. Die nicht zufällige Selektion der Probanden spricht also für die Anwendung von Laborergebnissen auf Verbraucherrabatte.

Gleichzeitig können Verbraucher im Bezug auf Rabattsysteme auch außerhalb des Labors langfristig oft nur in geringem Umfang durch Erfahrung lernen. Rabattsysteme ändern sich schnell, und obwohl es von ihnen viele gibt, unterscheiden sich die einzelnen Rabattsysteme erheblich. Oft wird ein Kunde ein Rabattsystem eines bestimmten Typs nur einmal durchlaufen. Dazu kommt, dass gerade Schwellenrabatte meist für Güter angeboten werden, deren Kauf kein besonderes Geschehnis darstellt, sondern oft und zwischendurch erledigt wird. So wenden Konsumenten für die intellektuelle Durchdringung des Rabattsystems oft nur wenig Ressourcen auf – man denke zum Beispiel an die „Treueherzen“ bei der Supermarktkette Tengelmann: Für den Einkauf erhält man in Abhängigkeit vom jeweiligen Umsatz Klebemarken. Nach Erreichen einer bestimmten Schwelle, die angezeigt wird, indem man alle Felder eines Bogens mit Klebemarken belegt hat, erhält man beim Kauf bestimmter ausgewählter Produkte einen starken Preisnachlass.

Gleichzeitig ist das Prinzip eines Schwellenrabatts kurzfristig leicht zu erfassen. Sowohl im Labor als auch bei täglichen Konsumententscheidungen reichen in der Regel durchschnittliche kognitive Fähigkeiten aus, um ein Rabattsystem zu verstehen.

Mit einiger Vorsicht kann die verhaltenswissenschaftlich informierte Analyse von Schwellenrabatten möglicherweise auch auf kleine Zwischenhändler übertragen werden. Im Fall Michelin I. standen auf Abnehmerseite offenbar auch kleinere, von individuellen Entscheidungen bestimmte Händler,³⁹³ deren durchschnittliche Problemlösungsfähigkeit mit hoher Wahrscheinlichkeit nicht über der eines durchschnittlichen Studenten gelegen haben dürfte. Allerdings wird für diese Berufseinkäufer, die sich dem Rabattsystem von Michelin ausgesetzt sahen, Erfahrung eine andere Rolle gespielt haben als für Verbraucher oder Probanden im Labor. Dafür, dass nicht rationales Verhalten dieser Zwischenhändler dennoch eine Rolle gespielt hat, sprechen einzelne intuitive Einsichten in der Urteilsbegründung des EuGH, die gut in eine Analyse auf der Grundlage der *Prospect Theory* passen.

Wenn also eine Annahme von Verbraucherverhalten plausibel ist, das zu stärkerem Marktverschluss durch den Marktbeherrscher führen kann, so kann und sollte eine solche Einschätzung die rechtliche Bewertung von Schwellenrabatten erheblich beeinflussen.

Im Folgenden werden daher *Prospect Theory* und die Theorie kognitiver Dissonanz als alternative Verhaltenstheorien zum Rationalmodell vorgestellt, die Verbraucherverhalten mit hoher Wahrscheinlichkeit besser vorhersagt, als es das Rationalmodell tut. Mit ihrer Hilfe wird die Wirkung von Rabatten in Verbrauchermärkten analysiert und ein weiteres Tatbestandsmerkmal für den Missbräuchlichkeitstatbestand entwickelt. Auch wird diskutiert, wie sich die Erkenntnisse der verhaltensökonomischen Analyse von Rabatten in die Tests der Institutionen einpassen.

393 Weder die Kommissionsentscheidung noch das Urteil des Gerichtshofs enthalten ausdrückliche Hinweise auf die Größe der Abnehmer. Allerdings finden sich eine Fülle von indirekten Hinweisen darauf, dass ein erheblicher Anteil der betroffenen LKW-Reifenhändler sehr klein gewesen sein könnten: Mehrfach wird in der Kommissionsentscheidung betont, wie viele Zwischenhändler es gab und wie zersplittert diese Marktstufe war (KomE Michelin II COMP/E-2/36.041/PO Rn. 9, 32, 34). Die Kommission zählt 2225 LKW-Reifenfachhändler, die zu rund 75 % unabhängig von den Reifenherstellern waren (ebenda Rn. 34, 37). Diese Dichte von Reifenhändlern bedeutet bei angenommenen 65 Millionen Einwohnern Frankreichs einen Reifenhändler pro 30.000 Einwohnern, was wie eine sehr hohe Dichte erscheint – insbesondere angesichts der Tatsache, dass LKW-Reifen kein Produkt des täglichen Gebrauchs für jedermann sind. Auch dass die Kommission die psychologische Situation der Händler überhaupt ausdrückliche berücksichtigt, deutet darauf hin, dass viele Händler von individuellen Entscheidungen dominiert waren (ebenda R. 223).

II. Kognitive Prozesse können zu stärkerem Marktverschluss führen.

Dass es sich bei Zwischenhändlern nicht immer um solch kühle Rechner handelt wie den rationalen Akteur im Modell, scheinen auch die europäischen Institutionen erspürt zu haben. Doch haben sie ihre Überlegungen nicht offengelegt und stattdessen einfach festgestellt, dass die Induktion von Unsicherheit durch ein Rabattsystem die Bindung an einen Anbieter steigere. Ein möglicher theoretischer Rahmen für diese Annahme soll hier nachgeliefert werden. Er basiert auf zwei verschiedenen theoretischen Ansätzen. Der erste nimmt die Theorie kognitiver Dissonanz von Festinger³⁹⁴ zum Ausgangspunkt. Der zweite nimmt seinen Ausgang in Ideen von Maier-Rigaud und Beckenkamp, die auch experimentell getestet wurden und ihrerseits auf der *Prospect Theory* von Tversky und Kahneman basieren.³⁹⁵

Zunächst wird im Weiteren kurz referiert, wie die europäischen Institutionen Rabatte beurteilen, die Unsicherheit induzieren. Dann wird die Theorie kognitiver Dissonanz vorgestellt und es werden aus ihr Vorhersagen zum Konsumentenverhalten gegenüber Zielrabatten hergeleitet. Dann wird entsprechend das Phänomen der abnehmenden Sensitivität für Gewinne und Verluste vorgestellt und in den Rahmen der *Prospect Theory* eingeordnet, um auch aus dieser Theorie Vorhersagen über die Wirkung von Unsicherheit induzierenden Rabattsystemen auf Konsumenten abzuleiten.

a) Rabatte und Unsicherheit: Die Position der Institutionen³⁹⁶

Die europäischen Institutionen sind nach den Michelin-Urteilen und dem Diskussionspapier der Kommission gewillt, Unsicherheit bei der Bewertung von Schwellenrabatten zu berücksichtigen.³⁹⁷ Entscheidungen unter Unsicherheit sind ein viel behandeltes Feld der Entscheidungspsychologie. Oft sind es gerade Entscheidungen unter Unsicherheit, die in vorhersagbarer Weise von den Voraussagen des Rationalmodells abweichen. Daher ist die Berücksichtigung von Unsicherheit durch die Institutionen geradezu eine Einladung zu einer verhaltenswissenschaftlich informierten Rechtsanalyse.

394 Festinger (1963).

395 Beckenkamp/Maier-Rigaud (2006); Morell/Glückner/Towfigh (2009); Kahneman/Tversky (1979).

396 Die folgenden Argumentationen der europäischen Institutionen könnten sich auch mit Preistransparenzerwägungen erklären lassen; vgl. OECD (2001), 24. Die Erwägungen der Gerichte und der Kommission machen allerdings direkt die Unsicherheit für die Bindungswirkung verantwortlich und passen auch durch ihre Betonung des Schreckens des Verlusts gut zur *Prospect Theory*. Vgl. EuGH „Michelin I“, 322/81, Rn. 78; EuG „Michelin II“, T-203/01, Rn. 50; Europäische Kommission (2005), Rn. 160.

397 Rodger/MacCulloch (2004), 101; vgl. nun auch KomE „Intel“ COMP/37.990, Rn. 945, 948.

Die europäischen Institutionen berücksichtigen Unsicherheit bei der Beurteilung der Missbräuchlichkeit von Rabattsystemen des Marktbeherrschers. In welcher Form sie das tun, wird nun kurz geklärt.

1) Michelin I.

Im Urteil Michelin I. des EuGH³⁹⁸ wird die Kommission mit der Ansicht zitiert, Jahresschwellenrabatte versetzten die Abnehmer in eine Situation der Ungewissheit über den Preis des abgenommenen Guts. Diese Ansicht hat der EuGH implizit sogar in seine Leitsätze übernommen.³⁹⁹ Das Risiko, den Rabatt zu verfehlen, erzeuge einen hohen Druck, die Rabattschwelle zu erreichen. Das bewirke eine Bindung des Abnehmers an den Marktbeherrscher, die einen Missbrauch begründe.⁴⁰⁰

Der EuGH bestätigt die Missbrauchsverfügung der Kommission gegen Michelin. Auch auf die Unsicherheit der Abnehmer nimmt der EuGH Bezug. Allerdings hebt er nur die Intransparenz des Rabattschemas von Michelin hervor, die er für missbräuchlich hält, weil sie den Druck auf den Abnehmer erhöhe, seinen Bedarf ausschließlich beim Marktbeherrscher zu decken. Dagegen geht er auf die Ansicht der Kommission nicht ein, Unsicherheit hinsichtlich der Möglichkeit, die Schwelle zu erreichen, binde den Abnehmer an den Marktbeherrscher.⁴⁰¹

2) Michelin II.

Die Argumentation der Kommission im Fall Michelin II entspricht der in Michelin I. Der Umstand, dass die Abnehmer bis zum Schluss der Referenzperiode nicht wüssten, welche Kosten sie nun eigentlich pro Stück haben, versetze sie in eine Lage der Unsicherheit. Diese Unsicherheit könne sich zum Beispiel daraus herleiten, dass die Kunden nicht wissen, ob sie die Rabattschwelle erreichen. Aber auch ein insgesamt intransparentes Rabattsystem könne diese Ungewissheit hervorrufen. Dem Risiko, am Ende den Rabatt zu verfehlen, begegneten die Abnehmer, indem sie den Großteil ihres Bedarfs beim Marktbeherrscher befriedigen. Das liege im Falle der Unsicherheit, die Rabattschwelle zu erreichen, daran, dass die Rabattsysteme meist eine Schwelle aufweisen, die nah am Gesamtbedarf des Abnehmers in der betreffenden Referenzperiode liegt.

398 EuGH „Michelin I.“, 322/81, Rn. 78. Offenbar handelt es sich um ein ungenaues Zitat der Rn. 47 der KomE „Michelin I.“ 81/969/EWG, in der die Kommission weniger klar schreibt, „die Unsicherheit wirkt sich (...) natürlich ausschließlich zugunsten von NBIM aus“.

399 EuGH „Michelin I.“, 322/81, Leitsatz 14.

400 EuGH „Michelin I.“, 322/81, die Kommission zitierend in Rn. 78, dann Rn. 83, 84 sich der Kommission anschließend; KomE „Michelin I.“ 81/969/EWG, Rn. 51, 47.

401 EuGH „Michelin I.“, 322/81, Leitsatz 14, Rn. 83f.

Bei einem insgesamt intransparenten Rabattsystem könnte das daran liegen, dass die Abnehmer meinen bei ausschließlichem Kauf beim Rabattanbieter noch die größten Chancen auf den Rabatt zu haben. Dadurch ergebe sich eine Bindungswirkung, die missbräuchlich im Sinne von Art. 82 EG sei.⁴⁰²

Das EuG bestätigt die Missbrauchsentscheidung der Kommission. Das Gericht geht ebenfalls auf die Unsicherheit der Abnehmer ein, jedoch bezieht es sich auf die Subjektivität bestimmter Kriterien, die Voraussetzung für die Gewährung einer Serviceprämie waren. Der Abnehmer sei nicht in der Lage vorherzusehen, ob er die Prämie bekomme oder nicht. Das sei „unfair“ und damit missbräuchlich im Sinne von Art. 82 EG.⁴⁰³

3) Diskussionspapier zu Art. 82 EG

Zuletzt nimmt die Kommission sich auch in ihrem Diskussionspapier zu Art. 82 EG von 2005 vor, Unsicherheit bei der Bewertung von Rabattsystemen im Wege der Missbrauchsaufsicht zu berücksichtigen. So gibt sie in Rn. 160 an, es könne zu einer Verstärkung der Bindungswirkung kommen, wenn der Abnehmer in Unsicherheit bezüglich der Rabatthöhe oder der Rabattschwelle gelassen werde. Ebenso könne die Unsicherheit des Abnehmers betreffend der Frage, ob er überhaupt in der Lage sein werde, die Rabattschwelle zu erreichen, weitere Loyalität induzieren.⁴⁰⁴

4) Zusammenfassung

Die europäischen Institutionen und vor allem die Kommission scheinen also anzunehmen, dass die Induktion von Unsicherheit über den Preis die ohnehin vorhandene Bindungswirkung von Zielrabatten noch einmal verstärkt.⁴⁰⁵ Damit verstärkte sich auch die Missbräuchlichkeit. Allerdings haben die Institutionen bisher noch keinen Rabatt allein deshalb für missbräuchlich gehalten, weil er den Abnehmer in Unsicherheit versetzt und dadurch an den Marktbeherrscher gebunden hätte. Vielmehr bildete die Induktion von Unsicherheit in den beiden Michelin-Fällen jeweils nur mit anderen, gewichtigen Anhaltspunkten einen Teil der Begründung der Missbräuchlichkeit des Rabattsystems. Bisher hat weder das EuG noch der EuGH die Bindungswirkung von Unsicherheit ausdrücklich anerkannt.

402 EuG „Michelin II“, T-203/01, Rn. 50.

403 EuG „Michelin II“, T-203/01, Rn. 141.

404 Europäische Kommission (2005), Rn. 160.

405 Rodger/MacCulloch (2004), 101.

Weiterhin bleibt in den Ausführungen der Institutionen unklar, warum diese zusätzliche Bindungswirkung eintreten soll. Im Folgenden werden theoretische Analysen geliefert, die diese zusätzliche Bindungswirkung erklären können.⁴⁰⁶

b) Rabatte als Investition: Eigenarten eines Zielrabatts in der Wirkung auf den Käufer

Üblicherweise wird angenommen, dass Menschen eher risikoavers seien.⁴⁰⁷ Fixpreise sollten sie also schätzen, weil sie Sicherheit über die Kosten pro Stück böten. Im Vergleich dazu sollten Kunden ein Rabattpreissystem weniger schätzen, das ihnen zunächst einen hohen Preis anbietet, allerdings die Chance birgt, dass der Preis bei Erfüllung einer unsicheren Bedingung durch einen Rabatt stark fällt. Nach der herkömmlichen Theorie des Erwartungsnutzens sollten Käufer, wenn sie die Wahl zwischen diesen beiden Preissystemen hätten, zumindest wenn die erwarteten Preise in beiden Preissystemen ähnlich wären, in der Regel den fixen Preis wählen. Das soll im folgenden Diagramm verdeutlicht werden. (Auf der x-Achse ist die Konsumentenrente, auf der y-Achse der Nutzen aufgetragen. KR steht für Konsumentenrente, p_H für den hohen Preis des Rabattanbieters ohne Rabatt, p_L für den niedrigen Preis des Rabattanbieters mit Rabatt, p_F für den Fixpreis des Konkurrenten und p_E für den erwarteten Preis des Rabattanbieters, der sich aus der mit den Eintrittswahrscheinlichkeiten gewichteten Summe von p_H und p_L ergibt. Entsprechend bedeutet $KR(p_L)$ die Konsumentenrente für den Fall, dass der Preis um den Rabatt gesenkt wird. π steht für die Wahrscheinlichkeit, mit welcher der Rabatt erreicht wird):

406 Es soll aber darauf hingewiesen werden, dass die folgenden Erklärungen nicht die einzigen sind, die eine zusätzliche Bindungswirkung durch Unsicherheit begründen können. Insbesondere Erwägungen zur Preistransparenz können erklären, dass Kunden den Anbieter weniger oft wechseln; vgl. OECD (2001). Auch sind Situationen denkbar, in denen ein Käufer die Unsicherheit über den Preis nicht dadurch reduzieren kann, dass er weniger von dem Produkt kauft, das den unsicheren Preis hat, weil es für ihn ein *must stock item* ist. Der einzige Weg aus der Unsicherheit kann es dann sein, so viel von dem Produkt zu kaufen, dass der Käufer den Rabatt mit Sicherheit bekommt. So schien der Fall in Intel zu liegen; vgl. KomE „Intel“ COMP/37.990, Rn. 945, 948.

407 Cooter/Ulen (2008), 49 f.; Nicholson/Snyder (2008), 207. Aus psychologischer Perspektive Slovic (2000), 52 f.

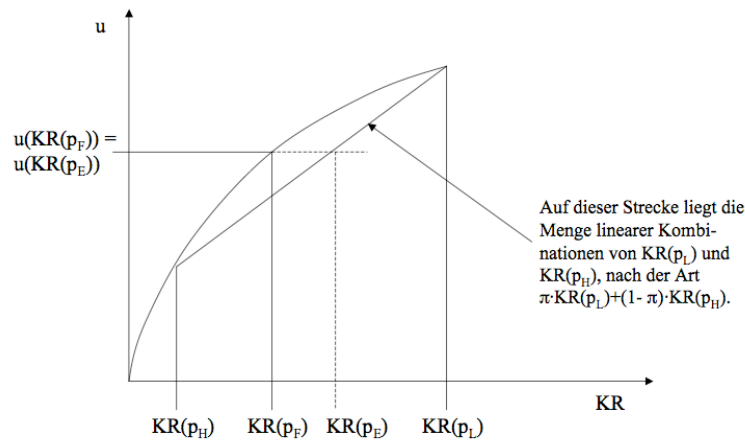


Abbildung 23

Abbildung 23 verdeutlicht, dass bei Risikoaversion ein Rabattanbieter im Nachteil ist, wenn er dem Kunden aufgrund seines Rabatts eine unsichere Konsumentenrente anbietet, anstatt einen Fixpreis für eine relativ sichere Konsumentenrente anzubieten. Um das Rabattangebot für den Konsumenten ebenso attraktiv zu machen wie die sichere Konsumentenrente ($KR(p_F)$), also die Konsumentenrente eines fixen Preises, muss der Rabattanbieter mit seinem Rabattsystem eine höhere erwartete Konsumentenrente ($KR(p_E)$) anbieten. Weil alle linearen Kombinationen von p_H und p_L unter der Kurve liegen, liegt eine erwartete Konsumentenrente $KR(p_E)$, die dem Konsumenten denselben Nutzen gibt wie eine Konsumentenrente $KR(p_F)$, bei linearer Kombination aus p_H und p_L immer rechts von $KR(p_F)$. Ein Rabattsystem muss dem Konsumenten mehr Rente gewähren als ein Fixpreissystem, um dem Konsumenten also ebenso viel Nutzen zu verschaffen wie ein Fixpreissystem.

Dieser Umstand würde nach dem Rationalmodell die Bindungswirkung eines die Unsicherheit des Kunden erhöhenden Rabattschemas abschwächen, weil die Unsicherheit es gegenüber einem Fixpreissystem eines Konkurrenten unattraktiver machen würde.⁴⁰⁸

Das Besondere an Schwellenrabatten ist, dass sie eine Vielzahl eigentlich eigenständiger, zusammenhangloser Kaufentscheidungen zusammenfassen, indem sie ih-

408 Nach klassischer Theorie müsste ein rationaler Akteur ohnehin über die kleinen Intervalle an Vermögen, die ein Rabattsystem üblicherweise umfasst, praktisch risikoneutral sein, vgl. Rabin (2000), sodass Unsicherheit gar keinen Effekt hätte. Wenn sie aber einen Effekt haben sollte, dann den hier vorgestellten.

ren Gesamtumsatz oder ihre Gesamtzahl zur Voraussetzung für die Gewährung eines Rabatts machen.

Das macht die Kaufentscheidung für Menschen in verschiedener Hinsicht schwieriger. Sie müssen nun versuchen vorherzusehen, was sie künftig brauchen werden. Das kann schwierig sein, weil Menschen heute nicht die nötigen Informationen haben, um zu wissen, ob sie auch in drei Monaten ein Produkt benötigen. Selbst Zwischenhändler können die Nachfrage für das von ihnen gehandelte Produkt für einen Zeitpunkt in drei Monaten oft kaum vorhersagen.

c) Versunkene Kosten

Unsicherheit induzierende Schwellenrabatte machen die Kaufentscheidung außerdem zu einer langfristigen Investitionsentscheidung. Während Käufer, wenn sie ein Gut ohne Rabattsystem zu einem Festpreis kaufen, nur abwägen müssen, ob sie durch eine Einheit des Guts mehr Nutzen gewinnen, als sie durch die Zahlung des Kaufpreises aufgeben, investieren sie bei Schwellenrabatten in eine unsichere, aber höhere Rente: Sie zahlen zunächst einen Preis (p_H), der höher ist als der Preis, den sie beim Konkurrenten hätten zahlen müssen (p_F), um am Ende einen Rabatt zu erhalten. Erst der Rabatt senkt den Durchschnittspreis auf ein niedriges Niveau (p_L) unter den Preis des Konkurrenten. Sie „investieren“ also die Differenz zwischen dem hohen Preis (p_H) vor Rabatt und dem mittleren Preis des Konkurrenten (p_F) in die Erwartung einer höheren Konsumentenrente durch einen niedrigeren Preis.

Bei Investitionsentscheidungen haben Menschen die Tendenz, im Gegensatz zu einem rationalen Akteur, die versunkenen Kosten bei ihren Entscheidungen zu berücksichtigen.⁴⁰⁹ Nach dem Rationalmodell sollten Kosten, die schon unwiderruflich getätigt sind, sogenannte versunkene Kosten, keinen Einfluss auf eine Entscheidung haben, da die Entscheidung an den Kosten nichts mehr ändern kann. Tatsächlich spielen versunkene Kosten in menschlichen Entscheidungen dagegen eine prominente Rolle. Menschen verfolgen Projekte, in die sie schon investiert haben, oft auch dann noch, wenn sie es ohne die versunkenen Kosten schon lange abgebrochen hätten. Ein viel zitiertes Beispiel dieser Denkweise ist das Argument eines amerikanischen Senators, er halte es für einen unverantwortlichen Gebrauch von Geld des Steuerzahlers, ein Projekt (vor seinem Abschluss) zu beenden, wenn darin schon 1,1 Milliarden Dollars investiert worden sind.⁴¹⁰ Ohne zu wissen, ob das Projekt, von dem er sprach, sinnvoll war oder nicht, kann zumindest gesagt werden, dass das Argument auf den ersten Blick einer gewissen Überzeugungskraft nicht entbehrt. Ein rationaler Akteur könnte ihm allerdings nichts abgewinnen. Für ihn käme es nur darauf an, ob der Betrag, der noch zu investieren wäre, niedriger ist als der Nutzen,

409 Arkes/Blumer (1985); Baron (2000), 297 ff.; Thaler (1985), 201; Tversky/Kahneman (1981), 457.

410 Vgl. bei Arkes/Blumer (1985), 124.

den das Projekt später stiftet, und dass der Betrag, der noch bis zur Fertigstellung des Projekts eingesetzt werden müsste, nicht in einem anderen Projekt mehr Nutzen stiften könnte. Wie viel Geld schon in das Projekt investiert worden ist, würde den rationalen Akteur dagegen nicht interessieren.

Zielrabattsysteme produzieren ebenfalls versunkene Kosten. Wenn man das Produkt kurzfristig bei A billiger kaufen könnte, es aber kurzfristig teurer bei B kauft, in der Hoffnung, dass man langfristig einen Rabatt erhält, so entstehen versunkene Kosten in der Höhe der Differenz zwischen dem kurzfristigen Preis bei A und dem kurzfristigen Preis bei B. Der Wunsch, diese versunkenen Kosten nicht zu „verlieren“, kann Käufer davon abhalten, aus einem Rabattsystem auszusteigen – selbst dann, wenn ihre Aussicht, den Rabatt zu erreichen, zu klein ist, als dass ein rationaler Akteur im Rabatt verbleiben würde. Um vorherzusagen, wie Zielrabattsysteme genau wirken, lohnt es sich, Zielrabattsysteme mithilfe von psychologischen Theorien genauer zu analysieren.

d) Kognitive Dissonanz und Schwellenrabatte

Eine Bindungswirkung von Schwellenrabatten über den rational begründeten Sogefekt hinaus lässt sich aus den Annahmen der Theorie kognitiver Dissonanz herleiten.

Kognitive Dissonanz ist ein negativer Antriebszustand, der entsteht, wenn ein Individuum zwei Wahrnehmungen macht, die sich, betrachtet man die beiden Wahrnehmungen allein, widersprechen. „Widersprechen“ heißt dabei, dass, bei isolierter Betrachtung der beiden Wahrnehmungen, aus der einen das Gegenteil der anderen folgt.⁴¹¹ Kognitive Dissonanz ist ein Zustand, der nach einer Entscheidung entsteht. Der Zustand widerstreitender Gründe für und gegen die Entscheidung nennt sich in der Terminologie der Dissonanztheorie „Konflikt“⁴¹². Dissonanz mündet also nicht immer in eine Entscheidung, sondern beschreibt die „Rest-Inkonsistenz“, die nach einer den überwiegenden Gründen entsprechenden Entscheidung verbleibt oder entsteht, wenn neue Informationen über ein schon erledigtes Entscheidungsproblem erworben werden.⁴¹³ Dem A gefällt das Bild des Künstlers X besser als das des Y. Das Bild des X ist teurer als das des Y. A entscheidet sich für das Bild von X und kauft es, weil ihm wichtig ist, ein schönes Bild in der Wohnung hängen zu haben. Auch nach dieser Entscheidung mag den A der Gedanke an das viele Geld, das er für das Bild des X bezahlt hat, schmerzen. Diese „Schmerzen“ beschreibt der Begriff der Dissonanz.

411 Aronson (1978), 182; Festinger (1963).

412 Festinger (1963), 39.

413 Aronson (1978), 183 f.; Festinger (1963), 32 ff., 39.

Kognitive Dissonanz ist ein von Personen als unangenehm empfundener Zustand, der dazu antreibt, ihn – wie Hunger – zu reduzieren.⁴¹⁴ Das kann auf unterschiedliche Weise geschehen.⁴¹⁵

Es kann verstärkt Information gesucht werden, welche die getroffene Entscheidung stützt. So verringert sich die relative Wichtigkeit jener der Entscheidung widersprechenden Wahrnehmung durch das Übergewicht an Faktoren, die sie stützen. Im Kunstkaufbeispiel könnte A also verstärkt Information suchen, welche die hervorragende Qualität der Arbeiten des X betont.

Es kann das Verhalten geändert werden, was bis zum Widerrufen der getroffenen Entscheidung gehen kann. Der offensichtlichste, wenn auch nicht einfachste Weg, die Dissonanz zwischen der eigenen Nikotinsucht und dem Wissen, dass Rauchen Krebs verursacht, zu reduzieren, ist, das Rauchen aufzugeben.

Auch die Umgebung kann verändert werden, um Dissonanz zu verringern: Man kann aus einer Umgebung (die ehemals eheliche Wohnung) wegziehen, um der Erinnerung an eine Fehlentscheidung zu entgehen, oder man kann seinen Umgang mit den Teilen der Freunde einschränken, welche die neue Liaison nicht gutheißen.

In ihrer ursprünglichen Form ist die Dissonanztheorie weitgehend unbestimmt, was so weit ging, dass über sie geschrieben wurde, „if you wanna be sure, ask Leon (Festinger)“,⁴¹⁶ den Begründer der Theorie. Jedoch hat weitere Forschung gezeigt, dass es ein zentrales Element der Dissonanz ist, dass eine Wahrnehmung mit dem eigenen Selbstkonzept, man sei ein intelligenter und moralischer Entscheider, in Gegensatz steht.⁴¹⁷ Seit dieser Präzisierung ist die Dissonanztheorie leichter handhabbar geworden.

Die meisten Menschen halten es zum Beispiel für inkonsistent mit ihrem Selbstbild eines vernünftigen Menschen, sich für einen nichtigen Erfolg schwer anzustrengen. In einem Experiment von Aronson und Mills⁴¹⁸ mussten einige junge Frauen, um an einer Gruppendiskussion über die Psychologie des Sex teilzunehmen, eine Initiation durchlaufen, in der sie obszöne Worte in der Gegenwart der männlichen Experimentsleiter rezitieren mussten – eine für damalige Verhältnisse hoch peinliche Situation. Andere Frauen konnten ohne diese Initiation an der Diskussion teilnehmen. Danach stellte sich heraus, dass die „Diskussion“ darin bestand, dass sie einer eher langweiligen Aufnahme einer Diskussion der Gruppe, der sie beigetreten waren, zuhörten. Danach wurden die Probandinnen gefragt, wie gut sie die Diskussion fanden, und es stellte sich heraus, dass die Frauen, welche die Initiation durchlaufen hatten, die Aufnahme deutlich spannender fanden als ihre Kolleginnen, die der Gruppe ohne Hürde beitreten konnten. Die Erklärung der Dissonanztheorie für dieses Phänomen lautet, dass diejenigen, die sich, um an der Diskussion teilzunehmen, blamieren mussten, diese Blamage umsonst eingegangen wären, wenn die Dis-

414 Festinger (1963), 18.

415 Zum Folgenden Festinger (1963), 18 ff., 42 ff.

416 Bericht von Aronson (1978), 185.

417 Aronson (1978), 206 ff.; Baron (2000), 209.

418 Bericht in Aronson (1978), 184.

kussion schlecht gewesen wäre. Ein vernünftiger Mensch, wie er dem Selbstbild der meisten Personen entspricht, blamiert sich allerdings nicht für nichts. Um diese Dissonanz zu reduzieren, werteten die Probandinnen, die an der Initiation teilgenommen hatten, einfach ihre Ansicht über die Qualität der Diskussion auf. Diejenigen, die der Initiation entgangen waren, verspürten dagegen keine Dissonanz und konnten daher ungehindert eingestehen, dass die Diskussion eher langweilig war.

Wenn man die Theorie kognitiver Dissonanz auf Schwellenrabatte anwendet, ergibt sich folgendes Bild:

Eine Person nimmt an einem Rabattsystem teil. Diese Teilnahme lohnt sich angesichts der Konkurrenzangebote vor allem wegen der Aussicht, am Ende einen Rabatt zu erhalten, auch wenn kurzfristig höhere Preise gezahlt werden als bei der Konkurrenz. Die kurzfristige Kaufentscheidung wird so eine langfristige Investitionsentscheidung – der kurzfristige Aufpreis wird in die langfristige Ersparnis durch den Rabatt investiert.

Stellt sich nun heraus, dass man den Rabatt gar nicht erreichen kann, zum Beispiel weil man einen geringeren Bedarf hat als anfangs angenommen, würde die Entscheidung, im Rabattsystem zu kaufen, nachträglich als Fehlentscheidung erscheinen. Dies stünde in einem Spannungsverhältnis zu dem verbreiteten Selbstbild, dass man ein vernünftiger Konsument ist. Diese Spannung erzeugt Dissonanz. Ein Weg, diese Dissonanz zu reduzieren, ist, die eigene Wertschätzung für den Kauf im Rabattsystem zu erhöhen. Dies kann auf unterschiedliche Weise geschehen. Man kann vor sich selbst besondere positive Eigenschaften des Produkts, das man im Rabattschema kauft, herausheben. Man kann Information suchen, die begründet, warum es sinnvoll ist, in Rabattsystemen zu kaufen – vielleicht auch dann, wenn es so aussieht, als sei das Erlangen des Rabatts eher unwahrscheinlich. Akerlof und Dickens⁴¹⁹ haben die Reduktion von Dissonanz bei Arbeitern in einem gefährlichen Industriezweig in einem ökonomischen Modell als hedonistische Anpassung des *beliefs* über Wahrscheinlichkeiten eines Unfalleintritts dargestellt. *Beliefs* sind in der Literatur ökonomischer Modelle die eigenen Vorstellungen über bestimmte objektive Wahrscheinlichkeiten. Akerlof und Dickens nahmen nun an, dass bei Arbeitern in einer gefährlichen Industrie dadurch Dissonanz entsteht, dass sie einerseits das Selbstbild eines vernünftigen, besonnenen und vorsichtigen Menschen haben, sich aber dennoch an ihrem Arbeitsplatz einer gewissen Gefahr, zum Beispiel radioaktiver Strahlung, aussetzen. Diese Dissonanz wird reduziert, indem die Arbeiter ihre Vorstellung von der Wahrscheinlichkeit eines Schadensfalls, zum Beispiel einer strahlungsbedingten Krebserkrankung, absenken. Diese aktive Umwertung subjektiver Wahrscheinlichkeiten kann dann spätere Entscheidungen beeinflussen. Im Modell von Akerlof und Dickens führt sie unter anderem dazu, dass Arbeiter später von Sicherheitsvorkehrungen weniger Gebrauch machen.

Ähnliches kann man sich auch für Rabatte vorstellen: Um nicht als Konsument dazustehen, der sich mittels eines Rabattsystems hat ausnehmen lassen, passt der

419 Akerlof/Dickens (1982).

Konsument seinen *belief* über die Wahrscheinlichkeiten so an, dass er das Erreichen der Rabattschwelle für wahrscheinlicher hält, als es eigentlich ist. Das macht es ihm sehr schwer, zu erkennen, wann es objektiv so unwahrscheinlich ist, den Rabatt zu erreichen, dass er aus dem Rabattschema aussteigen sollte. Daher kann kognitive Dissonanz auch ganz ohne verzerrte Informationssuche oder eine Überbewertung der Wertschätzung des Produkts zu einer größeren Bindungswirkung von Rabatten führen, als sie rationaltheoretisch vorhergesagt würde.

e) *Prospect Theory* und Schwellenrabatte

Prospect Theory ist eine Theorie mit einem weiten Anwendungsfeld, viel weiter als das Feld der Reaktionen von Konsumenten auf bestimmte Rabattsysteme. Gemeinsam mit der Theorie des *mental accounting* kann *Prospect Theory* den *sunk cost effect* erklären.⁴²⁰ Auch eine nicht rationale Bindungswirkung von Schwellenrabatten wurde auf der Grundlage von *Prospect Theory* erklärt.⁴²¹ Zunächst soll hier die Theorie grundsätzlich vorgestellt werden, um sie dann auf Schwellenrabatte anzuwenden.

1) *Prospect Theory* und Entscheidungen unter Unsicherheit

Prospect Theory bietet eine Variation des Rationalmodells, die berücksichtigt, dass Menschen Werte nicht absolut, sondern mit Blick auf einen Referenzpunkt analysieren, der durch den Kontext einer Entscheidungssituation induziert wird. Dies führt zu anderen Vorhersagen als unter der Annahme von Rationalität.

Prospect Theory ist eine Theorie, die von Amos Tversky und dem Nobelpreisträger Daniel Kahneman entwickelt wurde.⁴²² Sie ist streng genommen eine Variante des Erwartungsnutzenmodells. Die Annahmen der Eigennutzmaximierung, der stabilen Präferenzen und der Verwendung der optimalen Menge an Information lässt sie formal unangetastet. Allerdings stellt sie eine erhebliche Modifikation der Nutzenfunktion dar. Die Modifikation der Nutzenfunktion erlaubt es, Evidenz, die zunächst den Anschein vermittelt, Präferenzen seien nicht stabil, sondern in hohem Maße kontextabhängig, mit einer einzigen „beweglichen“ Nutzenfunktion zu erklären.

Prospect Theory geht zurück auf verschiedene experimentelle Befunde, die nicht mit den Vorhersagen des Rationalmodells unter Verwendung des herkömmlichen

420 Thaler (1980), 47; Tversky/Kahneman (1981), 457.

421 Beckenkamp/Maier-Rigaud (2006).

422 Kahneman/Tversky (1979); Tversky/Kahneman (1981); dies. (1992).

Erwartungsnutzenmodells übereinstimmen und die zum Teil schon seit langem bekannt sind, wie zum Beispiel das Alais-Paradox.⁴²³

Jedoch lässt sich die Theorie von Tversky und Kahneman am besten vom Ausgangspunkt der Referenzpunktabhängigkeit von Präferenzen erklären.

Tversky und Kahneman baten Probanden, sich vorzustellen, sie bekämen 1000 israelische Pfund. Nun sollten sie entscheiden, ob sie lieber 500 dazubekommen oder an einer Lotterie teilnehmen wollten, bei der eine 50 %ige Chance bestand, 1000 dazuzugewinnen. Dann bat man Probanden, sich vorzustellen, sie bekämen 2000 Pfund. Diesmal sollten sie entscheiden, ob sie lieber 500 sicher verlieren wollten oder es vorzögen, an einer Lotterie teilzunehmen, bei der man mit 50% iger Wahrscheinlichkeit 1000 verlieren könne und andernfalls alles behalte. So ergaben sich die folgenden beiden Entscheidungssituationen:

1.	1000 Pfund und 500 Pfund sicher [84 %]	1000 Pfund und 50 %ige Chance 1000 Pfund [16 %]
2.	2000 Pfund und -500 Pfund sicher [31 %]	2000 Pfund und 50 %ige Chance -1000 Pfund [69 %]

Die Zahlen in den eckigen Klammern geben die Verteilung wieder, mit der sich Versuchsteilnehmer für die eine oder die andere Option entschieden haben. In der ersten Situation entschieden sich 84 % für die sicheren 500 Pfund. In der zweiten entschieden sich 69 % für die Lotterie. Dabei sind beide Entscheidungssituationen eigentlich identisch. Beide Male geht es entweder darum, sicher 1500 Pfund zu ha-

423 Menschen werden vor die folgenden beiden Entscheidungen zwischen A und B und zwischen C und D gestellt.

A: Sie erhalten 10.000.000 \$ sicher.

B: Mit 80 %iger Wahrscheinlichkeit 50.000.000 \$ und mit 20 %iger Wahrscheinlichkeit 0 \$.

C: Mit 5 %iger Wahrscheinlichkeit 10.000.000 \$ und mit 95 %iger Wahrscheinlichkeit 0 \$.

D: Mit 4 %iger Wahrscheinlichkeit 50.000.000 \$ und mit 96 %iger Wahrscheinlichkeit 0 \$.

Bei Weitem die Mehrheit der Menschen entscheidet sich im ersten Fall für A und im zweiten für D. Diese Kombination ist mit der herkömmlichen Form des Erwartungsnutzenkonzepts nicht erklärbar. A würde einem Individuum einen Nutzen von $u(10.000.000)$ vermitteln, B einen erwarteten Nutzen von $0,8 \cdot u(50.000.000) + 0,2 \cdot u(0)$. Der Nutzen $u(0)$ wird üblicherweise auf 0 normalisiert, sodass sich für die Option B ein Nutzen von $0,8 \cdot u(50.000.000)$ ergibt. Die Entscheidung für A zeigt für die meisten Menschen an, dass für sie $u(10.000.000) > 0,8 \cdot u(50.000.000)$. Wenn man aber beide Seiten durch 20 dividiert erhält man $0,05 \cdot u(10.000.000) > 0,04 \cdot u(50.000.000)$. Die beiden Seiten dieser Ungleichung beschreiben jedoch genau den erwarteten Nutzen der Optionen C und D. Das Erwartungsnutzenmodell sagt also voraus, dass, wer sich für A entscheidet, auch für C entscheiden wird. Dies ist aber nicht der Fall. Vielmehr entscheidet sich die Mehrheit für A und D. Dies lässt sich im Modell des Erwartungsnutzens nicht abbilden. Mit *Prospect Theory* dagegen lässt sich diese Entscheidung abbilden.

ben oder andernfalls mit der Chance von 50 zu 50 entweder 1000 oder 2000 zu haben.⁴²⁴ Dazu kommt, dass jede Zelle einen Erwartungswert von 1500 Pfund hat. Es unterscheidet sich daher jeweils die linke von der rechten Zelle nur dadurch, dass man bei der Wahl der linken Zelle kein Risiko eingeht, während die Wahl der rechten Zelle den Entscheidenden in eine risikoreiche Situation versetzt. Über die Wahl sollte also erkennbar werden, ob der Wählende Risiko mag oder nicht.

Bei stabilen Präferenzen hätte sich die Mehrheit in der ersten wie der zweiten Entscheidungssituation entweder für die Lotterie entscheiden müssen, wenn sie Risiko gemocht hätte, oder sie hätte sich in beiden Situationen für den sicheren Gewinn entscheiden müssen, wenn sie Risiko nicht gemocht hätte.

Nimmt man an, Menschen hätten stabile Präferenzen für Risiko, so würde sich das im Erwartungsnutzenmodell im Grenznutzen widerspiegeln. Nimmt der Grenznutzen ab, d.h. jede weitere Einheit spendet ein bisschen weniger Nutzen als die vorherige, so repräsentiert diese Nutzenfunktion zugleich Risikoaversion. Für eine Nutzenfunktion über Geld könnte dem die Überlegung zugrunde liegen, dass für einen Bettler ein Euro mehr wert ist als für einen Millionär. Die Steigung der Nutzenfunktion über Geld nimmt dann mit steigendem Vermögen ab. Sie ist konkav. Die lineare Kombination zweier Punkte auf dem Graphen der Nutzenfunktion, d.h. ihre mit den Wahrscheinlichkeiten gewichtete Summe, liegt also immer unter dem Punkt, der bei demselben Erwartungswert auf der Kurve liegt. Intuitiv: Man riskiert ungern, alles zu verlieren, für die Chance, sein Vermögen zu verdoppeln.

Schätzt eine Person Risiko, so würde das im Erwartungsnutzenmodell durch zunehmenden Grenznutzen repräsentiert. Dies würde bedeuten, dass jede weitere Einheit mehr Nutzen spende als die vorherige. Die Steigung der Nutzenfunktion nähme dann zu, sodass sie konvex wäre. Entsprechend läge jede lineare Kombination zweier Punkte auf dem Funktionsgraphen über dem Graphen. Vor allem aber würde das Erwartungsnutzenmodell grundsätzlich zumindest über den relevanten Abschnitt der Nutzenfunktion eine einheitliche Risikopräferenz, also entweder eine konvexe oder eine konkave Form, annehmen.

Meist – aber nicht notwendigerweise – nimmt das Erwartungsnutzenmodell eher eine Abneigung gegen Risiko an.

Das Experiment von Tversky und Kahneman nimmt in einer Situation an, dass Menschen risikosuchend sind, und in einer anderen, dass sie risikoavers sind. Es zeigt also, dass die Risikopräferenzen von Menschen nicht stabil sind, sondern kontextabhängig.

Wenn Menschen mal risikoavers und mal risikoaffin sind, so könnte die Nutzenfunktion an einigen Stellen durch Konkavität Risikoaversion anzeigen, an anderen aber durch Konvexität Risikoaffinität. Sie wiese dann also eine S-Form auf. Nur hilft eine bloße S-Form nicht weiter: Die Nutzenfunktion in Geld ist in traditioneller Interpretation eine Funktion über das gesamte Vermögen einer Person. Wenn sie nun eine S-Form erhielte, würde sie anzeigen, dass Personen bei Entscheidungen zunächst z.B. risikoavers wären bis sie ein bestimmtes Vermögen angehäuft hätten,

424 Kahneman/Tversky (1979), 273.

bei dem der Wendepunkt der Funktion liegt, sagen wir 50.000 €. Dann sind sie plötzlich in allen ihren Entscheidungen risikosuchend, es sei denn, sie fallen unter die Schwelle von 50.000 € zurück. Das ist jedoch nicht das, was das Experiment von Tversky und Kahneman anzeigt. Es zeigt vielmehr an, dass Menschen bei gleichem Vermögen und gleichem Erwartungswert der Optionen einmal risikosuchend und einmal risikoavers sind.

Um zu klären, welcher Aspekt die Risikopräferenz induziert, ist es nötig, sich noch einmal das Experiment anzuschauen. Die zwei Entscheidungssituationen weisen einen weiteren Unterschied auf, auch wenn der nach dem Rationalmodell ohne Belang sein sollte. In der ersten Situation werden Menschen gefragt, ob sie, nachdem sie 1000 Pfund erhalten haben, noch etwas dazu erhalten wollen. In der zweiten werden sie gefragt, ob sie von 2000 Pfund, die sie erhalten haben, etwas abgeben wollen. Die erste Entscheidungssituation stellt die Wahl als Wahl zwischen Gewinnen dar, die zweite dagegen als Wahl zwischen Verlusten. Diese Darstellung sollte für das Erwartungsnutzenmodell ohne Belang sein, weil es sich hier wirklich nur um einen Unterschied in der Darstellung und nicht um einen Unterschied in der Sache handelt. In der Sache wird in beiden Situationen entschieden, ob man lieber 1500 Pfund sicher oder eine 50/50-Chance auf 1000 bzw. 2000 Pfund haben möchte. Nur die Darstellung macht aus dieser Entscheidung einmal Gewinne und einmal Verluste. Das Experiment von Tversky und Kahneman zeigt also, dass unsere Risikopräferenzen von der Darstellung der Entscheidungssituation, vom sogenannten *framing*, abhängen. Wähen wir uns in einer Gewinnsituation, scheuen wir das Risiko, glauben wir, es gehe um Verluste, haben wir dagegen Risiko ganz gern. Gewinne und Verluste werden im Hinblick auf einen Referenzpunkt bestimmt. Von Verlusten spricht man, wenn der Referenzpunkt unterschritten wird, von Gewinnen, wenn der Referenzpunkt überschritten wird. Der Referenzpunkt ist also der Punkt, an dem der Wendepunkt der Nutzenfunktion liegt. Rechts von ihm, im Bereich der Gewinne, ist die Nutzenfunktion konkav, links von ihm, im Bereich der Verluste, ist sie konvex. Das bedeutet, es besteht eine abnehmende Sensitivität für Gewinne und Verluste.

Menschen nehmen Stimuli als Abweichung von einem Punkt wahr, der durch den Kontext, in dem der Stimulus auftritt, bestimmt wird. Wer schon einmal von einem Winterspaziergang ohne Handschuhe nach Hause gekommen ist, den Wasserhahn kalt aufgedreht und seine Hände unter den Strahl gehalten hat, der weiß, dass sich kaltes Wasser durchaus sehr warm anfühlen kann. Ob ich einen Taschenrechner, der 5 € kostet, im Nachbargeschäft für 3 € bekomme, ist eine Information, die mich dazu veranlassen wird, im Nachbargeschäft zu kaufen. Ob aber eine teure Jacke für 199 € im Nachbargeschäft 197 € kostet, dürfte für die meisten Menschen eine vernachlässigswerte Information darstellen.⁴²⁵ Die abnehmende marginale Sensitivität für Gewinne und Verluste ist entsprechend die Psychophysik für Quantität genannt worden.⁴²⁶

425 Thaler (2000), 245.

426 Lopes (1987), 255, 260; Kahneman/Tversky (1979), 278 f.

Der Referenzpunkt liegt meist beim Status quo. Wenn man ein Vermögen von 50.000 € besitzt, empfindet man ein Vermögen von 45.000 € als Verlust und eines von 52.000 € als Gewinn. Verdient man aber heute die 2000 €, die man als Gewinn empfindet, und hat nun ein Vermögen von 52.000 €, so wird man morgen ein Vermögen von 50.000 € als Verlust empfinden. Der Referenzpunkt passt sich also der eigenen Situation an und mit ihm wandert auch die Nutzenfunktion. Insofern ist die Nutzenfunktion bei Tversky und Kahneman „beweglich“. Tversky und Kahneman haben in ihrem Experiment, in dem sie den Versuchspersonen sagten, sie sollten sich vorstellen, sie hätten 1000 bzw. 2000 Pfund erhalten, den Referenzpunkt der Versuchspersonen um 1000 bzw. 2000 Pfund nach oben verschoben. Unter der Bedingung, dass der Referenzpunkt um 1000 nach oben verschoben wurde, war eine Auszahlung von insgesamt 1500 Pfund ein Gewinn, während sie unter der Bedingung des um 2000 Pfund nach oben verschobenen Referenzpunkts ein Verlust war. Der S-förmigen Nutzenfunktion entsprechend sind die Probanden unter der ersten Bedingung risikoavers, unter der zweiten dagegen risikosuchend.

Ferner haben Experimente ergeben, dass Menschen Verluste etwa doppelt so stark gewichten wie Gewinne. Kaum jemand würde an einer Lotterie teilnehmen wollen, bei der man mit 50 %iger Wahrscheinlichkeit 550 € gewinnen und mit 50 %iger Wahrscheinlichkeit 500 € verlieren könnte.⁴²⁷ Dieser Umstand gibt schon ein Gefühl dafür, dass Gewinnen und Verlieren nicht gleich viel wert ist. In einem berühmten Experiment von 1990⁴²⁸ fanden Kahneman, Knetsch und Thaler heraus, dass die Zahlungsbereitschaft für eine Tasse höher ist, wenn man die Tasse besitzt, als wenn man sie nicht besitzt.⁴²⁹ Das würde auch das Rationalmodell vorhersagen, wenn dieser Umstand Ergebnis einer Allokation durch den Markt wäre. Denn den höchsten Preis sollten diejenigen für Tassen zahlen wollen, denen sie am meisten Nutzen stiften, und die Tassen sollten durch Handel an diejenigen Agenten gehen, die am meisten zu zahlen bereit waren. Nur: Der Befund war nicht Ergebnis eines Marktprozesses, sondern wurde nach einer zufälligen Zuteilung von Tassen an die Hälfte einer Gruppe von Studenten festgestellt. Bei einer zufälligen Zuteilung würde das Erwartungsnutzenmodell vorhersagen, dass die Zahlungsbereitschaft im Schnitt unter den Studenten, die zufällig Tassen erhalten haben, ungefähr genauso hoch ist, wie unter den Studenten, die zufällig keine Tasse erhalten haben. Dies war nicht der Fall und wurde damit erklärt, dass, die Tassen zu verkaufen, heißt, sie zu verlieren und den Kaufpreis zu gewinnen. Der Verlust der Tasse wiegt dabei schwer und muss durch einen hohen Preis aufgewogen werden. Die Tasse zu kaufen, heißt dagegen bloß, die Tasse zu gewinnen. Der Gewinn der Tasse wiegt aber weniger schwer als

427 Rabin (2000) zeigt, dass schon dieser Befund ausreicht, um zu zeigen, dass bloße Risikoaversion diesen Fakt nicht erklären kann, weil man in einer Theorie auf der Grundlage von *expected utility* absurd hohe Risikoaversion annehmen müsste, um die Ablehnung dieser Lotterie durch Menschen mit schon mäßig großem Vermögen erklären zu können.

428 Kahneman/Knetsch/Thaler (1990).

429 Die *willingness to pay* ist kleiner als die *willingness to accept*. Zum *endowment effect* vgl. Korobkin (2003), 1227 ff. Auf 1242 hält er *loss aversion* (den Begriff haben Tversky und Kahneman zur *Prospect Theory* geprägt) für eine mögliche Erklärung des *endowment effects*.

ihr Verlust, sodass hierfür auch weniger Geld aufgewandt wird. Daher verlangen Studenten, die zufällig eine Tasse bekommen haben, im Schnitt einen höheren Kaufpreis als diejenigen Studenten zu zahlen bereit sind, die zufällig keine Tasse erhalten haben. Die letzte Eigenschaft der Nutzenfunktion nach *Prospect Theory* ist damit die Verlustaversion, die besagt, dass Verluste etwa doppelt so schwer wiegen wie Gewinne.

Es ergibt sich so eine Nutzenfunktion, die annähernd die folgende Form aufweist (Tversky und Kahneman nennen ihre Nutzenfunktion *value function*, $v(x)$, wobei v für *value* steht und x für die Auszahlung minus den Referenzpunkt).

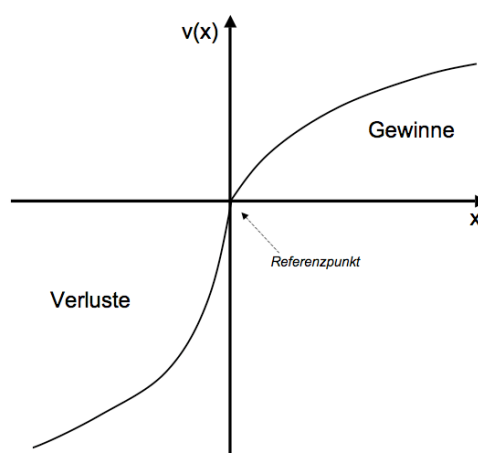


Abbildung 24

Der Vollständigkeit halber sei hier noch darauf hingewiesen, dass *Prospect Theory* zusätzlich auch noch eine verzerrte Wahrscheinlichkeitswahrnehmung annimmt, bei der in Anlehnung an die Theorie der *rank dependent utility* in Abhängigkeit davon, wie wünschenswert die einzelnen Ergebnisse relativ zueinander sind, kleine Wahrscheinlichkeiten überschätzt und große Wahrscheinlichkeit unterschätzt werden.⁴³⁰ So ergibt sich die folgende Wahrscheinlichkeitsgewichtungsfunktion⁴³¹:

430 Baron (2000), 251 ff.; Kahneman/Tversky (1979), 277 ff.

431 Es ist diese Wahrscheinlichkeitsgewichtungsfunktion, die zu einer Überbewertung sicherer Ereignisse im Vergleich zu unsicheren Ereignissen führt (sogenannter *certainty effect*); dieser kann das Allais-Paradox aus Fn. 423 erklären.

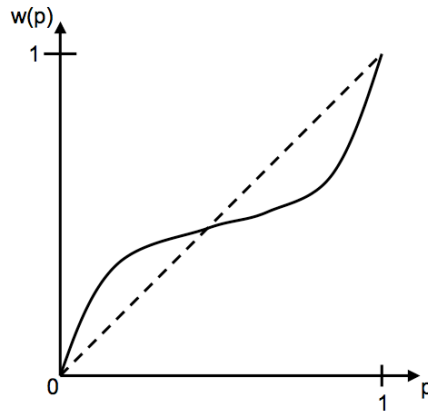


Abbildung 25

Die folgende Untersuchung kommt jedoch weitgehend ohne diesen letzten Befund aus.

2) Anwendung von *Prospect Theory* auf Rabatte

Prospect Theory würde unter bestimmten Umständen eine andere Reaktion der Konsumenten auf Rabatte vorhersagen, als es das Rationalmodell tut. Zwar würde sie zum selben Ergebnis kommen, wenn der Referenzpunkt bei der Vermögenslage liegt, die bestand, bevor der Kunde in das Rabattsystem eingetreten ist. Dann ließe sich die oben dargestellte konkave Nutzenfunktion einfach als *value function* der *Prospect Theory* im Bereich für Gewinne interpretieren, denn üblicherweise wird der Kauf eines Produkts die Konsumentenrente erhöhen.⁴³²

Jedoch erscheint es plausibel, anzunehmen, dass sich der Referenzpunkt durch die Teilnahme am Rabattsystem ändert und sich in Richtung der Konsumentenrente bewegt, die der Kunde erhielt, wenn er den Rabatt tatsächlich erreichte. Zwar scheint die Art, wie sich Referenzpunkte verschieben, insbesondere wenn sie vom Status quo abweichen, der große weiße Fleck auf der Landkarte der *Prospect Theory* zu sein. Niemand scheint genau zu wissen, welche Umstände einen Einfluss auf die Wahl des Referenzpunkts haben. Jedoch wissen wir, dass vielfältige Vergleichspunkte als Referenzpunkt dienen können, die vom Status quo verschieden sind.⁴³³

432 Anders schien sich dieser Umstand in den Michelinfällen zu verhalten, in denen einzelne Abnehmer offenbar auch Verluste eingehen mussten, wenn sie den Rabatt nicht erreichten.

433 Heath/Larrik/Wu (1999), 105; Mezas/Chen/Murphy (2002) stellen fest, dass sozialer Vergleich den Referenzpunkt von Banken beeinflusst; vgl. auch Thaler (1985), 205.

Nach der Theorie der *aspiration levels* kann Hoffnung so ein Umstand sein,⁴³⁴ oder auch der Vorsatz oder Plan, etwas zu erreichen, kann den Referenzpunkt auf das Niveau der Planerreichung verschieben.⁴³⁵ Auch in Schwellenrabattsystemen, in denen es unsicher ist, ob der Kunde die Schwelle erreichen wird, ist es daher plausibel anzunehmen, dass der Referenzpunkt eher auf dem Niveau der Rabatterreichung liegt, weil der Kunde hofft oder sich gar das feste Ziel setzt, den Rabatt zu erreichen.

Insbesondere der *sunk cost effect* privater Investoren ist auf der Grundlage von *Prospect Theory* erklärt worden. Sie tendieren dazu, Wertpapiere, deren Kurs unter dem Einkaufspreis steht, zu lange zu behalten.⁴³⁶ Hier befinden sie sich im Bereich der Verluste. Ihr Referenzpunkt ist nicht der Status quo, also der aktuelle Wert ihres Portfolios, sondern der Einkaufswert. Solange ein Papier, das an Wert verloren hat, noch nicht verkauft ist, ist der Verlust latent. Weil Menschen verlustavers sind, wollen sie jedoch derartige Verluste nicht realisieren und halten Papiere, die Wert verlieren, zu lange. Der Grund dieses *sunk cost effects* ist ein Referenzpunkt, der abweichend vom Status quo durch einen hohen Einkaufspreis nach oben verschoben ist.⁴³⁷

Ähnliches lässt sich auch für ein Rabattsystem sagen. Der Kunde investiert die Differenz des hohen Preises ohne Rabatt und des niedrigeren Preises eines Konkurrenten in die Chance, am Ende den Rabatt zu erhalten. Wenn er am Ende einen Preis zahlen muss, der ihm nicht einmal die Rente gewährt, die er erlangt hätte, wenn er sich nie auf das Rabattschema eingelassen hätte, fühlt er einen Verlust.

Im Ergebnis ist es also sinnvoll anzunehmen, dass der Referenzpunkt irgendwo zwischen dem maximalen Gewinn, den das Rabattschema dem Konsumenten gewähren kann, und der Konsumentenrente, die ein Ausschlagen des Rabattsystems von Anfang an gewährt hätte, liegt. Im Ergebnis ist wahrscheinlich die Annahme eines Referenzpunkts sinnvoll, der in Höhe des minimalen Erlöses bei Erreichen des Rabatts liegt. Dabei wird hier von einer Anordnung der Renten ausgegangen, die auf einer Skala, die von links nach rechts wächst, wie folgt aussähe:

434 Thaler (1985), 204; Tverky/Kahneman (1981), 456; Kahneman/Tversky (1979), 286–288.

435 Schon früh Payne et al. (1981); aber auch z.B. Heath/Larik/Wu (1999).

436 Odean (1998).

437 Arkes/Blumer (1985). Thaler (2000), 250.

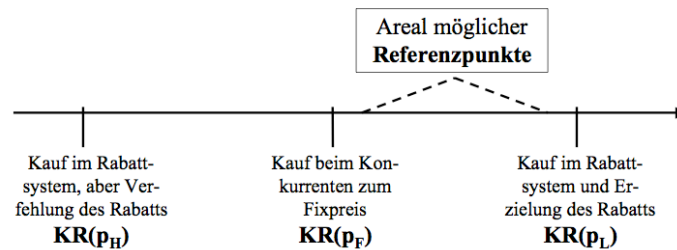


Abbildung 26

Wenn aber der Referenzpunkt über dem Status quo liegt und der Konsument letztlich nur durch das Erlangen des Rabatts eine Rente erzielen kann, die über dem Status quo liegt, dann befindet er sich in den Begriffen der *Prospect Theory* im *loss frame*. Er wird jeden Ausgang, der ihm nicht den Rabatt gewährt, als Verlust erleben. Daher handelt er risikosuchend. Er nimmt jede Chance wahr, einen Verlust zu verhindern. Die einzige Chance, einen Verlust zu verhindern, besteht in dieser Situation im Verbleib im Rabattsystem. Ein Ausstieg würde ihm in Bezug auf seinen Referenzpunkt einen sicheren Verlust beschern. Die Wirkung der Referenzpunktverschiebung kann an folgendem Diagramm verdeutlicht werden.

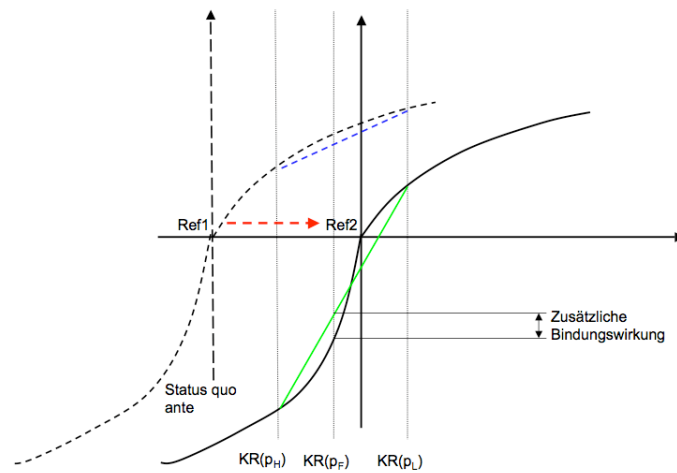


Abbildung 27

Ursprünglich liegt der Referenzpunkt in Höhe des Status quo bei Ref1. Ref1 bildet so den Wendepunkt der ursprünglichen, im Diagramm gestrichelt dargestellten *value function*. Entsprechend werden sowohl die Konsumentenrente für den Fall, dass ein hoher Preis zu zahlen ist ($KR(p_H)$), als auch die Rente im Fall eines niedrigen Preises ($KR(p_L)$) als Gewinn angesehen. Hier gilt nun die Analyse von oben, für eine herkömmliche Nutzenfunktion mit Risikoaversion. Wenn beide Preissysteme dieselbe erwartete Konsumentenrente gewähren, liegt der Nutzen des Fixpreissystems über dem erwarteten Nutzen, den die lineare Kombination der beiden möglichen Rabattrenten ergäbe.

Wenn sich aber nun der Referenzpunkt nach Ref2 verschiebt, so verändert sich auch die *value function* in den durchgezogenen Graphen. Nun liegen sowohl die Konsumentenrente des Fixpreissystems als auch die Konsumentenrente im Fall des hohen Rabattpreises im Bereich der Verluste. Hier ist die *value function* konvex, was risikosuchendes Verhalten indiziert. Außerdem liegt nun in einem bestimmten Bereich die Menge der linearen Kombinationen der möglichen Renten, die das Rabattsystem gewährt, über der Funktion. Der Konsument würde in diesem Bereich bei gleicher erwarteter Konsumentenrente das unsichere Rabattsystem attraktiver finden als die sichere Rente des Fixpreissystems. Die Nutzendifferenz zwischen der unsicheren erwarteten Rente und der sicheren Rente mit dem gleichen Geldwert ist der Grund der zusätzlichen Bindungswirkung.

Der Kunde würde im Ergebnis also sogar im Rabattsystem bleiben, wenn der Verbleib einen geringeren Erwartungswert hat als der Ausstieg. Erst bei einem erheblich günstigeren Erwartungswert des Ausstiegs würde der Konsument das Rabattsystem verlassen. Das bedeutet für den Konkurrenten des Rabattanbieters, dass er dem nicht rationalen Konsumenten ein erheblich attraktiveres Angebot machen muss, als er es einem rationalen Akteur machen müsste. Das bedeutet nichts ande-

res, als dass der Rabatt bei nicht rationalen Akteuren, die im *loss-frame* risikosuchend agieren, eine stärker Markt verschließende Wirkung hat als bei rationalen Akteuren.

f) Warum liefert sich der Kunde dem *lock-in* aus?

Bleibt zuletzt die Frage, warum Konsumenten, die einem zusätzlichen Bindungseffekt unterliegen, sich überhaupt auf ein Zielrabattsystem einlassen, wenn sie später darin gefangen werden.

Der hier dargestellte zusätzliche Bindungseffekt beschreibt eine Präferenzänderung von Individuen über die Zeit. Anfangs sind Käufer risikoavers, aber wenn sie sich auf das Ziel eingelassen haben, den Rabatt erreichen zu wollen, entscheiden sie, als seien sie risikosuchend. Anfangs haben sie keine besondere persönliche Vorliebe für Rabatte, aber wenn sie in die Gefahr geraten, einsehen zu müssen, mit dem Rabattsystem die falsche Wahl getroffen zu haben, werten sie das Rabattsystem in ihrer Wertschätzung auf.

Es gibt Anzeichen dafür, dass Menschen nicht gut in der Lage sind, ihre eigenen Präferenzänderungen in der Zukunft vorherzusehen. Stattdessen projizieren sie ihre aktuellen Bedürfnisse in die Zukunft.⁴³⁸ Wenn eine Person heute eher risikoavers ist, kann sie sich nicht vorstellen, dass sie später risikosuchend handeln wird. Wenn eine Person heute keine Dissonanz spürt, kann sie sich nicht vorstellen, später durch das Bedürfnis nach Reduktion kognitiver Dissonanz getrieben zu sein. Daher wird sie keine Vorkehrungen treffen, um sich gegen die möglicherweise schädlichen Folgen ihrer Präferenzänderung zu schützen. Vereinfachend ist dieser Umstand als überzogener Optimismus bezeichnet worden.⁴³⁹ Ein Beispiel ist, dass Menschen, selbst wenn sie sich fest vornehmen, dass sie sofort aufhören zu spielen, wenn sie in einem Glücksspiel einmal verlieren, nicht mehr in der Lage sind aufzuhören, wenn sie tatsächlich verloren haben.⁴⁴⁰

Für Rabattsysteme heißt das, dass ein Konsument, der zwar die Wahl hat, sich dem Rabattsystem zu entziehen, z.B. indem er keine Kundenkarte beantragt, nicht voraussehen wird, dass er durch das Rabattsystem später zu risikosuchendem Verhalten neigen kann. Vielmehr stellt er sich bei der Entscheidung, die Kundenkarte zu beantragen, vor, er bleibe auch im weiteren Verlauf des Rabattsystems Risiken eher abgeneigt, wie er es aktuell ist. Daher sieht er in dem möglichen Rabatt nur einen Vorteil und beantragt die Kundenkarte. Wenn Menschen die Gefahr im Rabattsystem „kleben“ zu bleiben, nicht vorhersehen, haben sie keinen Grund, nicht an dem Rabattsystem teilzunehmen.

438 Read/van Leeuwen (1998); Giordani et al. (2005).

439 Vgl. mit Bezug auf *mail-in rebates* z.B. Edwards (2007), 391 f.

440 Andrade/Iyer (2009).

Es gibt allerdings noch weitere Mechanismen, die dafür sorgen, dass Menschen an Rabattsystemen teilnehmen, obwohl sie später darin feststecken werden.

Anchoring erhöht die Wahrscheinlichkeit, sich auf einen Schwellenrabatt einzulassen. Es beschreibt den Umstand, dass Personen, wenn sie unter Unsicherheit Schätzungen insbesondere numerischer Art abgeben müssen, meist von einem Initialwert ausgehen. Dieser Initialwert übt so einen maßgeblichen Einfluss auf die gesamte Schätzung aus, weil sie in ihm „ankert“.⁴⁴¹ Das kann zu Verzerrungen führen. Tversky und Kahneman⁴⁴² ließen Studenten ein Glücksrad drehen, das bei einer Gruppe „zufällig“ auf 10, bei einer zweiten „zufällig“ auf 65 stehen blieb. Dann wurden die Probanden gefragt, wie viel Prozent der afrikanischen Staaten Mitglied der UNO sind. Die Gruppe, bei der das Glücksrad auf 10 stehen blieb, antwortete im Schnitt 25 % während die Gruppe, bei der das Glücksrad auf 65 stehen blieb, im Schnitt 45 % antwortete.

Die Setzung der Schwelle bei Schwellenrabatten kann einen ähnlichen Effekt haben. Der Kunde kann nicht sicher wissen, wie viel er in der Referenzperiode verbrauchen wird. Er befindet sich daher in einer Situation der Unsicherheit. Die Schwelle, die der Verkäufer nun für den Rabatt setzt, wird einen ersten Anhaltspunkt geben, wie viel der Konsument verbrauchen könnte. Die Prognosen der Konsumenten über den eigenen Verbrauch werden daher mit der Schwelle, die der Anbieter setzt, korrelieren.

Auch wenn allein dieser Effekt bedeutet, dass die Wahrscheinlichkeit steigt, dass der Konsument eine ihm angebotene Rabattschwelle auch für erreichbar hält, bedeutet *anchoring* allerdings noch nicht, dass jeder Konsument jede Schwelle die der Anbieter ihm setzt, unmittelbar als Prognose seines Bedarfs während der Referenzperiode übernimmt. Allerdings bieten *anchoring*-Effekte dem Anbieter neue Möglichkeiten strategischen Handelns. Er kann zum Beispiel den Kunden zunächst mit einer hohen Schwelle konfrontieren, von welcher der Kunde sofort weiß, dass er sie nie erreichen können wird. Der Kunde wird angesichts der überhöhten Schwelle seinen Bedarf überschlagen, diesen Überschlag zwar in der Rabattschwelle ankern, daher einen zu hohen Wert veranschlagen, aber dennoch sehen, dass er diese Schwelle nicht erreichen wird. Er wird daher dem Anbieter mitteilen, dass er nicht am Rabattprogramm teilnimmt. Wenn der Rabattanbieter dem Konsumenten in unmittelbarer Reaktion darauf eine niedrigere, aber immer noch eigentlich zu ambitionierte Schwelle anbietet, hat er gute Chancen, dass der Konsument das Angebot annimmt, weil er noch immer von der in der ersten Rabattschwelle geankerten überhöhten Bedarfsvoraussage ausgeht. Nimmt der Konsument das Angebot an und fängt er an zu investieren, wirken kognitive Dissonanz und risikosuchendes Verhalten in Verlusten dahin, dass er das Rabattsystem nicht oder zu spät verlässt.

441 Jungermann/Pfister/Fisher (1998), 171 f.

442 Tversky/Kahneman (1974), 1128.

Weitere Besonderheiten sind bei den hier interessierenden marktbeherrschenden Unternehmen zu beachten. Die Konsumenten müssen in der Regel wenigstens einen erheblichen Teil ihres Bedarfs beim Marktbeherrscher befriedigen. Das Rabattschema aber bedarf keiner ausdrücklichen Zustimmung des Konsumenten. Vielmehr wird ein bestimmtes Produkt einfach mit dem Angebot verknüpft, dass ab einem bestimmten Jahresumsatz ein Rabatt gewährt wird. Sobald der Konsument auch nur eine Einheit kauft, beginnt er, ob er daran denkt oder nicht, damit die Rabattbedingung zu erfüllen. Wenn er dann merkt, dass der Rabatt in greifbare Nähe rückt, kann sich eine Hoffnung entwickeln, den Rabatt tatsächlich zu erreichen. So verschiebt sich der Referenzpunkt, und die Verstärkung der marktverschließenden Wirkung beginnt. Der oben beschriebene *anchoring effect* kann diese Referenzpunktverschiebung durch Hoffnung verstärken, weil er durch die Verzerrung der Vorhersage des eigenen Bedarfs nach oben, die Hoffnung nicht als bloße Träumerei, sondern eher als realistische Einschätzung erscheinen lassen kann.

Zuletzt kann es zwar sein, dass die Konsumenten ihren *lock-in* vorhersehen, die erwarteten Kosten dieses *lock-ins* angesichts der erwarteten Vorteile des Rabatts aber so gering sind, dass sie sich dennoch auf den Rabatt einlassen. Ist dies im Einzelfall der einzige Grund, aus dem sich die Konsumenten auf ein sie später einschließendes Rabattsystem einlassen, ist es schwer, hiergegen wettbewerbsrechtlich zu argumentieren. Der Rabattanbieter ist in diesem Falls sogar bei Unterstellung eines *lock-ins* günstiger als sein Konkurrent und die Konsumenten lassen sich hierauf in freier Entscheidung ein.

Oft ist zuletzt der Eintritt in das Rabattsystem auch einfach eine rationale Entscheidung, weil das Rabattsystem einen hohen Erwartungswert verspricht. Erst durch den Eintritt gewisser Ereignisse, die z.B. den Bedarf unerwartet reduzieren, wird das Rabattschema für einige Kunden, wenn man nur den Erwartungswert betrachtet, unattraktiv. In diesem Moment hat sich aber dann der Referenzpunkt des Kunden schon verschoben und er zögert trotz des niedrigen Erwartungswerts, das Rabattsystem zu verlassen. Zielt die Markteintrittsstrategie eines Konkurrenten des Marktbeherrschers genau auf solche Kunden und werden solche Kunden durch die Referenzpunktverschiebung bzw. durch kognitive Dissonanz davon abgehalten, das Rabattsystem zu verlassen, so kann der Markteintritt des Konkurrenten gefährdet werden.

g) Empirische Überprüfung des zusätzlichen Bindungseffekts von Schwellenrabatten

Empirische Überprüfungen der hier theoretisch belegten zusätzlichen Bindungswirkung mit Daten aus realen Märkten von Rabatten sind dem Autor bisher nicht bekannt, wären aber ausgesprochen wünschenswert. Allerdings werden solche Studien durch zwei Probleme erschwert. Zum einen sind Firmen, die Rabattsysteme anbieten, ausgesprochen zurückhaltend, die nötigen Daten inklusive Daten zu ihren Kos-

ten an Forscher zu geben, die damit einen möglicherweise wettbewerbsrechtlich bedenklichen Effekt belegen wollen. Zum anderen wirkt sich der zusätzliche Bindungseffekt genau so aus, wie eine Präferenz für das Gut, das im Rabattsystem verkauft wird: Die Menschen kaufen mehr von dem Produkt, das im Rabattsystem angeboten wird. Daher würden der Bindungseffekt und die Präferenz für das Gut, das im Rabattsystem angeboten wird, bei der Nutzung von Daten aus realen Märkten leicht konfundiert. Ökonomische Laborexperimente dagegen erlauben es, die Zahlungsbereitschaft für ein Gut zu induzieren und so den Bindungseffekt von der Präferenz zu trennen. Solche Laborexperimente haben den hier vorgestellten zusätzlichen Bindungseffekt von Zielrabattsystemen bestätigt.⁴⁴³

Beckenkamp und Maier-Rigaud (2006) orientierten ihr Experiment am Sachverhalt der Entscheidungen in Sachen Michelin und ließen Studenten in die Rolle von Einkaufsmanagern schlüpfen. Die Firma des Einkaufsmanagers war ein Zwischenhandelsunternehmen, das Waren kaufte und wieder verkaufte. Die Firmengewinne, welche die Studenten maximieren sollten, hingen also davon ab, wie billig und wie viel die Firma einkaufte und wie viel sie verkaufte. Die Firma konnte das Gut sowohl von einem Unternehmen kaufen, das ein Rabattsystem anbot als auch von einem anderen, das kein Rabattsystem anbot. Um den Rabatt zu erhalten, musste die Firma eine bestimmte Mindestmenge im Kalenderjahr beim Rabattverkäufer abnehmen. Das konnte sich durch den Preisnachlass auszahlen. Es konnte aber auch zu Gewinneinbußen führen, wenn die Menge, die bestellt wurde, um den Rabatt zu erhalten, nicht vollständig abgenommen wurde, sodass mehr gekauft wurde, als verkauft werden konnte. Beckenkamp und Maier-Rigaud fanden heraus, dass ihre Probanden auch dann weiter bis zur Rabattschwelle im Rabattsystem kauften, wenn die Weiterverkaufsaussichten so schlecht waren, dass sie dadurch im Erwartungswert weniger verdienten, als durch den Kauf bei der Firma ohne Rabattsystem. Außerdem finden Beckenkamp und Maier-Rigaud Anzeichen dafür, dass größeres Risiko den zusätzlichen Bindungseffekt verstärkt.

Das Experiment von Maier-Rigaud und Beckenkamp bestätigt damit grundsätzlich die hier beschriebene zusätzliche Bindungswirkung von Schwellenrabatten. Jedoch ließen sie ihre Probanden in einem simulierten Unternehmensmarkt agieren. Es wurde jedoch herausgearbeitet, dass es mindestens unklar ist, ob Unternehmen sich verhalten, wie Probanden in einem ökonomischen Labor. Interessant ist daher vor allem die Untersuchung von Konsumentenrabatten im Labor. Diese unterscheiden sich allerdings von Rabatten auf Unternehmensmärkten.

Daher konzentrieren sich Morell, Glöckner und Towfigh (2009) mit ihrem Experiment auf Verbrauchermärkte. Sie orientierten ihr Experiment an einem Rabattschema mit dem Namen „Ziele setzen“, das Lufthansa eine gewisse Zeit lang ihren *Frequent Travelern* anbot. Lufthansa bot Vielfliegern einen zusätzlichen Rabatt in Meilen an, wenn sie eine Schwelle erreichten, die sie sich selbst gesetzt hatten.⁴⁴⁴

443 Beckenkamp/Mayer-Rigaud (2006); Morell/Glöckner/Towfigh (2009).

444 Weitere Beispiele für Zielrabatte für Endverbraucher bieten die Rabattsysteme der Herrenausstatter Anson's und Peek & Cloppenburg, die je für eine adäquate Rabattschwelle sorgen,

Auf einer Internetseite von Lufthansa konnten Kunden angeben, wie viel sie in den kommenden drei Monaten fliegen würden. Die Seite rechnete aus, wie viele reguläre Meilen der Kunde somit erflöge. Diese Meilenzahl war die Rabattschwelle. Der Rabatt war umso höher, je höher die Schwelle lag. So hatte der Kunde einen Anreiz, eine realistische Einschätzung seiner Flugaktivitäten für die nächsten drei Monate anzugeben, denn gab er eine zu hohe Schwelle an, so wurde es unwahrscheinlich, dass er sie erreichte. Gab er eine zu niedrige Schwelle an, erreichte er sie zwar sicher, aber sein Rabatt fiel geringer aus, als wenn er die richtige Höhe angegeben hätte.

Die Marketingabteilung von Lufthansa scheint die Psychologie von Rabatten gut verstanden zu haben. Um den kundenbindenden Effekt zu verstärken, mussten sie erreichen, dass der Kunde seinen Referenzpunkt so verschiebt, dass er es als Verlust auffasst, den Rabatt nicht zu erreichen. Dies kann geschehen, indem er es sich zum Ziel setzt, den Rabatt zu erreichen. So nannte Lufthansa ihr Programm „Ziele setzen“ und warb in der Mail, mit der sie Vielflieger auf ihr Programm aufmerksam machte, so: „Kennen Sie das gute Gefühl, ein gestecktes Ziel zu erreichen?“ Wenn man nun berücksichtigt, dass Meilen z.B. in Kreisen von Unternehmensberatern durchaus als Statussymbol gelten, wird klar, dass dieses Ziel, die zusätzlichen Meilen zu erreichen, für viele Kunden nicht bedeutungslos war.

Würde Lufthansa dieses Rabattsystem, das bisher nur für einen kleinen Kundenkreis angeboten wurde, auf eine größere Kundengruppe ausweiten, so könnte das Unternehmen seine Kunden stärker gegen Preissenkungen der Wettbewerber immunisieren. Die Wettbewerber müssten Lufthansa stärker unterbieten als in Abwesenheit des Rabatts, um Kunden aus dem Rabattsystem zum Wechsel zu veranlassen.

Das Experiment von Morell, Glöckner und Towfigh (2009) gab Probanden in zehn oder fünfzehn Wiederholungen die Gelegenheit, ein Gut in einem Rabattsystem zu kaufen und die Differenz zwischen dem Wert des Guts und dem Preis ausgezahlt zu erhalten (Option A). Anstelle des Guts konnten die Probanden auch eine sofortige Auszahlung wählen (Option B). Pro Wiederholung konnte entweder ein Gut gekauft oder einmal die sofortige Auszahlung gewählt werden. Diese Wahlmöglichkeit repräsentiert wiederholte Kaufsituationen, in denen man die Wahl zwischen zwei Gütern hat. Wurde eine Mindestmenge des von Option A repräsentierten Guts gekauft, erhielt der Proband einen Rabatt, der die Auszahlung im Rabattsystem sehr attraktiv machte. Erreichte man diese Mindestmenge nicht, war die Wahl der sofortigen Auszahlung (Option B) günstiger. Ob man den Rabatt erreichte, hing einerseits davon ab, ob man regelmäßig Option A wählte. Allerdings bestand die Möglichkeit, dass Wiederholungen mit vorher bekannt gegebener Wahrscheinlichkeit ausfielen und Probanden davon abgehalten wurden, überhaupt eine Option zu wählen. Dies

indem sie viele Schwellenstufen installieren, damit für jeden Kunden ein realistisch erreichbares Ziel existiert. Ein weiteres Beispiel sind die immer wieder durchgeführten Punktesammelaktionen von Nutella oder anderen Lebensmittelmarken, bei denen bis zu einem Stichtag eine Mindestanzahl an Sammelpunkten in eine Prämie getauscht werden kann. Auch diese Rabatte haben oft, aber nicht notwendig, eine Vielzahl an Schwellenstufen.

repräsentiert im Beispiel des Lufthansarabatts die Möglichkeit, dass man zwar dachte, man werde im kommenden Mai nach San Diego fliegen, nun aber feststellt, dass die dortige Konferenz ausfällt, die Tochter krank ist, das Wetter den Flug unmöglich macht oder man durch ähnlich zwingende Gründe verhindert ist.

Das Experiment von Morell, Glöckner und Towfigh war so konstruiert, dass es zwar am Erwartungswert der Auszahlung gemessen günstig war, in das Rabattsystem einzusteigen und das Gut zu kaufen, dass sich aber, sobald eine Runde ausgefallen war, der Erwartungswert der Auszahlung derart reduzierte, dass es nun günstig war, ab diesem Moment die sofortige Auszahlung zu wählen.

Der Befund dieses Experiments ist, dass die Probanden gerade dies nicht taten, sondern trotz des verringerten Erwartungswerts weiter im Rabattsystem kauften. Auch dieser Befund bestätigt den zusätzlichen Bindungseffekt von Zielrabatten.

Daneben konnten Morell, Glöckner und Towfigh belegen, dass der Bindungseffekt umso stärker wurde, je länger die Probanden vorher im Rabattschema gekauft hatten.

Anzeichen für eine Verstärkung des Bindungseffekts durch größeres Risiko, wie sie von Beckenkamp und Maier-Rigaud gefunden wurden, konnten Morell, Glöckner und Towfigh nicht beobachten.

Der hier beschriebene zusätzliche Bindungseffekt von Rabatten hat sich also im Labor als recht robuster Befund erwiesen. Insgesamt ist daran zu erinnern, dass Evidenz aus dem Labor vor allem dazu geeignet ist, zu zeigen, was in realen Märkten möglich ist, und insbesondere nicht gut geeignet ist, die Stärke von Effekten zu bestimmen. Der hier aufgezeigte zusätzliche Bindungseffekt kann daher stärker oder schwächer sein, als die hier aufgeführten Modelle ihn vorhersagen. Wichtig ist aber, dass ein effektbasierter Ansatz im Kartellrecht bei der Auswertung von Marktdaten zu Konsumentenmärkten im Prozess insbesondere auch auf eine Verstärkung des Marktverschlusses durch abnehmende Sensitivität in Gewinnen und Verlusten achten sollte.

III. Der Test des Gerichtshofs und die Verstärkung des Sogeffekts

Das recht weitgehende Verbot von Schwellenrabatten durch den Gerichtshof erfährt durch den im 4. Kapitel belegten zusätzlichen Sogeffekt für Verbrauchermärkte eine gewisse Unterstützung. Tatsächlich können Schwellenrabatte auf Verbrauchermärkten, auf denen eine erhebliche Asymmetrie zwischen Marktbeherrscher und seinen Wettbewerbern besteht, es einem ebenso effizienten Wettbewerber gravierend erschweren, in den Markt einzutreten, indem sie den Sogeffekt durch die Nutzung mentaler Prozesse verstärken. Auch wenn das Argument dieses Kapitels, den Test des EuGH eher stützt, so überwiegt dennoch die Kritik, dass der Test des EuGH – zum Beispiel weil er mit dem Abstand der Marktanteile eine zu allgemeine Asymmetrie betrachtet – zu weit ist.

IV. Der Kommissionstest und die Verstärkung des Sogeffekts

Der Kommissionstest berücksichtigt die Verstärkung des Sogeffekts zum Teil automatisch. Der Kommissionstest verlangt, über das *contestable share*⁴⁴⁵/*viable share*⁴⁴⁶ einen effektiven Preis nicht unter durchschnittlichen variablen Kosten zu verlangen. Der Kunde, der sein *viable share* bei einem Konkurrenten zu einem Preis in Höhe von dessen durchschnittlichen variablen Kosten kauft, steht also ebenso gut, wie ein Käufer, der sein *viable share/contestable share* beim Rabattanbieter kauft. Daher gibt es keinen Verlust, sodass sich der Käufer auch nicht im *loss frame* befinden und nicht risikosuchend handeln sollte. Wofür sollte er das Risiko eingehen, wenn er beim Wettbewerber ebenso einen guten Preis erhält, wie wenn er beim Rabattanbieter tatsächlich den Rabatt erreicht?

Zur Illustration ein Beispiel: Der Käufer K benötigt 10 Einheiten eines homogenen Guts, das der Monopolist M und der ebenso effiziente Wettbewerber E zu null Kosten produzieren. Das *viable share/contestable share* beträgt 2. Der M bietet sein Produkt für 1 € an und gewährt beim Kauf von 10 Einheiten einen Rabatt von 20 % auf alle gekauften Einheiten. Der Preis des *contestable shares* ist damit null und gleich den Kosten des E. E bietet zu einem Preis gleich Kosten in Höhe von null an. Wenn nun der K 8 Einheiten gekauft hat und sein Referenzpunkt bei einer Rente liegt, die der entspricht, die er erlangt, wenn er den Rabatt erreicht, so hat er dennoch keinen Grund, nicht zu E zu wechseln. Denn er wird bei E genau die Rente erreichen, die er bekäme, wenn er die letzten beiden Einheiten bei M gekauft hätte. Erst bei einem Rabatt über 20 % würde K nicht mehr zu E wechseln. Dann aber ist das Rabattsystem nach dem Kommissionstest nicht mehr legal.

Die zusätzliche Bindungswirkung aufgrund von versunkenen Kosten, risikosuchendem Verhalten und kognitiver Dissonanz entsteht aber vor allem dann, wenn der Käufer seinen Bedarf nicht genau vorhersagen kann, sodass eine gewisse Unsicherheit über seine Nachfrage besteht. Besteht Unsicherheit über das Erreichen der Schwelle bei vielen Käufern, ist es für den Konkurrenten des Rabattanbieters eine sinnvolle Strategie, vor allem auf die Versorgung derjenigen Käufer zu zielen, für die sich die Wahrscheinlichkeit realisiert, den Rabatt zu verfehlen. Sie müssten an einem gewissen Punkt während der Referenzperiode einsehen, dass sich der Verbleib im Rabattsystem nicht lohnt. So würden sie zu freien Käufern. Der K aus dem obigen Beispiel könnte zum Beispiel gedacht haben, er würde im kommenden Halbjahr viermal in die USA und zurück fliegen. Daher meinte er eine Rabattschwelle, die acht Transatlantikflügen entspricht, könne er leicht erreichen, sodass er an einem entsprechenden Rabattprogramm seiner Fluglinie teilnahm. Wenn er nun einen Flug absagen muss, wäre er normalerweise ein freier Käufer, da es nun unwahrscheinlich ist, dass er den Rabatt noch erreichen würde. Die Verstärkung des Sogeffekts durch kognitive Dissonanz oder Referenzpunktverschiebung wird aber

445 So in Europäische Kommission (2009).

446 So in Europäische Kommission (2005), die Begriffe *contestable share* und *viable share* werden im folgenden Abschnitt synonym verwandt.

gerade dieser Einsicht des K, dass er sich um den Rabatt nicht mehr scheren sollte, verstellen, sodass er bei seiner Fluglinie bleiben wird, in der Hoffnung, den Rabatt dennoch zu erreichen. Der zusätzliche Sogeffekt würde so eine sinnvolle Marktzutrittsstrategie verstellen.

Bestimmt der Kommissionstest das *contestable share* auf Basis des gesamten Markts, so kann er diesen Verhaltenseffekt nicht berücksichtigen, denn mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit werden eine gewisse Zahl an Kunden den Rabatt frühzeitig schon nicht mehr erreichen können und so nach dem Rationalmodell zu freien Käufern werden. Der Preis des Rabattanbieters läge über den durchschnittlichen variablen Kosten. Dennoch würde der hier beschriebene Verhaltenseffekt dazu führen, dass ein erheblicher Teil von ihnen faktisch dennoch im Rabattsystem gebunden bliebe, sodass nur ein kleinerer Nachfrageteil, als es eine reine Preisanalyse zeigen würde, tatsächlich dem Wettbewerb ausgesetzt wäre.

Bestimmt die Kommission dagegen das *contestable share* auf individueller Basis, so hat K wie gezeigt schon keinen Grund, ausschließlich im Rabatt zu kaufen, wenn er sicher ist, den Rabatt zu erreichen, und hat dies noch weniger, wenn das Erreichen des Rabatts unsicher ist.

Seit der Intel-Entscheidung scheint es als wolle die Kommission das *contestable share* für jeden Käufer einzeln bestimmen.⁴⁴⁷

V. Integration der Verstärkung des Sogeffekts in den Tatbestand der Missbräuchlichkeitsvermutung gegen Rabatte

Als Ergebnis der Kritik an der Kartellrechtsanwendung aus verhaltenswissenschaftlicher Perspektive bleibt ein weiterer Fall eines dem Marktverschluss durch Rabatte zuträglichen Marktumsfelds festzuhalten. Dieser Fall ist als weitere Variante in den oben in Kapitel 3 entwickelten Tatbestand der Missbräuchlichkeitsvermutung aufzunehmen.

Die Missbräuchlichkeitsvermutung gegen rückwirkende Schwellenrabatte ist auch dann anzuwenden, wenn:

die Rabattschwelle in Höhe des erwarteten Gesamtbedarfs in der Referenzperiode liegt und

das Erreichen der Rabattschwelle unsicher ist und

auf der Nachfrageseite im Wesentlichen Verbraucher oder von individuellen Entscheidungen dominierte Agenten stehen.

Die Verstärkung des Sogeffekts durch versunkene Opportunitätskosten, kognitive Dissonanz und risikosuchendes Verhalten in Verlusten erscheint auf Verbrauchermärkten ausreichend robust, um einen Marktverschluss zu verursachen oder zu verstärken. Daher sollte auch hier die Missbräuchlichkeitsvermutung greifen.

447 KomE „Intel“ COMP/37.990.

5. Kapitel: Zusammenfassung des gefundenen Tatbestands der Missbräuchlichkeitsvermutung gegen Schwellenrabatte

Die vorliegende Arbeit hat durch Rezeption sowohl theoretischer wie verhaltensökonomischer Literatur die folgenden Merkmale identifiziert, die eine Missbräuchlichkeit von Schwellenrabatten mit einiger Zuverlässigkeit vorhersagen.

I. Es liegt ein Schwellenrabatt mit einer erheblichen Sprungstelle vor.

II. Die Rabattschwelle liegt nah am erwarteten Gesamtbedarf des Käufers (Ausnahme die fünfte Variante des Elements Marktumfeld).

III. Die Referenzperiode ist nicht kürzer als drei Monate und die Referenzperioden verschiedener Käufer überlappen sich nicht.

IV. Der Bindungswirkung des Rabatts kann nicht durch Lagerung des Produkts ausgewichen werden, z.B. dadurch, dass die Rabattschwelle erreicht wird, indem der Bedarf an einem leicht lagerbaren Gut für zwei Referenzperioden in einer gedeckt wird.

V. Es besteht zwischen dem Marktbeherrscher und seinen Konkurrenten eine Asymmetrie, die es den Konkurrenten unmöglich macht, das Rabattsystem erfolgreich zu replizieren. Diese Asymmetrie kann liegen in:

- dem Erfordernis für einen nachhaltigen Marktzutritt einen Mindestmarktanteil von erheblicher Größe zu erreichen,

- der Tatsache, dass der Rabatt ein Bündel von Produkten umfasst, von denen die Konkurrenten des Marktbeherrschers nur einen Teil anbieten und von denen der Marktbeherrscher einen Teil als weitgehend unangefochtener Monopolist anbietet sowie

- der Tatsache, dass das Produkt des Marktbeherrschers für den Käufer ein *must stock item* ist.

Die Asymmetrie kann mit den angegebenen Einschränkungen auch in folgenden Umständen liegen.

- Der Marktbeherrscher ist in der Lage, den Kunden Angebote zu machen, von denen der Konkurrent in der Regel nicht erfährt und auf die er daher nicht mit Gegenangeboten reagieren kann.

- Die Konkurrenten des Marktbeherrschers sind in ihrer Kapazität beschränkt und nicht in der Lage, die Ausschließlichkeitwirkung des Rabatts des Marktbeherrschers durch ausschließliche Belieferung weniger Kunden zu umgehen.

Ein bloßer erheblicher Abstand zwischen Marktanteilen vermag die hier geforderte Asymmetrie nicht zu begründen.

VI. Um Missbrauch zu begründen, muss weiterhin eine von sechs Varianten erfüllt sein, die vor allem das Marktumfeld charakterisieren, in dem der Rabatt angeboten wird.

a) Variante 1:

1) Der Rabattanbieter kann einem großen Teil der Kunden Angebote machen, auf die der Wettbewerber nicht vor Annahme durch den Kunden mit einem Gegenangebot reagieren kann und

2) es besteht auf Seiten des Käufers Unsicherheit darüber, wie niedrig die Preise sind, die anzubieten die Wettbewerber des Marktbeherrschers sich leisten können.

b) Variante 2

1) Der Entrant muss mindestens ein *minimum viable share* des Marktes versorgen, um sich nachhaltig am Markt zu etablieren und

2) es besteht zwischen den Kunden kein derart intensiver Wettbewerb, dass ein Weiterverkäufer oder Weiterverarbeiter, der zu niedrigeren Preisen einkauft als seine Konkurrenten, seinen Marktanteil kurzfristig vervielfältigen kann.

3) Die Koordinationsschwierigkeiten, die das Erfordernis des *minimum viable shares* für die Käufer erzeugt, können diese nicht lösen, indem sie z.B. gegenseitig ihre Kaufentscheidungen exakt und zu zumutbaren Kosten beobachten.

c) Variante 3:

1) Der Schwellenrabatt bündelt einen Markt, auf dem die Marktmacht des Marktbeherrschers unangefochten ist, mit einem anderen Markt, auf dem die Marktmacht angegriffen wird oder werden kann. (Möglich ist auch, dass er zwei Märkte verbindet, auf denen beiden die Marktmacht angegriffen werden kann – allerdings nie von einem Konkurrenten zugleich.)

2) Und auf beiden Märkten kaufen typischerweise dieselben Käufer.

3) Und der Rabatt

(a) bündelt stark komplementäre Güter, und es ist auf absehbare Frist Marktzutritt durch nicht mehr als einen Wettbewerber absehbar oder

(b) bündelt unabhängige Güter oder legt den Marktbeherrscher dahin gehend fest, dass er das Bündel nicht wieder auflösen kann, wenn es später opportun erscheint. (D.h. zum Beispiel, der Marktbeherrscher kann glaubhaft *take-it-or-leave-it*-Angebote machen, bei denen Nachverhandlungen ausgeschlossen sind.)

d) Variante 4:

1) Der Rabatt führt über eine gewisse, nicht unerhebliche Menge zu negativen inkrementellen Preisen, und

2) der Konkurrent/die Konkurrenten hat/haben einen erheblich schwereren Zugang zu Kapital als der Marktbeherrscher, wobei dieser beschränkte Kapitalzugang nicht Ausdruck der geringeren Effizienz des Konkurrenten oder der geringeren Qualität seiner Produkte ist, und

3) ein Wechsel von einem Produkt zum andern impliziert Kosten für den Käufer.

e) Variante 5:

1) Der Entrant muss, um erfolgreich an den Markt zu kommen (aufgrund von Netzwerkeffekten oder Skaleneffekte) mindestens einen erheblichen Marktanteil (*minimum viable share*) aus Käufern heterogener Größe erreichen und

2) ein Entrant kann nie erwarten, die ganze Nachfrage der Kunden zu befriedigen oder der Rabatt führt bei einigen Abnehmern zu Preisen, die im Durchschnitt unter den durchschnittlichen variablen Kosten des Marktbeherrschers liegen und

3) der Rabatt teilt die Marktgegenseite so in große und kleine Käufer auf, dass nur die großen den Rabatt je erreichen werden und ein ebenso effizienter Entrant, um sich dauerhaft am Markt etablieren zu können, auch einige der großen Käufer zu seinen Kunden machen muss. (Hier muss die Rabattschwelle nicht zwingend in Höhe des Gesamtbedarfs liegen.)

f) Variante 6:

1) Der Rabatt wird gewährt bei Erreichen einer Schwelle in Höhe des erwarteten Gesamtbedarfs während der Referenzperiode und

2) das Erreichen der Rabattschwelle(n) ist unsicher und

3) auf der Nachfrageseite stehen im Wesentlichen Verbraucher oder von individuellen Entscheidungen dominierte Agenten.

6. Kapitel: Illustrative Anwendung des in dieser Arbeit gefundenen Tests auf Michelin I, II, British Airways und Intel

Im folgenden Kapitel soll die Funktionsweise des Tatbestands der Missbrauchsvermutung gegen Rabatte dadurch illustriert werden, dass er auf die drei wichtigsten europäischen Gerichtsfälle zu Schwellenrabatten angewandt wird. Dabei ist nicht Ziel, zu einer anschließenden Bewertung der Entscheidungen der Gerichte zu kommen. Vielmehr kann insbesondere dort, wo die Sachverhaltsaufklärung im betreffenden Verfahren eine Subsumtion unter den hier gefundenen Tatbestand nicht vollständig erlaubt, nur darauf hingewiesen werden, welche Informationen in einem ähnlich gelagerten Fall ebenfalls zu erheben wären.

I. Michelin I

a) Der Fall

NBIM war die niederländische Tochtergesellschaft von Michelin, zuständig für den Vertrieb von Michelinreifen in den Niederlanden und die Produktion von Reifen für schwere Nutzfahrzeuge.⁴⁴⁸ Schloss man runderneuerte Reifen nicht in den relevanten Markt ein, so hatte NBIM in den Niederlanden auf dem Markt für Ersatzreifen für schwere Nutzfahrzeuge einen Marktanteil von 57–65 %; der wichtigste Wettbewerber bediente einen Marktanteil von 4–8 %.⁴⁴⁹ Schloss man runderneuerte Reifen in den relevanten Markt ein, so reduzierte sich der Marktanteil von NBIM auf 37 %.⁴⁵⁰ Ersatzreifen für schwere Nutzfahrzeuge wurden in der Regel über Zwischenhändler vertrieben und machten etwa 12–18 % des Umsatzes der Zwischenhändler aus.⁴⁵¹

Michelin bot seinen Zwischenhändlern nun einen Rabatt an, der ab 1979 an die Bedingung geknüpft war, dass der Zwischenhändler ein individuell zwischen NBIM und ihm ausgehandeltes Umsatzziel mit Ersatzreifen für schwere Nutzfahrzeuge erreichte. (Vor 1979 galt eine Rabattstaffel mit drei gestuften Zielen, die mit steigen-

448 EuGH Michelin I. 322/81, Rn. 1.

449 EuGH Michelin I. 322/81, Rn. 33.

450 EuGH Michelin I. 322/81, Rn. 34.

451 EuGH Michelin I. 322/81, Rn. 35.

den Rabatten verknüpft waren.)⁴⁵² Die Referenzperiode für den Rabatt betrug ein Jahr.⁴⁵³

b) Subsumtion

1) Es handelte sich um einen Schwellenrabatt mit erheblicher Sprungstelle.

2) Ob die Schwelle nah am Gesamtbedarf der Zwischenhändler lag, ergibt sich aus dem Urteil nur indirekt. Idealerweise hätte hierzu Beweis erhoben werden müssen. Ist die Beweisbarkeit der Relation von Schwelle und Bedarf praktisch ausgeschlossen, ist zu erwägen, dem EuGH darin zu folgen, die individuelle Festsetzung der Schwelle als starkes Indiz für eine Schwelle nah am Gesamtbedarf zu werten, das nur durch einen Gegenbeweis entkräftet werden kann. Zumindest dieses Indiz lag in Michelin I. vor.

3) Die Länge der Referenzperiode betrug ein Jahr und liegt damit über drei Monaten.

4) Ersatzreifen müssten so schlecht lagerbar sein, dass ein Zwischenhändler sich den Rabatt nicht dadurch sichern kann, dass er durch Deckung des Bedarfs für zwei Jahre während eines Jahres die Schwelle erreicht.

Hierzu macht das Urteil keine Angaben. Allerdings scheint es so zu sein, dass die Lagerung von Reifen, insbesondere solchen für schwere Spezialfahrzeuge, extrem viel Platz beansprucht. Die Reifen sollten offenbar außerdem vor Hitze und direkter Sonneneinstrahlung geschützt werden, um den Alterungsprozess des Gummis nicht zu beschleunigen. Dies erfordert im Regelfall eine Lagerung im Innenbereich. Eine lange Lagerung würde daher extrem große Hallen erfordern, was sehr teuer wäre. Diese Kosten scheinen die Zwischenhändler in der Regel nicht eingehen zu wollen. Das Merkmal der schlechten Lagerbarkeit erscheint daher erfüllt.

5) Die einzige Asymmetrie, die das Urteil untersucht, ist der Abstand der Marktanteile zwischen NBIM (57–65 %) und ihrem nächstgrößten Konkurrenten (4–8%). Diese Asymmetrie reicht nach der hier geführten Untersuchung nicht aus, um festzustellen, dass ein effizienterer Konkurrent gegen das Rabattsystem nicht bestehen könnte. Hier wäre mindestens die Feststellung erforderlich gewesen, dass jeder Zwischenhändler einen erheblichen Anteil seines Sortiments mit Michelinreifen für schwere Nutzfahrzeuge bestücken musste oder dass kein anderer Konkurrent alle Arten von Reifen, die das Rabattsystem umfasste, produzieren konnte.

6) Fraglich ist, welcher Fall eines Marktverschlusses erleichternden Marktumfelds in Michelin I einschlägig war.

(a) Variante 1 ist nicht einschlägig, da es nicht um Marktzutritt ging, die Konkurrenten von NBIM lange etabliert waren und die Zwischenhändler daher informiert

⁴⁵² EuGH Michelin I. 322/81, Rn. 64–67.

⁴⁵³ EuGH Michelin I. 322/81, Rn. 81.

gewesen sein werden, welchen Preis die Konkurrenten sich anzubieten leisten konnten.

(b) Variante 2 scheint eher nicht einschlägig zu sein, da offenbar ein Marktzutritt nicht die Erreichung eines *minimum viable shares* verlangte: Alle Konkurrenten von Michelin waren offenbar nachhaltig am Markt etabliert und dies auf einem relativ niedrigeren Marktanteil. Auch die berichteten Schwankungen des Marktanteils des nächstgrößten Konkurrenten (zwischen 4 und 8 % über fünf Jahre)⁴⁵⁴ haben nicht zu seinem Untergang geführt und könnten daher die Vermutung stützen, dass ein Mindestmarktanteil nicht überlebenswichtig war. Außerdem betraf der Fall nur LKW-Reifen. Es ist nicht unwahrscheinlich, dass die Produktion für Michelins Konkurrenten leicht von PKW- auf LKW-Reifen umzustellen war. Auch ein solcher Umstand würde gegen ein *minimum viable share* sprechen, da dann der schrittweise Marktzutritt durch Umstellung der auf dem Markt für PKW-Reifen etablierten Produktionsanlagen möglich gewesen wäre. Hier wären sicher mehr Informationen wünschenswert gewesen.

(c) Variante 3 ist nicht einschlägig, da der Rabatt von NBIM – zumindest nach der Marktdefinition der Kommission – nicht verschiedene Märkte miteinander verband.

(d) Variante 4 ist nicht einschlägig, da die Konkurrenten von Michelin nicht in ihrem Zugang zu Kapital beschränkt waren. Im Gegenteil behauptet Michelin sogar, ihre Konkurrenten hätten eine erheblich größere Finanzkraft als sie selbst.⁴⁵⁵

(e) Variante 5 macht ebenfalls die Erreichung eines Mindestmarktanteils durch die Konkurrenten zur Voraussetzung ihrer nachhaltigen Etablierung am Markt. Sie scheidet daher aus demselben Grund aus wie Variante 2.

(f) Variante 6 könnte, da die Kunden von Michelin keine Verbraucher waren, allenfalls einschlägig sein, wenn es hätte belegt werden können, dass die Zwischenhandelsunternehmen in ihrer ganz überwiegenden Mehrheit kleine, von individuellen Entscheidungen dominierte Unternehmen gewesen wären.

Damit wäre im Fall Michelin I. die Vermutung der Missbräuchlichkeit von Rabatten wahrscheinlich mangels eines den Marktverschluss fördernden Marktumfelds vorbehaltlich genauerer Informationen zu einigen Tatbestandsmerkmalen nicht begründet gewesen.

454 EuGH Michelin I 322/81 Rn. 33.

455 EuGH Michelin I 322/81 Rn. 54.

II. Michelin II

a) Der Fall

Michelin Frankreich ist Hersteller von Ersatzreifen für LKW und Busse und anderer Reifen.⁴⁵⁶ In diesem Fall spielten nur die Preisstrategien für LKW- und Bus-Ersatzreifen eine Rolle. Diese Ersatzreifen werden über Zwischenhändler an Konsumenten vertrieben.⁴⁵⁷ Den Bedarf an Ersatzreifen decken die Konsumenten sowohl mit neu produzierten als auch mit runderneuterten Reifen. Auch Michelin bot Runderneuerung an.⁴⁵⁸ Michelin bot über den betrachteten Zeitraum den Zwischenhändlern sieben Vereinbarungen an, die Gegenstand der dem Urteil zugrunde liegenden Kommissionsentscheidung sind:⁴⁵⁹

- einen Jahresumsatzrabatt, der den Rabatt abhängig vom Umsatz in 47 Stufen, die zwischen einem Jahresumsatz von 9000 Francs und 22.000.000 Francs liegen, von 7,5 % auf 13 % anhebt (Der Rabatt gilt jeweils rückwirkend auf den gesamten Jahresumsatz.)
- einen Qualitätsrabatt, der gewährt wurde, wenn der Zwischenhändler bestimmte Merkmale eines qualitativen Vertriebs erfüllte
- eine Steigerungsprämie, die gewährt wurde, wenn der Zwischenhändler einen individuell vereinbarten Mindestumsatz mit Michelinreifen um 20 % überschritt
- ein Sofortnachlass, der sofort auf größere Bestellungen gewährt wurde
- eine Zielprämie, die das Erreichen einer individuell gesetzten Umsatzschwelle mit 2 % Rabatt auf den gesamten Jahresumsatz vergütete
- einen Jahresendbonus, der gewährt wurde, wenn der Zwischenhändler mindestens 50 % seines Gesamtumsatzes mit Michelinreifen bestritt
- einen Mehrproduktbonus

Für die illustrative Subsumtion unter den in dieser Arbeit entwickelten Test sind lediglich der Jahresumsatzrabatt, die Steigerungsprämie, die Zielprämie und der Jahresendbonus interessant, da nur sie bedingte Rabatte darstellen, die gewährt werden, wenn eine Umsatzschwelle überschritten wird.

456 EuG Michelin II. T-203/01 Rn. 1.

457 EuG Michelin II. T-203/01 Rn. 2

458 EuG Michelin II. T-203/01 Rn. 3.

459 EuG Michelin II. T-203/01 Rn. 4–21

b) Subsumtion

1) Zielprämie und Steigerungsprämie

(a) Beide Prämien stellen Auszahlungen dar, die an die Erreichung einer individuell vereinbarten Umsatzschwelle anknüpfen. Dass die Zahlungen nicht als Preisnachlass deklariert sind, ist unschädlich, da sie faktisch wie ein Preisnachlass wirken. Damit handelt es sich um Schwellenrabatte.

(b) Wenn wir auch hier der individuellen Vereinbarung mit dem EuGH Indizwirkung für eine Schwelle nahe am Gesamtbedarf zumessen, kann das erste Tatbestandselement der Schwelle nahe am Gesamtbedarf als erfüllt gelten.

(c) Die Referenzperiode ist mit einem Jahr länger als die erforderlichen drei Monate.

(d) Dass Reifen schlecht lagerbar sind, wurde schon oben beim ersten Michelin-Urteil begründet.

(e) Wie schon beim ersten Michelin-Urteil ist auch im zweiten keine Asymmetrie begründet, welche die Konkurrenten davon abgehalten hätte, das Rabattsystem von Michelin erfolgreich anzugreifen. Auch hier hätte am nächsten gelegen, zu prüfen, ob nicht Michelinreifen für die Zwischenhändler *must stock items* waren. Erstaunlicherweise äußert sich das Urteil nicht einmal zu Marktanteilen. Offenbar fand das Gericht die Marktanteile hätten bei der Bewertung der Rabattsysteme als Missbrauch keine Bedeutung. Da Michelin die Feststellung der Kommission, Michelin sei Marktbeherrscher, nicht rügte, beschäftigte sich das EuG nicht weiter mit Marktanteilen.

(f) Marktstruktur

(1) Aus denselben Gründen wie in Michelin 1 erscheinen Variante 1 und 2 nicht einschlägig. Weder Unsicherheit über den Preis noch das Erfordernis eines *minimum viable shares* sind ersichtlich oder wahrscheinlich.

(2) Ziel- und Steigerungsprämie bündeln auch nicht unangegriffene mit angegriffenen Monopolmärkten von Michelin, sodass auch Variante 3 nicht einschlägig erscheint.

(3) Zu Variante 4 wurden keine Informationen erhoben. Die finanziellen Beschränkungen der Wettbewerber von Michelin sind daher nicht bekannt. Ein Jahres-schwellenrabatt von 2 % über dem Jahresumsatz, wie ihn die Zielprämie und wohl auch die Steigerungsprämie gewährten, führt allerdings tatsächlich über eine gewisse Menge zu negativen inkrementellen Preisen. Fraglich ist nur, ob diese Menge von erheblichem Umfang ist. Dies ist bei Erreichen der Schwelle faktisch über die letzten Bestellungen im Umfang von 2 % des Jahresumsatzes der Fall. Dies könnte eine erhebliche Menge darstellen. Allerdings verursacht der Wechsel von einem Reifenfabrikat auf ein anderes wahrscheinlich keine Kosten. Daher ist auch Variante 4 nicht einschlägig.

(4) Erschienen nicht zweifelhaft, ob für einen ebenso effizienten Wettbewerber für einen nachhaltigen Verbleib am Markt das Erfordernis eines Mindestmarktanteils

von erheblicher Größe bestünde, könnte am ehesten Variante 5 die Vermutung der Missbräuchlichkeit der Ziel- und der Steigerungsprämie begründen. Die Käufer von Michelin schienen in der Tat hinsichtlich ihrer Größe heterogen zu sein. Und es erscheint wahrscheinlich, dass ein Konkurrent sowohl einige große als auch einige kleine Abnehmer bedienen muss, um sich nachhaltig am Markt zu halten. Wenn Michelinreifen ein *must stock item* waren, kann ein Konkurrent nie erwarten, die gesamte Nachfrage eines Kunden zu bedienen.

Allerdings ist vollkommen unklar, ob die individuell verhandelten Schwellen so gesetzt waren, dass sie zwischen großen und kleinen Abnehmern diskriminieren konnten. Die individuelle Verhandlung über die Schwellen lässt das eher unwahrscheinlich erscheinen, weil dann kleine Abnehmer z.B. Schwellen hätten verhandeln müssen, die sie nicht erreichen würden. Daher hätte die Missbrauchsvermutung die Ziel- und die Steigerungsprämie wahrscheinlich nicht erfasst.

(5) Etwas anderes könnte gelten, wenn sich die vagen Anhaltspunkte in der Kommissionsentscheidung⁴⁶⁰ verdichteten, die darauf hinweisen, dass Michelin sich sehr kleinen Zwischenhändlern gegenüber sah, die von individuellen Entscheidungsprozessen dominiert waren. Dann wäre Variante 6 des Tatbestands einschlägig, die aufgrund der verhaltensökonomischen Theorien Schwellenrabatte der Missbräuchlichkeitsvermutung unterwirft, wenn sie von einem Marktbeherrscher angeboten werden, der sich Verbrauchern oder sehr kleinen Unternehmen gegenüber sieht, wenn außerdem die Rabattschwelle nahe am erwarteten Gesamtbedarf liegt und unsicher ist, ob ein Käufer die Schwelle wird erreichen können. Die beiden letzteren Voraussetzungen waren im Michelin-II.-Fall wohl gegeben.

2) Jahresendbonus

(a) Auch hier handelte es sich um einen Schwellenrabatte, dessen Referenzperiode länger war als die erforderlichen drei Monate.

(b) Reifen sind schlecht lagerbar.

(c) Falls eine Asymmetrie bestand, dann wahrscheinlich die, dass Michelinreifen ein *must stock item* waren.

(d) Auch hier erscheint am ehesten der Variante 5 einschlägig, falls für einen ebenso effizienten Wettbewerber für einen nachhaltigen Verbleib am Markt das Erfordernis eines Mindestmarktanteils von erheblicher Größe bestünde, die Käufer von Michelin in der Tat hinsichtlich ihrer Größe heterogen waren und ein Konkurrent sowohl einige große als auch einige kleine bedienen muss, um sich nachhaltig am Markt zu halten. Dann wäre zwar zur Begründung der Missbrauchsvermutung insbesondere die Rabattschwelle nahe am Gesamtbedarf entbehrlich. (Der Jahresendbonus erforderte nur die Deckung von 50 % des gesamten Jahresbedarfs mit Michelinreifen.) Jedoch kann eine Rabattschwelle, die am eigenen Bedarf des Zwischenhändlers ausgerichtet ist, nie zwischen großen und kleinen Abnehmern diskriminie-

460 Vgl. oben Fn. 393.

ren. Daher hätte die Missbräuchlichkeitsvermutung gegen den Jahresendbonus mit einiger Sicherheit nicht gegriffen.

3) Jahresumsatzrabatt

Wären die übrigen Voraussetzungen des Tatbestands erfüllt, bestünde die Hauptschwierigkeit bei der Subsumtion des Jahresumsatzrabatts darin, dass der Rabatt derart viele (47) Schwellen aufwies, dass unklar ist, ob er letztlich einen kontinuierlichen Mengenrabatt approximiert oder die Sprungstellen als erheblich gelten und der Jahresumsatzrabatt als Schwellenrabatt einzuordnen ist.

Dazu muss überschlagen werden, ob nicht ausgeschlossen ist, dass der Jahresumsatzrabatt dazu führen kann, dass Michelin das *minimum viable share* unter Kosten anbietet. Ist dies nicht ausgeschlossen, kann die Sprungstelle als erheblich angesehen werden. Dann würde der Rabatt als Schwellenrabatt im Sinne dieses Tests gelten. Diese Prüfung wird hier zu illustrativen Zwecken nur für die in absoluten Zahlen größte Sprungstelle des Rabattsystems durchgeführt, müsste aber für jede Sprungstelle durchgeführt werden. Die in absoluten Zahlen größte Sprungstelle ist die letzte des Rabattsystems. Sie zu erreichen, bedeutet für den Zwischenhändler, der statt 21.999.999 nun 22.000.000 Francs umsetzte, eine Rabattauszahlung von 11000 Francs.⁴⁶¹ 11000 Francs entsprechen etwa 1571 €. Ein Satz von vier Michelinreifen für einen LKW kostet heute etwa 400 €.⁴⁶² Die Sprungstelle entspricht damit knapp vier Sätzen Michelinreifen. Angenommen, die Produktion der Michelinreifen kostet Michelin etwa 350 €. Um herauszufinden, wie groß die letzte Bestellung sein müsste, damit sie effektiv über Kosten verkauft würde, wäre dann folgende Gleichung nach x zu lösen: $(400x-1571)/x=350$. Die Lösung verrät, dass etwa 31 Reifensätze bestellt werden müssten, um den Preis effektiv auf Kostenniveau zu heben. Jede größere Bestellung würde zu einem Preis über Kosten erworben. Obwohl hier nähere Informationen fehlen, ist anzunehmen, dass ein etwaiges *minimum viable share* auf dem Markt für LKW-Reifen, auf dem Michelin bei einem Anbieter, der die betreffende Rabattschwelle erreicht, etwa 7900 Reifensätze absetzt,⁴⁶³ größer ist als 31 Reifensätze pro Jahr pro Zwischenhändler. Daher wird der Rabatt mit hoher Wahrscheinlichkeit nicht dazu führen, dass das *minimum viable share* unter Kosten angeboten wird. Die Sprungstelle erscheint daher eher unerheblich. Der Jahresumsatzrabatt würde, wenn dieser Befund für alle Schwellen bestätigt würde, daher als Mengenrabatt behandelt und nicht als Schwellenrabatt. Der hier entwickelte Test

461 Vgl. EuG Michelin II T-203/01 Rn. 69 die 11000 Francs sind 0,05 % von 22.000.000. Der Rabatt steigt bei Erreichen der Schwelle um 0,05 % und wird auf den gesamten Jahresumsatz gewährt.

462 Vgl. zum Beispiel <http://ssl.delti.com/cgi-bin/rshop.pl>

463 Die Rabattschwelle liegt bei 22.000.000 Francs. Das entspricht etwa 3.142.900 €. Teilt man diesen Betrag durch den hier zugrunde gelegten Preis für einen Satz Michelinreifen von 400 €, so entspricht er rund 7900 Reifensätzen von Michelin.

würde auf ihn daher gar nicht angewandt. Hieran würde auch die Feststellung, dass sich Michelin sehr kleinen Abnehmern gegenüber sah, nichts ändern.

III. British Airways

a) Der Fall⁴⁶⁴

British Airways (BA) war ehemaliger Monopolist auf Flugverbindungen von London in große amerikanische Städte. Nach Aufhebung des legalen Monopols von BA versuchte Virgin Atlantic auf einigen Transatlantikrouten Fuß zu fassen. Dabei ist anzunehmen, dass Virgin Atlantic zwei Beschränkungen begegnete. Erstens waren Slots auf den Londoner Flughäfen knapp und an die großen Fluggesellschaften vergeben, sodass Virgin Atlantic nur langsam und schrittweise Slots erhalten konnte. Zweitens war seine Flugzeugflotte anfangs noch klein und ließ sich ebenfalls nur schrittweise ausbauen.

Flugtickets wurden zu dieser Zeit ganz hauptsächlich über Reisebüros vertrieben, die als Vermittler auftraten, funktional aber dieselbe Aufgabe wie Zwischenhändler erfüllten.

British Airways reagierte auf den Marktzutritt von Virgin auf einigen Transatlantikrouten mit zwei Bonussystemen: der Marketingvereinbarung und der Ergebniszuschlagsregelung. Nach der Marketingvereinbarung erhielten Reisebüros, die einen Umsatz von mehr als 500000 Pfund machten und ihren eigenen Vorjahresumsatz übertrafen einen erheblichen Bonus auf den gesamten Jahresumsatz. Nach der Ergebniszuschlagsregelung erhöhte sich die Provision der Reisebüros auf ihren diesjährigen Monatsumsatz mit BA-Tickets um 1–3 % falls der diesjährige Monatsumsatz zwischen 95 % oder gar mehr als 125 % des entsprechenden Vorjahresmonatsumsatz entsprach.

⁴⁶⁴ Vgl. die Zusammenfassung bei Holzinger (2007), 306 sowie die Schilderung des Falls bei EuG „British Airways“ T-219/99, Rn. 1–19.

b) Subsumtion

1) Die Marketingvereinbarung

(a) Der Bonus müsste ein Schwellenbonus mit einer Bonusschwelle nahe am Gesamtabsatzpotential des Vertriebsagenten sein. (Da wir hier mit einem Bonussystem für Vertriebsagenturen zu tun haben, das funktional äquivalent zu einem Schwellenrabatt ist, müsste leicht umformuliert werden: Anstelle von Rabatt steht hier Bonus, und da die Agentur selbst nichts abnimmt, wird statt einer Rabattschwelle nah am Gesamtbedarf eine Bonusschwelle nahe am Gesamtabsatzpotenzial der Agentur gefordert.)

Der Bonus von BA ist vom Erreichen einer Umsatzschwelle abhängig und damit ein Schwellenbonus

(b) Die Schwelle liegt leicht über dem Umsatz, den das Reisebüro im Vorjahr mit BA-Tickets machte. Dies ist ein guter Näherungswert für den potenziellen Gesamtabsatz eines Reisebüros. Damit liegt die Bonusschwelle nah am Gesamtabsatzpotenzial des Reisebüros.

(c) Die Länge der Referenzperiode der Marketingvereinbarung beträgt ein Jahr und ist, wie vom Tatbestand verlangt, länger als drei Monate.

(d) Die Flüge sind nicht lagerbar, sodass sich ein Reisebüro den Bonus nicht dadurch sichern kann, dass es in einem Jahr den Bedarf für zwei bei BA deckt.

(e) Zwischen BA und Virgin müsste eine Asymmetrie bestehen, die Virgin davon abhielte, das Bonussystem von BA zu replizieren.

Diese Asymmetrie liegt in der Tatsache, dass BA mit dem Rabatt viele verschiedene Märkte zusammenfasst, da jede Städteverbindung ein eigener Markt ist. Ein Flug von London nach Boston kann nicht durch einen Flug von London nach San Diego ersetzt werden, wenn der Termin in Boston stattfindet. Virgin kann aber aufgrund der nur begrenzten Verfügbarkeit von Slots an den Londoner Flughäfen nur auf einigen der Städteverbindungen aktiv werden, auf denen BA aktiv ist. Daher besteht eine relevante Asymmetrie gleich in mehrfacher Hinsicht: BA verbindet durch sein Bonussystem Märkte, auf denen BA angegriffen wird (die Städteverbindungen, die nun auch Virgin anbietet) mit Märkten, auf denen BA unangefochten Monopolist ist (die Märkte, die Virgin wegen Slot- und Flugzeugknappheit nicht bedienen kann). Außerdem sind Reisebüros nur dann für Kunden interessant, wenn die Kunden mit ihnen in der begründeten Erwartung Kontakt aufnehmen, dass ihr Reisewunsch auch erfüllt werden kann. Dies ist nur dann der Fall, wenn Reisebüros möglichst alle Städteverbindungen vermitteln können. Weil Virgin nicht alle Verbindungen anbieten kann, werden einige der Flüge von BA, die das Bonussystem umfasst *must stock items*. Eine Asymmetrie, die Virgin davon abhält das Bonussystem zu replizieren, besteht also.

(f) Das relevante Marktumfeld unter das hier subsumiert werden sollte, scheint die Variante 3 zu sein.

(1) Der Bonus von BA verbindet, wie bei der Subsumtion unter das Asymmetrielerfordernis gezeigt, Märkte, auf denen die Marktmacht des Marktbeherrschers unangefochten ist, mit solchen, auf denen sie angegriffen wird

(2) Der wirklich schwierige Prüfungspunkt ist der zweite. Die Entscheidung, ob die verschiedenen Städteverbindungen unabhängige oder komplementäre Güter waren, ist nicht leicht zu treffen. Für den Endkunden sind die Flugverbindungen sicher unabhängige Güter. In der Regel wird man nicht von seinem Flug nach New York größeren Nutzen haben, weil man später im Jahr auch nach Seattle fliegt. Für die Reisebüros, welche die Flüge nur vermittelten, hatten die verschiedenen Städteverbindungen allerdings komplementären Charakter. Ein Reisebüro, das nur die Städteverbindung von Virgin angeboten hätte, hätte sich am Markt vermutlich nicht lange gehalten. Die Kunden wären nicht sicher gewesen, ihren Reisewunsch in diesem Büro auch erfüllen zu können, und wären daher zu Büros mit umfangreicherem Angebot gegangen. Für die Reisebüros schien die Vermittlung von Virgin-Flügen daher nur von Wert zu sein, wenn sie mit der Vermittlung von BA-Flügen kombiniert wurde.

Nun erscheint es voreilig, die Komplementarität der Städteverbindungen deshalb rundweg abzulehnen, weil die Reisebüros die Flüge nicht kauften, sondern nur vermittelten. Schließlich ist ihre Funktion im Markt für Flugtickets weitgehend äquivalent mit der von Zwischenhändlern. Man muss sich vielmehr auf die Funktion dieses Tatbestandselements zurückbesinnen. Dann stellt man fest, dass das Erfordernis der Unabhängigkeit der Güter dazu dient, solche Fälle auszuschließen, in denen der Rabattanbieter grundsätzlich ein Interesse daran hat, den effizienteren Konkurrenten auf dem angrenzenden Markt zuzulassen, um die höhere Komplementaritätsrente über seinen Monopolmarkt abschöpfen zu können. Die Frage lautet also in einer auf die Agenturstruktur des Flugticketmarktes angepassten Form: Waren die Reisebüros bereit, BA-Tickets für eine geringere Gebühr zu vermitteln, weil die Vermittlung von Virgin-Tickets ihnen eine größere Rente ließ, die sie nur realisieren konnten, wenn sie auch BA-Tickets anboten? Auch hierzu wären nähere Informationen nötig gewesen, als sie der BA-Fall in seiner veröffentlichten Form bietet. Angesichts eines nicht unerheblichen Wettbewerbs unter den Reisebüros, der dazu führt, dass ohnehin wenig Rente auf der Ebene der Reisebüros anfällt, scheint es eher unwahrscheinlich, dass die Frage mit ja zu beantworten gewesen wäre. Vielmehr ist wahrscheinlich, dass die Unabhängigkeit der Güter für die Endverbraucher durchschlägt, sodass auch das letzte Tatbestandsmerkmal erfüllt wäre.

Mit aller Vorsicht, die angesichts der unvollständigen Information bei der Übertragbarkeit des Ergebnisses dieser illustrativen Subsumtion angemessen ist, wäre also der hier entwickelte Test zum Ergebnis gekommen, dass die Missbräuchlichkeit des Bonussystems von BA vermutet würde. Es wäre dann an BA gewesen zu zeigen, dass dieses System zu Effizienzen führte, die auch den Konsumenten zugute kamen, ohne dass sie mit einem milderem Mittel erreichbar gewesen wären. Hätte BA diese Effizienzen nicht überzeugend darlegen können, wäre auch der hier entwickelte Test zum Ergebnis der Missbräuchlichkeit der Marketingvereinbarung von BA gekommen.

2) Der Ergebniszuschlag

Für den Ergebniszuschlag gilt das zur Marketingvereinbarung gesagte entsprechend. Allein die Regelung der Referenzperiode unterscheidet sich von jener der Marketingvereinbarung. Es ist daher festzustellen, ob die Referenzperiode länger als drei Monate war. Dafür könnte sprechen, dass immer zwei Monate aus zwei aufeinanderfolgenden Jahren miteinander verbunden wurden. Jedoch ist für die Beantwortung der Frage, ob die Ergebniszuschlagsregelung dem *safe harbor* unterfällt, entscheidend, wozu der *safe harbor* dient: Er soll solche Rabatte und Boni nicht der Missbräuchlichkeitsvermutung unterfallen lassen, die dem ebenso effizienten Wettbewerber in kurzen Abständen wiederholt Gelegenheiten zum Marktzutritt belassen. Dies tut auch die Ergebniszuschlagsregelung. Nach Ablauf eines jeden Monats kann sich das Reisebüro frei von jeder Sogwirkung entscheiden, ob es mehr verdient, wenn es seinen Monatsumsatz mit Tickets von BA oder mit einer Mischung aus Tickets von BA und Virgin macht. Mit jedem Monatsende endet damit auch die Wirkung des Bonussystems. Damit unterfällt die Ergebniszuschlagsregelung von BA dem *safe harbor* für Referenzperioden von unter drei Monaten. Gegen sie gilt daher nicht die Vermutung der Missbräuchlichkeit.

IV. Intel

a) Sachverhalt

Intel ist der weltgrößte Produzent von *Central Processing Units* (CPU), die den zentralen Input für Server, Desktop Computer und Notebooks darstellen.⁴⁶⁵ AMD stellt ebenfalls CPUs her.⁴⁶⁶ Der relevante Markt ist der für x86-CPUs (eine bestimmte Technologie) für Server, Desktop Computer und Notebooks.⁴⁶⁷ Intel war seit den 1990er-Jahren beherrschend auf dem relevanten Markt und konnte so seine CPUs in der Vergangenheit zu einem höheren Preis anbieten als AMD.⁴⁶⁸ Jedoch wurden AMD-Prozessoren technisch besser und günstiger.⁴⁶⁹ Intel reagierte hierauf mit Abkommen mit fünf großen Computerherstellern (kurz OEM, *Original Equipment Manufacturer*) die zum Inhalt hatten, dass Intel den OEMs unter der Bedingung, dass sie ihre CPUs ausschließlich oder fast ausschließlich bei Intel erwarben, erhebliche Rabatte gewährte, die offenbar zum Ende des Quartals ausgezahlt wur-

465 KomE „Intel“ COMP/37.990, Rn. 1, 106 ff.

466 KomE „Intel“ COMP/37.990, Rn. 3, 106 ff.

467 KomE „Intel“ COMP/37.990, 794 ff.

468 KomE „Intel“ COMP/37.990, Rn. 136 ff.

469 KomE „Intel“ COMP/37.990, Rn. 149 ff.

den.⁴⁷⁰ Es scheint als sei der Rabatt ohne formale Referenzperiode gewährt worden. Vielmehr wurde er einfach so lange gewährt, bis die Bedingung der Ausschließlichkeit nicht mehr gegeben war. Fiel die Bedingung weg, wurde die Zahlung des Rabatts eingestellt, ohne das klar war, ob der OEM, falls er im folgenden Quartal die Ausschließlichkeitsbedingung wieder erfüllte, wieder wie vorher den Rabatt erhalten würde. Einen vollständigen Wechsel von Intel zu AMD konnte sich keiner der OEMs leisten, da Intel bei den Kunden der OEMs durch Werbung eine hervorragende Reputation genoss. Intel-CPUs waren für alle OEMs daher *must stock items*.⁴⁷¹ Auch dem Einzelhändler MSH wurde unter der Bedingung, dass er ausschließlich Computer mit Intel-CPUs verkaufte, ein erheblicher Bonus gewährt.

b) Subsumtion

1) Die Rabatte an die OEMs

(a) Es liegt ein Schwellenrabatt mit einer erheblichen Sprungstelle vor.

(b) Die Rabattbedingung verlangt ausschließlichlichen Bezug bei Intel, sodass die Rabattschwelle exakt am Gesamtbedarf liegt.

(c) Die Referenzperiode dürfte nicht kürzer als drei Monate sein. Für HP betrug die Referenzperiode ausdrücklich ein Jahr.⁴⁷² Für andere Käufer ist schwerer zu beurteilen, wie lang die Referenzperiode war. Der Rabatt wurde offenbar ohne ausdrückliche Referenzperiode gewährt und es war unklar ob ein OEM, der die Ausschließlichkeitsbedingung in einem Quartal verletzte, unmittelbar im nächsten Quartal wieder den Rabatt erhalten würde, falls er dann ausschließlich bei Intel kaufte. Es war vielmehr möglich, dass der Rabatt für einen längeren Zeitraum nicht mehr gewährt würde. Der *safe harbor* soll dagegen solche Rabatte von der Missbräuchlichkeitsvermutung ausnehmen, die es einem Kunden erlauben, das Produkt für eine relativ kurze Periode ohne Nachteile zu testen. Dies gewährleistete der Rabatt von Intel nicht. Er fällt daher nicht unter den *safe harbor*.

(d) Das Produkt ist schlecht lagerbar. Insbesondere wegen des technischen Fortschritts konnten CPUs offenbar nicht auf Vorrat gekauft werden. Jedenfalls enthält die Kommissionsentscheidung keinen Hinweis auf eine solche Möglichkeit.

Dazu kam, dass Intel den Rabatt in der Regel als Anteil an den Einkäufen formulierte und eine Unterschreitung der Schwelle – zumindest einer Schwelle in Höhe von 100 % – für Intel anhand der Marketinganstrengungen für AMD-Produkte leicht zu beobachten war.⁴⁷³ Auch dieser Umstand erschwerte die Umgehung der Rabattschwelle durch Lagerung.

470 vgl. z.B. KomE „Intel“ COMP/37.990, Rn. 197.

471 KomE „Intel“ COMP/37.990, Rn. 870.

472 KomE „Intel“ COMP/37.990, Rn. 352.

473 Vgl. z.B. KomE „Intel“ COMP/37.990, Rn. 505 ff.

(e) Es besteht zwischen dem Marktbeherrscher und seinen Konkurrenten eine Asymmetrie, die darin begründet ist, dass Intel-CPUs für alle OEMs ein *must stock item* darstellen.

(f) Welche der Marktumfeldvarianten am ehesten auf den Intel-Fall passt, ist – auch weil hierzu nicht alle Informationen durch die Kommissionsentscheidung vermittelt werden – nicht ganz klar.

(1) Es könnte Variante 2 einschlägig sein.

(aa) Möglicherweise musste AMD ein *minimum viable share* erreichen, um den nächsten Schritt zur Kapazitätsausweitung zu gehen. Dies ist äquivalent zu einem *minimum-viable-share*-Erfordernis für den Marktzutritt: Angenommen AMD konnte zurzeit nur eine bestimmte Anzahl an CPUs pro Monat herstellen, so war AMD am „Markt“ für die darüber hinausgehenden Einheiten nicht aktiv. Um auf den Markt für diese Einheiten zuzutreten, könnte die Erreichung eines *viable shares* erforderlich gewesen sein. Für ein solches Erfordernis spricht der Umstand, dass eine erhebliche Kapazitätsausweitung den Bau einer neuen Produktionsanlage erfordert hätte, in die nach Beschreibung der Kommission extrem hohe Fixkosten hätten versenkt werden müssen⁴⁷⁴ und die nur bei hoher Auslastung effizient hätte arbeiten können.⁴⁷⁵ Es erscheint also wahrscheinlich, dass eine Kapazitätsausweitung die Erreichung eines *minimum viable shares* voraussetzte. Hierzu wären jedoch weitere Informationen wünschenswert gewesen.

(bb) Es dürfte zwischen den Kunden auch kein derart intensiver Wettbewerb bestanden haben, dass ein einziger Abnehmer, wenn er zu niedrigeren Preisen einkauft als seine Konkurrenten, so viel abnehmen kann, dass damit der Mindestmarktanteil gedeckt wäre, der es einem (ggf. hypothetischen) ebenso effizienten Wettbewerber des Marktbeherrschers ermöglicht, sich dauerhaft am Markt zu etablieren.

Dieser Punkt hätte im Fall Intel sicher genauer geprüft werden müssen. Ohne Zweifel bestand intensiver Wettbewerb zwischen den OEM. Dass ein OEM aufgrund niedrigerer Inputkosten durch den Kauf bei AMD hätte ausreichend Marktanteil gewinnen können, um AMD das *minimum viable share* erreichen zu lassen, erscheint dennoch unwahrscheinlich. Zum einen hätte ein OEM sicher bei AMD gekauft, wenn die Folge die Eroberung sehr großer Marktanteile gewesen wäre. Vor allem aber schien bei den Konsumenten der OEM die Reputation von Intel so gut gewesen zu sein, dass viele von ihnen trotz Preisvorteils nur allmählich bereit waren, zu AMD zu wechseln. Dies hätten wahrscheinlich schnelle Marktanteilsgewinne durch den Wechsel zum billigeren Anbieter AMD verhindert.

(cc) Eine Möglichkeit, das durch das *viable-share*-Erfordernis verursachte Koordinationsproblem zwischen den Käufern zu geringen Kosten zu lösen, war nicht ersichtlich. Sie schienen gegenseitig ihre Kaufentscheidungen nicht exakt oder nicht zu zumutbaren Kosten beobachten zu können. Tatsächlich enthält die Kommissionsentscheidung Hinweise darauf, dass Koordination zwischen den Käufern praktisch nicht stattfand. Die Gründe hierfür sind der Kommissionsentscheidung nicht zu ent-

474 KomE „Intel“ COMP/37.990, Rn. 115 ff.

475 KomE „Intel“ COMP/37.990, Rn. 116.

nehmen. Ohne Zweifel hätten alle OEMs von niedrigeren Preisen profitiert, wenn AMD als Wettbewerber von Intel erstarkt wäre. Dennoch waren die OEMs offenbar vor allem darum besorgt, dass ein Rabatt, den sie durch Nichterfüllung der Ausschließlichkeitsbindung verlören, einem Konkurrenten zugute kommen würde.⁴⁷⁶ An eine konzertierte Stärkung von AMD wurde scheinbar gar nicht gedacht.

Damit wäre der Test in Variante 3 vorbehaltlich genauerer Information zu den Koordinationsschwierigkeiten der OEMs zum Ergebnis gelangt, dass das Rabattsystem von Intel missbräuchlich gewesen ist.

(2) Auch Variante 4 hätte einschlägig sein können.

(aa) Der Rabatt schien über eine gewisse, nicht unerhebliche Menge zu negativen inkrementellen Preisen geführt zu haben. Dafür spricht die Tatsache, dass AMD bereit war, HP eine Million CPUs umsonst zu liefern, um HP für den Verlust des Intel-Rabatts zu entschädigen. Dennoch schien HP diese Kompensation nicht für ausreichend zu halten. Das würde dafür sprechen, dass der Preis, den AMD hätte bieten müssen, um die eine Millionen Prozessoren an HP abzusetzen, effektiv hätte negativ sein müssen.

(bb) Ob AMD einen erheblich schwereren Zugang zu Kapital hatte als Intel, ist von der Kommission nicht geprüft worden. Die 4. Variante des hier vorgeschlagenen Tests hätte eine solche Prüfung verlangt. Dabei wäre darauf zu achten gewesen, dass ein etwaiger beschränkter Kapitalzugang nicht Ausdruck der geringeren Effizienz von AMD oder der geringeren Qualität von AMD-Produkten war. Für mindere Qualität oder mindere Effizienz von AMD gibt die Kommissionsentscheidung keine Anhaltspunkte.

(cc) Der hier vorgeschlagene Test hätte unter Variante 4 auch verlangt, zu prüfen, ob ein Wechsel von Intel-CPUs zu AMD-CPUs für die OEMs Kosten implizierte. Auch hierüber gibt die Kommissionsentscheidung keinen eindeutigen Aufschluss.

2) Der Bonus an MSH

Der Bonus an MSH ist wohl ebenso zu bewerten, wie die Rabatte an die OEMs, allerdings ist er kein klassischer Schwellenrabatt, weil er nicht von einer Stufe der Absatzkette an die nächste gewährt wird, sondern sozusagen eine Stufe in der Absatzkette überspringt. Das bringt das zusätzliche Problem, dass eine Wechselwirkung mit den an die OEMs gewährten Rabatten entsteht, da der Bonus an MSH die *must-stock*-Eigenschaft der Intel-CPUs für die OEMs verstärkt haben könnte.

Insgesamt scheint es also nach der Subsumtion des Intel-Falls unter den hier vorgeschlagenen Test, als würde das hier gefundene Ergebnis mit dem Ergebnis der Kommission übereinstimmen.

⁴⁷⁶ Vgl. z.B. KomE „Intel“ COMP/37.990, Rn. 221.

7. Kapitel: Ergebnis und Schlussbetrachtung

Die vorliegende Arbeit hat gezeigt, dass das aktuell nach der Rechtsprechung der europäischen Gerichte gültige Verbot von rückwirkenden Schwellenrabatten wohl zu weit geht. Zu vielfältig sind die Wirkungen von Rabatten je nach Marktumfeld und konkreter Ausgestaltung, als dass alle Schwellenrabatte eindeutig als schädlich eingestuft werden könnten. Ein differenzierterer Verbotstatbestand, wie der in dieser Arbeit konstruierte, ist möglich, ohne dass die Anwendung unzumutbar kompliziert würde.

Der von der Kommission vorgeschlagene und in ihrer Intel-Entscheidung erstmalig angewandte Test zur Bewertung von Schwellenrabatten ist zwar theoretisch ein großer Schritt in die richtige Richtung, schießt aber in mancher Hinsicht über das Ziel hinaus: Er ist mit derart schwerwiegenden Anwendungsschwierigkeiten verbunden, dass er für Gerichte kaum überprüfbar erscheint, Unternehmen kaum Grundsätze an die Hand gibt, an denen sie ihr Verhalten ausrichten können, und Kartellbehörden bei seiner Anwendung künftig auf Jahre Daten sammeln und verarbeiten müssten, bevor sie zu einer Entscheidung kämen.

Hier wurde argumentiert, dass ein adäquater Kompromiss zwischen ökonomischer Angemessenheit wettbewerbsrechtlicher Intervention und Rechtssicherheit in einer Missbräuchlichkeitsvermutung liegen kann, die eingreift, wenn ein abstrakt genereller Tatbestand erfüllt ist. Diesen Tatbestand aus theoretisch-ökonomischer und verhaltensökonomischer Literatur zu entwickeln, war zentrales Anliegen dieser Arbeit. Der gefundene Tatbestand, der in Kapitel 5 zusammengefasst ist, ist differenzierter als der vom Gerichtshof zurzeit angewandte. Er ist dennoch abstrakt und generell und wird insofern den Erfordernissen der Rechtssicherheit eher gerecht als der Test, der von der Kommission vorgeschlagen und angewandt wird. Der gefundene Test verlangt die Prüfung relativ vieler Tatbestandselemente und ist in dieser Hinsicht recht komplex. Auch wenn der Test der Kommission begrifflich einfacher scheinen mag, wird der hier gefundene Test in der Anwendung um ein vielfaches einfacher sein als der Kommissionstest.⁴⁷⁷

Das zentrale Ergebnis der Entwicklung des Tatbestands ist die Einsicht, dass die Wirkung von Rabatten wesentlich von der Marktsituation abhängt, in der sie angeboten werden. Je nach Marktumfeld können Schwellenrabatte pro- oder antikompetitiv wirken. Daher muss jeder abstrakt generelle Test zur rechtlichen Einordnung von Schwellenrabatten dieses Marktumfeld differenziert charakterisieren. Dabei

⁴⁷⁷ Vgl. nur die Prüfung der Kommission in der Entscheidung „Intel“ Comp/37.990 vom 13.5.2009, in der sich die Durchführung des *as-efficient-competitor-tests* der Kommission von Seite 274 bis Seite 499 erstreckt.
(http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/decisions/37990/provisional_decision_en.pdf)

reicht es keinesfalls aus, sich darauf zu beschränken, auf den Abstand von Marktanteilen zu rekurrieren, wie es der Gerichtshof tut.

Der hier vorgeschlagene Test hat noch einen weiteren Vorzug. Der Test charakterisiert in erster Linie eine Preisfunktion mit Sprungstelle und ein Marktumfeld, in dem eine solche Preisfunktion nicht angewandt werden darf. Daher erscheint es nicht leicht, den Test zu umgehen. Auf das Marktumfeld hat ein Marktbeherrscher meist trotz seiner Marktmacht keinen unmittelbaren Einfluss. Und wenn er eine andere Preisfunktion, insbesondere eine ohne Sprungstelle nutzt, so findet der Test zu Recht keine Anwendung mehr, weil es wahrscheinlich ist, dass das Preissystem eine völlig andere Wirkung hat, als ein Rabattsystem der hier untersuchten Art.

Die ökonomische Wissenschaft ist noch lange nicht am Ende ihres Erkenntnisprozesses zu Rabatten und ihrer Wirkung in Märkten angekommen. Dieser wird erst seit relativ kurzer Zeit vorangetrieben.⁴⁷⁸ Daher wird es zumindest zurzeit keinen Test zu Rabatten geben, der in Stein gemeißelt bleibt. Auch wenn Art. 82 EG in Bezug auf Rabatte mithilfe eines abstrakt generellen Merkmalskatalogs wie dem hier vorgeschlagenen Test konkretisiert wird, ist es notwendig, den Merkmalskatalog fortlaufend mit dem Erkenntnisfortschritt der Wirtschaftswissenschaften abzugleichen und gegebenenfalls anzupassen.

Zuletzt hat die Arbeit darauf aufmerksam gemacht, dass ein wirkungsbasierter Ansatz im Kartellrecht nicht ohne das Wissen um die recht verstandenen Grenzen des Rationalmodells auskommt. Auf Konsumentenmärkten können Zielrabatte leichter zu Marktverschluss führen als auf Unternehmensmärkten, auf denen die Akteure sich möglicherweise rationaler Verhalten als Konsumenten. Diese Abweichungen vom Rationalmodell müssen nicht bedeuten, dass Märkte sich in unvorhersehbarer Weise entwickeln. Auch bilden sie kein Argument, wie von der Kommission vorgeschlagen, nur den Einzelfall zu betrachten. Es gibt mittlerweile auf dem Feld der Verhaltensökonomik belastbare Theorien, die Verbraucherverhalten vorhersagen können. Laborexperimente können theoretische Vorhersagen überprüfen und ergänzen. So lassen sich auch auf dem Gebiet, auf dem das Rationalmodell nicht die gewünschte Vorhersagekraft hat, dennoch abstrakt generelle Aussagen treffen, unter welchen Umständen bestimmte Strategien besonders wettbewerbsschädigend erscheinen.

478 Vgl. Inderst/Schwalbe (2009), 67 ff., 81; OFT (2005), Rn. 4.36.

Literaturverzeichnis:

- Aghion, Philippe
Bolton, Patrick Contracts as a Barrier to Entry,
The American Economic Review 77 (1987), 388–401.
- Agor, Weston H. The Logic of Intuitive Decision Making,
New York Westport London 1986.
- Ahlborn, Christian
Bailey, David Discounts, Rebates and Selective Pricing by dominant
Firms: A Trans-Atlantic Comparison,
European Competition Journal 2 (2006), 101–143.
- Akerlof, Gerorge
Dickens, William T. The economic consequences of cognitive dissonance,
American Economic Review 72 (1982), 307–319.
- Akman, Pinar Exploitative Abuse in Article 82EC: Back to the Basics?,
CCP Working Paper 09-1 (2009); verfügbar unter
<http://www.uea.ac.uk/ccp/people/pakman>
Der Artikel wird erscheinen in Cambridge Yearbook of
European Legal Studies 11 (2008–2009).
- Andrade, Eduardo
B. Planned Versus Actual Betting in Sequential Gambles,
Journal of Marketing Research 46 (2009), 372–383.
- Iyer, Ganesh
Arkes, Hal R.
Blumer, Catherine Psychology of Sunk Cost,
Organizational Behavior and Human Decision Processes
35 (1985), 124–140.
- Aronson, Elliot The Theory of Cognitive Dissonance: A Current Perspec-
tive,
in: Leonard Berkowitz (Hg.), Cognitive Theories in So-
cial Psychology, New York 1978, 181–220.
Unveränderter Abdruck des Artikels in Advances in Ex-
perimental Social Psychology 4 (1969), 1–34.
- Bain, Joe Barriers to New Competition,
Cambridge 1956.
- Baron, Jonathan Thinking and Deciding,
3. Aufl. Cambridge 2000.

- Baumol, William J.
Panzar, John C.
Willig, Robert D. An Uprising in the Theory of Industry Structure: Reply,
The American Economic Review 73 (1983), 491–496.
- Bechtold, Rainer
Bosch, Wolfgang
Brinker, Ingo
Hirsbrunner, Simon EG-Kartellrecht: Kommentar,
2. Aufl. München 2009.
- Becker, Gary S. The Economic Approach to Human Behavior,
Chicago London, 1998.
- Beckenkamp, Martin
Maier-Rigaud, Frank An Experimental Investigation of Article 82 EC Rebate
Schemes,
The Competition Law Review 2 (2006); auch verfügbar
unter
<http://www.clasf.org/CompLRev/Issues/Vol2Issue2Suppl/Beckenkamp.pdf> Die hier zitierten Seitenzahlen beziehen
sich auf die Online-Version der Zeitschrift.
- Behnke, Joachim Thomas Schelling und die Theorie der Focal Points,
in: Ingo Pies, Martin Leschke (Hg.), Thomas Schellings
strategische Ökonomik, Tübingen 2007.
- Van den Bergh,
Roger
Camesasca, Peter European Competition Law and Economics: A Compara-
tive Perspective, 2. Aufl. London 2006.
- Bishop, Simon
Marsden, Philip The Article 82 Discussion Paper: A Missed Opportunity,
European Competition Journal (April 2006), 1–7.
- Bishop, Simon
Walker, Mike The Economics of EC Competition Law: Concepts, Ap-
plication and Measurement,
London 2002.
- Bork, Robert H. The Antitrust Paradox,
New York Toronto 1993 (Nachdruck der Ausgabe von
1978).
- Cabral, Luis M. B. Barriers to Entry,
in: Steven N. Durlauf, Lawrence E. Blume (Hg.), New
Palgrave Dictionary of Economics, 2. Aufl. New York
2008.

- Camerer, Colin F. Prospect Theory in the Wild – Evidence from the Field, in: Daniel Kahneman, Amos Tversky (Hg.), Choices, Values and Frames, Cambridge 2000.
- Ders. Behavioral Game Theory – Experiments in Strategic Interaction, Princeton 2003.
- Carlton, Dennis W. Why Barriers to Entry Are Barriers to Understanding, The American Economic Review 94 (2004), 466–470.
- Carlton, Dennis W. The Strategic Use of Tying to Preserve and Create Market Power in Evolving Industries, RAND Journal of Economics 33 (2002), 194–220.
- Waldman, Michael
- Christiansen, Arndt Die „Ökonomisierung“ der Fusionskontrolle, Wirtschaft und Wettbewerb (2005), 285–293.
- Cooter, Robert Law and Economics,
Ulen, Thomas 5. Aufl. Boston u.a.m. 2008.
- Craig, Paul EU Law: Text. Cases and Materials,
De Burca, Gráinne Oxford 2008.
- De Long, J. Bradford Noise Trader Risk in Financial Markets, The Journal of Political Economy 98 (1990), 703–738.
- Shleifer, Andrei
Summers, Lawrence
Waldmann, Robert J.
- Edwards, Matthew A. The Law, Marketing and Behavioral Economics of Consumer Rebates, Stanford Journal of Law Business and Finance 12 (2007), 362–424.
Als Working Paper verfügbar unter www.ssrn.com. Die Seitenzahlen beziehen sich auf das Working Paper.
- Eidenmüller, Horst Effizienz als Rechtsprinzip – Möglichkeiten und Grenzen der ökonomischen Analyse des Rechts, Tübingen 2005.
- Eilmansberger, Thomas How to Distinguish Good from Bad Competition Under Article 82EC: In Search of Clearer and More Coherent

- Standards for Anti-Competitive Abuses,
Common Market Law Review 42 (2005), 129–177
- Einhorn, Hillel J. Learning from Experience and Suboptimal Rules in Decisionmaking,
in: Thomas S. Wallsten (Hg.), Cognitive Processes in Choice and Decision Behavior, Hillsdale 1980.
- Elhauge, Einar How Loyalty Discounts can Perversely Discourage Discounting,
Journal of Competition Law and Economics 5 (2009), 189–231.
- Elhauge, Einar Global Antitrust Law and Economics,
Geradin, Damien New York 2007.
- Emch, Adrian Frequent Flyer Programs Under Article 82 EC – Is the Sky the Only Limit?,
World Competition 30 (2007), 645–673.
- Emmerich, Volker Kartellrecht,
10. Aufl. München 2006.
- Engel, Christoph The Behaviour of Corporate Actors A Survey of the Empirical Literature, Preprint des Max-Planck-Instituts zur Erforschung von Gemeinschaftsgütern 2008/23; verfügbar unter http://www.coll.mpg.de/pdf_dat/2008_23online.pdf.
- Englerth, Markus Behavioral Law and Economics – Eine kritische Einführung,
Preprint des Max-Planck-Instituts zur Erforschung von Gemeinschaftsgütern 2004/11; verfügbar unter http://www.coll.mpg.de/pdf_dat/2004_11online.pdf.
- Englich, Birte Sentencing Under Uncertainty, Anchoring Effects in the
Mussweiler, Thomas Courtroom,
Journal of Applied Social Psychology 31 (2001), 1535–1555.
- Europäische Kommission DG Competition discussion paper on the application of
Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses, Brussels 2005; verfügbar unter <http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/art82/discpaper2005.pdf>.

[paper2005.pdf](#).

- Dies. Mitteilung der Kommission – Erläuterungen zu den Prioritäten der Kommission bei der Anwendung von Artikel 82 des EG-Vertrags auf Fälle von Behinderungsmissbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen (genannt: „Guidance Paper 2009“); verfügbar unter http://ec.europa.eu/competition/antitrust/art82/guidance_de.pdf.
- Faella, Gianluca The Antitrust Assessment of Loyalty Discounts and Rebates, *Journal of Competition Law and Economics* 4 (2008), 375–410.
Auch verfügbar als Working Paper (2007) unter www.ssrn.com. Die Zitate im Text beziehen sich auf das Working Paper.
- Falk, Armin Homo Oeconomicus versus Homo Reciprocans: Ansätze für ein neues Wirtschaftspolitisches Leitbild?, *Perspektiven der Wirtschaftspolitik* 4 (2003), 141–172.
- Falk, Armin
Heckman, James J. Lab Experiments Are a Major Source of Knowledge in the Social Sciences, *Science* 326 (2009), 535–538.
- Fehr, Ernst
Gächter, Simon
Kirchsteiger, Georg Reciprocity as a Contract Enforcement Device: Experimental Evidence, *Econometrica* 65 (1997), 833–860.
- Festinger, Leon A Theory of Cognitive Dissonance,
2. unveränderte Aufl. Stanford 1963.
- Fox, Eleanor M. What is harm to competition? Exclusionary practices and anticompetitive effect,
Antitrust Law Journal 70 (2002), 371–411.
- Frankfurter Kom-
mentar Siehe unter Jaeger et al.
- Friedman, Milton Essays in Positive Economics,
Chicago 1953.
- Fumagalli, Chiara-
Motta, Massimo Exclusive Dealing and Entry, when Buyers Compete,
The American Economic Review 96 (2006), 785–795.

- Gibbons, Robert Game Theory for Applied Economists,
Princeton 1992.
- Gifford, Daniel J
Kudrle, Robert T. European Union competition law and policy: how much
latitude for convergence with the United States?,
The Antitrust Bulletin 48 (2003), 272–780.
- Giordano, Louis A.
Bickel, Warren K.
Jacobs, Eric A.
Loewenstein,
George
Marsch, Lisa
Badger, Gary J. Altered States: Addicts Underestimate Future Drug Pref-
erences,
Working Paper (2005); verfügbar unter
[http://elsa.berkeley.edu/users/webfac/dellavi-
gna/e218_f03/addicts.pdf](http://elsa.berkeley.edu/users/webfac/dellavigna/e218_f03/addicts.pdf).
- Greenlee, Patrick
Reitman, David
Sibley, David S. An Antitrust Analysis of Bundled Loyalty Discounts,
International Journal of Industrial Organization, 26
(2008), 1132–1152.
- Von der Groeben,
Hans
Schwarze, Jürgen Vertrag über die Europäische Union und Vertrag zur
Gründung der Europäischen Gemeinschaft: Band 2 Art.
81–97 EGV,
6. Aufl. Baden-Baden 2003.
- Gual, Jordi
Hellwig, Martin
Perrot, Anne
Polo, Michele
Rey, Patrick
Schmidt, Klaus
Stenbacka, Rune Report by the EAGCP, „An economic approach to Article
82“ (Juli 2005); verfügbar unter
[http://ec.europa.eu/comm/competition/publica-
tions/studies/eagcp_july_21_05.pdf](http://ec.europa.eu/comm/competition/publications/studies/eagcp_july_21_05.pdf).
- Heath, Chip
Larrick, Richard P.
Wu, George Goals as Reference Points,
Cognitive Psychology 38 (1999), 79–109.
- Heimler, Alberto Pricing below cost and loyalty discounts: are they restric-
tive and if so when?
Working Paper (2008, Datum der letzten Revision); ver-
fügbar unter www.ssrn.com.
- Hellwig, Martin Effizienz oder Wettbewerbsfreiheit? Zur normativen

- Grundlegung der Wettbewerbspolitik,
Preprint of the Max Planck Institute for Research on Col-
lective Goods Bonn 2006/20; verfügbar unter
http://intern.coll.mpg.de/ex-tern/pdf_dat/2006_20online.pdf
Auch erschienen in Recht und spontane Ordnung, Fest-
schrift für Ernst-Joachim Mestmäcker zum 80. Ge-
burtstag, Baden-Baden 2006, 231–268.
- Hicks, John Richard The Foundation of Welfare Economics,
Economic Journal 49 (1939), 696–712.
- Hogarth, Robin M. Introduction: Perspectives from Economics and Psychol-
Reder, Melvin W. ogy,
in: dies. (Hg.), Rational Choice, The Contrast between
Economics and Psychology, Chicago London 1986, 1 ff.
- Holzinger, Martin Anmerkung zu EuGH Missbrauch einer Monopolstellung
durch unterschiedliche Bedingungen bei gleichwertigen
Leistungen,
Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (2007), 313–
314.
- Hovenkamp, Herbert The Antitrust Enterprise,
Boston 2005.
- Ders. Discounts and Exclusion,
Utah Law Review (2006), 841–861.
- Hylton, Keith N. Section 2 and Article 82: A Comparison of American and
European Approaches to Monopolization Law,
Working Paper Series, Law and Economics of the Boston
University School of Law, 06-11 (2006); verfügbar unter
www.ssrn.com.
- Immenga, Ullrich Kommentar: Der „more economic approach“ als Wettbe-
werbepolitik,
Wirtschaft und Wettbewerb (2006), 463–464.
- Immenga, Ulrich Wettbewerbsrecht, Band 1, Teil 1: EG,
Mestmäcker, 4. Aufl. München 2007.
ErnstJoachim
- Inderst, Roman Effekte verschiedener Rabattformen – Überlegungen zu

- Schwalbe, Ulrich einem ökonomisch fundierten Ansatz,
Zeitschrift für Wettbewerbsrecht (2009), 65–84.
Auch verfügbar unter <http://opus.ub.uni-hohenheim.de/volltexte/2008/317/> als Diskussionspapier.
Zitate im Text beziehen sich auf die online verfügbare Version.
- Jaeger, Thomas Nach Microsoft: die 34. Kartellrechtskonferenz der Ford-
Mackenrodt, Mark- ham University, Gewerblicher Rechtsschutz und Urheber-
Oliver recht Internationaler Teil (2008), 38–41.
Podszun, Rupprecht
- Jaeger, Wolfgang Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht, Band II EG
Pohlmann, Petra Kartellrecht (Teil 1–2)
Rieger, Harald Köln Stand Mai 2009.
Schroeder, Dirk
- Jickeli, Joachim Marktzutrittsschranken im Recht der Wettbewerbsbe-
schränkungen,
Baden-Baden 1990.
- Jolls, Christine A Behavioral Approach to Law and Economics,
Sunstein, Cass R. in: Cass R. Sunstein (Hg.), Behavioral Law & Economics,
Thaler, Richard Cambridge 2000, 14 ff.
- Jones, Alison EC Competition Law,
Sufrin, Brenda 3. Aufl. Oxford New York 2008.
- Jungermann, Helmut Die Psychologie der Entscheidung – Eine Einführung,
Pfister, Hans- Heidelberg Berlin 1998.
Rüdiger
Fischer, Katrin
- Kahneman, Daniel Experimental Tests of the Endowment Effect and the
Knetsch, Jack L. Coase Theorem,
Thaler, Richard H. The Journal of Political Economy 98 (1990), 1325–1348.
- Kahneman, Daniel Prospect Theory: An Analysis of Decision Under Risk,
Tversky, Amos Econometrica 47 (1979), 263–292.
- Dies. Choices, Values and Frames, in: dies. (Hg.), Choices,
Values and Frames, Cambridge 2000.
- Kaldor, Nicholas Welfare Propositions of Economics and Interpersonal

- Comparisons of Utility,
Economic Journal 49 (1939) 549–552.
- Karlinger, Liliane
Motta Massimo Exclusionary Pricing and Rebates When Scale Matters,
Working Paper (April 2009); verfügbar unter
<http://homepage.univie.ac.at/liliane.karlinger/Research.html>.
- Klöhn, Lars Kapitalmarkt, Spekulation und Behavioral Finance,
Berlin 2006.
- Kolay, Sreya
Shaffer, Greg
Ordovery, Janusz All-Unit Discounts in Retail Contracts,
Journal of Economics and Management Strategy 13
(2004), 429–459.
- Korobkin, Russel The Endowment Effect and Legal Analysis,
Northwestern University Law Review 97 (2003), 1227–
1291.
- Kube, Sebastian
Maréchal, Michel A.
Puppe, Clemes The Currency of Reciprocity – Gift Exchange in the
Workplace,
Institute for Empirical Research in Economics University
of Zurich Working Paper Series, No. 377 (2009), 1–28.
- Lange, Knut Werner Europäisches und Deutsches Kartellrecht,
Frankfurt a. M. 2006.
- Lenz, Carl Otto
Borchardt, Klaus-
Dieter (eds.) EU- und EG-Vertrag Kommentar,
4. Aufl. Basel Genf München 2006.
- Levitt, Steven D.
List, John A. What Do Laboratory Experiments Tell Us About the Real
World?,
Working Paper (2006); verfügbar unter
<http://pricetheory.uchicago.edu/levitt/Papers/jep%20revision%20Levitt%20&%20List.pdf>
Leicht verändert erschienen unter dem Titel “What do
Laboratory Experiments Measuring Social Preferences
Reveal About the Real World,
Journal of Economic Perspectives 21 (2007), 153–174.
Zitate in dieser Arbeit beziehen sich auf das allgemeinere
Working Paper.
- Loewenheim, Ulrich
Meessen, Karl M. Kartellrecht, Band 1 – Europäisches Recht (Kommentar),
München 2005.

- Riesenkampf, Alexander
- Lopes, Lola L. Between Hope and Fear: The Psychology of Risk, *Advances in Experimental Social Psychology* 20 (1987), 255–295.
- Lüdemann, Jörn Netzwerke, Öffentliches Recht und Rezeptionstheorie, in: S. Boysen, F. Bühring, C. Franzius, T. Herbst, M. Kötter, A. Kreutz, K. von Lewinski, F. Meinel, J. Nolte und S. Schönrock (Hg.), *Netzwerke, Tagungsband der Assistententagung Öffentliches Recht, Baden-Baden 2007*. Auch erschienen als Preprint of the Max Planck Institut for Research of Collective Goods 7 (2007); verfügbar unter www.coll.mpg.de
Die Seitenangaben in der vorliegenden Arbeit beziehen sich auf den Preprint.
- Macy, Michael W. Rational Choice, in: Peter J. Burke (Hg.), *Contemporary Social Psychological Theories*, Stanford 2006.
- Maier-Rigaud, Frank Switching Costs in Retroactive Rebates – What’s Time Got To Do With It?, *European Competition Law Review* (2005), 272–276.
- Majumdar, Adrian Shaffer, Greg Market Share Contracts with Asymmetric Information, CCP Working Paper 07-17 (2007); verfügbar unter <http://www.uea.ac.uk/ccp/publications>.
- Marx, Leslie M. Schaffer, Greg Rent Shifting, Exclusion and Market Share Discounts, Working Paper (2007); verfügbar unter <http://www.simon.rochester.edu/fac/shaffer/Published/rentshift.pdf>.
- Mestmäcker, Ernst-Joachim Schweitzer, Heike Europäisches Wettbewerbsrecht, 2. Aufl. München 2004.
- Mezias, Stephen J. Chen, Ya-Ru Murhy, Patrick R. Aspiration-Level Adaptation in an American Financial Services Organization: A Field Study, *Management Science* 48 (2002) 10, 1285–1300.
- Mills, David E. Inducing Downstream Selling Efforts with Market Share

- Discounts,
Working Paper (2008); verfügbar unter www.ssrn.com.
- Moch, Christiane Die Zukunft der Missbrauchsaufsicht in einem ökonomisierten Wettbewerbsrecht,
Wirtschaft und Wettbewerb (2008), 44–52.
- Morell, Alexander
Glöckner, Andreas
Towfigh, Emanuel Sticky Rebates: Do Rollback Rebates Induce Non-Rational Loyalty in Consumers? – Experimental Evidence,
Preprints of the Max Planck Institute for Research on Collective Goods Bonn 2009/23; verfügbar unter www.ssrn.com.
- Motta, Massimo Competition Policy – Theory and Practice,
New York 2004.
- Nicholson, Walter
Snyder, Christopher Microeconomic Theory – Basic Principles and Extensions,
10. Aufl. Mason 2008.
- Odean, Terrance Are Investors Reluctant to Realize Their Losses,
Journal of Finance, 53 (1998), 1775–1798.
- O’Donoghue, Robert
Padilla, Jorge The Law and Economics of Art. 82 EC,
Oxford Portland 2006.
- Office of Fair Trading (OFT) Selective Price Cuts and Fidelity Rebates, Economic Discussion Paper (2005); verfügbar unter http://www.offt.gov.uk/shared_offt/reports/comp_policy/oft804.pdf.
- Ordovery, Janusz
Shaffer, Greg Exclusionary Discounts,
CCP Working Paper 07-13 (2007); verfügbar unter <http://www.uea.ac.uk/ccp/publications>.
- Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD) Price Transparency,
Report on a Round Table held in June 2001; verfügbar unter <http://www.oecd.org/dataoecd/52/63/2535975.pdf>.
- Dies. Loyalty and Fidelity Discounts and Rebates,
Report on a Roundtable held in June 2002; verfügbar unter <http://www.oecd.org/dataoecd/18/27/2493106.pdf>.

- Dies. Competition on the Merits,
Report on a Round Table held in June 2005
(DAF/COMP(2005)27); verfügbar unter
<http://www.oecd.org>.
- Payne, John W.
Laghhun, Dan J.
Crum, Roy Further Tests of Aspiration Level Effects in Risky Choice
Behavior,
Management Science 27 (1981), 953–958.
- Podszun, Rupprecht Die Kontrolle von Sekundärmärkten – Eine juristische
und ökonomische Untersuchung im Kartell- und Immate-
rialgüterrecht (Rezension),
Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht Internatio-
naler Teil (2007), 784–785.
- Posner, Richard A. Rational Choice, Behavioral Economics, and the Law,
Stanford Law Review 50 (1998), 1551 ff.
- Ders. Antitrust Law,
2. Aufl. Chicago 2001.
Es wurde auch die erste Auflage Chicago 1976 genutzt,
wenn sich die Zitate auf diese frühere Auflage beziehen,
ist das durch die Jahreszahl angezeigt.
- Rabin, Matthew Diminishing Marginal Utility of Wealth Cannot Explain
Risk Aversion,
in: Daniel Kahneman, Amos Tversky (Hg.), Choices,
Values and Frames, Cambridge UK, 2000.
- Rasmusen, Eric B.,
Ramseyer, J. Mark
Wiley, John S. Jr. Naked Exclusion,
The American Economic Review 81 (1991), 1137–1145.
- Read, D.
van Leeuwen, B. Predicting Hunger: The Effects of Appetite and Delay on
Choice,
Organizational Behavior and Human Decision Processes,
76 (1998), 189–205.
- Rey, Patrick
Tirole, Jean A Primer on Foreclosure,
in: Mark Armstrong, Robert H. Porter (Hg.), Handbook of
Industrial Economics, Vol. 3, Amsterdam 2007.
- Ridyard, Derek Exclusionary Pricing and Price Discrimination Abuses

- under Art. 82 – An Economic Analysis,
European Competition Law Review (2002), 286–303.
- Rieck, Christan Spieltheorie – Eine Einführung,
Eschborn 2006.
- Rodger, Barry J.
MacCulloch, Angus Competition Law and Policy in the EC and UK,
3. Aufl. London 2004.
- Rubinfeld, Daniel L. 3M’s bundling Rebates: An Economic Perspective,
Chicago Law Review 72 (2005), 243–264.
- Schmidt, André Wie ökonomisch ist der „more economic approach“? Ei-
nige kritische Anmerkungen aus ordnungsökonomischer
Sicht,
Freiburger Diskussionspapiere zur Ordnungsökonomik
06/10 (2006); verfügbar unter
www.eucken.de/publikationen/diskussionspapiere.htm.
- Schmidtchen, Dieter Der „more economic approach“ in der Wettbewerbspoli-
tik,
Wirtschaft und Wettbewerb (2006), 6–17.
- Schram, Arthur Artificiality: The tension between internal and external
validity in economic experiments,
Journal of Economic Methodology 12 (2005), 225–237.
- Schröter, Helmuth
Jakob, Thinam
Mederer, Wolfgang Kommentar zum Europäischen Wettbewerbsrecht,
Baden-Baden 2003.
- Selten, Reinhard Spieltheoretische Behandlung eines Oligopolmodells mit
Nachfragerträgeit,
Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft 12 (1965),
301–324 und 667–689.
- Slesnick, Daniel T. Consumer surplus
in: Steven N. Durlauf, Lawrence E. Blume (Hg.), The
New Palgrave Dictionary of Economics, 2. Aufl. Basing-
stoke 2008.
- Slovic, Paul The Perception of Risk,
London 2000.

- Spector, David Loyalty Rebates: An Assessment of Competition Concerns and a Proposed Structured Rule of Reason, *Competition Policy International* 1 (2005), 89–114.
- Spinks, S. O. Exclusive Dealing, Discrimination, and Discounts under EC Competition Law, *Antitrust Law Journal* 67 (1999–2000), 641–670.
- Straffin, Philip D. *Strategy*, Washington 1993.
- Stucke, Maurice E. Behavioral Economists at the Gate: Antitrust in the Twenty-First Century, *Loyola University Chicago Law Journal* 38 (2007), 514–591.
- Thaler, Richard H. Towards a Positive Theory of Consumer Choice, *Journal of Economic Behavior and Organization*, 1 (1980) 39–60.
- Ders. Mental Accounting and Consumer Choice *Marketing Sciences*, 4 (1985), 199–214.
- Ders. Mental Accounting Matters, in: Daniel Kahneman, Amos Tversky (Hg.), *Choices, Values and Frames*, Cambridge 2000.
- Tirole, Jean *Industrieökonomik*, 2.Aufl. München Wien 1999.
- Tor, Avishalom The Fable of Entry, *Michigan Law Review* 101 (2002), 482–568.
- Ders. A Behavioral Approach to Antitrust Law and Economics, *Consumer Policy Review* 14 (2004), 1–5.
- Tversky, Amos
Kahneman, Daniel Judgement under Uncertainty: Heuristics and Biases, *Science* 185 (1974), 1125–1131.
- Dies. The Framing of Decisions and the Psychology of Choice, *Science* 211 (1981), 453–458.
- Dies. Extensional vs. Intuitive Reasoning, The Conjunction Fallacy in Probability Judgement,

- Psychological Review 90 (1983), 293 ff.
- Dies. Rational Choice and the Framing of Decisions,
in: Robin M. Hogarth, Melvin W. Reder (Hg.), Rational
Choice, The Contrast between Economics and Psychol-
ogy, Chicago London 1986.
- Dies. Advances in Prospect Theory: Cumulative Representation
of Uncertainty, Journal of Risk and Uncertainty 5 (1992),
297–323.
- Varian, Hal R. Intermediate Microeconomics – A Modern Approach,
6. Aufl. New York London 2003.
- Vaughan, David
Lee, Sarah
Kenelly, Brian
Riches, Philip EU Competition Law: General Principles,
Richmond 2006.
- Vickers, John Abuse of Market Power,
The Economic Journal, 115 (2005), F244–F61.
- Viscusi, W. Kip
Vernon, John
Harrington, Joseph Economics of Regulation and Antitrust,
4. Aufl. Cambridge 2005.
- Waelbroeck, Denis Michelin II: A Per Se Rule Against Rebates by Dominant
Companies?,
Journal of Competition Law and Economics 1 (2005),
149–171.
- Whinston, Michael
D. Tying, Foreclosure, and Exclusion,
The American Economic Review 80 (1990), 837–859.
- Zimmer, Daniel Der rechtliche Rahmen für die Implementierung moder-
ner ökonomischer Ansätze,
Wirtschaft und Wettbewerb 12 (2007a), 1198–1209.
- Ders. On Fairness and Welfare: The Objectives of Competition
Policy,
in: C.-D. Ehlermann, M. Marquis (Hg.), A Reformed Ap-
proach to Article 83 EC, European Competition Law An-
nual (2007b), 103–107.

- Zimmer, Daniel
Paul, Thomas Entwicklungstendenzen der europäischen und der deutschen Kartellrechtspraxis – Teil 1,
Juristenzeitung (2008), 611–622.
- Zizzo, Daniel John Experimenter Demand Effects in Economic Experiments,
Working Paper (2008); verfügbar unter www.ssrn.com.