

Zur wettbewerbsrechtlichen Behandlung von Nachfragemacht

Roman Inderst

1. Hintergrund & Motivation

Relevanz

- Nachfragemacht spielte in den letzten Jahren eine zunehmende Rolle bei den Kartellämtern.
- Ein Grund hierfür: Zunehmende Konzentration auf nachgelagerten Marktstufen in vielen Sektoren.
- Fehlt: Robustes und voll entwickeltes ökonomisches Konzept.
- Sowie: Umsetzung der gewonnenen Erkenntnisse in die deutsche Rechts- und Fallpraxis.

Einschränkung der Betrachtung

- Fusionskontrolle: Keine „countervailing power“ und „purchasing efficiencies“.
- Kartellabsprachen / Einkaufskooperationen.

Zentrale Punkte

- Fokus: Missbrauchsaufsicht.
- Nachfragemachtbedingte Ausbeutung der Marktgegenseite und die günstigere Konditionengestaltung im Verhältnis zu konkurrierenden Nachfragern.
 - Ausbeutungsmissbrauch
 - bzw. unbillige Behinderung oder ungerechtfertigte Diskriminierung (§§ 19 Abs. 4 Nr. 2, 20 Abs. 1 und evtl. Abs. 3 GWB)
 - und als diskriminierende Behinderung anderer Nachfrager (§ 20 Abs. 3 GWB).

- Nicht „first line injury“ = angebotsseitiger Behinderungsmissbrauch.
- Nicht: Lauterkeitsrechtliche Behandlung von Geschäftspraktiken, die über ein „hard bargaining“ hinausgehen.

Vorläufige Zielsetzung:

Präsentation einer ersten konzeptionellen Gesamtbetrachtung von Nachfragemacht, die sowohl an der ökonomischen Theorie als auch an der Rechtspraxis anschließen kann.

2. Nachfragemacht: Konzeptionelle Überlegungen

2.1 Definition / Paradigmen

Nachfragemacht liegt dann vor, wenn ein Nachfrager Konditionen erzielen kann, die „unter“ dem kompetitiven Niveau liegen oder aber—ohne dass hierfür eine äquivalente Gegenleistung erbracht wird—besser sind als die eines anderen, vergleichbaren Nachfragers.

→ Umfasst die beiden primären Betrachtungsweisen von Nachfragemacht: Das Monopsonmodell und das Modell bilateraler Verhandlungen.

→ Sowie „Hybridformen“.

- Monopsonmodell: Einheitlicher Marktpreis
- Reines Verhandlungsmodell
 - „Outside Options“ (Abschlussalternativen)

Wichtiges „Hybridmodell“ ist das der „offenen Ausschreibung“ seitens eines oder mehrerer Nachfrager.

- Ergebnis kann bei jedem Nachfrager verschieden ausfallen.
 - Kontrahierungsalternativen!
 - Damit einhergehende „Diskriminierung“ entspricht dem Verhandlungsmodell.
- Nachfrager mit sehr hohen Marktanteilen kann von strategischer Mengenreduktion profitieren
 - Was wiederum dem Monopsonmodell entspricht.
- Prozeduraler Mechanismus, der sicherstellt, dass zwar Preisunterschiede ausgenutzt werden, nicht aber Macht missbraucht wird (etwa durch ein „Ausspielen“ der Anbieter).

2.2 Nachfragemacht als Verhandlungsmacht

Implikationen für (Wohlfahrts-)wirkungen im Einzelnen

- Starker Nachfrager als „consumer champion“, in Abhängigkeit vom „pass-on“.
→ Gerade bei angebotsseitiger Marktmacht
- Investitionsanreize für Anbieter: Keineswegs sind nur negative Auswirkungen zu erwarten.
- Investitionsanreize für Nachfrager: Diese werden durch Vorteile auf dem Beschaffungsmarkt noch erhöht.
- Horizontale Auswirkungen auf den nachfrageseitigen Wettbewerb (z.B. „Wasserbetteffekt“)

Fazit: Sofern wesentliche Elemente des Verhandlungsmodells anzuwenden sind, muss folglich einer mechanischen Anwendung der „Spiegelbildtheorie“ widersprochen werden.

Keine simplen Wirkungszusammenhänge zwischen „Größenmaßen“ (relativ und absolut) und der Wahrscheinlichkeit einer die Wohlfahrt reduzierenden Marktmachtausübung.

3. Die Rolle von Effizienz- und (Konsumenten-) wohlfahrtsüberlegungen: Normzweck von §20

- Rolle der Ökonomie?
- Gerade §20 macht allerdings die Grenzen einer ökonomischen Analyse deutlich, sofern sich diese allein auf das Ziel der (Konsumenten-)wohlfahrtsmaximierung verlegen würde.
- Allerdings: Zentrale Rolle der Konsumentenwohlfahrt
→ Als zentrale „Operationalisierung“ des Zieles eines unbehinderten Wettbewerbes (?)

- Allerdings ist in §§ 19, 20 auch der Schutz eines rein machtbedingten Vermögenstransfers verankert, der sich im Sinne eines „property right“ Ansatzes auch ökonomisch formulieren lässt.
- Zielkonflikt (vor allem vertikal).
→ Lösung lexikographisch?
- Zentral: „Sachliche Rechtfertigung“

4. „Benchmarks“ und „Safe Harbour“

4.1 Definition eines Benchmarks

- Freies Spiel der Kräfte? „Ultimatums-Offerte“ eines monopsonistischen Nachfragers?
→ Vollständiger Transfer der „Effizienzrente“ eines kostengünstigeren Herstellers zum marktstarken Nachfrager.

Konzept eines Benchmark „Ausschreibungsfiktion“

- Anbieter (unter vollständiger Information) geben Gebote in einer freien Ausschreibung ab.
 - Nachfrager wird in jedem Gebot auf seine „Outside Option“ zurückgeworfen.
 - Anbieter kann die gesamte „Effizienzrente“ selbst verbuchen.
- Erlaubt Konditionendiskriminierung („gatekeeper“ etc.).

Angebotsseitige Analogie

→ Unterscheidung: **Strategische** Ausnutzung von Marktmacht.

4.2 Gründe für einen „Safe Harbours“

Falls es im Benchmark der „Ausschreibungsfiktion“ zu unterschiedlichen Konditionen kommt, so halten wir diese Unterschiede für „sachlich gerechtfertigt“.

i) „Essence of competition“

- Sonst nur „suprakompetitiv Renditen“.
- Rolle des Wettbewerbs (speziell: um einen großen Nachfrager) für das Aufbrechen von koordiniertem Verhalten in engen Herstelleroligopolen etc.
- Keine Zementierung ineffizienter Marktstrukturen.
- Kein „ruinöser“ Wettbewerb.

ii) Dynamische Effizienz und „property rights“

iii) Fallentscheidungen

- Nutzung eines „Preisgefälles“ am Markt.

iv) „Gleichartigkeit“

- Gleichartig im Sinne der „outside options“ des Nachfragers!

6. Aufgriffskriterien

6.1 (Vorläufige) Überlegungen

i) Ursachen von Nachfragemacht? „One size fits all“?

Speziell gibt es konzeptionelle Probleme mit folgenden Maßen:

- Anteil des gemeinsamen (bilateralen) Geschäftes am Gesamtprofit des jeweiligen Nachfragers und Anbieters.
- Verhältnis zu einer „Konkursgefährdungsschwelle“.

ii) Interaktion mit den Wirkungen („theories of harm“)

Vgl. HHI im Standardfall. Begründet Schwellenwerte.

→ Hier?

6.2 Schwellenwerte

Ausgegangen werden muss von einer konkreten „theory of harm“ (wobei diese auch Bezug auf die Schutzfunktion der §§ 19,ff. GWB nehmen kann).

i) „Theory of harm“ basiert auf (horizontalen) Wettbewerbsbehinderung:
→ Hoher Schwellenwert.

ii) „Theory of harm“ basiert auf (Konsumenten-) Wohlfahrtsreduktion durch (übermäßigen) vertikalen Profittransfer.
→ Hoher Schwellenwert.

iii) „Theory of harm“ basiert auf einem „property rights“ Ansatz, der sich aus dem Schutzzweck ableitet:

→ Profitverschiebungen im Rahmen des „safe harbour“ unbedenklich.

→ Auch hohe Schwelle?

7. Weitere Punkte, Themen, Probleme ?

(...)