

Nachfragemacht zwischen Effizienzerhöhung und Marktversagen – eine juristische Perspektive

5. L&A Wettbewerbstag
Hamburg
12. Januar 2017

Prof. Dr. Stefan Thomas
Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Handels- und Wirtschaftsrecht,
Wettbewerbs- und Versicherungsrecht

Eberhard Karls Universität Tübingen

EBERHARD KARLS
UNIVERSITÄT
TÜBINGEN



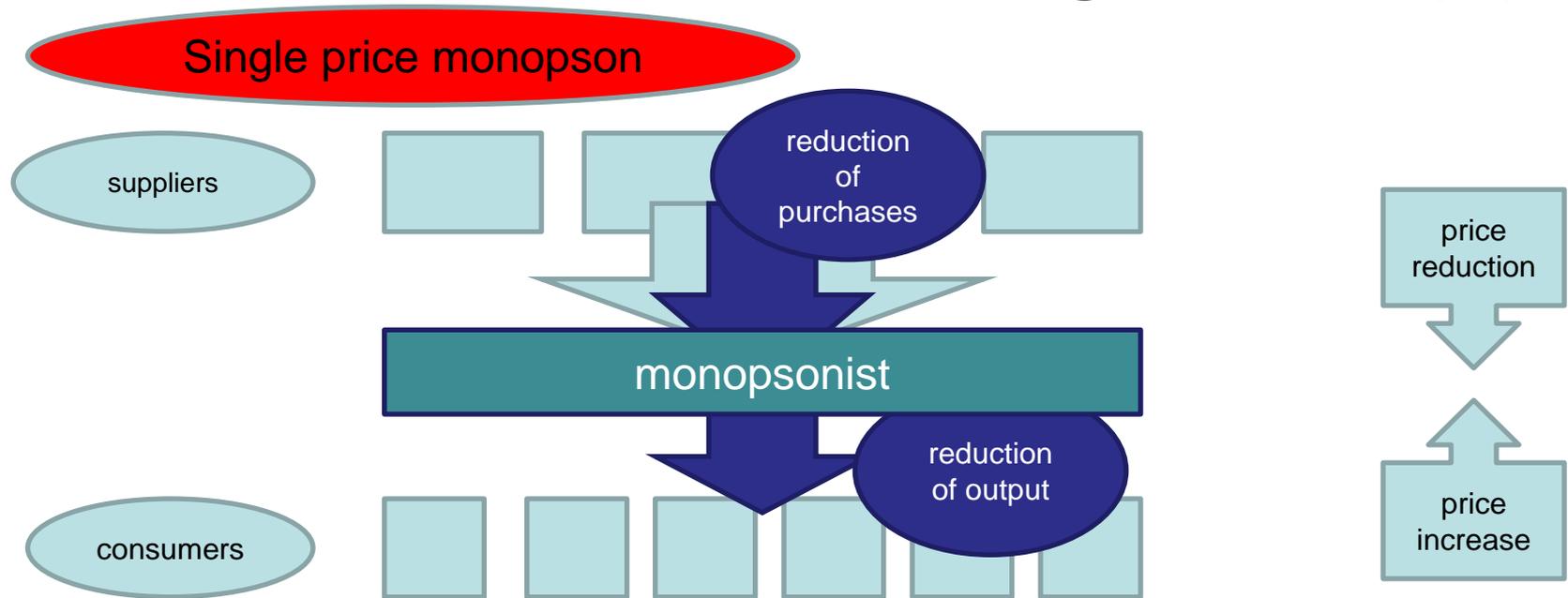
Gliederung

- I. Grundprobleme von Nachfragemacht im Kartellrecht
- II. Formen von Nachfragemacht
- III. Wettbewerbliches Schadenspotential
 - 1. Input foreclosure/Verdrängung auf nachgelagertem Markt
 - 2. Wohlfahrtsverluste außerhalb von input foreclosure
- IV. Zusammenfassung

I. Grundprobleme

- US Supreme Court: “Monopoly and monopsony are symmetrical distortions of competition”
(Vogel v. Am. Soc’y of Appraisers, 744 F.2d 598, 601 (7th Cir. 1984); zitiert in Weyerhaeuser Co. v. Ross-Simmons Hardwood Lumber Co., 549 U.S. 312, 321 (2007)).
- Dennoch sind wettbewerbsökonomische und -rechtliche Besonderheiten zu beachten
 - Grundproblem bei einem effects-based approach: Identifizierung von pro- und anticompetitive effects
 - insbes. supplier harm vs. consumer harm
 - bloßes Postulat der spiegelbildlichen Anwendung der Grundsätze von Angebotsmacht wohl zu einfach

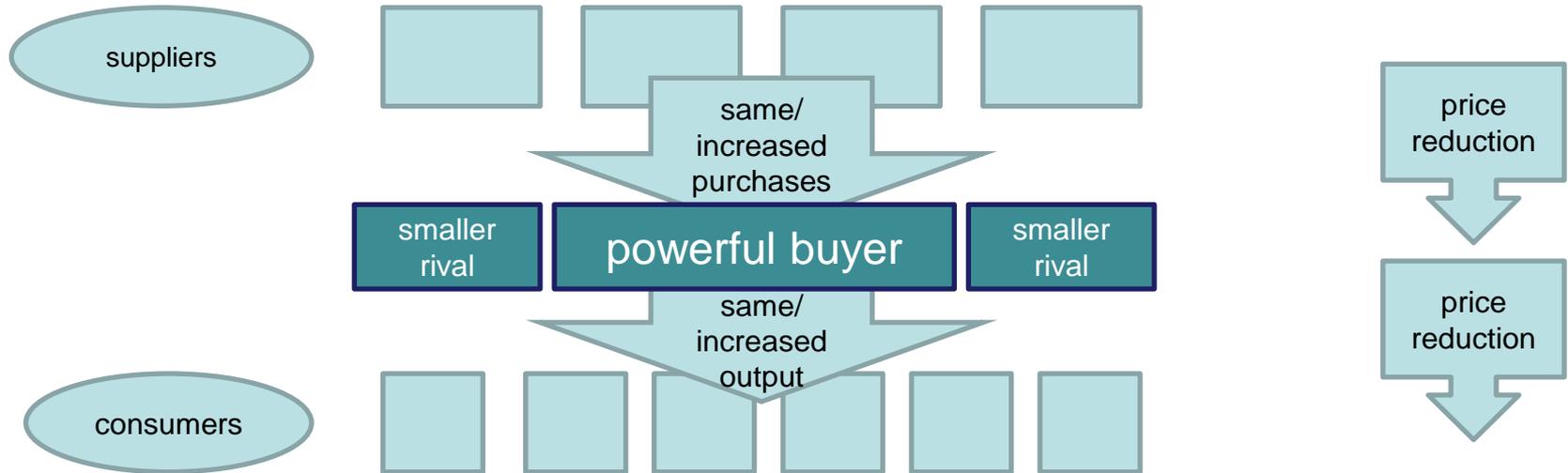
II. Formen von Nachfragemacht (1)



Single price monopson führt zu deadweight loss wegen Mengenreduktion im nachgelagerten output-Markt

II. Formen von Nachfragemacht (2)

Bargaining power



III. Schadenspotential

(1. foreclosure)

- Bargaining power kann den input-Markt abschotten bzw. zu Preisdiskriminierungen führen
- Wasserbett-Effekt und Spiraleffekt (im folg. WB-Effekt)
- Bargaining power kann sich hierdurch als Hebel auf den nachgelagerten output-Markt auswirken
- Fragen:
 - Eintritt eines WB-Effekts
 - Gefahr einer efficiency offense
 - Sonderproblem Fusionskontrolle:
 - Wechselwirkungen zwischen UPP und input foreclosure
 - Anmerkungen zur EDEKA/Tengelmann-Entscheidung
 - Ungeklärte Fragen: Prognoseanforderungen für downstream-Effekte („wann kippen Effizienzen in erfolgreiche Verdrängung?“
Recoupment-Test?)

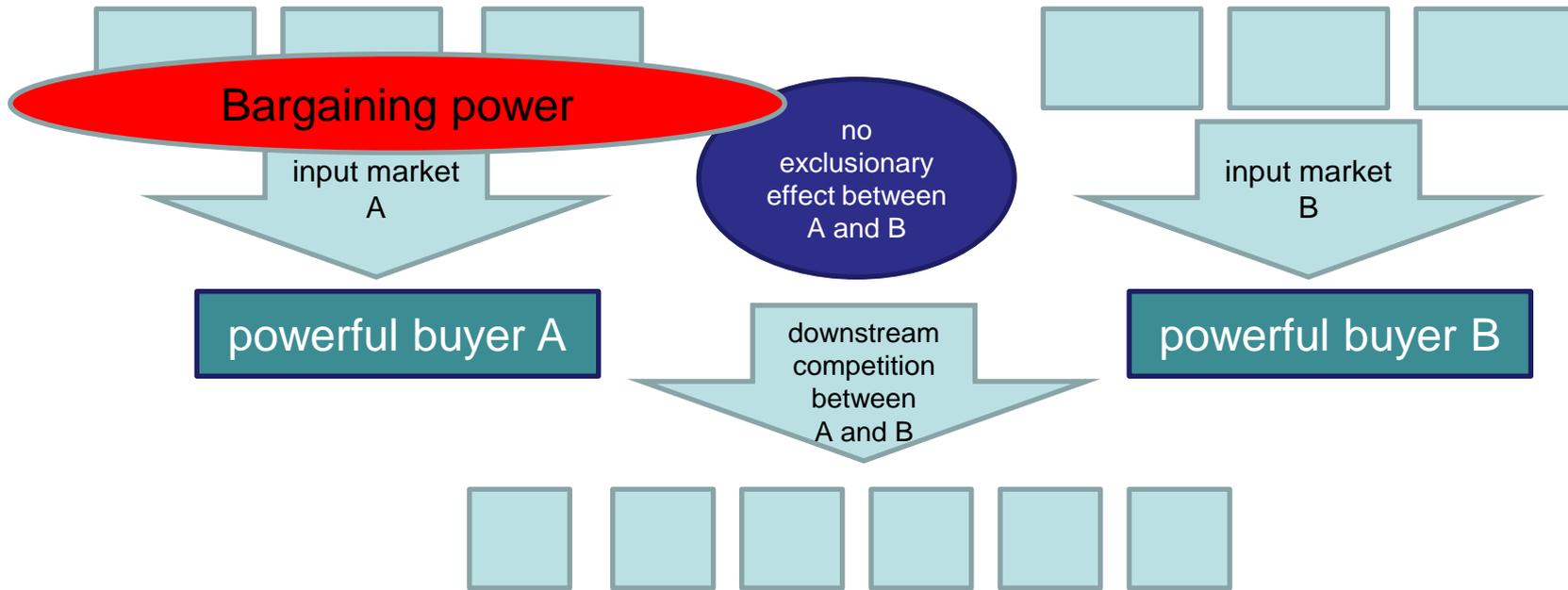
III. Schadenspotential

(2. Wohlfahrtsverluste außerhalb von foreclosure)

- Allokative Effizienz: str. ob als KartR-Maßstab – jedenfalls: bargaining power kein deadweight loss/keine Mengenreduktion (nur bei single price monopson)
- Bloße Rentenverschiebung zwischen Lieferant und Nachfrager kein deadweight loss und kein consumer harm
- Supplier harm als eigenständige Kategorie? Sehr str. und in Rspr. bislang ungeklärt: DOJ in George's Foods/Tyson Foods grds. offen; FTC in Express Scripts/Medco: grds. ablehnend; US Supreme Court in Weyerhaeuser: gespaltene Aussagen (dazu *Thomas*, ZWeR 2015, 210, 231 ff.)
- Auswirkungen auf dynamische Effizienz:
 - Ambivalenz der Effekte
 - Gefahr von hold-up Situation (negativ für Innovation – so UK Comp. Commission für UK)
 - Anreize zur Verbesserung der outside options der Lieferanten = positiv für Innovation (dazu *Inderst/Wey*, Buyer Power and Supplier Incentives, *European Economic Review* 51 (3), 647 – 667 (2007); *Inderst/Wey*, Countervailing Power and Dynamic Efficiency, *Journal of the European Economic Association* 9 (4), 702 – 720 (2011))
 - Negative Effekte durch verstärktes Angebot von Handelsmarken (Schwächung der Herstellermarken), dazu *Inderst/Jakubovic/Jovanovic*, Buyer Power and Functional Competition for Innovation, Munich Personal RePEc Archive, MPRA, January 2015, MPRA Paper No.61214, (http://mpra.ub.uni-muenchen.de/61214/1/MPRA_paper_61214.pdf).
 - Problem der Quantifizierung

III. Schadenspotential

(2. Wohlfahrtsverluste außerhalb von foreclosure)



Fallbeispiel: bargaining power ohne input foreclosure

IV. Fazit

- Einfaches Spiegelbildlichkeitspostulat wird der Komplexität von Nachfragemacht nicht gerecht
- foreclosure-Gefahr ist eine plausible theory of harm in Fusionskontrolle und Mißbrauchsrecht. Hier wird zugleich das Freiheitsparadigma der ordoliberalen Wettbewerbstheorie verwirklicht. Aber: Begründungsanforderungen hoch (Praxis insoweit teilweise nicht sachgerecht).
- Ohne foreclosure indes theory of harm nur schwer zu begründen
 - Abzulehnen ist jeder Versuch, “gute” von “schlechter” Verhandlungsmacht zu unterscheiden, indem man den Begriff des Mißbrauchs bzw. der erheblichen Wettbewerbsbehinderung unter Rückgriff auf das Zivilrecht normativ auflädt („*angemessene, zumutbare, leistungsgerechte etc. Preise und Konditionen*“). Denn: Man überdeckt das Problem des wettbewerblichen Schadens letztlich durch Leerformeln
 - Abzulehnen ist die These eines „supplier welfare“ – widerspricht der Auslesefunktion von Wettbewerb

Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit

Prof. Dr. Stefan Thomas

Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Handels- und Wirtschaftsrecht,
Wettbewerbs- und Versicherungsrecht

Eberhard Karls Universität Tübingen

EBERHARD KARLS
UNIVERSITÄT
TÜBINGEN

