



Competition Competence Report

VERTIEFTE ÖKONOMISCHE ANALYSE IM ARTIKEL 102 VAEU: NEUE TESTVERFAHREN

Die Ökonomisierung der europäischen Wettbewerbspolitik hat Artikel 102 EG Vertrag erreicht. Wettbewerbskommissarin Neelie Kroes legte am 19. Dezember 2005 ein diesbezügliches Diskussionspapier vor.¹ Frau Kroes setzt mit diesem Diskussionspapier den von ihren Vorgängern initiierten Modernisierungsprozess im europäischen Kartellrecht geradlinig weiter fort: In diesem Papier wird die bisherige legalistisch geprägte Anwendungspraxis zugunsten eines vertieften ökonomischen Ansatzes verworfen.

Einige, der im Diskussionspapier angeführten Aspekte sind nicht neu: sie werden jetzt jedoch umfassend und vor allem im Zusammenhang mit den Reformen dargestellt. Neu ist hingegen die konsequente Ausrichtung auf den „Effekt-basierten“ Ansatz. Mit anderen Worten: In der Prüfung ist der nachweisbare Effekt einer Maßnahme im Markt entscheidend. Diese Vorgehensweise erfordert umfassende ökonomische Analysen. Das Diskussionspapier bietet jedoch nicht nur die Anleitung, auf welche Weise die Behörden den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung analytisch untersuchen sollen; das Papier bietet insbesondere auch Aufklärung, mit welchen Analysen sich Unternehmen gegen den Vorwurf eines Missbrauchs wehren können bzw. auf welche Weise betroffene Wettbewerber ihren Fall bei den Behörden darlegen können. Vor allem die letztere Gruppe wird durch den Effekt-basierten Ansatz begünstigt. Hypothetische Testverfahren kommen zur Anwendung, die z.B. unabhängig der Kenntnis der tatsächlichen Kostenstrukturen des marktbeherrschenden Unternehmens durchgeführt werden können.

¹ „DG competition discussion paper on the application of Article 102 of the Treaty to exclusionary abuses“; Stellungnahmen können bis zum 31. März 2006 eingereicht werden können. http://europa.eu.int/comm/competition/antitrust/others/article_102_review.html;

Dieser CCR ist der erste CCR einer Reihe von Beiträgen zu der neuen ökonomisch geprägten Vorgehensweise im Artikel 102. Zukünftige CCRs werden den Effekt-basierten Ansatz bei der Bestimmung einer marktbeherrschenden Stellung inklusive der Thematik der Marktabgrenzung in Missbrauchsverfahren aufgreifen. Die Analysen von Kampfpreisen, Koppelbindungen und Lieferverweigerungen werden ebenfalls thematisiert.

Zielsetzung von Artikel 102

Zwei Formen des Marktmissbrauchs können in Artikel 102 unterschieden werden: Behinderungsmissbrauch (Verhaltensweisen, durch die Konkurrenten vom Markt verdrängt werden sollen) und Ausbeutungsmissbrauch (bei dem Unternehmen ihre Marktmacht ausnutzen, z.B. durch überhöhte Preise). Das Diskussionspapier stellt die analytische Vorgehensweise bei der Prüfung des Behinderungsmissbrauches dar. Fokus der Analyse ist die Gefährdung der Verbraucher: Die Ausrichtung der Anwendungspraxis auf die Steigerung der Konsumentenwohlfahrt ist das klare Bekenntnis den Wettbewerb und nicht Wettbewerber schützen zu wollen. Die Wettbewerber sollen die Möglichkeit haben, ihre Marktpräsenz auf- oder auszubauen, indem sie Leistungswettbewerb („competition on the merits“) betreiben. Die Thematik einer effizienten Ressourcenallokation findet ebenfalls Eingang in die Anwendungspraxis. Das Papier führt aus, ob und auf welche Weise Effizienzgewinne zu berücksichtigen sind. Eine Berücksichtigung erfolgt nur dann, wenn die Effizienzgewinne die wettbewerbsschädlichen Folgen des beanstandeten Verhaltens mehr als aufwiegen. Diese Vorgehensweise entspricht der Systematik des Artikels 81 (Balancing).

Ein auf das Ziel der Steigerung der Konsumentenwohlfahrt ausgerichteter „more-economics-based-approach“ erfordert die sorgfältige Analyse der Funktionsweise des Wettbewerbs auf den einzelnen Märkten. Auf diese Weise wird überprüft wie eine bestimmte unternehmerische Verhaltensweise die Konsumentenwohlfahrt beeinflusst. Die Grundlage einer wettbewerbsökonomischen Bewertung ist die Analyse der ökonomischen Effekte einer Verhaltensweise. Die Wettbewerbsbeschränkung ist im Einzelfall nachzuweisen und gleichzeitig ist zu berücksichtigen, in welchem Ausmaß ein gegebenenfalls negativer Effekt durch Effizienzgewinne ausgeglichen wird. Die Identifikation der Wettbewerbsbeschränkung und die Analyse der Effizienzvorteile basieren prinzipiell auf Erkenntnissen der ökonomischen Theorie und werden durch umfassende empirische Evidenz gestützt.

In dem vorliegenden Diskussionspapier wird beispielsweise zum „As-efficient-competitor-Test“ ausgeführt. In diesem Testverfahren wird beschrieben, wie die wettbewerbsbeschränkenden Effekte einzelner Verhaltensweisen analysiert werden sollen. Ferner werden die Kriterien

beschrieben, denen eine Effizienzverteidigung genügen muss, damit die positiven Effekte einer bestimmten Verhaltensweise gegen deren negative Auswirkungen aufgerechnet werden können. Mit der Auswahl dieses Verfahrens hat sich die Europäische Kommission für einen kostenbasierten Test und gegen andere, noch stärker Effekt-basierte Tests entschieden.² Im Folgenden wird zum „As-efficient-competitor-Test“ und der Effizienzverteidigung ausgeführt.

„As-efficient-competitor-Test“

Artikel 102 verbietet unternehmerische Praktiken, die jetzt oder zukünftig Wettbewerbsbeschränkungen zur Folge haben, die geeignet sind, Verbrauchern direkten oder indirekten Schaden zuzufügen. Insbesondere sollen Verhaltensweisen unterbunden werden, die zu einem Marktverschluss („foreclosure“) führen, der für die Verbraucher - ob kurz-, mittel- oder langfristig - überhöhte Preise oder mindere Qualitäten mit sich bringt. Von einem Marktverschluss wird dann ausgegangen, wenn aktuellen oder potentiellen Wettbewerbern ein profitables Engagement auf dem Markt ganz oder teilweise versagt wird. Folgen eines solchen Marktverschlusses können entweder (1) die Benachteiligung, (2) die geringere Aggressivität oder (3) der Marktaustritt der bestehenden Konkurrenten oder (4) die Blockade des Markteintritts potentieller Konkurrenten sein. Die zu überprüfende These ist, dass Nachteile, die den Wettbewerbern zugefügt werden, letztendlich das Potential aufweisen auch Nachteile für die Verbraucher zu generieren.

Die Benachteiligung der Wettbewerber kann unterschiedlich erfolgen: Das marktbeherrschende Unternehmen kann die Nachfrage nach den Produkten der Wettbewerber verringern oder die Kosten der Wettbewerber erhöhen („Raising Rivals' Costs“). Marktverschließende-Effekte können aber auch durch (Kampf-)Preisunterbietung oder Rabattsysteme entstehen. Marktbeherrschende Unternehmen können ebenso durch vertikale Integration und ein Monopol auf der vorgelagerten Marktstufe die Wettbewerbsposition der Konkurrenten verschlechtern, indem die Preise für Vorleistungsgüter angehoben werden.

Die Frage, wo die Grenze zwischen einem legitimen und einem missbräuchlichen Einsatz von Wettbewerbsparametern zu ziehen ist, soll nach den jetzigen Vorstellungen der Europäischen Kommission mit Hilfe eines „As-efficient-competitor“-Test beantwortet werden. Die Arbeitshypothese

² Vollständig effektbasierte Tests versuchen, sich ganz von der Form der untersuchten Verhaltensweise lösen. So können z. B. im Rahmen eines mehrstufigen Verfahrens die entgangenen Gewinne (Sacrifice Profit Test), die Verschlusswirkung (Exclusion Test) und die Profitabilität (Recoupment Test) analysieren werden.

ist, dass die Grenze zwischen erlaubten und unerlaubten Verhaltensweisen dort zu ziehen sei, wo ein hypothetischer *effizienter* Wettbewerber, konfrontiert mit der fraglichen Maßnahme, nicht mehr in der Lage wäre, seine Wettbewerbsposition aufrechtzuerhalten bzw. als Newcomer in den Markt einzutreten. Ein „As-efficient-competitor“ ist demnach ein hypothetischer Wettbewerber, der die gleiche Kostenstruktur wie das marktbeherrschende Unternehmen aufweist. Eine Verdrängung bzw. ein Ausschluss eines solchen effizienten Wettbewerbers kann nur dann stattfinden, wenn das marktbeherrschende Unternehmen nicht-kostendeckende Preise setzt.

Der „As-efficient-competitor-Test“ ist demnach ein Kosten-Benchmark-Test. Bei der Anwendung des Tests ist somit von großer Bedeutung, welche Kosten im Rahmen der Benchmark-Analyse betrachtet werden. In einer solchen Untersuchung werden unterschiedliche Größen analysiert. Diese sind beispielsweise Grenzkosten, durchschnittliche variable Kosten, vermeidbare Kosten, langfristige inkrementelle Kosten oder durchschnittliche Gesamtkosten. Bei der Analyse ist zu berücksichtigen, ob Skalener- oder Verbundvorteile, Netzwerke oder Lernkurveneffekte vorliegen, die zu sinkenden Kostenverläufen führen könnten. Die exakte Ausgestaltung des „As-efficient-competitor-Tests“ und des gewählten Kosten-Benchmark sind von der zu untersuchenden Verhaltensweise abhängig. Dies soll am Beispiel der Analyse von Rabattsystemen gezeigt werden.

Beispiel: „As-efficient-competitor-Test“ bei Rabattsystemen

Fragestellung: Ist der ökonomische Effekt des Treuerabatts, dass die Kunden zusätzliche Mengen bei dem marktbeherrschenden Unternehmen kaufen bzw. ihre bei anderen Anbietern nachgefragten Mengen verringern?

Im Rahmen der Analyse ist das Eintreten und das Ausmaß des ökonomischen Anreizes zu untersuchen: wo liegt der „Schwellenwert“ des Kunden? Was ist der ökonomische Effekt bei Erreichen bzw. bei Überschreitung dieses Schwellenwertes? Kann ein hypothetisches effizientes Unternehmen mit dem Preissetzungsverhalten des marktbeherrschenden Unternehmens mithalten und seine Preise ebenfalls bei diesem Schwellenwert setzen? Welche anderen Faktoren beeinflussen diesen Schwellenwert? Im Rahmen der Analyse sind folgende Aspekte zu untersuchen:

Sogeeffekt: Ein Sogeeffekt entsteht dann, wenn durch Überschreiten des Schwellenwertes der Preis für alle bis dahin getätigten Verkäufe sinkt: Die Preise der letzten Einheiten, die vor Erreichen des Schwellenwertes gekauft werden, sinken erheblich ab und werden mithin negativ. Der Sogeeffekt ist umso größer, je relativ höher der kritische Schwellenwert und der gewährte Rabatt sind. Der Sogeeffekt ist empirisch zu überprüfen.

Absatz von Mindestmengen: Da Wettbewerber üblicherweise nicht in der Lage sind, die gesamte von einem Käufer nachgefragte Menge zu bedienen, ist zu untersuchen, ob das Rabattsystem - aufgrund sehr niedriger effektiver Preise des marktbeherrschenden Unternehmens - sie daran hindert, ihre Mindestumsatzmengen abzusetzen. Hierzu wird eine Marktmodellierung durchgeführt.

Preisanalyse: Wie hoch ist der effektive Preis für den Kauf der Mindestumsatzmenge angesichts der vom marktbeherrschenden Unternehmen angebotenen Rabatte?

Kostenanalyse: Wie hoch sind die durchschnittlichen Gesamtkosten des marktbeherrschenden Unternehmens bzw. eines hypothetischen effizienten Unternehmens?

Preis-/ Kostenanalyse: Liegt der effektive Preis für die Mindestumsatzmenge eines Wettbewerbers unter den durchschnittlichen Gesamtkosten eines effizienten Wettbewerbers?

Preis-/Kostenvergleich: Liegt der effektive Preis unter den durchschnittlichen Gesamtkosten des effizienten Wettbewerbers, so dass es nicht möglich ist, mit dem marktbeherrschenden Unternehmen um diesen Teil der Nachfrage zu konkurrieren.

Effizienzverteidigung

Ist Ergebnis des „As-efficient-competitor-Test“, dass die betrachtete Verhaltensweise zu einem Marktverschluss führt, der wiederum eine Verstärkung der marktbeherrschenden Stellung des betreffenden Unternehmens auslöst, besteht für das betroffene Unternehmen die Möglichkeit, sich gegen diesen Vorwurf zu verteidigen. Neben einer ökonomisch begründeten „sachlichen Rechtfertigung“, in der dargelegt wird, dass das kritisierte Verhalten erforderlich ist, um im Wettbewerb mit anderen Konkurrenten bestehen zu können, besteht die Möglichkeit der „Effizienzverteidigung“. Im Rahmen der Effizienzverteidigung erfolgt eine Abwägung der positiven und negativen Folgen der zur Diskussion stehenden Verhaltensweisen. Für eine erfolgreiche Effizienzverteidigung müssen folgende Bedingungen erfüllt sein:

- Die Verhaltensweise ist erforderlich, um die Effizienzsteigerungen realisieren zu können.
- Durch die Effizienzsteigerungen werden die Verbraucher besser gestellt.
- Der Wettbewerb auf dem Markt wird nicht in einem erheblichen Maße beeinträchtigt.

Am Beispiel der Rabattsysteme lässt sich veranschaulichen, welche Beweise ein Unternehmen im Rahmen einer Effizienzverteidigung substantiiieren muss.

Beispiel: Effizienzverteidigung bei Rabattsystemen

Bei der Prüfung der Unabdingbarkeit des Rabattsystems sind folgende Fragen zu prüfen:

- Können Kostenvorteile erlangt werden, die an die Verbraucher weitergegeben werden?
- Können Unternehmen auf der nachgelagerten Marktstufe zum Verkauf wohlfahrtsoptimaler Mengen motiviert werden und kann eine doppelte Preissetzung dadurch vermieden werden?
- Können für das marktbeherrschende Unternehmen notwendige Anreize geschaffen werden, um spezifische Investitionen durchzuführen, die der besseren Versorgung der nachgelagerten Marktstufe dienen?

Fazit

Die EU Kommission hat in ihrem Diskussionspapier die Vorgehensweise bei der Prüfung von Artikel 102 umfassend dargestellt. Diese Anleitung dient Unternehmen als Leitfaden, wenn

- 1) sie sich gegen den Vorwurf einer Kartellbehörde bzw. der Europäischen Kommission einer missbräuchlichen Ausnutzung ihrer marktbeherrschenden Stellung verteidigen müssen aber auch für
- 2) Unternehmen, die durch den Behinderungsmissbrauch marktbeherrschender Unternehmen in ihrem Wettbewerbsverhalten stark beeinträchtigt werden.

In jedem Fall bedeutet die Anwendung dieses „more-economics-based-approach“, dass die Markttatsachen umfassend dargestellt und empirisch substantiiert werden müssen. Diese empirisch erhobenen Marktdaten werden mit den etablierten Erkenntnissen der ökonomischen Theorie verknüpft und dienen den Kartellbehörden bzw. der Europäischen Kommission als Entscheidungsgrundlagen. Mit dieser Vorgehensweise wird der ständigen Kritik der Europäischen Gerichtshöfe entsprochen, die vielfach moniert haben, dass die ökonomische Analyse in vergangenen Fällen sehr mangelhaft war. Die Durchführung solcher substantiiert ökonomischer Analysen verlangt neben solider Erfahrungen auch umfangreiche empirische Untersuchungen. Gerade mit dem „As-efficient-competitor“ Test wurde ein Rahmen entwickelt, der eine systematische Analyse unternehmerischer Verhaltensweisen erfordert. Durch die Verankerung der Effizienzverteidigung wird der Erkenntnis aus der ökonomischen Theorie

Rechnung getragen, dass viele Verhaltensweisen zwar auf den ersten Blick wettbewerbsbeschränkend erscheinen mögen, bei genauerem Hinsehen jedoch die Konsumentenwohlfahrt erhöhen.

EE&MC verfügt über umfangreiche Erfahrungen in der ökonomischen Analyse sowie der empirischen Darlegung wettbewerbsrechtlich relevanter Verhaltensweisen. EE&MC Dienstleistungen umfassen die ökonomische Quantifizierung dieser Dienstleistungen gemäß des von der Europäischen Kommission entwickelten „more economics based approach“ in der Missbrauchsaufsicht.