

E. Ausblick

Am Beispiel von Preisgarantien wurde gezeigt, wie weit „aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen“ verstanden werden können, um auch gegen einseitig veranlasste Kollusion vorzugehen. Die hier vertretene extensive Auslegung des Kartellverbots könnte Auswirkungen auch für weitere Fallkonstellationen haben, worauf knapp eingegangen werden soll. Ferner wurde in der Einleitung erwähnt, dass in der aktuell über Preisalgorithmen geführten Diskussion ein Vergleich zu Preisgarantien gezogen wurde. Auch diesbezüglich soll kurz erörtert werden, ob die hiesigen Erkenntnisse die dortige Debatte bereichern können.

I. Relevanz für weitere (frühere) Grenzfälle

Auf Grundlage der hier vorgeschlagenen Auslegung wäre es zunächst möglich, sog. „*invitations to collude*“¹⁰¹⁵ zu untersagen. Dabei handelt es sich etwa um Fälle öffentlicher Ankündigungen, bei denen der Verdacht besteht, dass diese kein berechtigtes Informationsinteresse der Öffentlichkeit, insbesondere der Marktgegenseite, bedienen, sondern primär der Kommunikation mit der Konkurrenz dienen. Solches Verhalten wurde in den Fällen *Container Shipping*¹⁰¹⁶ und *Rundschreiben Zementindustrie*¹⁰¹⁷ bereits untersagt. Dogmatisch steht ein solches Vorgehen bisher auf wackligen Füßen und ist nach wie vor an wechselseitige Preisankündigungen geknüpft, die (vermeintlich) in Reaktion aufeinander abgeben werden. Für einseitige, öffentlich an die Konkurrenz gerichtete Aufforderungen – etwa das Preisniveau anzuheben – besteht weiterhin kein dogmatisch sauberes Konzept.¹⁰¹⁸

1015 Vgl. EU-Kommission, ABl. v. 14.01.2011, 2011/C 11, Leitlinien zur Anwendbarkeit von Art. 101 AEUV auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit, Rn. 63 Fn. 53; *Lianos/Wagner von Papp*, (13) JECLAP 2022, 249-253 sowie oben S. 191 ff.

1016 EU-Kommission v. 07.07.2016, Fall AT.39850 – *Container Shipping*, Rn. 35 ff., 45 ff.

1017 BKartA v. 14.02.2018, Az. B1-240-17 – „Praxis pauschaler Preiserhöhungsgrundschreiben in der Zementindustrie beendet“.

1018 Siehe oben, S. 191 ff. sowie jüngst etwa *Wagner-v. Papp*, Sektoruntersuchung und Störung des Wettbewerbs – „Paradigmenwechsel“ zum „Marktdesign“?, in: Kirk/Offergeld/Rohner (Hrsg.), Kartellrecht in der Zeitenwende – Auf dem Weg zur 11. und 12. GWB-Novelle, 2023, S. 33, 45 (v.a. Fn. 31).

Ließe man eine öffentliche Äußerung auf Ebene des Abstimmungsverhaltens ausreichen, genügt ein darauffolgend wahrgenommenes einvernehmliches Anheben der Preise, um den Tatbestand zu erfüllen. Irrelevant wäre zukünftig, in welcher Reihenfolge die Unternehmen ihre Preise anheben, da einem (vorgezogenen) Mitziehen eines angesprochenen Wettbewerbers kein konkludenter Erklärungsgehalt mehr beigemessen werden muss,¹⁰¹⁹ um eine gemeinschaftliche Abstimmung zu konstruieren.

Ferner ließe sich auch der *Eturas*-Fall¹⁰²⁰ überzeugender lösen, indem nicht etwa auf fehlenden Widerspruch der an das Buchungssystem angeschlossenen Unternehmen und einen konkludenten Erklärungswert abgestellt wird,¹⁰²¹ sondern die Berücksichtigung der Mitteilung schlicht vermutet wird, die eigentliche Tathandlung allerdings in dem Info-Schreiben und der technischen Beschränkung seitens des Administrators gesehen wird. Ebenso wären vermutlich auch andere „Hub & Spoke“-Konstellationen zu beurteilen, bei denen es bisher stets Schwierigkeiten bereitete, Abstimmungsmaßnahmen aller beteiligten Unternehmen nachzuweisen.¹⁰²²

Weiterhin könnten Verhaltensweisen, die bisher noch keiner kartellrechtlichen Beurteilung unterzogen wurden, untersucht werden. Hier sei insbesondere auf den in dieser Arbeit schon mehrfach in Bezug genommenen, von *Andreoli-Versbach* und *Franck* vorgetragenen Fall des „*Sticky Leadership Pricings*“ verwiesen,¹⁰²³ der ausweislich ihrer ökonomischen Untersuchungen zu Preissteigerungen im italienischen Kraftstoffmarkt geführt hat.¹⁰²⁴ In dem Fall wurde – ähnlich zu den Abläufen bei einer Preisgarantie – eine öffentliche, im Vertikalverhältnis ausgesprochene Selbstbindung erzielt, die es der Konkurrenz ermöglicht hat, sich risikoarm am Verhalten von *ENI* auszurichten. Die Geschehnisse könnten demnach auch als eine im Ganzen abgestimmte Verhaltensweise eingestuft werden.

1019 Vgl. hierzu *Zimmer*, in Immenga/Mestmäcker (Begr.), Wettbewerbsrecht, Band 1: EU-Recht, 6. Aufl. 2019, Art. 101 Abs. 1 AEUV, Rn. 91; *Roth/Ackermann*, in: Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht, 101. Lieferung, Stand: 03/2022, Art. 101 Abs. 1 AEUV, Rn. 207.

1020 EuGH v. 21.01.2016, Rs. C-74/14, ECLI:EU:C:2016:42 – *Eturas*.

1021 Kritisch *Marchisio*, (38) E.C.L.R. 2017, 555, 561 ff.

1022 Man denke etwa an *Uber*, siehe hierzu: *Rottmann/Göhsel*, WuW 2019, 348 ff.

1023 *Andreoli-Versbach/Franck*, (11) J.C.L.E. 2015, 463 ff.; *Franck*, Recht und Ökonomik: Zur Bedeutung rechtlicher Expertise für die Industrieökonomie, in: Rehberg (Hrsg.), Der Erkenntniswert von Rechtswissenschaft für andere Disziplinen, 2018, S. 60 ff.

1024 *dies.*, (40) Int. J. of Ind. Org. 2015, 32 ff.

Zuletzt erlaubt die Öffnung des Tatbestands ein Vorgehen gegen weitere Instrumente der Verhaltenskoordination, wie z.B. Meistbegünstigungsklauseln. Jene werden im Einzelfall mit einer Abschwächung des Wettbewerbs in Verbindung gebracht, da eine wirtschaftliche Selbstbindung auf dem aktuellen Preisniveau erfolgt und zukünftige Preissenkungen Verluste bei bereits vergangenen Vertragsschlüssen bedeuten.¹⁰²⁵ Bisher konnte einzig der oben bereits ausführlich beschriebene Sonderfall von Preisparitätsklauseln auf Hotelbuchungsplattformen als eine Vereinbarung zwischen Unternehmen vom Kartellverbot erfasst werden.¹⁰²⁶ Noch nicht in den Blick genommen werden konnten dagegen Konstellationen, in denen den Endkunden für einen gewissen Zeitraum nach Abschluss eines Kaufvertrags eine Rückerstattung etwaiger Preisdifferenzen bei einer späteren Preissenkung in Aussicht gestellt wird. Ökonomisch ist die Sachlage bei Meistbegünstigungsklauseln dagegen weit weniger klar, als dies für die hier behandelten Preisgarantien der Fall ist. Es gilt nämlich zu beachten, dass eine Unterbietung für ein drittes Unternehmen profitabel und risikoarm sein könnte, wenn sicher ist, dass das Unternehmen nicht gleichziehen wird, da es aufgrund seiner Meistbegünstigungsklausel zahlreichen Abnehmern der Vergangenheit eine Erstattung zahlen müsste.

II. Auswirkungen für die Debatte um algorithmische Preissetzung

Vermutlich hält diese Arbeit dagegen keine unmittelbar verwertbaren Ansätze für die anders gelagerte Debatte um Kollusion durch Preisalgorithmen¹⁰²⁷ bereit. Die dortigen Sorgen einer Erleichterung stillschweigender Koordinierung basieren auf der erhöhten Transparenz digitaler Märkte und der erhöhten Reaktionsgeschwindigkeit bei automatisierter Preissetzung. Damit ist allerdings nach weitläufiger Auffassung noch kein adressierbares Koordinierungsverhalten angesprochen. Anders sieht es dagegen aus, wenn Algorithmen Signale aussenden und durch bestimmte Verhaltensmuster

1025 Vgl. aus der ökonomischen Literatur: *Schnitzer*, (25) *RAND J. of Econ.* 1994, 186 ff.

1026 Für die enge Bestpreisklausel: BGH v. 18.05.2021, KVR 54/20 – *Booking.com* = WuW 2021, 517 (mAnm. *Rottmann/Schäfer*, 562 ff.); für die weite Bestpreisklausel: OLG Düsseldorf v. 09.01.2015, VI-Kart 1/14 (V), WuW 2015, 394, 402 f. – *HRS-Bestpreisklausel*.

1027 Siehe hierzu überblicksartig *Sternberg*, *Algorithmische Preissetzung und tacit collusion*, 2023 sowie *Alexander*, *Die Haftung für Kartellverstöße durch Preisalgorithmen*, 2022.

miteinander kommunizieren. Dann wäre das Kartellrecht womöglich bereits nach herrschendem Verständnis eingriffsbereit.¹⁰²⁸

Unter diesem Blickwinkel stellt sich unweigerlich die Frage, wie mit automatisierten Preissetzungsregeln des Typs Preisentsprechung oder Preisunterbietung umzugehen wäre.¹⁰²⁹ Dort überschneiden sich die beiden Themenkomplexe. In den oben wiedergegebenen experimentellen Untersuchungen wurden solche Preissetzungsregeln teils als eigenständige Untersuchung eines kollusiven Strategieportfolios¹⁰³⁰, teils als Referenzpunkt¹⁰³¹ präsentiert.

Insofern man – im Sinne der hier vertretenen Auffassung – bereits eine im Vertikalverhältnis zum Endkunden ausgelobte Preisgarantie inklusive einer manuellen, tatsächlichen Umsetzung als potentiell tatbestandsmäßig ansieht, müsste erst recht ein algorithmisch verbürgtes Vorgehen dieser Art erfasst sein. Doch sind ebenso Situationen denkbar, in denen kein an die Öffentlichkeit gerichtetes Versprechen vorliegt, sondern ein Algorithmus schlicht automatisch nach einem solchen Muster vorgeht. Konkurrenten sollen etwaige Vorstoßgewinne bei Preiskürzungen genommen werden und mittelfristig aufgrund dieser Erfahrungswerte entmutigt werden. Ein solcher Verdacht wurde beispielsweise zu Lasten von *Amazon* beim Vertrieb eigener Produkte geäußert. Hier stand ein wechselndes Muster aus höherpreisigem Kollusionsangebot und Unterbietung im Raum.¹⁰³² Wenn aufgrund des wiederkehrenden Preissetzungsmusters für die Konkurrenz offensichtlich wird, wie der Algorithmus programmiert ist, könnte darin ein Signal gesehen werden, wie die Preise gewählt werden. Dergestalt könnte eine Abschreckung sogar ohne öffentliche Aussprache erfolgen. Allerdings könnte selbiges über einen längeren Zeitraum hinweg auch durch konsequentes manuelles Handeln erzielt werden, ohne dass es eines Algorithmus bedürfte. Tatsächliches Nachziehen (die Vergeltung im unendlich oft wiederholten Gefangenendilemma bzw. der Theorie koordinierter Effekte) würde man kartellrechtlich nicht untersagen. Der Vorteil eines Al-

1028 Siehe etwa *Thomas*, (15) J.C.L.E. 2019, 159-203.

1029 *Buchali/Grüb/Schwalbe*, Strategic choice of price-setting algorithms, Working Paper, 2023 legen Evidenz vor, der zufolge einfache Preisentsprechungsregeln effektiver zu Kollusion führen, also lernende Algorithmen dies tun.

1030 Vgl. *Deck/Wilson*, (41) *Econ. Inquiry* 2003, 208-223: „Automated Pricing Rules in Electronic Posted Offer Markets“.

1031 *Dugar*, (30) *Rev. of Ind. Org.* 2007, 107-119.

1032 Vgl. die Reportage des Wissensmagazins WISO des Zweiten Deutschen Fernsehens, <https://module.zdf.de/wiso-dynamische-preise-im-netz/> (zuletzt abgerufen am 04.03.2024).

gorithmus liegt primär in seiner Schnelligkeit und in ggfs. angeschlossenen Monitoring-Devices, die schneller eine größere Datenmenge verarbeiten können. Unsicherheit bei der Konkurrenz, wie lange das Unternehmen der bisherigen Strategie auch zukünftig noch folgen wird, verbliebe dagegen und könnte destabilisierende Wirkung auf kollusive Gleichgewichte entfalten. Hier hat eine öffentlich verlautbarte Preisgarantie (bis zu ihrem öffentlichen Widerruf) möglicherweise einen Vertrauensvorteil.

Worin liegt nun der Unterschied zu öffentlich ausgelobten Preisgarantien? *Einerseits* findet im Fall eines Matching-Algorithmus keine Preisspaltung durch Preisdiskriminierung statt. Es handelt sich stattdessen um ein tatsächliches Nachziehen mit dem eigenen Einheitspreis. Dies entspricht der Idealvorstellung, dass Wettbewerbsdruck (etwa der Marktzutritt neuer Wettbewerber oder eine Effizienzsteigerung der Konkurrenz) zu niedrigen Preisen für alle Marktteilnehmer führt. Dann entscheiden entweder Kostenvorteile, wer schlussendlich den günstigsten Preis setzen kann oder es ergibt sich ein neues Gleichgewicht mit Produktdifferenzierung und Qualitätsvorteilen bei einem Anbieter, der bei gleichen Preisen eine höhere Nachfrage bedient. Die größere Menge ließe es dann womöglich auskömmlich genug erscheinen, die Preise – auch angesichts des Nachziehens des Konkurrenten – nicht wieder (einseitig) anzuheben und damit den etwaigen Nachfragevorteil bei identischen Preisen aufzugeben. *Andererseits* handelt es sich bei einer rein tatsächlichen Preisentsprechung um keinen „a priori“-Eingriff in die Konsumententscheidung der Verbraucher mit dem Ziel, dass ein Teil der Verbraucher entweder seinen Suchaufwand reduziert oder sich pauschal auf das Garantie-Unternehmen konzentriert und dabei aber andere Wettbewerbsdimensionen (etwa die Produktqualität) außer Betracht lässt.

Und doch sieht man eine Überschneidung beider Fälle im Lebensmittel-einzelhandel und bei Lieferdiensten. Im Vereinigten Königreich verspricht *Tesco* neuerdings nicht mehr nur auf Anfrage der Kunden Preisen bestimmter Produkte von *Aldi* zu entsprechen, sondern wirbt damit, dass man die Preise zwei Mal wöchentlich vergleiche und sich automatisch anpasse.¹⁰³³ *Amazon Fresh* wiederum wirbt damit, den Preisen von *Tesco* zu entsprechen.¹⁰³⁴ Hier wird eine selbstbindende Preisgarantie mit einer automati-

1033 <https://www.tesco.com/groceries/en-GB/zone/aldi-price-match> (zuletzt abgerufen: 04.03.24).

1034 <https://www.amazon.co.uk/fmc/m/30003968/?almBrandId=QW1hem9uIEZyZXNo> (zuletzt abgerufen: 04.03.24).

schen Preisanpassung verknüpft, die von keiner aktiven Geltendmachung durch die Verbraucher mehr abhängt. Man könnte auch von dem Versprechen automatisch und kontinuierlich vollzogener Preisentsprechung sprechen. Dabei kann es ersichtlich nicht um eine Preisdiskriminierung der Kunden gehen, da es mangels erforderlicher Geltendmachung zu keiner Preisspaltung kommt. Noch am ehesten liegt (zumindest bei *Tesco*) eine Sortimentsspaltung vor. Die Produkte, bei denen man sich mit *Aldi* im Wettbewerb befindet, werden Gegenstand einer Preisgarantie. Konkurrenzlose Produkte werden dagegen weiterhin eigenständig bepreist. Freilich zielt diese Maßnahme genauso auf eine Entmutigung von *Aldi* ab, seine Preise zu senken, da dadurch weniger Kunden gewonnen werden können. Die Kunden werden sogar explizit darauf hingewiesen, sich den Besuch bei *Aldi* sparen zu können.¹⁰³⁵

Man könnte nun vertreten, dass die Unterschiede zwischen einer reinen Preisgarantie und der unter Garantie stehenden, im Übrigen aber bedingungslosen Preisanpassung so groß sind, dass keine Intervention angezeigt ist. Wenn dagegen von einer Vergleichbarkeit der Sach- und Interessenlagen ausgegangen wird, ließe sich als Abhilfemaßnahme daran denken, dass nicht öffentlich mit dem Preis-Matching geworben werden dürfte. Es dürfte keine selbstbindende Delegation der Preissetzung auf einen Wettbewerber stattfinden (Kopieren mit Ansage). Möchte man *Aldi* mit Preisen schlagen, müsste dies – zumindest was weitere Mitteilungen des Unternehmens angeht – im Stillen¹⁰³⁶ ablaufen. *Tesco* darf es gewiss nicht genommen sein, günstiger zu sein oder den Preisen von *Aldi* jedenfalls zu entsprechen. Dies sollten Konsumenten allerdings selbst in Erfahrung bringen müssen und frei entscheiden, welcher Anbieter das bessere Preis-Leistungs-Niveau bereithält. *Aldi* öffentlich und verbal die Stellung als Niedrigpreis-Discounter streitig machen zu wollen, könnte man dagegen als Eingriff in die vorhandene Preis- und Produktdifferenzierung einstufen. Der Konsument erleidet Nachteile, wenn sich *Tesco* eine gespaltene Rolle anmaßt und für einen Teil seines Sortiments als Discounter, für einen anderen Teil des Angebots als Vollsortimenter auftreten möchte und dies zur Folge hat, dass *Aldi* von seiner Niedrigpreisstrategie entmutigt wird und die Preisdifferenzierung dadurch gelockert wird. Nichtsdestotrotz handelt es sich bei

1035 Auf der Homepage, siehe Fn. 1033: „[...] so you can save yourself a trip“.

1036 Vgl. hierzu das in der Praxis (siehe etwa BGH v. 29.11.2022, Az. KZR 42/20, BGHZ 235, 168 = NZKart 2023, 23 – Schlecker, Rn. 48) etablierte Konzept des „Geheimwettbewerbs“, aus dem Schrifttum statt vieler: *Mestmäcker/Schweitzer*, Europäisches Wettbewerbsrecht, 3. Aufl. 2014, § 10 Rn. 60 a.E.

Strategien der Preis- und Produktdifferenzierung grundsätzlich um freie unternehmerische Entscheidungen. Insofern *Aldi* bei identischen Preisen bessere Qualität liefert, muss die Preisentsprechungsstrategie von *Tesco* keinen Nachteil bedeuten.

