

A. Einleitung

„Saying ‘we will match any price’ only means their prices are too high to begin with“ – Campus Textbook Exchange, Advertisement, Daily Californian, Aug. 28, 1995¹

Im Rahmen einer Preisgarantie verspricht ein Unternehmen seinen Abnehmern, sich dem günstigeren Preis eines Konkurrenten anzupassen, sollte es von diesem unterboten werden. Das Unternehmen kann dabei eine exakte Entsprechung oder sogar eine neuerliche Unterbietung in Aussicht stellen. Abnehmer können die Garantie bei Vertragsschluss oder teilweise auch noch rückwirkend geltend machen.

Auf den ersten Blick mögen solche Versprechen verbraucherfreundlich wirken. Unternehmen garantieren, den im Markt niedrigsten Preis anzubieten und sich im Falle einer Unterbietung unmittelbar anzupassen. Darauf hat der Konsument aufgrund des Versprechens mitunter gar einen durchsetzbaren Rechtsanspruch. Dies mag zunächst auf einen harten Preiskampf zwischen den Unternehmen hindeuten. Auf den zweiten Blick offenbart sich dagegen, dass ein solcher Unterbietungswettbewerb womöglich gar nicht beabsichtigt ist. Viel eher könnte es dem Unternehmen, das eine Preisgarantie auslobt, darum gehen, die Konkurrenz zu entmutigen, überhaupt Preissenkungen durchzuführen. Wer mit einer Preissenkung kein Preisgefälle zur Konkurrenz herstellen kann, der kann auch keinen Mengenvorteil durch eine wachsende Nachfrage erzielen. Wenn Konsumenten einen günstigeren Preis durch Geltendmachung der Preisgarantie auch bei ihrem bisherigen Anbieter erhalten können, müssen sie nicht zu dem Unternehmen wechseln, das eine Preissenkung vorgenommen hat.

Mit Blick auf kartellrechtliche Argumentationsmuster liegen Bedenken auf der Hand. Durch eine Preisgarantie werden Preise von miteinander im Wettbewerb stehenden Unternehmen verknüpft. Im Verhältnis zum Konsumenten erfolgt mitunter gar eine rechtswirksame Selbstbindung, den Preisen der Konkurrenz zu folgen. Dergestalt delegiert ein Unternehmen seine Preissetzung – zumindest für den Teil der grundsätzlich wechselbereiten Konsumenten – auf das zum Gegenstand der Garantie gemachte Un-

1 Zitiert nach *Edlin*, (III) Harvard Law Rev. 1997, 528, 530 (Fn. 4), 570 (Fn. 152).

A. Einleitung

ternehmen. Dieses verliert womöglich den Anreiz, seine Preise zu senken. Stattdessen orientiert es sich am auslobenden Unternehmen, das dadurch zum eigentlichen Preisführer wird.²

Ökonomen äußerten schon früh Zweifel an der öffentlichen Wahrnehmung einer Preisgarantie als Bemühung, dem Kunden das günstigste Angebot zu unterbreiten und des darin vermeintlich zum Ausdruck kommenden Wettbewerbsdrucks. Als direkte Bezugnahme³ auf einen entscheidenden Wettbewerbsparameter der Konkurrenz erhöhten sie vielmehr die Reaktionsverbundenheit im Oligopol. Erstmalig berichtete Steven Salop 1982 in einem Gutachten für das Bureau of Economics der US-amerikanischen Federal Trade Commission über sog. „Meeting Competition Clauses“. Unter dem Titel „*Practices That (Credibly) Facilitate Oligopoly Coordination*“ beschrieb er deren Potential, den Wettbewerb zu beschränken.⁴ In regelmäßigen Abständen wird die Thematik auch von der Presse aufgegriffen. So veröffentlichte etwa die internationale Wochenzeitung *The Economist* einen Beitrag in der Ausgabe vom 14.02.2015 mit der Überschrift:

„Guaranteed profits – Price-match guarantees prevent rather than provoke price wars“⁵.

2 Die Bezeichnung geht von einem symmetrischen Gleichgewicht aus, in dem alle Unternehmen denselben Preis setzen, sodass der entsprechende Einheitspreis von dem Unternehmen festgelegt wird, das die Preisgarantie verwendet. Es sind allerdings auch asymmetrische Gleichgewichte denkbar, in denen die Preise aufgrund von Produktdifferenzierung oder verschiedenen Kostenniveaus der Unternehmen unterschiedlich ausfallen. Da dort nunmehr das günstigere Unternehmen den tatsächlichen Verkaufspreis für alle informierten Kunden festlegt, könnte man auch dieses Unternehmen als („de facto“) Preisführer bezeichnen, wobei es diese Position von dem anderen Unternehmen mittels der Preisgarantie zugewiesen bekommt, vgl. zu dieser Betrachtung Salop, in: Stiglitz/Mathewson (Hrsg.), New Developments in the Analysis of Market Structure, 1986, S. 265, 281; Hovenkamp, Principles of Antitrust, 2. Aufl. 2017, S. 157; vgl. auch Moorthy/Winter, (37) RAND J. of Econ. 2006, 449, 451, 461 („delegating their pricing decision“); ebenso: Belton, (5) Int. J. of Ind. Org. 1987, 399; Zhang, (43) J. of Ind. Econ. 1995, 287, 294.

3 Vgl. Scott Morton, (27) Antitrust 2013, 72 ff.: „Contracts that reference rivals.“

4 Salop, FTC Working Paper No. 73, abgedruckt in: Stiglitz/Mathewson (Hrsg.), New Developments in the Analysis of Market Structure, 1986, 265, 279 ff.; häufig findet sich auch ein Hinweis auf Hay, (67) Cornell Law Rev. 1982, 439, 455 f., allerdings werden dort Meistbegünstigungsklauseln behandelt, siehe die konzeptionelle Abgrenzung auf S. 37 ff.

5 Abrufbar unter: <https://www.economist.com/finance-and-economics/2015/02/12/guaranteed-profits> (zuletzt: 29.02.2024); siehe auch einen ähnlichen Beitrag in der Harvard Business Review vom 23.10.12, abrufbar unter: <https://hbr.org/2012/10/why-price-match-guarantees-can> (zuletzt: 29.02.2024).

Im Kartellrecht sind Preisgarantien dagegen ein blinder Fleck. Sie liegen exemplarisch an der schwer zu vermessenden Grenze zwischen erlaubtem Parallelverhalten und verbotener Verhaltensabstimmung.⁶ Hierbei handelt es sich um die vermutlich älteste Grundsatzfrage des Kartellrechts.⁷ Parallelverhalten, das durch stillschweigende Anpassung aneinander entsteht, wird gemeinhin nicht dem Kartellverbot unterworfen. Dies entspricht dem Bedürfnis, Unternehmen nicht für die individuell schlicht rationale Anpassung an das Verhalten von Wettbewerbern zu sanktionieren. Auch wäre eine Anordnung rechtmäßigen Alternativverhaltens kaum zu leisten,⁸ was als sog. „Rechtsfolgenproblem“ Bekanntheit erlangt hat. Den Unternehmen soll nicht konkret vorgegeben werden müssen, wie sie auf ihre Wettbewerber zu reagieren haben. Dies würde im schlimmsten Fall auf eine staatliche Preiskontrolle hinauslaufen. Aus alledem folgt die Feststellung, dass einseitiges, bloßes (Markt-)Verhalten keine abgestimmte Verhaltensweise zwischen Wettbewerbern im Sinne des Kartellverbots (Art. 101 Abs. 1 AEUV / § 1 GWB) herbeiführen könne. Nach geltender Handhabe ist somit von entscheidender Bedeutung, ob es sich bei kollusionsförderlichem Verhalten um eine bloß einseitige Maßnahme handelt oder ob sich eine in aller Regel durch gegenseitige Kommunikationsakte vermittelte Verhaltensabstimmung zwischen mehreren Unternehmen ausmachen lässt, die jedenfalls nicht durch bloßes Marktverhalten zustande kommt. Preisgarantien werden typischerweise nur von einzelnen Unternehmen in einem Markt verwendet. Liegt ihnen keine Absprache mehrerer Unternehmen über eine entsprechende Verwendung zugrunde, werden sie nach herrschender Auffassung als einseitiges Verhalten eingestuft und gelten als nicht vom Kartellverbot erfasst.

Als die Diskussion um Preisgarantien 2012 durch einen Wochenbericht des Deutschen Instituts für Wirtschaftsforschung den deutschsprachigen Diskurs erreichte, überwog bereits große – im Fortgang dieser Arbeit noch näher zu erläuternde – Skepsis gegenüber der Maßnahme. Die Ver-

6 Statt vieler: *Grillo*, (14) Eur. J. of Law & Econ. 2002, 151 ff.; *Gjendemsjø/Hjelmeng/Sørgard*, (36) World Comp. 2013, 355, 357.

7 So jüngst auch nochmals *Thomas*, ZWeR 2022, 333, 339.

8 Dieses Argument wurde erstmalig in aller Ausführlichkeit von *Turner*, (75) Harvard Law Rev. 1962, 665-673 vorgetragen; in deutscher Sprache: *Trimarchi*, GRUR Int. 1970, 311, 314.

A. Einleitung

fassenden *Arnold/Baake/Schwalbe*⁹ hielten nach Sichtung der bisherigen wirtschaftswissenschaftlichen Erkenntnisse¹⁰ folgendes fest:

„Vor diesem Hintergrund sollten [...] Kartellbehörden Preisgarantien erhebliches Misstrauen entgegenbringen. Es scheint insgesamt ratsam, die Verwendung von Preisgarantien zu untersagen, soweit das rechtlich möglich ist.“

Von ihrer Eignung, den Wettbewerb zu schädigen, wird im deutschsprachigen Schrifttum zwar überwiegend ausgegangen.¹¹ Jüngst wurde etwa auf die potentiell wettbewerbsschädliche Wirkung von Preisgarantien in der noch andauernden wissenschaftlichen Auseinandersetzung mit Preissetzungsalgorithmen hingewiesen. Es wurde der Verdacht geäußert, dass automatisierte, über Algorithmen vollzogene Preisanpassungen – zumindest von marktbeherrschenden Unternehmen – einen der Preisgarantie sehr ähnlichen Entmutigungseffekt auf die Konkurrenz ausüben könnten.¹² Gleichwohl konnte dem im DIW-Bericht formulierten Auftrag aufgrund der oben skizzierten dogmatischen Schwierigkeiten bisher nicht nachgekommen werden. Wie festgefahren die tradierte Dogmatik an dieser Stelle ist,¹³ lässt sich nicht zuletzt daran verdeutlichen, dass bisher selbst kompaktere Zeitschriftenaufsätze zu Preisgarantien ausgeblieben sind.

9 *Arnold/Baake/Schwalbe*, Preisgarantien im Einzelhandel: Nicht verbraucher-freundlich, sondern ein Instrument zur Durchsetzung hoher Preise, DIW-Wochenbericht Nr. 16/2012, S. 16.

10 Überblick auch bei *Office of Fair Trading* (2012), LEAR-Report.

11 Vgl. *Schwalbe/Zimmer*, Kartellrecht und Ökonomie, 3. Aufl. 2021, S. 534 f.; *Ewald*, in: *Wiedemann* (Hrsg.), Handbuch des Kartellrechts, 4. Aufl. 2020, § 7 Rn. 98; *Zimmer*, in: *Immenga/Mestmäcker* (Begr.), Wettbewerbsrecht, Band 2: *GWB*, 7. Aufl. 2024, § 1 Rn. 259 f.; *Kerber/Schwalbe*, in: *MüKoWettB*R, Band 1/1: EU-Recht, 4. Aufl. 2023, Grundlagen Rn. 337, 367.

12 Siehe hierzu etwa die Wortbeiträge auf der Tagung „Regulierung für Algorithmen und Künstliche Intelligenz“ (Universität Bonn) am 07./08.09.2020, wiedergegeben in den Tagungsberichten von *Göhs/Rottmann/Schaut*, NZKart 2020, 528, 530 sowie *dies.*, in: *Zimmer* (Hrsg.), Regulierung für Algorithmen und Künstliche Intelligenz, 2021, S. 357, 384; davor bereits *Zimmer*, in: *Pohlmann/Kokott/Polley* (Hrsg.), FS für D. Schröder, 2018, S. 999, 1003; vgl. auch die Reportage des Wissensmagazins WISO des Zweiten Deutschen Fernsehens, abrufbar unter: <https://module.zdf.de/wiso-dynamische-preise-im-netz/> (zuletzt abgerufen am 21.04.2024).

13 Gleichwohl findet man vereinzelt verhalten optimistische Aussagen, etwa, dass „*Preisgarantien als „facilitating practices“ (erleichternde Praktiken) unter den Tatbestand der abgestimmten Verhaltensweise des Kartellverbots fallen können*“, vgl. *Zimmer* im Handelsblatt-Interview v. 12.07.2012, abrufbar unter: <https://www.handelsblatt.com/inanzen/steuern-recht/recht/streitfall-des-tages-was-kunden-beim-einkauf-beachten-sollten/6867000-4.html> (zuletzt abgerufen: 29.02.2024); vgl. allerdings *ders.* in einer

Bei genauem Hinsehen zeigt sich hingegen, dass die Debatte womöglich unter der Pfadabhängigkeit des von Generalklauseln geprägten Kartellrechts leidet. Seit Langem werden die Kernaussagen der frühen Rechtsprechung zur Auslegung einer „abgestimmten Verhaltensweise“ im Kartellverbot, insbesondere die Leitentscheidungen im *Teerfarben*-¹⁴ und im *Zucker*-Fall¹⁵, keiner kritischen Würdigung mehr unterzogen. Bisherige Grundsätze – die pauschale Ausklammerung einseitig veranlasster Kollusion bzw. individuell verwendeter Instrumente der Verhaltenskoordination vom Kartellverbot – werden als gegeben hingenommen und selten hinterfragt, geschweige denn positiv begründet. Allenfalls wird in wenigen Wörtern auf das bekannte, oben bereits erwähnte Rechtsfolgenproblem verwiesen. Jedenfalls diese Argumentation übersieht allerdings eine entscheidende Tatsache. Mit der Preisgarantie mindestens eines Unternehmens liegt eine adressierbare Handlung vor, die – bei entsprechender Kausalität für die Verhaltenskoordination – untersagt werden kann, ohne den Unternehmen konkret vorgeben zu müssen, wie sie ihre Preise zu setzen haben. Insbesondere bedarf es keiner Festlegung eines rechtmäßigen Alternativverhaltens für Unternehmen, deren Preise zum Gegenstand der Garantie wurden. Die Untersagung einseitiger Maßnahmen,¹⁶ die Kollusion ermöglichen, ließe automatisch auch den Anreiz dritter Unternehmen entfallen, sich entsprechend anzupassen. Nach Wiederherstellung der individuellen Handlungs-

von T-Online wiedergegebenen Aussage v. 22.11.2013 zur geltenden Handhabe: „Das Kartellverbot greife hier grundsätzlich nicht“, abrufbar unter: https://www.t-online.de/finanzen/news/unternehmen-verbraucher/id_66638114/oekonomen-warnten-bestpreis-garantie-macht-den-einkauf-teurer.html (zuletzt abgerufen: 29.02.2024).

14 EuGH v. 14.07.1972, Rs. 48/69, Slg. 1972-00619, ECLI:EU:C:1972:70 – *ICL*.

15 EuGH v. 16.12.1975, Verb. Rs. 40-48/73 u.a., Slg. 1975 -01663, ECLI:EU:C:1975:174 – *Suiker Unie*.

16 Ähnlich Andreoli-Versbach/Franck, (II) J.C.L.E. 2015, 463, 466 („Rather, antitrust law should capture such instances of ‚unilateral collusion‘ only through considering as illegal the unilateral conduct that actively promotes the implementation of a collusive strategy.“), 471 ff., 485 ff. Die Autoren gehen allerdings nicht so weit, eine extensive Auslegung des Kartellverbots zu fordern, vgl. S. 488 ff. Der Vorschlag ist de lege ferenda zu verstehen, siehe die Einleitung: „Our results imply the necessity of stronger legal instruments that target unilateral conduct that aims at bringing about collusion.“; vgl. auch Franck, Recht und Ökonomik: Zur Bedeutung rechtlicher Expertise für die Industrieökonomen, in: Rehberg (Hrsg.), Der Erkenntniswert von Rechtswissenschaft für andere Disziplinen, 2018, S. 55, 72 sowie erneut ders., Wettbewerbsschutz durch Kartellrecht: Normative Grenzen einer am ökonomischen Anspruch ausgerichteten Marktordnung, in: Budzinski/Haucap (Hrsg.), Recht und Ökonomie, 2020, S. 235, 246 f.

A. Einleitung

freiheit, d.h. der Erforderlichkeit, sein Marktverhalten vollkommen selbstständig festzulegen, besteht keine Notwendigkeit mehr, ein konkretes Alternativverhalten für die restlichen Unternehmen anzugeben. Bereits diese knappe Erwägung zeigt, dass kein Rechtsfolgenproblem besteht, solange kollusives Verhalten im Markt durch *zusätzliche Maßnahmen* begünstigt wird. Von vielen scheinbar übersehen, liegt das Rechtsfolgenproblem nur bei absolut stillschweigender Koordinierung (sog. „*tacit collusion*“/„*conscious parallelism*“) vor. Dies ist der Fall, wenn Unternehmen zu einem einvernehmlichen Marktverhalten gelangen, ohne dass jegliche Instrumente der Verhaltenskoordinierung zur Hilfe genommen werden. Mit dieser Feststellung offenbart sich eine nur unzureichende Differenzierung im Grenzbereich von einseitigen, kollusionsfördernden Praktiken und bloßem Parallelverhalten.¹⁷ Es entpuppt sich als Fehlschluss, vom Rechtsfolgenproblem bei stillschweigender Koordination darauf zu schließen, dass eine abgestimmte Verhaltensweise nur bei reziprok verwendeten Koordinierungsmitteln angenommen werden könnte.

Mit der vorliegenden Monographie soll ein Beitrag dazu geleistet werden, die im deutschen und unionalen Kartellrechtsdiskurs bestehende Lücke bei der Auseinandersetzung mit Preisgarantien zu schließen. Dabei werden Preisgarantien zum Anlass genommen, einen Vorschlag zur generellen Weiterentwicklung des Kartellverbots nach Art. 101 AEUV / § 1 GWB bei einseitig veranlasster Kollusion zu unterbreiten. Wird das rechtsfolgenorientierte Argument für eine einschränkende Auslegung des Kartellverbots als irrelevant erkannt, steht nicht mehr ohne Weiteres fest, ob eine aufeinander abgestimmte Verhaltensweise zwischen mehreren Unternehmen zwingend eine wechselseitige Verwendung von Instrumenten zur Verhaltenskoordination erfordern sollte. Möchte man auch eine durch unilaterale Ermöglichungshandlungen zustande gekommene Kollusion erfassen, müssen die Grenzen des Kartellverbots neu vermessen werden. Es gilt zu

17 Erstaunlicherweise wird der Status quo von großen Teilen der Kartellrechtswissenschaft als gegeben hingenommen. Selbst kritische Stimmen scheinen angesichts der gefestigten Dogmatik davon auszugehen, dass die Abgrenzung unter den geltenden Vorschriften (von Gesetzes wegen) feststeht, vgl. etwa Korah, (20) E.C.L.R. 1999, 337: „*There appear to be gaps in both the E.C. Treaty and the Merger Regulation. There is no explicit constraint [...] on the unilateral conduct of a firm that does not enjoy a dominant position.*“; andere scheinen gar keinen Handlungsbedarf zu sehen, vgl. Thomas, ZWeR 2022, 333, 339: „*Die Abgrenzung von expliziter und stillschweigender Koordinierung ist eines der ältesten konzeptionellen Probleme des Kartellverbots. Wissenschaft und Praxis haben es bislang befriedigend gelöst, [...].*“

untersuchen, ob eine extensive Auslegung unter Einhaltung methodischer Grenzen möglich ist. In der Wahrnehmung großer Teile des Schrifttums stellt insbesondere der Wortlaut eine kaum zu überwindende Hürde dar. Bei genauem Hinsehen ergibt sich jedoch selbst dort Spielraum für eine weitreichendere Interpretation, als sie bisher praktiziert wird. Sollte die Auslegung auch im Übrigen positiv ausfallen, bliebe zu prüfen, in welche Elemente der bisherigen Dogmatik sie eingebettet werden könnte und welche Aussagen – insbesondere der bisherigen Rechtsprechung – dagegen überwunden werden müssten. Es wird sich zeigen, dass das volle Potential der offen gehaltenen Aussagen im *Teerfarben*¹⁸- und *Zucker*-Urteil¹⁹ bisher nicht ausgeschöpft wird.

Da Preisgarantien in verschiedenen wirtschaftlichen Szenarien auftreten können, ist eine umfassende Begutachtung geboten. Auch die Missbrauchsaufsicht gem. Art. 102 AEUV / §§ 18, 19 GWB und das Verbot der Erzwungene gleichförmigen Verhaltens (§ 21 Abs. 3 Nr. 3 GWB) auf Seiten des Kartellrechts sowie das Irreführungsverbot gem. § 5 UWG auf Seiten des Lauterkeitsrechts könnten geeignete Instrumente bereithalten, mittels derer einer – noch festzustellenden – Wettbewerbs- und Verbraucherschädigung durch Preisgarantien entgegengetreten werden kann.

I. Begriffliches

Zuerst gilt es einige Begriffe zu definieren, von denen im Verlauf der Arbeit immer wieder Gebrauch gemacht wird. Ebenso sollen Konzepte der Ökonomik und des US-amerikanischen Antitrust-Rechts erörtert werden, auf die in interdisziplinärer und rechtsvergleichender Weise Bezug genommen wird.

1. Welche Art der Preisgarantie wird behandelt?

Wenn in dieser Dissertation von Preisgarantien die Rede ist, sind damit öffentliche, insbesondere an den potentiellen Kundenkreis gerichtete Versprechen eines Unternehmens gemeint, sich den Preisen der Konkurrenten

¹⁸ EuGH v. 14.07.1972, Rs. 48/69, Slg. 1972-00619, ECLI:EU:C:1972:70 – *ICI*.

¹⁹ EuGH v. 16.12.1975, Verb. Rs. 40-48/73 u.a., Slg. 1975 -01663, ECLI:EU:C:1975:174 – *Suiker Unie*.

A. Einleitung

anzupassen, sollten diese niedrigere Preise anbieten als das Unternehmen selbst. Dabei sind zwei unterschiedliche Fälle denkbar.²⁰ Zum einen kann dem niedrigeren Preis entsprochen werden; zum anderen kann der ursprünglich günstigere Preis eines Konkurrenten unterboten werden. Im englischen Sprachgebrauch hat sich für den ersten Fall der Begriff einer „Meeting Competition Clause“ (MCC)²¹ oder „Price Matching Guarantee“²² etabliert. Diese ist abzugrenzen von der sogenannten „Beating Competition Clause“ (BCC)²³ oder „Price Beating Guarantee“²⁴ die den zweitgenannten Fall bezeichnet. Beide Arten der Preisgarantie sind Gegenstand dieser Arbeit und werden häufig unter dem Sammelbegriff der „Low Price Guarantees“²⁵ oder auch des „Competitor Based Pricing“²⁶ zusammengefasst. In der ausführlichen ökonomischen Analyse wird sich dagegen zeigen, dass von ihnen unterschiedliche Wirkungen ausgehen können, sodass bei ihrer kartellrechtlichen Behandlung differenziert werden muss. Im deutschen Sprachgebrauch bietet sich die Verwendung der Begriffe **Preisentsprechungs-** und **Preisunterbietungsgarantie** an. Um berechtigterweise von einer Garantie sprechen zu können, setzt das Begriffsverständnis dieser Arbeit zudem gewisse Mindestanforderungen an ein solches Preisversprechen voraus. Es muss eine (Selbst-)Bindung vorliegen, die sicherstellt, dass eine Anpassung auch tatsächlich erfolgt, sollten die eigenen Preise von den Preisen der Konkurrenz abweichen. Hier lässt sich an unterschiedliche Zeitpunkte der Geltendmachung durch Abnehmer denken. Der Kon-

20 Vgl. Belton, (5) Int. J. of Ind. Org. 1987, 399-418.

21 Siehe erneut Salop, FTC Working Paper No. 73, abgedruckt in: Stiglitz/Mathewson (Hrsg.), New Developments in the Analysis of Market Structure, 1986, S. 265, 279 ff.; Winter, in: ABA, Sec. of Antitrust Law (Hrsg.), Issues in Competition Law and Policy, 2008, Band 2, S. 1269, 1270 unterstellt ein hiervon abweichendes Verständnis, demzufolge es sich bei MCCs in Abgrenzung zu PMGs um vertragliche Vereinbarungen und nicht um bloße Ankündigungen handelt. Sie beziehen sich insbesondere in Dauerschuldverhältnissen auf günstigere (spätere) Angebote eines Konkurrenten. Die sogleich noch angesprochenen „Meet-or-Release“-Klauseln würden Sonderfälle hiervon darstellen.

22 Moorthy/Winter, (37) RAND J. of Econ. 2006, 449-465.

23 Belton, (5) Int. J. of Ind. Org. 1987, 399-418.

24 Buccrossi, in: ders. (Hrsg.), Handbook of Antitrust Economics, 2008, Kapitel 8: Facilitating Practices, S. 305, 335.

25 Statt vieler: Arbatskaya, (19) Int. J. of Ind. Org. 2001, 1387-1406, Fn. 1.

26 Belton, (5) Int. J. of Ind. Org. 1987, 399, 400; Simons, (17) Hofstra Law Rev. 1989, 599 ff. („Fixing Price with Your Victim: Efficiency and Collusion with Competitor-Based Formula Pricing Clauses“); Mago/Pate, (70) J. of Econ. Beh. & Org. 2009, 342-360: „competitor-based price matching guarantees“.

sument könnte direkt beim Geschäftsabschluss auf den niedrigeren Preis eines Konkurrenten hinweisen und anschließend diesen Preis in Rechnung gestellt bekommen. Gleichermassen könnte aber auch nachträglich auf einen niedrigeren Preis der Konkurrenz hingewiesen werden, um sodann den Differenzbetrag erstattet zu bekommen. Hier verläuft die Grenze zur sog. „Geld-zurück-Garantie“, bei der je nach Ausgestaltung möglicherweise gar nicht die Preisdifferenz zum günstigsten Konkurrenten erstattet wird, sondern hinter der sich ein weiterer Klauseltyp verbirgt, nämlich die sog. „Meet-or-Release“-Klausel.²⁷ Diese Klausel lässt dem Unternehmen die Wahl, ob es sich nachträglich durch Erstattung einer Differenz der günstigeren Konkurrenz anpasst oder das Geschäft rückabwickelt, um dem Kunden die Möglichkeit zu gewähren, das günstigere Angebot bei der Konkurrenz wahrzunehmen. Teilweise gehen solche Klauseln gar mit der Verpflichtung einher, günstigere Preise der Konkurrenz – auch bei bilateral geführten, nicht öffentlichen Verhandlungen – anzugeben. Daran zeigt sich, dass es den Unternehmen häufig mehr um Informationsgewinnung als um eine echte Preisanpassung gehen dürfte.²⁸ Für die Zwecke dieser Arbeit sind ebenso wenig solche „Geld-zurück-Garantien“ gemeint, hinter denen sich ein Qualitätsversprechen verbirgt und die dem Verbraucher ein erweitertes Rücktrittsrecht vom Kaufvertrag gewähren, sollte innerhalb einer gewissen Frist Unzufriedenheit mit dem Produkt entstehen, auch ohne dass ein (gewährleistungsrechtlicher) Mangel vorliegt, der bereits aufgrund schuldrechtlicher Vorschriften zum Rücktritt berechtigen würde.²⁹ Weiterhin abzugrenzen von den Preisgarantien, die in dieser Arbeit thematisiert werden, sind *Preisparitätsklauseln*,³⁰ die in jüngeren Gerichtsverfahren teils (unglücklicherweise) als *Bestpreisklauseln*³¹ bezeichnet wurden.

27 Hierzu etwa Schnitzer, (25) RAND J. of Econ. 1994, 186 ff., die MOR-Klauseln zusammen mit MNC-Klauseln als Bestpreisklauseln zusammenfasst; zur Abgrenzung beider Klauseltypen siehe auch van der Veer, (4) JECLAP 2013, 501; Clark, Wisconsin Law Rev. 1983, 887, 934.

28 Zimmer, in: Immenga/Mestmäcker (Begr.), Wettbewerbsrecht, Band 2: GWB, 7. Aufl. 2024, § 1 Rn. 260 a.E.

29 Vgl. hierzu: Moorthy/Srinivasan, (14) Marketing Science 1995, 442-466; Shieh, (5) J. of Econ. & Management Science 1996, 361-377; McWilliams/Gerstner, (82) J. of Retailing 2006, 105-113 (zur Kombination von MBG und LPG).

30 Siehe etwa bei Plattformen: Kirchhoff, in: Wiedemann (Hrsg.), Handbuch des Kartellrechts, 4. Aufl. 2020, § 12 Rn. 9; Mörsdorf/Schäfer, NZKart 2019, 659.

31 Zimmer, in: Immenga/Mestmäcker (Begr.), Wettbewerbsrecht, Band 2: GWB, 7. Aufl. 2024, § 1 Rn. 257.

A. Einleitung

Hier liegt eine begriffliche Überschneidung mit Preisgarantien vor,³² die bisweilen (wettbewerberbezogene)³³ *Bestpreisgarantie* genannt werden.³⁴ Inhaltlich geht es im Fall von Preisparitätsklauseln allerdings um sog. „*Most-Favored-Customer*“-Klauseln³⁵ (im Welthandelsrecht auch „*Most-Favored-Nation*“-Klauseln³⁶ genannt). Im Deutschen werden sie typischerweise als *Meistbegünstigungsklauseln*³⁷ übersetzt. Mittels einer solchen Klausel verspricht ein Unternehmen seinen Kunden, gegenwärtige oder zukünftige Differenzen zum eigenen Preis zu ersetzen, den es andernorts erhebt oder anderen Kunden anbietet. Denkbar ist auch, dass es von Handelspartnern im Fremdvertrieb nicht unterboten werden möchte und seinen Abnehmern garantiert, dass der Preis im Eigenvertrieb der günstigste ist. Bei Abschluss ihres Vertrags oder für einen gewissen, sich daran anschließenden Zeitraum sollen Kunden also (noch) von Preiskürzungen des Unternehmens profitieren, bei dem sie bereits gekauft haben. Sie genießen Preisschutz.³⁸ Das Versprechen lautet, dass aktuell und ggfs. für einen gewissen Zeitraum keinem anderen Kunden ein günstigerer Preis geboten wird. Im Einzelfall können Vertriebs- und Absatzmittler ein solches Versprechen vom Hersteller einfordern, um sicherzustellen, dass ihre Vertriebsbemühungen nicht durch günstigere Preise des Unternehmens im Eigenvertrieb (sog. *enge Bestpreisklausel*)³⁹ oder durch günstigere Inserate auf anderen Plattformen (sog. *weite Bestpreisklausen*)⁴⁰ ausgenutzt werden. Während solche Klauseln gleichermaßen geeignet erscheinen, den Preiswettbewerb einzurichten.

32 Siehe etwa *Buccirossi*, in: ders. (Hrsg.), *Handbook of Antitrust Economics*, 2008, S. 305, 335, der Preisgarantien und Meistbegünstigungsklauseln als „*Best-Price Policies*“ zusammenfasst.

33 *Eilmansberger/Bien*, in: MüKoWettbR, Band 1: EU-Recht, 3. Aufl. 2020, Art. 102 AEUV, Rn. 760.

34 *Ewald*, in: Wiedemann (Hrsg.), *Handbuch des Kartellrechts*, 4. Aufl. 2020, § 7 Rn. 98; *Varian*, *Grundzüge der Mikroökonomik*, 9. Aufl. 2016, S. 570 f.; *Levy*, *Best-Price Guarantees as a Quality Signal*, Working Paper, 2004, abrufbar unter: <https://ssrn.com/abstract=1692272> (zuletzt: 29.02.24).

35 *Schnitzer*, (25) RAND J. of Econ. 1994, 186 ff.

36 *Mestmäcker/Schweitzer*, *Europäisches Wettbewerbsrecht*, 3. Aufl. 2014, § 34 Rn. 7.

37 *Zimmer*, in: *Immenga/Mestmäcker* (Begr.), *Wettbewerbsrecht*, Band 2: GWB, 7. Aufl. 2024, § 1 Rn. 255.

38 *Hay*, (67) Cornell Law Rev. 1982, 440 (455: „*Price Protection*“); *Clark*, Wisconsin Law Rev. 1983, 887, 888: „*Price Protection Clause*“).

39 Vgl. etwa BGH v. 18.05.2021, KVR 54/20 – *Booking.com* = WuW 2021, 517 (mAnm. *Rottmann/Schäfer*, 562 ff.)

40 Aus der Rspr.: OLG Düsseldorf v. 09.01.2015, VI-Kart 1/14 (V) – *HRS-Bestpreisklausel* = WuW 2015, 394, 402 f.

schränken,⁴¹ sind sie in dieser Arbeit auszuklammern. Es sei aber darauf hingewiesen, dass Meistbegünstigungsklauseln und Preisgarantien im hier verstandenen Sinne teils begrifflich als „*Eventualklauseln*“ zusammengefasst werden.⁴²

Eine weitere Abgrenzung muss in Richtung der sog. „*Englischen Klausel*“ geleistet werden. Richtigerweise ist damit eine Ausnahmeverordnung im Rahmen von Alleinbezugsverträgen gemeint,⁴³ der zufolge ein Abnehmer nur solange der Exklusivitätsbindung zu einem Lieferanten unterliegt, wie dieser ihm den günstigsten Preis bietet. Wenn der Lieferant dagegen nicht bereit ist, dem niedrigeren Preis eines Konkurrenzangebots zu entsprechen, ist der Abnehmer von der Ausschließlichkeitsbindung befreit und darf das günstigere Angebot eines Drittanbieters wahrnehmen. Aufgrund der Ähnlichkeit dieses Vertragsinhalts mit einer „*Meet-or-Release*“-Klausel⁴⁴ wird die „*Englische Klausel*“ bisweilen in die Nähe einer Preisgarantie gerückt,⁴⁵ was jedoch nicht dem herrschenden Begriffsverständnis entspricht.⁴⁶

Zuletzt sei darauf hinzuweisen, dass Versorgungsunternehmen häufig mit Preisgarantien in *Energie-* (etwa *Strom-* oder *Gasliefer-*)*Verträgen* werben,⁴⁷ die anderenfalls eine dynamische Preisanpassung vorsähen. Hier wird für die Vertragsdauer eines Dauerschuldverhältnisses versprochen, von Änderungen des eigenen Preises abzusehen. Es besteht also eine gewisse Nähe zur *Most-Favored-Customer-Klausel*. Allerdings richtet sich das Versprechen nicht darauf, dass spätere Kunden für einen gewissen Zeitraum kein besse-

41 Vgl. *Hviid/Shaffer*, (58) J. of Ind. Econ. 2010, 479-506 zur kombinierten Verwendung beider Instrumente.

42 Siehe z.B. *Stroux*, US and EC Oligopoly Control, 2004, S. 32 f.: „*Contingency clauses*“; *Petit*, Oligopoles, collusion tacite et droit communautaire de la concurrence, 2007, S. 391: „*Clauses de contingence*“.

43 *Kirchhoff*, in: Wiedemann (Hrsg.), Handbuch des Kartellrechts, 4. Aufl. 2020, § 11 Rn. 274; mit leicht anderem Schwerpunkt *Wolf*, in: MüKoWettB, Band 1/1: EU-Recht, 4. Aufl. 2023, Art. 101 AEUV, Rn. 518: Ein Abnehmer verpflichtet sich auf günstigere Angebote der Konkurrenz hinzuweisen, damit der Lieferant die jeweiligen Lieferungen in Entsprechung des anderweitig geforderten Preises übernehmen kann. Passst der Lieferant seinen Preis an, muss das Geschäft mit ihm abgewickelt werden.

44 *Stroux*, US and EC Oligopoly Control, 2004, S. 34 versteht unter „*English clause*“ eine „*Meet-or-Release*“-Klausel.

45 So scheint etwa *Petit*, Oligopoles, collusion tacite et droit communautaire de la concurrence, 2007, S. 391 f. unter einer „*clause anglaise*“ eine Preisgarantie im hier besprochenen Sinne zu verstehen.

46 EU-Kommission, Leitlinien für vertikale Beschränkungen, ABl. 2010/C 130/01, Rn. 129; *Dallmann*, WRP 2006, 347.

47 Siehe etwa OLG Bamberg v. 26.2.2014, Az. 3 U 164/13 = GRUR-RR 2014, 349.

res Angebot erhalten, sondern dass der einmal vereinbarte Preis für eine bestimmte Dauer des Vertragsverhältnisses gilt. Somit fehlt es an einer vergleichenden Ausrichtung des Preises, entweder an Wettbewerbern oder an späteren, eigenen Vertragsabschlüssen. Es handelt sich schlicht um Festpreise. Auch um solche Preisversprechen soll es in dieser Arbeit nicht gehen.

Alle weiteren Begrifflichkeiten sind in den hiermit abgesteckten Untersuchungsrahmen einzuordnen. Spricht ein Unternehmen etwa eine *Tief*⁴⁸ oder sogar eine *Tiefpreisgarantie*⁴⁹ aus, muss untersucht werden, welches konkrete Versprechen sich dahinter verbirgt.⁵⁰ Es stellt sich insbesondere die Frage, ob das Unternehmen den ausnahmslos (d.h. konkurrenzlos) günstigsten Preis am Markt anbieten möchte oder ob es lediglich auslobt, sich dem günstigen Preis anzupassen. Durch die bloße Bezeichnung lässt sich nicht immer zweifelsfrei erkennen, ob das Unternehmen lediglich verspricht, dass nirgendwo ein günstigerer Preis zu finden sei oder ob das Unternehmen sogar günstiger als alle Konkurrenten sein möchte.

2. Was ist unter Kollusion zu verstehen?

Dem Wörterbuch der deutschen Sprache Duden zufolge bedeutet *kolludieren* im allgemeinen Sprachgebrauch, „*sich zur Täuschung eines Dritten mit jemandem abzusprechen*“.⁵¹ Dieser Bedeutungsgehalt deckt sich nicht vollständig mit dem ökonomischen Konzept der Kollusion und legt ein engeres Verständnis fest. Unter Kollusion versteht man in der Wirtschaftswis-

48 Vgl. etwa Corcoran, (64) Ohio State Law J. 2003, 1427 ff. der unter diesem Begriff beide Klauseltypen zusammenfasst, während Sargent, (141) UPenn Law Rev. 1993, 2055 ff. unter „Low-Price-Guarantee“ am Beispiel eines Händlers von Elektrogeräten eine „Beating Competition“-Klausel versteht („[...] we'll refund 110% of the difference“).

49 Recht anschaulich für die Unschärfe der Begrifflichkeiten: Sargent (a.a.O., 2056), der versucht eine als „Low-Price-Guarantee“ bezeichnete Price-Beating-Guarantee von bloßen Matching-Versprechen abzugrenzen, die lediglich versprechen, den „lowest availabe“ Preis anzubieten. Hier hätte man die Begriffe „low“ und „lowest“ besser getauscht; Logan/Lutter, Econ. Letters 1989, 189 verstehen unter „Guaranteed Lowest Price“ eine Price-Beating Guarantee.

50 Siehe aus der Praxis etwa die Tiefpreisgarantie von Bauhaus, bei der es sich um eine Preisunterbietungsgarantie handelt, vgl. <https://www.bauhaus.info/garantie> (zuletzt abgerufen: 29.02.24).

51 <https://www.duden.de/rechtschreibung/kolludieren> (zuletzt abgerufen am 29.02.24).

senschaft das Zusammenwirken mehrerer konkurrierender Unternehmen, welches durch kollektive Gewinnmaximierung bei suprakompetitiven Preisen gekennzeichnet ist.⁵² Die Preise liegen oberhalb des bei (perfektem) Wettbewerb anzutreffenden Preisniveaus, wo die Preise den Grenzkosten entsprechen⁵³ bzw. den jeweiligen Produktionskosten pro Einheit der gehandelten Ware sehr nahe stehen. Es gilt daher festzuhalten, dass Kollusion ein Marktergebnis – das koordinierte Handeln der Unternehmen – beschreibt.⁵⁴ Ohne weitere Präzisierung enthält der Begriff keine Anhaltpunkte, wie es zu diesem Zustand gekommen ist.

Exkurs⁵⁵: Teilweise wird Kollusion nur als dynamisches Phänomen verstanden. Es bezeichnet also suprakompetitive Preise, die im wiederholten Zusammenwirken der Unternehmen über mehrere Runden ihrer wettbewerblichen Auseinandersetzung erzielt werden. Teilweise wird Kollusion dagegen ebenso für Veränderungen bereits des statischen Gleichgewichts bezeichnet, wenn schon im einmaligen Spiel suprakompetitive Preise erreicht werden.⁵⁶

Die Abgrenzung erinnert an die Unterscheidung zwischen nichtkoordinierten (unilateralen) Effekten einer Fusion, die bereits das statische Gleichgewicht verändern und koordinierten Effekten, die ein dynamisches Gleichgewicht ermöglichen oder stabilisieren.⁵⁷ Sie spielt dagegen eine untergeordnete Rolle für die Zwecke dieser Arbeit, da es aus wettbewerbspolitischer Sicht gleichermaßen darum gehen muss, kollusive Abweichungen von statischen und von dynamischen Gleichgewichten zu erfassen, nicht zuletzt weil beide Regime in der Realität anzutreffen sein dürften. Auch wenn in theoretischen Modellen zwischen den Spielregimen (statischer / dynamischer Wettbewerb) und den damit zusammenhängenden Gleichgewichtskonzepten konzeptionell unterschieden werden müssen, hängt die wettbewerbspol-

52 Buccrossi, in: ders. (Hrsg.), *Handbook of Antitrust Economics*, 2008, Kapitel 8: Facilitating Practices, S. 305.

53 So zumindest die modellhafte Annahme bei vollkommenem (auch atomistisch genanntem) Wettbewerb; statt vieler siehe nur *Schwalbe/Zimmer*, Kartellrecht und Ökonomie, 3. Aufl. 2021, S. 14 ff.

54 Vgl. etwa *Monopolkommission*, Hauptgutachten XXIII: Wettbewerb 2020, Rn. 173.

55 Nach Buccrossi, in: ders. (Hrsg.), *Handbook of Antitrust Economics*, 2008, Kapitel 8: Facilitating Practices, S. 305 ff.

56 Siehe für die Unterscheidung zwischen statischen und dynamischen Modellierungen des Wettbewerbs ausführlich das spätere ökonomische Kapitel dieser Arbeit, S. 53 ff.

57 *Schwalbe/Zimmer*, Kartellrecht und Ökonomie, 3. Aufl. 2021, S. 283 ff., *Werden/Froeb* (Kapitel 2: Unilateral Competitive Effects of Horizontal Mergers, S. 43-104) und *Kühn* (Kapitel 3: The Coordinated Effects of Mergers, S. 105-144), in: *Buccrossi* (Hrsg.), *Handbook of Antitrust Economics*, 2008.

A. Einleitung

litische Bewertung nicht von der gewählten Modellart ab. Entscheidend für das wettbewerbspolitische Unwerturteil ist einzig, dass ein zu untersuchendes Verhalten (unter gewissen Umständen) zu einem suprakompetitiven Ergebnis führt. Daher ist Kollusion im Sinne der Arbeit vollumfänglich zu verstehen.

Demgegenüber wird im juristischen Sprachgebrauch typischerweise zwischen zwei unterschiedlichen „Regimen“ abgegrenzt.⁵⁸ Unter *expliziter Kollusion*⁵⁹ ist das Marktergebnis in Folge einer Kartellierung gemeint. Es liegt ein uniformes Auftreten der Wettbewerber am Markt vor, dem eine entsprechende Absprache oder Abstimmung vorausging. In Abgrenzung zum allgemeinen Sprachgebrauch beinhaltet das Konzept der expliziten Kollusion keine dort genannte Täuschungsabsicht zu Lasten Dritter.⁶⁰ Andernfalls müsste man der Erhebung eines Preises am Markt den konkludenten Erklärungsgehalt beimesse, dass der Preis im freien Wirken wettbewerblicher Kräfte zustande gekommen ist. Ob sich dieser Inhalt aus dem objektiven Empfängerhorizont der Konsumenten herleiten lässt, dürfte fraglich und höchstens auf die allgemeine Erwartung rechtstreuen Verhaltens zu stützen sein. Letztendlich ist diese Erwägung für die Anwendung des Kartellverbots irrelevant, da der Kollusionsbegriff kein Tatbestandsmerkmal ist.

Unter *impliziter*⁶¹ bzw. *stillschweigender*⁶² Kollusion wird dagegen ein Zustand verstanden, in dem es Unternehmen auch ohne zusätzliche Kommunikation gelingt, sich im Wege bloßen Marktverhaltens einander anzupassen und durch koordiniertes Auftreten einen ausgeprägten Preiswettbewerb zu vermeiden. Für die Übersetzung in den juristischen Sprachgebrauch wurde auch vorgeschlagen, den Begriff Kollusion auf Fälle expliziter Kollusion zu beschränken, während für implizite Kollusion (auch: „*tacit collu-*

58 Aigner/Friederiszick, in: Schröter/Klotz/von Wendland (Hrsg.), Europäisches Wettbewerbsrecht, 3. Aufl. 2024, 1. Teil Grundlagen, C. Die Rolle ökonomischer Analysen bei der Durchsetzung europäischen Kartellrechts, Rn. 76; Bishop/Walker, The Economics of EC Competition Law, 3. Aufl. 2010, S. 164.

59 Ewald, in: Wiedemann (Hrsg.), Handbuch des Kartellrechts, 4. Aufl. 2020, § 7 Rn. 88.

60 Siehe für eine Nähe zum Betrug aber Reims, Der Kartellbetrug, 2020 - *passim* sowie Stomper, Kriminalisierung von Hardcore-Kartellverstößen, 2021, S. 132 f.

61 Siehe etwa BGH, Beschl. v. 11.11.2008, Az. KVR 60/07 = BGHZ 178, 285 - E.ON/Stadtwerke Eschwege, Rn. 39; Ewald, in: Wiedemann (Hrsg.), Handbuch des Kartellrechts, 4. Aufl. 2020, § 7 Rn. 88; Körber, in: Immenga/Mestmäcker (Begr.), Wettbewerbsrecht, Band 3: Fusionskontrolle, Art. 2 FKVO, Rn. 455; Weche/Weck, EuZW 2020, 923.

62 Zimmer, in: Immenga/Mestmäcker (Begr.), Wettbewerbsrecht, Band 1: EU-Recht, 6. Aufl. 2019, Art. 101 Abs. 1 AEUV, Rn. 64.

lusion“)⁶³ der Begriff „stillschweigende Koordinierung“ bzw. „conscious parallelism“ verwendet werden sollte.

Somit gilt festzuhalten, dass sich das ökonomische und juristische Begriffsverständnis unterscheiden können.⁶⁴ Bisweilen wird Kollusion im juristischen Sprachgebrauch auch als Oberbegriff für das tatbestandsmäßige Abstimmungs- bzw. Koordinationsverhalten im Kartellverbot gebraucht.⁶⁵ Im europäischen und deutschen Recht sind damit die drei Tathandlungen von Art. 101 Abs. 1 AEUV und § 1 GWB gemeint: Vereinbarungen, Beschlüsse oder abgestimmte Verhaltensweisen. Für die vorliegende Arbeit werden die Tathandlungen begrifflich als Maßnahmen der (Verhaltens-)Abstimmung bzw. Koordinierungsmittel zusammengefasst, während der Kollusionsbegriff im ökonomischen Sinne für das (wettbewerblich nachteilige) Marktergebnis reserviert ist.

3. Was sind „facilitating practices“ und „Plus-Faktoren“?

Auch die Verwendung des Sammelbegriffs „*facilitating practices*“ ist unklar und unterliegt teilweise voneinander abweichenden Verständnissen. In der Ökonomie, in der die juristische Unterscheidung zwischen expliziter und impliziter/stillschweigender Kollusion nur eine untergeordnete Rolle spielt, herrscht ein Begriffsverständnis vor, demzufolge es sich um sämtliche Verhaltensweisen unterhalb einer Kartellabsprache handelt, die über zwingend

63 Gänzlich hiervon scheint das bei *Polemis/Oikonomou*, (14) E.C.J. 2018, 1-37 anklingende Verständnis abzuweichen. Sie stellen sog. Screening-Techniken vor, mit denen Kartellbehörden quantitativ/ökonometrisch untersuchen können, ob es sich bei korrelierten Preisbewegungen um ein suprakompetitives (kollusionsbedingtes) oder um ein wettbewerbliches Preisniveau handelt. Erstgenannten Fall betiteln sie als non-explicit (tacit) collusion, letztgenannten Fall als „parallel behaviour“. Da Screening Techniken aber gerade dazu dienen, unnatürliche Preisbewegungen aufzudecken und anschließend Ermittlungen hinsichtlich verbotswidriger Koordinierungsmaßnahmen einzuleiten (vgl. „unveiling tacit collusion mechanisms“), wird „tacit collusion“ hier scheinbar als mutmaßlich explizite Kollusion verstanden, bei der die Behörden allerdings noch nicht wissen, wie diese genau entstanden ist. Besser hierfür eignen würde sich der von *Mezzanotte*, (33) World Comp. 2010, 77, 79 vorgeschlagene Begriff: „undetected overt collusion“.

64 *Motta*, Competition Policy, 2004, S. 138.

65 Vgl. etwa aus der Rspr.: EuGH v. 04.06.2009, Rs. C-8/08, Slg. 2009 I-4529, ECLI:EU:C:2009:343 – *T-Mobile Netherlands*, Rn. 23 sowie aus der Lit.: *Hengst*, in: *Bunte* (Hrsg.), Kartellrecht-Kommentar, Band 2: Europäisches Recht, 14. Aufl. 2021, Art. 101 AEUV Rn. 85.

A. Einleitung

notwendiges Marktverhalten (Preis- und Mengensetzung) hinausgehen und Kollusion ermöglichen oder jedenfalls fördern.⁶⁶ Bei „facilitating practices“ handelt es sich aus Sicht der Ökonomie gleichermaßen um kartellrechtlich erfasste Verhaltensweisen, z.B. Informationsaustausch, wie auch um bisher nicht erfasste rein einseitige Maßnahmen, z.B. Preisgarantien. In der Rechtswissenschaft dagegen wurde den „facilitating practices“ teilweise ein engerer Bedeutungsgehalt zugewiesen, indem der Begriff zwischen erfassbaren gegenseitigen Kartellverstößen und nicht erfassbarem, bloßem Parallelverhalten angesiedelt wurde.⁶⁷ Die Abgrenzung zum „conscious parallelism“ ergibt sich daraus, dass (zusätzliche) Maßnahmen vorliegen, die ökonomische Faktoren beeinflussen, welche für das Erzielen eines kollusiven Marktergebnisses relevant sind (z.B. Transparenz, glaubwürdige Bestrafungsmechanismen). Der Begriff wird also ausgehend von einer (vermeintlichen) Lücke des Kartellverbots definiert, in der man wünschte, bestimmtes Verhalten erfassen zu können, dies aber nach herrschender Dogmatik nicht kann.

Unter „*Plus-Faktoren*“⁶⁸, einem Begriff des US-amerikanischen Antitrust-Rechts, versteht man Argumente und Beweismaterial, die dafür sprechen, dass eine gegen Sec. 1 des Sherman Act verstößende „Verschwörung“ zwischen Wettbewerbern vorliegt.⁶⁹ Sie sind aus Fallkonstellationen geboren, in denen man ein am Markt beobachtetes Parallelverhalten nicht für schlichte „*tacit collusion*“ hielt. Stattdessen witterte man eine im Hintergrund stattfindende Verschwörung, konnte diese aber nicht konkret beweisen. Seit der „*Theatre Entreprise*“-Entscheidung⁷⁰ kann ein auffällig

66 Vgl. *Buccirossi*, in: ders. (Hrsg.), *Handbook of Antitrust Economics*, 2008, Kapitel 8: Facilitating Practices, S. 305 f. und *Kerber/Schwalbe*, in: MüKoWettB R, Band 1/1: EU-Recht, 4. Aufl. 2023, Grundlagen, Rn. 334 ff., 367 f., die ihn als Sammelbegriff für sämtliche Methoden, Verfahren und Instrumente einsetzen, die keine explizite Kartellvereinbarung darstellen.

67 Im Detail wird der Begriff uneinheitlich verwendet, vgl. etwa OECD, Roundtable on Facilitating Practices in Oligopolies, DAF/COMP(2008)24: „*The concept of ‘facilitating practices’ describes conduct by firms, typically in an oligopolistic market, that falls somewhere between an explicit, “hardcore” cartel agreement and pure and simple oligopolistic interdependence and helps firms to reduce uncertainty in the market and coordinate their conduct more effectively.*“

68 Der Begriff wird in der Abhandlung keine bedeutende Rolle spielen; da er im US-amerikanischen Schrifttum allerdings häufig im Kontext von „facilitating practices“ genannt wird, erschien eine knappe Erörterung angebracht.

69 *Areeda/Kaplow/Edlin/Hemphill*, *Antitrust Analysis*, 8. Aufl. 2021, S. 194 ff.

70 Siehe hierzu ausführlich S. 214 ff.

simultanes Verhalten von Wettbewerbern nicht mehr uneingeschränkt als Indizienbeweis („circumstantial evidence“) für das Vorliegen eines Verstoßes gegen Sec. 1 Sherman Act durch „agreement“, „combination“ oder „conspiracy“ angeführt werden. Stattdessen müssen gewisse Plus-Faktoren vorgetragen werden, die glaubhaft machen, dass eine „conspiracy“ bzw. ein „agreement“ und kein bloßes Parallelverhalten (conscious parallelism) vorliegt.⁷¹ In der Praxis geht es zumeist um Beweismittel, die eine explizite Kollusion nahelegen. Dabei kann es sich um Marktumstände handeln, die ein ohne zusätzliche Maßnahmen (natürlich) zustande gekommenes Parallelverhalten unwahrscheinlich erscheinen lassen.⁷² Ebenso kann es um Motive zur Beteiligung an einer Kollusion sowie Verhalten gehen, das isoliert betrachtet gegen das eigene wirtschaftliche Interesse spricht.⁷³ Diesem Verständnis zufolge bilden „facilitating practices“ einen Unterfall der Plus-Faktoren,⁷⁴ die „concerted actions“ von bloßem Parallelverhalten abgrenzen. Es scheint allerdings, soweit der *Verf.* dies aus der Ferne beurteilen kann, als adressiere die US-amerikanische Dogmatik nicht die jeweilige „facilitating practice“ als vom Kartellverbot untersagte (eigenständige) Verhaltensabstimmung. Viel eher kommen sie als Beweismittel für eine sonstige Vereinbarung im Vorfeld des jeweiligen Marktverhaltens⁷⁵ oder als Gegenstand einer eigenen Vereinbarung, etwa bezüglich der simultanen Nutzung von „facilitating practices“, in Betracht.⁷⁶ Es bleibt daher bei der Unterscheidung, ob vom Vorliegen bestimmter Tatsachen (Plus-Faktoren)

71 Chang, Abgestimmtes Verhalten im amerikanischen, europäischen und deutschen Kartellrecht, 1992, S. 101.

72 Gemeint sind etwa Strukturmerkmale, die in Widerspruch zur ökonomischen Theorie koordinierten Verhaltens in wiederholten Spielen stehen und eine stillschweigende Koordinierung sehr unwahrscheinlich erschienen ließen, z.B. eine hohe Anzahl von Wettbewerbern im Oligopol, vgl. früh: Clark, Wisconsin Law Rev. 1983, 887, 894 ff.

73 Areeda/Kaplow/Edlin/Hempill, Antitrust Analysis, 8. Aufl. 2021, S. 195 ff.; eine Liste ökonomisch inspirierter Plus-Faktoren findet sich etwa bei Kovacic/Marshall/Marx/White, (110) Michigan Law Rev. 2011, 393, 415, 435 f.; dabei besteht naturgemäß eine gewisse Nähe zu Kriterien, die beim Cartel Screening verwendet werden, vgl. etwa Harrington, in: Buccirossi (Hrsg.), Handbook of Antitrust Economics, 2008, Kapitel 6: Detecting Cartels, S. 213–258.

74 Siehe etwa die öffentlichen Preisankündigungen im Fall Coordinated Pretrial Proceedings in Petroleum Prods. Antitrust Litig., 906 F.2d 432 (9th Cir. 1990) und dazu Arquit, (61) Antitrust Law Journal 1993, 531, 535 f.

75 Grillo, (14) Eur. J. of Law & Econ. 2002, 151, 160; vgl. auch die Bezeichnung als „Parallelism Plus Doctrine“ bei Ghezzi/Maggiolino, (10) J.C.L.E. 2014, 647, 682 ff. bzw. Yao/DeSanti, (38) Antitrust Bulletin 1993, 113, 117 ff.

76 Hovenkamp, Principles of Antitrust, 2. Aufl. 2017, S. 150 f.; Hay, (16) Rev. of Ind. Org. 2000, 113, 125 f.

A. Einleitung

auf eine Vereinbarung geschlossen wird oder ob bestimmte Plus-Faktoren (auch ohne diesbezügliche Vereinbarung) als eigenständige Verhaltensabstimmung eingestuft werden. Bisher wird nur ersteres praktiziert.

4. Was sind einseitige Maßnahmen?

Eine weitere wichtige Unterscheidung betrifft den Begriff einer „*einseitigen Maßnahme*“ (engl. teils „*unilateral practice*“ oder „*unilateral conduct*“). Dabei sind nicht etwa Vertikalbeschränkungen durch vertriebsbezogene Vorgaben von Herstellern an ihre Händler gemeint. Diese werden unter Umständen zwar als Vereinbarungen im Sinne des Kartellverbots gewertet,⁷⁷ auch wenn entsprechende Vorgaben, wie z.B. das Verbot von Parallelimporten aus anderen Mitgliedsstaaten, von den betroffenen Händlern als ihnen aufgezwungene, eigentlich „*einseitige*“ Maßnahmen bewertet wurden,⁷⁸ so dass von einer (freiwilligen) Vereinbarung keine Rede sein könne.

Bei Verwendung des Begriffs in dieser Arbeit sind ausschließlich horizontal wirkende Maßnahmen zwischen Wettbewerbern auf derselben Marktstufe gemeint. Doch auch in diesem eingegrenzten Anwendungsbereich ist weitere Präzisierung geboten. Im Kontext von „*facilitating practices*“, etwa beim Informationsaustausch, heißt es teilweise, dass bestimmte einseitige Maßnahmen vom Kartellverbot erfasst würden, so etwa die einseitige Informationspreisgabe.⁷⁹ Solchen Aussagen ist mit Vorsicht zu begegnen und sauber zu differenzieren. Wie sich später noch zeigen wird, wird die einseitige Offenlegung von Informationen nach herrschender Auffassung nur dann erfasst, wenn sich ein kommunikativer Gegenakt ausmachen lässt,⁸⁰ der – ob explizit oder konkludent – zu einer Gegensei-

⁷⁷ EuGH v. 06.01.2004, Rs. 2 u. 3/01-P, Slg. 2004 I-00023, ECLI:EU:C:2004:2 – *Bayer/Adalat*.

⁷⁸ Überblick bei *Schwinn*, Einseitige Maßnahmen in Abgrenzung zum europäischen Kartellverbot, 2009 – passim.

⁷⁹ *Berg/Mudrony*, in: Berg/Mäsch (Hrsg.), Deutsches und Europäisches Kartellrecht, 4. Aufl. 2022, Art. 101 AEUV Rn. 158: „*Nicht erforderlich ist dabei, dass der Informationsaustausch gegenseitig ist [...]*“; dagegen: *Hengst*, in: Bunte (Hrsg.), Kartellrecht-Kommentar, 14. Aufl. 2021, Band 2: EU-Recht, Art. 101 AEUV, Rn. 122: nur, wenn sie auf Gegenseitigkeit beruht, Rn. 125 f. (für Informationsaustausch), Rn. 127 f. (für Signaling).

⁸⁰ *Roth/Ackermann*, in: Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht, 101. Lieferung, Stand: 03/2022, Grundfragen des Art. 101 Abs. 1 AEUV Rn. 188 a.E., die gleichwohl davon sprechen, dass keine Gegenseitigkeit (im engeren Sinne) erforderlich sei; aus-

tigkeit der Verhaltensabstimmung führt. Entscheidend sei insofern, dass auch aus Perspektive des informierenden Unternehmens eine Reduktion wettbewerblicher Unsicherheit festgestellt werden kann.⁸¹ Zutreffend ist also, dass keine beidseitige Offenlegung von Informationen notwendig ist,⁸² um eine abgestimmte Verhaltensweise anzunehmen. Gleichwohl handelt es sich bei den anzutreffenden Konstruktionen insofern stets um gegenseitige Handlungen, als dass etwa im Vorfeld der Informationspreisgabe eine Anforderung der betreffenden Information oder nachträglich eine deutbare Reaktion erfolgt sein muss.⁸³ Wenn dagegen in dieser Arbeit von „einseitigen“ Maßnahmen die Rede ist, soll damit wie beim Vorliegen einer Preisgarantie der Fall bezeichnet sein, bei dem ein⁸⁴ Oligopolist sich einer „facilitating practice“ bedient und dabei gänzlich⁸⁵ individuell agiert. Es geht also um Fälle, in denen keine vorherige Aufforderungs- oder nachträgliche Annahmehandlung der Konkurrenz ausgemacht werden kann. Dies trifft bei einer Preisgarantie in aller Regel zu. Man könnte insofern von einer *echten* oder *rein* einseitigen Maßnahme sprechen. Die Abgrenzung wird möglicherweise besonders deutlich, wenn man demgegenüber die kollektive Verwendung von „facilitating practices“ in den Blick nimmt, also etwa den Fall, in dem alle Wettbewerber innerhalb eines gewissen Zeitrahmens öffentliche Ankündigungen vornehmen. Der kollektiven Verwendung von Instrumenten zur Verhaltenskoordinierung könnte man eine gewisse Gegenseitigkeit aus Aktion und Reaktion unterstellen. Hier geht es

führlicher Überblick über den Meinungsstand bei *Wagner-von Papp*, Marktinformationsverfahren, 2004, S. 353 f., 369 ff.

81 Roth/Ackermann, a.a.O., Rn. 208.

82 EU-Kommission, ABl. v. 14.01.2011, 2011/C 11/01, Leitlinien zur Anwendbarkeit von Art. 101 AEUV auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit, Rz. 62; siehe explizit auch: EuG v. 24.03.2011, Rs. T-377/06, ECLI:EU:T:2011:108 – *Comap/Kommission*, Rn. 70, wobei kritisch anzumerken ist, dass bei Bezeichnung der Vorgänge als Informationsaustausch durchaus die Erwartung geweckt wird, dass beide Parteien Informationen miteinander teilen (austauschen); vgl. hierzu auch *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, 44 a.E.

83 Marchisio, (38) E.C.L.R. 2017, 555, 559 f.; siehe in aller Deutlichkeit EuG v. 15.03.2000, Verb. Rs. T-25/95 u.a., Slg. 2000 II-00491, ECLI:EU:T:2000:77 – *Cimenteries*, Rn. 1849, 1887.

84 Dies erfasst freilich auch den Fall, in dem mehrere Unternehmen – unabhängig voneinander – „facilitating practices“ verwenden und dabei keine vorangegangene Koordinierung über dieses Verhalten ausgemacht werden kann.

85 Vgl EuG v. 26.10.2000, Rs. T-41/96, Slg. 1996 II-3387, ECLI:EU:T:2000:242 – *Bayer*, Rn. 71: „*wirklich einseitige Maßnahme*“.

A. Einleitung

dagegen um die individuell-einseitige Verwendung von Instrumenten der Verhaltenskoordination.

II. Gang der Untersuchung

In einem ersten Schritt soll die bisherige ökonomische Forschung zum Thema Preisgarantien untersucht werden. Ziel der Auswertung ist die Identifikation struktureller und subsumierbarer Kriterien, bei deren Vorliegen davon auszugehen ist, dass Preisgarantien wettbewerbsschädliche Wirkungen entfalten. Die Darstellung folgt entlang einer Sortierung der vorhandenen Literatur in theoretische, empirische und experimentelle Beiträge. Dabei soll eine kritische Auseinandersetzung sowohl mit Modellannahmen der theoretischen Beiträge als auch mit ökonometrischen Identifikationsstrategien der empirischen Beiträge erfolgen.

Definition⁸⁶: Bei einer (kausalen) Identifikationsstrategie handelt es sich in der Ökonometrie um die Methode, mittels derer Beobachtungsdaten analysiert werden und Aussagen über kausale Wirkzusammenhänge getroffen werden können. Dabei wird etwa exogene Variation in den Daten ausgenutzt oder es werden künstlich Laborbedingungen wissenschaftlicher Experimente nachgestellt, d.h. bspw. eine Kontrollgruppe gebildet.

Auf Grundlage der ökonomischen Erkenntnisse zu Preisgarantien nimmt die anschließende rechtliche Bewertung von Preisgarantien ihren Ausgangspunkt im **Kartellrecht**. Die Darstellung erfolgt dreigeteilt. Preisgarantien könnten gegen das Kartellverbot (Art. 101 AEUV; § 1 GWB) verstößen, einen individuellen oder kollektiven Missbrauch von Marktmacht darstellen (Art. 102 AEUV; §§ 18 ff. GWB) oder möglicherweise das Verbot erzwungener Verhaltensweisen (§ 21 Abs. 3 Nr. 3 GWB) verletzen. Ein deutlicher Fokus soll dabei auf der Auslegung der „aufeinander abgestimmten Verhaltensweise“ im Kartellverbot liegen. Preisgarantien können dort als Beispiel für sog. „facilitating practices“ dienen, die geeignet sind, Kolusion herbeizuführen, mangels Zweiseitigkeit eines expressiven Kommunikationsakts aber nach bisher ganz herrschender Meinung nicht dem Kartellverbot subsumiert werden. Hier gilt es aufzuarbeiten, auf welchen Annahmen und Zielen die bisher herrschende Auslegung der „abgestimmten Verhaltensweise“ beruht. Anschließend wird hergeleitet, warum eine Öffnung des Tatbestands auch für „facilitating practices“ angezeigt ist und

86 Siehe hierzu im Detail: Lewbel, (75) J. of Econ. Lit. 2019, 835-903.

wie diese rechtlich überzeugend umzusetzen wäre. Im Anschluss an die materiell-rechtliche Betrachtung der kartellrechtlichen Vorschriften, werden die Erkenntnisse in das begleitende System der öffentlichen und privaten Rechtsdurchsetzung im Kartellrecht eingebettet.

Auch das **Lauterkeitsrecht** kann eine gewisse Erfahrung mit Preisgarantien vorweisen und kommt daher als Untersuchungsmaßstab in Betracht. Hier soll es weniger um die Erfassung der horizontalen Wirkung von Preisgarantien auf miteinander im Wettbewerb stehende Unternehmen gehen. Stattdessen soll die Rolle von Verbrauchern für die ökonomischen Effekte einer Preisgarantie in den Blick genommen werden. Ein kollusives Ergebnis mit suprakompetitiven Preisen kann nur dann entstehen, wenn ein Teil der Verbraucher die Preisgarantie in Anspruch nimmt und ein Unternehmen durch Auslobung seiner Garantie bei höheren Ausgangspreisen keine informierten Kunden (mehr) an die Konkurrenz verliert. Nur dann entsteht der schon mehrfach erwähnte Entmutigungseffekt bei der Konkurrenz. Man kann diesbezüglich also eine gewisse Instrumentalisierung der Verbraucher ausmachen. Indem sie sich etwa in der Hoffnung, stets das günstigste Angebot zu erhalten, dem Garantie auslobenden Unternehmen zuwenden, tragen sie (womöglich unbewusst) dazu bei, dass sich ein insgesamt höheres Preisniveau im Markt einstellt. Dies könnte eine verdeckte Irreführung des Verbrauchers darstellen.

Die Untersuchung endet zum einen mit einem kurzen Überblick, für welche bisherigen Fallkonstellationen die hier vorgeschlagene Auslegung Konsequenzen hat. Zum anderen wird ein Ausblick darauf gegeben, welche Gemeinsamkeiten die Diskussion über Preisgarantien mit der Debatte über bestimmte Varianten algorithmischer Preissetzung hat, bei denen es ebenfalls zu einer – dort (in Echtzeit) automatisierten – Anpassung oder Unterbietung von Preisen der Konkurrenz kommt.

Bereits an dieser Stelle sei als Ergebnis vorweggenommen, dass der Schwerpunkt der Arbeit im Kartellrecht angesiedelt ist. Dass der Titel gleichwohl eine Untersuchung anhand des Wettbewerbsrechts verspricht, erscheint in zweierlei Hinsicht gerechtfertigt. Zum einen wird das Kartellrecht entsprechend der englischsprachigen Bezeichnung „Competition Law“ immer häufiger als Wettbewerbsrecht zusammengefasst. Da neben dem Kartellverbot auch die Missbrauchsaufsicht und Fusionskontrolle zum Kernbereich des Kartellrechts gehören und darüber hinaus nicht selten auch die angrenzenden Nebengebiete des Beihilfen- und des Vergabe-

A. Einleitung

rechts in einschlägigen Kommentaren behandelt werden,⁸⁷ erscheint das Kartellrecht als Oberbegriff für diese umfangreichen Regelungsmaterien verkürzt.⁸⁸ Diesbezüglich soll der Titel bereits als Hinweis zu verstehen sein, dass die Arbeit mehr als nur eine Untersuchung des Kartellverbots bereithält. Zum anderen erfasst das Wettbewerbsrecht bei Zugrundelegung eines weiten Verständnisses sowohl das Kartellrecht als auch das Lauterkeitsrecht, welches teils als Wettbewerbsrecht „im engeren Sinne“ bezeichnet wird.⁸⁹ Für letzteres Rechtsgebiet fallen die Ausführungen kürzer aus, da die Untersuchung hervorbringt, dass es sich vom gesetzgeberischen Anliegen her vermutlich nicht zur Erfassung der hier behandelten Formen von Preisgarantien eignet. In diesem Bereich ist es viel eher ein Anliegen der Arbeit, auf eine mögliche – bisher im deutschen Recht noch nicht vorgetragene – lauterkeitsrechtliche Schadenstheorie⁹⁰ hinzuweisen, ohne dass diese bis ins letzte Detail untersucht würde.

Definition: Bei einer Schadenstheorie handelt es sich im kartellrechtlichen Jargon um eine von Seiten der Ökonomie entwickelte Beschreibung von (potentiell) wettbewerbsschädigenden Wirkungen bestimmter Verhaltensweisen oder Marktstrukturveränderungen. Für die Kartellrechtsanwendung halten sie wichtige Einsichten bereit, insbesondere was die Ausfüllung von Tatbestandsmerkmalen wie z.B. der Wettbewerbsbeschränkung im Kartellverbot oder der Behinderung von Wettbewerbern im Missbrauchsverbot angeht. Freilich macht eine abstrakt-generelle Schadenstheorie eine konkret-individuelle Einzelfalluntersuchung nicht entbehrlich. Ebenso wenig müssen Fälle zwingend in diesem Sinne kategorisiert und bestimmten Schadenstheorien zugeordnet werden. Es handelt sich vielmehr um Fallgruppen, die eine erste Orientierung ermöglichen bzw. Grundgedanken bestimmter wettbewerbsschädiger Abläufe zusammenfassen.

⁸⁷ Siehe beispielhaft den von *Immenga/Mestmäcker* begründeten, von *Körber/Schweitzer/Zimmer* herausgegebenen „Kommentar zum Wettbewerbsrecht“.

⁸⁸ *Beurskens*, Lauterkeits- und Kartellrecht, 2. Aufl. 2022, S. 2.

⁸⁹ *Beurskens*, Lauterkeits- und Kartellrecht, 2. Aufl. 2022, S. 1; *Dreher/Kulka*, Wettbewerbs- und Kartellrecht, 12. Aufl. 2023, S. 1, Rn. 1; *Emmerich/Lange*, Lauterkeitsrecht, 12. Auf. 2022, S. 1, Rn. 3; *Ekey*, Grundriss des Wettbewerbs- und Kartellrechts, 5. Aufl. 2016, S. 5, Rn. 6 f.; *Jänich*, Lauterkeitsrecht, 1. Aufl. 2019, S. 3, Rn. 5.

⁹⁰ Vgl. hierzu: *Ewald*, in: *Wiedemann* (Hrsg.), Handbuch des Kartellrechts, 4. Aufl. 2020, § 7 Rn. 19.