

Johannes Rottmann

Preisgarantien im Wettbewerbsrecht

Zugleich ein Beitrag zur Auslegung der „aufeinander abgestimmten Verhaltensweise“ im Kartellverbot bei einseitig veranlasster Kollusion



Nomos

Wirtschaftsrecht und Wirtschaftspolitik

begründet von

**Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Ernst-Joachim Mestmäcker †
(1926–2024)**

herausgegeben von

Prof. Dr. Florian Bien

Prof. Dr. Ulrich Schwalbe

Prof. Dr. Heike Schweitzer

Band 319

Johannes Rottmann

Preisgarantien im Wettbewerbsrecht

Zugleich ein Beitrag zur Auslegung der „aufeinander abgestimmten Verhaltensweise“ im Kartellverbot bei einseitig veranlasster Kollusion



Nomos

Open-Access-Förderung durch die Max-Planck-Gesellschaft.

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Zugl.: Bonn, Univ., Diss., 2023

1. Auflage 2024

© Johannes Rottmann

Publiziert von

Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG
Waldseestraße 3–5 | 76530 Baden-Baden
www.nomos.de

Gesamtherstellung:

Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG
Waldseestraße 3–5 | 76530 Baden-Baden

ISBN (Print): 978-3-7560-1289-3

ISBN (ePDF): 978-3-7489-4073-9

DOI: <https://doi.org/10.5771/9783748940739>



Onlineversion
Nomos eLibrary



Dieses Werk ist lizenziert unter einer Creative Commons Namensnennung 4.0 International Lizenz.

Meinen Eltern

Vorwort

Die vorliegende Arbeit ist zwischen Oktober 2021 und Oktober 2023 während meiner Zeit als Wissenschaftlicher Mitarbeiter am Institut für Handels- und Wirtschaftsrecht der Universität Bonn und dem ebenfalls in Bonn ansässigen Max-Planck-Institut zur Erforschung von Gemeinschaftsgütern entstanden. Die verwendete Literatur entspricht dem Stand von Anfang April 2024.

Zu großem Dank bin den Betreuern dieser Arbeit verpflichtet. Herr Prof. Dr. Daniel Zimmer hat mich bereits nach Abschluss des Bachelorstudiums in sein Team aufgenommen und früh durch die lehrreiche Mitarbeit an zahlreichen Forschungsprojekten gefördert. In seinen Veranstaltungen ist mein Interesse an der Verschränkung von Recht und Ökonomik im Kartellrecht entstanden. Ihm möchte ich im Besonderen für die Ermutigung danken, mit dem vorliegenden Promotionsthema vermeintlich ausgetretene Pfade zu beschreiten.

Zu Beginn der Promotion durfte ich zusätzlich Teil der Abteilung Behavioral Law and Economics am MPI für Gemeinschaftsgüter werden und an der strukturierten Doktorandenausbildung in Zusammenarbeit mit der wirtschaftswissenschaftlichen Graduiertenschule der Universität zu Köln teilhaben. Ohne das in jeder Hinsicht gewinnbringende Promotionsstudium wäre mir eine tiefgreifende Auseinandersetzung mit der ökonomischen Forschung zu Preisgarantien kaum möglich gewesen. Herrn Prof. Dr. Christoph Engel danke ich für sein fachliches Interesse und die große Freiheit in einer so heterogenen Arbeitsgruppe.

Beiden ist in herausragender Weise zuzuschreiben, welch lebhafte und in ihrer interdisziplinären Verzahnung von Recht und Ökonomik nahezu einzigartige Forschungslandschaft in Bonn entstanden ist. In diesem Umfeld hat Frau JProf. Dr. Svenja Hippel nicht nur dankenswerterweise der Disputation vorgesessen, sondern mir auch bei manchen ökonomischen Verständnishindernissen geholfen.

Meine ersten Schritte in der Wissenschaft durfte ich als studentische Hilfskraft von Herrn Prof. Dr. Michael Beurskens machen. Ihm kann ich nicht genug für sein Vertrauen und die für eine studentische Hilfskraft keinesfalls selbstverständliche Einbindung in Forschung und Lehre danken. Auf diese Weise hat er maßgeblich zu meinem Entschluss beigetragen,

Vorwort

später einmal promovieren zu wollen. Auch nach seinem Wechsel nach Passau stand er mir stets mit Rat, nicht nur aber gerade auch zu dieser Arbeit, zur Verfügung.

Zu Beginn der Promotionszeit am MPI war mir schließlich Herr Prof. Dr. Dr. Hanjo Hamann ein hilfsbereiter Ansprechpartner für manche Detailfrage dieser Arbeit.

Herrn Prof. Dr. Bien, Herrn Prof. Dr. Schwalbe und Frau Prof. Dr. Schweitzer möchte ich für die Aufnahme der Arbeit in die vorliegende Schriftenreihe danken. Herr Prof. Dr. Schwalbe hat mit seiner Forschung zu Preisgarantien zur Motivation der Arbeit beigetragen. Außerdem stand er mir als Gesprächspartner über das ökonomische Kapitel der Arbeit zur Verfügung. Dafür, dass er mich in meinen Einsichten bestärkt hat, möchte ich ihm zusätzlich danken.

Der Esche Schümann Commichau Stiftung danke ich vielmals für die Verleihung ihres Förderpreises zur Unterstützung der Drucklegung dieses Buches. Nicht weniger bin ich der Johanna und Fritz Buch Gedächtnis-Stiftung, Hamburg für die Gewährung eines Druckkostenzuschusses verpflichtet. Schließlich danke ich der Max Planck Digital Library für die Übernahme der Zusatzkosten für eine Open-Access-Publikation.

Eine Dissertation erfordert, viel Zeit mit sich und dem Projekt zu verbringen. Umso wichtiger und schöner ist es, diese Zeit in einem angenehmen, kollegialen Umfeld zu verbringen. Die gute Stimmung sowohl am Lehrstuhl als auch am MPI haben genauso zum Entstehen der Arbeit beigetragen wie zahlreiche konkrete Gespräche über die Arbeit, gleichermaßen im Persönlichen sowie in entsprechenden Doktorandenseminaren und -workshops.

Hervorheben möchte ich auf Seiten des Lehrstuhls zunächst – auch wegen der geschätzten Zusammenarbeit an vielen Projekten – Dr. Frederick Göhsl und anschließend in alphabetischer Reihenfolge Mark Hesse, Alexander Sand, Dr. Lara Schäfer, Matthias Schaut, Julian Schmid und Dr. Kristina Stomper.

Ohne sämtliche Kolleg/innen des Max-Planck-Instituts nennen zu können, gebührt Sebastian Riedmiller Dank für seine Unterstützung im Promotionsstudium und die häufige, schnelle Hilfe bei technischen Fragen. Mit Alexander Egberts und Thomas Holzhausen durfte ich ein unterhaltsreiches und nicht minder unterhaltsames Büro teilen, auch wenn ich wegen der verschiedenen Arbeitsorte manchmal in Rechtfertigungsnot geriet, wo ich denn nun schon wieder so lange gewesen sei.

Obwohl unsere Feldstudie zur Berufswahl angehender Jurist:innen thematisch nicht mit dieser Arbeit zusammenhängt, darf auch Leonhard Grabe in dieser Würdigung nicht fehlen. Die Aufteilung meiner zeitlichen und gedanklichen Kapazitäten zwischen beiden Projekten hat nie Langeweile aufkommen lassen und die Motivation für den Abschluss dieser Arbeit aufrecht erhalten.

Mit vielen der gerade genannten Personen ist über die gemeinsame Zeit eine freundschaftliche Verbindung entstanden, die ich sehr schätze.

Zuletzt, gleichwohl am bedeutendsten, ist meinen Eltern und meiner Schwester in unermesslicher Weise für die finanzielle und emotionale Unterstützung während meiner Ausbildung und der Entstehung dieser Arbeit zu danken. Für ihr Wirken, vor allem in den letzten Jahren, möchte ich die Arbeit in besonderem Maße meiner Mutter widmen. Auf sie bin ich nicht weniger stolz als auf diese Arbeit.

Köln, im Mai 2024

Inhaltsübersicht

Inhaltsverzeichnis	13
Abkürzungsverzeichnis	25
A. Einleitung	31
I. Begriffliches	37
II. Gang der Untersuchung	50
B. Ökonomische Analyse	53
I. Price-Matching: Meeting Competition	53
II. Price-Beating: Beating Competition	134
C. Kartellrechtliche Würdigung	155
I. Kartellverbot	155
II. Marktmachtmissbrauch	263
III. Verbot erzwungenen gleichförmigen Verhaltens	285
IV. Folgefragen der Rechtsdurchsetzung	301
D. Lauterkeitsrechtliche Würdigung	333
I. Verhältnis von Kartell- und Lauterkeitsrecht	333
II. Bisherige Rechtsprechung	334
III. Denkbare Irrtümer	336
IV. Bewertung	339
V. Fazit	345
E. Ausblick	347
I. Relevanz für weitere (frühere) Grenzfälle	347
II. Auswirkungen für die Debatte um algorithmische Preissetzung	349

Inhaltsübersicht

F. Ergebnisse	355
Literaturverzeichnis	357
Entscheidungsverzeichnis	377

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	25
A. Einleitung	31
I. Begriffliches	37
1. Welche Art der Preisgarantie wird behandelt?	37
2. Was ist unter Kollusion zu verstehen?	42
3. Was sind „facilitating practices“ und „Plus-Faktoren“?	45
4. Was sind einseitige Maßnahmen?	48
II. Gang der Untersuchung	50
B. Ökonomische Analyse	53
I. Price-Matching: Meeting Competition	53
1. Theoretische Untersuchungen	54
a) Theorie der Kollusionsermöglichen	54
aa) Preiswettbewerb mit homogenen Gütern	56
(1) Statischer Wettbewerb	57
(2) Dynamischer Wettbewerb	58
(a) Strukturelle Faktoren für Kollusion bei homogenen Gütern	59
(b) Zur Bedeutung von Facilitating Practices	61
(c) Zur Wirkung einer Preisgarantie in diesem Untersuchungsrahmen	63
(aa) Automatische Vergeltung	64
(bb) Preis-Matching in der Folgerunde	65
(cc) Sofortige Wirkung	65
(dd) Schnellere Koordinierung	66
(ee) Kopplung mit eigener Preiserhöhung	66
(ff) Zwischenfazit	67
(d) Modellierung eines dynamischen Wettbewerbs und Kapazitätsbeschränkungen	67

bb) Preiswettbewerb mit differenzierten Gütern	68
(1) Statischer Wettbewerb	68
(a) Zweistufiges Spiel mit simultaner Entscheidungsfindung	69
(b) Einstufiges Spiel mit sequentieller Entscheidungsfindung	72
(c) Dreistufiges Spiel mit simultaner Entscheidungsfindung	74
(2) Zur Bedeutung von Aufwandskosten bei der Geltendmachung einer Preisgarantie	74
(a) Einstufiges Spiel mit simultaner Entscheidungsfindung	75
(aa) Vorbemerkung	75
(bb) Verhinderung eines kollusiven Gleichgewichts	76
(cc) Begrenzung des Preisaufschlags	77
(dd) Ermöglichung eines kollusiven Gleichgewichts	78
(b) Einstufiges Spiel mit sequentieller Entscheidungsfindung	79
(3) Dynamischer Wettbewerb	79
aa) Grundsätzliche Überlegungen	80
bb) Modellierung als unendlich wiederholtes Spiel	80
cc) Fazit zur Kollusionsermöglichung	81
b) Theorie der Preisdiskriminierung	82
aa) Preissteigernde Wirkung	83
bb) Preissenkende Wirkung	84
cc) Fazit zur Preisdiskriminierung	86
c) Theorie der Signalfunktion	86
aa) Horizontale Produktdifferenzierung	87
(1) Abstrakte spieltheoretische Erwägungen	87
(2) Duopol mit Kostenunterschieden	88
(3) Wohlfahrtswirkungen	90
bb) Händlerdifferenzierung bei komplementären (Service-)Leistungen	91
cc) Mögliche schädliche Folgen einer Signalwirkung	92
dd) Fazit zu Signaling-Modellen	93

d) Modelle mit Suchverhalten der Konsumenten	94
aa) Modelle nicht-sequentieller Suche	95
(1) Heterogene Präferenzen und Suchkosten	96
(2) Örtliche Kundenpräferenzen	97
(3) Zusammenspiel von Such- und Aufwandskosten	98
bb) Modelle sequentieller Suche	98
(1) Geltung der Preisgarantie bis zum Vertragsschluss	99
(a) Nutzung der Preisgarantie durch vollinformierte Kunden	99
(b) Längere Produktsuche bei steigenden Grenzkosten	100
(2) Nachträgliche Geltung der Preisgarantie auch nach Vertragsschluss	101
(a) Antikompetitive Wirkung?	101
(b) Prokompetitive Wirkung?	102
cc) Fazit zu Suchmodellen	104
e) Konsequenzen für und von Markteintritten	105
2. Empirische Untersuchungen mit Felddaten	106
a) Studien zu Supermärkten und zum Einzelhandel	108
aa) US-amerikanische Supermärkte	108
bb) Koreanische Hypermärkte	108
cc) Kanadische Einzelhandelsketten	110
b) Studien zum Reifenhandel	111
aa) Verwendungsgrad	111
bb) Paarweiser Vergleich	112
cc) Einschub: Produktübergreifende Evidenz zur Ausgestaltung von Preisgarantien	112
dd) Zurück zu Autoreifen: Jüngste Evidenz im Wege einer strukturellen Schätzung	113
c) Studien zum deutschen Tankstellenmarkt	114
aa) Unterschiedliche Effekte der Preisgarantien von Shell & HEM	114
bb) Preisführerschaft von Shell & Mitziehen der Konkurrenz	116
cc) Zur Höhe der Preisanstiege	119

Inhaltsverzeichnis

d) Studien zum E-Commerce (Haushaltswaren und -elektronik)	119
aa) Einfluss auf Preise der nicht-auslobenden Unternehmen	120
bb) Einfluss auf Preise des auslobenden Unternehmens	121
cc) Bekämpfung von „Showrooming“	122
e) Fazit zu den empirischen Untersuchungen	125
3. Experimentelle Untersuchungen mit Labordaten	125
a) Untersuchung des Unternehmensverhaltens	125
aa) Überprüfung modelltheoretischer Vorhersagen	126
bb) Zusätzliche Annahmen über das Suchverhalten der Käufer	127
b) Untersuchung des Konsumentenverhaltens	129
aa) Vignettenstudien / Fallstudien	130
bb) Weitere experimentelle Evidenz	132
c) Fazit zu den experimentellen Beiträgen	134
II. Price-Beating: Beating Competition	134
1. Theoretische Untersuchungen	134
a) Preiswettbewerb mit homogenen Gütern	135
aa) Einstufiges Spiel mit simultaner Entscheidungsfindung	135
(1) Unterbietung der angekündigten Werbepreise	135
(2) Unterbietung der tatsächlichen Verkaufspreise	137
bb) Zweistufiges Spiel mit simultaner Entscheidungsfindung	138
cc) Sonderfall: „Beat-or-Pay“-Versprechen	139
b) Preiswettbewerb mit differenzierten Gütern	140
aa) Statischer Wettbewerb	140
(1) Symmetrische Unternehmen	141
(2) Asymmetrische Unternehmen	142
bb) Dynamischer Wettbewerb	143
c) Fazit zu den theoretischen Beiträgen	144
2. Empirische Untersuchungen mit Felddaten	144
a) Studien zu amerikanischer Zeitungswerbung (u.a. Autoreifen)	145
b) Studie zu britischen Supermärkten	146
c) Fazit zu den empirischen Beiträgen	148

3. Experimentelle Untersuchungen mit Labordaten	148
a) Unternehmensverhalten	148
aa) Erkenntnisse aus der frühen Forschung zu automatisierter Preissetzung	149
bb) Preisunterbietung im Duopol mit differenzierten Gütern	150
cc) Vergleich unterschiedlich aggressiver Unterbietungstypen	152
b) Konsumentenverhalten und Wahrnehmung	153
c) Fazit zu den experimentellen Beiträgen	153
 C. Kartellrechtliche Würdigung	 155
I. Kartellverbot	155
1. Vereinbarung	156
2. Abgestimmte Verhaltensweise	157
a) Status Quo	158
aa) Herrschende Dogmatik	158
(1) Verhältnis zur Vereinbarung	158
(2) Zweigliedriger Tatbestand	160
(3) Gängige Definitionen	161
(a) Praktische Zusammenarbeit	162
(b) Fühlungnahme	162
bb) Offene Streitpunkte	164
(1) Zweigliedrigkeit	164
(2) Verhältnis von Fühlungnahme und praktischer Zusammenarbeit	168
(a) Definitionen nur der Abstimmung = Einordnung auf derselben Ebene	169
(b) Definition von Abstimmung und Verhaltensweise auf unterschiedliche Ebenen	171
(c) Stellungnahme	172
(aa) Konsekutivzusammenhang	172
(bb) Beschreibung des Taterfolgs & Bezugnahme auf Wettbewerbsbeschränkung	173
(cc) Spätere Nennung als separate Kriterien	174
(dd) Ausgangsbefunde der zugrundeliegenden Entscheidungen	175

Inhaltsverzeichnis

(ee) Verknüpfung beider Konzepte zu einer einheitlichen Formel (Polypropylen-Fälle)	176
cc) Bisherige Grenze einseitiger Maßnahmen	178
(1) Privater (Informations-)Austausch & Kollusionsversuch	179
(a) Unter Anwesenden: Passive Kartellbeteiligung durch Teilnahme an gemeinsamen Sitzungen	179
(b) Keine Exkulpation mangels Umsetzung	181
(c) Unter Abwesenden: „Einseitige“ Mitteilungen	184
(2) Öffentliche Ankündigungen (Signaling)	187
(a) Farben-Fall (Industrial Chemical Industries)	187
(b) Zellstoff-Fall (Ahlströhm)	188
(c) Reichweite im Einzelfall: Aktuelle Entwicklungen	190
(aa) Wechselseitige öffentliche Ankündigungen	190
(bb) Rein einseitige öffentliche Ankündigung?	191
(3) Fazit zu bisherigen Grenzen	193
b) Anpassungsbedarf und rechtsdogmatische Möglichkeiten	194
aa) Teleologische Erwägungen	195
(1) Fallbeispiele zum Vergleich	195
(a) Meistbegünstigungsklauseln	195
(b) Preisführerschaft	197
(aa) Private Vereinbarung	198
(bb) Öffentliche Verkündung und explizite Annahme	198
(cc) Öffentliche Verkündung und konkludente frühzeitige Annahme	199
(dd) Öffentliche Verkündung und „bloße“ spätere Anpassung	200
(ee) Vergleich mit den Abläufen bei der Preisgarantie	200

(c) Ankündigung zukünftigen Eventualverhaltens	202
(aa) Entmutigung der Konkurrenz durch Drohung von Vergeltung (im Privaten)	202
(bb) Ermutigung der Konkurrenz durch öffentliche Bekräftigung eigener Konformität	203
(d) „Hub & Spoke“-Abstimmung	205
(e) Fazit zum Fallvergleich	206
(2) Auseinandersetzung mit denkbaren Rechtfertigungen	206
(a) Preisgarantien sind keine gewöhnliche Preisdiskriminierung	207
(b) Preisgarantien sind keine gewöhnliche Anpassungshandlung	209
(c) Preisgarantien sind ein Eingriff in den Grundmechanismus des Wettbewerbs	212
bb) Öffnungspotential nach dem klassischen Auslegungskanon	212
(1) Historisch-genetische und rechtsvergleichende Auslegung	214
(a) „Concerted actions“ im frühen US- amerikanischen Antitrust-Recht	215
(aa) Erstmaliges Aufkommen der Formulierung	216
(bb) Der Indizienbeweis und seine Einschränkung	218
(b) Fazit: Keine Übernahme eines bestehenden dogmatischen Konzepts	221
(2) Wortlautgrenze	222
(a) Allgemeines Sprachverständnis	223
(aa) Deutsche Sprachfassung	223
(bb) Englische Sprachfassung	225
(b) Begriffliche Erwägungen zur Abstimmung „über den Markt“	227
(aa) Anteilige Abstimmung über den Markt	227
(bb) Ausschließliche Abstimmung über den Markt	227

(cc) Besserer Anknüpfungspunkt: Signalwirkungen?	228
(dd) Widerspruch bei Rückschritt zu separaten Abstimmungshandlungen	229
(ee) Sukzessive Verhaltensabstimmung	230
(c) Fazit: Abgestimmtes Verhalten erfordert keine gegenseitige Kommunikation	231
(3) Systematik	233
(a) Gesetzessystematik: Abgrenzung von Kartellverbot und Missbrauchsaufsicht	233
(b) Binnensystematik: Die Handlungsvarianten im Kartellverbot	234
(c) Fazit: Keine zwingende Aufteilung von uni- und multilateralem Verhalten	235
d) Umsetzbarkeit im Einklang mit geltender Dogmatik	236
aa) Das rechtmäßige Alternativverhalten – Ein Scheinproblem bei einseitigen Maßnahmen	236
bb) Geltende Rechtsprechung	238
(1) Prämissen: Zweigliedrigkeit des Tatbestands und Kausalität	239
(2) Definitionen und Konzepte	240
(a) Praktische Zusammenarbeit	241
(b) Fühlungnahme	241
e) Fazit zur Auslegung einer abgestimmten Verhaltensweise	243
aa) Untersuchungsergebnisse (de lege lata)	243
bb) (Neu-)Definition einer abgestimmten Verhaltensweise (de lege lata)	245
(1) Bisherige Definitionsversuche im Schrifttum	245
(a) Betonung einer Verständigung	246
(b) Betonung einer Unsicherheitsreduktion	246
(2) Eigener Vorschlag	248
cc) Leitgedanken für etwaige Änderungen de lege ferenda	250
dd) Auswirkungen der 11. GWB-Novelle	252
3. Wettbewerbsbeschränkung	254
a) Grundlinien des Merkmals	255
b) Besonderheiten bei Preisbezug	257
c) Orientierungshilfen/Entscheidungskriterien	259

d) Geringe Gefahr eines Over-Enforcements	261
II. Marktmachtmissbrauch	263
1. Einzelmarktbeherrschung	263
2. Kollektive Marktbeherrschung	265
a) Marktbeherrschende Stellung	267
b) Missbräuchliches Verhalten	269
aa) Ausbeutungsmissbrauch	272
bb) Behinderungsmissbrauch	274
cc) Marktstrukturmissbrauch	277
(1) Ein erster denkbarer Ansatzpunkt: Eingriff in die Marktstruktur	278
(2) Ein zweiter denkbarer Ansatzpunkt: Ausnutzen der Marktstruktur	279
(3) Bewertung eines solchen Oligopolstrukturmissbrauchs	279
c) Fazit	282
aa) Abgrenzung von Kartellverbot und Missbrauchsaufsicht	282
bb) Einordnung von Preisgarantien in diesen Prüfungsmaßstab	284
III. Verbot erzwungenen gleichförmigen Verhaltens	285
1. Regelungsziel	285
2. Subjektiver Tatbestand	286
3. Zwangsmittel	288
a) Einordnung	289
b) Einschub zur Genese von § 21 GWB	290
aa) Regierungsentwurf	291
bb) Einwürfe des Bundesrats	293
cc) Konsolidierung im Wirtschaftsausschuss	295
(1) Regelungskomplex zur Beeinflussung von Wettbewerbern	297
(2) Regelungskomplex zur Diskriminierung/ Beeinträchtigung von Unternehmen	298
cc) Zusammenfassung und Schlussfolgerung	298
4. Gleichförmiges Verhalten im Markt	300
5. Fazit	300

Inhaltsverzeichnis

IV. Folgefragen der Rechtsdurchsetzung	301
1. Konsequenzen einer Ausdehnung des Kartellverbots	302
a) Grundwertungen	303
b) Denkbare Ausgangspunkte	305
2. Koordinierungsmittel als Anknüpfungspunkt	305
a) Öffentliche Rechtsdurchsetzung	306
aa) Abstellungsverfügung	307
bb) Bußgeld	308
b) Private Rechtsdurchsetzung	309
aa) Beseitigung und Unterlassung	309
bb) Schadensersatz	312
(1) Akzessorietät der Verletzungshandlung	312
(2) Normative Bedenken	313
(3) Haftung über Umwege?	314
(a) Beihilfe durch Unterlassen?	315
(b) Beihilfe durch aktives Tun?	318
(c) Zwischenfazit	319
cc) Abmilderung der Haftungsfolgen?	319
dd) Gefahr einer Überabschreckung?	321
3. Koordinierungserfolg als Anknüpfungspunkt	321
a) Öffentliche Rechtsdurchsetzung	322
aa) Abstellungsverfügung	323
bb) Bußgeld	324
cc) Zwischenfazit	327
b) Private Rechtsdurchsetzung	327
aa) Beseitigung und Unterlassung	327
bb) Schadensersatz	329
4. Gesamtfazit	332
 D. Lauterkeitsrechtliche Würdigung	333
I. Verhältnis von Kartell- und Lauterkeitsrecht	333
II. Bisherige Rechtsprechung	334
1. Irreführende Behauptungen	334
2. Intransparente Bedingungen	335
III. Denkbare Irrtümer	336
1. Instrumentalisierung: Rolle des Verbrauchers für die Erzielung kollusiver Preise	336

2. Irreführung über wettbewerbliche Verhältnisse und Wirkung der Preisgarantie	337
3. Falsche Wahrnehmung des Anbieters im Sinne der Signaling-These?	338
IV. Bewertung	339
1. Instrumentalisierung des Verbrauchers	340
2. Irrtum über Wettbewerbsverhältnisse infolge einer Preisgarantie	341
3. Dritter Irrtum: Erwartungen über den Anbieter	343
V. Fazit	345
E. Ausblick	347
I. Relevanz für weitere (frühere) Grenzfälle	347
II. Auswirkungen für die Debatte um algorithmische Preissetzung	349
F. Ergebnisse	355
Literaturverzeichnis	357
Entscheidungsverzeichnis	377

Abkürzungsverzeichnis

A.A.	andere Auffassung
a.a.O.	am angegebenen Ort
ABA	American Bar Association (USA)
ABL.	Amtsblatt
Abs.	Absatz
a.E.	am Ende
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
a.F.	alte Fassung
AktG	Aktiengesetz
Am.	American
Aufl.	Auflage
Az.	Aktenzeichen
BCC	Beating Competition Clause
Bd.	Band
BeckOGK	beck-Online Großkommentar
BeckOK	Beck'scher Online Kommentar
Begr.	Begründer
Beh.	Behaviour
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBL.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BKartA	Bundeskartellamt
BoP	„Beat or Pay“-Versprechen
BT-Drs.	Bundestag-Drucksachen
bzgl.	bezüglich
bzw.	beziehungsweise
Cir.	Circuit
CMLRev.	Common Market Law Review
Co.	Company

Abkürzungsverzeichnis

Comp.	Competition
ders.	derselbe
d.h.	das heißt
dies.	dieselbe/n
Diff-in-Diff	Differenz der Differenzen
Diss.	Dissertation
DIW	Deutsches Institut für Wirtschaftsforschung (Berlin)
DP	Discussion Paper
E.C.	European Community
E.C.J.	European Competition Journal
E.C.L.R.	European Competition Law Review
Econ.	Economic/Economics
EEC	European Economic Community
EG	Europäische Gemeinschaft
EGKS	Europäisches Gemeinschaft für Kohle und Stahl
EL	Ergänzungslieferung
engl.	englisch
et al.	und weitere
etc.	et cetera
EU	European Union / Europäische Union
EuG	Europäisches Gericht
EuGH	Europäischer Gerichtshof
Eur.	European
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
f./ff.	folgend/e
Fn.	Fußnote
FS	Festschrift
FTC	Federal Trade Commission (USA)
GA	Generalanwalt
GG	Gleichgewicht
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht (Zeitschrift)
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
ggfs.	gegebenenfalls

Hrsg.	Herausgeber
i.d.R.	in der Regel
i.E.	im Erscheinen
Inc.	Incorporated
Ind.	Industrial
inkl.	inklusive
Int.	International
iVm	in Verbindung mit
J.	Journal
J.C.L.E.	Journal of Competition Law and Economics
JECLAP	Journal of European Competition Law and Practice
J.E.L.S	Journal of Empirical Legal Studies
JURA	Juristische Ausbildung (Zeitschrift)
Lit.	Literatur
LMRKM	Loewenheim/Meessen/Riesenkampff/Kersting/Meyer-Lindemann
LPG	Low Price Guarantee
LS	Leitsatz
mAnm.	mit Anmerkung
MBG	Money Back Guarantee
MCC	Meeting Competition Clause
MFC	Most Favorite Customer Clause
MNC	Most Favorite Nation Clause
MOR	“Meet or Release”
MTS-K	Markttransparenzstelle für Kraftstoffe
MüKo	Münchener Kommentar
NJOZ	Neue Juristische Online Zeitschrift
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
Nr.	Nummer
NZKart	Neue Zeitschrift für Kartellrecht
OFT	Office of Fair Trading (UK)
o.g.	oben genannt
OLG	Oberlandesgericht
Org.	Organization

Abkürzungsverzeichnis

PBG	Price Beating Guarantee
PMG	Price Matching Guarantee
Pol.	Political
RatE	Entwurf des Bundesrats
RefE	Referentenentwurf
RegE	Regierungsentwurf
RG	Reichsgericht
RL	Richtlinie
Rn.	Randnummer
Rs.	Rechtssache
Rspr.	Rechtsprechung
Rz.	Randziffer
S.	Seite
Sec.	Section
Slg.	Sammlung
s.o.	siehe oben
sog.	sogenannt
StGB	Strafgesetzbuch
s.u.	siehe unten
u.a.	unter anderem / und andere
UK	United Kingdom/Vereinigtes Königreich
U.S.	United States/Vereinigte Staaten
U.S.C.	U.S. Code
usw.	und so weiter
u.U.	unter Umständen
UWG	Gesetz gegen unlauteren Wettbewerb
Rev.	Review
v.	von/vom
v.a.	vor allem
verb.	verbundene
vgl.	vergleiche
VO	Verordnung
vs.	versus

WC	World Competition
WettbR	Wettbewerbsrecht
WP	Working Paper
WRP	Wettbewerb in Recht und Praxis
WuW	Wirtschaft und Wettbewerb
z.B.	zum Beispiel
ZGE	Zeitschrift für Geistiges Eigentum
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht
zgl.	zugleich
ZHR	Zeitschrift für Handels- und Wirtschaftsrecht
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
ZWeR	Zeitschrift für Wettbewerbsrecht

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, 1995*¹

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, 151ff.; *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: *MüKoWettbR*, 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-dyna-mische-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/finanzen/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-Fall*¹⁵, 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-warren-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 – *ICI*.

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*, (11) 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 der 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.

freiheit, d.h. der Erforderlichkeit, sein Marktverhalten vollkommen selbstständig festzulegen, besteht keine Notwendigkeit mehr, ein konkretes Alternativverhalten für die restlichen Unternehmen anzuordnen. 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 Missbrauchs-aufsicht gem. Art. 102 AEUV / §§ 18, 19 GWB und das Verbot der Erzwingung 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 Ökonominik 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 Buccirossi, 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 – anzuzeigen. 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 Kartellschritts, 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 ggf. 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 einzuleiten,

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 vorsehen. 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*R, 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. Passt 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. 391f. 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.

A. Einleitung

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 *Tiefstpreisgarantie*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-Garantie von bloßen Matching-Versprechen abzugrenzen, die lediglich versprechen, den „lowest available“ 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 wettbewerbspo-

52 Buccirossi, 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 Buccirossi, 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: Buccirossi (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 Anderenfalls müsste man der Erhebung eines Preises am Markt den konkludenten Erklärungsgehalt beimesSEN, 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 rechtstreuenden 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. II.II.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 anklängende 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 verstoßende „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 Enterprise*“-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: *MüKoWettbR*, 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/Hemphill*, 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 II. 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 gefunden 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) verstossen, 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, Kollusion 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 Vergaberechts

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 wettbewerbsschädigender 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.

B. Ökonomische Analyse

Preisgarantien im hier verstandenen Sinn sind kein neues Phänomen. Erste ausführliche Untersuchungen liegen seit Ende der 1980er Jahre vor und erstrecken sich bis in die 1990er Jahre. Eine zweite Forschungswelle lässt sich zu Beginn der 2000er Jahre ausmachen und zeichnet sich durch eine bemerkenswerte methodische Vielfalt aus. Richtig abgebrochen ist das Forschungsinteresse an „Price-Matching-“ und „Price-Beating-Guarantees“ nie. Ab 2015 lässt sich eine dritte Welle (insbesondere) empirischer Forschungsprojekte zu Preisgarantien erkennen, die mit der prominent ausgesprochenen Garantie des Mineralölkonzerns *Shell* im deutschen Tankstellenmarkt oder den Garantien von großen US-amerikanischen Online-Shops als Positionierung gegen *Amazon* zusammenhängt. Ein Überblick über das ökonomische Schrifttum soll im folgenden Abschnitt zeigen, warum die Thematik aus wettbewerbspolitischer Sicht relevant ist.⁹¹ Die zusammenfassende Darstellung ist entlang einer inhaltlichen (Preisentsprechung, Preisunterbietung) und entlang einer methodischen Dimension (theoretische, empirische und experimentelle Beiträge) aufgeteilt.

I. Price-Matching: Meeting Competition

Der weit überwiegende Großteil aller ökonomischen Beiträge befasst sich mit Preisentsprechungsgarantien, was darauf schließen lässt, dass diese in der Praxis entweder am häufigsten anzutreffen sind oder jedenfalls den kontroverser Untersuchungsgegenstand bieten.

91 Der Stil ist dabei angelehnt an das ökonomische Format einer Literature-Review bzw. eines Literature-Survey, vgl. dazu allgemein das J. of Econ. Lit., <https://www.aeaweb.org/journals/jel> (zuletzt abgerufen am 29.02.24); siehe für einen mittlerweile etwas betagten Überblick bereits Arnold/Schwalbe, Price Guarantees as a Facilitating Device – A Survey, Hohenheimer Diskussionsbeiträge 314, 2009.

1. Theoretische Untersuchungen

Über die Jahre hat sich eine Einordnung der theoretischen Beiträge zu Preisentsprechungsgarantien in mindestens vier Kategorien ergeben,⁹² die entweder aus Unternehmenssicht eine Hauptmotivation für die Verwendung solcher Garantien aufgreifen oder sich durch die Art des ökonomischen Modells abgrenzen lassen. Es handelt sich bei den vier Kategorien um Theorien der *Kollusionsermöglichung*, der *Preisdiskriminierung*, der *Signalwirkung* sowie der Beeinflussung des *Suchverhaltens* von Konsumenten. Dabei gilt jedoch keinesfalls, dass die Kategorien exklusiv und wechselseitig vollständig voneinander zu unterscheiden sind. In ihren Wirkungen überschneiden sich die Fälle und es ist denkbar, dass aus Sicht eines Unternehmens – gegeben die angetroffene Marktlage – mehrere der im Folgenden besprochenen Erwägungen für die Verwendung einer Preisgarantie sprechen. Die Einordnung wirtschaftswissenschaftlicher Publikationen in die besagten vier Kategorien erfolgt basierend auf dem Hauptanliegen eines Beitrags. In einer weiteren, relativ kleinen Gruppe von Publikationen wurden die Auswirkungen von Preisgarantien auf den Eintritt neuen Unternehmens in einen bestehenden Markt untersucht. Der Vollständigkeit wegen werden auch diese Beiträge dargestellt, ohne dass sie für das Anliegen der Arbeit eine größere Rolle spielen.

a) Theorie der Kollusionsermöglichung

Dass Preisentsprechungsgarantien im Verdacht stehen, Unternehmen zu kollusiven Preisen zu verhelfen, wurde in der Einleitung⁹³ bereits beschrieben. Der Vorwurf stützt sich insbesondere auf entsprechende Ergebnisse mikroökonomischer Oligopol-Modelle, die nachfolgend zusammengefasst werden. Der oben bereits skizzierte Entmutigungseffekt kann über zwei unterschiedliche Kanäle eintreten. Möglicherweise nehmen Konkurrenten die Garantie (unabhängig ihrer rechtlichen Verbindlichkeit) bereits als glaubhafte Ankündigung wahr, dass sich das Unternehmen etwaigen Preissenkungen schnellstmöglich anpassen würde und die Absatzsteigerung in-

92 Siehe exemplarisch für eine ähnliche Aufteilung den, im Auftrag des britischen OFT erstellten LEAR-Report, OFT1438, September 2012, S. 13, allerdings ohne die separate Kategorie der Suchmodelle, da viele der dort einschlägigen Publikationen erst nach Veröffentlichung des Reports erschienen sind.

93 Siehe oben, S. 31 f.

folge eines solchen Vorstoßes höchstens von kurzer Dauer wäre. Schon dies könnte Konkurrenten davon abhalten, ihren Preis zu senken. Besonders effektiv dürfte demgegenüber ein rechtsverbindliches, an die Konsumenten gerichtetes Versprechen sein, eine etwaige Preisdifferenz zum günstigsten Anbieter auszugleichen. Abgesichert durch einen solchen Durchsetzungsmechanismus (der Verbraucher, der die Erstattung einer Preisdifferenz geltend macht) liegt eine effektive Selbstbindung vor. Infolgedessen müssen die Konkurrenten davon ausgehen, dass sie mit Preissenkungen nur wenige Kunden zum Wechsel bewegen können.

Der Name der in dieser Arbeit behandelten Preisgarantien gibt bereits vor, dass es um eine Beeinflussung der Preissetzung von Unternehmen geht. Daher existieren nach Kenntnis des Verf. keine diesbezüglichen Modelle des Mengenwettbewerbs⁹⁴ nach *Cournot*⁹⁵, in die sich eine Preisgarantie nur schwer⁹⁶ integrieren ließe. Preisgarantien wurden viel eher in Modellen des Preiswettbewerbs⁹⁷ untersucht. Dieser wird teilweise auch nach dem Erfinder eines ersten entsprechenden Modells, *Joseph Bertrand*, benannt.⁹⁸ Preiswettbewerb kann mit homogenen oder differenzierten Gütern modelliert werden. Die Darstellung erfolgt daher entlang dieser Aufteilung.

Außerdem wird begrifflich teilweise zwischen der Schadenstheorie in statischen⁹⁹ Modellen (einmaliges Spiel / one-shot-game) und der Schadenstheorie in dynamischen Modellen¹⁰⁰ (unendlich oft wiederholte Spiele)

94 Siehe hierzu: *Bester*, Theorie der Industrieökonomik, 7. Aufl. 2017, S. 83 ff.; *Tirole*, Industrieökonomik, 2. deutschsprachige Aufl. 1999, S. 475 ff.; *Schwalbe/Zimmer*, Kartellrecht und Ökonomie, 3. Aufl. 2021, S. 43 ff., 48.

95 *Cournot*, Recherches sur les principes mathématiques de la richesses, 1836.

96 Siehe allerdings *Batsaikhan/Tumennasan*, (64) Management Science 2018, 3609-3624 für ein Modell mit gleichzeitiger Preis- und Mengensetzung.

97 Siehe hierzu: *Bester*, Theorie der Industrieökonomik, 7. Aufl. 2017, S. 102 ff.; *Tirole*, Industrieökonomik, 2. deutschsprachige Aufl. 1999, S. 455 ff.; *Schwalbe/Zimmer*, Kartellrecht und Ökonomie, 3. Aufl. 2021, S. 40 ff., 46 ff.

98 *Bertrand*, Theorie Mathematique de la Richesse Sociale, (67) Journal de Savants 1883, 499-508 (hierbei handelt es sich um eine Rezension des gleichnamigen Werks von Cournot, in der dieser sein bekanntes Modell vom Mengenwettbewerb entwickelte; Bertrands Erwägungen wiederum wurden formalisiert von *Edgeworth*, The pure theory of monopoly, 1889, reprinted in: (1) Collected Papers relating to Political Economy 1925, Macmillan.

99 *Buccirossi*, in: ders. (Hrsg), Handbook of Antitrust Economics, 2008, Kapitel 8: Facilitating Practices, S. 305, 306; *Bishop/Walker*, The Economics of EC Competition Law, 3. Aufl. 2010, S. 167 f.

100 a.a.O.

unterschieden. Für die erste Gruppe wird dann von der „softening/dampening competition“-These gesprochen, während die „facilitating collusion“-These den Modellen wiederholter Spiele vorbehalten ist.¹⁰¹ Die Unterscheidung trifft konzeptionell zu und mag doch etwas sophistisch anmuten. Denn die für beide Thesen ursächliche Intuition bleibt dieselbe. Abweichungen vom kollusiven Preisniveau werden weniger lukrativ. Es wird sich jedoch zeigen, dass es für die begriffliche Definition einer „abgestimmten Verhaltensweise“ gem. Art. 101 Abs. 1 AEUV / § 1 GWB einen Unterschied machen kann, welche Modellart (statisch, dynamisch) man vor Augen hat.¹⁰² Zu diesem Zweck sei die begriffliche Unterscheidung im Gedächtnis zu behalten. Zusätzlich zu der Aufteilung aller Beiträge nach der modellierten Produktart (homogen, differenziert) erfolgt daher auch eine Trennung zwischen Beiträgen, die statischen und dynamischen Wettbewerb modellieren.

aa) Preiswettbewerb mit homogenen Gütern

Da bereits die Grundmodelle des Preiswettbewerbs mit homogenen oder differenzierten Gütern zu unterschiedlichen Ergebnissen kommen, unterscheiden sich auch die Ergebnisse, wenn Preisentsprechungsgarantien in diese Modellrahmen aufgenommen werden. Begonnen wird hier mit Modellen, die Preiswettbewerb beim Absatz von homogenen Gütern abbilden. Homogene Güter zeichnen sich aus Sicht der Kunden durch perfekte Substituierbarkeit aus. Damit geht die Annahme einher, dass Kunden (vorbehaltlich etwaiger Such- und/oder Reisekosten)¹⁰³ beim günstigen Anbieter kaufen, der (vorbehaltlich etwaiger Kapazitätsbeschränkungen) die gesamte Nachfrage bedient. Im Nash-Gleichgewicht des kanonischen Duopols zweier symmetrischer Anbieter führt dies dazu, dass die Unternehmen ihre Güter zu identischen Grenzkosten anbieten.

101 Vgl. etwa den im Auftrag des britischen Office of Fair Trading (OFT) erstellten LEAR-Report, „Can ‘Fair’ Prices Be Unfair? A Review of Price Relationship Agreements“, September 2012, S. 14 Fn. 16.

102 Siehe hierzu noch S. 246.

103 Vgl. hierzu Baake/Schwalbe, Price Guarantees, Consumer Search, and Hassle Costs (Conference Paper), in: Beiträge zur Jahrestagung des Vereins für Socialpolitik 2013: Wettbewerbspolitik und Regulierung in einer globalen Wirtschaftsordnung - Session: Oligopoly No. G14-VI.

Definition: Ein *Nash-Gleichgewicht*, benannt nach *John Forbes Nash Jr.*, Non-cooperative games, 1950, zeichnet sich dadurch aus, dass die Spieler wechselseitige beste Antworten auf das Verhalten ihrer Gegenüber spielen. Dergestalt hat niemand einen Anreiz, sich durch individuelle Veränderung seines Verhaltens besser zu stellen.¹⁰⁴

Definition: *Grenzkosten* bezeichnen die Kosten, die für die Produktion einer weiteren Einheit eines Produkts anfallen.¹⁰⁵

Bis die eigenen Grenzkosten erreicht sind, besteht ein Anreiz, die anderen Unternehmen zu unterbieten, um die gesamte Nachfrage zu bedienen. Dieser Anreiz besteht solange, bis weitere Preiskürzungen verlustbringend wären, da man unter Kosten verkaufen müsste. Vorausgesetzt, dass die Unternehmen identische Kosten haben, teilen die Unternehmen sich den Markt im Gleichgewicht kostendeckend auf, ohne allerdings weitergehende Gewinne zu verzeichnen.

(1) Statischer Wettbewerb

Für den simpelsten Fall wurde in einem statischen Bertrand-Oligopol mit homogenen Gütern gezeigt,¹⁰⁶ dass die Verwendung einer Preisentsprechungsgarantie von *allen* Unternehmen dazu führt, dass Monopolpreise gesetzt werden, da kein Unternehmen in dieser Situation einen Anreiz hat, mit seinen Preisen nach unten abzuweichen. Hierbei handelt es sich um den in der Einleitung bereits angesprochenen Entmutigungseffekt. Im gerade beschriebenen statischen¹⁰⁷ Fall eines Bertrand-Markts mit homogenen Gütern dagegen führt die Verwendung einer Preisentsprechungsgarantie durch nur *ein* Unternehmen zu keinem Gleichgewicht in Monopolpreisen.

104 Siehe ausführlich statt vieler *Osborne*, An introduction to Game Theory, 2004, S. 21 ff.; für eine kompakte Darstellung *Belleflamme/Peitz*, Industrial Organization – Markets and Strategies, 2. Aufl. 2015, S. 6 f. sowie *Kerber/Schwalbe*, in: MüKoWettbR, Band 1/1: EU-Recht, 4. Aufl. 2023, Rn. 196.

105 Statt vieler: *Schwalbe/Zimmer*, Kartellrecht und Ökonomie, 3. Aufl. 2021, S. 5; *Kerber/Schwalbe*, in: MüKoWettbR, 4. Aufl. 2023, Band 1/1: EU-Recht, Rn. 73.

106 *Doyle*, (28) Econ. Letters 1988, 387-390.

107 Das Ergebnis hält ebenso, wenn man das Spiel in Extensivform zweistufig modelliert und die Unternehmen – jeweils simultan – zunächst über die Verwendung einer Preisgarantie und anschließend die Preissetzung entscheiden. Rückwärtsinduktion (vgl. *Osborne*, An introduction to Game Theory, 2004, S. 169 ff., S. 209 ff.) führt ausschließlich zu Gleichgewichten, in denen beide Unternehmen irgendeine Art von Preisgarantie verwenden, vgl. *Chen*, (28) Canadian J. of Econ. 1995, 683-701.

Zwar hat das Unternehmen ohne Garantie keinen Anreiz, seinen Preis zu senken. Dem Unternehmen mit Garantie steht es dagegen offen, seinen Preis zu senken und dadurch die komplette Nachfrage zu bedienen.¹⁰⁸

Gewiss sollte diese Einsicht nicht überbewertet werden. Trifft man in einem realen Markt eine Preisgarantie an,¹⁰⁹ scheint sich das verwendende Unternehmen davon eine Besserstellung zu versprechen. Diese könnte unter anderem in einer dauerhaften Abschwächung des Preiswettbewerbs liegen. Während für den Moment also auf eine bisher nicht im Modell enthaltene (intrinsische) Motivation des verwendenden Unternehmens verwiesen werden muss, können andere, später noch zu zeigende Modelle auch asymmetrische Ergebnisse, also Fälle, in denen nur ein Unternehmen eine Preisgarantie verwendet, erklären.

(2) Dynamischer Wettbewerb

Das für statischen Preiswettbewerb mit homogenen Gütern geltende Resultat, wonach im Gleichgewicht Preise zu Grenzkosten gesetzt werden, wurde in der Literatur „*Bertrand-Paradox*“¹¹⁰ getauft, da ein solches Marktergebnis in der Praxis kaum anzutreffen ist. Es gibt unterschiedliche Erklärungen, warum es Unternehmen auch bei homogenen Gütern gelingt, Preise oberhalb der Grenzkosten zu setzen. Eine Erklärung liefert etwa imperfektes Verbraucherverhalten, weil diese nicht zu jeder Zeit perfekt über die gerade angebotenen Preise informiert sind.¹¹¹ Ähnliches kann sich auf Unternehmensseite abspielen, wenn diese unsicher darüber sind, welchen Kosten die Konkurrenz unterliegt.¹¹² Eine weitere Erklärung ist das Vorliegen gewisser

108 Siehe erneut auch *Chen*, (28) Canadian J. of Econ. 1995, 683-701, der zudem darauf hinweist, dass die Ergebnisse in seinem von *Belton*, (5) Int. J. of Ind. Org. 1987, 399-418 inspirierten, aber leicht abweichenden Modell auch vom gewählten Gleichgewichtskonzept abhängen (insbesondere einer Verfeinerung durch die Methode der Vorwärtsinduktion).

109 Wobei dann konsequenterweise ein dynamisches Spiel mit unendlicher Wiederholung modelliert werden müsste, siehe hierzu unmittelbar anschließend.

110 *Belleflamme/Peitz*, Industrial Organization – Markets and Strategies, 2. Aufl. 2015, S. 46; *Tirole*, Industrieökonomik, 2. deutschsprachige Aufl. 1999, S. 455 ff.

111 In dem Fall sind Gleichgewichte in gemischten Strategien (hierzu *Osborne*, An introduction to Game Theory, 2004, S. 99 ff.) zu höheren Preisen denkbar, vgl. *Varian*, (70) Am. Econ. Rev. 1980, 651-659.

112 *Belleflamme/Peitz*, Industrial Organization – Markets and Strategies, 2. Aufl. 2015, S. 47 ff.

Verbraucherpräferenzen, aufgrund derer sie trotz höherer Preise ihres bevorzugten Anbieters nicht zu einem anderen Anbieter wechseln möchten. Damit ist die Modellklasse des Preiswettbewerbs mit differenzierten Gütern angesprochen, die an späterer Stelle dieser Arbeit separat dargestellt wird.¹¹³

Eine weitere Erklärung, warum es trotz homogener Produkte zu Gleichgewichten mit Preisen oberhalb der Grenzkosten kommen kann, lässt sich in der langfristigen und wiederkehrenden Interaktion zwischen Unternehmen finden. Statische Oligopol-Modelle geben zwar eine Grundintuition für die von Preisentsprechungsgarantien ausgehenden Anreize zur Preissetzung. Sie erreichen jedoch schnell ihre Grenze, die in der Realität anzutreffenden Preisgarantien zu erklären. Dies betrifft vor allem Märkte, in denen nur manche Unternehmen eine Preisgarantie verwenden. Insofern vermutet wird, dass Preisentsprechungsgarantien als „facilitating practice“ zur Erreichung suprakompetitiver Preise eingesetzt werden, muss der sonst üblichen Theorie stillschweigender Kollusion¹¹⁴ entsprechend ein dynamisches Spiel über (unendlich) viele Runden betrachtet werden.¹¹⁵

(a) Strukturelle Faktoren für Kollusion bei homogenen Gütern

Häufig erfolgt die Darstellung der Entstehung von Kollusion am Beispiel des berühmten Gefangenendilemmas¹¹⁶. Im einmaligen Spiel erweist es sich als dominante Strategie, zu gestehen. Im wettbewerblichen Kontext bedeutet dies, vom kollektiv gewinnoptimierenden Preis nach unten abzuweichen.

113 Siehe hierzu sogleich, S. 68 ff.

114 Siehe noch unten zur Rezeption der ökonomischen Theorie durch die Kartellrechtsanwendung und Übersetzung in die Schadenstheorie „koordinierter Effekte“, S. 267 ff.

115 Vgl. die entsprechende Aufforderung bei *Buccirossi*, in: ders. (Hrsg.), *Handbook of Antitrust Economics*, 2008, Kapitel 8: Facilitating Practices, S. 305, 337 f.; einige Zeit nach den ersten industrieökonomischen Untersuchungen von Preisgarantien hat *Liu*, (81) *The Manchester School* 2013, 828-854 die dynamische Perspektive eingegangen. Eine Besprechung dieses, allerdings auf differenzierte Güter bezogenen Beitrags erfolgt an späterer Stelle, S. 80.

116 Vgl. allgemein *Osborne*, *An introduction to Game Theory*, 2004, S. 14 ff. und 419 ff.; speziell als „Kartelldilemma“ beschrieben bei *Magen*, in: *Towfigh/Petersen* (Hrsg.), *Ökonomische Methoden im Recht*, 3. Aufl. 2023, S. 78 ff.

Definition: Eine Strategie ist *dominant* im Sinne der Spieltheorie, wenn sie unabhängig von der Aktion, die der Gegenüber wählt, optimal, d.h. gewinnmaximierend ist.¹¹⁷

Dieses Ergebnis gilt jedoch nicht zwingend, wenn das Koordinierungsspiel (unendlich oft) wiederholt wird. Dann müssen nämlich die Reaktionen der anderen Spieler in zukünftigen Runden bei der Festlegung des eigenen Verhaltens in der gegenwärtigen Runde berücksichtigt werden. Über entsprechende (ggfs. auch nur angedrohte) Vergeltungsschläge der Konkurrenz in zukünftigen Perioden des Spiels kann eine Abschreckung davon erzielt werden, in der gegenwärtigen Periode niedrige Preise anzubieten. Voraussetzung dafür ist unter anderem, dass Spieler zukünftige Gewinne nicht zu stark diskontieren.¹¹⁸ Mit anderen Worten dürfen sie nicht zu sehr auf gegenwärtige Profite fokussiert sein. Dies könnte sich in dem Versuch niederschlagen, die Gegenspieler zu unterbieten, um kurzfristig eine größere Nachfrage zu bedienen. Sollten die Gegenspieler auf eine solche Unterbietung allerdings zukünftig für mindestens eine Runde – ggf. sogar für mehrere oder gar alle weiteren Runden – mit Wettbewerbspreisen (d.h. Grenzkosten) reagieren,¹¹⁹ kann sich ein Gleichgewicht einstellen, in dem sich die Unternehmen den Markt zu suprakompetitiven Preisen aufteilen und kein Unternehmen dem Anreiz erliegt, mit einer Preiskürzung vorübergehend weitere Teile der Nachfrage zu sich umzulenken.

Exkurs: Wird das Spiel nur endlich oft wiederholt, gibt es in der letzten Spielrunde keinen Anreiz mehr, zu kooperieren (sog. Endrundeneffekt). Gleichermaßen gilt dann auch für die vorletzte Spielrunde, die vor-vorletzte Runde und so weiter. Infolgedessen stellt es sich als dominante Strategie dar, in jeder Runde vom kollusiven Gleichgewicht abzuweichen.

Damit der so beschriebene Sanktionsmechanismus seine Abschreckungswirkung entfaltet, bedarf es zwischen den an der Kollusion beteiligten Unternehmen vor allem zweierlei: hinreichender Transparenz und wirksamer Vergeltung. Preissenkungen müssen zunächst erkannt werden. So dann muss ebenso schnell eine entsprechende Preisanpassung erfolgen.

117 Vgl. statt vieler *Magen*, in: Towfigh/Petersen (Hrsg.), Ökonomische Methoden im Recht, 3. Aufl. 2023, S. 82.

118 Siehe für eine verbale Erörterung des Diskontfaktors: *Schwalbe/Zimmer*, Kartellrecht und Ökonomie, 3. Aufl. 2021, S. 460 ff.; für eine zusätzliche technische Darstellung: *Motta*, Competition Policy, 2004, S. 159 ff.

119 Sog. (Grim-)Trigger-Strategie, vgl. *Osborne*, An introduction to Game Theory, 2004, S. 420, 428 ff.

Ferner müssen nahezu alle in einem Markt relevanten Spieler an diesem (inoffiziellen) Mechanismus teilhaben. Es darf keinen hinreichend starken Außenwettbewerb von nichtbeteiligten Drittunternehmen geben, die ein koordiniertes Gleichgewicht durch Wettbewerbsdruck von außen zunichte machen würden. Die hier grob skizzierten Erfordernisse wurden von den Europäischen Gerichten im Bereich der Fusionskontrolle in mehreren Urteilen als Schadenstheorie der sog. „koordinierten Effekte“ festgehalten.¹²⁰ Dabei handelt es sich um die Befürchtung, dass sich die Kollusionsneigung eines Marktes infolge der Zusammenschlussbedingten Strukturveränderung erhöhe und sich ein koordiniertes Gleichgewicht einstellt. Hilfreich für die Entstehung und Aufrechterhaltung kollusiver Preise sind ferner gewisse unternehmens- und marktbezogene Kriterien, wie etwa Produkthomogenität, Symmetrie der Unternehmen (sowohl in der Größe als auch in der Kostenstruktur), eine hinreichend kleine Anzahl im Markt aktiver Unternehmen, das Fehlen entgegenstehender Nachfragemacht, eine nicht allzu hohe Preiselastizität, etc.¹²¹

(b) Zur Bedeutung von Facilitating Practices

Welche Bedeutung haben nun die sog. „Instrumente zur Verhaltenskoordinierung“¹²² für die Erzielung und das Aufrechterhalten eines solchen koordinierten Gleichgewichts?¹²³ Manche der Verhaltenspraktiken dienen der Herbeiführung günstiger Grundbedingungen für das Zustandekommen eines koordinierten Gleichgewichts. Sie erhöhen etwa die Markttransparenz oder stellen schnelle Vergeltungsmaßnahmen zulasten abweichender

120 EuG v. 06.06.2002, Rs. T-342/99, Slg. 2002 II-02585, ECLI:EU:T:2002:146 – *Airtours plc/Kommission*; vgl. später noch EuGH v. 10.08.2008, Rs. C-413/06 P, Slg. 2008 I-04951, ECLI:EU:C:2008:392 – *Bertelsmann/Sony* (Impala); siehe ferner EuGH v. 31.03.1998, Rs. C-68/94, Slg. 1998 I-01375, ECLI:EU:C:1998:148 – *Kali & Salz*, Rn. 152-178: Zur Anwendbarkeit der (alten) FKVO auf kollektive beherrschende Stellungen.

121 Siehe ausführlich *Schwalbe/Zimmer*, Kartellrecht und Ökonomie, 3. Aufl. 2021, S. 475 ff. sowie *Motta*, Competition Policy, 2004, S. 142 ff. oder *Ivaldi/Jullien/Rey/Seabright/Tirole*, The Economics of Tacit Collusion – Final Report for the DG Competition, European Commission, March 2003.

122 Siehe zu dieser Übersetzung von „Facilitating Practices“ etwa *Schwalbe/Zimmer*, Kartellrecht und Ökonomie, 3. Aufl. 2021, S. 527.

123 *Engel*, (12) J.E.L.S. 2015, 537, 555 f., 562 zeigt in einer Meta-Studie über Oligopolexperimente, dass Price-Matching von allen facilitating practices die größte Wirksamkeit zur Erzielung von (stillschweigender) Kollusion hatte.

Unternehmen sicher. Beispielsweise haben *Green/Porter* in einem berühmten Modell nachgezeichnet,¹²⁴ dass vorübergehende Nachfrageschocks ungerechtfertigtes Misstrauen zwischen Oligopolisten säen können, wenn ein Markt nicht hinreichend transparent ist. Können die Oligopolisten nicht gegenseitig ihre Preise überwachen, können sie lediglich mutmaßen, ob ein bei ihnen eingetretener Nachfragerückgang auf eine Preissenkung der Konkurrenz oder einen (exogenen) Nachfrageschock zurückzuführen ist. Dann werden möglicherweise Vergeltungsrunden eingeleitet, obwohl niemand vom koordinierten Gleichgewicht abgewichen ist. Gleichzeitig mag auch der Fehlanreiz vorliegen, eine Preissenkung unter dem Deckmantel eines allgemeinen Nachfrageschocks vorzunehmen. Mit fehlender Transparenz könnte die Hoffnung verbunden sein, dass Konkurrenten einen Nachfragerückgang irrtümlich auf nachfrageseitige Schocks zurückführen und eine Abweichung damit unentdeckt bleibt. Eine schwankende Nachfrage, deren Gründe nicht in der Einflusssphäre der Anbieter liegt, kann also ein koordiniertes Gleichgewicht destabilisieren. In einem solchen Fall könnte ein Marktinformationsverfahren, bei dem die Verkaufsmengen jedes an der Kollusion beteiligten Unternehmens überwacht werden, Vertrauen stifteten.¹²⁵ Ähnlich wird auch die Funktion einer „Englischen Klausel“ oder „Meet and Release“-Klausel eingeordnet,¹²⁶ bei denen die Kunden dazu angehalten werden, günstigere Preise der Konkurrenz zu melden. Auch dadurch erfahren Unternehmen, was ihre Konkurrenten in geheimen, bilateralen Vertragsgesprächen für Angebote unterbreiten.

Andere „facilitating practices“ versuchen sonstige Widrigkeiten einer Koordinierung und gegenseitiger Vertrauensbildung zu überwinden. Meistbegünstigungsklauseln wird etwa das Potential zugeschrieben, glaubhaft eine (langfristige) Selbstbindung an (höhere) Preise zu signalisieren. Mögliche Abweichungsgewinne infolge einer Nachfrageumlenkung werden dadurch egalisiert, dass Altkunden die Erstattung einer Preisdifferenz zu den früher bei ihren Geschäftsabschlüssen geltenden Konditionen verlangen können.¹²⁷ Ferner besagen die aus der Spieltheorie stammenden *Folk-Theoreme*

124 *Green/Porter*, (52) *Econometrica* 1984, 87-100; für eine simplere Darstellung siehe *Motta*, *Competition Policy*, 2004, S. 150 ff., 175 ff. oder *Belleflamme/Peitz*, *Industrial Organization – Markets and Strategies*, 2. Aufl. 2015, S. 375 ff.

125 *Buccirossi*, in: ders. (Hrsg.), *Handbook of Antitrust Economics*, 2008, Kapitel 8: *Facilitating Practices*, S. 320 f.

126 Siehe hierzu die einleitende Abgrenzung auf S. 37 ff.

127 Vgl. erneut die einleitende Abgrenzung auf S. 37 ff. sowie *Buccirossi*, in: ders. (Hrsg.), *Handbook of Antitrust Economics*, 2008, Kapitel 8: *Facilitating Practices*, S. 339 f.;

(in ihren zahlreichen Versionen), dass gegeben eine etwaige Kombination aus Diskontfaktoren der Unternehmen (unendlich) viele Gleichgewichte denkbar sind.¹²⁸ Daher ist *ex ante* unklar, auf welche Preise man sich stillschweigend einigen sollte.¹²⁹ Der Koordinierung auf ein stabiles Gleichgewicht kann nicht zuletzt entgegenstehen, dass Unsicherheit oder Informationsasymmetrien im Markt bestehen. Die Unternehmen mögen andere Vorstellungen darüber haben, wie die Nachfrage¹³⁰ und Kreuzpreiselastizität¹³¹ bei unterschiedlichen Preisniveaus ausfällt und somit welches Preisniveau die kollektiven Gewinne maximiert.¹³² Demnach kann ein privater (Kartell) oder öffentlicher Austausch (Signaling) über die gegenseitigen Idealvorstellungen eines Preisniveaus hilfreich sein. Ebenso helfen Marktinformationssysteme das Nachfrageverhalten der Marktgegenseite besser zu verstehen, wenn etwa Umsätze gemeldet werden. Ferner nützen *Fokalpunkte*¹³³, um sich schnell auf ein Gleichgewicht zu koordinieren, ohne über mehrere Runden – getragen von unterschiedlichen Idealvorstellungen – voneinander abzuweichen.

(c) Zur Wirkung einer Preisgarantie in diesem Untersuchungsrahmen

Eine Preisgarantie ist für das auslobende Unternehmen ökonomisch womöglich gar ein schärferes Schwert als das bloße Versprechen im Rahmen einer Kartellabsprache. Eine Kartellabsprache ist spieltheoretisch in

Motta, Competition Policy, 2004, S. 157 weist dagegen darauf hin, dass nicht nur eigene Abweichungsgewinne reduziert werden, sondern auch zukünftige Vergeltung kostspieliger würde, sodass unklar sei, welcher Effekt überwiegt.

128 *Tirole*, The Theory of Industrial Organization, 1988, S. 245 ff.; *Motta*, Competition Policy, 2004, S. 166; *Schwalbe/Zimmer*, Kartellrecht und Ökonomie, 3. Aufl. 2021, S. 455.

129 *Buccirossi*, in: ders. (Hrsg.), Handbook of Antitrust Economics, 2008, Kapitel 8: Facilitating Practices, S. 305, 307, 312 ff.; *Grillo*, (14) Eur. J. of Law & Econ. 2002, 151, 158.

130 Die (Preis-)Elastizität der Nachfrage misst – in relativer Betrachtung – wie sich die Nachfrage bei einer Preisänderung verändert, vgl. statt vieler *Schwalbe/Zimmer*, Kartellrecht und Ökonomie, 3. Aufl. 2021, S. 67 ff.

131 Hier geht es nicht um die relative Veränderung der Nachfrage auf eine Änderung der eigenen Preise, sondern auf die Preise des Konkurrenten, vgl. *Schwalbe/Zimmer*, Kartellrecht und Ökonomie, 3. Aufl. 2021, S. 94 ff.

132 Vgl. *Buccirossi*, in: ders. (Hrsg.), Handbook of Antitrust Economics, 2008, Kapitel 8: Facilitating Practices, S. 322 ff.

133 *Motta*, Competition Policy, 2004, S. 152 ff.

stabil.¹³⁴ Sie erleichtert eine Koordinierung der Unternehmen, hängt aber wie jede Art der ökonomisch als suprakompetitive Preissetzung verstandenen Kollusion von der Marktstruktur und den geltenden Kollusionsfaktoren ab. Insbesondere schafft eine Kartellabsprache keine Sicherheit,¹³⁵ dass sich die beteiligten Unternehmen auch tatsächlich an eine Absprache halten oder sich nicht etwa plötzlich der Diskontfaktor eines Kartellanten ändert und kurzfristige Abweichungsgewinne den langfristig stabilen Kartellpreisen vorgezogen werden.

(aa) Automatische Vergeltung

Bei einer Preisgarantie dagegen liegt im Verhältnis des auslobenden Unternehmens zu seinen Abnehmern eine Selbstbindung vor. Senkt ein Wettbewerber den Preis, erfolgt ein nahezu automatisierter Gegenschlag durch Nachziehen des auslobenden Unternehmens, da wachsame Kunden den niedrigeren Preis dort alsbald mittels der Preisgarantie einfordern werden.¹³⁶ Hierdurch wird eine Voraussetzung stabiler Kollusion – das Vorliegen eines wirksamen Sanktionsmechanismus – perfektioniert.¹³⁷ Nicht nur ist die Preisgarantie wegen der auf Dritte ausgelagerten und daher besonders glaubhaften Umsetzung wirksamer als eine bloße Drohung. Sie ist zudem auch günstiger, da der angepasste Preis regelmäßig nur informierten Kunden angeboten werden muss, die auf Preisunterschiede aufmerksam

134 Im one-shot game handelt es sich um nichts anderes als das allseits bekannte Gefangenendilemma, bei dem der kompetitive Preis die dominante Strategie ist, vgl. *Bishop/Walker*, The Economics of EC Competition Law, 3. Aufl. 2010, S. 174; auch bei Betrachtung des Kartelldilemmas als (unendlich) wiederholtes Spiel gefährden Unsicherheit wie Nachfrage- oder Kostenschocks die Stabilität, vgl. *Kniesps*, Wettbewerbsökonomie, 3. Aufl. 2008, S. 122 f.

135 *Zimmer*, ZHR 1990, 470, 485.

136 Zwar handelt es sich zunächst nur um ein Versprechen. Selbst insofern man unterstellt, dass Verbraucher keinen durchsetzbaren Rechtsanspruch auf die Preisangabe hätten, weil die Preisgarantie lediglich in eine „*invitatio ad offerendum*“ eingebunden ist und es dem Unternehmen offensteht, ein darauf basierendes Angebot abzulehnen, dürften Unternehmen sich alleine aus Reputationsgründen an ihr Versprechen gebunden fühlen.

137 Vgl. *Schwalbe/Zimmer*, Kartellrecht und Ökonomie, 3. Aufl. 2021, S. 534 f. sowie *Kerber/Schwalbe*, in: MüKoWettbR, Band 1/1: EU-Recht, 4. Aufl. 2023, Grundlagen Rn. 337 und *Winter*, in: ABA, Sec. of Antitrust Law (Hrsg.), Issues in Competition Law and Policy, 2008, Band 2, S. 1269, 1271 f.

machen.¹³⁸ Auch insofern geht von einer Preisgarantie also ein besonders glaubwürdiges Signal aus, dass Preiskürzungen auch tatsächlich mit Vergeltung gestraft werden.

(bb) Preis-Matching in der Folgerunde

Bereits ohne dass eine Preisgarantie rechtsverbindlich gegenüber den Kunden ausgesprochen wird, lässt sich spieltheoretisch zeigen, dass Preisentsprechung als Vergeltungsmaßnahme in der Folgerunde eines (unendlich oft) wiederholten Spiels und als Reaktion auf die Abweichung eines Konkurrenten in der Vorrunde zu einem stillschweigenden, kollusiven Gleichgewicht führen kann.¹³⁹ Dabei handelt es sich im Grunde genommen um die altbekannte Strategie des „*tit for tat*“¹⁴⁰ („wie du mir, so ich dir“).

Der Unterschied zwischen dieser theoretischen Vorhersage und der praktischen Realität dürfte darin zu sehen sein, dass Unternehmen eine solche Strategie auf Seiten eines Wettbewerbers erst über geraume Zeit hinweg verstehen müssten. Diesen Lernprozess nimmt eine den Kunden gegenüber ausgesprochene Preisgarantie vorweg, zumal sie bei den Kunden Bewusstsein für diese Anpassungspraxis und damit (gleichzeitig) die Modellannahme einer auf günstigere Preise umfassend reagierenden Kundschaft sicherstellt.

(cc) Sofortige Wirkung

Hinzukommt, dass die Preisentsprechungsgarantie eine Anpassung nicht erst für eine Folgerunde des Spiels verspricht, sondern im Einzelfall eine automatisierte Echtzeitanpassung bewirkt, die einen besonders effektiven Entmutigungseffekt bei der Konkurrenz erzielt.¹⁴¹ Dergestalt werden bereits die bei Abweichung vom kollusiven Gleichgewicht kurzfristig möglichen Vorstoßgewinne geschmälert. Ohne, dass in die Zukunft geblickt werden

138 *Edlin*, (III) Harvard Law Rev. 1997, 528, 550 f.

139 *Lu/Wright*, (28) Int. J. of Ind. Org. 2010, 298 ff.; siehe ferner auch *Garrod*, (30) Int. J. of Ind. Org. 2012, S. 471 ff.

140 *Osborne*, An introduction to Game Theory, 2004, S. 427, 430 f.; siehe dazu noch an späterer Stelle, S. 228 ff.

141 So auch *Gjendemsjø/Hjelmeng/Sørgard*, (36) World Comp. 2013, 355, 362 (Fn. 25).

müsste, wird dadurch schon mit Blick nur auf die unmittelbar anstehende Spielrunde der Anreiz, abzuweichen, geschwächt.¹⁴²

(dd) Schnellere Koordinierung

Ein weiterer Vorteil liegt darin, dass keine Spielrunden zur Vergeltung verschwendet werden, in denen aus Gründen der Sanktionierung dem vorherigen Preis eines abweichenden Konkurrenten entsprochen werden muss. Stattdessen kann in jeder Runde mit der gespaltenen Preispolitik (ein eigener Preis für uninformierte Kunden, ein angepasster Preis für informierte Kunden) ein Kollusionsangebot unterbreitet werden, das für Wettbewerber die Information enthält, welcher Preis für gewinnmaximierend gehalten wird. Im Vergleich zur bloßen Vergeltung durch Preisentsprechung sorgt eine Preisgarantie also (zusätzlich) für eine effizientere und schnellere Koordination.

(ee) Kopplung mit eigener Preiserhöhung

Bisher wurde die Kollusionsthese überwiegend mit Blick auf eine Entmutigung der Konkurrenz vorgetragen, ihre Preise zu senken. Dabei können Preisgarantien – wie gerade schon angeklungen ist – genauso sinnvoll mit einer Preiserhöhung verknüpft werden. In einem solchen Fall müsste normalerweise (zumindest vorübergehend) mit Nachfrageverlusten gerechnet werden, bis die anderen Unternehmen nachziehen und sich dem Vorstoß anpassen. Je nachdem, wie lange eine etwaige Anpassungsphase dauert, könnten Unternehmen angesichts drohender, temporärer Verluste davon abgehalten werden, einen Preisvorstoß zu wagen. Diese Sorge kann durch Kopplung der Preiserhöhung mit der Auslobung einer Preisgarantie abgeschwächt werden. Nachfrageeinbußen werden nämlich vermieden, wenn preissensible Kunden auch weiterhin – nunmehr über den Umweg einer Geltendmachung der Preisgarantie – einen vorher im Markt geltenden günstigeren Preise verlangen können.

142 Motta, Competition Policy, 2004, S.157; Buccirossi, in: ders. (Hrsg.), Handbook of Antitrust Economics, 2008, Kapitel 8: Facilitating Practices, S. 337.

(ff) Zwischenfazit

Insgesamt zeigt sich also, dass Preisentsprechungsgarantien im spieltheoretischen – dem Kartellrechtsanwender vor allem aus der Fusionskontrolle bekannten – dynamischen Untersuchungsrahmen eine kollusionsermögliche bzw. -stabilisierende Wirkung entfalten.

(d) Modellierung eines dynamischen Wettbewerbs und
Kapazitätsbeschränkungen

Nicht zuletzt können bei homogenen Gütern auch Kapazitätsbeschränkungen dazu führen, dass sich Preise oberhalb der Grenzkosten einstellen.¹⁴³ Bei hohen Preisen in einem solchen Markt gibt es Anreize, der Konkurrenz durch Preissenkungen einen Teil der Kunden zu entziehen. Bei zu niedrigen Preisen mag die dann entstehende Nachfrage aber möglicherweise auf ein Niveau steigen, das die Kapazität einzelner Anbieter übersteigt.

Angetrieben von der Frage, warum man in realen Märkten eine Auslobung von Preisentsprechungsgarantien nur durch manche Anbieter beobachtet, hat sich *Trost* der Modellierung eines (zweistufigen) unendlich wiederholten Spiels mit Preiswettbewerb, homogenen Gütern und Kapazitätschranken angenommen.¹⁴⁴ Dieses Modell wurde anschließend ausgebaut, um zu untersuchen, bei Vorliegen welcher markt- bzw. unternehmensbezogenen Kriterien davon ausgegangen werden muss, dass Preisgarantien zur Abschwächung des Wettbewerbs eingesetzt werden.¹⁴⁵ Die mathematisch anspruchsvollen und daher das Anliegen dieser Arbeit übersteigenden¹⁴⁶ Studien kommen zu dem Ergebnis, dass Preisgarantien wettbewerblich besonders problematisch erscheinen, wenn sie von einem marktmächtigen Unternehmen verwendet werden. Im Fall von Kapazitätsbeschränkungen handelt es sich um das Unternehmen mit der größten Kapazität. Dieses

143 *Schwalbe/Zimmer*, Kartellrecht und Ökonomie, 3. Aufl. 2021, S. 42 f. m.w.N.; *Tirole*, Industrieökonomik, 2. deutschsprach. Aufl. 1999, S. 459 ff.

144 *Trost*, The Collusive Efficacy of Competition Clauses in Bertrand Markets with Capacity-Constrained Retailers, Hohenheim Discussion Papers in Business, Economics and Social Sciences Fakultät, 04-2021.

145 *Trost*, Unraveling the Spreading Pattern of Collusively Effective Competition Clauses, Hohenheim Discussion Papers in Business, Economics and Social Sciences Fakultät, 01-2022.

146 Im Übrigen sei darauf hingewiesen, dass die Studien noch unveröffentlicht sind und daher auch noch keiner abschließenden Peer-Review unterzogen wurden.

muss Preisvorstöße der kleineren Anbieter abwehren, da die kleineren Anbieter (selbst) in einem kollusiven Gleichgewicht – bei zu ihrer Kapazität proportionalen Marktanteilen – absolut betrachtet wenig Profit erzielen und daher von Abweichungen (relativ) stark profitieren können.

bb) Preiswettbewerb mit differenzierten Gütern

Von den bereits angekündigten Modellen, die eine asymmetrische Verwendung von Preisentsprechungsgarantien durch nur manches Unternehmen erklären können, soll nun auf Preiswettbewerb mit differenzierten Gütern eingegangen werden. Differenzierte Güter liegen vor, wenn sich die Produkte in der Wahrnehmung der Konsumenten (etwa qualitativ) voneinander unterscheiden und die Käufer gewisse Produktpräferenzen haben. Sie sind bereit, für ihr Lieblingsprodukt einen Aufpreis zu zahlen.

(1) Statischer Wettbewerb

Bereits ohne Kollusion (im Sinne der dynamischen Perspektive) zeichnen sich solche Modelle im statischen Nash-Gleichgewicht durch Preise oberhalb der Grenzkosten aus.¹⁴⁷ Anders als bei Preiswettbewerb mit homogenen Gütern behält nämlich selbst ein im Vergleich zu seinen Konkurrenten teurerer Anbieter einen gewissen Anteil der Kunden. Dabei handelt es sich um diejenigen Kunden, die dessen Produkt bevorzugen und daher eine höhere Zahlungsbereitschaft haben. Sind sowohl die Unternehmen als auch die Nachfrage symmetrisch, wählen die Anbieter identische, über ihren Grenzkosten liegende Preise. Sind sie asymmetrisch, etwa weil sie unterschiedliche Kosten aufweisen oder weil sie bei den Konsumenten unterschiedlich beliebt sind, können sich Gleichgewichte mit unterschiedlich hohen Preisen einstellen. Entscheidend ist, dass die Reaktionsfunktionen beider Unternehmen eine positive Steigung aufweisen.

Definition: Die *Reaktionsfunktion* bestimmt den optimalen Preis (Menge) gegeben einen bestimmten Preis (Menge) des konkurrierenden Unternehmens.¹⁴⁸

¹⁴⁷ Statt vieler: *Schwalbe/Zimmer*, Kartellrecht und Ökonomie, 3. Aufl. 2021, S. 46 f.

¹⁴⁸ Vgl. *Tirole*, Industrieökonomik, 2. deutschsprachige Aufl. 1999, S. 451 ff.; *Bester*, Theorie der Industrieökonomik, 7. Aufl. 2017, S. 86, 116; siehe für die Spieltheorie

Hebt ein Unternehmen seinen Preis an, ist die optimale Antwort des anderen Unternehmens (in einem gewissen Ausmaß) nachzuziehen. Das Nash-Gleichgewicht¹⁴⁹ liegt im Schnittpunkt der Reaktionsfunktionen als derjenige Preisvektor, bei dem die Preise wechselseitig beste Antworten aufeinander sind und es keinen Anreiz zur einseitigen Abweichung gibt. Als darüber hinausgehende (statische) *Kollusion* wird gemeinhin das Setzen der kollektiv gewinnmaximierenden Preise definiert.¹⁵⁰ Dabei handelt es sich um die Preise, die den Gesamtgewinn des Duopols bei bivariater Optimierung nach beiden Individualpreisen maximieren.

Definition: Bei der *bivariaten Optimierung* wird das Maximum/Minimum einer Zielfunktion (hier: Gesamtgewinne der Unternehmen) für zwei veränderliche Variablen (hier: die Preise beider Unternehmen) berechnet. Dabei können Interaktionseffekte der beiden Variablen berücksichtigt werden. Es wird das (insgesamt) gewinnmaximierende Preispaar berechnet.

Bei dem die Gesamtgewinne maximierenden Preispaar handelt es sich hingegen um kein Nash-Gleichgewicht, da die Preise nicht wechselseitig beste Antworten aufeinander sind. Gegeben den Preis des anderen Unternehmens bestehen Anreize, den hierfür optimalen Preis zu setzen, wie er sich aus der eigenen Reaktionsfunktion ergibt.

(a) Zweistufiges Spiel mit simultaner Entscheidungsfindung

Die Abläufe bei der Verwendung einer Preisgarantie können auf unterschiedliche Weise modelliert werden. Eine erste Variante besteht darin, ein zweistufiges Spiel zu betrachten, bei dem jede Stufe des Spiels von beiden Unternehmen gleichzeitig gespielt wird. Zunächst entscheiden sie, ob sie eine Preisgarantie ausloben. Unter vollständiger Information, d.h. im Wissen, ob das jeweils andere Unternehmen (auch) eine Preisgarantie ausgelobt hat, werden sodann die Preise gesetzt.

allgemein Osborne, An introduction to Game Theory, 2004, S. 34 ff. („*Best Response Functions*“).

149 Ein Nash-Gleichgewicht liegt vor, wenn alle Agenten wechselseitig optimale Strategien spielen, d.h. sich niemand durch einseitige Veränderung seines Verhaltens besser stellen kann; vgl. Fn. 104.

150 Siehe als konkretes Beispiel die Nachfragefunktion bei Fatás et al., (26) Rev. of Ind. Org. 2005, 115, 120 f. sowie Fatás/Mañez, (9) Spanish Econ. Rev. 2007, 59-77.

Im *symmetrischen* Fall eines solchen Bertrand-Duopols mit differenzier-ten Gütern lassen sich die vom Bertrand-Markt mit homogenen Gütern (s.o.) bekannten Ergebnisse replizieren. Das durch Rückwärtsinduktion gelöste Nash-Gleichgewicht besteht darin, dass beide Unternehmen sich für eine Preisentsprechungsgarantie entscheiden und anschließend den kollek-tiv gewinnmaximierenden, identischen Preis setzen.¹⁵¹

Definition (Rückwärtsinduktion): Bei *sequentiellen Spielen* (sog. Spiele in Extensivform), die sich dadurch auszeichnen, dass die Spieler entweder nacheinander (in Reaktion aufeinander) Entscheidungen treffen oder es mehrere aufeinander folgende Stufen gibt, auf denen die Spieler simultan entscheiden, werden Gleichgewichtsstrategien ermittelt, indem man die zeitlich nachgelagerten Entscheidungen der Spieler antizipiert und in die frühere Entscheidungsfindung miteinbezieht. Zunächst wird also betrach-tet, was aus rationaler Sicht – gegeben alle denkbaren Teilspiele, in denen man sich auf Grundlage früherer Entscheidungen befinden kann – im letz-ten Schritt gespielt wird. Auf dieser Grundlage kann die beste Aktion auf der vorgelagerten Stufe bestimmt werden. Dieser Prozess wird solange durchge-führt, bis man bei der chronologisch ersten Spielentscheidung angelangt ist.¹⁵²

Obwohl die Preise nicht wechselseitig beste Antworten sind, lohnt sich eine Abweichung gemäß der eigenen Reaktionsfunktion nicht, da sich – verbürgt durch die Preisgarantie – lediglich ein neuer, niedrigerer Vektor identischer Preise einstellen würde, der geringere Gewinne für beide Unter-nehmen bereit halten würde.

Sind die Unternehmen *asymmetrisch* (hier: haben unterschiedlich hohe Kosten), sind dagegen Gleichgewichte denkbar, in denen kein Unterneh-men,¹⁵³ beide Unternehmen oder nur ein Unternehmen eine Preisgarantie verwendet.¹⁵⁴ Gleichgewichte, in denen die Verwendung einer Preisgarantie

151 Logan/Lutter, (31) Econ. Letters 1989, 189-192; Kim/Kwong, (31) Econ. Research 2018, 899-907 korrigieren, bestätigen und verfeinern das Modell.

152 Vgl. hierzu Osborne, An introduction to Game Theory, 2004, S. 169 f., 209 f.

153 Dies ist der Fall bei sehr großen Kostenunterschieden. Für das ursprünglich teurere Unternehmen fallen die Gewinne bei einem – wegen der Kostenvorteile des güns-tigeren Unternehmens – sehr niedrigen, garantiebedingt identischen Preis dann mitunter geringer aus als im Nash-Gleichgewicht ohne Preisgarantie.

154 Das zweite Unternehmen ist in dem Fall indifferent zwischen Auslobung und Nicht-Auslobung. Es handelt sich um das Unternehmen, das im dadurch entstehenden Gleichgewicht den günstigeren Preis setzt und somit das allgemeine Preisniveau bei-der Unternehmen festlegt. Eine eigene Preisgarantie würde angesichts des höheren (Werbe-)Preises des anderen Unternehmens keine Rolle mehr spielen.

nicht Teil der optimalen Strategien ist, sind allerdings wenig aussagekräftig für die Frage, welches Kollusionspotential Preisgarantien innewohnt. Statt dessen helfen sie zu erklären, warum Preisgarantien in der Realität nur in manchen Märkten verwendet werden. Für die hier relevante Frage ist dagegen ein Blick auf all jene Gleichgewichte von Interesse, die sich durch die Verwendung einer Preisgarantie von mindestens einem der beteiligten Unternehmen auszeichnen.

Der Schlüssel zum Verständnis des asymmetrischen Falls liegt darin, dass das im Nash-Gleichgewicht teurere Unternehmen dem anderen Unternehmen ein Gleichgewicht mit symmetrischen Preisen aufzwingen kann. Es lobt eine Preisgarantie aus und setzt den Preis, der sich aus dem Schnittpunkt seiner Reaktionsfunktion mit der 45-Grad-Linie ergibt. Der Aktionsraum wird somit beschränkt auf paarweise identische Preise.

Exkurs: Die Rede ist hier von einem Graphen, bei dem auf der X (Y)-Achse eines zweidimensionalen Koordinatensystems der Preis des teureren (günstigeren) Unternehmens aufgetragen ist. Eine solche Darstellung wird für Modelle des Preiswettbewerbs mit differenzierten Gütern gerne verwendet, um die Reaktionsfunktionen der Unternehmen zu zeigen. Eine Reaktionsfunktion wirft den gewinnmaximierenden Preis eines Unternehmens gegeben einen Preis des Konkurrenten aus. Die 45-Grad-Linie stellt in dieser Darstellung alle Vektoren identischer Preise dar.

Das im Nash-Gleichgewicht günstigere Unternehmen gibt sodann durch seinen niedrigeren Preis vor, zu welchem Preis beide Unternehmen ihr Produkt verkaufen werden.¹⁵⁵ Unter der Bedingung, dass aufgrund der Garantie ein Gleichgewicht in identischen Preisen entsteht, wird das Unternehmen genötigt, denjenigen Preis zu wählen, mit dem es seinen Gewinn maximiert. Aus Sicht dieses Unternehmens handelt es sich um eine Gleichgewichtsstrategie, da es seine Gewinne bereits maximiert hat, und – gegeben die Preisgarantie – keinen Anreiz mehr gibt, abzuweichen. Erzielt das (im Nash-Gleichgewicht) ursprünglich teurere Unternehmen bei diesem identischen Preis höhere Gewinne als in der Nash-Lösung, stellt es sich als Gleichgewichtsstrategie dar, die Preisgarantie auszuloben und die tatsächliche Preissetzung auf das ursprünglich günstigere Unternehmen zu delegieren. Dadurch stößt es das günstigere Unternehmen an, seinen Preis (im Vergleich zur Nash-Lösung) zu erhöhen; anderenfalls scheidet eine Gewinnsteigerung aus. Abhängig von den Umständen des Einzelfalls kann

¹⁵⁵ Hier ist es angemessen davon zu sprechen, dass das andere Unternehmen zum Preisführer gemacht wird, siehe dazu bereits die Diskussion bei Fn. 2.

sich der (effektive) Preis des auslobenden Unternehmens dadurch in beide Richtungen bewegen.

Exkurs: Die garantiebedingte Preisanpassung wird regelmäßig nicht darin bestehen, dass das auslobende Unternehmen ebenfalls zu einem höheren Preis als im Nash-GG verkauft. Je nach Verhältnis von Kreuz- und Eigenpreiselastizität kann auch eine geringfügige Senkung des eigenen Preises in Kauf genommen werden, insofern der doppelte Mengeneffekt infolge der eigenen Preisreduktion bei gleichzeitiger Teuerung der Konkurrenz den eigenen Preiseffekt ausgleicht.

Mit diesem Vorgehen ist eine Umverteilung von Gewinnen zugunsten des Garantie auslobenden Unternehmens verbunden. Aus der zweistufigen Logik des durch Rückwärtsinduktion gelösten Spiels folgt zwingend, dass die Verwendung einer Preisgarantie zu durchschnittlich höheren Preisen und insgesamt höheren Gewinnen führt. Andernfalls hätte man sich im Gleichgewicht nicht zur Auslobung einer solchen Garantie entschieden. Beim auslobenden Unternehmen handelt es sich um das Unternehmen mit höheren Kosten. Diese Einsicht wird im Folgenden noch relevant für die Erkenntnis, dass preissteigernde Effekte einer Preisgarantie insbesondere dann zu erwarten sind, wenn ein Unternehmen mit hohen Preisen sie verwendet.

(b) Einstufiges Spiel mit sequentieller Entscheidungsfindung

Zu ähnlichen Ergebnissen gelangt man auch im Fall eines Bertrand-Duos mit differenzierten Gütern und sequentiell Wettbewerb (sog. *Stackelberg-Wettbewerb*¹⁵⁶).¹⁵⁷ In dieser Modellierung entschließt sich ein Unternehmen (der „Platzhirsch“) zunächst, ob es eine Preisgarantie verwendet und welchen Preis es setzt. In einem zweiten Schritt entscheidet sich ein weiteres Unternehmen (der „Neuling“), ob es ebenfalls eine Preisgarantie ausspricht und welchen Preis es setzt. Bei identischen Kosten beider Un-

¹⁵⁶ Siehe zu diesem Modell allgemein: *Belleflamme/Peitz*, Industrial Organization – Markets and Strategies, 2. Aufl. 2015, S. 75, 78 ff. oder *Osborne*, An introduction to Game Theory, 2004, S. 187 ff. sowie *Kerber/Schwalbe*, in: MüKoWettB, Band 1/1: EU-Recht, 4. Aufl. 2023, Grundlagen, Rn. 210 ff.

¹⁵⁷ *Belton*, (5) Int. J. of Ind. Org. 1987, 399-418.

ternehmen und einer symmetrischen¹⁵⁸ Nachfrage liegt das Gleichgewicht wie bereits im vorangegangenen Modell in der beidseitigen Verwendung von Preisgarantien und der Setzung kollektiv gewinnmaximierender Preise. Ist die Nachfrage nicht symmetrisch, sind mehrere Gleichgewichte denkbar, wobei stets mindestens ein Unternehmen den Anreiz hat, eine Preisgarantie zu verwenden. Zwar kann es in dieser Konstellation zu einem Gleichgewicht kommen, bei dem das auslobende Unternehmen die Garantie verwendet, um einen geringeren Preis als seinen nicht-kooperativen Nash-Gleichgewicht-Preis zu setzen. Darauf wurde bereits beim vorangegangenen Modell hingewiesen. Obwohl dieses Szenario von den Autoren als potentiell prokompetitiv beschrieben wird, muss allerdings klargestellt werden, dass der geringere Preis des auslobenden Unternehmens das andere Unternehmen zu einem teureren als dessen nicht-kooperativen Nash-Gleichgewicht-Preis nötigt. Das kooperative Gleichgewicht führt aus Sicht beider Unternehmen zu einer Gewinnsteigerung (vgl. die oben beschriebene Logik), auch wenn möglicherweise primär die Kunden des anderen Unternehmens von Teuerungen betroffen sind. Hier steht das Modell dem Entmutigungseffekt aus dem Bertrand-Markt mit homogenen Gütern näher. Der von diesem Unternehmen ausgehende Wettbewerbsdruck soll reduziert werden.

Über dieses Ergebnis hinausgehend weist der Autor noch auf einen anderen Zusammenhang hin. Es sind Gleichgewichte denkbar, in denen das Unternehmen, das im Nash-Gleichgewicht einen niedrigeren Preis setzt, eine Preisgarantie auslobt. In dem Fall kommt es zu Preissteigerungen beider Unternehmen. Das im Nash-Gleichgewicht günstigere Unternehmen hat entweder niedrigere Kosten oder ist bei den Kunden unbeliebter in dem Sinne, dass es bei gleichen Preisen eine geringere Nachfrage hat. Gegebenenfalls lohnt es sich jedoch, ein Gleichgewicht in identischen, aber höheren Preisen anzustreben.¹⁵⁹ Dies führt zu der Erkenntnis, dass sogar die isolierte Preisgarantie des im gewöhnlichen Nash-Gleichgewicht günstigeren Anbieters zu höheren Preisen führt.

158 Im kollektiven Gewinnoptimum ist die Nachfrage beider Unternehmen bei gleichen Preisen identisch; gegeben diese optimalen Preise sind die Ableitungen der Gesamtnachfrage nach beiden Preisen identisch.

159 Zum Beispiel, wenn im Nash-Gleichgewicht die Kreuzpreiselastizität höher ist als die (Eigen-)Preiselastizität ist.

(c) Dreistufiges Spiel mit simultaner Entscheidungsfindung

Weiterhin wurde ergänzt, dass unter Zugrundelegung eines Hotelling-Modells¹⁶⁰ nicht nur Kollusion bei der Wahl gewinnmaximierender Preise erreicht werden könne, sondern möglicherweise auch die Produktdifferenzierung auf ein Minimum reduziert wird.¹⁶¹ Wenn zwei Duopolisten jeweils simultan entscheiden, wie sie ihre Produkte positionieren, ob sie eine Preisentsprechungsgarantie verwenden und welche Preise sie setzen, dann positionieren die Wettbewerber im durch Rückwärtsinduktion gelösten Gleichgewicht ihre Produkte unmittelbar nebeneinander in der Mitte der als Linie gedachten Produktdifferenzierung, verwenden beide eine Preisgarantie und setzen die kollektiv gewinnmaximierenden Preise. Während dieses Modell wegen der zusätzlichen Dimension (Produktpositionierung) von den bisherigen Modellen abweicht und praktisch nur der Vollständigkeit halber genannt wird, sei allerdings auf den hier doppelten Wohlfahrtverlust hingewiesen. Durch die höheren Preise kommt es zu weniger Geschäftsabschlüssen. Ferner gehen die durch Produktdifferenzierung möglichen Nutzengevinne der Konsumenten verloren.¹⁶² Die als Wegkosten zu verstehenden Distanzen zum Verkaufsplatz werden bei minimaler Produktdifferenzierung maximiert. Hierdurch werden womöglich auch Innovationspotentiale erstickt.

(2) Zur Bedeutung von Aufwandskosten bei der Geltendmachung einer Preisgarantie

Eine bisherige Annahme, auf der die Ergebnisse in Modellen mit räumlich oder sachlich differenzierten Produkten beruhen, ist die Inanspruchnahme der Preisgarantie bei bereits kleinen, inkrementellen Preisunterschieden. Es ist dagegen denkbar, dass ein gewisser Aufwand notwendig ist, um eine Preisgarantie geltend zu machen. Infolgedessen wurde darauf hingewiesen,

160 Ursprünglich: *Hotelling*, (59) The Economic Journal 1929, 41-57; aus heutiger Sicht zu der daraus entstandenen Modellklasse allgemein: *Belleflamme/Peitz*, Industrial Organization – Markets and Strategies, 2. Auf. 2015, S. 114 ff. oder *Osborne*, An introduction to Game Theory, 2004, S. 70 ff.

161 *Zhang*, (43) J. of Ind. Econ. 1995, 287-299.

162 Vgl. auch *Coughlan/Shaffer*, (28) Marketing Science 2009, 580-588 zum Trade-Off zwischen Produktdifferenzierung und Preis-Matching bei limitierter Angebotsfläche konkurrierender Händler.

dass die kollusionsfördernde Wirkung von Preisentsprechungsgarantien davon abhängt, dass Kunden die Garantie kostengünstig und effektiv einfordern können. Bei relevanten Aufwandskosten (sog. *Hassle Cost*)¹⁶³ könnte anderenfalls wieder eine Preisspirale abwärts entstehen, da der Geschäftsabschluss bei einem Unternehmen mit günstigem Angebotspreis profitabler sein kann, als andernorts die Transaktionskosten der Geltendmachung eines Rückzahlungsanspruchs aufzubringen.¹⁶⁴

(a) Einstufiges Spiel mit simultaner Entscheidungsfindung

Erstmalig haben *Hviid/Shaffer* solche Aufwandskosten in ein Oligopolmodell integriert.¹⁶⁵ Dabei haben sie sich für eine einstufige Modellierung simultaner Entscheidungsfindung entschieden, die sich dadurch auszeichnet, dass die Unternehmen zu derselben Zeit eine Entscheidung darüber treffen, ob sie eine Preisgarantie ausloben und welchen Preis sie setzen. Dies führt in Abgrenzung zu den bisherigen Modellierungen von *Logan/Lutter* und *Belton* zu einer Besonderheit, die die Bedeutung des später noch darzustellenden dritten Ergebnisses der Studie in Frage stellt.

(aa) Vorbemerkung

Für das Verständnis der Unterschiede lohnt es sich bereits an dieser Stelle eine Grundüberlegung zu verdeutlichen. Lobt das im Nash-Gleichgewicht bei differenzierten Gütern teurere Unternehmen eine Preisgarantie aus, zwingt es dem im Nash-Gleichgewicht günstigeren Unternehmen ein Gleichgewicht in identischen Preisen auf. Es liegt sodann aber am günstigsten

163 Zu Aufwandskosten kann auch die Bedingung führen, dass das Produkt beim Konkurrenten verfügbar sein muss, was eine Überprüfung erforderlich macht, vgl. hierzu *Nalca/Boyaci/Ray*, (8) Quantitative Marketing & Econ. 2010, 275-300.

164 Ferner wurde darauf hingewiesen, dass Aufwandskosten der Geltendmachung einer Preisgarantie mit Wechselkosten konkurrieren, die entstehen, wenn man von seinem vertrauten Lieferanten zu einem anderen Anbieter wechselt, *Edlin*, (III) Harvard Law Rev. 1997, 528, 545.

165 *Hviid/Shaffer*, (8) J. of Econ. & Management Strategy 1999, 489-521; siehe zum Ausgangsmodell (ohne die Betrachtung von Hassle Cost) bereits *Hviid/Shaffer* (1994), „Do Low-Price-Guarantees Facilitate Collusion“, The Warwick Economics Research Paper Series (TWERPS) 422, University of Warwick, Department of Economics, S. 2-4.

ren Unternehmen dieses Gleichgewicht festzulegen, indem es seine Gewinne – unter der Voraussetzung identischer Verkaufspreise – maximiert. Für das zweistufige Modell von *Logan/Lutter*¹⁶⁶ oder das sequentielle Modell von *Belton*¹⁶⁷ spielt es keine Rolle, ob der so entstehende Preisvektor oberhalb oder unterhalb des Schnittpunkts von 45-Grad-Linie und der Reaktionsfunktion des im Nash-Gleichgewicht teureren Unternehmens liegt.¹⁶⁸

Dieser Schnittpunkt markiert aus Sicht des teureren Unternehmens den Vektor identischer Preise, bei dem es (individuell) keinen Anreiz hat, zwecks Gewinnmaximierung abzuweichen.¹⁶⁹ *Hviid/Shaffer* argumentieren für ihr Modell, dass der vom ursprünglich günstigeren Unternehmen vorzugebende Preisvektor über diesem Schnittpunkt liegen müsse, da das teurere Unternehmen anderenfalls einen Anreiz habe, in Richtung seiner Reaktionsfunktion (nach oben) abzuweichen und die Preisgarantie fallen lassen bzw. sich an erster Stelle gegen eine solche Auslobung entscheiden könnte.

Exkurs: Der entscheidende Unterschied liegt in der simultanen Entscheidungsfindung der hier vorliegenden Modellierung. Die bei einem mehrstufigen Spiel (Extensivform) angewandte Rückwärtsinduktion sowie die bei einstufiger, aber sequentieller Entscheidungsfindung (Stackelberg-Wettbewerb, wo das teurere Unternehmen zuerst entscheidet) stattfindende Einbeziehung der zeitlich nachgelagerten Entscheidung des anderen Unternehmens führt dazu, dass das Unternehmen sich durch eine Preisgarantie selbst bindet, um jedenfalls das vom günstigeren Unternehmen vorgegebene Niveau identischer Preise zu ermöglichen. Dies weicht von der Gleichgewichtsfindung bei einem simultanen Spiel (Normalform) ab.

(bb) Verhinderung eines kollusiven Gleichgewichts

Die eigentliche Erkenntnis des Beitrags liegt aber freilich darin, dass Aufwandskosten einem suprakompetitiven Preisgleichgewicht entgegenstehen können. Dies ist der Fall, wenn sie größer oder gleich der Preisdifferenz zwischen den Unternehmen im ursprünglichen Nash-Gleichgewicht

166 *Logan/Lutter*, (31) Econ. Letters 1989, 189-192.

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

168 Siehe v.a. Theoreme 2(i), (ii) sowie die zugehörige Abb. 2 von *Logan/Lutter*, (31) Econ. Letters 1989, 189, 191.

169 Freilich hat das andere Unternehmen einen Anreiz abzuweichen, sodass es sich um kein Gleichgewicht handelt.

sind.¹⁷⁰ Die Erklärung ist recht intuitiv: Aufgrund der Aufwandskosten kann es – anders als im Ausgangsfall – infolge der Preisgarantie zu keinem Gleichgewicht mit exakt identischen Preisen kommen. Das im ursprünglichen Gleichgewicht günstigere Unternehmen wird stets den Spielraum auszunutzen, den die Aufwandskosten ihm gewähren. Es hat einen Anreiz, den Preis um einen Betrag zu senken, der die Aufwandskosten nicht überschreitet. Dadurch gewinnt es Kunden vom Garantie auslobenden Unternehmen, da es sich für diese noch nicht lohnt, die Preisgarantie geltend zu machen. So ergibt sich ein von der Preisgarantie getragenes Gleichgewicht (siehe hierzu noch im Detail gleich) aus dem Schnittpunkt der Reaktionsfunktion des teureren Unternehmens mit der verschobenen 45-Grad-Linie, bei der die Preise der Unternehmen nicht mehr identisch sind, sondern zwischen den Unternehmen ein Preisunterschied in Höhe der Aufwandskosten besteht. Sind die Aufwandskosten gleich dem Unterschied zwischen den Preisen im Nash-Gleichgewicht, handelt es sich um das gewöhnliche Nash-Gleichgewicht. Sind die Aufwandskosten größer, liegt der neue Schnittpunkt nicht mehr auf der Reaktionsfunktion des auslobenden Unternehmens. Es entfernt sich also von seiner idealen Antwort auf einen Preis der Konkurrenz und wird es daher bevorzugen, keine Preisgarantie zu verwenden und sich mit dem gewöhnlichen Nash-Gleichgewicht zufrieden zu geben. Wenn die Aufwandskosten schwach höher sind als die Preisdifferenz im nicht-kooperativen Nash-Gleichgewicht, wird es kein Gleichgewicht in Strategien geben, die die Verwendung einer Preisgarantie vorsehen.

(cc) Begrenzung des Preisaufschlags

Aus dieser Logik folgt unmittelbar die zweite Einsicht des Papiers. Selbst wenn die Aufwandskosten geringer ausfallen als die Preisdifferenz der Unternehmen im asymmetrischen Nash-Gleichgewicht und sich somit durch die Preisgarantie ein suprakompetitives Gleichgewicht einstellt, dann sind die Preise in diesem Gleichgewicht geringer als bei Abwesenheit von Aufwandskosten. Kosten bei der Geltendmachung einer Preisgarantie begrenzen also die im Gleichgewicht erzielbaren Preisaufschläge. Umso höher

¹⁷⁰ In symmetrischen Märkten sind die denkbaren statischen Gleichgewichte („Nash“ ohne Preisgarantie und „kollektive Gewinnmaximierung“ infolge einer Preisgarantie) beide durch Paare identischer Preise gekennzeichnet. Den Ausführungen von *Hviid/Shaffer* zur Folge stehen positive Aufwandskosten einem suprakompetitiven Gleichgewicht also kategorisch entgegen.

die Aufwandskosten ausfallen, desto geringere Schäden entstehen für den Wettbewerb.

(dd) Ermöglichung eines kollusiven Gleichgewichts

Drittens halten die Autoren fest, dass positive Aufwandskosten in einem anderen Extremfall ein suprakompetitives Gleichgewicht ggfs. erst ermöglichen können.

Wenn der Einheitspreis, den das im Nash-Gleichgewicht günstigere Unternehmen infolge einer Preisgarantie festlegt, auf der 45-Grad-Linie unterhalb des Schnittpunktes dieser Linie mit der Reaktionsfunktion des im Nash-Gleichgewicht teureren Unternehmens liegt, entsteht kein Gleichgewicht (siehe bereits die Vorbemerkung dieses Abschnitts). Das teurere Unternehmen kann sich besserstellen, wenn es seine Preisgarantie fallen lässt und sich stattdessen in Richtung seiner besten Antwort auf den Preis des Konkurrenten bewegt. Freilich ist leicht zu erkennen, dass die Argumentation nur deshalb möglich ist, weil die Garantie hier simultan mit den zugehörigen Werbepreisen ausgelobt wird. Anders sieht es dagegen aus, wenn – wie bei *Logan/Lutter*¹⁷¹ oder *Belton*¹⁷² – eine zweistufige oder jedenfalls sequentielle Entscheidungsabfolge modelliert wird und eine ausgelobte Preisgarantie zunächst für eine gewisse Zeit gilt. Die vorhin präsentierten Modelle enthalten daher keine derartige Beschränkung. *Belton* macht sogar explizit deutlich, dass für die Entstehung eines suprakompetitiven Gleichgewichts entscheidend ist, dass ein Unternehmen sich durch Auslobung der Preisgarantie *ex ante* auf eine Strategie festlegt, die *ex post* nicht optimal wäre.¹⁷³ Ein Gleichgewicht entsteht in diesen Modellen unabhängig davon, wo der Schnittpunkt zwischen 45-Grad-Linie und der Reaktionsfunktion des teureren Unternehmens verläuft.

Dass der vom günstigeren Unternehmen vorgeschlagene Einheitspreis unterhalb des Schnittpunkts von 45-Grad-Linie und Reaktionsfunktion des teureren, Garantie auslobenden Unternehmens liegt (was in einem mehrstufigen Modell zum Auslassen der Preisgarantie führen würde), ist umso wahrscheinlicher, desto asymmetrischer die Unternehmen sind. Dieses Hindernis können Aufwandskosten aus dem Weg räumen, indem sie entsprechend der obigen Beschreibung die 45-Grad-Linie im Umfang der

171 *Logan/Lutter*, (31) Econ. Letters 1989, 189-192; siehe ausführlich: S. 69 f.

172 *Belton*, (5) Int. J. of Ind. Org. 1987, 399-418; siehe ausführlich: S. 72.

173 *Belton*, a.a.O., S. 405.

Aufwandskosten verschieben, sodass sich auch die relevanten Schnittpunkte verändern. Aufwandskosten verringern die Asymmetrie.

(b) Einstufiges Spiel mit sequentieller Entscheidungsfindung

Dass manche der Ergebnisse im vorangegangenen Papier von *Hviid/Shaffer* darauf beruhen, dass sie eine einstufige, simultane Preissetzung modellieren, wurde bereits angemerkt. Von einem Autor wurde dies auch für das Ergebnis gezeigt, dass Aufwandskosten im symmetrischen Fall jeglichen Preisgarantie-induzierten, suprakompetitiven Gleichgewichten entgegenstünden.¹⁷⁴ Ihm zufolge gilt diese Aussage nicht allgemein, sondern nur für den Fall simultaner Preissetzung. Bei sequentieller Preissetzung (sog. *Stackelberg*-Wettbewerb¹⁷⁵) lässt sich in einem *Hotelling*¹⁷⁶-Modell herleiten,¹⁷⁷ dass Aufwandskosten nur oberhalb einer gewissen Höhe kollusiven Ergebnissen entgegenstehen. Sie können suprakompetitive Preise bei beidseitiger Auslobung einer Preisgarantie aber nicht stets verhindern.

(3) Dynamischer Wettbewerb

Anders als bei Märkten mit homogenen Gütern bedarf es bei differenzierteren Gütern grundsätzlich nicht der langfristigen Perspektive wiederholter Interaktion, um positive Gewinne zu erzielen. Wenn bereits das statische Gleichgewicht durch Preisentsprechungsgarantien verändert ist, stellt sich bei differenzierten Gütern zudem die Frage, ob darüber hinaus noch andere „kollusive“ Gleichgewichte in dynamischer Perspektive denkbar sind.

174 *Trost, Price-Matching Guarantees of Price Leaders, Working Paper, 2016*; das Modell wurde ferner integriert in: *Dewenter/Schwalbe/Trost, Sequential price setting with price-matching guarantees a theoretical and empirical analysis for the German petrol market, Working Paper, 2017*.

175 Siehe hierzu bereits die Nachweise in Fn. 156.

176 Siehe hierzu bereits die Nachweise in Fn. 160.

177 Vorsichtshalber sei darauf hingewiesen, dass es sich bei der Publikation um ein Diskussionspapier handelt, das noch in keiner wirtschaftswissenschaftlichen Fachzeitschrift veröffentlicht wurde und folglich auch noch keiner abschließenden Peer-Review unterzogen wurde.

aa) Grundsätzliche Überlegungen

Im asymmetrischen Fall und einer Preisentsprechungsgarantie des teureren Unternehmens hat das günstigere Unternehmen bereits festgelegt, auf welchem symmetrischen Gleichgewicht man sich einfinden wird. Gegeben die Beschränkung, dass aufgrund der Preisgarantie nur ein Gleichgewicht in identischen Preisen entstehen wird, hat das günstigere Unternehmen seinen Gewinn bereits maximiert. Ein Anreiz zur Abweichung nach oben könnte nur dann entstehen, wenn es einen höheren Preis als den Werbepreis des eigentlich teureren Unternehmens setzt, sodass dessen Preisgarantie temporär nicht greift. Das dürfte aber in aller Regel ausscheiden, da sich die Charakterisierung als preiswertes Unternehmen nun mal daraus ergibt, dass es entweder geringere Kosten hat und/oder bei den Kunden unbeliebter ist. Einen höheren Preis als der Konkurrent zu setzen, ist daher nicht gewinnoptimierend.

bb) Modellierung als unendlich wiederholtes Spiel

Raum für Gleichgewichte aufgrund langfristiger Erwägungen bieten dagegen Situationen, in denen nicht bereits das statische Gleichgewicht (eines einmaligen Spiels) durch die Verwendung von Preisentsprechungsgarantien zugunsten der Unternehmen verändert wurden. Man denke etwa an den Fall eines symmetrischen Duopols mit differenzierten Gütern und positiven Aufwandskosten (nach *Hviid/Shaffer*¹⁷⁸ oder *Trost*,¹⁷⁹ sofern bei letztem die Aufwandskosten hoch genug sind).¹⁸⁰ Betrachtet man die langfristige Perspektive, so muss die kurzfristige bzw. vorübergehende Abweichung vom suprakompetitiven Gleichgewicht die Verluste aus den Folgerunden übersteigen, wenn wieder das gewöhnliche Nash-Gleichgewicht gespielt wird. Wird nun eine Preisgarantie verwendet, lohnen sich nur solche Abweichungen von einem suprakompetitiven Gleichgewicht, die etwaige Aufwandskosten nicht überschreiten. Andernfalls würde die Preisgarantie des Konkurrenten greifen. Preisgarantien verringern also – selbst in

178 *Hviid/Shaffer*, (8) J. of Econ. & Management Strategy 1999, 489-521.

179 *Trost*, Price-Matching Guarantees of Price Leaders, Working Paper, 2016, abrufbar unter: https://www.uni-hohenheim.de/fileadmin/einrichtungen/mikro/Paper_Lehrstuhl/Trost/Price_Matching_Guarantees_of_Price_Leaders.pdf (zuletzt abgerufen: 29.02.24).

180 *Liu*, (81) The Manchester School 2013, 828-854.

Anbetracht von Aufwandskosten – die kurzfristigen Abweichungsgewinne. Wird eine gewöhnliche Trigger-Strategie gespielt, folgt für mindestens eine Bestrafungsperiode aber unmittelbar die Rückkehr auf das Nash-Gleichgewicht. In einer Vielzahl von Fällen überschreiten die dann drohenden Einbußen die (Zusatz-)Gewinne aufgrund einer kurzfristigen Abweichung, die sich lediglich im Rahmen der Aufwandskosten bewegt. Es zeigt sich also, dass Preisgarantien über das Potential vermögen, Kollusion zu ermöglichen bzw. zu stabilisieren. Beim hierfür ausschlaggebenden Argument handelt es sich um dasselbe, das auch schon bei dynamischem Wettbewerb mit homogenen Gütern vorgetragen wurde (s.u.). In einem Szenario mit positiven Aufwandskosten lässt sich das Ergebnis dagegen nicht auf homogene Güter übertragen. Hier genügen bereits minimale – in den Grenzen der Aufwandskosten – Abweichungen, um entsprechend den Modellannahmen alle Abnehmer zu bedienen. Dann wären Preisgarantien nicht kollusionsfördernd.¹⁸¹ Die Ergebnisse des Autors sehen ferner vor, dass beide Unternehmen eine Preisgarantie ausloben, da nur dergestalt beide Unternehmen in ihren Anreizen beschränkt werden, vom kollusiven Preisniveau abzuweichen. Diese strikte Verwendung des Gleichgewichts-Konzepts wurde freilich bereits an früherer Stelle¹⁸² in Perspektive gesetzt. Im Einzelfall mag es für kollusive Ergebnisse in der Praxis reichen, wenn nur ein Unternehmen eine Preisgarantie auslobt, um seinen Konkurrenten von Abweichungen zu demotivieren. Dieses Unternehmen hat möglicherweise einen höheren Diskontfaktor als sein Rivale und somit ein größeres Interesse an höheren Zukunftsgewinnen, sodass Abweichungen selbst nicht in Frage kommen.

cc) Fazit zur Kollusionsermöglichung

Bei statischen Modellen mit homogenen Gütern und dynamischen Modellen (unabhängig des Gütertyps) steht der bereits in der Einleitung beschriebene Entmutigungseffekt von Preisentsprechungsgarantien im Vordergrund. Konkurrenten sollten davon abgehalten werden, ihre Preise zu senken. Dadurch kommt es zu einer Preisführerschaft des auslobenden Unternehmens, dem die Konkurrenten (nunmehr) folgen und von Unterbietungen absehen. Bei statischen Modellen mit differenzierten Gütern steht dagegen die Verschiebung des Gleichgewichts im Vordergrund. Aus solchen

¹⁸¹ In einer Welt ohne Aufwandskosten gelten allerdings wieder die bereits oben angestellten Erwägungen.

¹⁸² Vgl. S. 57 f.

Modellen stammt die Intuition einer Delegation der Preissetzung. Wenn eine Preisentsprechungsgarantie tatsächlich greift und von Konsumenten geltend gemacht wird, bestimmt das nicht-auslobende Unternehmen das tatsächliche Preisniveau. Man kann in solchen Fällen von einer – durch die Preisgarantie vermittelten – Preisführerschaft des nicht-auslobenden Unternehmens sprechen. Im Ergebnis spielt es weitestgehend keine Rolle, wie die Entscheidungsfindung spieltheoretisch modelliert wird (simultan, sequentiell; einstufig, mehrstufig). In den allermeisten Modellen können antikompetitive Effekte gezeigt werden.

b) Theorie der Preisdiskriminierung

Die Verwendung einer Preisgarantie kann zu einer *Preisspaltung* führen, da Unternehmen zunächst einen bestimmten Preis anbieten (Werbepreis = „*Posted*“¹⁸³, „*Advertised*“¹⁸⁴ oder „*Announced*“¹⁸⁵ [„*List*“¹⁸⁶]Price), bei Geltenmachung der Preisgarantie aber vereinzelt zu einem anderen tatsächlichen Preis verkaufen (Verkaufspreis = *Effective*¹⁸⁷ oder auch *Selling*¹⁸⁸ Price). Wenn nicht alle Konsumenten die Preisgarantie nutzen, vertreibt das Unternehmen seine Produkte zu zwei unterschiedlichen Preisen. Die Festlegung des günstigeren Preises wird dabei auf die Konkurrenz delegiert. Abseits anderer Möglichkeiten, Kundensegmente nach Zahlungsbereitschaft zu unterteilen, könnten Preisgarantien aus Sicht der Unternehmen also ein Mittel der Preisdiskriminierung darstellen.

183 So etwa die Bezeichnung bei *Belton*, (5) Int. J. of Ind. Org. 1987, 399, 401.

184 So etwa die Bezeichnung bei *Arbatskaya/Hviid/Shaffer*, (24) Int. J. of Ind. Org. 2006, 1139.

185 So etwa die Bezeichnung bei *Corts*, (15) Int. J. of Ind. Org. 1997, 283, 285.

186 So etwa die Bezeichnung bei *Chen*, (28) Canadian J. of Econ. 1995, 683, 686.

187 So etwa die Bezeichnung bei *Chen*, (28) Canadian J. of Econ. 1995, 683, 686.

188 So etwa die Bezeichnung bei *Hviid/Shaffer*, (8) J. of Econ. & Management Strategy 1999, 489, 492.

aa) Preissteigernde Wirkung

Als Ausgangspunkt der Betrachtung dieser Theorie kann die noch recht neutrale¹⁸⁹ Erkenntnis dienen, dass Preisgarantien aus individueller Sicht der Unternehmen dazu genutzt werden können, zwischen preissensiblen, informierten und nicht-informierten Kunden zu differenzieren, indem preissensible Kunden angelockt werden und ggf. den günstigeren Preis der Konkurrenz bezahlen, während uninformede Kunden weiterhin einen höheren Preis bezahlen.¹⁹⁰ Im Vergleich zu einem Zustand, in dem dies nicht möglich ist und ein Einheitspreis verlangt werden muss, biete die Verwendung von Preisgarantien die Möglichkeit zur Preiserhöhung.¹⁹¹

Im Duopol – so wurde gezeigt – können zwei Unternehmen auf Grundlage einer solchen Preisdiskriminierung gemeinsam höhere Gesamtgewinne erzielen, als ein nicht-preisdiskriminierender Monopolist dies täte.¹⁹² Man gehe von zwei Kundensegmenten aus: Touristen, die über Preise nicht informiert sind und eine unelastische (fixe) Nachfrage haben, solange der Preis unterhalb ihrer maximalen Zahlungsbereitschaft liegt, sowie Einheimische, die über die Preise informiert sind und eine elastische Nachfrage haben. Im Gleichgewicht in reinen Strategien setzt ein Unternehmen den gewinnmaximierenden (höheren) Preis für die Gruppe der Touristen (deren maximale Zahlungsbereitschaft) und lobt eine Preisgarantie aus. Das andere Unternehmen wird dadurch zum Preisführer und setzt den (einheitlich) gewinnmaximierenden Preis für beide Kundengruppen (Monopolpreis¹⁹³). Freilich profitiert in diesem Fall nur das teurere, erstgenannte Unternehmen von der Preisspaltung. Denkbar (und vermutlich überzeugender) sind daher Gleichgewichte in gemischten Strategien, bei denen die Unternehmen entweder mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit den Reservationspreis der Touristen wählen oder mit einer gewissen Wahrscheinlichkeitsverteilung einen Preis aus dem Intervall zwischen Monopolpreis und Reservationspreis der Touristen wählen. Man kann sich die Preisstrategie vorstellen als eine Mischung zwischen dem Listenpreis und wiederkeh-

189 *Gjendemsjø/Hjelmeng/Sørgard*, (36) World Comp. 2013, 355, 363 f. sprechen von möglichen Umverteilungseffekten, die aber nicht per se mit einer Schädigung des Wettbewerbs einhergehen müssten.

190 *Png/Hirshleifer*, (60) J. of Business 1987, 365-383.

191 *Edlin*, (III) Harvard Law Rev. 1997, 528, 539.

192 a.a.O., S. 369 f.

193 Das Maximierungsproblem dieses Unternehmens unterscheidet sich nicht von der Situation, in der es als Monopolist agiert und den gewinnmaximierenden Einheitspreis für beide Kundengruppen wählen müsste.

renden Rabattaktionen. Nunmehr profitieren beide Unternehmen abwechselnd von der Preisspaltung. Die Preise liegen stets für mindestens ein (ggfs. sogar beide) Unternehmen oberhalb des Monopolpreises, sodass in einem Duopol paradoixerweise höhere Gewinne als in einem Monopol (mit Einheitspreis) erzielt werden.

Die Betrachtung muss zudem nicht bei hohen Preisen beginnen, sondern kann ihren Ausgangspunkt auch in einem Zustand nehmen, in dem zu Grenzkosten bepreist wird, es aber einen gewissen Anteil uninformerter Kunden mit ausreichend hoher Zahlungsbereitschaft gibt, die auch zu höheren Preisen einen Anbieter nicht wechseln würden. In diesem Fall kann eine Preiserhöhung bei gleichzeitiger Einführung einer Preisgarantie deren Zahlungsbereitschaft abschöpfen, ohne informierte Kunden an günstigere Konkurrenten zu verlieren.¹⁹⁴

Preisgarantien könnten ferner von kleinen, lokal operierenden Unternehmen als Mittel zur Preisdiskriminierung genutzt werden, wenn sie sich großen Unternehmen gegenübersehen, deren Preissetzung überregional erfolgt.¹⁹⁵ Dies könnte zu höheren Preisen bei den kleineren Unternehmen führen.

bb) Preissenkende Wirkung

Man trifft ebenso auf Beiträge, denen zufolge eine durch Preisentsprechungsgarantien entstehende Möglichkeit der Preisdiskriminierung im Einzelfall sowohl zu Preissteigerungen, als auch zu Preissenkungen führen könnte.¹⁹⁶ Der zweitgenannte Fall beruht dagegen auf womöglich eher unrealistischen Modellannahmen. Das Modell startet von einem gestreuten (differenzierten) Preisgleichgewicht, bei dem es ein Unternehmen mit

194 Siehe ein anschauliches Beispiel bei *Edlin*, (11) Harvard Law Rev. 1997, 528, 539 ff.

195 *Hviid/Shaffer*, (10) Quantitative Marketing & Econ. 2012, 393-417.

196 *Corts*, (15) Int. J. of Ind. Org. 1997, 283-299; derselbe Autor zeigt in *Corts*, (47) Econ. Letters 1995, 417-421, dass „price-beating“-Klauseln, also das Versprechen nicht nur den gleichen, sondern einen günstigeren Preis anzubieten, wettbewerbsfördernd sind; ähnlich *Hviid/Shaffer*, The Warwick Economics Research Paper Series (TWERPS) 422, University of Warwick, Department of Economics (1994); dagegen aber *Edlin*, (11) Harvard Law Rev. 1997, 528, 531, Fn. 9 und *Kaplan*, (18) Int. J. of Ind. Org. 2000, 1291-1294; empirisch wird die Behauptung gestützt von: *Mañez*, (15) J. of Econ. & Management Strategy 2006, 143-166; experimentell von: *Fatás* et al., (26) Rev. of Ind. Org. 2005, 115-136.

einem ausnahmslos günstigsten Preis gibt. Im Markt gibt es informierte (sophisticated) und nicht-informierte (non-sophisticated) Kunden. Nur die informierte Gruppe kauft ausschließlich dort, wo es am günstigen ist. In ähnlicher Weise würde nur sie eine Preisgarantie geltend machen. Ohne Preisgarantie kauft diese Gruppe ausschließlich beim günstigsten Unternehmen. Dieses Unternehmen muss seinen Preis daher so setzen, dass es die Umsätze durch die Verkäufe an beide Konsumentengruppen maximiert. Die restlichen Unternehmen optimieren ihre Preise dagegen lediglich mit Blick auf die nicht-informierten Kunden. Besteht nun die Möglichkeit, eine Preisgarantie zu verwenden, können teurere Unternehmen Teile der informierten Kundengruppe bedienen. Verwenden mehrere der teureren Unternehmen eine Preisgarantie, teilen sich die informierten Kunden zu gleichen Teilen auf das tatsächlich günstigste Unternehmen sowie die teureren Unternehmen auf, wo der günstigere Preis durch Geltendmachung der Garantie erwirkt werden kann. Dies führt für das günstigste Unternehmen zu einem Nachfragerückgang in der Gruppe der informierten Kunden. Es muss daher seine Preise neu kalkulieren, wobei nun ein größerer Fokus auf den nicht-informierten Kunden liegt, die dieses Unternehmen bedient. Ob der neue Preis höher oder niedriger ausfällt, hängt davon ab, ob die informierte Gruppe eine elastischere oder unelastischere Nachfrage als die nicht-informierte Gruppe hatte. Hatte sie eine elastischere Nachfrage (also eine geringere Zahlungsbereitschaft),¹⁹⁷ kann der Einheitspreis nun höher gesetzt werden, um mehr von der relativ betrachtet weniger elastischen Nachfrage der nicht-informierten Gruppe zu profitieren. Hatte sie eine unelastischere Nachfrage, muss der Preis nun niedriger angesetzt werden, um mehr von den Kunden aus der relativ betrachtet elastischeren, nicht-informierten Gruppe zu profitieren. Das Modell prognostiziert also nur dann Preissenkungen infolge der Verwendung von Preisgarantien, wenn die informierten Kunden eine *unelastischere* Nachfrage als die nicht-informierten Kunden haben. Diese Annahme dürfte in aller Regel nicht erfüllt sein. Kunden sind gerade deswegen besser informiert, weil sie empfindlicher auf Preise reagieren, d.h. über ein geringeres Einkommen verfügen und folgerichtig auch geringere Opportunitätskosten haben, Zeit in einen Preisvergleich zu investieren oder die Aufwandskosten auf sich zu nehmen, eine

197 So die m.E. lebensnähere Annahme bei *Png/Hirshleifer*, (60) J. of Business 1987, 365, 367.

Preisgarantie zu verwenden.¹⁹⁸ Das Modell weist also auf einen theoretisch vorstellbaren, praktisch jedoch vermutlich selten auftretenden Einzelfall hin.

Ein weiterer Versuch, ein prokompetitives Szenario von Preisdiskriminierung durch Preisgarantien zu skizzieren,¹⁹⁹ kann als gescheitert angesehen werden. Das Modell von *Levy/Gerlowski* hat schon früh Kritik²⁰⁰ erfahren und würde vor einigen Jahren formell von *Kretschmer/Budzinski* widerlegt.²⁰¹ Eine Darstellung erscheint unter diesen Bedingungen entbehrlich.

cc) Fazit zur Preisdiskriminierung

Hier dient die Preisspaltung nicht etwa der Quersubventionierung weniger zahlungskräftiger durch zahlungsbereitere Kunden und einer dadurch zu erzielenden Ausweitung von Geschäftsabschlüssen,²⁰² sondern vielmehr einer reinen Preissteigerung und Maximierung der Erträge aus Verkäufen an uninformede Kunden, die vormals von niedrigeren Einheitspreisen aufgrund des elastischen Anteils der Nachfrage ihrer informierten Mitkonsumenten profitiert haben.

c) Theorie der Signalfunktion

Zu Beginn der 2000er Jahre wurde die Idee vorgetragen, dass Preisentsprechungsgarantien bei einem Informationsgefälle zwischen den Konsumenten über die Produkt- bzw. Preisdifferenzierung mehrerer²⁰³ Unternehmen eine Signalfunktion ausüben könnten. Die Preisgarantie sei weniger dafür

198 Mit ähnlicher Kritik: *Chen/Narasimhan/Zhang*, (20) Marketing Science 2001, 300, 302.

199 *Levy/Gerlowski*, (37) Econ. Letters 1991, 217-221.

200 *Edlin*, (111) Harvard Law Rev., 1997, 528, 531, Fn. 9: „*Other scholars have developed different models of price matching. See, e.g., David T. Levy & Daniel A. Gerlowski, Competition, Advertising, and Meeting Competition Clauses, 37 ECON. LETTERS, 217, 217-219 (1991) (recognizing the price-discrimination function of meeting-competition clauses, although erroneously concluding that they necessarily lead to competitive prices for informed customers)*“.

201 *Kretschmer/Budzinski*, (31) Econ. Bulletin 2011, 3153-3157.

202 Siehe dazu *Bester*, Theorie der Industrieökonomik, 7. Aufl. 2017, S. 73.

203 Selbst in einem Monopol über mehrere Runden (mit Reputationseffekten) könne sie verwendet werden, um die Qualität des Monopolisten zu signalisieren, vgl. *Levy*,

da, tatsächlich geltend gemacht zu werden, sondern solle als Hinweis auf das (ohnehin bereits) günstigere Unternehmen dienen. In dieser Funktion könnte die Preisgarantie ambivalente, ggfs. sogar wettbewerbsförderliche Wirkungen haben.

aa) Horizontale Produktdifferenzierung

Zu Preisunterschieden zwischen Unternehmen kann es bekanntlich bei Produktdifferenzierung und heterogenen Kundenpräferenzen kommen. In dem Fall haben es Unternehmen zumindest anteilig mit Kunden zu tun, die ihre Kaufentscheidung nicht ausschließlich vom Preis abhängig machen. Andere Kunden könnten dagegen gleichgültig hinsichtlich der Anbieter und primär an günstigen Preisen interessiert sein. Wie sich im Anschluss noch zeigen wird, sind Preisunterschiede im Einzelhandel auch aufgrund des zugehörigen Dienstleistungsangebots und unterschiedlicher Bemühungen rund um das Einkaufserlebnis denkbar.

(1) Abstrakte spieltheoretische Erwägungen

Jain/Srivastava haben erste, noch recht abstrakte Erwägungen angestellt.²⁰⁴ Wenn es anders als in den oben beschriebenen Oligopolmodellen mit differenzierten Gütern neben einer Gruppe voll-informierter Konsumenten, die eine gewisse (heterogene) Präferenzverteilung hinsichtlich der Güter haben, auch noch eine Gruppe uninformerter bzw. indifferenter Kunden gibt, sind Gleichgewichte denkbar, bei denen eine Preisgarantie nicht zwingend wettbewerbsschädlich wirken müsse. Die letztgenannte Gruppe kann man hierbei als eine Ansammlung von Personen verstehen, in deren Augen es sich um eher homogene Güter handelt. Sie sind schlichtweg am günstigen Preis interessiert, ohne eine örtliche oder produktbezogene Präferenz zu haben. Da sie nicht über die Preise informiert sind und ein etwaiges Preisgefälle nicht kennen, verteilen sich diese Kunden gleichmäßig auf alle Unternehmen. Allerdings verstehen sie eine Preisgarantie als glaubwürdiges Signal über tatsächlich niedrige Preise. Falls nur manche Unternehmen

Best-Price Guarantees as a Quality Signal, Working Paper 2004, abrufbar unter:
<https://ssrn.com/abstract=1692272> (zuletzt: 06.10.23).

204 *Jain/Srivastava*, (37) J. of Marketing Research 2000, 351-362.

im Markt eine Preisgarantie verwenden, verteilt sich die Nachfrage uninformierter Kunden gleichmäßig auf die Unternehmen, die eine solche Preisgarantie ausgelobt haben, ohne dass die Garantie freilich geltend gemacht werden könnte. Das von den bisherigen Oligopolmodellen abweichende Ergebnis resultiert nun aus der Annahme, dass die informierten Kunden (= solche mit Produktpräferenzen) eine Preisgarantie tatsächlich geltend machen können. Für Anbieter, die von den informierten Kunden eigentlich einen hohen Preis verlangen können, entsteht eine Abwägung. Lobt mindestens ein anderes Unternehmen eine Preisgarantie aus,²⁰⁵ müsste man es diesem Unternehmen gleich tun, um auch weiterhin einen Teil der uninformatierten Konsumenten, die sich an diesem Signal ausrichten, zu bedienen. Allerdings werden dadurch die informierten Kunden in die Lage versetzt, die Preisgarantie geltend zu machen und ggf. den günstigeren Preis eines Konkurrenten einzufordern. Ein teureres Unternehmen muss daher abwägen, ob der Absatz an einen Teil der uninformatierten Kunden die Umsatzverluste bei den informierten Kunden ausgleicht. Mit anderen Worten: Die Preisgarantie macht die Vorteile von Produktdifferenzierung zunichte. Ein wertgeschätztes Unternehmen kann die höhere Zahlungsbereitschaft seines Kundenstamms nicht mehr abschöpfen. Daher können sich Gleichgewichte einstellen, bei denen nur die ohnehin preiswerten Unternehmen eine Garantie verwenden. Damit ließen sich Erkenntnisse der Marketing-Literatur (s.u.) erklären, denen zufolge Konsumenten Unternehmen, die eine Preisgarantie ausloben, als preiswert einschätzen.

(2) Duopol mit Kostenunterschieden

Die Idee haben *Moorthy/Winter* auf Grundlage eines „Signaling“-Models verfeinert und untersucht, wann Preisgarantien als authentisches Signal benutzt werden, dass ein Unternehmen – etwa wegen Kostenvorteilen – günstige Preise anbietet.²⁰⁶ Das Modell geht von zwei Konsumentengruppen aus. Informierte (sophisticated) Konsumenten kennen die Preise beider Unternehmen und wählen entsprechend ihrer Präferenz zwischen den bei-

205 Dies wird das Unternehmen mit dem günstigsten Gleichgewichtspreis *ex ante* sein. Es kann damit mehr uninformatierte Kunden dazu gewinnen und verliert gleichzeitig keinen Umsatz bei den informierten Kunden, da die Preisgarantie mangels anderweitig günstiger Preise nicht geltend gemacht werden kann.

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

den Produkten. Uninformierte (non-sophisticated) Konsumenten dagegen sind ausschließlich am niedrigsten Preis interessiert,²⁰⁷ kennen die Preise der Unternehmen aber nicht. Ohne weitere Signale teilen sie sich entsprechend einer anderweitig gefassten Erwartung über die Preise gleichmäßig auf beide Anbieter auf. Nutzt ein Unternehmen dagegen eine Preisgarantie, könnte dies als Signal verstanden werden, dass dieses Unternehmen auch tatsächlich das günstigere ist. Infolgedessen ließen sich uninformierte (non-sophisticated), aber an tiefen Preisen interessierte Kunden anlocken. Gleichzeitig bestünde unter gewissen Voraussetzungen²⁰⁸ kein Anreiz für hochpreisige Unternehmen, dieses für sie unzutreffende Signal zu senden und sich fälschlicherweise (auch) als günstiges Unternehmen auszugeben. Hintergrund ist wie schon zuvor, dass die Preisgarantie Einkünfte aus Verkäufen an die informierten Kunden, die etwa an einer höheren Qualität interessiert sind, reduziert, da diese nun zum angepassten Preis des günstigeren Unternehmens erfolgen müssten. In Märkten mit heterogenen Unternehmen (d.h. Preis- oder Produktdifferenzierung) gehe von Preisgarantien des ohnehin günstigen Unternehmens daher keine Gefahr für den Wettbewerb aus. Voraussetzung ist im Jargon der „Signaling“-Modelle aber,²⁰⁹ dass es ein „Separating Equilibrium“ gibt, in dem tatsächlich nur das günstige Unternehmen einen Anreiz hat, die Preisgarantie als Signal auszusenden.²¹⁰ In einem solchen Gleichgewicht kann und muss die Preisgarantie von den Konsumenten schlussendlich gar nicht eingelöst werden.

Auch wenn neben der Kollusions- und Preisdiskriminierungsthese somit eine andere Erklärung für die Verwendung einer Preisgarantie gegeben sein mag, bedeutet dies nicht, dass die Verwendung einer Preisgarantie als Preissignal keine Auswirkung auf die Preissetzung der Unternehmen hätte. Auch sie beeinflusst letztlich die Zahlungsströme. Die Nachfrage der uninformierten Kunden bestimmt sich nur durch ihren allgemeinen

207 Der Einfachheit halber und ohne Verlust der Aussagekraft kann man annehmen, dass sie auch keine Anbieterpräferenz haben, vgl. die Wiedergabe des Modells bei *Máñez*, (15) *J. of Econ. & Management Strategy* 2006, 143, 147 ff.

208 Voraussetzung im Modell: Kostenunterschiede zwischen den beiden Unternehmen sind groß genug, während der Anteil uninformierter Kunden klein bzw. die Gruppe informierter Kunden groß genug ist.

209 Erstmalig: *Spence*, (87) *Quarterly J. of. Econ.* 1973, 355-374; zu den Begrifflichkeiten: *Mas-Colell/Whinston/Green*, *Microeconomic Theory*, 1995, S. 450 ff.

210 Das Gegenteil wäre ein „Pooling-Equilibrium“, indem sowohl das teurere, als auch das günstige Unternehmen einen Anreiz haben, eine Preisgarantie auszusprechen; s. zu den Begrifflichkeiten allgemein auch *Schmolke*, in: *Towfigh/Petersen* (Hrsg.), *Ökonomische Methoden im Recht*, 3. Aufl. 2023, S. 131.

Reservationspreis, ist im Übrigen aber unelastisch. Wenn nun der günstigere Anbieter alle uninformierten Kunden bedient, bedeutet dies, dass er sich insgesamt einer weniger elastischen Nachfrage gegenüberstellt und seine Preise erhöhen kann.²¹¹ Umgekehrt begegnet der teurere Anbieter einer elastischeren Nachfrage, da er nur noch informierte Kunden bedient und durch niedrigere Preise möglicherweise manchen Kunden aus dieser Gruppe hinzugewinnen kann. Er wird daher seine Preise senken wollen. Im Ergebnis können sich die Preise daher annähern. Diese Einsicht kann für die ökonometrische Überprüfung im praktischen Anwendungsfall entscheidend sein. Steigen die Preise der Konkurrenz scheint die Signaling-Theorie auszuscheiden.²¹²

(3) Wohlfahrtswirkungen

Was gilt nun für die Wohlfahrt der einzelnen Konsumentensegmente und eine Gesamtbetrachtung? Es bietet sich eine Unterscheidung von vier Konsumentengruppen an. Zum einen gibt es informierte Kunden, die beim günstigen Anbieter kaufen (Gruppe 1) sowie informierte Kunden, die beim teuren Anbieter kaufen (Gruppe 2). Zum anderen gibt es uninformed Kunden, die ursprünglich beim teureren Unternehmen kaufen würden (Gruppe 3) und solche, die auch ohne die Preisgarantie beim günstigeren Unternehmen kaufen (Gruppe 4). Gruppe 1 erleidet im "Separating Equilibrium" eine Preissteigerung infolge der Einführung einer Preisgarantie. Gruppe 2 dagegen profitiert von den günstigeren Preisen des teureren Unternehmens. Gruppe 3 kauft nun beim günstigeren Unternehmen und profitiert gleichsam von günstigeren Preisen. Gruppe 4 dagegen erleidet Preissteigerungen. Auf den ersten Blick mag dies nach einem wohlfahrtneutralen Ergebnis klingen. Zwei von vier Konsumentengruppen zahlen höhere, die restlichen zwei Gruppen dagegen niedrigere Preise. Mit Blick auf die Voraussetzungen für ein „Separating Equilibrium“ sei allerdings darauf hingewiesen, dass das Preisdifferential zwischen den Unternehmen groß genug sein muss.

211 Auf diesen Zusammenhang hatte schon *Edlin*, (III) Harvard Law Rev. 1997, 528, 545 hingewiesen. Selbst wenn ein Unternehmen, das eine Preisgarantie anbietet, auch weiterhin – gemessen am Marktniveau – eher niedrige Preise anbietet, wären dessen Preise ohne Garantie vermutlich noch geringer.

212 *Winter*, „Price Matching and Meeting Competition Guarantees“, in: ABA Sec. of Antitrust Law (Hrsg.), *Issues in competition law and policy*, Band 2, S. 1269, 1281 sowie *Zhuo*, (65) J. of Ind. Econ. 2017, 719, 721.

Gruppe 3 spart durch ihren Wechsel vom teureren zum günstigeren Unternehmen also vermutlich mehr als Gruppe 4 durch die dort anfallenden (geringfügigen) Preissteigerungen einbüßt. Der im Markt gezahlte Durchschnittspreis dürfte also sinken, wodurch die Konsumentenwohlfahrt zu lasten der Produzentenwohlfahrt²¹³ steigt. Hinzukommt, dass die Gruppe informierter Kunden hinreichend groß sein muss, gegebenenfalls sogar größer als die Gruppe der uninformierten Kunden. Somit dürfte Gruppe 2, die von günstigeren Preisen profitiert, oft größer sein als Gruppe 1, die teurere Preise bezahlen muss. Auch diese Betrachtung legt einen Wohlfahrtsgewinn der Konsumenten nahe. Anderseits dürften mit den höheren Preisen beim günstigeren Anbieter Nachfrageverluste einhergehen, was Gesamtwohlfahrtsverluste andeutet. Entscheidend könnte der Vergleich von Gruppe 1, die beim günstigeren Anbieter nun einen höheren Preis zahlt, und Gruppe 3 sein, die aufgrund ihres Wechsels nun einen geringeren Preis zahlt. Das Gesamtergebnis ist also unklar und dürfte von den konkreten Nachfrageelastizitäten abhängen.

bb) Händlerdifferenzierung bei komplementären (Service-)Leistungen

Die Intuition des Signalings lässt sich auch auf eine Situation übertragen, in der die Produkte keine horizontale Differenzierung aufweisen, die Händler identischer Produkte aber unterschiedliche Service-Niveaus anbieten.²¹⁴ Dies wurde von den Autoren als „vertikale Differenzierung“ bezeichnet. Auch dort kann sich ein „Separating Equilibrium“ ergeben, in dem der Händler mit geringeren Service-Leistungen seine infolgedessen günstigeren Preise signalisiert und aus der Gruppe uninformierter Kunden solche ohne Zusatznutzen aus einer Verkaufsdienstleistung gewinnt, andere dagegen zum Händler mit umfangreicheren Service-Angeboten ziehen. Insgesamt führt das Modell zwar zu einer besseren Selbstzuordnung der Konsumenten inklusive dadurch erhöhter Geschäftsabschlüsse beim preiswerteren Unternehmen.²¹⁵ Gleichzeitig erhöhen sich aber die Preise *beider* Händler. Dies liegt an folgender – vom vorherigen Papier abweichenden – Annah-

213 Auf Seite der Produzenten wächst die Wohlfahrt des günstigeren Unternehmens, während die Wohlfahrt des teureren Unternehmens sinkt.

214 Moorthy/Zhang, (43) J. of Marketing Research 2006, 156-167; siehe noch später zu den empirischen Befunden dieser Veröffentlichung: S. 108 ff.

215 Dies beruht auf der Annahme, dass uninformierte Kunden in diesem Modell nur ein Geschäft aufsuchen. Falls sie einen teuren Anbieter erwischen, kaufen sie mög-

me über uninformede Kunden. Hier sind die uninformeden Kunden nicht bedingungslos an günstigsten Preis interessiert. Sie haben ebenso wie die informeden Kunden eine Service-Präferenz. Angesichts der Preisentsprechungsgarantie des Händlers mit niedriger Serviceleistung lernen sie mittelbar über das Service-Niveau der anderen Anbieter und kaufen teilweise auch dort. Somit gewinnt auch das teurere Unternehmen Käufer mit unelastischer Nachfrage hinzu, sodass Preisaufschläge möglich sind. Aufgrund der größeren Anzahl von Geschäftsabschlüssen dürfte insgesamt eine Wohlfahrtssteigerung vorliegen. Freilich kommt es aufgrund höherer Preise ebenso zu einer finanziellen Umverteilung von den Konsumenten zu den Händlern, sodass unklar ist, ob dieses Szenario tatsächlich als prokompetitiv bezeichnet werden sollte. Man könnte auch davon sprechen, dass alle informeden Käufer die bessere Zuordnung der uninformeden Käufer mit höheren Preisen quersubventionieren.

cc) Mögliche schädliche Folgen einer Signalwirkung

Es scheint zudem denkbar – auch wenn kein ausführliches Modell hierzu vorliegt –,²¹⁶ dass (vormals informede) Kunden in Reaktion auf eine Preisgarantie ihr Suchverhalten einschränken und ein verlässliches Signal für tatsächlich günstige Preise vermuten. Ein reduziertes Suchverhalten²¹⁷ ließe sich auch durch eine vom Anbieter automatisch vollzogene Preis-anpassung erklären, bei der – ohne sonstige Aufwandskosten und ohne Kenntnis der Konkurrenzpreise – schlicht nur um Überprüfung der Preisgarantie gebeten werden muss. Bei unvollständiger Inanspruchnahme der Preisgarantie ermöglicht ihre Verwendung jedenfalls eine Diskriminierung zwischen (nunmehr) uninformeden, am niedrigsten Preis interessierten

licherweise nicht, da der service-bedingt höhere Preis ihre Zahlungsbereitschaft übersteigt.

216 Siehe aber andeutungsweise: *Zhuo*, (65) J. of Ind. Econ. 2017, 719, 722: „*An even simpler search theory may also explain why prices might rise when price-match guarantees are present. Under this theory, a significant fraction of consumers would simply mistakenly assume that price-match guarantees are signals for low prices and cease searching. With reduced search, we would also expect prices to increase.*“; davor bereits: *Edlin*, (111) Harvard Law Rev. 1997, 528, 546; auch *Belton*, (5) Int. J. of Ind. Org. 1987, 399, 401 geht davon aus, dass Preisgarantien im Vertrauen auf authentisch signalisierte günstige Preise die Suchanstrengungen mancher Konsumenten verringern können.

217 Vgl. etwa die experimentelle Evidenz von *Srivastava/Lurie*, (28) J. of Consumer Research 2001, 296-307.

Kunden und informierten, aber bei identischem Preis das eigene Produkt bevorzugenden Kunden. Es greift das von eben bekannte Argument einer inelastischeren Nachfrage, wodurch höhere Preise verlangt werden könnten. Angenommen die Gruppe der vollinformierten Konsumenten würde in Anbetracht der Preisgarantie schrumpfen, würde dies ggfs. auch den Preisdruck des anderen Unternehmens reduzieren (strategische Komplementarität). Anders als im Modell von *Moorthy/Winter* wäre eine Senkung der Preise, um mehr Kunden aus der Gruppe der informierten Kunden zu gewinnen, weniger attraktiv, da diese Gruppe geschrumpft ist.

Dieser Intuition kommt noch am ehesten das Modell von *Mamadehusene* nach. Wenn uninformierte Kunden deswegen uninformiert sind, weil sie hohe Suchkosten haben und sich „nur“ darauf verlassen können, dass ein PMG-Händler auch tatsächlich niedrige Preise hat, kann dieser Händler infolgedessen die Preise (leicht) anheben kann, weil die Nachfrage wegen des höheren Anteils uninformerter Kunden unelastischer ist.²¹⁸ Damit erfolgt in heterogenen Märkten eine gewisse Preisangleichung nach oben.

Insgesamt bewegt man sich bei diesen Modellen allerdings bereits in Annahmen über das Such- und Kaufverhalten der Konsumenten, dem sich ein eigener Forschungszweig zugewandt hat, welchem der nachfolgende Abschnitt gewidmet ist.

dd) Fazit zu Signaling-Modellen

Unter bestimmten Annahmen, insbesondere hinsichtlich der Größe eines Preisdifferentials zwischen konkurrierenden Unternehmen und der Größe unterschiedlicher Konsumentengruppen, kann in der Tat gezeigt werden, dass Preisgarantien eine Signalfunktion für über die Preise nicht informierte Kunden ausüben können. Ob sie in solchen Szenarien allerdings tatsächlich wettbewerbsfreundlich sind, hängt von weiteren Details hinsichtlich der einzelnen Konsumentengruppen ab. Sollten uninformierte Konsumenten eine Produktpräferenz haben und sich angesichts des Informationsgewinns in Teilen dem teureren Unternehmen zuordnen, kann sich auch für dieses Unternehmen ein Anreiz zur Preissteigerung ergeben.

218 *Mamadehussene*, (56) J. of Marketing Research 2019, 245-258.

d) Modelle mit Suchverhalten der Konsumenten

Während sich die bisherigen Modelle primär auf das Preissetzungsverhalten von Unternehmen bei gegebenen Konsumentencharakteristika (verschiedene Gruppen mit unterschiedlicher Zahlungsbereitschaft, unterschiedlicher Information, unterschiedlicher Präferenz, etc.) konzentriert haben, ist ebenso denkbar, das Konsumentenverhalten komplexer zu modellieren. Insbesondere liegt es nahe, davon auszugehen, dass die Anwesenheit von Preisgarantien in einem Markt zu verändertem Suchverhalten der Konsumenten führt. Verändert sich das Suchverhalten von Konsumenten, sobald ein oder mehrere Unternehmen eine Preisgarantie aussprechen, und ändert sich damit auch ihre Nachfrage, ist nicht *a priori* klar, wie sich die Preisstrategien verändern. Dies hängt vielmehr von Annahmen über das Such- und spätere Kaufverhalten von Konsumenten ab.²¹⁹

Suchmodelle unterteilen sich in Modelle sequentieller und nicht-sequentieller Suche.²²⁰ Bei der *sequentiellen Suche* wird bis zum Eintreten eines vorher definierten Ergebnisses, etwa das Auffinden eines Produkts unterhalb eines gewissen Reservationspreises, gesucht. Übertragen auf konkretes Einkaufsverhalten würden also sprichwörtlich so lange Läden oder Web-sites abgeklappert, bis ein gewisses Angebot²²¹ gefunden wird. Bei der *nicht-sequentiellen Suche* dagegen wird eine vorher festgelegte Menge an Informationen über Anbieter und Preise erhoben. Man kann sich etwa vorstellen, dass nur ein ex ante festgelegter Zeitraum für die Suche besteht, dieser aber auch ausgenutzt wird.

219 Die oben vorgestellten Signaling-Modelle könnten theoretisch ebenso als Suchmodelle begriffen werden, die allerdings denkbar einfache Annahmen über das „Suchverhalten“ der Kunden haben. Eine Gruppe informiert sich vollständig, die andere dagegen gar nicht, reagiert aber in gewisser Weise auf die Preisgarantie.

220 Knappe Zusammenfassung bei *Belleflamme/Peitz*, Industrial Organization – Markets and Strategies, 2. Aufl. 2015, S. 162 ff.; ausführlicher Survey bei *Baye/Morgan/Scholten*, in: Hendershott (Hrsg.), Handbook in Information Systems, Vol. 1: Economics and Information Systems, Chapter 6: Information, Search, and Price Dispersion, 2006, S. 323-370.

221 Beispiel: Ein so günstiger Preis, dass die weitere Suche keine erwartbar besseren Resultate mehr hervorbringt.

aa) Modelle nicht-sequentieller Suche

*Edlin*²²² hat als erster einen Zusammenhang zwischen dem Suchverhalten von Konsumenten und dem Verwendungsgrad von Preisentsprechungsgarantien in einem Markt festgestellt. Dies ging von der Beobachtung aus, dass selten alle Unternehmen eines Marktes eine Preisentsprechungsgarantie verwenden. Bei homogenen Gütern sei dies in simplen spieltheoretischen Modellen (s.o.) zwar Voraussetzung dafür, dass Preissenkungen eines einzelnen Unternehmens ggfs. nicht mehr profitabel wären. Für eine profitable Preissenkung muss es eine Restmenge von Unternehmen geben, die keine Preisgarantie anbieten und deren „informierte“ Kunden abgeworben werden können. Außerdem müssen die Verluste bei den nichtinformierten Kunden kleiner sein als die Zugewinne durch informierte Kunden. Dies entspricht der Logik in den Signaling-Modellen, beruhe aber häufig auf der Annahme eines Segments perfekt informierter Konsumenten, die schnell auf einen niedrigeren Preis reagieren. Nimmt man dagegen an, dass das Suchverhalten dieser Gruppe mit der Preisstreuung zusammenhängt, von der die Kunden wissen oder die sie erwarten,²²³ kann sich ein Gleichgewicht einstellen, in dem die Unternehmen einheitlich den Monopolpreis setzen, aber nicht alle Unternehmen eine Preisgarantie verwenden müssen, um das Preisniveau zu stützen. Ist die (erwartete) Preisstreuung nämlich ausreichend klein oder das Suchverhalten der (potentiell informierten) Kunden aus anderen Gründen nicht intensiv genug, kann ein einzelnes Unternehmen durch eine negative Abweichung vom Monopolpreis nicht ausreichend Suchverhalten induzieren. Ebenso wenig erzielt es dann einen ausreichend großen Mengeneffekt,²²⁴ der den Preiseffekt bei den nichtinformierten Kunden ausgleichen könnte. Der Nutzen dieses Gedankenexperiments für die Einschätzung der Wettbewerbsverhältnisse ist zwar gering; allerdings kann es als Hinweis darauf verstanden werden, dass nicht nur dann Vorsicht geboten ist, wenn alle Unternehmen in einem Markt eine Preisgarantie verwenden.

222 *Edlin*, (111) Harvard Law Rev. 1997, 928, 539 ff. sowie 573 ff. (Appendix A); siehe auch die Zusammenfassung bei *Zhuo*, (65) J. of Ind. Econ. 2017, 719, 722.

223 Hier ähnelt die Annahme den Modellen sequentieller Suche, bei denen das Suchverhalten auch endogen von der Preisstreuung abhängt, vgl. später etwa den Beitrag von *Jiang/Kumar/Ratchford*, (63) Management Science 2017, 3489-3513.

224 Es geht nur um die wechselwilligen, informierten Kunden, die vormals bei Unternehmen gekauft hätten, die keine Preisgarantie verwenden.

(1) Heterogene Präferenzen und Suchkosten

Eines der früheren Suchmodelle im Kontext von Preisentsprechungsgarantien wurde 2001 vorgelegt.²²⁵ Die Autoren modellieren ein Duopol mit heterogenen Konsumentengruppen, die sich in zwei Dimensionen voneinander unterscheiden. Zum einen gibt es Kunden mit einer hohen und niedrigen Loyalität zu einem von zwei Handelsunternehmen; zum anderen gibt es Kunden mit hohen, mittleren und niedrigen Suchkosten. Widersprüchliche Kombinationen dieser zwei Dimensionen werden gestrichen (hohe Loyalität bei niedrigen Suchkosten; niedrige Loyalität bei hohen Suchkosten), sodass vier Kundensegmente verbleiben. *Loyale Käufer* (hohe Loyalität & hohe Suchkosten) kaufen immer nur in demselben Geschäft. Sie lassen sich von einer Preisgarantie nicht beeinflussen.²²⁶ *Opportunistisch loyale Käufer* (hohe Loyalität & mittlere Suchkosten) haben eine Präferenz für einen der beiden Läden, können aber nur in geringem Umfang Preise vergleichen. Bei einer Preisgarantie ihres Lieblingsanbieters würden sie ihren limitierten Suchaufwand auf die Preise des Konkurrenten beschränken, um dessen möglicherweise günstigeren Preis bei ihrem bevorzugten Anbieter geltend zu machen. *Bargain Shoppers* (niedrige Loyalität & mittlere Suchkosten) haben keine strikte Präferenz für eines der beiden Geschäfte, sind aber ebenso limitiert in ihrem Suchverhalten. Auch sie suchen daher nur nach dem Preis eines Ladens. Bietet nur ein Laden eine Preisgarantie an, suchen sie den Preis des anderen Ladens, um im Garantie bewährten Laden sicher den günstigsten Preis zu erhalten. *Wechsler* haben eine niedrige Loyalität und niedrige Suchkosten. Sie kaufen strikt dort, wo der günstigste Preis angeboten wird. Ähnlich wie die loyalen Kunden lassen sie sich nicht von einer Preisgarantie beeinflussen.²²⁷ Basierend auf diesen Kundengruppen wird ein zweistufiges Spiel analysiert, in dem alle Unternehmen zunächst simultan entscheiden, ob sie eine Preisgarantie verwenden und anschließend – ebenso simultan und in Kenntnis der Entscheidungen aus Stufe eins – ihre Preise setzen. Aus oben bereits genannten Gründen, werden für die Zwecke dieser Arbeit lediglich die Gleichgewichte betrachtet, in denen mindestens ein Unternehmen eine Preisgarantie verwendet. Hier zeigt

225 Chen/Narasimhan/Zhang, (20) Marketing Science 2001, 300-315.

226 Hinsichtlich dieses Segments weist die Modellierung also Verwandtschaft zur Theorie der Preisdiskriminierung auf.

227 Dies könnte auch als Rationalität verstanden werden, da sie sich sonst selbst schädigen, vgl. eine ähnliche Annahme bei Jiang/Kumar/Ratchford, (63) Management Science 2017, 3489-3513, dazu S. 102 f.

sich, dass es je nach Größenverhältnissen der einzelnen Konsumentengruppen zu unterschiedlichen Preiseffekten kommen kann. Allgemein gilt (bei gleicher Anzahl von opportunistisch loyalen und Bargain Shoppers), dass Preisgarantien umso eher zu hohen Preisen führen, desto kleiner die Gruppe der *Wechsler* ist.

Exkurs: Das Vorhandensein eines solchen Konsumentensegments, dessen Angehörige immer dort kaufen, wo es am günstigsten ist, keine (Hersteller-)Präferenz und zudem verschwindend geringe Suchkosten haben, scheint die entscheidende, gleichzeitig aber auch die fragilste Annahme des Modells zu sein. Es ist schwer vorstellbar, dass Konsumenten keine Präferenzen und keine Suchkosten haben. Noch schwerer vorstellbar ist in diesem Zusammenhang, dass selbst in Anbetracht einer Preisgarantie strikt beim (nach angekündigten Preisen) günstigsten Unternehmen gekauft wird. Insofern erscheinen die Gleichgewichte mit Preisgarantie(n) und suprakompetitiven Preisen bedeutend wahrscheinlicher.

(2) Örtliche Kundenpräferenzen

Wenn man davon ausgeht, dass ein Geschäft örtlich aufgesucht werden muss, um die dortigen Preise in Erfahrung zu bringen,²²⁸ steht selbst bei Vorliegen einer gewissen Kundenpräferenz nicht fest, dass ein andernorts gefundener günstigerer Preis zwingend beim bevorzugten Geschäft geltend gemacht wird. Dies ist umso unwahrscheinlich, als hierfür eine Rückreise und damit Suchkosten (mindestens jedoch gewisse Opportunitätskosten) erforderlich wären. Ausgehend von dieser Intuition wurde ein (stark vereinfachtes) Modell aus Elementen eines Duopols mit differenzierten Gütern mit einem gewissen Suchverhalten der Konsumenten vorgelegt.²²⁹ Unter dieser Spezifikation (d.h. gewissen Suchkosten) kommt es im spieltheoretischen Gleichgewicht zu garantiebedingt überhöhten Preisen, wenn *beide* Unternehmen eine Preisentsprechungsgarantie verwenden.

228 Die Argumentation gilt genauso auch für das Suchverhalten auf Internet-Webseiten.

229 Mao, (26) Managerial & Decision Econ. 2005, 367-372.

(3) Zusammenspiel von Such- und Aufwandskosten

Ferner wurde ein räumliches Duopol-Modell (Hotelling-Linie) vorgelegt,²³⁰ in dem das Zusammenspiel von Transportkosten, Suchkosten und Aufwandskosten untersucht wurde. Darin basiert die Kaufentscheidung der Konsumenten grundsätzlich auf der Minimierung von Preis und Transportkosten. Besteht nun die Möglichkeit, eine Preisentsprechungsgarantie einzulösen, müssen zusätzlich Such- und Aufwandskosten berücksichtigt werden. Suchkosten entstehen, um den zweiten Preis ausfindig zu machen; Aufwandskosten entstehen bei der Geltendmachung der Preisgarantie. Transportkosten sind die typischen Reisekosten des Hotellings-Modells, also die Distanz zwischen dem eigenen Standort und dem Standort eines Anbieters. Das mathematisch anspruchsvolle Modell, das zu Gleichgewichten in gemischten Strategien führt (d.h. es werden wechselnd mit gewisser Wahrscheinlichkeit Preise aus einer gewissen Bandbreite gezogen), kommt zu dem Ergebnis, dass Preisgarantien Teil der Gleichgewichtsstrategie mindestens eines Unternehmens werden, wenn die Aufwandskosten hinreichend niedrig oder die Suchkosten hinreichend hoch sind.

bb) Modelle sequentieller Suche

Die nachfolgenden Beiträge ähneln Varianten des bekannten Suchmodells von *Stahl*,²³¹ weisen untereinander aber verschiedene Entscheidungsstrukturen der beteiligten Akteure auf oder weichen in weiteren Annahmen voneinander ab. Zentral ist die Unterscheidung zwischen einer Gruppe informierter Kunden, die alle Preise im Markt kennt (sog. „*shopper*“) und einer Gruppe nicht-informierter Kunden (sog. „*non-shopper*“), die (nur) solange sucht, bis ein Anbieter gefunden wurde, der das betrachtete Gut zu einem Preis anbietet, der unterhalb der Reservationspreise des Kunden für alle weiteren, noch zu prüfenden Anbieter liegt.

230 Baake/Schwalbe, Price Guarantees, Consumer Search, and Hassle Costs (Conference Paper), in: Beiträge zur Jahrestagung des Vereins für Socialpolitik 2013: Wettbewerbspolitik und Regulierung in einer globalen Wirtschaftsordnung - Session: Oligopoly No. G14-VI; vorsichtshalber sei darauf hingewiesen, dass es sich bei der Publikation um ein Diskussionspapier handelt, das noch in keiner wirtschaftswissenschaftlichen Fachzeitschrift veröffentlicht wurde und folglich auch noch keiner Peer-Review unterzogen wurde.

231 Stahl, (79) Am. Econ. Rev. 1989, 700-712.

Definition: Die eigene Zahlungsbereitschaft bemisst sich danach, ob – gegeben einen ersten beobachteten Preis und positiven weiteren Suchkosten – ein Angebot zu erwarten ist, das so günstig ist, dass es auch die Suchkosten kompensiert. Es handelt sich um einen Erwartungswert.

(1) Geltung der Preisgarantie bis zum Vertragsschluss

Die Modelle unterscheiden sich ferner in der Art von Preisentsprechungsgarantie, die untersucht wird. Einige Publikationen gehen von Preisgarantien aus, die (nur) bei Vertragsschluss geltend gemacht werden können. Andere Publikationen behandeln Preisgarantien, die auch noch rückwirkend im Wege eines Ausgleichsanspruch geltend gemacht werden können. Hier sei zunächst auf den ersten Fall eingegangen.

(a) Nutzung der Preisgarantie durch vollinformierte Kunden

Interessante Einsichten liegen in der vermuteten Reaktion preissensitiver Kunden auf das Vorliegen einer Preisgarantie.²³² Angenommen, es gebe eine Gruppe informierter Kunden im Markt, die keine Suchkosten hat und am günstigsten Preis für ein eher homogenes Gut interessiert ist. In einem Markt ohne Preisgarantien kauft diese Gruppe beim günstigsten Anbieter. Verwendet ein teurerer Anbieter dagegen eine Preisgarantie, scheint es nicht abwegig, dass Teile dieser informierten Kundengruppe nicht mehr beim günstigsten Anbieter kaufen, sondern es vorziehen, diesen Preis unter Inanspruchnahme der Preisgarantie beim eigentlich teureren Unternehmen zu erwirken. Dies mag etwa darauf zurückzuführen sein, dass sie eine gewisse Präferenz für dessen Produkt haben oder aber, dass sie „deal-prone“ sind,²³³ also einen Zusatznutzen daraus ziehen, ein vermeintlich besonders gutes Angebot gefunden zu haben. Auch dies vermag die Anziehungskraft einer Preisgarantie zu erklären. Wenn der günstigere Anbieter infolge der Preisgarantie seines teureren Konkurrenten nun nicht mehr die gesamte Nachfrage aller informierten Kunden bedient, setze dies einen Anreiz die Preise zu steigern, etwa um vormals geopferte Einkünfte aus Verkäufen an uninformed Kunden auszunutzen.

232 Yankelevich/Vaughan, (82) Southern Econ. J. 2016, 1186-1211.

233 A.a.O., 1190.

Exkurs: Hierbei handelt es sich um dieselbe Logik, die für den günstigeren Anbieter im „Signaling“-Modell von *Moorthy/Winter* gilt (vgl. S. 88 ff.). Im dortigen Separating Equilibrium kann dieser seine Preise anheben, weil er mehr uninformatierte Nachfrager bedient, wodurch die elastischere Nachfrage der verbliebenen informierten Kunden für ihn unbedeutender wird. Hier röhrt der Anreiz, Preise anzuheben, ebenfalls daher, dass der Anbieter weniger informierte Kunden bedient; dies entspricht dem relativen Bedeutungszuwachs der uninformatierten Kunden.

Wenn die Gruppe nicht-informerter Kunden diese Entwicklung dagegen antizipiert und in ihre Zahlungsbereitschaft einfließen lässt, wird die sequentielle Suche ggfs. schon früher als sonst bei einem vergleichsweise höheren Preis unterbrochen, da im Erwartungswert nicht mehr damit gerechnet wird, noch einen niedrigeren Preis zu finden. Somit schwächt das Vorhandensein einer Preisgarantie den Suchanreiz dieser Gruppe, wodurch sich der Wettbewerbsdruck der Anbieter untereinander abschwächt. Insgesamt führt die Verwendung einer Preisgarantie daher zu höheren Preisen.

(b) Längere Produktsuche bei steigenden Grenzkosten

Geht man davon aus, dass die Produktsuche und der Preisvergleich steigende Grenzkosten haben,²³⁴ könnten Preisgarantien die Produktsuche verlängern, dadurch gleichzeitig aber auch die Zahlungsbereitschaft erhöhen, da ab einem gewissen Punkt alle weiteren Suchanstrengungen sehr kostspielig würden.²³⁵ Die Logik hinter dieser Erwägung ist wie folgt: In Anwesenheit von Preisentsprechungsgarantien ist selbst kostspielige Produktsuche lohnender, da man zu jedem Zeitpunkt nicht nur das aktuell betrachtete Produkt (etwa im Laden) erwerben kann, sondern auch einen in der Vergangenheit andernorts beobachteten Preis geltend machen kann.²³⁶ Da nun länger gesucht wird, verschiebt sich der Entscheidungszeitpunkt nach hinten. Zu diesem Zeitpunkt sind die Grenzkosten weiterer Suche unter Umständen höher, sodass konsequenterweise auch die Zahlungsbereitschaft für

234 Man denke etwa daran, dass der Suchradius immer weiter erhöht werden muss und weitere Wege anfallen oder dass nur eine gewisse Zeit für die Suche eingeplant war und danach die Opportunitätskosten eines Kunden wachsen.

235 *Lin*, (55) *Southern Econ. J.* 1988, 57-69.

236 Vgl. zu dieser Intuition auch *Edlin*, (III) *Harvard Law Rev.* 1997, 528, 544, Fn. 53: Shopper würden ihren letzten Halt bei einem Unternehmen mit Preisgarantie machen, um dort entweder noch einen absolut günstigeren Preis zu erhalten oder jedenfalls einen der vorherigen Preise mittels der Garantie zu erhalten.

das Gut steigt, um weitere kostspielige Suche zu vermeiden. Erkennen Unternehmen dies, können Sie die verlängerte Produktsuche durch insgesamt höhere Preise ausnutzen.

(2) Nachträgliche Geltung der Preisgarantie auch nach Vertragsschluss

Andere Modelle gehen von retroaktiven Preisentsprechungsgarantien aus.²³⁷ Diese gelten auch nach Vertragsschluss noch für eine gewisse Zeit, sodass Verbraucher die Möglichkeit haben, (auch oder erst) nachträglich einen Preis- und Produktvergleich zu betreiben und eine etwaige Preisdifferenz im Wege eines Ausgleichsanspruchs geltend zu machen. Die Möglichkeit späterer Produktsuche kann freilich den Suchaufwand im Vorfeld des Vertragsabschlusses beeinflussen. Ebenso ist es denkbar, dass gewisse Kundensegmente erst nach einem Geschäftsabschluss zur Suche fähig sind,²³⁸ in weiser Voraussicht aber bereits auf eine entsprechende Garantie reagieren. Es liegen zwei Beiträge vor, die unter voneinander abweichenden Modellannahmen zu unterschiedlichen Ergebnissen kommen. In einem Fall schädigen derartige retrospektive Preisgarantien den Wettbewerb; im anderen Fall befeuern sie ihn.

(a) Antikompetitive Wirkung?

In einem Modell mit informierten und uninformatiengen Käufern kam ein Autorenduo zu dem Ergebnis, dass Preisentsprechungsgarantien die Zahlungsbereitschaft²³⁹ (Reservationspreise) der schlecht informierten Käufer erhöhen und es damit den Anbietern ermöglichen, ihre Listenpreise zu erhöhen.²⁴⁰ Dies gilt – aufgrund von strategischer Komplementarität – auch für Anbietern, die selbst keine Preisgarantie ausgesprochen haben, was

237 Siehe auch schon Belton, (5) Int. J. of Ind. Org. 1987, 399, 401 a.E.

238 Gemeint sind Fälle, in denen etwa Haushaltsgeräte überraschend kaputt gehen und schnell ersetzt werden müssen.

239 Vgl. nochmals das unmittelbar vorstehend beschriebene Papier, wo die steigende Zahlungsbereitschaft auf höhere Grenzkosten bei längerer Suche zurückzuführen sind; hier – so könnte man argumentieren – handelt es sich um gestiegene Opportunitätskosten einer weiteren Suche ab dem Zeitpunkt, an dem ein Garantie auslobendes Unternehmen gefunden wurde und die Chance besteht, später noch gratis von einem günstigeren Preis zu erfahren.

240 Janssen/Parakhonyak, (31) Int. J. of Ind. Org. 2013, 1-11.

die Autoren als Trittbrettfahren bezeichnen. In ihrem Modell gibt es zwei Gruppen von Käufern, die eine identische Produktwertschätzung haben. Falls der Preis ihre Zahlungsbereitschaft nicht übersteigt, kaufen sie das Produkt genau einmal. Die Gruppe der „Shopper“ hat keine Suchkosten und ist demnach vollinformiert über die Preise aller Anbieter. Die Gruppe der „Non-Shopper“ dagegen muss kostspielige, sequentielle Produktsuche betreiben. Allerdings besteht für sie die Möglichkeit nachträglich, kostenlos (etwa durch eine befreundete Person) von einem günstigeren Preis zu erfahren. Zu einem gegebenen Zeitpunkt lohnt es sich für sie daher unter Umständen nicht mehr, vor Geschäftsabschluss noch einen weiteren Laden zu besuchen. Stattdessen nehmen sie den bisher günstigsten Preis bei einem Garantie auslobenden Unternehmen in Anspruch und hoffen darauf, den Preis des noch nicht besichtigten Anbieters später kostengünstiger zu erfahren. Eine ähnliche Vermutung wurde bereits früher hinsichtlich der unternehmerischen Motivation zur Verwendung fortgeltender Preisgarantie geäußert: Die Zahlungsbereitschaft der (ex ante) schlecht informierten Kundengruppe solle angesichts einer rückwirkenden Preisgarantie gesteigert werden,²⁴¹ da auch nach dem Kauf noch mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit Kenntnis über niedrigere Preise erlangt und eine Rückerstattung der Preisdifferenz geltend gemacht werden könne.

(b) Prokompetitive Wirkung?

Andere Autoren kommen in einem sequentiellen Suchmodell zu dem Schluss, dass Preisentsprechungsgarantien unter Umständen auch den Wettbewerb intensivieren können.²⁴² Das Modell geht von drei Konsumentensegmenten aus: *Shoppern*, *Non-Shoppern* und *Refundees*.

Shopper haben nie Suchkosten und kaufen stets, d.h. selbst in Anbetracht einer Preisgarantie, beim (tatsächlich) günstigsten Unternehmen. Sie reagieren also nicht auf die Preisgarantie.

Exkurs: Dies ist eine Rationalitätsannahme: Würden sie in (blinder) Loyalität vom PMG-Unternehmen kaufen, könnte dieses (zunächst) einen höheren Preis verlangen, dem sich auch das zweite Unternehmen (strategische

241 Ähnliche Annahme auch bei *Arbatskaya/Hviid/Shaffer*, (47) J. of Law & Econ. 2004, 307, 310: Rückwirkend geltende Preisgarantien sollen die Kunden zu frühzeitigeren Kaufabschlüssen drängen; siehe auch *Zhang*, Three Essays on low-price guarantees, 2005, Kapitel 3, S. 95 ff.

242 *Jiang/Kumar/Ratchford*, (63) Management Science 2017, 3489-3513.

Komplementarität) anpassen könnte. Somit würde auch eine spätere Geltdmachung der Garantie wenig bringen. Daher belohnen sie das tatsächlich günstigste Unternehmen, damit dieses durch eine Preissenkung auch tatsächlich Mengenvorteile erzielt und ein entsprechender Anreiz verbleibt.

Non-Shopper dagegen haben zu jeder Zeit hohe Suchkosten und wählen das Unternehmen mit geringerem Reservationspreis.

Definition: Der Reservationspreis ergibt sich aus den Erwartungen über die Preisverteilung eines Unternehmens zuzüglich der Suchkosten. Angenommen, man erwartet bei einem Unternehmen im Mittel einen Preis von 10€ und die Suchkosten, diesen Preis in Erfahrung zu bringen, betragen 1€, dann liegt der Reservationspreis bei 11€. Hat man bisher kein günstigeres Angebot als 11€ gefunden, erkundigt man sich über den Preis. Hat man zuvor bereits ein unter 11€ liegendes Angebot gefunden, kauft man dort und spart den Suchaufwand, der in Erwartung keinen mindestens gleich hohen Nutzen hat.

Refundees haben vor dem Kauf hohe, nach dem Kauf dagegen niedrigere Suchkosten. In Abwesenheit einer Preisgarantie verhalten sie sich wie Non-Shopper. In der Gegenwart einer Preisgarantie kaufen sie beim auslobenden Unternehmen, um rückwirkend eine für sie kostengünstigere Produktsuche durchzuführen und noch nachträglich von etwaig günstigeren Preisen zu profitieren.

Zwei wettbewerbsfördernde Kanäle werden identifiziert. Zum einen seien Unternehmen in der Gegenwart von Preisgarantien dazu gezwungen, größere Preisnachlässe zu gewähren. Dies hängt nicht etwa mit der Geltdmachung der Preisgarantie zusammen, aufgrund derer man sich gelegentlich den günstigeren Preisen der Konkurrenz anpassen müsste. Viel eher erhöht das Suchverhalten in solchen Modellen den Wettbewerbsdruck, sodass im gemischten Gleichgewicht häufiger ein niedrigerer Preis gespielt wird. In der Dichtefunktion verschiebt sich Wahrscheinlichkeitsmasse zugunsten günstigerer Preise. Da hierdurch das endogene²⁴³ Suchverhalten der Konsumenten intensiviert wird, gibt es einen Anreiz, die Ausgangspreise (das obere Ende des Preiskorridors) abzusenken, um Konsumenten von nachträglichem Suchverhalten abzuhalten,²⁴⁴ wenn die erwarteten Erspar-

243 Weiteres Suchverhalten hängt vom Reservationspreis und damit von den Erwartungen über die Preisverteilung ab.

244 Ähnlich: *Arbatskaya*, „Buy Now, Search Later: A Model of Low-Price Guarantees with Post-Purchase Search“, bisher unveröffentlichtes Working Paper 2005, abrufbar

nisse (gegeben eine gewisse Produktwertschätzung) die Suchkosten nicht mehr übersteigen. Den Mechanismus bezeichnen die Autoren als „*Primary*“ und „*Secondary Competition Intensifying Effect*“.²⁴⁵

Ob es im Gleichgewicht zur Verwendung von Preisgarantien kommt und falls ja, von wie vielen Unternehmen, hängt (mal wieder) von der Größe der einzelnen Konsumentensegmente ab. Im Einzelfall kann es wegen des Nachfrageeffekts der *Refundees*²⁴⁶ für ein Unternehmen lohnender sein, eine Preisgarantie zu verwenden. Die Gleichgewichtsreaktion des anderen Unternehmens, muss jedoch nicht zwingend darin liegen, mit einer eigenen Preisgarantie dagegen zu halten. In Gleichgewichten mit Preisgarantien werden durchschnittlich geringere Preise gespielt. Verwendet in einem Gleichgewicht nur ein Unternehmen eine Preisgarantie, findet eine Umverteilung der Gewinne vom nicht-verwendenden Unternehmen zum auslobenden Unternehmen statt. Höhere Gewinne durch den Mengeneffekt von den Refundees gleichen den Erst- und Zweitpreiseffekt aus.

Letztlich gilt die Erkenntnis, dass bestimmten Konsumenten durch die Preisgarantie eine nachträgliche Produktsuche ermöglicht wird, die andernfalls nicht möglich wäre. Produktsuche erhöht in Modellen dieses Typs den Wettbewerbs- und Preisdruck. Dennoch kann die Verwendung für mindestens ein Unternehmen lukrativ sein, wenn dessen Umsatzsteigerung infolge der Nachfrageexpansion in der Gruppe der Refundees (Mengeneffekt) größer ist als das Umsatzeinbußen aufgrund der dadurch geringeren Preise bei den restlichen Kunden (Preiseffekt) ist.

cc) Fazit zu Suchmodellen

Insgesamt liefern Suchmodelle ambivalente Ergebnisse, die stark von den Modellannahmen des Einzelfalls abhängen. Zahlenmäßig überwiegen Modelle, die Preisgarantien eine antikompetitive Wirkung zuschreiben. Wovon das kompetitive Ergebnis in den Suchmodellen abhängt, lässt sich anhand der folgenden Fragen runterbrechen.

unter: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=782334 (zuletzt: 08.03.2024).

245 Dabei kann man an Erst- und Zweitrundeneffekte denken; vgl. zur Begrifflichkeit im Kontext von nichtkoordinierten Effekten in der Fusionskontrolle: *Schwalbe/Zimmer*, Kartellrecht und Ökonomie, 3. Aufl. 2021, S. 301, 304.

246 Vgl. auch die „*Bargain Hunters*“ in *Zhang*, Three essays on low-price guarantees, 2005, Kapitel 3, S. 95 ff.

- Intensiviert eine Preisgarantie das Suchverhalten (mindestens) einer Konsumentengruppe? Dies könnte für eine Belebung des Wettbewerbs sprechen. Schwächt eine Preisgarantie das Suchverhalten einer – insbesondere der vormals informierten – Konsumentengruppe ab? Dann könnte der Wettbewerbsdruck geschwächt werden.
- Haben Käufer heterogene Präferenzen? Vor allem: Kaufen informierte (in aller Regel preissensitive) Kunden in Anbetracht einer Preisgarantie weiterhin strikt beim günstigsten Unternehmen oder machen sie die Preisgarantie bei einem teureren Unternehmen geltend? Umso größer diese Gruppe ist, desto eher muss von einer Schwächung des Wettbewerbs ausgegangen werden.
- Wächst die Gruppe informierter Kunden infolge der Preisgarantie? Dann wächst vermutlich auch der Wettbewerbsdruck. Etwas anderes gilt, wenn (vormals) informierte Kunden in Anbetracht einer Preisgarantie ihren Suchaufwand reduzieren.
- Verlängert sich das Suchverhalten vor Kaufabschluss? Falls dies zu einer (später) höheren Zahlungsbereitschaft führt, kann es zu Preissteigerungen kommen.

Insgesamt weist dieser Bereich noch kein hinreichendes Ausmaß an ordnender Klarheit auf, um wissenschaftlich gesicherte Empfehlungen für die Rechtsanwendung abzuleiten. Es ist gleichwohl darauf hinzuweisen, dass die meisten Beiträge in dieser Modellklasse den Preisentsprechungsgarantien antikompetitive Wirkung attestieren.

e) Konsequenzen für und von Markteintritten

Unabhängig davon, über welches Modell man zur Preissteigernden Wirkung von Preisentsprechungsgarantien gelangt, wurde darauf hingewiesen, dass sie womöglich noch weitere Wohlfahrtskosten hätten. Nicht nur führen etwaig erhöhte Preise zu Wohlfahrtsverlusten infolge der dadurch typischerweise geringeren umgesetzten Menge (klassischer „Deadweight-Loss“²⁴⁷). In ähnlicher Weise könnten bei erhöhten Preisen Markteintritte erfolgen, da weitere Unternehmen vom hohen Marktpreis profitieren möchten. Dies würde in Gegenwart von Preisgarantien unter Umständen

247 Statt vieler: *Morell*, in: *Towfigh/Petersen (Hrsg.)*, *Ökonomische Methoden im Recht*, 2. Aufl. 2017, S. 70; vgl. ferner: *Schwalbe/Zimmer*, *Kartellrecht und Ökonomie*, 3. Aufl. 2021, S. 25 f.

jedoch zu keiner Intensivierung des geschwächten Wettbewerbs führen. Es sei ebenso möglich, dass sich ein neues Unternehmen bei den künstlich erhöhten Preisen einreihe, die Gewinne im Markt mit der weiteren Partei geteilt würden, die bisherigen Unternehmen aber weder von ihren Garantiestrategien, noch von den gesetzten Preisen abwichen. Insbesondere in Industrien mit hohen Fixkosten würde dies aber zu einer redundanten Replikation der Produktionsanlagen bei unzureichender Kapazitätsauslastung führen.²⁴⁸

Auch im Modell zu Preisdiskriminierungen von *Png/Hirshleifer* führt der Zutritt weiterer Unternehmen nicht etwa dazu, dass sich der Wettbewerb intensiviert. Für eine gemeinsame Gewinnmaximierung muss dort mindestens ein Unternehmen den günstigeren Monopolpreis setzen, anderenfalls ist eine Preisspaltung nicht möglich. Wenn alle Unternehmen in einem gemischten Gleichgewicht randomisiert Preise aus einer gewissen Bandbreite (Wahrscheinlichkeitsfunktion über Preiskorridor) ziehen, sinkt mit steigender Anzahl der im Markt aktiven Unternehmen die Notwendigkeit, dieses Unternehmen zu sein. Unternehmen spielen also seltener einen niedrigeren Preis; sie müssen seltener an diesem *öffentlichen Gut* mitwirken.²⁴⁹

Es wurde nicht zuletzt untersucht, inwieweit unterschiedliche Formen von Tiefpreisgarantien dazu genutzt werden können, den Markteintritt eines neuen Konkurrenten in einen Monopolmarkt mit homogenem Gut abzuwehren.²⁵⁰ Eine ausführliche Diskussion solcher Beiträge scheint angeichts der Zielsetzung dieser Arbeit entbehrlich. In der vorliegenden Untersuchung stehen die Folgen von Preisgarantien in Märkten mit mehreren konkurrierenden Unternehmen im Vordergrund.

2. Empirische Untersuchungen mit Felddaten

Im Folgenden werden Forschungsarbeiten präsentiert, die mit in der Wirklichkeit erhobenen (Feld-)Daten arbeiten und somit eine Beschreibung der Realität vorzunehmen versuchen. In Abgrenzung dazu werden im dar-

248 *Edlin/Emch*, (47) J. of Ind. Econ. 1999, 145-167.

249 *Png/Hirshleifer*, (60) J. of Business 1987, 365 ff.: Mehr Unternehmen = höhere Preise (gemischte Strategien).

250 *Arbatskaya*, (19) Int. J. of Ind. Org. 2001, 1387-1406, siehe auch *Zhang*, Three essays on low-price guarantees, 2005, Kapitel 2, S. 65 ff. für ein entsprechendes Modell mit imperfekter Information (abrufbar unter: <http://dx.doi.org/10.20381/ruor-12866>, zuletzt am 29.02.24) sowie *Zimmer*, in: *Pohlmann/Kokott/Polley* (Hrsg.), FS für D. Schröder, 2018, S. 999, 1003.

auffolgenden Abschnitt Ergebnisse aus Labor- und Umfrage-Experimenten präsentiert. Vorweg sind einige einleitende Worte zu unterschiedlichen Forschungsdesigns geboten, um später die richtigen Schlüsse, insbesondere hinsichtlich kausaler Inferenz, aus den Publikationen zu ziehen.

In einer **Querschnittsstudie**²⁵¹ werden zu einem (häufig einheitlichen) Zeitpunkt Datenpunkte über verschiedene Forschungssubjekte oder -objekte (kurz: Beobachtungsgegenstände) hinweg erhoben und miteinander verglichen. Für Preisgarantien könnte eine entsprechende Forschungsfrage also lauten, wie sich für eine gewisse Produktklasse die Preise von Unternehmen mit Preisgarantie zu den Preisen von Unternehmen ohne Preisgarantie verhalten. Korrelieren Preisgarantien eher mit (relativ betrachtet) günstigen oder teuren Preisen? Dabei ist freilich Vorsicht geboten. Durch ein solches Forschungsdesign kann nicht in kausaler Weise belegt werden, ob die Preise aufgrund der Verwendung einer Preisgarantie teurer oder günstiger sind bzw. ganz allgemein, wie das Preisniveau in einem Markt ausfiele, würden keine Preisgarantien verwendet.

In einer **Zeitreihenstudie**²⁵² werden verschiedene Datenpunkte eines Beobachtungsgegenstandes zu unterschiedlichen Zeitpunkten erhoben. Eine auf Preisgarantien zugeschnittene Forschungsfrage könnte daher lauten, wie sich die Preise eines Unternehmens verändert haben, nachdem dieses (oder alternativ: ein Konkurrent) eine Preisgarantie eingeführt hat. Auch hier gilt erneut: Ohne Kontrolle auf alle denkbaren anderen Ursachen für eine Veränderung des Preises kann keine kausale Aussage darüber getroffen werden, dass tatsächlich die Preisgarantie für eine gewisse Entwicklung verantwortlich war.

Eine **Panelstudie/Längsschnittstudie**²⁵³ kombiniert die beiden oben beschriebenen Dimensionen miteinander. Es werden die Daten einer gleichbleibenden Gruppe von Beobachtungsgegenständen zu unterschiedlichen Zeitpunkten erhoben, sodass die Werte eines jeden Forschungsobjekts über einen gewissen Zeitverlauf vorliegen. Dergestalt können Entwicklungen miteinander verglichen werden. Als Beispiel für eine Forschungsfrage zu Preisgarantien könnte etwa untersucht werden, wie sich die Preise eines Unternehmens nach Einsatz einer Preisgarantie im Vergleich zu den Preisen anderer Unternehmen verändert haben, die eine solche Preisgarantie nicht verwenden. Auch hier müssen besondere Vorkehrungen getroffen werden, um kausale Aussagen über die Wirkungen einer Preisgarantie zu treffen. Im

251 Wooldridge, Introductory Econometrics, 5. Aufl. 2012, S. 5 ff.

252 Wooldridge, Introductory Econometrics, 5. Aufl. 2012, 8 f.

253 Wooldridge, Introductory Econometrics, 5. Aufl. 2012, 10 f.

konkreten Fall könnten etwa Spill-Over Effekte zu erwarten sein, da auch die Preise der anderen Unternehmen im Lichte der Preisgarantie angepasst worden sein könnten (siehe den oben ausführlich beschriebenen Entmutigungseffekt).

a) Studien zu Supermärkten und zum Einzelhandel

Es lässt sich zunächst eine Gruppe von Untersuchungen ausmachen, die sich mit der Verwendung von Preisentsprechungsgarantien im Bereich des Lebensmitteleinzelhandels und bei Handelsketten befassen, die im Endkundengeschäft Konsumgütern vertreiben. In allen drei Studien geht es um stationären Vertrieb („Brick & Mortar“). Studien zum Online-Vertrieb, insbesondere im Bereich der Haushaltswaren und -elektronik, werden später separat dargestellt.

aa) US-amerikanische Supermärkte

Die erste empirische Evidenz zur Wirkung von Preisgarantien wurde Anfang der 1990er Jahre vorgelegt. Es wurden die Preise von Supermärkten in den USA analysiert, nachdem einige teurere Supermärkte versprochen hatten, den günstigeren Preisen von umliegenden Discountern entsprechen zu wollen.²⁵⁴ Diese Preispolitik führte ausweislich der Analyse der Autoren zu Preissteigerung in Höhe von knapp unter 2% im ersten Jahr nach Einführung der Preisgarantie. Zwar entspricht das Zeitreihendesign der Studie nicht den heutigen Standards für kausale Inferenz bei natürlichen Experimenten (siehe hierzu noch auf S. 114 f.). Doch gelang es den Autoren immerhin, die Preissteigerung um die allgemeine Inflation bei Lebensmitteln zu bereinigen und argumentativ darzulegen, warum eine Erklärung der Preissteigerungen über Kostenanstiege unwahrscheinlich ist.

bb) Koreanische Hypermärkte

Supermärkte sind bis in jüngste Zeit ein relevantes Untersuchungsobjekt geblieben. Aus Südkorea liegt eine Studie über sog. Hypermärkte vor, die

254 Hess/Gerstner, (12) Managerial & Decision Econ. 1991, 305-315.

Einblicke in die Wirkungsweise von Preisentsprechungsgarantien zu geben verspricht.²⁵⁵ In Südkorea konkurrieren im Wesentlichen drei Ketten miteinander: *Homeplus*, *E-mart* und *Lotte Mart*. Im Juni 2013 lobte *Homeplus* eine Preisentsprechungsgarantie mit Bezug auf die Preise von *E-mart*, nicht dagegen mit Bezug auf die Preise von *Lotte Mart* aus. Die Preisgarantie konnte dabei ohne nennenswerte Aufwandskosten in Anspruch genommen werden. Ein etwaiger Preisunterschied zu *E-mart* wurde beim *Check-Out* an der Kasse automatisch verrechnet.

Als Ergebnis wird festgehalten, dass die Preise von *E-mart* und *Homeplus* gestiegen seien, während die Preise von *Lotte-Mart* gesunken seien. Im Verhältnis zu *E-mart* hätte *Homeplus* durch seine Garantie also Kollusion erzielen wollen, während im Verhältnis zu *Lotte-Mart* eine Signalwirkung im Stile der Signaling-Modelle²⁵⁶ vorgesehen gewesen sei. Auf Grundlage der theoretischen Vorhersage der Signaling-Modelle (s.o.) ließe sich nämlich erklären, warum *Lotte-Mart* seine Preise gesenkt habe. Auch wenn die Erklärung nicht unplausibel erscheint,²⁵⁷ ergibt sie sich gleichwohl nicht unmittelbar aus dem bekannten Modell von *Moorthy/Winter*. Ein Unterschied besteht nämlich darin, dass die Preise von *Lotte-Mart* gar nicht Gegenstand der Preisgarantie von *Homeplus* waren. Umso bemerkenswerter ist freilich, dass ein gar nicht in den Blick genommenes Unternehmen auf die Preisgarantie reagiert zu haben scheint.

Im Übrigen erscheinen die Ergebnisse nicht in jeder Hinsicht belastbar. Beim Design der Studie handelt es sich um einen bloßen Vorher-Nachher-Vergleich,²⁵⁸ der – soweit aus der knapp gehaltenen Publikation hervorgeht – unter der Annahme steht, dass alle drei Ketten identischen Entwicklungen unterliegen. In der Regressionsgleichung dienen die Preise von *Homeplus* als Referenzpunkt, wobei über Dummy-Variablen die Unterschiede zu *E-mart* und *Lotte-Mart* abgebildet werden. Primär geht also um die Preis-differentiale zwischen den Unternehmen. Unter Berücksichtigung, dass die festgestellten Preisänderungen qua Design²⁵⁹ der Studie nicht kausal auf die

255 Chung/Kim, (36) Econ. Bulletin 2016, 1223-1229.

256 Siehe hierzu die entsprechenden theoretischen Ausführungen, S. 86 ff.

257 *Lotte-Mart* setzt sich gegen die (täuschende) Signalwirkung von *Homeplus* mit einer Preissenkung zur Wehr, um zu zeigen, dass *Homeplus* in tatsächlicher Hinsicht nicht günstiger ist.

258 Die zugehörige Regression wurde von Máñez, (15) J. of Econ. & Management Strategy 2006, 143-166 übernommen.

259 Für eine ausführliche Kritik, siehe später noch die Besprechung von Máñez (a.a.O) auf S. 146.

Einführung der Preisgarantie zurückgeführt werden können, steht immerhin mit statistischer Signifikanz fest, dass sich die Preise von *E-mart* und *Lotte-Mart* gegenteilig entwickelt haben.

Sollte man den Ergebnissen der Studie trauen, überwiegen die antikompetitiven Wirkungen der Preisgarantie. *Homeplus* und *E-mart* steigerten ihre Preise durchschnittlich um etwa 250 koreanische Won ($\approx 0,25$ US-Dollar). *Lotte-Mart* senkte seine Preise um durchschnittlich 75 koreanische Won ($\approx 0,075$ US-Dollar).

cc) Kanadische Einzelhandelsketten

Ferner wurde im Einzelhandelsbereich die Signaling-Theorie für den Fall sog. „vertikaler Differenzierung“ (s.o.) überprüft.²⁶⁰ Dort steht in Rede, dass Händler mit einem niedrigeren Service-Niveau und daher niedrigeren Preis dies entsprechend signalisieren. In einer Querschnittsstudie wurden die Geschäfte von 66 kanadischen Einzelhandelsketten hinsichtlich ihrer Service-Qualität, den Grenzkosten und dem Wettbewerbsdruck eingeordnet. Mittels eines *Probit*-Modells wurde dann untersucht, von welchen Faktoren die Entscheidung abzuhängen scheint, eine Preisgarantie auszuloben.

Definition:²⁶¹ Hierbei handelt es sich um ein Kofferwort aus „Probability“ und „Unit“. Die Zielvariable ist die binär wiedergegebene Beobachtung, ob eine Preisgarantie ausgelobt wurde (1) oder nicht (0). Dann wird die auf verschiedene erklärende Variablen bedingte Wahrscheinlichkeit geschätzt, dass eine Beobachtung = 1 ist.

Entsprechend der Vorhersage zeigt sich dabei, dass Händler mit weniger umfangreichem Service-Angebot (statistisch signifikant) häufiger einer Preisgarantie ausloben, wobei auf das (vermutete sonstige) Kostenniveau der Handelskette kontrolliert wurde. Auch zeigt sich, dass größerer Wettbewerbsdruck – abgebildet durch die Anzahl konkurrierender Geschäfte in einer gewissen Region – für Unternehmen mit niedrigerem Service-Niveau ein noch stärkeres Bedürfnis weckt, sich erkennbar von teureren Geschäften abzugrenzen.

260 Moorthy/Zhang, (43) J. of Marketing Research 2006, 156-167.

261 Vgl. allgemein Wooldridge, Introductory Econometrics, 5. Aufl. 2012, Kapitel 17, S. 583 ff.

b) Studien zum Reifenhandel

Auch der Handel mit Autoreifen war wiederholt Gegenstand empirischer Untersuchungen zur Wirkung von Preisgarantien. Ein naheliegender Grund, warum Preisgarantien dort regelmäßig zum Einsatz kommen, ist die Homogenität von Autoreifen. Oberhalb einer gewissen Mindestqualität dürfte sich Produktdifferenzierung außerordentlich schwierig gestalten. Infolgedessen kann von entsprechendem Preisdruck ausgegangen werden.

aa) Verwendungsgrad

Es liegen zwei Studien eines Autoren-Trios zu Reifenpreisen aus US-amerikanischer Zeitungswerbung vor. Sie alle basieren auf einem Datensatz, der im Herbst 1996 erhoben wurde. In den Studien differieren dagegen die Untersuchungsmethode und der jeweils verwendete Ausschnitt der Daten. Die Daten haben keine zeitliche Dimension; es handelt sich um Querschnittsdaten. Eine erste Untersuchung zu 427 Reifenangeboten eines spezifischen Typs aus 61 US-Sonntagszeitungen kam zu dem Ergebnis, dass die Verwendung einer *Low-Price-Guarantee* isoliert betrachtet nicht in statistisch signifikanter Weise mit höheren Preisen der diese unmittelbar verwendenden Unternehmen korreliert ist.²⁶² Dies gilt sowohl für eine separate Analyse nur der Preisentsprechungsgarantien als auch für eine separate Analyse der Preisunterbietungsgarantien.²⁶³ Gleichzeitig bestimme aber der Verwendungsgrad von Preisgarantien in einem lokalen Markt das dortige Preisniveau. Umso mehr Unternehmen eine Preisgarantie verwendeten, desto höher lagen die in diesem Markt anzutreffenden Preise. In Märkten, in denen alle Unternehmen eine Preisgarantie nutzen, läge der durchschnittliche Reifenpreis im Schnitt um 4 *US-Dollar* höher als in

-
- 262 Dies kann freilich noch nicht als Entlastungsbeweis gegen eine von Preisgarantien ausgehende Wettbewerbsbeschränkung angeführt werden, da die restlichen Wettbewerber (nach Vorhersage der Wirtschaftstheorie) ihre Preise entsprechend angepasst haben könnten.
- 263 Reifen, die mit Preis-Matching-Garantie (Preis-Beating-Garantie) angeboten wurden, waren zwar um 0,49 (0,41) \$ teuer (günstiger) als der Durchschnitt aller Reifenangebote. Kontrolliert man dagegen in einer Regressionsanalyse auf Produktmerkmale, Gewährleistungsversprechen etc. gelangt man zu statistisch insignifikanten Ergebnissen.

Märkten ohne eine einzige Preisgarantie.²⁶⁴ Dies entspricht in etwa 10% des Durchschnittspreises dieses Beispielreifens.

bb) Paarweiser Vergleich

Untersucht man dagegen paarweise Angebote für identische Reifen (Hersteller & Modell) in demselben räumlich-zeitlichen Markt, bei dem ein Angebot mit einer Preisgarantie gekoppelt ist und das andere Angebot keine Garantie beinhaltet, lässt sich zeigen, dass das Unternehmen mit einer *Entsprechungsgarantie* typischerweise (d.h. in 75% der Fälle) Preisführer ist, also einen höheren oder jedenfalls nicht geringeren Preis als das Unternehmen ohne Preisgarantie anbietet. Vorsicht bei der Deutung dieser Ergebnisse ist allerdings insoweit geboten, als dass lediglich Aussagen über das Verhältnis gepaarter Angebote zueinander getroffen werden, nicht dagegen bestimmt wird, ob bei Vorliegen einer Preisgarantie auch insgesamt ein höheres Preisniveau als in einem Markt vorliegt, in dem (gar) keine Preisgarantien ausgelobt werden.

cc) Einschub: Produktübergreifende Evidenz zur Ausgestaltung von Preisgarantien

In einem dritten²⁶⁵ Aufsatz gibt das Autoren-Trio einen Überblick über bestimmte Aspekte (Einschränkungen, ihr Bezugspunkt, Aufwandskosten, Geltungsdauer) der Ausgestaltung von Preisgarantien, die sie in der Zeitungswerbung vorgefunden haben.²⁶⁶ Hierbei handelt es sich um eine andere Stichprobe als jene der Autoreifen. Die Werbeanzeigen stammen aus denselben 61 Sonntagszeitungen. Für die vorliegende Untersuchung wurden dagegen alle von Preisgarantien begleitete Werbeannoncen berücksichtigt, ganz gleich, um welches Produkt es sich handelt. Dies schränkt freilich die Analysemöglichkeiten ein. Nun ist kein Vergleich zwischen identischen Produkten mehr beabsichtigt. Stattdessen werden produktübergreifend bestimmte Merkmale und Bedingungen einer Preisgarantie miteinander verglichen. Dabei wurde ein Fokus auf die Kombination (bzw. das parallele Auftreten) mehrerer Eigenschaften gelegt. Es fällt auf, dass sich Preisent-

264 Arbatskaya/Hviid/Shaffer, (8) Advances in Applied Microeconomics 1999, 123-138.

265 Chronologisch handelt es sich um den zweiten Aufsatz aus dieser Reihe.

266 Arbatskaya/Hviid/Shaffer, (47) J. of Law & Econ. 2004, 307-322.

sprechungsgarantien in knapp zwei Drittel der Fälle auf die tatsächlichen Verkaufspreise beziehen (also auch etwaige Werbeaktionen der Konkurrenz). Dies ist nicht nur konsistent mit der „*Dampening Competition*“/“*Facilitating Collusion*“-These, sondern wird auch davon unterstrichen, dass in diesem Fall weniger inhaltliche Einschränkungen für eine Geltendmachung auferlegt werden.

dd) Zurück zu Autoreifen: Jüngste Evidenz im Wege einer strukturellen Schätzung

Zuletzt wurde für den Reifenhandel im Umkreis von Chicago eine sog. strukturelle Schätzung²⁶⁷ auf Grundlage eines Suchmodells vorgelegt.²⁶⁸ Die Studie weicht von den bisher dargestellten, empirischen Arbeiten insofern ab, als kein natürliches Experiment (z.B. die Einführung einer Preisgarantie) betrachtet wird, bei dem aus einem sachlich-zeitlichen Vergleich Schlüsse über die Auswirkungen der Maßnahme gezogen würden. Stattdessen wird in einem ersten Schritt mittels eines mehrstufigen Modells aus umgekehrter Chronologie die Kaufentscheidung der Konsumenten und die Preissetzungsgentscheidung der Anbieter (inkl. der Entscheidung, ob eine Garantie ausgesprochen wird) analysiert. Daraufhin werden in einem zweiten Schritt die Parameter des theoretischen Modells auf Grundlage von Preis- und Garantiedaten für den spezifischen Markt geschätzt. Zuletzt kann in einem dritten Schritt („Counterfactual“) auf Grundlage des theoretischen Modells, für das nun aber Parameter-Werte vorliegen, bestimmt werden, wie die Preise ausfielen, wenn keine Preisentsprechungsgarantien ausgesprochen würden. Obwohl solche Preisgarantien überwiegend von Einzelhändlern ausgesprochen werden, die ohnehin niedrigere Preise als der Durchschnitt anbieten, kommt der Autor zu dem Ergebnis, dass die Preisgarantien für Preissteigerungen zwischen 1% und 8% verantwortlich sind.

267 Jeweils für den Anwendungsbereich der Industrieökonomik: Reiss/Wolak, Structural Econometric Modeling: Rationales and Examples from Industrial Organization, in: Heckman/Leamer (Hrsg.), *Handbook of Econometrics*, 2007, Band 6A, Kapitel 64, 4277-4415; Angrist/Pischke, (24) *J. of Econ. Perspectives* 2010, 3, 20 ff.

268 Mamadehussene, (19) *Quantitative Marketing and Econ.* 2021, 261-287.

c) Studien zum deutschen Tankstellenmarkt

Im deutschen Endkundenmarkt für Kraftstoffe verwenden *Shell* und *HEM* (*Tamoil*) seit geraumer Zeit Preisentsprechungsgarantien. Zudem wurde 2013 die Markttransparenzstelle-Kraftstoffe (MTS-K) als Reaktion auf eine entsprechende Sektoruntersuchung eingeführt.²⁶⁹ Diese liefert nicht nur Echtzeit-, sondern auch historische Daten zu Tankstellenpreisen. Auf dieser Grundlage ist der deutsche Tankstellenmarkt wiederholt Gegenstand empirischer Untersuchungen geworden.

aa) Unterschiedliche Effekte der Preisgarantien von Shell & HEM

Mithilfe eines *Diff-in-Diff*-Ansatzes konnte gezeigt werden, dass die Einführung der Preisgarantie von *Shell* im Jahr 2015 zu marktweiten Preisanstiegen i.H.v. 2,4-2,8 Cent/Liter Benzin geführt habe,²⁷⁰ während die Preisgarantie der weniger bedeutenden „HEM“-Kette (*Tamoil*) zu minimalen Preissenkungen geführt habe.²⁷¹

Definition: Der *Differenz-der-Differenzen*-Ansatz ist ein in der Ökonomie beliebter Ansatz, um auf Grundlage von Panel-Daten die kausale Wirkung natürlicher Experimente zu quantifizieren.²⁷² Ähnlich wie in Labor-Experimenten wird dabei eine Behandlungsgruppe mit einer Kontrollgruppe verglichen. Die Behandlungsgruppe (teils auch Interventionsgruppe genannt) ist anders als die Kontrollgruppe einer Maßnahme ausgesetzt,

269 § 47k GWB, eingeführt durch Gesetz zur Errichtung einer Markttransparenzstelle für den Großhandel mit Strom und Gas vom 05.12.2012, BGBl. v. 12.11.2012, Teil I Nr. 57, S. 2403 ff.

270 Welchen fortdauernden Einfluss die Preisgarantie von *Shell* hat, ist schwer zu sagen, vor allem da auf dem deutschen Tankstellenmarkt mittlerweile algorithmisierte Preissetzung betrieben wird, vgl. hierzu: *Assad/Clark/Ershov/Xu*, (132) J. of Pol. Econ. 2024, 723-771. Es ist allerdings davon auszugehen, dass auch ein automatisierter Algorithmus von Preiskürzungen entmutigt wird, wenn ein Mengeneffekt nicht in ausreichender Höhe eintritt.

271 *Dewenter/Schwalbe*, (17) Perspektiven der Wirtschaftspolitik 2016, 276-288; vgl. auch das gemeinsame Papier der beiden Autoren mit *Trost*, Sequential price setting with price-matching guarantees a theoretical and empirical analysis for the German petrol market, Working Paper 2017, wobei es sich um eine Kombination der empirischen Ergebnisse aus *Dewenter/Schwalbe* (2016, s.o.) mit dem theoretischen Modell von *Trost* (2016, s.o. Fn. 174) handelt.

272 *Cunningham*, Causal Inference: The Mixtape, 2021, Kapitel 9, S. 406; *Angrist/Pischke*, Mostly Harmless Econometrics, 2009, Kapitel 5, S. 227 ff.

deren Wirkung es zu untersuchen gilt. Die Bezeichnung als natürliches Experiment (oder auch Quasi-Experiment) folgt daraus, dass die Maßnahme nicht unter künstlichen Laborbedingungen getestet wurde, sondern es sich um ein Ereignis der Realität handelt. Jede experimentelle Maßnahme begegnet dem sog. *Fundamentalproblem kausaler Inferenz*.²⁷³ Um die Wirkung einer Behandlung mit absoluter Gewissheit zu messen, müsste man wissen, wie die betrachteten Werte einer Behandlungsgruppe ohne die Behandlung ausgefallen wären. Da man allerdings nur die Werte mit Behandlung beobachten kann, muss eine in sonstigen Charakteristika (idealerweise) identische Gruppe zum Vergleich herangezogen werden, die nicht der Behandlung unterzogen wurde. In Laborexperimenten wird die Vergleichbarkeit der Gruppen durch zufällige Zuweisung der Proband/innen in die Behandlungs- oder Kontrollgruppe sichergestellt (sog. Randomisierung). Bei natürlichen Experimenten gilt dagegen die Voraussetzung paralleler Trends. Es muss eine Kontrollgruppe gefunden werden, die vor der Behandlung eine ähnliche Entwicklung wie die spätere Behandlungsgruppe aufgewiesen hat. Ferner darf es keinen Anlass zur Vermutung geben, dass sich der parallel verlaufende Trend für diese Gruppe aus anderen Gründen als der ausbleibenden Behandlung verändern würde. Erweist sich die Annahme als tragfähig, kann der Behandlungseffekt als die Differenz der Veränderungen beider Gruppen nach der experimentellen Maßnahme berechnet werden. Indem also die Veränderung bei der Kontrollgruppe von der Veränderung der Behandlungsgruppe subtrahiert wird, wird der Behandlungseffekt um sonstige Veränderungen bereinigt, die auf andere Gründe zurückzuführen sind. Es bleibt die Differenz der Differenzen. Bei der Untersuchung von Preiseentwicklungen ist etwa an die allgemeine wirtschaftliche Entwicklung, die Inflation, Preisschocks im entsprechenden Sektor etc. zu denken. Der „Diff-in-Diff“-Ansatz eignet sich im Übrigen auch, um die Höhe eines Kartellschadens zu berechnen und wird dort üblicherweise als „Goldstandard“ kausaler Inferenz bezeichnet.²⁷⁴ Teils findet sich auch die Bezeichnung als „zeitlich-räumliche-Vergleichsmarktmethode“²⁷⁵

Die unterschiedlichen Ergebnisse lassen sich womöglich theoretisch erklären. *Shell* reduziert die Aufwandskosten der Verbraucher, indem diese als *Shell-Club*-Mitglieder die Preisgarantie nicht aktiv unter konkreter Nennung eines günstigeren Vergleichspreises einfordern müssen, sondern automatisch ein Preisabzug erfolgt, falls eine der zehn im unmittelbaren

273 Holland, (81) J. of the American Statistical Association 1986, 945, 947.

274 Haucap/Heimeshoff, ZWER 2022, 80, 81 ff.; Niels/Jenkins/Kavanagh, Economics for Competition Lawyers, 3. Aufl. 2023, Kapitel 10.

275 Vgl. Inderst/Thomas, Schadensersatz bei Kartellverstößen, 2. Aufl. 2018, S. 178.

Umfeld gelegenen Markentankstellen einen um mehr als 2 Euro-Cent günstigeren Preis hat. Eine solche automatische Abrechnung bietet *HEM* nicht. Dort muss die Preisgarantie aktiv geltend gemacht werden, etwa durch Vorzeigen eines in einer Tankstellen-App gefundenen günstigeren Preises. Zugegebenermaßen erscheint diese Hürde recht niedrigschwellig.²⁷⁶ Daher sind andere Erklärungen naheliegender, etwa dass die Marktstellung von *HEM* schlicht zu unbedeutend ist (ca. 4% Marktanteil in Deutschland, gemessen an Umsätzen), um einen erheblichen Einfluss auf die Konkurrenz auszuüben oder dass *Tamoil* ein authentisches Signal senden möchte, stets den günstigsten Preis anzubieten. Dies lässt sich jedenfalls auf Grundlage deskriptiver Statistik vermuten, da die von *HEM* geforderten Preis in der Regel tatsächlich unterdurchschnittlich waren. Diese (und andere) Einsichten folgen aus einem weiteren Papier zu Preisgarantien im deutschen Tankstellenmarkt,²⁷⁷ das die empirischen Ergebnisse der vorherigen Studie mit einem anderen Ansatz replizieren kann (Preisseigerung i.H.v. 1,68 Cent/Liter). In den dort verwendeten Regressionen dienen die Nähe zu einer Garantie gewährenden Tankstelle sowie die eigene Garantie als erklärende Variable für die Entstehung eines jeweiligen Preises. In theoretischer Hinsicht macht sich der Autor darum verdient, Preisentsprechungsgarantien in ein Modell dynamischen, zyklischen Wettbewerb einzubauen (*Bertrand-Edgeworth*²⁷⁸).

bb) Preisführerschaft von Shell & Mitziehen der Konkurrenz

Die kollusionsfördernde Wirkung der Preisgarantie von *Shell* wurde jüngst in einem (noch unveröffentlichten) Working Paper mittels eines (*Heckman Selection Models* bestätigt.²⁷⁹ Darin wurde der Einfluss davon, ob eine

276 So auch *Cabral et al.* (2021), Price Matching Guarantees and Collusion: Theory and Evidence from Germany, CEPR Discussion Papers 15823, S. 8.

277 *Wilhelm*, Price Matching and Edgeworth Cycles, Working Paper 2019 (abrufbar unter: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2708630, zuletzt am 29.02.24).

278 Vgl. hierzu *Schwalbe/Zimmer*, Kartellrecht und Ökonomie, 3. Aufl. 2021, S. 42 f. sowie zu Edgeworth-Zyklen allgemein auch *Maskin/Tirole*, (56) *Econometrica* 1988, 571-599 oder nicht zuletzt spezifisch für den Tankstellenmarkt: *Wang*, (117) *J. of Pol. Econ.* 2009, 987-1030.

279 *Cabral et al.* (2021), Price Matching Guarantees and Collusion: Theory and Evidence from Germany, CEPR Discussion Papers 15823.

Tankstelle im Anwendungsbereich der Preisgarantie von *Shell* liegt, auf die Wahrscheinlichkeit untersucht, dass jene Tankstelle bei einer Preiserhöhung von *Shell* mitzieht.²⁸⁰ Als wiederkehrendes Preissetzungsmuster hatten die Autoren kurz nach Einführung der Preisgarantie eine gegen Mittag erfolgende, im Schnitt drei Cent betragende Preiserhöhung (meist von *Shell*) identifiziert, denen viele Tankstellen weitestgehend folgen.

Definition: Die *Heckman-Korrektur*²⁸¹ ist ein Lösungsansatz für den Umgang mit Selektionsproblemen in Stichproben, bei denen die Subjekte nicht randomisiert der Behandlungs- und Kontrollgruppe zugewiesen wurden und die beiden Gruppen womöglich ungleich und somit nicht repräsentativ sind. Ohne Korrektur wäre eine allgemeine, über das Sample hinausgehende Aussage (sog. externe Validität) unzuverlässig, da die Wirkung einer Maßnahme womöglich nur verzerrt geschätzt werden könnte. Im konkreten Fall bestand die Befürchtung, dass *Shell* nur solche Konkurrenten in den Anwendungsbereich der Preisgarantie aufnimmt, die ohnehin geneigt sind, ähnliche Preise zu fordern. In dem Fall könnte die vermeintliche Wirkung der Preisgarantie überschätzt werden. Die Befürchtung ergab sich vorliegend daraus, dass von *Shells* Preisgarantie ganz überwiegend nur andere Markentankstellen erfasst wurden. Die *Heckman-Korrektur* wird in zwei Schritten durchgeführt. Zunächst wird im Rahmen eines Wahrscheinlichkeitsmodells geschätzt, welche erklärenden Variablen dafür ausschlaggebend sind, ob eine Tankstelle in die Behandlungsgruppe aufgenommen wird bzw. hier der Maßnahme (Adressat der Garantie) ausgesetzt wird. Aufgrund dieser Schätzung kann für jedes Forschungsobjekt, das in den Datensatz eingeht, eine individuelle Maßzahl errechnet werden, die – vereinfacht gesagt²⁸² – angibt, wie hoch die Wahrscheinlichkeit ist, dass diese Beobachtung Teil der Stichprobe wurde. Dieses Wahrscheinlichkeitsmaß wird im zweiten Schritt wiederum in der eigentlichen Schätzung als erklärende Variable genutzt. Sie fängt eine mögliche Verzerrung auf, die dadurch entsteht, dass die Auswahl der Stichprobe nicht zufällig, womöglich sogar strategisch ist.

280 Vgl. für einen ähnlichen Ansatz im Falle von Sticky Leadership Pricing: *Andreoli-Versbach/Franck*, (40) Int. J. of Ind. Org. 2015, 32, 37 ff.

281 *Heckman*, (42) Econometrica 1974, 679-694; ders., (5) Annals of Economic & Social Measurement, 1976, 475-492; ders., (47) Econometrica 1979, 153-161.

282 Genau gesagt, handelt es sich dabei um die sog. „*Inverse Mills Ratio*“, das Verhältnis von Wahrscheinlichkeitsdichte- und kumulativer Verteilungsfunktion, evaluiert für das jeweilige Forschungsobjekt; vgl. hierzu: *Heckman*, (47) Econometrica 1979, 153, 156.

Dabei ließ sich bestätigen, dass Tankstellen, die im räumlichen und sachlichen Anwendungsbereich der Preisgarantie einer benachbarten *Shell*-Tankstelle lagen, häufiger bzw. stärker dazu neigten, den mittäglichen Preissteigerungen zu folgen. Für eine durchschnittliche Tankstelle wurde der auf die Preisgarantie zurückzuführende Preiseffekt auf 1,97 Cent/Liter geschätzt. Dieser Wert entspricht weitestgehend den Ergebnissen der vorgenannten *Diff-in-Diff*-Studie von *Dewenter/Schwalbe*. Die Wirkung der Preisgarantie scheint besonders stark in Regionen zu sein, wo die Kundschaft relativ jung ist, was darauf zurückgeführt wird, dass diese Kunden besonders häufig Preisvergleiche über an die Markttransparenzstelle-Kraftstoffe angeschlossene Apps durchführen und somit von der Preisgarantie Gebrauch machen können, d.h. der Wettbewerbsdrucks dort besonders hoch ist.²⁸³ Ebenso folgen Tankstellen den mittäglichen Preissteigerungen umso häufiger, desto näher sie an einer *Shell*-Tankstelle gelegen sind, was darauf zurückgeführt wird, dass deren Stammkunden aus der anliegenden Nachbarschaft am ehesten die notwendige *Shell-ClubSmart*-Mitgliedschaft besitzen und die Preisgarantie nutzen. Interessant ist nicht zuletzt ein Placebo-Vergleich²⁸⁴ mit *Aral*-Tankstellen (*BP*-Konzern), dem zweiten Marktführer neben *Shell*.

Definition: Beim *Placebo-Testing* wird anstelle der betrachteten Intervention ein anderer Umstand als erklärende Variable verwendet, für den es keinen Anlass gibt zu glauben, dass er einen signifikanten Einfluss auf die abhängige Variable haben könnte. Zeigt sich hier ein signifikanter Effekt, der lediglich auf Zufall basieren kann, stellt dies die Ergebnisse der ursprünglichen Regression in Frage. Der Parameter könnte rein zufällige Variation aufgreifen. Bringt das Placebo-Testing dagegen nur insignifikante Effekte hervor, scheinen die vormals gefundenen Effekte nicht auf bloßem Zufall zu basieren.

283 Dies stützt die Vermutung, dass die Preisgarantie eine Reaktion auf die Einführung der MTS-K war, siehe hierzu etwa Bundeskartellamt v. 17.12.2015, Zweiter Jahresbericht der Markttransparenzstelle für Kraftstoffe (MTS-K), S. 3 sowie die Ausführungen weiter unten, S. 267.

284 Vgl. *Eggers/Tuñón/Dafoe* (2021), Placebo Test for Causal Inference, (68) American Journal of Political Science, 2024, im Erscheinen; siehe auch *Athey/Imbens*, (31) J. of Econ. Perspectives 2017, 3, 17 ff. (allerdings für Pseudo-Outcomes); letztlich darf der inferentielle Wert einer solchen Analyse nicht überschätzt werden. Es wird nämlich nur überprüft, dass kein Effekt da ist, wo auch keiner sein sollte.

Aral kommt – wohl mangels einer ihrerseits ausgesprochenen Preisgarantie – keine vergleichbare Preisführerschaft zu.²⁸⁵

cc) Zur Höhe der Preisanstiege

Die von den Studien gefundenen Preisanstiege mögen in ihrer Höhe nicht allzu gravierend wirken. Dies könnte allerdings auch damit zusammenhängen, dass Kraftstoffmärkte bereits ohne die Nutzung von Instrumenten der Verhaltenskoordination wegen der hohen Produkthomogenität und großen Transparenz kollusionsgeneigt²⁸⁶ sind. Insofern muss von ohnehin erhöhten, suprakompetitiven Preisen ausgegangen werden, was sich insbesondere durch hohe Margen und eine von den Kosten zumindest teilweise entkoppelte²⁸⁷ Preissetzung äußert. Dieses Phänomen wurde durch die Einführung algorithmischer Preissetzung womöglich noch verstärkt.²⁸⁸ Nicht zuletzt arbeiten die Untersuchungen mit Daten aus früheren Jahren, in denen das allgemeine Preisniveau für Kraftstoffe noch deutlich geringer war als zum Stand dieser Bearbeitung. Es ist denkbar, dass die Preisgarantie aktuell in einem noch größeren Ausmaß zu überhöhten Preisen beiträgt.

d) Studien zum E-Commerce (Haushaltswaren und -elektronik)

Auch aus anderen Wirtschaftsbereichen liegt mittlerweile empirische Evidenz zu den Wirkungen von Preisentsprechungsgarantien vor. In jüngerer Vergangenheit kommen etwa Daten aus Onlinemärkten hinzu, in denen Multi-Produkt-Plattformen Preisgarantien in Bezug auf die Preise von *Amazon* ausgesprochen haben.

285 Allerdings ist zuzugestehen, dass *Shell* (zusammen mit *Aral*) auch schon vor Einführung der Preisgarantie einer der Preisführer im Markt war, vgl. die Ergebnisse der Sektoruntersuchung des Bundeskartellamts aus Mai 2011, Az. B8-200/09, S. 61 ff.

286 Siehe für Beispiele aus Australien: *Byrne/de Roos*, (109) Am. Econ. Rev. 2019, 591-619 und Kanada: *Slade*, (59), Rev. of. Econ. Studies 1992, 257-276.

287 Vgl. für diesen Befund etwa *Zimmer*, Wettbewerb im Kraftstoffsektor: Ein Problem ohne Lösung?, in: *Kaal/Schmidt/Schwartz* (Hrsg.), FS Kirchner, 2014, S. 591-601 und für mögliche Erklärungen *Lewis*, (20) J. of Econ. & Management Strategy 2011, 409-449 sowie *Tappata*, (40) RAND J. of Econ. 2009, 673-687.

288 Siehe hierzu *Assad/Clark/Ershov/Xu*, (132) J. of Pol. Econ. 2024, 723-771.

aa) Einfluss auf Preise der nicht-auslobenden Unternehmen

Eine erste Untersuchung nahm die Preisentsprechungsgarantien von den als „BigBox“-Plattformen bezeichneten Anbietern *Target* und *BestBuy* in den Blick.²⁸⁹ Mittels eines *Diff-in-Diff*- sowie eines *Regression Discontinuity*-Ansatzes kommt die Untersuchung zu einer mittleren Teuerung von 6%.

Definition: Auch der *Diskontinuitätsansatz*²⁹⁰ fällt in den Bereich der quasi-experimentellen Methoden. Hier wird die Ähnlichkeit von Forschungs-subjekten rund um den – gewillkürten – Grenzwert einer erklärenden Variable ausgenutzt, die darüber entscheidet, ob ein Proband einer Behandlung ausgesetzt wird. Die Zuweisung in Kontroll- oder Behandlungsgruppe erfolgt hier ähnlich einer Randomisierung. Auch sie verfolgt das Ziel, zwei sehr ähnliche Gruppen von Studienteilnehmern zu liefern. Beim Diskontinuitätsansatz unterliegt die Identifikation eines kausalen Effekts der Annahme, dass die Probanden knapp vor und knapp nach dem Cut-Off hinreichend ähnlich sein dürften. Sodann wird nach einer Diskontinuität (d.h. einem Sprung) in den Werten der abhängigen Variable am Cut-Off-Punkt der erklärenden Variable untersucht. In der Regel handelt es sich bei der laufenden Variable, welche über die Zuweisung in Kontroll- und Behandlungsgruppe bestimmt, um einen sachlichen Grund.²⁹¹ Bisweilen findet man dagegen – wie auch in der vorliegenden Studie – Versuche, zeitliche Interventionen zu verwenden. Dabei bleibt grundsätzlich fraglich, inwieweit es sich nicht schlicht um die Analyse von Paneldaten handelt, bei der ein Time-Dummy den Treatment-Effekt erfassen soll. Ob tatsächlich ein kausaler Effekt gemessen wird, würde davon abhängen, wie gut auf andere Ursachen für eine sprunghafte Änderung in der Zielvariablen kontrolliert wird. Im vorliegenden Fall wurden dagegen weiterhin die Produkte der Kontroll- und Behandlungsgruppe miteinander verglichen, also Produkte aus dem *Amazon*-Portfolio, dessen Preisen entsprochen wurde, und solche, für die es keine Entsprechung im Sortiment von *Target* und *BestBuy* gab. Eigentlich handelt es sich daher lediglich um eine Umformung der Regressionsgleichung, bei der ein oben beschriebener Time-Dummy verbleibt,

289 *Zhuo*, (65) *J. of Ind. Econ.* 2017, 719-738.

290 *Cunningham*, *Causal Inference – The Mixtape*, Kapitel 6, S. 241 ff.

291 Man denke etwa an schulische Leistungsschnitte, die darüber entscheiden, ob jemand für eine akademische Einrichtung zugelassen wird. Die Qualität der akademischen Einrichtung im Sinne eines Zusatznutzen gegenüber der nächst schlechteren Ausbildungsstätte kann gemessen werden am späteren beruflichen Erfolg derer, die knapp noch zugelassen wurden und derer, die es knapp nicht mehr geschafft haben und infolgedessen eine andere (möglicherweise schlechtere) Einrichtung besuchen mussten.

der einen etwaigen Preissprung nach Einführung der Preisgarantie erfasst. Die resultierende Regressionsgleichung ähnelt daher einer Regression-Discontinuity-Untersuchung. Im engeren Sinne entspricht die Studie diesem Forschungsdesign dagegen nicht.

Interessant am Design der Studie ist vor allem, dass die Preisentwicklung bei *Amazon*, also dem Unternehmen, das durch die Preisgarantie zum Referenzpunkt wurde, untersucht wird. Die Kontrollgruppe wurde dabei aus *Amazon*-Produkten gebildet, die derselben Produktkategorie wie betroffene *Amazon* Produkte angehören, allerdings von *Target* und *BestBuy* nicht geführt wurden, also auch nicht von der Preisgarantie erfasst wurden. Somit ist es der Autorin gelungen, den von einer Preisgarantie ausgehenden Entmutigungseffekt bei einem Wettbewerber zu quantifizieren. Obwohl sich ein entsprechender Hinweis im Papier nicht finden lässt, müsste es sich zudem um die Berechnung einer *unteren Schranke* (lower bound) des tatsächlichen Effekts handeln. Vorstellbar ist nämlich ein Kundensegment, das bevorzugt bei *Amazon* kauft (etwa wegen einer Prime-Mitgliedschaft und Versandkostenersparnis). Steigen garantiebedingt die Preise für einen Teil der *Amazon*-Produkte, senkt dies den plattforminternen Wettbewerbsdruck auf andere Produkte desselben Produktsortiments. Auch dort müssten die Preise demnach leicht gestiegen sein, allerdings nicht in gleichem Ausmaß, da es auch dort noch Wettbewerbsdruck von außerhalb der Plattform geben wird. Fungieren solche – mitunter mittelbar von der Preisgarantie betroffene – Produkte als Kontrollgruppe, wurde der Effekt möglicherweise (wegen dieses Zweitrundeneffekts²⁹²) unterschätzt.

bb) Einfluss auf Preise des auslobenden Unternehmens

In einem noch unveröffentlichten Working Paper hat eine Gruppe von Autoren untersucht, welche Auswirkungen eine Preisgarantie auf die Preise des auslobenden Unternehmens hat. Als Untersuchungsgegenstand konnte die auf Unterhaltungselektronik spezialisierte US-amerikanische Plattform *New-Egg* herhalten.²⁹³ Methodisch wurde wie bereits in der vorgenannten Studie auf das quasi-experimentelle *Diff-in-Diff*-Design zurückgegriffen. Interessant an der Studie ist zunächst, dass *New-Egg* Preisgarantien immer

292 Vgl. zur Begrifflichkeit: *Schwalbe/Zimmer*, Kartellrecht und Ökonomie, 3. Aufl. 2021, S. 301, 304.

293 *Bottasso/Marocco/Robbiano*, Price Matching in Online Retail, GLO Discussion Paper, No. 1351 (Working Paper 2023).

nur temporär verwendet hat. Daher standen mehrere Einführungs- und Aufhebungszeiträume zur Verfügung. Da – nicht zuletzt wegen der Ergebnisse der vorgenannten Studie – davon ausgegangen werden muss, dass die Preise der Konkurrenz im eigenen sachlich-räumlichen Markt direkt beeinflusst werden, musste für die Kontrollgruppe von sachlich-vergleichbaren Produkten auf einen anderen räumlichen Markt ausgewichen werden. Anstelle des Sortiments auf der US-amerikanischen *Amazon* Webseite wurden daher die Preise auf der *Amazon*-Webseite im Vereinigten Königreich für dieselben Produkte zum Vergleich herangezogen. Eine temporäre Aussprache der Preisgarantie war mit im Schnitt um 4,7% teureren Preisen von *New-Egg* assoziiert. Für das nicht auslobende, von der Garantie adressierte Unternehmen *Amazon US* konnte dagegen – erneut im Vergleich zur britischen Kontrollgruppe – keine Preisseigerung ausgemacht werden.

Daher vermuteten die Autoren hinter der Preisstrategie keine Kollusion sondern Preisdiskriminierung. Als weiterer Beleg hierfür wurden heterogene Ergebnisse für unterschiedliche Produktgruppen sowie für unterschiedlich gut sichtbare Produkte angeführt. Umso sichtbarer die betroffenen Produkte waren, desto größere Preiseffekte konnten festgestellt werden. Dies könnte damit zusammenhängen, dass es bei besonders sichtbaren Produkten einen großen Anteil uninformer Kunden gibt, die blind den (nunmehr) erhöhten Preis bezahlen, während man dagegen die informierten Kunden aufgrund der Preisgarantie halten kann. Für weniger gut sichtbare oder beliebte Produkte, die ohnehin nur von informierten Kunden gefunden werden, lohnt sich ein Preisanstieg nicht, da dieser im Wege der garantiebedingten Anpassung wieder revidiert würde. Diese Erklärung passt auch zur Intuition der Signaling-Modelle, bei denen festgehalten wurde, dass vor allem eine ausreichend große Gruppe informierter Kunden gewährleistet, dass ein teures Unternehmen keine Preisgarantie ausspricht, da es von den Verlusten bei dieser Gruppe diszipliniert wird.

cc) Bekämpfung von „Showrooming“

Es liegt eine weitere, bisher noch unveröffentlichte Studie zur Price-Matching-Guarantee von *BestBuy* vor,²⁹⁴ welche die Preisentwicklung so-

²⁹⁴ Wu/Wang/Zhu, Price Match Guarantees in the Age of ‘Showrooming’: An Empirical Analysis, Working Paper 2018, abrufbar unter: <https://ssrn.com/abstract=3271305> (zuletzt abgerufen am 29.02.24); siehe auch modelltheoretisch Liu, ‘Showrooming’

wohl theoretisch als auch empirisch unter einem weiteren Gesichtspunkt betrachtet. *BestBuy* hatte die Preisgarantie damit begründet, dem als „Showrooming“ bekannten Phänomen entgegentreten zu wollen, dass Kunden sich ein Produkt im „Brick and Mortar“-Handel ansehen, ausprobieren und sich ggf. sogar beraten lassen,²⁹⁵ das Produkt danach aber günstiger im Online-Handel kaufen. Hier trat vor allem die eCommerce-Plattform *Amazon* als ein solcher Konkurrent auf. Die Preisentsprechungsgarantie galt dabei ausnahmslos für sämtliche Produkte, obwohl man davon ausgehen muss, dass „Showrooming“ nicht für alle Produkttypen ähnlich relevant ist.

Beispiel: Für den Kauf eines Fernsehers lohnt sich der Besuch eines Elektronikfachhandels, um etwa die Bildqualität unterschiedlicher Fabrikate, Hersteller oder auch Technologien zu vergleichen. Anders sieht es dagegen bei Haushaltsgeräten, z.B. Küchenutensilien aus, die man auch im Laden nicht wirklich testen kann. Hier dürfte es auf andere Informationsquellen, wie etwa Produktrezensionen, Internet-Videos oder Verbraucherschutzorganisationen (z.B. Stiftung Warentest) ankommen.

Die Autoren haben in Anbetracht dieser Unterscheidung untersucht, ob die Preisgarantie unterschiedliche Wirkungen für „Showrooming-“ und „Non-Showrooming“-Produkte hat. Sie kommen zu dem Ergebnis, dass die Preise von *BestBuy* bei Non-Showrooming-Produkten in Folge der Preisgarantie gestiegen sind, während die Preise von *Amazon* konstant geblieben sind. Für die „Showrooming“-Produkte dagegen seien die Preise bei beiden Anbietern gefallen, am stärksten bei *Amazon*. Die empirischen Resultate für Non-Showrooming-Produkte bedürfen keiner ausführlicheren Erläuterung. Sie lassen sich beispielsweise mit den theoretischen Vorhersagen der oben zusammengefassten Beiträge zur Preisdiskriminierungsthese erklären. Anders sieht es dagegen für den augenscheinlich prokompetitiven Effekt der Preisgarantie bei Showrooming-Produkten aus.

and Price-Matching Guarantee, Working Paper 2013, abrufbar unter: <https://ssrn.com/abstract=1862181> (zuletzt abgerufen am 29.02.24).

295 In der kartellrechtlichen Literatur zu Vertikalbeschränkungen wird dieses Verhalten auch als Trittbrettfahrerverhalten der Online-Händler zu Lasten der stationären Händler bezeichnet. Im Ursprung geht das „Service-Argument“ auf Telser, (3) J. of Law & Econ. 1960, 86 ff. zurück; eine in jüngerer Zeit diskutierte Maßnahme zur Unterbindung dieses Verhaltens waren etwa Doppelpreissysteme („Dual-Pricing“), siehe dazu aus ökonomischer Sicht: Dertwinkel-Kalt/Haucap/Wey, (41) Eur. J. of Law & Econ. 2016, 537-557 sowie aus kartellrechtlicher Sicht: Bien/Bernhard, NZ-Kart 2021, 64f.

Die Autoren versuchen diese Beobachtung auf theoretischer Grundlage durch ein Hotelling-Modell mit unterschiedlichen Konsumentengruppen zu erklären. Eine der beiden Konsumentengruppe („sophisticated“) nutzt eine Preisgarantie, während die andere Gruppe schlicht dort kauft, wo es für sie – abhängig von Preis und Wegkosten am günstigen – ist. Entscheidend ist aber, dass sich der prokompetitive Effekt der Preisgarantien für Showrooming-Produkte nur herleiten lässt,²⁹⁶ wenn die Unternehmen einen referenzpunktabhängigen Nutzen haben, der auf ihrem relativen Gewinn, also einem Vergleich zum Gewinn des Konkurrenten basiert. Dann steigt der Nutzen eines Unternehmens nicht nur durch höhere eigene Gewinne, sondern auch durch eine Senkung der Gewinne des anderen Unternehmens. Dies kann das Unternehmen ohne Preisgarantie erzielen, indem es seine eigenen Preise senkt und aufgrund der Preisgarantie des anderen Unternehmens auch die tatsächlichen Preise dieses Unternehmens für einen Teil seiner Geschäfte beeinflussen kann.

Exkurs: Ohne referenzpunktabhängigen Nutzen ändert die Preisgarantie für Produkte mit hohem Showrooming-Nutzen nichts an den Gleichgewichtspreisen. Einzig die umgesetzten Mengen der Händler verschieben sich mit Einführung der Preisgarantie (einmalig). „Sophisticated“ Konsumenten kaufen nun zu einem größeren Anteil²⁹⁷ beim stationären Händler, da sie dort den günstigeren Preis des Online-Händlers erbitten können. Anreize, die eigenen Preise zu erhöhen, hat der stationäre Händler nicht: Er würde einige der „non-sophisticated“ Konsumenten verlieren. Mit Blick auf diese Konsumentengruppe wurden die Preise aber schon vormals optimiert.²⁹⁸

Umgekehrt hat auch der Online-Händler keinen Anreiz, von den vorherigen Gleichgewichtspreisen abzuweichen, da er anderenfalls noch mehr Käufer aus der „non-sophisticated“-Gruppe verlieren würde, während er von

296 Siehe im Übrigen das theoretische Modell von *Zeng/Hou*, An Analysis of Price Strategies with Price Matching in the Presence of Showrooming, (31) International Transactions in Operational Research 2024, 1061-1092, welches zu antikompetitiven Effekten führt.

297 Es geht um die Konsumentenmasse auf der Hotelling-Linie, deren Wegkosten zum stationären Handel zusammen mit den vormaligen Ersparnissen beim Online-Händler (betrachtet als Opportunitätskosten) den Showrooming-Nutzen überstiegen haben.

298 Vor Einführung der Preisgarantie lag eine einheitliche, auf der Hotelling-Linie identisch (uniform) verteilte, wenn auch größere Konsumentengruppe vor, die sich erst nach Aussprache der Preisgarantie hinsichtlich der Wahrnehmung einer solchen Garantie in non-/sophisticated Konsumenten aufgespalten hat.

den Kunden aus der „sophisticated“-Gruppe, die infolge der Preisgarantie zum stationären Händler gewechselt sind, niemandem mehr zurückgewinnen kann. Umgekehrt bringt auch eine Preissenkung keine Mehreinnahmen, da diese nur für die „non-sophisticated“-Gruppe wirkt. Für diese Gruppe wurden die Preise aber schon optimiert. Der positive Mengeneffekt hinzukommender Kunden dieser Gruppe würde durch den negativen Preiseffekt beim schon vorhandenen Kundenstamm absorbiert.

e) Fazit zu den empirischen Untersuchungen

Querschnittsstudien sind mit Vorsicht zu interpretieren. Sie zeigen zwar, dass Preisentsprechungsgarantien nicht selten von preiswerteren Händlern angeboten werden, was gemeinhin als Indiz für eine Signalfunktion gedeutet wird. Gleichzeitig geben die Studien aber qua ihres Designs keinen Aufschluss darüber, wie die Preise ohne Garantien in diesen Märkten ausfallen würden.

Hier geben Längsschnittstudien – idealerweise mit Kontrollgruppe – einen verlässlicheren Einblick in die Wirkung von Preisentsprechungsgarantien. Insbesondere jüngere Studien des Typs *Diff-in-Diff* kommen dabei nahezu einhellig zu dem Ergebnis, dass Preisentsprechungsgarantien – jedenfalls von Preisführern – zu Preissteigerungen führen.

3. Experimentelle Untersuchungen mit Labordaten

Nicht zuletzt lässt sich eine ganze Reihe von experimentellen Untersuchungen zur Wirkung von Preisentsprechungsgarantien finden. Dabei handelt es sich insbesondere um Laborexperimente, wobei der Blickwinkel unterschiedlich ist. Einerseits gibt es der VWL zuzurechnende Beiträge, die modelltheoretische Vorhersagen überprüfen. Andererseits gibt es Studien, die einem verhaltensbasierten Ansatz nachgehen und sich gezielt mit der durch eine Preisgarantie bei Verbrauchern erzielten Erwartung auseinandersetzen. In diesem Bereich gibt es auch einen Zweig der Marketing- und Management-Literatur.

a) Untersuchung des Unternehmensverhaltens

Auf Seiten der ökonomischen Forschungsbeiträge überwiegen solche, die sich mit dem Verhalten von Unternehmen auseinandersetzen und dabei

in experimentellen Oligopolmärkten überprüfen, wie Probanden in der Rolle eines Unternehmens miteinander in Wettbewerb treten, in welchem Umfang sie auf Preisgarantien zurückgreifen und welchen Einfluss dies auf das Preisniveau im Experimentalmarkt nimmt. Dergestalt können etwa modelltheoretische Vorhersagen überprüft werden.

aa) Überprüfung modelltheoretischer Vorhersagen

Etwa zeitgleich wurde die Kollusionsgeneigtheit von Märkten mit Preisentsprechungsgarantien in verschiedenartigen experimentellen Oligopolmärkten überprüft. In einem Experiment wurde Preiswettbewerb mit differenzierten Gütern zugrunde gelegt,²⁹⁹ während ein anderes Mal Preiswettbewerb mit homogenen Gütern verwendet wurde.³⁰⁰ Die Teilnehmenden beider Studien entscheiden sich zu weiten Teilen für die Auslobung einer Preisgarantie und setzen infolgedessen Preise nahe dem Niveau optimaler Kollusion.

Exkurs: Als Benchmark gilt das Verhalten, das sich einstellt, wenn die Preisgarantie als Marktregel eingeführt wird. Unter der Marktregel entscheiden sich die Parteien individuell-autonom für ihren Preis; dann gilt hingegen der günstigste von irgendeiner Partei gewählte Preis für alle Parteien. Hier ist leicht zu erkennen, dass es sich um eine dominante Strategie handelt, den eigenen Monopolpreis zu wählen.

Eine weitere Laborstudie hat die wettbewerbsschädliche Wirkung von Preisgarantien in experimentellen Duopolen bestätigt.³⁰¹ Einen Mehrwert bietet diese Studie aufgrund der Unterscheidung zwischen Duopolen mit symmetrischer oder asymmetrischer Kostenstruktur. Die Wirkung von Preisentsprechungsgarantien scheint besonders schädlich bei symmetrischen Firmen. Weiterhin wurde die theoretische Vorhersage getestet, dass Aufwandskosten (Hassle Cost), die bei der Geltendmachung einer Garantie entstehen, ihre kollusionsfördernde Wirkung wieder zunichte machen können.³⁰² Diese Hypothese konnte nur bedingt bestätigt werden. Selbst wenn eine Geltendmachung der Preisgarantie durch Kostenaufwand bei den Kunden unwahrscheinlicher ist oder seltener vorkommt, erreichen die

299 *Fatás/Máñez*, (9) Spanish Econ. Rev. 2007, 59-77.

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

301 *Mago/Pate*, (70) J. of Econ. Beh. & Org. 2009, 342-360.

302 *Dugar/Sorensen*, (28) Rev. of Ind. Org. 2006, 359-378.

Teilnehmenden der Studie in Gegenwart einer Preisentsprechungsgarantie suprakompetitive Preise. Zuletzt konnte für ein sequentielles Hotelling-Modell³⁰³ in einem weiteren Laborexperiment gezeigt werden, dass es keinen Unterschied für das kollusive Ergebnis macht, wenn eine Preisgarantie unter der Bedingung eines verbleibenden Preisdifferentials steht.³⁰⁴ Vor Augen hatte der Autor dabei die schon mehrfach erwähnte Preisgarantie von *Shell*, die sich nicht präzise auf das niedrigste Angebot im Umkreis von zehn Tankstellen bezieht, sondern *Shell* einen Preisaufschlag von zwei Cent pro Liter belässt. Auch wenn das Preisgarantie auslobende Unternehmen sich einen gewissen Preisaufschlag vorbehält, hat die Preisgarantie kollusionsfördernde Wirkung.

Eine Meta-Studie zu Oligopolexperimenten hat schließlich zum Vorschein gebracht, dass Preisentsprechungsgarantien das Ausmaß von Kollusion fast verdoppeln.³⁰⁵ Dabei wird Kollusion auf der Skala von Nash-Gleichgewicht (ggfs. sogar Grenzkosten) bis zu Monopolpreisen bzw. kollektiv gewinnmaximierenden Preisen beziffert. Unter den im Labor getesteten „facilitating practices“ erwies sich die Preisgarantie als am wettbewerbs-schädlichsten.

bb) Zusätzliche Annahmen über das Suchverhalten der Käufer

Ein letztes Experimentalpapier hat eine komplexere Interaktion zwischen Verkäufern und Käufern mit endogenem Suchverhalten abgebildet, um Intuitionen der Diskriminierungs- und Suchmodelle auf den Grund zu gehen.³⁰⁶ Gibt es unterschiedliche Konsumentengruppen mit unterschiedlichem Informationsstand über die Preise der Anbieter (Sucher und Nicht-Sucher) ermöglichen Preisentsprechungsgarantien eine Diskriminierung zwischen den Segmenten. Wenn die suchende Gruppe zudem eine elastischere Nachfrage als die nicht suchenden Gruppe hat, so werden die Anbieter (laut theoretischen Vorhersagen) in gemischten Strategien niedri-

303 Siehe oben S. 74.

304 Pollak (2017), Do Price-Matching Guarantees with Markups Facilitate Tacit Collusion? Theory and Experiment, University of Cologne Working Paper Series in Economics, No. 93.

305 Engel, (12) J.E.L.S. 2015, 537, 555 f., 562: „*In the presence of a price matching guarantee, collusion doubles.*“

306 Hong/Krishna, (87) J. of Retailing 2011, 182-193; die theoretischen Vorhersagen des Modells beruhen auf dem kanonischen (nicht-sequentiellen) Suchmodell von Vari- an, (70) Am. Econ. Rev. 1980, 651-659.

gere Preise bzw. eine (nach unten) breitere Preisspanne setzen. Dies wiederum könnte den Suchanreiz der Konsumenten erhöhen und somit Feedbackeffekte verursachen. Eine größere Gruppe der Sucher erhöht erneut den Anreiz der Unternehmen, deren elastischere Nachfrage auszunutzen. Durchschnittliche Preise in einem solchen Markt könnten dann sinken.

Im Experiment spielten zwei zufällig ausgewählte Proband/innen als Verkäufer gegeneinander. Weitere acht zufällig ausgewählte Proband/innen spielten als Käufer und mussten sich entscheiden, ob sie entgeltliche Preissuche betreiben.³⁰⁷ Die elastischere Nachfrage der Sucher wurde als eine höhere Nachfrage für ein gegebenes Preisniveau im Vergleich zu den Nicht-Suchern modelliert. Antizipieren die Verkäufer mehr Sucher, gibt es einen Anreiz geringere Preise zu setzen, da so mehr abgesetzt wird. Die Käufer wiederum haben einen Anreiz zu suchen, da sie nur so sicher den niedrigsten Preis finden.

Nicht-suchende Käufer wurden zufällig zwischen den beiden Verkäufern aufgeteilt. Dafür spielt keine Rolle, ob diese eine Preisgarantie verwenden, da eine Geltendmachung der Garantie die Kenntnis beider Preise durch Suche erfordert hätte. Suchende Käufer wurden dagegen immer dem günstigeren der beiden Anbieter zugewiesen. Fordern beide Verkäufer denselben Preis oder nutzt mindestens einer die Preisgarantie, verteilen sich die Sucher häufig auf beide Verkäufer und es wird der niedrigere Preis gezahlt, was bedeutet, dass beim teureren Verkäufer die Garantie geltend gemacht wird. Nur, wenn ausschließlich der ohnehin günstigere Anbieter die Preisgarantie nutzt, bedient er alle Sucher.

Der Anreiz eines Verkäufers, eine Preisgarantie anzubieten, liegt in der dadurch ermöglichten Preisdiskriminierung zwischen Nicht-Suchern und Suchern begründet. Der Verkäufer kann gleichzeitig beide Gruppen bedienen, ohne bei einem auf beide Gruppen ausgerichteten Einheitspreis Umsatz bei den „kaptiven“ (gefangenen) nicht-suchenden Konsumenten einzubüßen. Da jeder Anbieter nun stets die Hälfte der Sucher bedient, werden günstigere Preise gesetzt, um aufgrund der variablen Nachfrage dort einen Mengeneffekt auszunutzen. Dadurch kommt es im Gleichgewicht in gemischten Strategien zu einer breiteren Streuung der Preise. Anti-

³⁰⁷ Im Experiment konnten Verkäufer Geld verdienen, indem sie die fiktiven Gütern von den Veranstaltern kaufen und zu höheren Preisen an die Käufer veräußern. Die Käufer wiederum konnten Geld verdienen, indem Sie die – möglichst günstig erworbenen fiktiven Güter – an die Veranstalter zurückveräußerten. Die von den Veranstaltern festgelegten Bereitstellungs- und Ankaufspreise ermöglichten hinreichende Handelsgewinne der Proband/innen.

zipieren Käufer dies, haben sie einen größeren Anreiz, Suche zu betreiben, da sie potentiell niedrigere Preise entdecken und somit mehr Käufe tätigen können. Das Experiment konnte die theoretischen Vorhersagen daher weitestgehend bestätigen.

Dies basiert allerdings auf recht spezifischen Annahmen. Nicht nur ist das Suchverhalten endogen, sondern es beeinflusst auch die Nachfrage. Vom Suchverhalten hängt also nicht nur ab, von welchem Anbieter zu welchem Preis gekauft wird, sondern auch wie viel. Anders als in den meisten theoretischen Suchmodellen wird also nicht nur um mehrere unterschiedliche Gruppen von Nachfragern (mit einer fixen Elastizität pro Gruppe) konkurriert, wobei sich die verschiedenen Kundengruppen unterschiedlich auf die Anbieter aufteilen und somit deren Preisentscheidung (mit oder ohne Preisgarantie) beeinflussen. Hier führt das Suchverhalten (binär: ja/nein) auch zu einer veränderten (hier: individuell höheren) Nachfrage.³⁰⁸ Diese Annahme unterstellt, dass angesichts niedrigerer Preise tatsächlich mehr konsumiert wird. Dies ist längst nicht in allen Märkten der Fall, etwa dort, wo Konsumenten für einen gegebenen Zeitraum eine fixe Nachfrage haben. Auch wird häufig vermutet, dass gerade Konsumenten mit geringerer Zahlungsbereitschaft (wegen geringerer finanzieller Mittel) geringere Opportunitäts- und Suchkosten haben. Auch insoweit scheint fraglich, wie realistisch die Annahme ist, dass die suchenden Käufer tatsächlich mehr konsumieren als die nicht-suchenden Käufer.

b) Untersuchung des Konsumentenverhaltens

Neben der Frage, unter welchen strategischen Absichten und mit welchem Erfolg Unternehmen eine Preisgarantie verwenden, ist nicht weniger von Interesse, wie Konsumenten Preisgarantien wahrnehmen und auf diese reagieren. Eine erschöpfende Darstellung der dazu vorliegenden Forschung scheidet aus; nicht zuletzt, weil es in Teilen der Marketing-Literatur um für die Zwecke dieser Arbeit weniger relevante Fragen der konkreten Ausgestaltung³⁰⁹ einer Preisgarantie geht. Für etwaige Beiträge sei verwiesen auf eine entsprechende Literaturauswertung.³¹⁰

308 Vgl. *Png/Hirshleifer*, (60) J. of Business 1987, 365-383 für ein Modell der Preisdiskriminierung bei der Suchkosten und Nachfrage ebenfalls statistisch korreliert sind; hierzu auch: *Edlin*, (111) Harvard Law Rev. 1997, 529, 544.

309 Etwa darum, glaubhaft niedrige Preise zu signalisieren, ohne vertrauensunwürdig zu erscheinen, d.h. wie groß der Erstattungsbetrag bei einer Preisunterbietungsgarantie

aa) Vignettenstudien / Fallstudien

In einer Vignettenstudie (Between-Subject-Design) wurden sowohl 48 MBA-Studenten als auch 56 zufällig an einem US-amerikanischen Flughafen ausgewählte Bürger dazu befragt, wie sie die Preise eines Elektronikfachhandels bewerten.³¹¹

Definition: Bei einer *Vignetten*-Studie werden die Proband/innen mit Beschreibungen von Lebenssachverhalten konfrontiert, auf deren Grundlage sie gewisse Einschätzungen treffen müssen. Es handelt sich um eine Survey-Methode, bei der es weniger um inzentiviertes, tatsächliches Verhalten als um Selbstberichte geht.

Definition: Beim „*Between-Subject-Design*“ wird jede/r Proband/in nur der Kontrolle oder einer einzelnen Behandlung ausgesetzt. Anschließend wird ein Vergleich zwischen den verschiedenen Gruppen durchgeführt. Randomisierung soll dabei eine Vergleichbarkeit der Teilnehmergruppen gewährleisten.

Definition: Beim „*Within-Subject-Design*“ geht es dagegen darum, wie ein und dieselbe Person auf unterschiedliche Rahmenbedingungen reagiert. Ein/e Proband/in wird also nacheinander der Kontrolle und dem Treatment bzw. mehreren Treatments unterzogen.

Der randomisiert zugewiesenen Kontrollgruppe wurde lediglich eine Beschreibung des Händlers vorgelegt. Der Behandlungsgruppe dagegen wurde zusätzlich mitgeteilt, dass das Fachgeschäft eine Preisentsprechungsgarantie verwende. Mit statistischer Signifikanz vermuteten die Proband/innen in der Behandlungsgruppe, dass das Geschäft niedrigere Preise habe. Ebenso äußerten sie eine höhere Kaufbereitschaft, wohl im Vertrauen auf die günstigeren Preise. Gefragt, wie sie die Betriebskosten des Fachmarktes einschätzen, ergab sich dagegen kein Unterschied zwischen Kontroll- und Behandlungsgruppe.

sein sollte oder welche Rolle es spielt, ob der Preisvergleich selbst durchgeführt wird oder der Kunde die Nachweisobliegenheit trägt, vgl. Kukar-Kinney/Walters, (79) J. of Retailing 2003, 153-160; Kukar-Kinney/Walters/MacKenzie, (83) J. of Retailing 2007, 211-221; Borges, (23) Marketing Letters 2012, 777-791; Borges, (24) Recherche et Applications en Marketing (English Edition) 2009, 29-39.

310 Suwelack/Krafft, Effects of Money-Back and Low-Price Guarantees on Consumer Behavior – State of the Art and Future Research Perspectives, in: Diamantopoulos/Fritz/Hildebrandt (Hrsg.), Quantitative Marketing and Marketing Management – Marketing Models and Methods in Theory and Practice, 2012, S. 531, 545 ff.

311 Jain/Srivastava, (37) J. of Marketing Research 2000, 351, 353-355.

Die Ergebnisse wurden durch ein zweites Experiment bestätigt, in dem sich 115, erneut an einem US-amerikanischen Flughafen rekrutierte Proband/innen zwischen zwei unterschiedlichen Fachmärkten entscheiden mussten. Der Kontrollgruppe wurden lediglich Beschreibungen der beiden Märkte vorgelegt. In zwei Behandlungsgruppen wurde jeweils einem Markt die dortige Verwendung einer Preisentsprechungsgarantie unterstellt. Es bestätigte sich, dass die Proband/innen mit statistischer Signifikanz eher dazu neigen, den Markt mit Preisgarantie als günstiger einschätzen und angeben, dort einen hypothetischen Verkaufsabschluss tätigen zu wollen. Gleichzeitig hatte die Preisgarantie – erneut – keinen Einfluss auf die wahrgenommene Produkt- und Servicequalität eines Anbieters.

Experimentell wurde ebenso auf mögliche Verzerrungen bei der Wahrnehmung und Bewertung von Preisentsprechungsgarantien hingewiesen.³¹² In einer Untersuchung mit 65 Undergraduate Business und 41 MBA-Student/innen an einer US-amerikanischen Universität wurde eine Fallstudie zur kollusiven Wirkung von Preisgarantien in einem Duopol vorgestellt. Während die Studierenden in anschließenden Befragungen aus unternehmerischer Sicht die Wirkungen verstanden hatten (die Mehrzahl von ihnen würde solche Garantien verwenden), änderte sich ihre Wahrnehmung in der Rolle eines Verbrauchers. Sie wurden vor die Wahl gestellt, entweder in einem Markt mit zwei Unternehmen einzukaufen, die gegenseitig ihre Preise über Garantien anpassten, oder in einem Markt mit zwei Unternehmen, die keine derartige Preispolitik hatten. Hier entschied sich die Mehrheit der Studierenden für den ersten Markt. Möglicherweise überwiegt als Verbraucher also die Hoffnung, dass die Preisgarantien doch als Signal tatsächlich niedriger Preise verwendet wird.

Dem Verdacht fehlenden Risikobewusstseins bei der Beurteilung von Preisgarantien wurde mit einem weiteren Co-Autor in einer umfangreichen Vignettenstudie nachgegangen.³¹³ Dort konnte erneut festgestellt werden, dass die Teilnehmenden ganz überwiegend keinen Kollusionsverdacht bei der Auseinandersetzung mit Preisgarantien schöpften. Kandidat/innen mit höherem, nach psychologischen Maßstäben gemessenem Kognitionsbedürfnis waren noch eher skeptisch, weniger aber, weil sie höhere Preise, sondern eher, weil sie niedrigere Qualität befürchteten. Auch in der Rolle des Mitarbeitenden einer Regulierungsbehörde erahnten nur wenige

312 Chatterjee/Basuroy, Consumer Reactions to Price-Matching Signals, in: Brucks/Maclnnis (Hrsg.), (24) Advances in Consumer Research, 1997, S. 400-404.

313 Chatterjee et al., (13) J. of Consumer Psychology 2003, 255-268.

Teilnehmenden das kollusive Potential von Preisgarantien, als sie die Kollusionsneigung eines solches Marktes mit einem Markt, auf dem keine „facilitating practices“ genutzt wurden und einem Markt, in dem Unternehmen sich durch öffentliche Preisankündigungen koordinierten, vergleichen sollten.

bb) Weitere experimentelle Evidenz

Srivastava/Lurie haben in einer Reihe von Survey- und Experimentalstudien die Signaling-Hypothese überprüft. Als Kontrolle für eine kohärente derartige Wahrnehmung haben sie zudem das Suchverhalten ihrer Probanden im Angesichte einer Preisgarantie überprüft.

In einer *ersten*³¹⁴ Reihe von Befragungen wurden Anbieter mit einer Preisgarantie (Between-Subject) als günstiger eingeschätzt. Allerdings scheint diese Einschätzung nicht so weit zu gehen, dass hinter einer Preisgarantie das in jeder Hinsicht günstigste Unternehmen vermutet wird. In einem experimentellen Umfeld, in dem die Proband/innen kostspielige Produktsuche betreiben mussten, wurde auch nach Antreffen eines Unternehmens mit Preisgarantie häufig noch weitergesucht. Dafür machte es (Between-Subject) auch keinen Unterschied, ob man den Proband/innen hohe oder niedrige Suchkosten auferlegt hatte. Die Manipulation der Suchkosten basierte auf der Annahme, dass ein Separating Equilibrium nur dann ein authentisches Signal des tatsächlich günstigeren Unternehmens verspricht, wenn das teurere Unternehmen von informierten Kunden (d.h. solche mit niedrigen Suchkosten) diszipliniert wird. Nähmen sie die Preisgarantie in Anspruch und würde dies zu Umsatzeinbußen führen, die durch eine Absatzsteigerung bei den uninformierten Kunden nicht ausgeglichen werden könnte, bestünde kein Anreiz, das falsche Signal zu senden.³¹⁵

In einer *zweiten*,³¹⁶ erneut aus Befragungen und Experimenten kombinierten Studie konnten sodann die Suchkosten als Mediator identifiziert werden. Werden die Suchkosten der Kunden in (fiktiven) Werbeannoncen von Unternehmen erhöht, indem etwa die Entfernung zu konkurrierenden

314 *Srivastava/Lurie*, (28) J. of Consumer Research 2001, 296-307.

315 Siehe ausführlich: *Jain/Srivastava*, (37) J. of Marketing Research 2000, 351-362; *Moorthy/Winter*, (37) RAND J. of Econ. 2006, 449-465; vgl. S. 87 ff.

316 *Srivastava/Lurie*, (80) J. of Retailing 2004, 117-128.

Anbietern vergrößert wird, zeigt sich, dass weniger Proband/innen eine Preisgarantie als authentisches Signal für günstige Preise identifizieren. Zwar ist anzumerken, dass die entsprechende Manipulation auch als Veränderung der wettbewerblichen Bedingungen verstanden werden könnte. In weiteren Surveys hatte die Einschätzung der Preise eines Garantie auslöbenden Unternehmens dagegen noch mit der Einschätzung korreliert, ob (andere) Kunden eine Preisgarantie (auch tatsächlich) geltend machen.³¹⁷

Kurz darauf konnte zusätzlich – in einer *dritten*³¹⁸ Studie – gezeigt werden, dass das Vorhandensein einer Preisgarantie den Händler aus Sicht des Kunden günstiger erscheinen lässt, solange der Kunde keine Kenntnis über den üblichen Preiskorridor³¹⁹ besitzt. Der kognitionspsychologische Wirkkanal ist dabei durchaus interessant. Das Vorhandensein einer Preisgarantie steigert den von Konsumenten erwarteten günstigsten bzw. durchschnittlichen Preis und lässt somit den aktuell betrachteten Preis günstiger erscheinen. Ebenso wird die Einschätzung von Produktcharakteristika und den Kosten eines Geschäfts beeinflusst.³²⁰

Der Vollständigkeit wegen sei auf ein (Feld-)Experiment hingewiesen, welches das Such- und Bietverhalten von Konsumenten in parallel stattfindenden Auktionen untersucht hat.³²¹ Dabei wurden unterschiedliche Grundregeln der Auktionshäuser betrachtet, namentlich die Auslobung von Preisentsprechung oder Preisunterbietung über unterschiedliche Auktionen hinweg, jeweils im Vergleich zur Kontrollgruppe, in der es kein etwaiges Preisversprechen gab. Die Resultate sind zwar interessant (beide Garantietypen scheinen zu höheren Preisen zu führen), es handelt sich dagegen um keine Studie, welche die wettbewerblichen Auswirkungen von Preisgarantien im hier verstandenen Sinne betrachtet. Da es sich um parallel stattfindende Auktionen bei demselben Anbieter handelt, wird in der Sache eine Meistbegünstigungsklausel getestet, sodass die Ergebnisse für das Anliegen der vorliegenden Arbeit irrelevant sind.

317 Allerdings ist darauf hinzuweisen, dass danach gefragt wurde, ob beim PMG-Store eine Erstattung geltend gemacht würde; nicht allgemein bei dieser Art von Käufen oder konkret bei weiteren Händlern.

318 *Lurie/Srivastava*, (15) *J. of Consumer Psychology* 2005, 149-158.

319 *Biswas/Dutta/Pullig*, (82) *J. of Retailing* 2006, 245-57 wiederum zeigen, dass eine Preisgarantie umso eher mit niedrigeren Preisen assoziiert wird, desto größer die wahrgenommene Bandbreite an Preisen in einem Markt ist.

320 Dies bestätigt die Hypothese und empirischen Ergebnisse von *Moorthy/Zhang*, (43) *J. of Marketing Research* 2006, 156-167; vgl. S. 91 f. sowie S. 108 ff.

321 *Haruvy/Leszczyc*, (92) *J. of Retailing* 2016, 96-108.

c) Fazit zu den experimentellen Beiträgen

In experimentellen Oligopolmärkten, in denen die Proband/innen die Rolle von Unternehmen einnahmen, konnten die theoretischen Vorhersagen zur Auswirkung von Preisentsprechungsgarantien auf das Preisniveau weitestgehend bestätigt werden. Mittels Verbraucherbefragungen und Survey-Experimenten konnte zudem nachgewiesen werden, dass vielen Konsumenten das kollusive Potential von Preisgarantien nicht bewusst ist. Sie vermuten hinter einem Preisgarantie auslobenden Unternehmen einen tatsächlich preiswerten Anbieter.

II. Price-Beating: Beating Competition

Wie in der Einleitung bereits angedeutet wurde, könnten unterschiedliche Arten von Preisgarantien in ihrer Wirkung voneinander abweichen. Die ökonomischen Effekte könnten insbesondere davon abhängen, ob das Garantie auslobende Unternehmen verspricht, sich den Preisen der Konkurrenten exakt anzupassen oder sogar noch einen Schritt weitergeht und verspricht, sie zu unterschreiten. Die zweitgenannte Variante wird gemeinhin als „*Price Beating*“-Klausel oder „*Beating Competition*“-Klausel bezeichnet. Zu dieser Art von Versprechen liegen ebenfalls theoretische, empirische und experimentelle Studien vor, die nachfolgend ausgewertet und zusammengefasst werden. Wird mit dem auf Preissenkungen der Konkurrenten entmutigend wirkenden Effekt von Preisgarantien argumentiert, findet sich teilweise der Eindruck, dass die Drohwirkung eines an die Verbraucher gerichteten Versprechens, jeden günstigeren Wettbewerber zu unterbieten, noch wirksamer sein müsste als ein bloßes Entsprechungsgebot. Ob dieser Verdacht auch einer ökonomischen Untersuchung standhält, wird sich im Folgenden zeigen.

1. Theoretische Untersuchungen

Anders als für Preisentsprechungsgarantien gibt es keine theoretischen Modelle, die ihren Fokus auf Preisdiskriminierung, eine etwaige Signalfunktion oder das Suchverhalten von Konsumenten legen. Es handelt sich ausschließlich um Beiträge, die nach den oben angelegten Maßstäben den industrieökonomischen Oligopolstudien zuzuordnen sind. Auch insoweit

zeigt sich, dass Preisentsprechungsgarantien möglicherweise von größerer praktischer Bedeutung sind.

a) Preiswettbewerb mit homogenen Gütern

Wie bereits bei Preisentsprechungsgarantien lassen sich auch die theoretischen Modelle zu Preisunterbietungsgarantien danach einteilen, ob sie von Preiswettbewerb mit homogenen oder differenzierten Gütern ausgehen. Es wird mit Preiswettbewerb und homogenen Gütern begonnen.

aa) Einstufiges Spiel mit simultaner Entscheidungsfindung

Im simpelsten Fall kann man ein einstufiges Spiel mit simultaner Entscheidungsfindung (sog. Normalform) betrachten, in dem beide Unternehmen (in der Vergangenheit) eine Preisunterbietungsgarantie ausgelobt haben und nunmehr ihre Werbepreise festlegen müssen. Wie sich zeigen wird, hängen die Ergebnisse davon ab, ob sich eine Unterbietungsgarantie auf die Werbepreise des Konkurrenten oder seine tatsächlichen Verkaufspreise bezieht.

(1) Unterbietung der angekündigten Werbepreise

Loben in einem symmetrischen Duopol beide Wettbewerber eine Preisunterbietungsgarantie aus, haben spieltheoretische Untersuchungen den Befund gebracht, dass kein kollusives Gleichgewicht (etwa das beidseitige Aufrufen des Monopolpreises) entsteht. Stattdessen stellt ausschließlich die beidseitige Setzung des Wettbewerbspreises ein Gleichgewicht dar.

Ein Unternehmen kann sich in Anbetracht der Preisunterbietungsgarantie eines Konkurrenten zwar nicht durch die Senkung der eigenen angekündigten Preise besserstellen.³²² Hiermit gewinnt es keine neuen Kunden, da der Wettbewerber seinen tatsächlichen Preis gemäß der Unterbietungsformel senkt, sobald dessen Kunden auf die zunächst günstigeren, angekün-

322 A.A. möglicherweise *Dixit/Nalebuff*, Thinking Strategically, 1991, S. 102 ff; siehe dagegen aber *Hviid/Shaffer*, Do Low-Price-Guarantees Facilitate Collusion, 1994, Warwick Economic Research Paper Series (TWERPS) 422, S. 5 ff, abrufbar unter: <https://ideas.repec.org/p/ags/uwarer/268619.html>, zuletzt: 29.02.24.

digten Preise der anderen Partei hinweisen. In dieser Hinsicht unterscheidet sich die Wirkung von Preisentsprechung (s.o.) und Preisunterbietung auf den ersten Blick nicht. Nutzen beide Unternehmen eine Preisentsprechungsgarantie stellen nur die wechselseitigen Monopolpreise ein Gleichgewicht dar. Dies liegt bei Preisunterbietungsgarantie hingegen anders. Dort könnte man Konsumenten zu einem Anbieterwechsel bewegen, indem man – auf den ersten Blick kontraintuitiv – einen höheren Preis als der Konkurrent ankündigt, sodann aber auf Grundlage einer eigenen Preisunterbietungsgarantie zu einem niedrigeren tatsächlichen Verkaufspreis gelangt. Dieses Argument lässt sich möglicherweise aus Perspektive der Konsumenten am besten verstehen. Ist man Kunde eines Unternehmens mit Preisunterbietungsgarantie, lohnt es sich nicht für einen günstigeren angekündigten Preis zur Konkurrenz zu wechseln, da das bisherige Unternehmen seine tatsächlich geforderten Preise anpassen und den Konkurrenten unterbieten wird. Die Anreize des Konsumenten unterscheiden sich nur unwesentlich von einem Szenario mit (bloßer) Preisentsprechung. Senkt ein Drittanbieter seinen Werbepreis führt dies nicht nur dazu, dass der Geschäftsabschluss beim bisherigen Anbieter zu ebendiesen Konditionen, sondern darüber hinaus sogar zu besseren Bedingungen erfolgt. Wenn der Konkurrent dagegen höhere Preise erhebt, besteht plötzlich ein Anreiz, den Anbieter zu wechseln, da man beim Unternehmen mit dem höheren angekündigten Preis nun eine Unterbietung des Unternehmens mit dem (nunmehr) günstigeren angekündigten Preis erwirken kann. Hierin liegt der entscheidende Unterschied zur bloßen Preisentsprechungsgarantie. Dort kann durch den Wechsel zu einem Anbieter mit höherem Listenpreis keine Verbesserung erzielt werden, da dort nur dem angekündigten Preis des Unternehmens entsprochen wird, bei dem man sich bereits befunden hat.

Der Anreiz, einen Wettbewerber faktisch zu unterbieten, indem man höhere Listenpreise fordert, besteht in allen, außer einer Situation, die folglich ein Nash-Gleichgewicht darstellt. Nur, wenn die angekündigten Preise der Wettbewerber zum einen einander und zum anderen dem Niveau perfekten Wettbewerbs (Grenzkosten) entsprechen, gibt es keinen Anreiz mehr, durch Änderung der angekündigten Preise Kundenbewegungen zu erzielen.³²³ Andernfalls müsste ein verlustbringender Unterkostenverkauf hingenommen werden.

323 Für Bertrand-Wettbewerb mit homogenen Gütern: *Corts*, (47) *Econ. Letters* 1995, 417-421; für Bertrand-Wettbewerb mit differenzierten Gütern: *Hviid/Shaffer*, a.a.O.;

(2) Unterbietung der tatsächlichen Verkaufspreise

Was spieltheoretisch überzeugend klingen mag, begegnet freilich gewissen Bedenken, was vorhersehbares, tatsächliches Verhalten in einem realen Kontext angeht. Gerade, weil man durch die Preisunterbietungsgarantie abgesichert ist, lässt sich – einigermaßen risikofrei – ein höherer Preis spielen, ohne eine Nullrunde in Kauf zu nehmen, falls der Konkurrent einen günstigeren Preis spielt. Im Gegenteil möchte ein Anbieter gerade nicht zu günstig sein, denn dann würde die Preisunterbietungsgarantie des Konkurrenten greifen und er würde den Markt räumen. Es ist daher fraglich, ob sich Spieler wirklich auf Grenzkosten-Niveau einfinden, wenn eigentlich der Anreiz besteht, den Konkurrenten zu überbieten, was einen Preisdruck nach oben impliziert. Andererseits greift in diese Richtung die Logik eines nicht-enden-wollenden Überbietungswettbewerbs, um den gesamten Markt zu räumen. Ein einvernehmliches Ende zu Monopolpreis ist daher ebenso wenig stabil.

Das obige Ergebnis – Gleichgewicht bei Wettbewerbspreisen und beidseitiger Auslobung einer Preisunterbietungsstrategie – wird dagegen aufgehoben, wenn sich die Garantie auf die tatsächlichen Preise, nicht nur auf die angekündigten Preise bezieht.³²⁴ In dem Fall entfällt die Möglichkeit, den Konkurrenten durch Überbietung bei den Werbepreisen tatsächlich zu unterbieten, damit die tatsächlichen Transaktionspreise (im Wege der Anpassung) niedriger ausfallen. Bezieht sich die Preisunterbietungsgarantie auf die tatsächlichen (also im Rahmen der Unterbietungsgarantie des Konkurrenten seinerseits anzupassenden) Preise würde dies eine nicht-endende Abwärtsspirale von Preissenkungen nach sich ziehen. Da sich abwechselnd immer wieder angepasst würde, haben Kunden keinen Anreiz zu einem günstigeren Anbieter zu wechseln, da ihr aktuelles Unternehmen nachsteuern würde. Daher bestehen (Stichwort: Entmutigungseffekt) bereits a priori keine Anreize, überhaupt mit einer Überbietung zu beginnen, die dann eine Unterbietung nach sich ziehen würde. Unter diesen Umständen besteht die Gleichgewichtsstrategie darin, Monopolpreise zu setzen.

instruktiv auch *Buccirossi*, in: ders. (Hrsg), *Handbook of Antitrust Economics*, 2008, Kapitel 8: *Facilitating Practices*, S. 305, 335 ff.

324 In aller Kürze *Doyle*, (28) *Econ. Letters* 1988, 387, 390; verbalökonomisch *Edlin*, (111) *Harvard Law Rev.* 1997, 528, 531, Fn. 9; für eine formale Analyse siehe *Kaplan*, (18) *Int. J. of Ind. Org.* 2000, 1291-1294.

bb) Zweistufiges Spiel mit simultaner Entscheidungsfindung

Die bisherigen noch recht abstrakten Gedanken gehen vermutlich implizit davon aus, dass es sich um Preisgarantien handelt, die eine inkrementelle Unterbietung vorsehen. Deswegen ist es solange rentabel, den Konkurrenten knapp zu unterbieten, bis beide lediglich die Grenzkosten verlangen. Freilich sind auch größere Schritte denkbar.

Beispiel.³²⁵ In der Praxis kann man zwischen drei Typen von Preisunterbietungsgarantien unterscheiden: Solche, die prozentual einen Abschlag vom Preis des Konkurrenten vornehmen (Beispiel: Immer 10% günstiger als der Werbepreis des Konkurrenten); solche, die einen Abschlag auf Grundlage der Werbepreisdifferenz berechnet (Beispiel: Erstattung von 120% der Differenz) und solche die einen Fixbetrag (Beispiel: Unterbietung des Werbepreises um 10€) ankündigen.

Für die Anreizeffekte einer Preisunterbietungsgarantie kommt es nicht nur auf das „ob“ (ihrer Verwendung), sondern auch um das „wie“ (ihrer Ausgestaltung) an. Ein steuerbarer Parameter von Preisunterbietungsgarantien ist die Höhe des ausgelobten Preisnachlasses. Deren Bedeutung wurde (in einem weitaus allgemeineren) zweistufigen Bertrand-Markt mit homogenen Gütern untersucht, bei dem die Unternehmen in einem ersten Schritt zunächst über die Verwendung einer Preisgarantie entscheiden und in einem zweiten Schritt ihre Preise setzen. Die Unternehmen entscheiden auf jeder Stufe simultan und kennen ihre früheren Entscheidungen in Stufe zwei, sodass das Spiel durch Rückwärts- bzw. Vorwärtsinduktion gelöst werden kann. Letzteres führt zu einer Auswahl von (realistischeren) Gleichgewichten, die rationales Verhalten von Unternehmen auf zweiter Stufe unterstellt.³²⁶

In dieser Modellierung sind Gleichgewichte denkbar, in denen beide Unternehmen eine Preisunterbietungsgarantie verwenden und sich bei (identischen) Preisen oberhalb der Grenzkosten einfinden, von denen eine Abweichung nach unten zur Deckung der gesamten Nachfrage nicht mehr lohnt. In diesem Gleichgewicht ist der individuelle Gewinn bei hälftiger Aufteilung des Marktes zu dem gegebenen Preis größer als der individuelle Gewinn, wenn zwar der ganze Markt, allerdings nur zu niedrigeren Preisen bedient werden kann. Eine ganz entscheidende Rolle für die Stabilität eines solchen Gleichgewichts spielt die vorher ausgelobte Höhe einer etwaigen

325 Siehe hierzu: *Arbatskaya/Hviid/Shaffer*, (47) J. of Law & Econ. 2004, 307, 315.

326 *Chen*, (28) Canadian J. of Econ. 1995, 683-701.

Preisunterschreitung. Umso größer der Preisnachlass, desto größer fällt auch das kollusionsfähige Preispaar aus, bei dem es sich nicht mehr lohnt, durch Überbietung die eigene Preisunterbietungsgarantie auszulösen. Umso geringer dagegen die ausgelobte Preisunterbietung ausfällt, desto kleiner ist auch das Preispaar, ab dem es keine (individuellen) Anreize mehr gibt, abzuweichen. Es empfiehlt sich, diese Intuition für eine Sekunde im Gedächtnis zu bewahren, wenn im Anschluss über eine weitere Art der Preisunterbietung berichtet wird.

cc) Sonderfall: „Beat-or-Pay“-Versprechen

Baye/Kovenock sind auf eine interessante Sonderkonstellation³²⁷ gestoßen, bei der ein KFZ-Händler auslobte, seinen direkten Konkurrenten entweder zu unterbieten oder, wenn er sich dazu nicht in der Lage sähe, eine Entschädigung von \$1000 zu gewähren.³²⁸ Sie modellierten die Abläufe sequentiell als Werbeentscheidung und anschließende simultane Preissetzung. Zwecks Robustheit enthält der Artikel hilfsweise auch eine Modellierung mit simultaner Werbe- und Preisentscheidung. Die Untersuchung geht von zwei Kundentypen aus (informierte und uninformed Kunden), was dazu führt, dass es im Referenzpunkt lediglich ein Gleichgewicht in gemischten Strategien gibt.³²⁹ In diesem Gleichgewicht wechseln die Unternehmen zwischen teuren und günstigen Preisen, vergleichbar mit dem Wechsel zwischen Normalpreisen und Werbe- bzw. Rabattaktionen. Für ein Unternehmen stellt es die Gleichgewichtsstrategie dar, das „Beat-or-Pay“-Versprechen auszulösen. Dies ermöglicht höhere Preise im zweiten Teilspiel, was die antikompetitive Wirkung dieser Maßnahme indiziert.

Eine intuitive Erklärung für die Folgen der Maßnahme leuchtet unmittelbar ein. Indem ein Unternehmen eine Zahlung von \$1000 auslobt, falls es zu einem Vertragsabschluss zu den Konditionen eines Konkurrenten nicht bereit ist, signalisiert es dem Konkurrenten, dass es bei jedem Vorstoß dieses Konkurrenten, der ein Preisdifferential von weniger als \$1000 entstehen

327 Es handelt sich gerade nicht um Preisunterbietungsgarantien, die einen fixen Erstattungs-/Unterbietungsbetrag vorsehen, siehe zu diesem Typ etwa die Aufstellung bei *Arbatskaya/Hviid/Shaffer*, (47) *J. of Law & Econ.* 2004, 307, 315; hier kommt es zu keinem Vertragsschluss und stattdessen zur Strafzahlung.

328 *Baye/Kovenock*, (12) *Int. J. of Ind. Org.* 1994, 21-33.

329 Vgl. das kanonische Modell von *Varian*, (70) *Am. Econ. Rev.* 1980, 651-659.

lässt, unterbieten wird. Selbst wenn ein solcher Verkauf unrentabel wäre, ist dies günstiger als einem Kunden die entsprechende Strafe zu zahlen.³³⁰ Fällt ein wirtschaftlich rationales Preisdifferential zwischen zwei Anbietern – etwa wegen unterschiedlicher Kosten oder Ortsvorteilen hinsichtlich der Reisekosten der Abnehmer – geringer aus als die ausgelobte Strafzahlung, können Vorstöße des anderen Unternehmens somit abgewehrt werden.

In einer Gesamtschau der beiden letztgenannten Arbeiten lässt sich daher wohl zusammenfassen, dass Unterbietungsgarantien wettbewerblich umso verdächtiger sind, desto höher der in Aussicht gestellte Preisnachlass ausfällt.

b) Preiswettbewerb mit differenzierten Gütern

Auch für Preisunterbietungsgarantien könnte man an einen Modellrahmen mit differenzierten Gütern denken. Wie sich allerdings zeigen wird, ist dieser Bereich womöglich noch am wenigsten erforscht, was insbesondere deswegen verwundert, weil einzelne der später noch zu berücksichtigenden Experimentalstudien³³¹ zu Preisunterbietungsgarantien Märkte mit differenzierten Gütern abbilden. Ohne eine theoretische Vorhersage der Anreize in einem solchen Szenario fällt es schwer, die Ergebnisse der Experimentalpapiere einzuordnen. Es bleibt unklar, mit welcher Motivation die Probanden in dieser Umgebung eine Preisgarantie verwenden.

aa) Statischer Wettbewerb

Aus formalen Gründen wird die Abgrenzung von Modellen statischen und dynamischen Wettbewerbs auch im vorliegenden Abschnitt aufrechterhalten. Es liegt dagegen kaum mehr als jeweils ein Beitrag pro Kategorie vor. *Belton* hat in seinem oben bereits für Preisentsprechungsgarantien wiedergegebenen Modell eines statischen Oligopol mit einstufiger, sequentieller Entscheidungsfindung auch eine allgemeinere Klasse von Preisgarantien

330 Dies setzt freilich voraus, dass nahezu alle Käufer das Gut beim günstigeren Konkurrenten erwerben und dennoch die Strafe geltend machen.

331 *Fatás/Georgantzís/Máñez/Sabater-Grande*, (26) Rev. of Ind. Org. 2005, 115-136; *Fatás/Georgantzís/Máñez/Sabater-Grande*, (45) Applied Econ. 2013, 15-35.

untersucht, die nicht zuletzt Preisunterbietungsgarantien enthielt.³³² Die Einsichten beziehen sich allerdings auf die Abschreckung von Markteintritten und die Möglichkeit einer Preisdiskriminierung. Spezifische Einsichten hinsichtlich des Kollusionspotentials von Preisunterbietungsgarantien hält sein Papier nicht bereit.

(1) Symmetrische Unternehmen

Denkt man an ein simultanes einstufiges Spiel, in dem zwei *symmetrische* Unternehmen zeitgleich und gleichzeitig über die Auslobung einer Garantie sowie über die Festlegung ihrer Werbepreise entscheiden, müsste sich dasselbe Ergebnis einstellen wie bei homogenen Gütern und einstufiger Entscheidungsfindung (s.o.). Dabei sei zunächst auf die jeweiligen Referenzpunkte hingewiesen: Im Nash-Gleichgewicht verlangen die Unternehmen beide über den Grenzkosten liegende Preise und haben keinen Anreiz abzuweichen (Schnittpunkte der Reaktionsfunktionen). Setzt ein Unternehmen einen geringeren Preis als den Gleichgewichtspreis, hat das andere Unternehmen einen Anreiz teurer zu sein (Bewegung in Richtung GG). Setzt ein Unternehmen einen höheren Preis als den Gleichgewichtspreis, hat das andere Unternehmen einen Anreiz zu unterbieten (erneut: Bewegung in Richtung des Gleichgewichtspreises). Der kollektiv gewinnmaximierende Preisvektor, der (perfekte) Kollusion beschreibt, ist durch identische Preise gekennzeichnet, die höher sind als im Gleichgewichtsvektor. Beide Unternehmen haben allerdings einen Anreiz abzuweichen.

Man stelle sich nun vor, nur ein Unternehmen verwende eine Preisunterbietungsgarantie. In dem Fall schützt sich dieses Unternehmen vor einer Unterbietung des Konkurrenten. Es könnte etwa den kollusiven Preis setzen. Doch selbst, wenn das andere Unternehmen ebenfalls diesen Preis wählen würde, dann hätte das erste Unternehmen einen Anreiz abzuweichen, wobei ihm eine direkte Senkung der Werbepreise oder indirekte Senkung der Verkaufspreise durch Anhebung der Werbepreise und Eingreifen der Preisgarantie zur Auswahl stünden. Ebenso wenig wäre es für das andere Unternehmen eine Gleichgewichtsstrategie, den kollusiven Preis zu setzen. Auch dieses Unternehmen hat einen Anreiz nach unten abzuweichen.

332 Belton, (5) Int. J. of Ind. Org. 1987, 399, 407 ff.; siehe bereits die obigen Ausführungen S. 72 f.

chen³³³ und würde bevorzugen, selbst eine Preisgarantie zu verwenden, um jedenfalls durch Erhöhung des Werbepreises und Eingreifen der Preisgarantie einen günstigeren Preis erzielen zu können.

Wenn beide Unternehmen eine Preisunterbietungsgarantie ausloben, könnte man zunächst daran denken, dass sich die kollusiven Preise als Gleichgewicht einstellen. Doch besteht weiterhin der Anreiz, den jeweils anderen zu unterbieten. Hier unterscheidet sich der Anreiz nur unwesentlich vom Modell mit homogenen Gütern. Zwar bedient man bei einem günstigeren Preis nicht die gesamte Nachfrage, gleichwohl steigert man seine Gewinne. Anders sähe es erst aus, wenn beide Unternehmen eine Unterbietungsgarantie verwenden, die sich auch auf die tatsächlichen Preise bezieht und eine Abwärtsspirale der Preise erzeugen würde, die letztlich zu geringeren Gewinnen führt als im kollusiven Gleichgewicht.

(2) Asymmetrische Unternehmen

Für ein Duopol mit asymmetrischen Unternehmen liegt noch ebenso wenig eine Untersuchung zur Wirkung von Preisunterbietungsgarantien vor. Unter dem Hinweis, dass auch diese Überlegungen vom Verf. selbst stammen, kann man freilich in einem Gedankenexperiment die Herangehensweise der Papiere zur Verwendung von Preisentsprechungsgarantien in asymmetrischen Duopolen zu übertragen versuchen. Bei asymmetrischen Unternehmen und einem Duopol mit differenzierten Gütern führt eine Preisentsprechungsgarantie zu höheren Preisen, wenn ein Unternehmen einem anderen ein Gleichgewicht in identischen Preisen aufzwingen kann. Eine Preisgarantie wird im Gleichgewicht von dem Unternehmen ausgelobt, für das ein höherer Kollektivpreis ideal wäre. Den tatsächlichen Kollektivpreis legt sodann das andere Unternehmen fest, wobei die Preisgarantie des auslobenden Unternehmens greift. Beim auslobenden Unternehmen kann es sich unter Umständen sogar um das im Nash-Gleichgewicht günstigere Unternehmen handeln, wenn es seinen Werbepreis über den für das andere Unternehmen idealen (d.h. gewinnmaximierenden) Einheitspreis setzt.

Angeregt durch die Verwendung einer Preisunterbietungsgarantie müsste ein Gleichgewicht entstehen, bei dem keine Partei einen Anreiz hat, abzuweichen. Dies gestaltet sich aufgrund der ausgelobten Unterbietung

³³³ Wobei von der Größe einer drohenden Unterbietung abhängt, ob bereits eine eigene Preissenkung lohnend wäre.

allerdings schwierig. Die Setzung eines kollektiven Preises kann nicht auf das nicht-verwendende Unternehmen delegiert werden, da jeder geringere Preis als der des auslobenden Unternehmens unterboten würde, was wiederum eine Anpassung nach sich zieht. Hierdurch entsteht eine Abwärtsspiral. Ein stabiler Preisvektor könnte somit nur gefunden werden, wenn die Reaktion des nicht-verwendenden Unternehmens darin läge, einen höheren (oder identischen) Preis als den Werbepreis des auslobenden Unternehmens zu setzen.

Das im Nash-Gleichgewicht *günstigere* Unternehmen könnte ein Preispaar zu höheren Preisen nur erwirken, wenn es das im Nash-Gleichgewicht *teurere* Unternehmen bei Werbepreisen überbietet. Dann würde die Unterbietungsgarantie (zunächst) greifen. Die Reaktion des nicht-verwendenden Unternehmens darauf müsste dann sein, den Werbepreis anzuheben. Für diesen neuen Preis gibt es aber wieder eine neue beste Antwort des auslobenden Unternehmens. Es müsste daher ein Zustand gefunden werden, in dem das im Nash-Gleichgewicht teurere Unternehmen als Reaktion auf eine Überbietung in Werbepreisen (und damit einhergehende minimale Unterbietung in tatsächlichen Preisen) einen höheren Preis wählt, für den das andere Unternehmen wiederum nicht abweichen will. Dabei handelt es sich hingegen um das bereits bekannte Nash-Gleichgewicht. Denn nur dort treffen sich die Reaktionsfunktionen.

Das im Nash-Gleichgewicht *teurere* Unternehmen könnte ein Ergebnis zu identischen Preisen oder gar ein solches anstreben, in dem das andere Unternehmen als Reaktion einen höheren Preis spielt. Die Reaktion des im Nash-Gleichgewicht *günstigeren* Unternehmens müsste dann dergestalt aussehen, auf eine Garantie-bedingte Unterbietung mit einem Preis zu reagieren, der dem Werbepreis des auslobenden Unternehmens entspricht oder gar teurer ist. Es ist dagegen unwahrscheinlich, dass eine Unterbietung durch das eigentlich teurere Unternehmen plötzlich dazu führt, dass ein höherer Preis die optimale Reaktion ist.

bb) Dynamischer Wettbewerb

Anders sieht es dagegen für das oben bereits wiedergegebene Papier von *Liu* aus. In seinem Modell eines Wettbewerbs mit differenzierten Gütern, der als unendlich oft wiederholtes Spiel ausgestaltet ist, konkurrieren symmetrische Duopolisten mit der Möglichkeit, auch eine Preisunterbietungs-

garantie zu verwenden. Dabei unterliegen manche Konsumenten gewisser Aufwandskosten (sog. „Hassle Cost“) bei der Geltendmachung einer Preisgarantie.³³⁴ Wer vom kollusiven Gleichgewicht abweiche, erlange aufgrund der Preisunterbietungsgarantie noch geringere Abweichungsgewinne als dies mit einer Preisentsprechungsgarantie der Fall wäre. Gleichzeitig müsse man mehrere Bestrafungsrunden (Trigger-Strategien) in Kauf nehmen. Preisunterbietung stabilisiert ein suprakompetitives Gleichgewicht daher genauso, wie Preisentsprechung es tut. In der dynamischen Perspektive wiederholter Spiele mache es auch keinen entscheidenden Unterschied, ob „nur“ die Werbe- oder sogar die tatsächlichen Verkaufspreise als Unterbietungsmaßstab verwendet werden. In letzterem Fall seien die kurzfristigen Abweichungsgewinne möglicherweise noch geringer, was Kollusion umso stabiler mache.³³⁵

c) Fazit zu den theoretischen Beiträgen

Theoretische Untersuchungen zu Preisunterbietungsgarantien in statischen Modellen kommen zu dem Ergebnis, dass solche nur dann geeignet sind, den Wettbewerb zu beschränken, wenn sie sich auf die tatsächlichen Verkaufspreise der Konkurrenten beziehen. Im Modellrahmen eines (unendlich) wiederholten Spiels kommt es dagegen unabhängig vom Bezugspunkt der Unterbietungsgarantie zum Entmutigungseffekt, der bereits von der Preisentsprechungsgarantie bekannt ist. Ferner wurde darauf hingewiesen, dass eine Beschränkung des Preiswettbewerbs umso wahrscheinlicher ist, desto höher die ausgelobte Unterbietung ausfällt. In differenzierten Märkten mit asymmetrischen Unternehmen sind Unterbietungsgarantien dagegen wohl ungeeignet, den Wettbewerb zu beschränken.

2. Empirische Untersuchungen mit Felddaten

In der Praxis scheinen Preisunterbietungsgarantien im Vergleich zu Preisentsprechungsgarantien seltener anzutreffen zu sein.³³⁶ Jedenfalls liegen

334 Liu, (81) The Manchester School 2013, 828, 842.

335 A.a.O., 843.

336 Siehe etwa die Verteilung von Preisentsprechungs- und Preisunterbietungsstrategien in Arbatskaya/Hviid/Shaffer, (47) J. of Law & Econ. 2004, 307, 315.

deutlich weniger empirische Studien vor.³³⁷ Bei dreien davon handelt es sich um Studien zur Werbung in US-amerikanischen Sonntagszeitungen, zwei davon zu Autoreifen. Diesen Studien kamen bereits an früherer Stelle zur Sprache.³³⁸ Bei einer weiteren Studie handelt es sich um eine Beobachtung der Preise britischer Supermärkte.

a) Studien zu amerikanischer Zeitungswerbung (u.a. Autoreifen)

Beim paarweisen³³⁹ Vergleich von Werbeannoncen aus US-amerikanischen Sonntagszeitungen über identische Autoreifen von unterschiedlichen Reifenhändlern zeigt sich, dass ein Unternehmen mit *Unterbietungsgarantie* in ca. 60 % der Beobachtungen einen niedrigeren Preis als ein Unternehmen ohne eine solche Garantie anbietet.³⁴⁰ Dieser Befund deckt sich mit der spieltheoretischen Vorhersage, dass Preisunterbietungsgarantien nur dann kollusionsfördernd sind, wenn sie sich auf die tatsächlichen Preise, nicht nur die beworbenen Preise beziehen. Im Datensatz galt die Mehrzahl (80%) der Unterbietungsgarantien nur für die beworbenen Preise. Wie auch für Preisentsprechungsgarantien scheine daher zu gelten, dass ihr Kollusionspotential höher ist, wenn tatsächliche Preise in Bezug genommen werden.³⁴¹

In einem umfangreicheren Datensatz mit weiteren Produkten zeigt sich, dass Preisunterbietungsgarantien häufiger als Preisentsprechungsgarantien umfangreichen Einschränkungen unterliegen.³⁴² Zudem beziehen sie sich (proportional) häufiger auf die Werbepreise. Umso umfangreicher die Bedingungen zur Geltendmachung der Unterbietungsgarantie, desto unwahrscheinlicher ist ihre Schädlichkeit für den Wettbewerb, da die Aufwandskosten hoch sind. Gleichzeitig könnte die Beschränkung des Anwendungsbereichs dafürsprechen, dass Preisunterbietungsstrategien von Unter-

337 Dies könnte freilich auch an den (wissenschaftlich) weniger spannenden – da nicht wettbewerbsschädigenden – theoretischen Vorhersagen liegen, die es zu testen gilt.

338 Siehe hierzu S. 111 ff.

339 Eine Regressionsanalyse der individuellen Preise war noch zu dem Ergebnis gekommen, dass die Verwendung einer Preisunterbietungsgarantie nicht in statistisch signifikanter Weise mit vom Durchschnitt abweichenden Preisen einhergeht, vgl. *Arbatskaya/Hviid/Shaffer*, (8) *Advances in Applied Microeconomics* 1999, 123-138.

340 *Arbatskaya/Hviid/Shaffer*, (24) *Int. J. of Ind. Org.* 2006, I139-I156.

341 Signalwirkung (tatsächlich niedrige Preise) also nur bei Unterbietungsgarantie für Listenpreise der Konkurrenz; Kollusion dagegen bei Unterbietungsstrategie für tatsächliche Preise (inklusive Angebote).

342 *Arbatskaya/Hviid/Shaffer*, (47) *J. of Law & Econ.* 2004, 307, 319.

nehmen als wirtschaftlich riskant wahrgenommen werden, sodass sich entsprechend abgesichert werden muss. Dies wiederum könnte darauf hindeuten, dass die Unternehmen nicht davon ausgehen, den Wettbewerb ausreichend abschwächen zu können, wenn sie solche Garantien verwenden. Auf Grundlage der Interaktion zwischen Preisbezugspunkt (Werbe- oder Verkaufspreis der Konkurrenz) und Umfang der Beschränkungen kommen die Autoren zu dem Schluss, dass 90% der Preisunterbietungsgarantien wohl nicht zur Förderung von Kollusion taugen.

b) Studie zu britischen Supermärkten

Auch für Preisunterbietungsgarantien liegt eine Studie zu Lebensmittelpreisen in Supermärkten vor, dieses Mal aus dem Vereinigten Königreich.³⁴³ Dort wird der Wettbewerb – etwa gegen ausländische Discounter – auch gegenwärtig unter Einsatz verschiedener Preisgarantien geführt.³⁴⁴ Im Jahr 1996 hatte die Kette *Tesco* eine „Unbeatable Value“-Garantie ausgesprochen. Sie galt für einen Radius von drei Meilen und bezog sich auf eine Klasse von im Schnitt 600 Produkten, bestehend aus sog. „Temporary Unbeatables“ und „Permanent Unbeatables“. Zu der Klasse der vorübergehend (i.d.R. drei Wochen lang) unschlagbar günstigen Preisen gehörten ganz überwiegend temporär rabattierte Markenprodukte sowie einige wenige höherwertige Eigenmarken. In der Klasse der permanent unschlagbar günstigen Produkte befanden sich zu 95% Eigenmarken aus dem Niedrigpreissegment. Für die Zwecke der Untersuchung wurden nur Produkte der „permanent unbeatable“-Klasse betrachtet. Das Studiendesign entspricht einem Panel-Design mit 27 Preisbeobachtungen für jeweils 46 Produkte, davon 15 vor und 12 nach Einführung der Preisunterbietungsgarantie. Die Daten stammen aus drei Supermärkten im Süden der Stadt Coventry (*Tesco*, *Sainsbury*, *Safeway*). Von den 46 Niedrigpreis-Eigenmarken-Produkten waren 22 von der Preisgarantie erfasst (Unbeatable Product), 24 dagegen nicht (Non-Unbeatable Products). Der Autor resümiert, dass die Preisunterbietungsstrategie in diesem Anwendungsfall vermutlich genutzt wurde, um tatsächliche Preisvorteile zu signalisieren. Ein antikompetitiver Effekt

343 Máñez, (15) J. of Econ. & Management Strategy 2006, 143-166.

344 Siehe etwa aktuell: tesco.com/aldipricematch (zuletzt abgerufen: 29.02.24), dazu später noch; historisch auch Máñez, (15) J. of Econ. & Management Strategy 2006, 143, 150 f.

auf die Preise könne nicht ausgemacht werden.³⁴⁵ *Tesco* habe die Garantie als Werbestrategie mit Signalwirkung verwendet. In Übereinstimmung mit der Signaling-Theorie hätte sich das Preisdifferential der Preise reduziert, vor allem, indem die anderen Supermärkte ihre Preise gesenkt hätten.

Anders als jüngere Studien, die Identifikationsstrategien im Stile natürlicher Experimente verfolgen, muss diesem Papier dagegen eine schwächere Identifikation vorgehalten werden. Es handelt sich um eine Panel-Studie ohne Kontrollvariablen.³⁴⁶ Als Kontrollgruppe für die Preisentwicklung bei *Safeway* und *Sainsbury* fungieren die Preise von *Tesco*, nicht etwa die Preise von *Safeway* und *Sainsbury* an Orten, die nicht im Radius einer *Tesco*-Garantie lagen. Ein kausaler Effekt der Preisunterbietungsgarantie steht somit unter der Annahme, dass alle drei Unternehmen gleichen Kostenentwicklungen unterlagen. Auch *Tescos* Preise sinken über die Zeit selbst. Unklar bleibt, ob die noch deutlichere Preissenkung bei den beiden anderen Unternehmen tatsächlich auf die Preisunterbietungsgarantie zurückzuführen ist. Ebenso fehlt eine Überprüfung vorheriger paralleler Trends, insofern man an eine *Diff-in-Diff*-Studie denkt. Die oben wiedergegebenen Studien zum Elektronikfachhandel etwa verwenden als Kontrollgruppe für die Preise des Garantie auslobenden Unternehmens die Preise eines vergleichbaren, allerdings im Ausland angesiedelten Anbieters³⁴⁷ sowie als Kontrollgruppe für die Preise des von der Garantie adressierten Wettbewerbers dessen eigene Produkte aus derselben Produktkategorie, die allerdings von der Preisgarantie nicht erfasst waren.³⁴⁸ Auch in der vorliegenden Studie hätte man möglicherweise Produkte zum Vergleich heranziehen können, die nicht von der Preisunterbietungsgarantie erfasst waren. Allerdings sind wohl Spillover-Effekte zu erwarten. Der Wettbewerbsdruck verschiebt sich möglicherweise zu Produkten, bei denen *Safeway* und *Sainsbury* noch Vorsprungsgewinne erzielen können. Und tatsächlich findet der Autor nach Einführung der Unterbietungsgarantie – wiederum im Vergleich zu *Tesco* – größer ausfallende Preiskürzungen in der Stichprobe der sog. Non-Un-

345 Dies deckt sich mit der damaligen Presseberichterstattung, die von dem Beginn eines Preiskriegs berichtete *Máñez*, (15) J. of Econ. & Management Strategy 2006, 143: „*The Times* (5th September 96) read: *Tesco starts a new price war*“ (Hevorhebung wie im Original).

346 Siehe bereits oben zur Hypermarkt-Studie in Korea, S. 108 ff. Die dort genutzte Regressionsgleichung wurde von der hier besprochenen Arbeit übernommen.

347 *Bottasso/Marocco/Robbiano*, Price Matching in Online Retail, GLO Discussion Paper, No. 1351 (Working Paper 2023), siehe die Besprechung oben S. 120 f.

348 *Zhuo*, (65) J. of Ind. Econ. 2017, 719-738, siehe die Besprechung oben S. 121.

beatable-Products. Freilich kann dieses Ergebnis ebenso wenig in kausaler Weise festgestellt werden.³⁴⁹ Kurioserweise sinken die „Preise der Non-Beatables“ (bei allen drei Supermärkten) sogar noch stärker als die Preise der „Beatables“.³⁵⁰ Hätte man sie als Kontroll-/Vergleichsgruppe verwendet, würde als Ergebnis möglicherweise stehen, dass die Preisunterbietungsgarantie eine Preissteigerung³⁵¹ in der Behandlungsgruppe verursacht hätte. Somit bleibt es im Ergebnis beim (schwachen) Indiz, dass die Preisunterbietungsgarantie dem Wettbewerb vermutlich jedenfalls nicht bedeutend geschadet hat.

c) Fazit zu den empirischen Beiträgen

Empirische Beiträge zu Preisunterbietungsgarantien sprechen für die Vermutung, dass solche Garantien dem Wettbewerb nicht schaden. Gleichwohl ist auf methodische Beschränkungen der Untersuchungen hinzuweisen.

3. Experimentelle Untersuchungen mit Labordaten

Aufgrund der bereits angesprochenen Unterschiede in der Wahrnehmung von Preisunterbietungsgarantien bestand Interesse daran, festzustellen, wie Proband/innen im Experimentallabor mit solchen Garantien umgehen und versuchen, diese strategisch einzusetzen. Von Interesse war vor allem, ob sich die theoretischen Vorhersagen bestätigen ließen, d.h. ob von Preisunterbietungsgarantien in der Tat eine geringere Gefahr für den Wettbewerb ausgehen als von Preisentsprechungsgarantien.

a) Unternehmensverhalten

Auf der einen Seite lässt sich betrachten, wie (erfolgreich) Teilnehmende Preisunterbietungsgarantien einsetzen, wenn sie sich in die Rolle eines Unternehmens begeben und miteinander um fiktive Verkäufe konkurrie-

349 Anders dagegen Máñez, (15) J. of Econ. & Management Strategy 2006, 143, 162: „*Tesco's low-price guarantee also causes a reduction in the prices of the Non-Beatable products at all supermarkets.*“

350 Bei dieser Feststellung geht es nicht um ein schwindendes Preisdifferential, sondern um die allseits gesunkenen Preise.

351 Bzw. eine ähnlich stark zu erwartende (aus anderen Gründen anfallende) Preissenkung zugunsten höherer Preise abgeschwächt habe.

ren, aufgrund derer sie vergütet werden. Dabei stehen unterschiedliche Oligopolmodelle mit unterschiedlichen Nachfragefunktionen zur Verfügung, nach denen sich die Umsätze für ein jeweiliges Preisniveau ergeben.

aa) Erkenntnisse aus der frühen Forschung zu automatisierter Preissetzung

Die ersten experimentellen Einsichten zu Preisunterbietungsgarantien lassen sich aus einer Publikation gewinnen, die zumindest begrifflich) als Startpunkt der Auseinandersetzung mit Preisalgorithmen betrachtet werden könnte.³⁵² Jeweils vier Proband/innen spielten in der Rolle des Verkäufers eines homogenen Guts gegeneinander. Gespielt wurde in einminütigen Blöcken bestehend aus 20 Einzeltransaktionen, wobei im Takt von drei Sekunden ein computerisierter Käufer den Marktplatz betrat. Käufer hatten zufällig bestimmte Zahlungsbereitschaften auf einem vorgegebenen Intervall und unterschieden sich ebenso in ihrem Suchverhalten. Sie kauften immer vom günstigsten Anbieter, vorausgesetzt der Preis liegt unterhalb ihrer Zahlungsbereitschaft, haben aber unterschiedliche Kenntnis der angebotenen Preise. Zwei uninformedierte Käufertypen erfuhren durch zufällige Bestimmung der Labor-Software lediglich den Preis eines oder zweier Anbieter. Ein dritter Käufertyp dagegen wählte den günstigsten Preis unter allen Anbietern. Die Proband/innen hatten in ihrer Rolle als Verkäufer die Möglichkeit eine obere und untere Preisgrenze festzulegen und im Übrigen für den fixen Zeitraum eines Blocks einen Preisalgorithmus auszuwählen (Matching, Beating, Trigger).³⁵³ Wurde kein Preissetzungsalgorithmus für einen Block gewählt, konnte der Preis auch manuell zwischen jeder der 20 Transaktionen verändert werden. Hierfür gab es fortlaufend nach jeder Transaktion Feedback über die Preise aller Verkäufer und die eigenen Erträge. Der manuelle Aufwand einer eigenständigen Preisanpassung repräsentiert natürliche Opportunitätskosten der Verwendung einer automatisierten Preissetzungsregel. Um Preissetzungsschleifen (bei wiederholter Berücksichtigung der Reaktion eines Wettbewerbers) zu verhindern, bezieht sich eine Preisunterbietungsgarantie in diesem Experiment immer auf den günstigsten Preis für die vorherige Periode. Unter Laborbedingungen führte die Preisentsprechungsregel zu durchschnittlich höheren Preisen

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

353 Der Trigger-Algorithmus ist für die Zwecke dieser Arbeit irrelevant und wird daher ausgebendet.

als der Preisunterbietungsmechanismus. In der Behandlungsgruppe mit der Möglichkeit zur Verwendung des Preisunterbietungsalgorithmus wurde er zwar in 78% aller Runden verwendet, half den Probandinnen allerdings nicht, höhere Durchschnittspreise zu erzielen, als in der Kontrollgruppe ohne Möglichkeit, auch nur irgendeinen Algorithmus zu wählen.

bb) Preisunterbietung im Duopol mit differenzierten Gütern

Das gerade beschriebene Forschungsprojekt kann hinsichtlich des Designs vermutlich als recht speziell bezeichnet werden. Einige Jahre später wurde eine Erhebung vorgelegt, die den Effekt einer Preisunterbietungsgarantie in einem simpleren Experimentalduopol mit differenzierten Gütern beleuchten sollte.³⁵⁴ Die dort untersuchte Preisunterbietungsgarantie bezog sich nur auf die angekündigten Werbepreise. Falls beide Unternehmen – vertreten durch die Studienteilnehmenden – eine Preisunterbietungsgarantie verwenden, griff effektiv nur die Garantie des ursprünglich teureren Unternehmens. Eine nicht endende Abwärtsspirale immer wieder unterbotener Preise wurde also vermieden. Anders als die zuvor wiedergegebene *Deck/Wilson*-Studie ergaben sich leicht geringere Verwendungsquoten in den Behandlungsgruppen. Die Werbepreise in der Behandlungsgruppe lagen im Übrigen zwar durchschnittlich höher als in der Kontrollgruppe, in der die Teilnehmer nur ihre Preise auswählen mussten. Die tatsächlichen Verkaufspreise dagegen bewegten sich aufgrund der Garantien im Wesentlichen auf demselben Niveau.

Im Ergebnis sprechen die Autoren von *prokompetitiven Wirkungen* der Preisunterbietungsgarantie. Dabei stützen sie sich vor allem auf die niedrige Verwendungsquote. Die Teilnehmenden hätten verstanden, dass die Preisgarantie ihnen nicht nützt und sie daher in weniger als der Hälfte aller Runden verwendet. Ferner würde die Preisgarantie auf individueller Ebene in statistisch signifikanter Weise zu geringeren Profiten führen. Die Verwender der Garantie verdienen im Schnitt weniger als die Nicht-Verwender. Freilich ist hier Vorsicht geboten, da nur ein Vergleich mit den anderen Spielern vorliegt. Insgesamt hat die Preisgarantie nicht zu (statistisch signifikant) niedrigeren Preisen im Markt geführt. Folglich lassen die Resultate des Experiments lediglich die Aussage zu, dass „aggressive“ Preisunterbietungsgarantien (Unterbietung in Höhe der ursprünglichen

³⁵⁴ Fatás et al., (26) Rev. of Ind. Org. 2005, 115-136.

Preisdifferenz der Listenpreise) nicht zu höheren tatsächlichen Preisen geführt haben. Genauso wenig haben sie dagegen zu signifikant niedrigeren Preisen geführt. Insofern wäre eine Bezeichnung als *competition-preserving* zutreffender gewesen.

Ferner lässt diese Beurteilung theoretische wie praktische Erwägungen über den Nutzen der Preisunterbietung unberücksichtigt. Ausgehend von der Nachfragefunktion der Autoren lässt sich ein Nash-Gleichgewicht und ein (instabiles) kollektiv gewinnmaximierendes Gleichgewicht in kollusiven Preisen berechnen. Bei Preisen oberhalb dieses Nash-Gleichgewichts sieht die Reaktionsfunktion vor, den Konkurrenten zu unterbieten. Dort wäre eine Preisunterbietung also tatsächlich nützlich. Voraussetzung ist freilich, dass der eigene Preis hoch genug ist und man nicht seinerseits vom anderen Unternehmen unterboten wird. Da die durchschnittlichen Werbepreise der Verwender erwartungsgemäß höher waren, liegt das Problem nicht im Unvermögen der Verwender, sondern bei den jeweiligen Nicht-Verwendern. Sie verlangen Preise, die nahe oder sogar unter dem Nash-Gleichgewicht liegen. Unterhalb des Nash-Gleichgewichts gibt die Reaktionsfunktion freilich vor, teurere Preise zu verlangen als die Konkurrenz. Dennoch sind die Gewinne geringer als im Nash-Gleichgewicht. Hier geht die Preisunterbietung insgesamt nach hinten los. Man denke an die Ergebnisse des statischen Modells.

Für wiederholte Spiele wurde dagegen vertreten, dass auch Preisunterbietung ein kollusives Gleichgewicht festigen könne. Jedenfalls im Partner-Protokoll des Experiments, in dem über mehrere Runden dieselben Proband/innen gegeneinander spielen, liegt ein dynamisches Spiel vor, sodass die Argumentation, warum die Verwendung einer auf Werbepreise bezogenen Preisunterbietungsgarantie prokompetitiv sei, nicht zwingend greift. Man könnte stattdessen vertreten, dass den Teilnehmenden die Koordination auf höhere Preise schlicht nicht gelingt. Dies mag auch damit zusammenhängen, dass ihnen nicht mitgeteilt wurde, wie die (symmetrischen) Nachfragefunktionen aussehen. Es bleibt daher unklar, welchen Glauben die Teilnehmenden darüber hatten, wie sie die Preisgarantie strategisch am besten einsetzen können.³⁵⁵ Ob dieses Experiment die Befürchtung

355 Dies betrifft z.B. Lerneffekte über Eigen- und Kreuzpreiselastizität. Die Unkenntnis über das Nachfragesystem scheint dagegen in den anderen Studien der Autoren (Preisentsprechung: *Fatás/Máñez*, (9) Spanish Econ. Rev. 2007, 59-77; weniger aggressive Preisunterbietung: *Fatás et al.*, (45) Applied Econ. 2013, 15-35) keine Rolle gespielt zu haben: Dort wurden die Garantien erfolgreich eingesetzt.

antikompetitiver Wirkung einer Preisunterbietungsgarantie daher gänzlich ausräumen kann, ist fraglich.

cc) Vergleich unterschiedlich aggressiver Unterbietungstypen

Das Autoren-Quartett der vorgenannten Studie hat einige Jahre später ein ergänzendes Experimentalpapier vorgelegt, in dem das oben beschriebene Setting erweitert wurde.³⁵⁶ Die Proband/innen konnten nunmehr – je nachdem, in welcher Behandlungskohorte sie sich wiederfanden – eine Preisentsprechungsgarantie oder eine von zwei unterschiedlichen Preisunterbietungsgarantie auswählen. Bei einer „weichen“ Preisunterbietungsgarantie wurde die Konkurrenz im Falle niedrigerer Werbepreise nur knapp unterboten; im Falle einer „aggressiven“ Preisunterbietungsgarantie wurde sie in Höhe der ursprünglichen Differenz unterboten. Bei dem aggressiven Typ einer Preisgarantie handelt es sich um die Variante, die bereits in der früheren Studie³⁵⁷ getestet wurde. Auch bestand die Wahl, eine Preisentsprechungsgarantie zu verwenden, wodurch die beiden früheren Studien miteinander kombiniert wurde. Alle drei basieren auf demselben Experimentaloligopol³⁵⁸ mit identischer Nachfragefunktion und zwei Arten von Behandlungsgruppen. In einer Gruppe wird das aus zwei Spielern bestehende Duopol in jeder Runde neu gelöst. In der anderen Behandlungsgruppe, spielen zwei Proband/innen über längere Zeit gegeneinandern. Die früheren (gegensätzlichen) Ergebnisse zur Preisentsprechungs- und aggressiver Preisunterbietungsgarantie konnten im Wesentlichen repliziert werden. Neu sind dagegen die Resultate für den weichen Unterbietungstyp, bei dem der Werbepreis eines günstigeren Konkurrenten um lediglich 10% der ursprünglichen Differenz unterboten wird. In mehr als der Hälfte aller Runden machten die Probanden von einer solchen Garantie Gebrauch, wodurch ihnen signifikant höhere Preise gelungen. Das Fazit scheint somit zu sein, dass Probanden in einer Preisentsprechungs- und einer weichen Preisunterbietungsgarantie (schwache) Substitute sehen. Sie sehen dagegen kein Kollusionspotential in der aggressiven Preisgarantie.³⁵⁹

356 Fatás et al., (45) *Applied Econ.* 2013, 15-35.

357 Fatás et al., (26) *Rev. of Ind. Org.* 2005, 115-136.

358 Siehe bereits Fatás/Máñez, (9) *Spanish Econ. Rev.* 2007, 59-77.

359 Dies widerspricht dem Modell von Chen, (28) *Canadian J. of Econ.* 1995, 683-701. Dort können hinreichend aggressive, beidseitig ausgelobte Preisgarantien ein

b) Konsumentenverhalten und Wahrnehmung

Zur allgemeinen Wahrnehmung von Preisgarantien konnten gezeigt werden,³⁶⁰ dass Preisentsprechungs- und Preisunterbietungsgarantien bei Verbrauchern beide die Erwartungen wecken, dass ein Händler günstige Preise anbiete, wobei der Effekt für Unterbietungsgarantien größer war. Andere Autoren bestätigen, dass Unterbietungsgarantien (durchschnittlich mit (noch) niedrigeren Preisen assoziiert werden als bloße Preisentsprechungs-garantien.³⁶¹

c) Fazit zu den experimentellen Beiträgen

Ähnlich wie es bereits für die empirischen Beiträge festgehalten wurde, deuten auch Studien experimenteller Oligopole darauf hin, dass Preisunterbietungsgarantien in der Praxis schlechter dafür geeignet sind, suprakompetitive Preise herbeizuführen oder jedenfalls weniger geschickt von den Studienteilnehmenden eingesetzt werden.

Gleichgewicht in suprakompetitiven Preisen stabilisieren. Allerdings bezieht sich das Modell auf homogene Güter. Siehe für eine ausführliche Erläuterung weiter oben: S. 138 ff.

360 Desmet/Le Nagard, (14) J. of Product & Brand Management 2013, 393-399.

361 Verma et al., (95) J. of Retailing 2019, 99-108.

C. Kartellrechtliche Würdigung

In Anbetracht der von den Wirtschaftswissenschaften sorgfältig beschriebenen Gefahren, die von Preisgarantien für den Wettbewerb ausgehen, ist eine Untersuchung mit dem Instrumentarium des Kartellrechts geboten. Die hierfür anzustellende materiell-rechtliche Analyse beginnt mit dem Kartellverbot gem. Art. 101 Abs. 1 AEUV / § 1 GWB, setzt fort bei der Missbrauchsaufsicht gem. Art. 102 AEUV / §§ 18, 19 GWB und schließt mit einer weniger bekannten Vorschrift, dem Verbot erzwungenermaßen gleichförmigen Verhaltens gem. § 21 Abs. 3 Nr. 3 GWB. Abgerundet wird das Kapitel durch eine Einordnung der Untersuchungsergebnisse in das begleitende System der öffentlichen und privaten Kartellrechtsdurchsetzung, vor allem der Durchsetzung des Kartellverbots.

I. Kartellverbot

Die nachfolgenden Ausführungen zur Behandlung von Preisgarantien unter dem europäischen Kartellverbot nach Art. 101 AEUV sowie dem deutschen Pendant nach § 1 GWB beziehen sich außer bei entsprechender Kennzeichnung – etwa durch Wiedergabe spezifischer, nationaler Rechtsprechung – stets auf beide Rechtsordnungen. Neben der Vorrangregel in Art. 3 Abs. 2 VO 1/2003 für Fälle mit zwischenstaatlicher Dimension, in denen also der Anwendungsbereich des europäischen Kartellverbots eröffnet ist, beruht dieses Vorgehen auch auf dem Harmonisierungswillen des deutschen Gesetzgebers, der den Wortlaut des deutschen Kartellrechts in der 6.³⁶² und 7.³⁶³ GWB Novelle (mit Ausnahme der Zwischenstaatlichkeitsklausel) wortgleich dem europäischen Kartellverbot angepasst hat und damit eine Angleichung der europäischen und deutschen Anwendungspraxis beabsichtigt hat.³⁶⁴ Verbleibende Abweichungen des deutschen Rechts

362 Sechstes Gesetz zur Änderung des GWB vom 26.08.1998, BGBl. 1998 Teil I Nr. 59 v. 02.09.1998, S. 2521 ff.

363 Siebtes Gesetz zur Änderung des GWB vom 07.07.2005, BGBl. 2005 Teil I Nr. 42 v. 12.07.2005, S. 1954 ff.

364 BT-Drs. 15/3640 v. 12.08.2004, S. 1; BT-Drs. 13/9720 v. 29.01.98, S. 1; *Grave/Nyberg*, in: LMRKM (Hrsg.), *Kartellrecht*, 4. Aufl. 2020, § 1 GWB Rn. 2.

aus früherer Zeit schwinden,³⁶⁵ während auch der BGH in seinen Urteilen häufig auf entsprechende Judikate der Europäischen Gerichte rekurriert.³⁶⁶

Das deutsche und europäische Kartellverbot adressiert Vereinbarungen zwischen Unternehmen, Beschlüsse von Unternehmensvereinigung und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen, die eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken. Bevor an späterer Stelle eine Übertragung der ökonomischen Einsichten zur Wettbewerbsschädlichkeit von Preisgarantien in das Tatbestandsmerkmal der bezweckten oder bewirkten Wettbewerbsbeschränkung stattfinden kann, muss zunächst festgestellt werden, ob die (ggfs. nur individuell-einseitige) Verwendung einer Preisgarantie überhaupt eine geeignete Tathandlung darstellt. In Betracht kommen die Tatvarianten einer Vereinbarung sowie einer aufeinander abgestimmten Verhaltensweise.

1. Vereinbarung

Eine Vereinbarung zwischen Unternehmen gem. Art. 101 AEUV, § 1 GWB erfordert eine gegenseitige, i.d.R. durch Kommunikation erzielte Willensübereinstimmung.³⁶⁷ Für Preisgarantien wird typischerweise keine Grundabsprache³⁶⁸ zwischen mehreren Unternehmen vorliegen, solche mit wechselseitigem Bezug aufeinander auszuloben. Selbst insofern es solche Absprachen im Einzelfall geben sollte, dürften sie häufig nur schwer nachzuweisen sein. Im Horizontalverhältnis zwischen den Unternehmen erweist

365 Zimmer, in: Immenga/Mestmäcker (Begr.), Wettbewerbsrecht, Band 2: GWB, 7. Aufl. 2024, § 1 Rn. 3 ff.

366 Vgl. etwa BGH v. 13.07.2020, Az. KRB 99/19 – Bierkartell, Rn. 19: „§ 1 GWB enthält eine [zu Art. 101 AEUV, Anm. des Verf.] inhaltlich identische Regelung mit Ausnahme der Zwischenstaatlichkeitsklausel.“

367 Zimmer, in: Immenga/Mestmäcker (Begr.), Wettbewerbsrecht, Band 1: EU-Recht, 6. Aufl. 2019, Art. 101 Abs. 1 AEUV, Rn. 68; Paschke, in: MüKoWettbR, Band 1/1: EU-Recht, 4. Aufl. 2023, Art. 101 Abs. 1 AEUV, Rn. 86; Roth/Ackermann, in: Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht, Stand: 101. Lieferung 03/2022, Grundfragen des Art. 101 Abs. 1 AEUV, Rn. 50 ff.

368 Scheinbar unter dem Eindruck eines Missverständnisses hinsichtlich der nach geltender Rechtslage bereits bestehenden Möglichkeiten präsentierte Grillo, (14) Eur. J. of Law & Econ, 2002, 151 ff. es als Vorschlag und Novum, die Nutzung von „facilitating practices“ dann zu erfassen, wenn Unternehmen sich im Vorfeld abgesprochen hätten, diese Maßnahmen einheitlich zu verwenden. Damit könne die Lücke zwischen juristischem und ökonomischem Verständnis von Kollusion geschlossen werden. Der Beitrag muss folglich eher in Auseinandersetzung mit der US-Dogmatik (vgl. dort S. 160) betrachtet werden.

sich diese Handlungsvariante demnach als weitestgehend ungeeignet, die Verwendung von Preisgarantien zu erfassen.

In den USA wurde dagegen diskutiert, Preisgarantien als Vertikalvereinbarung zwischen den Unternehmen und ihren Kunden einzustufen.³⁶⁹ Diesen wird vertraglich die Erstattung des Differenzbetrags zum Preis des Konkurrenten zugesagt. Nehmen die Kunden den Erstattungsmechanismus in Anspruch, setzt ein Entmutigungseffekt bei den restlichen Unternehmen ein. Über den Umweg der Verbraucher befördert das Garantiever sprechen mittelbar ein kollusives Marktergebnis. Die Logik erinnert an die Bündelbetrachtung³⁷⁰, die beim Nachweis von Marktverschlusswirkungen durch Exklusivverträge im europäischen und deutschen Kartellrecht anerkannt ist.³⁷¹ Dort wird eine kumulative Betrachtung mehrerer gleichartiger Vereinbarungen zwischen unterschiedlichen Vertragspartnern vorgenommen.

Doch auch ein solches – auf die Mitwirkung der Verbraucher gestütztes – Vorgehen gegen Preisgarantien³⁷² scheitert im deutschen und europäischen Kartellrecht an der nicht vorhandenen Unternehmenseigenschaft³⁷³ eben jener Verbraucher,³⁷⁴ welche hingegen zwingende Voraussetzung für die Eröffnung des Kartellverbotstatbestands ist. Auch im Vertikalverhältnis kann die Preisgarantie daher nicht als Vereinbarung im Sinne des Kartellverbots aufgegriffen werden.

2. Abgestimmte Verhaltensweise

Vielversprechender erscheint daher die Handlungsvariante der „aufeinander abgestimmten Verhaltensweise“. Zwar käme sie auf Grundlage der bisher herrschenden Auslegung im Fall einer bloß einseitig ausgelobten

369 *Edlin*, (111) *Harvard Law Rev.* 1997, 528, 555 ff.; *Simons*, (17) *Hofstra Law Rev.* 1989, 599, 630 ff.

370 EuGH v. 28.02.1991, Rs. C-234/89, Slg. 1991 I-00935, ECLI:EU:C:1991:91- *Delimitis/Henninger Bräu*, Rn. 27.

371 *Zimmer*, in: *Immenga/Mestmäcker* (Begr.), Wettbewerbsrecht, Band 1: EU-Recht, 6. Aufl. 2019, Art. 101 AEUV, Rn. 132, 179; *Säcker/Zorn*, in: *MüKoWettbR*, Band 1/1: EU-Recht, 4. Aufl. 2023, Art. 101 Abs. 1 AEUV, Rn. 280.

372 *Andeutungsweise Gjendemsjø/Hjelmeng/Sørgard*, (36) *World Comp.* 2013, 355, 363.

373 Statt vieler: *Zimmer*, in: *Immenga/Mestmäcker* (Begr.), Wettbewerbsrecht, Band 1: EU-Recht, 6. Aufl. 2019, Art. 101 Abs. 1 AEUV, Rn. 9 ff.; *Roth/Ackermann*, in: *Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht*, Stand: 101. Lieferung 03/2022, Grundfragen des Art. 101 Abs. 1 AEUV, Rn. 26 ff.

374 Konkret für den Anwendungsfall der Preisgarantien: *Zimmer*, in: *Immenga/Mestmäcker* (Begr.), Wettbewerbsrecht, Band 2: *GWB*, 7. Aufl. 2024, § 1 Rn. 259 f.

C. Kartellrechtliche Würdigung

Preisgarantien nicht zur Anwendung. Allerdings erscheint sie nicht von vorneherein ungeeignet, auch eine solche Konstellation zu erfassen. Die nachfolgende Untersuchung erfolgt daher zweigeteilt. Zunächst werden die geltenden Grundsätze dargestellt. Anschließend wird untersucht, wie das Tatbestandsmerkmal ausgelegt oder durch Rechtssetzung umgestaltet werden müsste, um auch die individuell-einseitige Verwendung von Instrumenten der Verhaltenskoordination sinnvoll, aber gleichzeitig ohne Ausufierung zu erfassen.

a) Status Quo

Im Folgenden wird ein Überblick zur geltenden Auslegung der abgestimmten Verhaltensweise im europäischen und deutschen Kartellrecht gegeben.³⁷⁵ Daran anknüpfend erfolgt eine erste Auseinandersetzung mit kritischen Streitständen zur herrschenden Dogmatik, um bereits allgemeine Friktionen und Entwicklungstendenzen bei der geltenden Handhabung aufzuzeigen. Zuletzt werden die bisherigen Grenzen (vermeintlich) einseitiger Maßnahmen beschrieben, um die Grundlage für dogmatische und nicht zuletzt teleologische Vergleiche zu schaffen. Dies soll eine Einordnung von Preisgarantien an späterer Stelle der Arbeit vorbereiten.

aa) Herrschende Dogmatik

Im Rahmen der herrschenden Dogmatik wird nachfolgend auf drei Aspekte eingegangen: das Verhältnis von abgestimmter Verhaltensweise und Vereinbarung, die Zweigliedrigkeit des Tatbestands sowie die wiederkehrenden Definitionen der höchstrichterlichen Rechtsprechung.

(1) Verhältnis zur Vereinbarung

Die abgestimmte Verhaltensweise ist nach einhelliger Auffassung eine eigenständige Handlungsvariante. Sie stellt keinen Oberbegriff dar, der die

³⁷⁵ Überblick zur Rechtsprechungsentwicklung bei *Marchisio*, (38) E.C.L.R. 2017, 555 ff.; *Stroux*, US and EC Oligopoly Control, 2004, S. 70-85.

Vereinbarung als eine Sonderform unterfiele.³⁷⁶ Zusammen mit den Beschlüssen von Unternehmensvereinigungen stehen die Handlungsvarianten gleichrangig nebeneinander.³⁷⁷ Der abgestimmten Verhaltensweise kommt eine Ergänzungsfunktion zu,³⁷⁸ der zufolge sie als Auffangtatbestand³⁷⁹ für sämtliche Abstimmungen verstanden wird, die nicht die formale Hürde zur Vereinbarung (Angebot, Annahme) überwunden haben. Oft findet sich die Formulierung, dass abgestimmte Verhaltensweisen im „Vorfeld“³⁸⁰ einer Vereinbarung verblieben und „noch nicht bis zum Abschluss eines Vertrages im eigentlichen Sinn gediehen“³⁸¹ sind. Hiermit ist allerdings nicht gemeint, dass nur (gescheiterte) Versuche des Abschlusses einer bindenden Vereinbarung adressiert seien.³⁸² In der Praxis belassen es die Kartellbehörden teils hilfsweise beim Nachweis einer abgestimmten Verhaltensweise, wenn der Nachweis einer Vereinbarung nicht gelingt.³⁸³

376 Vgl. *Grave/Nyberg*, in: LMRKM (Hrsg.), Kartellrecht, 4. Aufl. 2020, Art. 101 Abs. 1 AEUV, Rn. 205 Fn. 457.

377 *Hengst*, in: Langen/Bunte (Hrsg.), Kartellrecht Kommentar, 13. Aufl. 2018, Art. 101 AEUV, Rn. 82; *Roth/Ackermann* in: Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht, 101. Lieferung, Stand: 03.2022, Grundfragen des Art. 101 Abs. 1 AEUV, Rn. 137.

378 *Zimmer*, in: Immenga/Mestmäcker (Begr.), Wettbewerbsrecht, 6. Aufl. 2019, Band 1: EU-Recht, Art. 101 Abs. 1 AEUV, Rn. 86; *Roth/Ackermann* in: Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht, 101. Lieferung, Stand: 03.2022, Grundfragen des Art. 101 Abs. 1 AEUV, Rn. 183.

379 *Stockenhuber*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), AEUV, Dokumentenstand: 64. EL Mai 2018, Art. 101 Rn. 106; *Lübbig*, in: Wiedemann (Hrsg.), Handbuch des Kartellrechts, 4. Aufl. 2020, § 8 Rn. 12a; *Voet van Vormizeele*, in: Schröter/Klotz/von Wendland (Hrsg.), Europäisches Wettbewerbsrecht, 3. Aufl. 2024, Art. 101 AEUV, Rn. 54.

380 *Roth/Ackermann* in: Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht, 101. Lieferung, Stand: 03.2022, Grundfragen des Art. 101 Abs. 1 AEUV, Rn. 186.

381 StRspr. seit EuGH v. 14.07.1972, Rs. 48/69, Slg. 1972-00619, ECLI:EU:C:1972:70 – *Imperial Chemical Industries* (auch als Farbstoff-Urteil bekannt), Rn. 64/67.

382 Siehe für eine solche Konstellation: EuGH v. 26.01.2017, Rs. C-609/13 P, ECLI:EU:C:2017:46 – *Duravit*, Rn. 73.

383 Vgl. zu Abgrenzungsschwierigkeiten *Zimmer*, in: Immenga/Mestmäcker (Begr.), Wettbewerbsrecht, Band 1: EU-Recht, 6. Aufl. 2019, Art. 101 Abs. 1 AEUV, Rn. 66; *Grave/Nyberg*, in: LMRKM (Hrsg.), Kartellrecht, 4. Aufl. 2020, Art. 101 Abs. 1 AEUV Rn. 204; *Berg/Mudrony*, in: Berg/Mäsch (Hrsg.), Deutsches und Europäisches Kartellrecht, 4. Aufl. 2022, Art. 101 AEUV Rn. 77.

(2) Zweigliedriger Tatbestand

Auf europäischer, wie auch auf deutscher Ebene steht seit einiger Zeit fest, dass der Tatbestand einer abgestimmten Verhaltensweise zweigliedrig ist.³⁸⁴ Zunächst muss eine Abstimmung zwischen Wettbewerbern stattfinden, die nach herrschender Auffassung bereits ein Mindestmaß an Reziprozität voraussetzt.³⁸⁵ Anschließend muss die Abstimmung eine Verhaltensweise der Unternehmen im Marktgeschehen kausal beeinflussen.³⁸⁶ Der Europäische Gerichtshof folgt dieser Konzeption in aller Deutlichkeit seit 1999,³⁸⁷ wobei im Fall eines Austauschs über relevante Wettbewerbsparameter eine (widerlegbare) tatsächliche Vermutung gilt, dass die Abstimmung späteres Verhalten beeinflusst hat.³⁸⁸ Der Bundesgerichtshof hat vor kurzem in einer Entscheidung zum Bierkartell bestätigt, dass diese Auslegung auch im deutschen Recht gilt.³⁸⁹ Man kann daher festhalten, dass das Kartellverbot zumindest in der Variante einer abgestimmten Verhaltensweise ein Erfolgsdelikt darstellt.³⁹⁰ Dies soll allerdings nicht das Verhältnis zur Wettbewerbsbeschränkung vorbestimmen, die durch eine aufeinander abgestimmte

384 Zimmer, in: Immenga/Mestmäcker (Begr.), Wettbewerbsrecht, 6. Aufl. 2019, Band 1: EU-Recht, Art. 101 Abs. 1 AEUV, Rn. 89; Roth/Ackermann in: Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht, 101. Lieferung, Stand: 03.2022, Grundfragen des Art. 101 Abs. 1 AEUV, Rn. 139; Paschke, in: MüKoWettbR, Band 2: GWB, 4. Aufl. 2022, § 1 Rn. 122.

385 Zimmer, in: Immenga/Mestmäcker (Begr.), Wettbewerbsrecht, Band 1: EU-Recht, 6. Aufl. 2019, Art. 101 Abs. 1, Rn. 90; Mestmäcker/Schweizer, Europäisches Wettbewerbsrecht, 3. Aufl. 2014, § 10 Rn. 39; Paschke, in: MüKoWettbR, Band 1/1: EU-Recht, 4. Aufl. 2023, Art. 101 Rn. 77 f.

386 Paschke, in: MüKoWettbR, Band 2, 4. Aufl. 2022, § 1 GWB Rn. 132, 135; Lübbig, in: Wiedemann (Hrsg.), Handbuch des Kartellrechts, 4. Aufl. 2020, § 8 Rn. 13; Graeve/Nyberg, in: LMRKM (Hrsg.), Kartellrecht, 4. Aufl. 2020, AEUV Art. 101 Abs. 1 AEUV, Rn. 206.

387 EuGH (jeweils) v. 8.7.1999, Rs. C-49/92 P, Slg. 1999, I-4125, ECLI:EU:C:1999:356 – Anic Partecipazioni, Rn. 118 ff.; Rs. C-199/92 P, Slg. 1999, I-4287, ECLI:EU:C:1999:358 – Hüls, Rn. 161 ff.; Rs. C-235/92 P, Slg. 1999, I-4539, ECLI:EU:C:1999:362 – Montecatini, Rn. 125 ff.

388 EuGH (jeweils) v. 8.7.1999, Rs. C-49/92 P, Slg. 1999, I-4125, ECLI:EU:C:1999:356 – Anic Partecipazioni, Rn. 121; Rs. C-199/92 P, Slg. 1999, I-4287, ECLI:EU:C:1999:358 – Hüls, Rn. 162; die Kausalitätsvermutung gilt bei Informationsaustausch bereits nach nur einem einzigen gemeinsamen Treffen: EuGH v. 4.6.2009, Rs. C-8/08, Slg. 2009 I-4529, ECLI:EU:C:2009:343 – T-Mobile Netherlands, Rn. 51, 62.

389 BGH v. 13.07.2020, KRB 99/19, 1. LS = NZKart 2020, 602 = WuW 2020, 605.

390 Mestmäcker/Schweizer, Europäisches Wettbewerbsrecht, 3. Aufl. 2014, § 10 Rn. 34; skeptisch Zimmer, in: Immenga/Mestmäcker (Begr.), Wettbewerbsrecht, Band 1: EU-Recht, 6. Aufl. 2019, Art. 101 Abs. 1 AEUV, Rn. 89.

Verhaltensweise bewirkt oder bezweckt sein muss.³⁹¹ Vielmehr muss das Bezuwecken oder Bewirken einer Wettbewerbsbeschränkung wie auch bei Vorliegen einer Vereinbarung oder eines Beschlusses separat festgestellt werden.

Die bei dieser Handlungsvariante ausnahmsweise bestehende Verknüpfung der Abstimmung mit einer nachgelagerten (weiteren) Verhaltensweise wird wie folgt begründet.³⁹² Bei der Vereinbarung liege eine – für die Parteien subjektiv bindende – Willensübereinkunft vor, die in der Regel eine Absprache über konkretes wettbewerbsbezogenes Verhalten beinhaltet. Dieser Konkretisierungsgrad könnte bei sonstigen Abstimmungen, die das Moment einer unzweifelhaften Willensübereinkunft nicht erreicht haben, fehlen. Hier gelte sicherzustellen, dass sich die Abstimmung auch in einer marktrelevanten Verhaltensweise niederschlägt, d.h. ein Umsetzungsakt vorliegt.³⁹³

(3) Gängige Definitionen

Es liegen zwei gängige Beschreibungen einer abgestimmten Verhaltensweise vor, die in ständiger Rechtsprechung des EuGH herangezogen werden. Dabei könnte man meinen, dass es sich nach der gerade beschriebenen Konzeption – der Zweiteilung in Abstimmung und Verhaltensweise – um Beschreibungen lediglich der Abstimmung handelt. Da die Verhaltensweise nach allgemeiner Auffassung lediglich als Rückkopplung der Abstimmung an das wettbewerbsrelevante Marktverhalten fungiert, bedürfte sie eigentlich keiner weiteren Definition. Tatsächlich bringt eine genaue Lektüre des Schrifttums aber zutage, dass unterschiedliche Lesarten dieser Aussagen

391 *Roth/Ackermann*, in: Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht, 101. Lieferung, Stand: 03.2022, Grundfragen des Art. 101 Abs. 1 AEUV, Rn. 203; *Zimmer*, in: *Immenga/Mestmäcker* (Begr.), Wettbewerbsrecht, Band 1: EU-Recht, 6. Aufl. 2019, Art. 101 Abs. 1 AEUV, Rn. 89 a.E.; *Paschke*, in: *MüKoWettbR*, Band 2: *GWB*, 4. Aufl. 2022, § 1 Rn. 133; *Grave/Nyberg*, in: *LMRKM* (Hrsg.), Kartellrecht, 4. Aufl. 2020, AEUV Art. 101 Abs. 1 AEUV, Rn. 209; *Stockenhuber*, in: *Grabitz/Hilf/Nettesheim* (Hrsg.), AEUV, Dokumentenstand: 64. EL Mai 2018, Art. 101 Rn. 108.

392 So etwa *Paschke*, in: *MüKoWettbR*, Band 2: *GWB*, 4. Aufl. 2022, § 1 Rn. 132; kritische Darstellung mwN. bei *Roth/Ackermann* in: Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht, 101. Lieferung, Stand: 03.2022, Grundfragen des Art. 101 Abs. 1 AEUV, Rn. 197 a.E.

393 Vgl. etwa *Mestmäcker/Schweitzer*, Europäisches Wettbewerbsrecht, 3. Aufl. 2014, § 10 Rn. 34 f., 41 ff. (Kommunikationsprozess zwischen Unternehmen sollten nicht unnötig beschränkt werden).

vorliegen und im Detail Unklarheit herrscht, in welchem Verhältnis die beiden Formeln zueinanderstehen (siehe dazu noch später, S. 168 ff.).

(a) Praktische Zusammenarbeit

Einer frühen Aussage zur Folge soll mit der abgestimmten Verhaltensweise eine „*Form der Koordinierung*“ erfasst werden, „*die [...] bewusst eine praktische Zusammenarbeit an die Stelle des mit Risiken verbundenen Wettbewerbs treten lassen*“³⁹⁴ Es sollen Zustände untersagt werden, in denen eine Abstimmung wettbewerbliche Unsicherheit beseitigt und dabei hilft, das bei unkoordinierten Verhältnissen *antagonistische* Verhalten unter Wettbewerbern zugunsten gleichgerichteten Verhaltens zu verschieben. Die Aussage ist ersichtlich vom sog. „Selbstständigkeitspostulat“ getragen, das ist diesem Kontext häufig Erwähnung findet: Jeder Unternehmer soll selbstständig bestimmen, welche „*Politik er auf dem gemeinsamen Markt betreiben [...] will*“³⁹⁵

(b) Fühlungnahme

Eine weitere in der ständigen Rechtsprechung anzutreffende Formel³⁹⁶ beschreibt die in Frage kommenden Koordinierungsmittel. Häufig wird der Aussage zunächst die Klarstellung vorangestellt, dass es Wettbewerbern nicht untersagt werden soll, sich mit „*wachem Sinn*“³⁹⁷ bzw. „*auf intelligente*

394 StRspr. seit EuGH v. 14.07.1972, Rs. 48/69, Slg. 1972-00619, ECLI:EU:C:1972:70 – *Imperial Chemical Industries* (auch als Farbstoff-Urteil bekannt), Rn. 64/67.

395 Vgl. etwa EuGH v. 14.07.1981, Rs. 170/80, Slg. 1981-02021, ECLI:EU:C:1981:178 – *Züchner*, Rn. 13; EuGH v. 28.05.1998, Rs. C-7/95 P, Slg. 1998 I-03111, ECLI:EU:C:1998:256 – *Deere*, Rn. 86.

396 Auch hier heißt es teilweise, das Verbot der Fühlungnahme sei Ausfluss des Selbstständigkeitspostulats, vgl. *Zimmer*, in: *Immenga/Mestmäcker* (Begr.), Wettbewerbsrecht, Band 1: EU-Recht, 6. Aufl. 2019, Art. 101 Abs. 1 AEUV, Rn. 88 oder *Paschke*, in: *MüKoWettB*R, Band 2: *GWB*, 4. Aufl. 2022, § 1 Rn. 128; *Stockenhuber*, in: *Grabitz/Hilf/Nettesheim* (Hrsg.), AEUV, Dokumentenstand: 64. EL Mai 2018, Art. 101 Rn. 108.

397 EuGH v. 16.12.1975, Verb. Rs. 40-48/73 u.a., Slg. 1975-01663, ECLI:EU:C:1975:174 – *Suiker Unie*, Rn. 173/174; EuGH, Urt. v. 14.07.1981, Rs. 170/80, Slg. 1981-02021, ECLI:EU:C:1981:178 – *Züchner*, Rn. 14.

Weise“³⁹⁸ an das festgestellte oder erwartete Verhalten der Konkurrenten anzupassen. Stattdessen stünde das Verbot einer abgestimmten Verhaltensweise aber jeder „*unmittelbaren oder mittelbaren Fühlungnahme zwischen den Unternehmen entgegen, die bewirkt oder bezieht, entweder das Marktverhalten eines gegenwärtigen oder eines potentiellen Wettbewerbers zu beeinflussen oder über einen solchen Mitbewerber über das Marktverhaltens ins Bild zu setzen, das man selbst beschlossen hat oder in Erwägung zieht.*“³⁹⁹ Der Begriff einer Fühlungnahme (engl. „contact“) dient folglich als Sammelbegriff für alle in Betracht kommenden Koordinierungsmittel. Anders als bei der Vereinbarung muss die Fühlungnahme keine als verbindlich empfundene Willensübereinkunft (engl.: „meeting of minds“, „concurrence of will“)⁴⁰⁰ herbeiführen oder einen gemeinsamen Plan entwickeln.⁴⁰¹ In Abgrenzung zu bloßem Parallelverhalten steht im Mittelpunkt des Tatvorwurfs gleichwohl ein zusätzlicher – in aller Regel kommunikativer – Akt, der ein späteres, gleichförmiges Auftreten am Markt angestoßen hat. Während die oben zitierte Formel einer Fühlungnahme aus Sicht eines einzelnen Unternehmens formuliert ist, ist sich die ganz herrschende Auffassung darüber einig, dass die Koordinierung ein gewisses Maß an Reziprozität erfordert.⁴⁰² Um von einer Abstimmung auszugehen, muss der Adressat eines Kommunikationsakts also in irgendeiner Form seine Annahme des Koordinierungsangebots bzw. sein Mitwirken am nachfolgenden gleichförmigen Marktverhalten zum Ausdruck bringen. Woher dieses Erfordernis einer Mehrseitigkeit (schon) der Abstimmung (Fühlungnahme), also des Koordinierungsmittels, kommt, bleibt noch genauer zu hinterfragen.

398 EuGH v. 31.03.1993, Verb. Rs. C-89/85 u.a., Slg. 1993 I-01307, ECLI:EU:C:1993:120 – *Ahlström* (Zellstoff), Rn. 71.

399 EuGH v. 16.12.1975, Verb. Rs. 40-48/73 u.a., Slg. 1975-01663, ECLI:EU:C:1975:174 – *Suiker Unie*, Rn. 173/174.

400 Vgl. *Dreher/Kulka*, Wettbewerbsrecht, 12. Aufl. 2023, Rn. 956.

401 Siehe etwa EuGH v. 14.07.1981, Rs. 170/80, Slg. 1981-02021, ECLI:EU:C:1981:178 – *Züchner*, Rn. 13; *Faull/Kjølby/Leupold/Nikpay*, in: *Faull/Nikpay* (Hrsg.), *The EU Law of Competition*, 3. Aufl. 2014, S. 220, Rn. 3.132.

402 *Zimmer*, in: *Immenga/Mestmäcker* (Begr.), Wettbewerbsrecht, Band 1: EU-Recht, 6. Aufl. 2019, Art. 101 Abs. 1, Rn. 90; *Mestmäcker/Schweizer*, *Europäisches Wettbewerbsrecht*, 3. Aufl. 2014, § 10 Rn. 39; *Paschke* in: *MüKoWettbR*, Band 1/1: EU-Recht, 4. Aufl. 2023, Art. 101 Rn. 77, 161.

bb) Offene Streitpunkte

Dem Charakter einer Generalklausel entsprechend wurde das Verständnis des Kartellverbots über Jahrzehnte hinweg anhand von Einzelfallentscheidungen gewonnen. Selbst angesichts einer von der höchstrichterlichen Rechtsprechung ausgehenden Pfadabhängigkeit bleiben Meinungsverschiedenheiten bereits über manche Grundwertung der abgestimmten Verhaltensweise nicht aus. Dies betrifft zum einen die Zweigliedrigkeit des Tatbestands und zum anderen das Verhältnis der Kriterien einer „Fühlungnahme“ und „praktischen Zusammenarbeit“ zueinander.

(1) Zweigliedrigkeit

Obwohl sie schon vor langer Zeit höchstrichterlich bestätigt wurde, findet sich nach wie vor Kritik an der Zweigliedrigkeit des Tatbestands einer abgestimmten Verhaltensweise. So heißt es etwa, dass ein koordiniertes Marktverhalten, womit die in Umsetzung der Abstimmung erfolgende Verhaltensweise gemeint ist, kaum von der Wettbewerbsbeschränkung abzgrenzen sei.⁴⁰³ Auch wenn bezweifelt werden kann, dass die (frühzeitige) Feststellung eines tatsächlichen Umsetzungsaktes bereits auf Ebene der Tathandlung wirklich schadet, ist diese Kritik im Einzelfall nicht von der Hand zu weisen. Die Frage ist zudem nicht völlig belanglos, da von ihr abhängt, wie mit einer nachgewiesenen Abstimmung umzugehen ist, die eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckt, deren Umsetzungserfolg zwischen den Parteien und der Kartellbehörde aber streitig ist.⁴⁰⁴

Argumente, die daran anknüpfen, dass bei einer – nicht vereinbarungsbasierten – Abstimmung zwischen Unternehmen erst noch ein hinreichend konkreter Bezug zu wettbewerblich relevantem Verhalten festgestellt wer-

403 *Voet van Vormizeele*, in: Schröter/Klotz/von Wendland (Hrsg.), Europäisches Wettbewerbsrecht, 3. Aufl. 2024, Art. 101 AEUV, Rn. 63 a.E.

404 *Roth/Ackermann*, in: Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht, Grundfragen des Art. 101 Abs. 1 AEUV, 101. Lieferung, Stand: 03.2022, Rn. 197, vgl. etwa die in EuG v. 24.10.1991, Rs. T-1/89, Slg. 1991 II-1034, ECLI:EU:T:1991:56 – *Rhône-Poulence* zugrundeliegende Konstellation sowie die diesbezüglichen Ausführungen von GA Vesterdorf, Schlussanträge v. 10.07.1991, Rs. T-1/89, Slg. 1991 II-869, 921-944, ECLI:EU:T:1991:38.

den müsse,⁴⁰⁵ können in Anbetracht der im Anschluss ohnehin noch zu prüfenden bezweckten oder bewirkten Wettbewerbsbeschränkung jedenfalls nicht uneingeschränkt überzeugen. Dies zeigt sich vor allem, wenn zur Begründung angebracht wird, dass Kommunikation zwischen Unternehmen, also der in der Anwendungspraxis oft angetroffene Informationsaustausch, wettbewerbsförderliche, -schädliche oder jedenfalls -neutrale Wirkungen haben könne⁴⁰⁶ und daher nicht über Gebühr eingeschränkt werden sollte.⁴⁰⁷ Hier wird eine Befürchtung vorweggenommen, der ohne Weiteres unter dem Tatbestandsmerkmal einer bezweckten oder bewirkten Wettbewerbsbeschränkung Rechnung getragen werden könnte.⁴⁰⁸

Ebenso wenig können Argumente überzeugen, die daran anknüpfen, dass das wettbewerbliche Gefährdungspotential bzw. der Unrechtsgehalt von Abstimmungen, die noch nicht den Zustand einer Willensübereinkunft erreicht haben, wegen ihrer Unverbindlichkeit geringer sei.⁴⁰⁹ Selbst, wenn das Kollusionsergebnis bei einer Vereinbarung möglicherweise konkreter festgelegt wurde, ist eine solche Absprache für die beteiligten Unternehmen nicht bindend. Dies folgt schon allein aufgrund der rechtlichen

405 So etwa *Hengst*, in: Langen/Bunte (Hrsg.), Kartellrecht-Kommentar, Band 2: Europäisches Recht, 14. Aufl. 2021, Art. 101 AEUV, Rn. 136; *Roth/Ackermann*, in: Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht, Grundfragen des Art. 101 Abs. 1 AEUV, 101. Lieferung, Stand: 03.2022, Rn. 198.

406 *Mestmäcker/Schweizer*, Europäisches Wettbewerbsrecht, 3. Aufl. 2014, § 10 Rn. 34, 41 a.E.; *Paschke*, in: MüKoWettbR, Band 1/1: EU-Recht, 4. Auf. 2023, Art. 101 AEUV, Rn. 162 sowie Band 2: GWB, § 1 Rn. 132; *Roth/Ackermann*, in: Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht, Grundfragen des Art. 101 Abs. 1 AEUV, 101. Lieferung, Stand: 03.2022, Rn. 198.

407 *Mestmäcker/Schweizer*, Europäisches Wettbewerbsrecht, 3. Aufl. 2014, § 10 Rn. 41.

408 AA, möglicherweise *Roth/Ackermann*, in: Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht, Grundfragen des Art. 101 Abs. 1 AEUV, 101. Lieferung, Stand: 03.2022, Rn. 198, die von einer Wahrung der systematischen Einheit und Vermeidung eines Widerspruchs zur Tatbestandsvariante der Vereinbarung sprechen.

409 So etwa *Paschke*, in: MüKoWettbR, Band 1/1: EU-Recht, 4. Aufl. 2023, Art. 101 AEUV, Rn. 162 und Band 2: GWB, 4. Aufl. 2022, § 1 GWB Rn. 132; wenig überzeugend ist insbesondere die Aussage, dass „*die Abstimmung allein die im Hinblick auf das Selbstständigkeitspostulat geschützte Ungewissheit der Parteien über das künftige Marktverhalten nicht mindert oder beseitigt*“. Wenn sich die Abstimmung etwa als Informationsaustausch über zukünftig beabsichtigtes Verhalten vollzieht, dann reduziert der Informationsgewinn die Unsicherheit über das zukünftige Verhalten der Konkurrenz nicht weniger als dies bei einer konkreten Vereinbarung über zukünftiges Verhalten der Fall ist. Auch dort muss darauf vertraut werden, dass die Gegenpartei sich an ihr Versprechen hält und ihre Aussage in die Tat umsetzt. Es wird ebenso wenig eine konkrete Umsetzung gefordert.

Nichtigkeitsanordnung gem. Art. 101 Abs. 2 AEUV sowie § 134 BGB iVm § 1 GWB.⁴¹⁰ Gleichwohl eine „faktische“ Verbindlichkeit anzunehmen, die bei einer Verhaltensabstimmung ohne Willensübereinkunft fehle, erscheint schlechterdings gekünstelt. Mangels Erzwingbarkeit sowohl einer Einigung (auf konkrete, einheitliche Preise) als auch einer bloßen Ankündigung (etwa beim Informationsaustausch: Ankündigung einer Preiserhöhung zu einem bestimmten Stichtag) kommt es am Ende maßgeblich auf gegenseitiges Vertrauen in das gemeinsame Koordinierungsinteresse an. Daher ist nicht ersichtlich, wie in der vermeintlichen „Faktizität“ einer Vereinbarung ein angemessenes Abgrenzungskriterium hinsichtlich des Unrechtsgehalts bestimmter Maßnahmen zu sehen ist.⁴¹¹

Zu alledem stellt sich die Zweigliedrigkeit des Tatbestands und die separat zu prüfende, von der Abstimmung kausal beeinflusste Verhaltensweise in einer Vielzahl der Fälle als bloße Leerformel dar. Solange die an der Abstimmung beteiligten Unternehmen weiterhin im Markt aktiv sind,⁴¹² liegt mit der Preissetzung als notwendige Voraussetzung des Angebots von Waren und Dienstleistungen stets eine in Frage kommende, durch die Abstimmung möglicherweise beeinflusste Verhaltensweise vor. Der Kausalzusammenhang zwischen Abstimmung und Verhaltensweise wird dann sogar – zumindest bei einem Informationsaustausch über klassische Wettbewerbsparameter wie den Preis – vermutet.⁴¹³ Durch die weitgehend gehaltlose Subsumtion, dass also offensichtlich ein entsprechendes Marktverhalten vorliegt, ist inhaltlich nichts gewonnen.⁴¹⁴ Schlussendlich wird

410 So auch *Roth/Ackermann*, in: Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht, Grundfragen des Art. 101 Abs. 1 AEUV, 101. Lieferung, Stand: 03.2022, Rn. 197.

411 Wie hier: *Stockenhuber*, in: *Grabitz/Hilf/Nettesheim* (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union, Dokumentenstand: 64. EL. Mai 2018, Art. 101 AEUV, Rn. II4.

412 Andeutungsweise schon der EuGH v. 08.07.1999, Rs. C-49/92 P, Slg. 1999 I-04125, ECLI:EU:C:1999:356 – *Anic Partecipazioni*, Rn. 121: „Zum einen gilt [...] die Vermutung, daß die an der Abstimmung beteiligten und weiterhin auf dem Markt tätigen Unternehmen [...]“ sowie nahezu wortgleich EuGH v. 08.07.1999, Rs. C-199/92 P, Slg. 1999 I-04287, ECLI:EU:C:1999:358 – *Hüls*, Rn. 162; vgl. unmittelbar danach auch: EuG v. 15.03.2000, Verb. Rs. T-25/95 u.a., Slg. 2000 II-00491, ECLI:EU:T:2000:77 – *Cimenteries/Kommission*, Rn. 1938.

413 Der Ursprung dieser einige Jahre später als „*Anic*“-Vermutung berühmt gewordenen Rspr. dürfte in EuG v. 14.10.1991, Rs. T-1/89, Slg. 1991 II-1034, ECLI:EU:T:1991:56 – *Rhône-Poulence*, Rn. 123 liegen, wo erstmals festgestellt wurde, dass Informationen wohl zwangsläufig berücksichtigt werden.

414 Vgl. auch *Bechtold/Bosch/Brinker*, EU-Kartellrecht Kommentar, 4. Auf. 2023, Art. 101 AEUV Rn. 56: „Letztlich hat die Durchführung einer Abstimmung keine eigenständige Bedeutung; die Durchführung lässt nur Rückschlüsse zu, ob der vorher-

die eigentliche Prüfung, ob etwa ein Marktinformationssystem förderliche oder schädliche Auswirkungen auf den Wettbewerb hat, ohnehin beim Tatbestandsmerkmal der Wettbewerbsbeschränkung vorgenommen.

Man muss daher den Eindruck gewinnen, die Zweigliedrigkeit drängt sich in den Augen ihrer Verfechter noch am ehesten durch den Wortlaut des Kartellverbots auf.⁴¹⁵ Argumente, warum diese Zweigliedrigkeit auch inhaltlich überzeugen könne, verfangen dagegen ganz überwiegend nicht. Viel eher stellt sich die Frage, warum der europäische Gesetzgeber überhaupt diese Formulierung gewählt hat (siehe dazu später, S. 214). Ohne (ggfs. aus Versehen) den Eindruck eines zweigliedrigen Erfolgsdelikts zu erwecken, hätte als Auffangtatbestand auch jedwede „sonstige Verhaltensabstimmung“ festgehalten werden können. Der bisher überwiegende Erklärungsansatz, demzufolge dem Gesetzeswortlaut eine inhaltliche Logik zugrunde liege, welche die unterschiedliche Intensität einer Willenskoordinierung abbilde, ist jedenfalls nicht allen Zweifeln erhaben. Mit Blick auf die *Anic*-Rechtsprechung⁴¹⁶ muss zudem resümiert werden, dass der EuGH einen Mittelweg eingeschlagen hat. Wohl unter dem Eindruck der vermeintlichen Wortlautgrenze sah er sich nicht in der Lage, gänzlich auf konkretes Marktverhalten im Tatbestand zu verzichten.⁴¹⁷ Dann stellte er jedoch eine Vermutung für die Kausalität zwischen preisbezogenen Abstimmungshandlungen und der Umsetzung dieser Koordinierung in konkretes

gehende Kontakt zwischen den beteiligten Unternehmen tatsächlich verhaltenskoordinierenden Inhalt hatte.“ Dies könnte nach hier vertretener Auffassung auch unter dem Prüfungspunkt einer bezeichneten oder bewirkten Wettbewerbsbeschränkung ermittelt werden.

415 So auch der EuGH v. 8.7.1999, Rs. C-49/92, Slg. 1999 I 4125, ECLI:EU:C:1999:356 – *Anic Partecipazioni*, Rn. 118; siehe in Vorbereitung des erstinstanzlichen Urteils: GA *Vesterdorf*, Schlussanträge v. 10.07.1991, Rs. T-1/89 Slg. 1991 II-869, 941, ECLI:EU:T:1991:38 – *Rhône-Poulence* sowie *Lübbert*, Das Verbot abgestimmten Verhaltens im deutschen und europäischen Kartellrecht, 1975, S. 90 f.; *Lettl*, WuW 2017, 422, 425 (anderenfalls hätte es „abstimmende Verhaltensweisen“ heißen müssen); *Stockenhuber*, in: *Grabitz/Hilf/Nettesheim* (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union, Dokumentenstand: 64. EL Mai 2018, Art. 101 AEUV, Rn. II4 (i.E. aber doch mit abweichendem Fazit); s. *dagegen* noch: GA *Darmon*, Schlussanträge v. 07.07.1992, Verb. Rs. C-89/85 u.a., Slg. 1992 I-1449, ECLI:EU:C:1992:293 – *Ahlströhm*, Rn. 187.

416 EuGH (jeweils) v. 8.7.1999, Rs. C-49/92 P, Slg. 1999, I-4125, ECLI:EU:C:1999:356 – *Anic Partecipazioni*, Rn. 118 ff.; Rs. C-199/92 P, Slg. 1999, I-4287, ECLI:EU:C:1999:358 – *Hüls*, Rn. 161 ff.; Rs. C-235/92 P, Slg. 1999, I-4539, ECLI:EU:C:1999:362 – *Montecatini*, Rn. 125 ff.

417 So auch *Wessely*, (38) CMLRev. 2001, 739, 753, der von einem salomonischen Urteil spricht.

Marktverhalten auf, wodurch in vielen Fällen der Nachweis einer Verhaltensabstimmung genügt. Damit wurde inhaltlich dem Lager entsprochen wurde, das den Tatbestand einer abgestimmten Verhaltensweise bereits mit Abschluss der Verhaltensabstimmung als vollendet ansah.⁴¹⁸

(2) Verhältnis von Fühlungnahme und praktischer Zusammenarbeit

Unterschiedliche Auffassungen scheinen auch bezüglich des Verhältnisses der *Fühlungnahme* zur *praktischen Zusammenarbeit* zu bestehen. Ein solcher Dissens wurde – nach Kenntnisstand des Autors – noch an keiner Stelle explizit gezeigt.⁴¹⁹ Es lassen sich dagegen Beiträge im Schrifttum sowie Gerichtsentscheidungen finden, die im Begriffsverständnis voneinander abzuweichen scheinen. Die unterschiedlichen Einschätzungen beruhen dabei auf einer abweichenden Verortung der beiden Konzepte im zweigliedrigen Tatbestand der abgestimmten Verhaltensweise. Diese besteht – wie eben dargelegt wurde – aus einer Abstimmung, die man auch als Koordinierung bezeichnen könnte und einer dadurch bedingten, koordinierten Verhaltensweise.

Einerseits könnte man beide Konzepte als Definitionen der Abstimmung auf erster Stufe des Tatbestands verorten. Die darauffolgende, kausal bedingte Verhaltensweise bedürfte womöglich keiner weiteren Definition. Es handelt sich um bloßes Marktverhalten als Anbieter oder Nachfrager. *Andrerseits* könnte man das Konzept der Fühlungnahme auf die Abstimmung beziehen und das Konzept der praktischen Zusammenarbeit als die nachfolgende Verhaltensweise, mithin das Ergebnis dieser Abstimmung betrachten.

418 Mit diesem Ausblick bereits GA *Vesterdorf*, Schlussanträge v. 10.07.1991, Rs. T-1/89, Slg. 1991 II-869, 943, ECLI:EU:T:1991:38 – *Rhône-Poulence*; Zusammenfassung des damaligen Meinungsstands auf S. 935-939.

419 Die zeigt sich auch daran, dass einige Standardkommentierungen dazu nicht explizit Stellung beziehen bzw. eine Einordnung nicht vornehmen, darunter etwa: *Zimmer*, in: *Immenga/Mestmäcker* (Begr.), *Wettbewerbsrecht*, Band 1: EU-Recht, 6. Aufl. 2019, Art. 101 Abs. 1 AEUV, Rn. 86 ff.; *Grave/Nyberg*, in: *LMRKM* (Hrsg.), *Kartellrecht*, Art. 101 AEUV, Rn. 205 ff.; *Mestmäcker/Schweizer*, *Europäisches Wettbewerbsrecht*, 3. Aufl. 2014, § 10 Rn. 36 ff.; *Stockenhuber*, in: *Grabitz/Hilf/Nettesheim* (Hrsg.), *Das Recht der Europäischen Union*, Dokumentenstand: 64. EL Mai 2018, Art. 101 AEUV, Rn. 106 ff.; *Bechtold/Bosch/Brinker*, *EU-Kartellrecht Kommentar*, 4. Aufl. 2023, Art. 101 AEUV, Rn. 53 ff.

Die unterschiedlichen Auffassungen haben konkrete Auswirkungen, wenn man begrifflich aufgrund einer „praktischen Zusammenarbeit“ reziprokes Verhalten erfordert. Abhängig davon, wo dieses Kriterium verortet wird, müsste entweder bereits die Abstimmung auf erster Stufe des Tatbestands unter wechselseitigen Beiträgen stattfinden⁴²⁰ oder es müsste nur auf zweiter Stufe des Tatbestands eine praktische Zusammenarbeit in Form parallelen Marktverhaltens mehrerer Unternehmen resultieren. Im letztgenannten Fall würde sich nicht bereits zwingend aus der von der Rechtsprechung geforderten „praktischen Zusammenarbeit“ ergeben, dass auch die Abstimmung von wechselseitigem Zutun gekennzeichnet sein muss.

(a) Definitionen nur der Abstimmung = Einordnung auf derselben Ebene

Als Anhänger der ersten Auffassung lassen sich etwa *Roth/Ackermann* ausmachen, die in ihrer Kommentierung des europäischen Kartellverbots beide Konzepte (Fühlungnahme und praktische Zusammenarbeit) unter der Überschrift „Abstimmung“ auf erster Stufe des Tatbestands besprechen.⁴²¹ Dort finden sich auch die folgenden Aussagen, die allesamt deutlich machen, dass sich das Erfordernis einer praktischen Zusammenarbeit nach Auffassung der Kommentatoren auf die Abstimmung beziehen soll:

„Die erforderliche Koordinierung [...] ist eine praktische Zusammenarbeit der Unternehmen, um die Unsicherheit darüber, welche Haltung die jeweiligen Konkurrenten einnehmen werden, zu verringern.“ (Rn. 186)

„Es geht (für die Abstimmung, Anm. des Verf. auf Grundlage des vorangegangenen Satzes) vielmehr allein um eine **tatsächliche Zusammenarbeit**.“ (Rn. 188)

-
- 420 Siehe etwa noch *Roth/Ackermann*, in: Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht, Grundfragen des Art. 81 Abs. 1 EG, 68. Lieferung, Stand: 05/2009, Rn. 188: „Eine ‚Zusammenarbeit‘ setzt eine Reziprozität der relevanten Handlungen der Beteiligten voraus.“, in der 101. Lieferung, Stand 03/2022 nunmehr gegenteilig: „Eine ‚Zusammenarbeit‘ setzt keine Gegenseitigkeit der relevanten Handlungen der Beteiligten voraus.“; vgl. auch *Dreher/Hoffmann*, WuW 2011, 1181, 1184, die unmittelbar im Anschluss an die Formel einer praktischen Zusammenarbeit schlussfolgern, dass „bei allen drei Formen der Verhaltenskoordinierung (im Kartellverbot, Anm. des Verf.) eine willentliche Mitwirkung von mindestens zwei Unternehmen (...) erforderlich ist.“.
- 421 *Roth/Ackermann*, in: Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht, Grundfragen des Art. 101 Abs. 1 AEUV, 101. Lieferung, Stand: 03/2022, Rn. 186 ff.; dem nachgelagert ist ein Abschnitt des Titels „Marktverhalten“, der die zweite Stufe des Tatbestands zum Gegenstand hat.

C. Kartellrechtliche Würdigung

„(D)ie ‚Abstimmung‘ (betrifft) alle sonstigen Formen der Koordinierung in Form einer praktischen Zusammenarbeit zwischen den Unternehmen [...]“ (Rn. 190)⁴²²

„Die Streitfrage hat Relevanz in Fällen, in denen Unternehmen eine Zusammenarbeit (z.B. einen Informationsaustausch; [...]) praktizieren, ein damit korrespondierendes Marktverhalten [...] aber nur schwer [...] nachweisbar ist.“ (Rn. 197)

Dieser Auffassung sind auch die Kommentierungen der Kartellverbote von Paschke zuzuordnen, der ebenfalls sowohl die Fühlungnahme als auch die praktische Zusammenarbeit als Kriterien der auf erster Stufe stehenden Abstimmung begreift.⁴²³ Gleiches gilt für die Kommentierung Lübbigs.⁴²⁴ Aus der Kommentarliteratur folgt nicht zuletzt Füller dieser Sichtweise gar expressiv verbis.⁴²⁵

„Die Kernbegriffe der Verhaltensabstimmung bilden die Koordinierung und die praktische Zusammenarbeit.“

Weiterhin scheinen Kling/Thomas dieser Auffassung in ihrem Lehrbuch zum Kartellrecht zuzuordnen zu sein. Dort heißt es unter anderem:

„Es (die Abstimmung, Anm. des Verf. auf Grundlage des vorangegangenen Satzes) handelt sich um eine tatsächliche Zusammenarbeit der Unternehmen mit dem Ziel, die Unsicherheit darüber, welche Haltung die Konkurrenten einnehmen werden, zu verringern.“ (§ 5 Rn. 70)

422 Als Beleg wird EuGH v. 31.3.1993, Verb. Rs. 89/85 u.a., ECLI:EU:C:1993:12 – Ahlström, Rn. 63-64 angeführt, der von den Autoren allerdings unzutreffend wiedergegeben wird; an der dortigen Stelle wird wortlautgetreu das ICI-Urteil zitiert („Formen der Koordinierung“ [...], die eine praktische Zusammenarbeit an die Stelle des mit Unsicherheit verbundenen Wettbewerbs treten lassen“).

423 Paschke, in: MüKoWettbR, Band 1/1: EU-Recht, 4. Auf. 2023, Art. 101 AEUV, Rn. 156 ff.; ders., in: MüKoWettbR, Band 2: GWB, 4. Aufl. 2022, Rn. 126 ff.

424 Lübbig, in: Wiedemann (Hrsg.), Handbuch des Kartellrechts, 4. Aufl. 2020, § 8 Rn. 13: „Wesentlich für diese Form der Koordinierung zwischen Unternehmen sei, dass diese bewusst praktisch zusammenarbeiten und so die mit dem Wettbewerb verbundenen Risiken ausschließen oder verringern.“

425 Füller, in: Kölner Kommentar zum Kartellrecht, 1. Aufl. 2016, Art. 101 AEUV Rn. 143 (unter der Überschrift „a) Abstimmung“ vor „b) Marktverhalten“).

Die Aussage weckt unweigerlich den Eindruck, dass eine Zusammenarbeit bereits auf Ebene der Abstimmung stattfinden muss, nicht dagegen erst das Ergebnis dieser Abstimmung ist.⁴²⁶

(b) Definition von Abstimmung und Verhaltensweise auf unterschiedliche Ebenen

Der BGH hat sich dagegen jüngst der zweiten Auffassung angeschlossen und im Verfahren zum Bierkartell, das den Vorwurf einer abgestimmten Verhaltensweise durch Informationsaustausch zum Gegenstand hatte, folgendes festgehalten:

„Der Tatbestand der aufeinander abgestimmten Verhaltensweise ist zweigleidrig; er verlangt neben einem Abstimmungsvorgang (Fühlungnahme) eine tatsächliche Verhaltensweise im Sinne einer praktischen Zusammenarbeit auf dem Markt, das heißt ein konkretes Marktverhalten in Umsetzung der Abstimmung.“⁴²⁷

Als Beleg wird die Kommentierung von *Hengst* angeführt, die bereits zuvor den Begriff Fühlungnahme der Abstimmung und die praktische Zusammenarbeit dem daraus resultierenden Marktverhalten zugeordnet hatte.⁴²⁸ Unter explizitem Verweis auf das Urteil vertreten neuerdings auch *Dreher/Kulka* diese Zuordnung in ihrem Lehrbuch.⁴²⁹ Zuvor traf man im Schrifttum vereinzelt bereits andeutungsweise auf ein solches Verständnis,⁴³⁰ so etwa bei *Zimmer*:

426 Vgl. ferner aus der Lehrbuchliteratur *Emmerich/Lange*, Kartellrecht, 14. Aufl. 2018, S. 38: „Eine Verhaltensabstimmung kann demgegenüber nur angenommen werden, wenn zumindest zwei Unternehmen in irgendeiner Form willentlich zusammenwirken [...].“

427 BGH v. 13.07.2020, Az. KRB 99/19, NZKart 2020, 602 – Bierkartell, 1. LS = Rn. 20.

428 *Hengst*, in: *Langen/Bunte* (Hrsg.), Kartellrecht-Kommentar, 13. Aufl. 2018, Band 2: Europäisches Recht, Art. 101 AEUV Rn. 116, 123.

429 *Dreher/Kulka*, Wettbewerbs- und Kartellrecht, 12. Aufl. 2023, Rn. 957.

430 Vgl. etwa *Pahlen/Vahrenholt*, ZWeR 2014, 442, 446 ff., die gleichzeitig aber auch davon sprechen, dass „(e)ine Abstimmung erfordert (...), dass Unternehmen zumindest die Strukturen für eine Zusammenarbeit schaffen (...).“ Siehe ferner andeutungsweise *Rottmann/Göhl*, WuW 2019, 348, 352: „Für das Vorliegen einer [...] abgestimmten Verhaltensweise muss ein zweigleidriger Tatbestand erfüllt sein. Zunächst bedarf es zwischen den Wettbewerbern eines Elements der Fühlungnahme zur Abstimmung, welche entgegen des Selbstständigkeitspostulats bewusst Kooperation an die Stelle wettbewerblich bedingter Unsicherheit und Risiken treten lässt. Nachfolgend ist zudem

C. Kartellrechtliche Würdigung

„Dem EuGH zufolge ist eine „Fühlungnahme“ tatbestandsmäßig, mit der die beteiligten Unternehmen bewusst eine praktische Zusammenarbeit an die Stelle des mit Risiken verbundenen Wettbewerbs treten lassen.“⁴³¹

„Auch mit der Rechtsprechung des EuGH, nach der eine Abstimmung in einer – offenbar zusätzlich zum Marktverhalten geforderten – „Fühlungnahme“ besteht [...].“⁴³²

Schließlich hatten auch *Grave/Nyberg* die Definition einer Fühlungnahme bereits explizit der Abstimmung auf erster Ebene des zweitaktigen Tatbestands zugeordnet, ohne allerdings die „praktische Zusammenarbeit“ begrifflich auf zweiter Stufe anzusiedeln.⁴³³

(c) Stellungnahme

Der zweitgenannten Auffassung, insbesondere den Feststellungen des BGH ist uneingeschränkt zuzustimmen. Dies ergibt sich aus mehreren Gründen.

(aa) Konsekutivzusammenhang

Allein sprachlich heißt es in der betroffenen Aussage des EuGH bereits, dass mit der abgestimmten Verhaltensweise Formen der Koordinierung erfasst werden sollen, die eine praktische Zusammenarbeit an die Stelle des mit Unsicherheit verbundenen Wettbewerbs *treten lassen*.⁴³⁴ Die Verwendung der Verbalkonstruktion „treten lassen“ deutet auf einen Konsekutivzusammenhang hin. Die praktische Zusammenarbeit ist Folge der Koordinierung, nicht Mittel der Koordinierung. Gleches gilt auch für die englische („*substitutes*“) und französische („*substitue*“) Fassung. Selbst wenn man diese Verben als „ersetzen“ oder „austauschen“ in das Deutsche übersetzt, bleibt der soeben ausgemachte Konsekutivzusammenhang bestehen. Hätte der EuGH mit seiner Aussage die tatbestandsmäßigen Formen einer Ko-

ein kausaler Abstimmungserfolg, das heißt ein abstimmungsbedingtes, gemeinsames Marktverhalten erforderlich.“

431 *Zimmer*, in: *Immenga/Mestmäcker* (Begr.), *Wettbewerbsrecht*, Band 1: EU-Recht, 6. Aufl. 2019, Art. 101 Abs. 1 AEUV, Rn. 95; so auch: *Dompke/Schulz*, (8) Juristische Ausbildung (JURA) 2015, 822, 827.

432 *Zimmer*, a.a.O., Rn. 99.

433 *Grave/Nyberg*, in: *LMRKM* (Hrsg.), *Kartellrecht*, 4. Aufl. 2020, Art. 101 Abs. 1 AEUV, Rn. 206.

434 EuGH v. 14.07.1972, Rs. 48/69, Slg. 1972-00619, ECLI:EU:C:1972:70 – *ICI*, Rn. 64/67.

ordinierung definieren wollen, hätte es nähergelegen zu schreiben, dass Formen der Koordinierung erfasst werden sollen, die sich als praktische Zusammenarbeit *darstellen* oder in einer praktischen Zusammenarbeit *bestehen*.

(bb) Beschreibung des Taterfolgs & Bezugnahme auf
Wettbewerbsbeschränkung

Weiterhin fällt auf, dass in der Formel einer praktischen Zusammenarbeit auf die dadurch verwirklichte Ausräumung wettbewerblicher Risiken Bezug genommen wird. Diese Aussage ist ergebnisorientiert. Eine durch das Kartellverbot zu verhindernde Wettbewerbsbeschränkung wird in der Fallpraxis regelmäßig dann angenommen, wenn die Handlungsfreiheit von Parteien durch bestimmte Maßnahmen eingeschränkt wird und das Marktverhalten (einander) angeglichen wird. Das Selbstständigkeitspostulat wird demnach sowohl bei der Auslegung einer abgestimmten Verhaltensweise⁴³⁵ als auch bei der Auslegung einer Wettbewerbsbeschränkung⁴³⁶ herangezogen. Darin manifestiert sich eine systematische Auslegung der Tathandlung mit Blick auf den Taterfolg. Führt man sich nun vor Augen, dass die abgestimmte Verhaltensweise zweigliedrig ausgestaltet ist und das spätere Marktverhalten bereits Teil der adressierten Tathandlung ist, ist es nur folgerichtig, einen gewissen Gleichlauf zwischen der zweiten Stufe der Tathandlung (konkrete Umsetzung bzw. Folge der Abstimmung) und dem Taterfolg (der daraus folgenden Wettbewerbsbeschränkung) herzustellen. Dies führt – was bereits mit Blick auf die Zweigliedrigkeit des Tatbestands angemerkt wurde – zu einer inhaltlichen Überschneidung, folgt aber der insoweit unzweideutigen Formulierung der Tathandlung, die nicht bloß von einer sonstigen Verhaltensabstimmung, sondern einer abgestimmten Verhaltensweise spricht. Auch aus diesem Blickwinkel liegt es nahe, die praktische Zusammenarbeit als Folge der Abstimmung zu betrachten.

435 Siehe hierzu bereits die Ausführungen zur „praktischen Zusammenarbeit“ auf S. 161 sowie die Nachweise in Fn. 395.

436 Vgl. etwa Wiedemann, in ders. (Hrsg.), Handbuch des Kartellrechts, 4. Aufl. 2020, § 2 Rn. 3; Zimmer, in: Immenga/Mestmäcker (Begr.), Wettbewerbsrecht, Band 1: EU-Recht, 6. Aufl. 2019, Art. 101 Abs. 1 AEUV Rn. 127 oder Hengst, in: Bunte (Hrsg.), Kartellrecht-Kommentar, 14. Aufl. 2021, Band 2: EU-Recht, Art. 101 Abs. 1 AEUV Rn. 193.

(cc) Spätere Nennung als separate Kriterien

Ein zusätzlicher Fingerzeig in Richtung dieses Verständnisses lässt sich womöglich in einer weiteren Aussage der ständigen Rechtsprechung finden. Im Zucker-Urteil heißt es, dass die „*Kriterien der Koordinierung und der Zusammenarbeit, auf die in der Rechtsprechung des Gerichtshofs abgestellt wird, (...) im Sinne des Grundgedankens der Wettbewerbsvorschriften des Vertrages zu verstehen (sind)*“. Im Anschluss daran folgt eine Darstellung des Selbstständigkeitspostulat.⁴³⁷ Auf diese Aussage trifft man seither immer wieder, insbesondere in Form der Feststellung, „*dass die Kriterien der Koordinierung und der Zusammenarbeit, die Voraussetzungen für aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen sind, nicht die Ausarbeitung eines eigentlichen „Plans“ verlangen*“.⁴³⁸ Da zwischen den beiden Kriterien differenziert wird und sie nebeneinander gestellt werden, könnte man darauf schließen, dass die praktische Zusammenarbeit keine bloße Konkretisierung der Koordinierung im Sinne eines einheitlichen „legal tests“⁴³⁹ ist. Weder für das eine noch für das andere Kriterium, weder auf erster noch auf zweiter Stufe der Tathandlung müsse ein konkreter Tatplan vorliegen.⁴⁴⁰ Andernfalls hätte sich erneut eine deutlich präzisere Formulierung angeboten, etwa: „*Das Kriterium der Koordinierung in Form einer praktischen Zusammenarbeit [...]*“⁴⁴¹. Genauso wenig wurde das zeitlich jüngere Kriterium einer

437 EuGH v. 16.12.1975, Verb. Rs. 40-48/73 u.a., Slg. 1975-01663, ECLI:EU:C:1975:174 – *Suiker Unie*, Rn. 173/174; siehe jüngst auch EuGH, Urt. v. 26.01.2017, Rs. C-609/13 P, ECLI:EU:C:2017:46 – *Duravit*, Rn. 71: „*So sind die Kriterien der Koordinierung und der Zusammenarbeit, die eine „abgestimmte Verhaltensweise“ im Sinne dieser Bestimmung begründen, im Licht des Grundgedankens der Wettbewerbsvorschriften des AEU-Vertrags zu verstehen, wonach jeder Wirtschaftsteilnehmer selbstständig zu bestimmen hat, welche Politik er auf dem Binnenmarkt zu betreiben gedenkt.*“

438 S. etwa EuGH v. 14.07.1981, Rs. 170/80, Slg. 1981 -02021, ECLI:EU:C:1981:178 – *Züchner*, Rn. 13.

439 Vgl. *Whish/Bailey*, Competition Law, 10. Aufl. 2021, S. 118, die von einem (einheitlichen) „legal test“ sprechen, aber gleichwohl erkannt haben, dass beide Kriterien auf unterschiedlichen Ebenen anzusiedeln sind; anders als hier dagegen: *Lianos/Korah/Siciliani*, Competition Law, 1. Aufl. 2019, S. 390: „*By referring to various forms of the same thing, ‘coordination and cooperation’, [...]*“.

440 Vollkommen zwingend erscheint dieses Verständnis zugegebenermaßen nicht. Die zitierte Aussage wird immer wieder als Beleg verwendet, um die praktische Zusammenarbeit auf Ebene der Abstimmung anzusiedeln, vgl. etwa *Paschke*, in: MüKo-WettbR, Band 1/1: EU-Recht, 4. Auf. 2023, Art. 101 AEUV, Rn. 158.

441 Siehe insoweit erneut *Roth/Ackermann*, in: Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht, Grundfragen des Art. 101 Abs. 1 AEUV, 101. Lieferung, Stand: 03/2022, Rn. 190, Rn. 6, die dem EuGH jene (unzutreffende) Formulierung in den Mund legen.

Fühlungnahme (in demselben Urteil) als Konkretisierung des älteren Kriteriums einer praktischen Zusammenarbeit präsentiert.⁴⁴²

(dd) Ausgangsbefunde der zugrundeliegenden Entscheidungen

Weiterhin spricht auch der *Farbenfall*, in dem die Formel einer praktischen Zusammenarbeit erstmalig verwendet wurde, für das oben erarbeitete Verständnis. Dort wurden den Unternehmen gemeinsame Preisanhebungen in drei Fällen vorgeworfen. Eine erste Preiserhöhung der Farbenhersteller im Jahr 1964 erfolgte derart simultan, dass man von einer entsprechenden Vereinbarung im Vorfeld ausging, die sich allerdings nicht beweisen ließ. Eine gemeinsame Preiserhöhung im Jahr 1965 wurde dagegen von weit im Voraus liegenden öffentlichen Preisankündigungen begleitet. Einer Preiserhöhung im Jahr 1967 ging wiederum eine gemeinsame Sitzung voraus, in der entsprechende Absichten ausgetauscht wurden. Die kartellrechtliche Untersuchung nahm ihren Ausgangspunkt also im Befund eines zu drei Zeitpunkten beobachteten Parallelverhaltens, von dem auf eine im Vorfeld stattgefundene Abstimmung geschlossen wurde.⁴⁴³ Liest man vor diesem Hintergrund die Aussage, dass eine abgestimmte Verhaltensweise Formen der Koordinierung erfassen soll, die bewusst eine praktische Zusammenarbeit an die Stelle des mit Risiken verbundenen Wettbewerbs treten lasse, liegt es nahe, die simultanen Preiserhöhung als die durch Vorfeldmaßnahmen abgesicherte, infolgedessen nicht mehr mit Unsicherheit behaftete, praktische Zusammenarbeit zu verstehen.⁴⁴⁴ Für dieses Verständnis kann eine spätere Textpassage des Urteils angeführt werden, die nur selten rezipiert werden.

„Bei dieser Sachlage und unter Berücksichtigung der Besonderheiten des Farbstoffmarkts ist davon auszugehen, daß das Verhalten der Klägerin im Zusammenwirken mit anderen am Verfahren beteiligten Unternehmen (frühzeitige Absichtserklärungen über Preiserhöhungen sowie gemeinsame Gesprächskreise; Anm. des Verf.) darauf abzielte, die Risiken des Wettbewerbs

442 A.A. Altvater, Kartellbildung durch Abstimmung, 1997, S. 22, 31 der die Fühlungnahme (nach hier vertretener Auffassung irrtümlich) als Definition der praktischen Zusammenarbeit begreift.

443 Ghezzi/Maggiolino, (10) J.C.L.E. 2014, 647, 652 ff.; vgl. rückblickend auch GA *Vestendorf*, Schlussanträge v. 10.07.1991, Rs. T-1/89 Slg. 1991 II-869, 940, ECLI:EU:T: 1991:38 – *Rhône-Poulence*.

444 EuGH v. 14.07.1972, Rs. 48/69, Slg. 1972-00619, ECLI:EU:C:1972:70 – *Imperial Chemical Industries (ICI)*.

und die Ungewissheit über nicht abgestimmte Reaktionen der Konkurrenten auszuschalten und statt dessen zu einer Zusammenarbeit zu gelangen, die eine durch Artikel 85 Absatz 1 des Vertrages verbotene abgestimmte Verhaltensweise darstellt.“ (Rn. 115/119)

Betrachtet man diese Subsumtion im Lichte des im Urteil aufgestellten Kriteriums einer Koordinierung, die eine praktische Zusammenarbeit an die Stelle des mit Risiken verbundenen Wettbewerbs treten lässt, wird deutlich, dass die praktische Zusammenarbeit für das gleichförmige Marktverhalten steht (Preiserhöhung), das von einer vorherigen Abstimmung (Ankündigungen) gestützt wurde und nunmehr weniger unsicherheitsbehaftet ist.

(ee) Verknüpfung beider Konzepte zu einer einheitlichen Formel
(Polypropylen-Fälle)

Nicht zuletzt lässt die Definition einer Fühlungnahme als Beschreibung der (verbalen) Koordinierung zwischen Unternehmen aufhorchen.⁴⁴⁵ Bereits eine Fühlungnahme, die bewirkt oder bezweckt, das Marktverhalten eines Wettbewerbers zu beeinflussen oder diesen über das eigene, zukünftig beabsichtigte Marktverhalten ins Bild zu setzen, verstößt gegen das Selbstständigkeitspostulat und somit gegen Art. 101 AEUV, ohne dass von einer weiteren „praktischen Zusammenarbeit“ – zumindest auf Ebene der Abstimmung – die Rede ist. Dabei fällt auf, dass die Formulierung mit den Verben „bezwecken“ und „bewirken“ Begriffe enthielt, die wortgleich im Tatbestand von Art. 101 Abs. 1 AEUV auftauchen. Dort dienen sie der Beschreibung des Verhältnisses von Tathandlung (Vereinbarung, Beschluss, aufeinander abgestimmte Verhaltensweise) und Taterfolg (Wettbewerbsbeschränkung). Mit der Beeinflussung des Marktverhaltens eines Wettbewerbers oder der Mitteilung des beabsichtigten Marktverhaltens könnte also bereits die Wettbewerbsbeschränkung bezeichnet worden sein. Da eine Wettbewerbsbeschränkung (s.o.) unter Bezugnahme auf das Selbstständigkeitspostulat grundsätzlich angenommen wird, wenn Wettbewerber ihr Marktverhalten nicht mehr autonom bestimmen, ist dieses Verständnis jedenfalls nicht kategorisch auszuschließen. Dennoch bleibt unklar, warum

445 Das Verbot einer abgestimmten Verhaltensweise steht jeder „*unmittelbaren oder mittelbaren Fühlungnahme zwischen den Unternehmen entgegen, die bewirkt oder bezweckt, entweder das Marktverhalten eines gegenwärtigen oder eines potentiellen Wettbewerbers zu beeinflussen oder über einen solchen Mitbewerber über das Marktverhaltens ins Bild zu setzen, das man selbst beschlossen hat oder in Erwägung zieht.*“

der EuGH beim der Definition einer aufeinander abgestimmten Verhaltensweise als Tathandlung auf Begriffe des Taterfolgs zurückgreift.

Während man im Verhältnis zum Taterfolg einer beziehungs- oder bewirkten Wettbewerbsbeschränkung zunächst also noch von einer unglücklichen Doppelbelegung der Begriffe ausgehen konnte, haben die *Polypropylen*-Fälle Aufklärung geschaffen. Dort wurde zwischen dem Gegenstand der Fühlungnahme und einer dadurch erzielten Veränderung der Wettbewerbsbedingungen klar getrennt:

„[Das Selbstständigkeitspostulat] steht jedoch streng jeder unmittelbaren oder mittelbaren Fühlungnahme zwischen Unternehmen entgegen, durch die entweder das Marktverhalten eines tatsächlichen oder potentiellen Wettbewerbers beeinflusst oder ein solcher Wettbewerber über das Marktverhalten, zu dem man selbst entschlossen ist oder das man in Erwägung zieht, ins Bild gesetzt wird, wenn die Fühlungnahme bezieht oder bewirkt, daß Wettbewerbsbedingungen entstehen, die im Hinblick auf die Art der Waren oder erbrachten Dienstleistungen, die Bedeutung und Zahl der beteiligten Unternehmen sowie den Umfang des in Betracht kommenden Marktes nicht dessen normalen Bedingungen entsprechen.“⁴⁴⁶

Hiermit wurde klargestellt, dass die Beeinflussung des Marktverhaltens eines Wettbewerbers oder die Mitteilung über das beabsichtigte, zukünftige Marktverhalten beispielhafte Begehnungsweisen der Tathandlung einer Fühlungnahme darstellten, während die Verben „beziehen“ und „bewirken“ wieder für den Zusammenhang zwischen Tathandlung und Taterfolg reserviert wurden.

Noch interessanter ist hingegen, dass die Textpassage einen Rückschluss auf die hier behandelte Frage zulässt, in welchem Verhältnis Fühlungnahme und praktische Zusammenarbeit zueinander stehen. Ausweislich des oben abgedruckten Zitats steht eine Fühlungnahme dem Selbstständigkeitspostulat entgegen, wenn sie eine Verzerrung der Wettbewerbsbedingungen hin zu atypischen Zuständen bewirkt oder bezieht. Die genaue Beschreibung dieser atypischen Wettbewerbsbedingungen entspricht dem zweiten, häufig nicht wiedergegebenen Teil der Formel einer praktischen Zusammenarbeit aus dem *Farbenurteil*. Dort hieß es bereits ursprünglich, der Begriff einer abgestimmten Verhaltensweise erfasse eine Form der Koordinierung, die eine praktische Zusammenarbeit an die Stelle des mit Risiken verbunde-

446 EuGH v. 8.7.1999, Rs. C-49/92 P, Slg. 1999, I-4125, ECLI:EU:C:1999:356 – *Anic Partecipazioni*, Rn. 117.

nen Wettbewerbs treten lässt und „zu Wettbewerbsbedingungen führt, die im Hinblick auf die Art der Waren, die Bedeutung und Anzahl der beteiligten Unternehmen sowie den Umfang und die Eigentümlichkeiten des in Betracht kommenden Marktes nicht den normalen Marktbedingungen entsprechen“.⁴⁴⁷ In den Polypropylen-Fällen wurden also beide Formeln – bedauerlicherweise unter Auslassung des Satzteils, der die „praktischen Zusammenarbeit“ enthält – im Sinne des hier vertretenen Verständnisses zusammengefügt. Mit der bezweckten oder bewirkten Herbeiführung atypischer Wettbewerbsbedingung ist eine beispielhafte Beschreibung der Wettbewerbsbeschränkung gemeint. Der EuGH hat also klar gemacht, dass im Zentrum der Tathandlung die Abstimmung durch Fühlungnahme steht.⁴⁴⁸ Die praktische Zusammenarbeit aus dem *Farbstoff*-Urteil ist dagegen als Folge der Fühlungnahme im Sinne eines gemeinsamen, koordinierten Vorgehens am Markt zu verstehen.

cc) Bisherige Grenze einseitiger Maßnahmen

Für ein tiefgreifendes Verständnis der bisherigen Grenzen einer aufeinander abgestimmten Verhaltensweise sei ein Blick auf die Anwendungspraxis in der Grauzone zwischen mehrseitigem und einseitigem Verhalten geworfen. Dazu kann zwischen strategischen Kontakten im Privaten auf der einen Seite und der strategischen Offenlegung von Informationen sowie Ankündigungen an die Öffentlichkeit auf der anderen Seite unterschieden werden.

447 EuGH v. 16.12.1975, Verb. Rs. 40-48/73 u.a., Slg. 1975-01663, ECLI:EU:C:1975:174 – *Suiker Unie*, Rn. 26/28; vgl. auch EuGH v. 14.07.1972, Rs. 48/69, Slg. 1972-00619, ECLI:EU:C:1972:70 – *Imperial Chemical Industries*, Rn. 64/67 (dort allerdings noch in einem weiteren, dazwischen liegenden Satz).

448 Führt man sich vor Augen, dass jedenfalls begrifflich schon deutlich früher hätte klar sein können, dass sich eine „praktische Zusammenarbeit“ auf die Folge einer Verhaltensabstimmung bezieht, ist bemerkenswert, dass noch weitere 27 Jahre von der *Farbstoff*- (1972) bis zur *Polypropylen*-Entscheidung (1999) darüber gestritten wurde, ob der Tatbestand nun zweigleidrig zu verstehen ist oder auf eine Umsetzungshandlung zu verzichten sein sollte. Durch die Aufteilung des Tatbestands in Fühlungnahme und praktische Zusammenarbeit, welche die jeweiligen Einzelmerkmale Abstimmung und Verhaltensweise konkretisieren, war dies bereits angedeutet worden.

(1) Privater (Informations-)Austausch & Kollusionsversuch

Wettbewerbsbehörden und Gerichte haben mit verschiedenartigen Fallkonstellationen von im Privaten stattfindenden Kontakten zwischen Wettbewerbern zu tun gehabt. Dabei haben sich vor allem drei Fragen hinsichtlich der Beteiligung von Unternehmen an Kartellverstößen gestellt. Genügt die Anwesenheit bei einem Treffen, auf dem kartellrechtswidrige Absprachen erzielt wurden oder jedenfalls ein Austausch über strategische Wettbewerbsparameter stattgefunden hat, selbst wenn eine dort anwesende Partei nicht durch eigene Äußerung dazu beigetragen hat? Genügt der Empfang strategischer Informationen unter Abwesenden oder die Kenntnisnahme gewisser Ankündigungen eines Wettbewerbers, etwa im bilateralen Verhältnis, ohne dass gleichzeitig eigene Informationen oder Handlungsabsichten offengelegt werden? Falls ja: Bedarf es einer gewissen Annahmehandlung, wenn die Kommunikation außerhalb eines bereits gefestigten, rechtswidrigen Kommunikationsrahmens stattfindet? Der Vollständigkeit halber sei zudem knapp auf die Rechtsprechung zur fehlenden Umsetzung einer Kartellabsprache eingegangen, die untrennbar mit den Grundsätzen zur passiven Kartellbeteiligung verknüpft ist, um die dort zugrunde gelegten Wertungen aufrecht zu erhalten.

(a) Unter Anwesenden: Passive Kartellbeteiligung durch Teilnahme an gemeinsamen Sitzungen

Wenn bei gemeinsamen Sitzungen von Wettbewerbern eine Vereinbarung über konkret vorzunehmende Handlungen getroffen wurde, aber nicht jedem Teilnehmer eine explizite Zustimmung nachgewiesen werden konnte oder es ggfs. auch nur zu Ankündigungen, einem Gedankenaustausch (vgl. „cheap talk“⁴⁴⁹) oder zur Offenlegung strategischer Erwägungen einzelner Teilnehmer kam, stellt sich die Frage, inwieweit sich eine Vereinbarung bzw. eine abgestimmte Verhaltensweise unter Zutun der passiv gebliebenen Parteien konstruieren lässt und inwieweit den stillen Zuhörern dieser Veranstaltungen eine Beteiligung zum Vorwurf gemacht werden kann.

449 Vgl. zu diesem spieltheoretischen Konzept *Farrell*, (18) RAND J. of Econ. 1987, 34-39; Überblick bei *Farrell/Rabin*, (10) J. of Econ. Perspectives 1996, 103, 112 f.

Die Europäischen Gerichte haben sich bisher kompromisslos gezeigt und eine Distanzierungs pflicht etabliert,⁴⁵⁰ der nur nachgekommen wird, wenn sich von der Kartellierung öffentlich distanziert⁴⁵¹ (offen dagegen ausgesprochen)⁴⁵² wird oder die Kartellbehörden benachrichtigt werden.⁴⁵³ Für eine öffentliche⁴⁵⁴ Distanzierung muss den Beteiligten einer Sitzung unmissverständlich mitgeteilt werden, dass die Teilnahme unter einer anderen Zielsetzung und ohne wettbewerbswidrige Einstellung erfolgte,⁴⁵⁵ kein Interesse am Erhalt der strategischen Informationen besteht⁴⁵⁶ und ebenso wenig an einer entsprechenden Koordinierung teilgenommen wird.⁴⁵⁷ Bloßes Stillschweigen oder selbst das frühzeitige Verlassen⁴⁵⁸ eines Treffens ohne weiteren Kommentar genügen der Distanzierungs pflicht nicht. Hintergrund dieser Rechtsprechung ist die gut vertretbare Annahme, dass die fortdauernde Anwesenheit in einer Sitzung eine Entgegennahme der dort

450 Überblick bei *Bailey*, (31) *World Comp.* 2008, 177 ff.; kritisch *Abenham*, (39) *World Comp.* 2016, 413 ff.

451 StRspr.: EuGH v. 19.03.2009, Rs. C-510/06, Slg. 2009 I-1843, ECLI:EU:C:2009:166 – *ADM/Kommission*, Rn. 119; EuGH v. 07.01.2004, Verb. Rs. C-204/00 u.a., Slg. 2004 I-403, ECLI:EU:C:2004:6 – *Aalborg Portland/Kommission*, Rn. 81 ff.; bestätigt von: EuG v. 29.06.2012, Rs. T-360/09, ECLI:EU:T:2012:332 – *E.ON Ruhrgas/Kommission*, Rn. 176; zuvor bereits EuG v. 05.12.2006, Rs. T-303/02, Slg. 2006 II-4567, ECLI:EU:T:2006:374 – *Westfalen Gassen Nederland/Kommission*, Rn. 101 ff.; EuG v. 11.12.2003, Rs. T-61/99, Slg. 2003 II-5349, ECLI:EU:T:2003:335 – *Adriatica di Navigazione/Kommission*, Rn. 138; EuG v. 06.04.1995, Rs. T-142/89, Slg. 1995 II-867, ECLI:EU:T:1995:63 – *Boël/Kommission*, Rn. 60.

452 *Dreher/Hoffmann*, WuW 2011, 1181, 1185.

453 EuGH v. 07.01.04, Verb. Rs. C-204/00 u.a., Slg. 2004 I-403, ECLI:EU:C:2004:6 – *Aalborg Portland/Kommission*, Rn. 82, 84; EuGH v. 28.06.05, Verb. Rs. C-189/02 u.a., Slg. 2005 I-05425, ECLI:EU:C:2005:408 – *Dansk Rørindustri u.a./Kommission*, Rn. 143; aus jüngerer Zeit: EuGH v. 21.01.2016, Rs. C-74/14, ECLI:EU:C:2016:42 – *Eturas*, Rn. 28; EuGH v. 22.10.2015, Rs. C-194/14 P, EU:C:2015:717 – *AC-Treuhand/Kommission*, Rn. 31; die Benachrichtigung der Kartellbehörden ist keine Voraussetzung einer öffentlichen Distanzierung, *Bailey*, (31) *World Comp.* 2008, 177, 188 f.

454 *Bailey*, (31) *World Comp.* 2008, 177, 189 spricht von einer Fehlbezeichnung, da die Distanzierung für die anderen Kartellanten eindeutig zu verstehen sein muss, aber keine Öffentlichkeit im gewöhnlichen Wortsinn gemeint ist; Öffentlichkeit dürfte vielmehr als Abgrenzung zu unausgesprochenen, inneren Vorbehalten zu verstehen sein.

455 EuGH v. 07.01.04, Verb. Rs. C-204/00 u.a., Slg. 2004 I-403, ECLI:EU:C:2004:6 – *Aalborg Portland/Kommission*, Rn. 81.

456 EU-Kommission, ABl. der EU v. 14.1.2011, C 11/1 (Horizontalleitlinien), Rn. 62.

457 EuG v. 11.12.03, Rs. T-61/99, Slg. 2003 II-5349, ECLI:EU:T:2003:335 – *Adriatica di Navigazioni*, Rn. 137.

458 EuGH v. 19.03.09, Rs. C-510/06, Slg. 2009 I-1843, ECLI:EU:C:2009:166 – *ADM/Kommission*, Rn. 120.

geteilten Gesprächsinhalte darstellt und das Stillschweigen von der Gegenseite als Akzeptanz gedeutet wird.⁴⁵⁹ Dies gilt umso mehr, wenn es sich um ein *ex ante* kartellrechtswidriges Treffen handelt, bei dem die Besprechung wettbewerbssensibler Themen geplant war.⁴⁶⁰ Durch die Anwesenheit und die stillschweigende Entgegennahme von Information wird auch ohne eine eigene Äußerung wettbewerbliche Unsicherheit bei den anderen Parteien verringert, da nunmehr klar ist, dass diese Partei über deren beabsichtigtes Verhalten im Bilde ist, dieses berücksichtigen wird und vermutlich mit gewissen Zielen übereinstimmt.⁴⁶¹ Fehlender Widerspruch lässt die anderen Parteien in dem Glauben, eine Verhaltensabstimmung erzielt zu haben. Rein konzeptionell liegt in der gleichzeitigen Anwesenheit bei einem Treffen mit wettbewerbsfeindlichem Inhalt ein direkter, gegenseitiger Kontakt (im Sinne der Definition einer Fühlungnahme), ohne dass es einer Informationspreisgabe oder Ankündigung beider Seiten bedürfte.⁴⁶²

(b) Keine Exkulpation mangels Umsetzung

Eine eng mit der Teilnahme an der Abstimmungshandlung verknüpfte, aber dogmatisch zu trennende Frage ist die spätere Umsetzung einer Abstimmung. Fälle, in denen Unternehmen vortrugen, sie hätten eine mutmaßliche Abstimmung nicht umgesetzt, sind dabei teilweise nur schwer den einzelnen Begehungsvarianten des Tatbestands zuzuordnen. Oft kann es die Kommission in Anbetracht nachgewiesener Sitzungen, auf denen wettbewerblich relevante Aspekte besprochen wurden, offenlassen, ob bereits eine Vereinbarung erzielt wurde, wenn jedenfalls eine abgestimmte Verhal-

459 So schon EuG v. 6.4.95, Rs. T-141/89, Slg. 1995 II-797, ECLI:EU:T:1995:62 – *Tréfileurope Sales/Kommission*, Rn. 85; EuG v. 17.12.91, Rs. T-7/89, Slg. 1991 II-1711, ECLI:EU:T:1991:75 – *Hercules Chemicals/Kommission*, Rn. 232.

460 Stöcker, WuW 2012, 935, 939; Dreher/Hoffmann, WuW 2011, 1181, 1186; Schroeder, WuW 2009, 718, 721.

461 EuG v. 02.07.01, Verb. Rs. T-202/98 u.a., Slg. 2001 II-2040, ECLI:EU:T:2001:185 – *Tate&Lyle/Kommission*, Rn. 58 (für die Offenlegung zukünftigen Verhaltens); EuG v. 24.10.91, Rs. T-1/89, Slg. 1991 II-00867, ECLI:EU:T:1991:56 – *Rhône-Poulenc/Kommission*, Rn. 122 f. (für den Austausch über wünschenswerte Preise).

462 EuG v. 12.07.01, Verb. Rs. T-202/98 u.a., Slg. 2001 II-2040, ECLI:EU:T:2001:185 – *Tate&Lyle*, Rn. 54-59 („direkter Kontakt“); vgl. kurz zuvor bereits allerdings für bilaterale Kommunikation außerhalb einer Sitzung EuG v. 15.03.00, Verb. Rs. T-25/95 u.a., Slg. 2000 II-508, ECLI:EU:T:2000:77 – *Cimenteries*, Rn. 1848 f. („gegenseitiger Kontakt“ mit dem Erfordernis einer Anforderung der Information oder Akzeptanz durch den Empfänger).

tensweise nachgewiesen werden kann.⁴⁶³ Hier treffen also unterschiedliche Fallkonstellationen zusammen. Während es bei dem an dieser Stelle thematisierten Einwand genau genommen nicht um Fallpraxis zu (vermeintlich nur) einseitigen Abstimmungshandlungen geht, zeigt die im Folgenden wiederzugebende Rechtsprechung gleichwohl, dass der Unrechtsgehalt bei einer abgestimmten Verhaltensweise unbedeutlich des zweigliedrigen Tatbestands primär im Tatbestandsmerkmal der Abstimmung liegt.

Wer an einer Kartellierung mittels einer Vereinbarung beteiligt war, kann sich nicht dadurch exkulpieren, er habe die getroffene Absprache nicht umgesetzt, z.B. die Preise nicht angehoben.⁴⁶⁴ Zum einen erfordere ein Verstoß gegen das Kartellverbot durch eine Vereinbarung keine konkrete Umsetzung. Zum andere gelte – wie auch schon hinsichtlich der stillschweigenden Teilnahme an einer Sitzung – dass die Beteiligung an der Absprache andere Unternehmen zu kartellbedingt verändertem Verhalten anleitet, auch wenn das Unternehmen sich selbst nicht absprachegemäß verhält.⁴⁶⁵ Allenfalls kann in Ausnahmefällen eine spätere Nicht-Umsetzung der Kartellabsprache bei der Bußgeldbemessung berücksichtigt werden. Ein solcher Ausnahmefall liegt ausweislich der Rechtsprechung vor, wenn sich ein Unternehmen den Verpflichtungen zur Umsetzung des Kartells so eindeutig und nachdrücklich widersetzt, dass dadurch dessen Funktionieren gestört wurde, und es der Vereinbarung auch nicht scheinbar zugestimmt hat und dadurch andere Unternehmen zur Umsetzung des fraglichen Kar-

463 Vgl. zum Verzicht einer genauen Zuordnung zu einer Tatbestandsvariante *Zimmer*, in: Immenga/Mestmäcker (Begr.), Wettbewerbsrecht, Band 1: EU-Recht, 6. Aufl. 2019, Art. 101 Abs. 1 AEUV, Rn. 66; *Roth/Ackermann* in: Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht, 101. Lieferung, Stand: 03/2022, Grundfragen des Art. 101 Abs. 1 AEUV, Rn. 138.

464 Erstmalig wohl EuG v. 14.05.1998, Rs. T-347/94, Slg. 1998 II-1759, ECLI:EU:T:1998:101 – *Mayr-Melnhof/Kommission*, Rn. 135, der unter Verweis auf EuG v. 06.04.1995, Rs. T-141/89, Slg. 1995 II-797, ECLI:EU:T:1995:62 – *Tréfileurope Sales/Kommission*, Rn. 85 bereits von einer etablierten Rspr. spricht, obwohl es dort um die passive Kartellbeteiligung im o.g. Sinne, nicht um eine fehlende Umsetzung der Absprache ging; ähnlich auch EuG v. 15.03.2000, Verb. Rs. T-25/95 u.a., Slg. 2000 II-508, ECLI:EU:T:2000:77 – *Cimenteries*, Rn. 1388 f., 1574.

465 EuGH v. 08.12.2011, Rs. C-389/10, Slg. 2011 I-13125, ECLI:EU:C:2011:816 – *KME Germany/Kommission*, Rn. 94 f. oder EuGH v. 16.11.2000, Rs. C-291/98 P, Slg. 2000 I-9991, ECLI:EU:C:2000:631 – *Sarrió/Kommission*, Rn. 50; vorher bereits EuG v. 08.07.2004, Rs. T-44/00, Slg. 2004 II-2223, ECLI:EU:T:2004:218 – *Mannesmannröhren-Werke/Kommission*, Rn. 277 f.

tells veranlasst hat.⁴⁶⁶ Dass die Rechtsprechung die behauptete Nicht-Umsetzung einer Kartellabsprache nur sehr restriktiv berücksichtigt, ist wohl auch dem (ökonometrisch) nur schwer zu erbringenden Beweis geschuldet, dass die Preise tatsächlich von der Kartellabsprache unbeeinflusst gesetzt wurden.⁴⁶⁷

Bei abgestimmten Verhaltensweisen war dagegen lange offen, ob und in welchem Ausmaß der Tatbestand die Umsetzung einer Abstimmung voraussetzt. Auch hier liegen eine Reihe von Entscheidungen vor, in denen Unternehmen sich damit zu verteidigen versuchten, dass eine Umsetzung gefehlt habe oder jedenfalls nicht hinreichend nachgewiesen wurde. Die Debatte endete weitestgehend mit der oben bereits ausführlich besprochenen Rechtsprechung zum zweigliedrigen Tatbestand einer abgestimmten Verhaltensweise und dem vermuteten Kausalzusammenhang zwischen einem Informationsaustausch und späteren Marktverhalten,⁴⁶⁸ dessen Widerlegung nur in absoluten Ausnahmefällen gelingen dürfte.⁴⁶⁹ Auch wird immer wieder darauf hingewiesen, dass eine tatsächliche Umsetzung der Abstimmung jedenfalls dann nicht zu prüfen ist, wenn eine Wettbewerbsbe-

466 EuG v. 8.7.2004, Rs. T-50/00, Slg. 2004 II-2395, ECLI:EU:T:2004:220 – *Dalmatien/Kommission*, Rn. 292 sowie EuG v. 15.03.2006, Rs. T-26/02, Slg. 2006 II-713, ECLI:EU:T:2006:75 – *Daiichi Pharmaceutical/Kommission*, Rn. II3; Die Bedeutung des Negativmerkmals einer fehlenden stillschweigenden Zustimmung bleibt dabei relativ unklar. Vor allem ist fraglich, inwieweit nach den o.g. Grundsätzen zur passiven Kartellbeteiligung ein Unternehmen jemals in den Dunstkreis einer Kartellabsprache geraten sein soll, d.h. von der umzusetzenden Absprache Kenntnis erlangt haben soll, gleichzeitig aber keine stillschweigende Zustimmung gegeben haben soll. Denkbar ist höchstens der Fall, in dem ein nicht anwesendes Unternehmen nachträglich von einer Kartellabsprache in Kenntnis gesetzt wird, darauf aber nicht reagiert.

467 Andeutungsweise EuGH v. 08.12.2011, Rs. C-389/10, Slg. 2011 I-13125, ECLI:EU:C:2011:816 – *KME Germany/Kommission*, Rn. 37 ff.

468 EuGH (jeweils) v. 8.7.1999, Rs. C-49/92 P, Slg. 1999 I-4125, ECLI:EU:C:1999:356 – *Anic Partecipazioni*, Rn. II8 ff.; Rs. C-199/92 P, Slg. 1999 I-4287, ECLI:EU:C:1999:358 – *Hüls*, Rn. I61 ff.; Rs. C-235/92 P, Slg. 1999 I-4539, ECLI:EU:C:1999:362 – *Montecatini*, Rn. 125 ff.

469 Siehe etwa für einen fehlgeschlagenen Versuch EuG v. 16.06.2011, Rs. T-235/07, Slg. 2011 II-03229, ECLI:EU:T:2011:283 – *Bavaria N.V./Kommission*, Rn. 145, 178 ff., wobei die Feststellung interessant ist, dass für eine Widerlegung der Vermutung nicht ausreicht, dass weiterhin eine eigene Preispolitik verfolgt wurde (also nicht perfekt gleichförmig agiert wurde), sondern dass ausgetauschte Informationen vielmehr überhaupt nicht berücksichtigt wurden; *Ghezzi/Maggiolino*, (10) J.C.L.E. 2014, 647, 662 weisen darauf hin, dass eine Exkulpation daher wohl nur gelingen dürfte, wenn bewiesen wird, dass die ausgetauschten Informationen nie die für Preissetzung verantwortlichen Entscheidungsträger erreicht haben.

schränkung bezweckt ist.⁴⁷⁰ Dass für abgestimmte Verhaltensweisen dagegen andere Maßstäbe als für eine Vereinbarung gelten könnten, lässt eine Aussage im jüngeren *Eturas*-Fall erahnen, der zufolge die Teilnahme an einer vertikal vermittelten Verhaltensabstimmung widerlegt werden könne, wenn von der Abstimmung abweichendes Marktverhalten gezeigt wird.⁴⁷¹

(c) Unter Abwesenden: „Einseitige“ Mitteilungen

Wird eine Information oder eine Absichtserklärung über zukünftiges Verhalten ohne entsprechenden Anforderungsakt mitgeteilt und sind die Parteien ebenso wenig anlässlich einer gemeinsamen Sitzung gleichzeitig anwesend oder per Fernsprecher miteinander verbunden, stellt sich die Frage, ob auch unter Abwesenden aus passivem Verhalten eine abgestimmte Verhaltensweise resultieren kann. Neue Maßstäbe scheint der EuGH im Fall litauischer Reisebüros („*Eturas*“) gesetzt zu haben.⁴⁷² Dort hatte ein zentraler Systemadministrator auf einer gemeinsam genutzten Buchungsplattform darüber informiert, dass die innerhalb des Systems auf Buchungen zu gewährenden Rabatte von nun an technisch im Wege einer Obergrenze auf 3% gekappt wären. Dem war eine interne Abstimmung über zukünftig zu gewährende Rabatte vorangegangen, die ebenfalls durch eine Anfrage des Administrators initiiert worden war. Zwar wäre es den Reisebüros mittels technischer Umstellungen möglich gewesen, auch höhere Rabatte zu gewähren. Ausweislich der Sachverhaltsermittlungen wurde die neue Obergrenze dagegen fortan (zumindest von einigen Büros) nicht mehr überschritten. Der EuGH sah in den Geschehnissen eine abgestimmte Verhaltensweise, wobei das Zutun eines jeden Reisebüros im fehlenden Widerspruch (öffentliche Distanzierung) lag.⁴⁷³ Er ließ nicht gelten, dass man dem Rabattschema nicht aktiv zugestimmt bzw. von der Nachricht

470 EuGH v. 19.3.2009, Rs. C-510/06 P, Slg. 2009, I-1843, ECLI:EU:C:2009:166 – *ADM/Kommission*, Rn. 113, 140; EuG v. 12.7.2001, Verb. Rs. T-202/98 u.a., Slg. 2001, II-2040, ECLI:EU:T:2001:185 – *Tate&Lyle*, Rn. 72 ff.

471 EuGH v. 21.1.2016, Rs. C-74/14, ECLI:EU:C:2016:42 – *Eturas*, Rn. 49; es könnte sich wegen der ungewöhnlichen Hub&Spoke-Konstellation allerdings auch um eine Einzelfallentscheidung ohne allgemeinen Charakter handeln.

472 EuGH v. 21.1.2016, Rs. C-74/14, ECLI:EU:C:2016:42 – *Eturas*.

473 EuGH, a.a.O., Rn. 46 ff.; der Gerichtshof fügt hinzu, dass eine Exkulpation auch möglich sei, wenn bewiesen wird, dass systematisch über die Grenze hinausgehend Rabattnachlässe gewährt worden seien; dies steht in gewissem Widerspruch zur Rspr. bei fehlender Umsetzung einer Kartellabsprache, s.o. S. 181.

ggfs. noch nicht einmal Kenntnis erlangt habe. Kenntnis der Zusendung könnte aufgrund der sonstigen Umstände des Falls vermutet werden und müsse durch stichhaltige Beweise widerlegt werden.⁴⁷⁴ In der wissenschaftlichen Würdigung des Fall wurde insbesondere hervorgehoben, dass hiermit eine Abstimmung über einen Dritten im Stile von Radnabe und Speichen (Hub & Spoke-Kartell, Sternvertrag, gemischt horizontal-vertikale Koordinierung) anerkannt wurde.⁴⁷⁵ Die dogmatischen Einzelfragen wurden andernorts besprochen.⁴⁷⁶ Entscheidend ist die Erkenntnis, dass ähnlich wie bei gemeinsamen Sitzungen in der Nicht-Distanzierung einzelner Wettbewerber eine Zustimmung gesehen wurde.⁴⁷⁷ Bei Betrachtung früherer, erstinstanzlicher Rechtsprechung im Fall *Cimenteries* war diese Auslegung nicht offensichtlich.⁴⁷⁸ So hieß es dort noch:

„Der Begriff der abgestimmten Verhaltensweise setzt die Existenz gegenseitiger Kontakte voraus. Diese Voraussetzung der Gegenseitigkeit ist erfüllt, wenn ein Konkurrent seine Absichten oder sein künftiges Verhalten auf dem Markt einem anderen auf dessen Wunsch mitteilt oder dieser die Mitteilung zumindest akzeptiert. Dies ist der Fall, wenn das Gespräch, bei dem eine Partei von ihrem Konkurrenten über dessen Absichten oder dessen künftiges Verhalten informiert wurde, von dieser Partei angeregt worden war und wenn aus der von ihr verfaßten Niederschrift über dieses Gespräch hervorgeht, daß sie keinen Vorbehalt oder Einwand äußerte, als ihr Konkurrent ihr seine Absichten mitteilte. Das Verhalten dieser Partei bei dem Gespräch kann unter diesen Umständen nicht als rein passive Entgegennahme von Informationen verharmlost werden, zu deren Mitteilung sich ihr Konkurrent ohne jede Aufrforderung durch sie entschlossen habe.“

Jedenfalls das Europäische Gericht scheint davon auszugehen, dass die passive Entgegennahme von Information nicht immer dem Kartellverbot unterfällt und es auf die konkreten Umstände ankommt. Fraglich ist hingegen, ob das Kommunikationsmedium oder das Gesprächsformat – sei es

474 EuGH v. 21.1.2016, Rs. C-74/14, ECLI:EU:C:2016:42 – *Eturas*, Rn. 40.

475 Vgl. hierzu unten die *Interstate*-Entscheidung des US-amerikanischen Supreme Courts aus dem Jahr 1946, Fn. 603.

476 Heinemann/Gebicka, (7) JECLAP 2016, 431; *Marchisio*, (38) E.C.L.R. 2017, 555, 560; für eine Anwendung auf Über siehe etwa *Rottmann/Göhs*, WuW 2019, 348, 350 ff.

477 Fraglich ist freilich, ob eine Distanzierung ggü. dem Systemadministrator gereicht hätte oder ob man sich auch an die anderen Reisebüros hätte wenden müssen; vgl. *Oechsler*, Kartellrechtsskript, Stand 2022, S. 43 ff. (abrufbar unter: <https://oechsler.jura.uni-mainz.de/files/2022/01/Kartellrechtsskript2022.pdf>, zuletzt am: 22.04.2024).

478 EuG v. 15.03.2000, Verb. Rs. T-25/95 u.a., Slg. 2000, II-508 – *Cimenteries*, Rn. 1849.

in körperlicher Anwesenheit oder über Fernsprecher – tatsächlich das für die kartellrechtliche Würdigung ausschlaggebende Kriterium sein sollte,⁴⁷⁹ wenn der Zugang und die Kenntnisnahme einer schriftlichen Nachricht den gewöhnlichen Umständen entsprechend ebenso zu erwarten ist.⁴⁸⁰ Das Schweigen auf ein solches Schreiben könnte genauso als Zustimmung gedeutet werden,⁴⁸¹ auch wenn dies – jedenfalls bei erstmaliger Kontakt- aufnahme – den Grundsätzen der Rechtsgeschäftslehre zum Erklärungswert des Schweigens widersprechen würde.⁴⁸² Die Kommission jedenfalls sieht keinen Unterschied in Fällen der mündlichen oder schriftlichen Übermittlung.⁴⁸³ Im Schrifttum wird das relevante Abgrenzungskriterium darin gesehen, ob ein Informationsaustausch erstmalig oder im Rahmen eines etablierten Abstimmungssystems⁴⁸⁴ bzw. eines institutionalisierten, rechtswidrigen Kontexts stattfindet.⁴⁸⁵ Bei erstmaligem Kontakt könne dem Schweigen keine Bedeutung beigemessen werden, da beim Absender der Information ohne bisherige Erfahrung, wie der Empfänger mit der Information umgehen wird, keine Unsicherheitsreduktion eintreten würde.⁴⁸⁶ Teile der Wissenschaft raten allerdings angesichts der fortgeltenden Rechts- unsicherheit dazu, sich selbst bei einer unvermittelten, d.h. weder erbetenen noch aus einer sonstigen Geschäftspraxis üblichen Zusendung von wettbe-

479 Ähnlich auch *Franc*, Recht und Ökonomik: Zur Bedeutung rechtlicher Expertise für die Industrieökonomen, in: *Rehberg* (Hrsg.), Der Erkenntniswert von Rechtswissenschaft für andere Disziplinen, 2018, S. 55, 61 f.

480 Siehe jüngst für den Zugang einer Willenserklärung per E-Mail: BGH v. 06.10.2022, Az. VII ZR 895/21, BGHZ 234, 316 = NJW 2022, 3791.

481 *A.A. Stocker*, WuW 2012, 935, 939.

482 *Flume*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Band II: Das Rechtsgeschäft, 3. Aufl. 1979, § 5, S. 64 ff.

483 EU-Kommission, ABl. der EU v. 14.1.2011, C 11/1 (Horizontalleitlinien), Rn. 62 a.E.: „Erhält ein Unternehmen strategische Daten von einem Wettbewerber (in einer Sitzung, per Post oder elektronisch), wird davon ausgegangen, dass es die Informationen akzeptiert und sein Markverhalten entsprechend angepasst hat, es sei denn, es erklärt ausdrücklich, dass es die Daten nicht bekommen will.“ Diese Feststellung steht ebenso wenig unter dem Vorbehalt, dass die Benachrichtigung im Rahmen eines gewachsenen Austausches stattfindet.

484 Vgl. EuG v. 02.07.2008, Rs. T-53/03, Slg. 2008 II-1333, ECLI:EU:T:2008:254 – *BPB/Kommission*, Rn. 237.

485 *Roth/Ackermann*, in: Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht, 101. Lieferung, Stand: 03/2022, Grundfragen des Art. 101 Abs. 1 AEUV, Rn. 188a; *Stocker*, WuW 2012, 935, 939.

486 *Stocker*, WuW 2012, 935, 939 (mit Verweis auf die entsprechende Aussage des ICI-Urteils, s.o.); vgl. auch *Zimmer*, in: *Immenga/Mestmäcker* (Begr.), Wettbewerbsrecht, Band 1: EU-Recht, 6. Aufl. 2019, Art. 101 Abs. 1 AEUV Rn. 91.

werbsrelevanten Informationen oder Absichten eines Wettbewerbers, aus bloßer Vorsicht hiervon zu distanzieren, im Mindesten durch ein entsprechendes Antwortschreiben, demzufolge die Informationspreisgabe nicht erwünscht sei und man die Inhalte nicht berücksichtige.⁴⁸⁷

(2) Öffentliche Ankündigungen (Signaling)

Nicht weniger schwer zu beurteilen und daher kartellrechtliche Dauerbrenner sind Fälle öffentlicher Ankündigungen zukünftigen Verhaltens⁴⁸⁸ oder der Offenlegung von Informationen, auf Grundlage derer Unternehmen ihr zukünftiges Verhalten womöglich koordinieren können. Solche häufig anzutreffenden⁴⁸⁹ Konstellationen liegen an der kompliziert zu vermessenden Grenze zwischen mehrseitigem und einseitigem Handeln, da ein unmittelbarer gegenseitiger Kontakt nicht vorliegt, aber bei sukzessiv erfolgenden öffentlichen Ankündigungen mehrerer Unternehmen gleichwohl ein mittelbarer wechselseitiger Kontakt ausgemacht werden könnte. Wie sich in der nachfolgenden Darstellung zeigen wird, gibt es bisher noch keinen ganzheitlichen Ansatz, solche Fälle zu lösen. Die behördliche Praxis signalisiert durch Leitlinien und jüngere Entscheidung ein extensives Verständnis des Kartellverbots, was Kommentatoren im Schrifttum – trotz mancher Zweifel – dazu veranlasst, Unternehmen zu größter Vorsicht zu mahnen.

(a) Farben-Fall (Industrial Chemical Industries)

Im Farbenfall, der 1972 vom EuGH entschieden wurde,⁴⁹⁰ hatten es die europäischen Gemeinschaftsgerichte erstmalig mit einer Variante des Si-

487 Kritisch, da von aktiver Mitwirkung eigentlich noch nicht die Rede sein könne *Dreher/Hoffmann*, WuW 2011, 1181, 1185; neutraler *Albera-Lorrens*, (51) Antitrust Bulletin 2006, 837, 865.

488 *Hay*, (67) Cornell Law Rev. 1982, 439, 453 f. bezeichnet eine nach vorheriger Ankündigung vollzogene Preiserhöhung eines Unternehmens als „*Augmented Price Leadership*“.

489 Siehe jüngst etwa die in unmittelbarer zeitlicher Nähe zueinander öffentlich angekündigten Preisankündigungen zahlreicher deutscher Brauereien, vgl. <https://www.wiwo.de/unternehmen/handel/bierpreise-ein-euro-mehr-pro-kasten-warum-die-brauer-jetzt-die-preise-erhöhen/27794196.html> (zuletzt abgerufen am 22.04.2024).

490 Siehe hierzu ausführlich auch: *Elhauge/Geradin*, Global Competition Law and Economics, 2007, S. 757 ff.

gnalings⁴⁹¹ zu tun. Behandelt wurden drei Fälle simultaner Preiserhöhungen für Teerfarben. Im Vorfeld der ersten kollektiven Preiserhöhung konnte kein kartellrechtsrelevantes Verhalten nachgewiesen werden, obwohl ein solches vermutet wurde.⁴⁹² Vor der zweiten und dritten kollektiven Preiserhöhung hatten dagegen öffentliche Preisankündigungen⁴⁹³ sowie eine gemeinsame Sitzung stattgefunden. Das Gericht stufte die mit zeitlichem Vorlauf erfolgenden, sukzessiven Ankündigungen als kartellrechtswidrige Abstimmung ein, da sie künstliche Wettbewerbsbedingungen und eine Unsicherheitsreduktion herbeiführten.⁴⁹⁴

(b) Zellstoff-Fall (Ahlströhm)

Diese Rechtsprechung wurde 1993 durch den *Zellstoff-Fall* ergänzt.⁴⁹⁵ Die EU-Kommission hatte mehrere Hersteller dieses für die Herstellung von Papier benötigten Ausgangsprodukts wegen einer preisbezogenen aufeinander abgestimmten Verhaltensweise belangt. Die behördliche Intervention basierte auf zwei Tatvorwürfen. Zum einen kündigten die Hersteller quartalsweise die zukünftig geltenden Preise an. Dazu nutzten sie insbesondere Veröffentlichungen in Branchenmagazinen. Aufgrund des *Farben*-Urteils sah die Kommission in dieser aufeinander folgenden Praxis eine Verhaltensabstimmung. Da ihr das System der Preisankündigungen, die parallelen Zeitpunkte und die häufig übereinstimmenden Preise verdächtig vorkamen, witterte die Kommission außerdem eine zuvor erfolgte Absprache. Hinsichtlich dieses zweiten Vorwurfs stellte das Gericht unter Rückgriff auf Expertengutachten fest, dass die genannten Indizien nicht ausreichten, um eine Verhaltensparallelität auf bloßer Grundlage von natürlicher Inter-

491 Hier weicht das Begriffsverständnis von Modellen der Informationsökonomik (s.o. *Moorthy/Winter*, (37) RAND J. of Econ. 2006, 449-465) ab. Kartellrechtlich wird unter Signaling ein öffentlich praktizierter Informationsaustausch bzw. die öffentliche Ankündigung zukünftigen Verhaltens verstanden. Ökonomisch kann es dagegen um sämtliche Signale über Eigenschaften des Akteurs gehen.

492 EuGH v. 14.7.1972, Rs. C-49/69, Slg. 1972, I-00619, ECLI:EU:C:1972:70 – ICI, Rn. 110/114.

493 EuGH v. 14.7.1972, Rs. C-49/69, Slg. 1972, I-00619, ECLI:EU:C:1972:70 – ICI, Rn. 91/95.

494 EuGH v. 14.7.1972, Rs. C-49/69, Slg. 1972, I-00619, ECLI:EU:C:1972:70 – ICI, Rn. 99/103.

495 Siehe hierzu ausführlich *Elhauge/Geradin*, Global Competition Law and Economics, 2007, S. 768 ff.

dependenz auszuschließen.⁴⁹⁶ Alle Hersteller seien zu ähnlichem Ausmaß den Entwicklungen des Weltmarktes, z.B. der Rohstoffpreise für Holz ausgesetzt. Des Weiteren seien sowohl die Zellstoff-Produktion als auch die nachfolgende Papierproduktion auf gewisse Planungs- und Vorlaufzeiten angewiesen, sodass sich auch ohne zusätzliche Abstimmung der Hersteller erklären ließe,⁴⁹⁷ warum sich im Verhältnis zum gemeinsamen Kundenkreis eine einheitliche Ankündigungs- und Verhandlungspraxis ergeben habe.

Ebenso wenig stellten die Preisankündigungen nach Einschätzung des Gerichts eine illegale Verhaltensabstimmung dar.⁴⁹⁸ Die Ankündigung der Preise für ein kommendes Quartal richtete sich über Agenten an Abnehmer, die mittels entsprechender Rahmenverträge bereits gebunden waren. Im Verhältnis zu diesen Abnehmern handelte es sich um bindende Höchstpreise für die im folgenden Quartal noch genauer festzulegenden Lieferungen. Auch in den Branchenmagazinen wurde also nur über bereits fest beschlossene Preise berichtet. Infolgedessen kam das Gericht zu dem Schluss, dass jedenfalls dasjenige Unternehmen, das für ein anstehendes Quartal als erstes⁴⁹⁹ seine Preise ankündigte, für die anstehende Periode keinen Informationsgewinn und damit auch keine Unsicherheitsreduktion durch spätere Ankündigungen seiner Wettbewerber erlange. Daher sei in der Ankündigungspraxis keine Verhaltensabstimmung zu erblicken.

Zunächst gilt festzuhalten, dass in dem Urteil keine Änderung der *Farben*-Rechtsprechung zu erblicken ist, da die Fälle in tatsächlicher Hinsicht voneinander abweichen. Ferner fällt auf, dass das entscheidende Kriterium wohl zu sein scheint, dass Absichten und Pläne mit nicht anderweitig erklärbarem, üppigem Zeitvorlauf veröffentlicht werden. Für ein solches Verhalten verbliebe als einzige denkbare Erklärung die Hoffnung auf entsprechende Reaktionen und Signale der Wettbewerber. In dogmatischer Hinsicht ist interessant, dass das Gericht nicht mit dem Kriterium einer Fühlungnahme operierte,⁵⁰⁰ welches jedenfalls mit Blick auf die sukzessi-

496 EuGH v. 31.03.1993, Verb. Rs. C-89/85 u.a., Slg. 1993 I-01307, ECLI:EU:C:1993:120 – *Ahlström*, Rn. 126/127.

497 *Marchisio*, (38) E.C.L.R. 2017, 555, 557 spricht von endogenen (Markt-)Kriterien, die gewisses Verhalten oder ein gewisses Marktergebnis erklären.

498 EuGH v. 31.03.1993, Verb. Rs. C-89/85 u.a., Slg. 1993 I-01307, ECLI:EU:C:1993:120 – *Ahlström*, Rn. 64 f.

499 Ausweislich der Ermittlungen gab es keine feste Reihenfolge bei den Ankündigungen der Unternehmen.

500 Dieses war im Zeitpunkt des Urteils (Zellstoff, 1993) bereits seit 18 Jahren bekannt (Zucker-Urteil, 1975).

ven Veröffentlichungen in den Branchenmagazinen hätte einschlägig sein können. Das Kriterium ist nämlich nur aus Sicht eines Unternehmens verfasst und nennt beispielhaft das Inkennntnissetzen eines Wettbewerbs über beschlossenes oder beabsichtigtes, zukünftiges Verhalten. Es ist daher fraglich, inwiefern die hier ausbleibende Unsicherheitsreduktion beim erstankündigenden Unternehmen wirklich das ausschlaggebende Kriterium sein sollte,⁵⁰¹ zumal aus der Rechtsprechung zur passiven Kartellbeteiligung bekannt ist, dass eine Unsicherheitsreduktion jedenfalls insofern eintritt, als dass dieses erlangte Wissen beim Wettbewerber wohl zwingend berücksichtigt werden wird.⁵⁰² Möglicherweise wäre es in diesem Fall also sinnvoll gewesen, nicht bereits die Tathandlung, sondern entweder den Taterfolg (Beschränkung des Wettbewerbs) zu verneinen oder aber eine Einzelfreistellung zuzulassen, insofern berechtigte Interessen (Erwartungen der Marktgegenseite, branchenübliche Standards, etc.) an der Ankündigungspraxis überwiegen.

(c) Reichweite im Einzelfall: Aktuelle Entwicklungen

Schon die knappe Besprechung der bisherigen und im Vergleich zum Informationsaustausch im Privaten deutlich seltener vorliegenden Leitentscheidungen zum „Signaling“ zeigt, dass die Rechtsprechung noch recht einzelfallbezogen ist, ohne dass eine verallgemeinerbare Schadenstheorie aufgestellt wurde.⁵⁰³ Dies führt zu deutlicher Unsicherheit im Umgang mit öffentlichen Preisankündigungen, die anhand der folgenden Behördenentscheidungen aus jüngerer Zeit verdeutlicht werden soll.

(aa) Wechselseitige öffentliche Ankündigungen

Das Bundeskartellamt hat in seiner *Zement*-Entscheidung⁵⁰⁴ die Abstellung pauschaler Preiserhöhungsrundschreiben erwirkt. In der vorangegangenen

501 Kritisch daher auch *Alese*, (20), E.C.L.R. 1999, 379, 382.

502 Ein qualitativer Unterschied könnte höchstens darin zu sehen sein, dass die Anwesenheit bei einer gemeinsamen Sitzung mit wettbewerbsfeindlicher Ausrichtung ein zusätzliches Signal über potenzielles Kooperationsinteresse sendet, was bei öffentlichen Ankündigungen, auch wenn diese zwangsläufig wahrgenommen werden, fehlt.

503 Skizze eines möglichen Ansatzes bei *Pahlen/Vahrenholt*, ZWeR 2014, 442, 465 ff.

504 BKartA v. 14.02.2018, Az. BI-240-17 – „Praxis pauschaler Preiserhöhungsrundschreiben in der Zementindustrie beendet“.

Sektoruntersuchung⁵⁰⁵ „Zement und Transportbeton“ war aufgefallen, dass sich im Markt die Praxis etabliert hatte, Kunden und/oder die Öffentlichkeit mit zeitlichem Vorlauf über geplante Preisentwicklungen zu informieren. Solche Mitteilungen wurden – so das Ermittlungsergebnis des Bundeskartellamts – aufgrund der im Markt vorliegenden vertikalen Integration (Zementhersteller mit Tochtergesellschaften im Transportbetonsegment) zwangsläufig auch von den Konkurrenten zur Kenntnis genommen, was sich insbesondere daran gezeigt habe, dass regelmäßig innerhalb weniger Wochen alle Hersteller entsprechende Preisänderungen verlautbarten. Schon in der Sektoruntersuchung hielt das Kartellamt fest:

„Die einseitige Offenlegung von Informationen kann daher insbesondere dann eine abgestimmte Verhaltensweise darstellen, wenn sie auf Gegenseitigkeit beruht bzw. wenn andere Unternehmen sich diesen Handlungen anschließen.“⁵⁰⁶.

Damit befindet es sich auf einer Linie mit der EU-Kommission, die eine ganz ähnliche Einschätzung in ihrer „Container Shipping“-Entscheidung verkündet hatte.⁵⁰⁷ Dort argumentierte sie mit dem fehlenden Informationswert geplanter Grundtarifsteigerungen für (neue) Kunden, da dadurch kein Preisvergleich möglich sei, zumal nur Erhöhungen, nicht etwa für Kunden besonders anziehende Senkungen kommuniziert wurden.⁵⁰⁸ Dies ließe nichts anderes als den Verdacht zu, dass es viel eher um eine Kommunikation mit der Konkurrenz ginge. Eine ähnliche Anwendungspraxis ist auch in Irland zu beobachten.⁵⁰⁹

(bb) Rein einseitige öffentliche Ankündigung?

Bei beiden gerade genannten Verwaltungsentscheidungen handelte es sich um Fälle der kollektiven Verwendung sog. „facilitating practices“, in denen sich mehrere Unternehmen des mutmaßlichen Koordinierungsmittels einer frühzeitigen Preisankündigung bedienten. Bisher kaum Gegenstand einer

505 BKartA, Abschlussbericht gem. § 32e GWB, Az. Bl-73/13, Juli 2017, S. 240 ff.

506 BKartA, a.a.O., S. 243, Rn. 628.

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

508 EU-Kommission, a.a.O., Rn. 40 ff.

509 CCPC (Irland), Pressemitteilung v. 20.8.2021, Motor insurers set to introduce new compliance measures following CCPC investigation, abrufbar unter: <https://www.cpc.ie/business/motor-insurers-set-to-introduce-new-compliance-measures-following-ccpc-investigation/> (zuletzt: 22.04.2024).

vertieften Debatte war dagegen die Frage, wie mit isolierten öffentlichen Ankündigungen nur eines Unternehmens umzugehen sein sollte.⁵¹⁰ Selbst aus Sicht der EU-Kommission verläuft hier die Grenze des Kartellverbots zum (vermeintlich) nicht erfassbaren unilateralen Verhalten.⁵¹¹

Wenn dagegen zwingend mit der Kenntnisnahme einer solchen Ankündigung durch die Wettbewerber zu rechnen ist, dann sollte zumindest aus wettbewerbspolitischer Sicht nichts anderes gelten als bei privater Mitteilung wettbewerbsrelevanter Informationen.⁵¹² Die bisherige Zurückhaltung der Anwendungspraxis, auch bei unerwiderten Akten des „Signalings“ zu intervenieren,⁵¹³ dürfte davon getragen sein, Unternehmen nicht über Gebühr bei der Wahrnehmung eines legitimes Informationsinteresses der Öffentlichkeit einzuschränken.

Ob ein Verbot unerwiderter, einseitiger Ankündigungen bei geeigneten Differenzierungskriterien⁵¹⁴ zu weit reichen würde, ist freilich eine andere Frage. Mit Blick auf die bei den restlichen Wettbewerbern eintretende Unsicherheitsreduktion wäre eine gewisse Beschränkung solcher Kommunikation im Lichte des Selbstständigkeitspostulats nur konsequent. Zudem könnte eine sinnvolle Abgrenzung entlang des zeitlichen Abstands zwischen

510 *Kühn*, (16) Econ. Policy 2001, 169-204 fordert aus ökonomischer Sicht ein Einschreiten gegen einseitige, im Privaten stattfindende Ankündigungen / Informationspreisgaben; bei öffentlichen Ankündigungen liege der Fall dagegen weniger eindeutig und es stritten berechtigte Interessen jedenfalls gegen ein striktes Verbot.

511 EU-Kommission, ABl. der EU v. 14.1.2011, C 11/1 (Horizontalleitlinien), Rn. 63: „Handelt es sich um eine einseitige Bekanntmachung eines Unternehmens, die auch echt öffentlich ist, zum Beispiel in einer Zeitung, liegt im Allgemeinen keine abgestimmte Verhaltensweise im Sinne des Artikels 101 Absatz 1 vor.“; ebenso: EU-Kommission v. 07.07.2016, Fall AT.39850 – Container Shipping, Rn. 45; a.A. möglicherweise *Thomas*, ZWeR 2022, 333, 340.

512 Vgl. *Franck*, Recht und Ökonomik: Zur Bedeutung rechtlicher Expertise für die Industrieökonomen, in: *Rehberg* (Hrsg.), Der Erkenntniswert von Rechtswissenschaft für andere Disziplinen, 2018, S. 55, 61 f., der am Rande eines anekdotischen Berichts auf die rechtliche Unsicherheit hinweist, ob beide Fälle wirklich unterschiedlich zu behandeln seien; zu ebenjener Rechtsunsicherheit auch *Wagner-v. Papp*, WuW 2022, 642, 648.

513 Siehe allerdings ACM (Niederlande), Zusagenentscheidung v. 7.1.2014, Az. 13.06126.53 – *Mobile Operators*.

514 Vgl. etwa *Ulmer*, Abgestimmte Verhaltensweisen im Kartellrecht, 1972, S. 26: „Aus wettbewerbspolitischer Sicht sollte vielmehr gegen alle diejenigen ein- oder gegenseitigen Meinungsausserungen aller Art vorgegangen werden, deren objektiver bzw. branchenüblicher Erklärungswert auf eine Beeinflussung der Mitbewerber gerichtet ist und deren Erfolg sich in einem Parallelverhalten niederschlägt.“; Als Abstimmung versteht *Ulmer* die „Ausschaltung oder Verminderung des Handlungsrisikos“ (S. 29).

der Ankündigung einer Maßnahme und der angekündigten Umsetzung dieser Maßnahme erfolgen. Dieses Kriterium wird bereits bei wechselseitigen öffentlichen Ankündigungen verwendet.⁵¹⁵ Ferner könnte in Rechnung gestellt werden, wie gewichtig ein rechtzeitiges Informationsinteresse der Marktgegenseite ist und ob tatsächlich eine öffentliche Ankündigung notwendig ist. So könnte etwa gefragt werden, ob die Marktgegenseite nicht über andere Kommunikationswege erreicht werden kann, die keine Kenntnisnahme der Wettbewerber ermöglicht. Insgesamt wurde für diese Frage noch keine zufriedenstellende Lösung erarbeitet.

Die Kommission schränkt ihr Zugeständnis an die Zulässigkeit einseitiger Ankündigungen letztlich selbst wieder ein. Sie gelte nur, wenn die öffentliche Äußerung keine „*invitation to collude*“ enthalte.⁵¹⁶ Dies erschließt sich wettbewerbspolitisch ohne Weiteres, wirft aber mindestens zwei Fragen auf. Was gilt als eine solche „*invitation to collude*“ und wie würde man in einem solchen Fall die etwaigen (nonverbalen) Reaktionen der Konkurrenz in die Dogmatik einer gegenseitigen, reziproken Abstimmung einbetten?

(3) Fazit zu bisherigen Grenzen

Im Ergebnis lässt sich festhalten, dass über die Jahre eine Öffnung des Tatbestands der aufeinander abgestimmten Verhaltensweise stattgefunden hat.⁵¹⁷ Es zeichnet sich trotz der unglücklichen Formulierung als zweigliedriger Tatbestand immer deutlicher ab, dass der Fokus auf der zu verhindernden Verhaltensabstimmung liegt.⁵¹⁸ In jüngerer Zeit lassen sich gar Tendenzen ausmachen, denen zufolge bloße „*invitations to collude*“⁵¹⁹

515 Siehe oben, S. 187 ff.

516 EU-Kommission, ABl. v. 14.01.2011, 2011/C 11, Leitlinien zur Anwendbarkeit von Art. 101 AEUV auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit, Rz. 63, Fn. 10.

517 *Van Cleynenbreugel*, (51) CMLRev. 2014, 1381, 1383.

518 *Ghezzi/Maggiolino*, (10) J.C.L.E. 2014, 647, 663; vorher bereits in Reaktion auf die Polypropylen-Fälle mit deutlicher Kritik: *Wessely*, (38) CMLRev. 2001, 739, 753-760.

519 Dabei handelt es sich um eine Figur des US-Antitrust-Rechts unter Sec. 5 FTC-Act, hierzu früh *Arquit*, (61) Antitrust Law J. 1993, 531, 542 ff. sowie *DeSanti/Nagata*, (63) Antitrust Law J. 1994, 93, 103 ff.; jüngst zu öffentlichen Ankündigungen *Harrington Jr.*, (84) Antitrust Law J. 2022, 521-563 sowie zu algorithmischer Preissetzung *Mazumdar*, (122) Columbia Law Rev. 2022, 449-487, vgl. auch *Hovenkamp*, Principles of Antitrust, 2. Aufl. 2017, S. 155 ff.

erfasst werden.⁵²⁰ Darin muss nicht unbedingt eine Rechtsprechungsänderung zu sehen sein. Viel eher handelt es sich bei der Auslegung der abgestimmten Verhaltensweise um einen fortdauernden Explorationsprozess. Im Rahmen dieses Prozesses hat sich einerseits die Bereitschaft der EU-Kommission gezeigt, zum Schutze effektiven Wettbewerbs die Grenzen der Tatvariante auszutesten.⁵²¹ Andererseits haben die Europäischen Gerichte eine wettbewerbsfreundliche Ausrichtung am Gesetzeszweck eines Auffangtatbestands erkennen lassen.⁵²² In der Wissenschaft dagegen muss eine deutliche Lücke in der Auseinandersetzung mit einseitigen kollusionsfördernden Maßnahmen konstatiert werden,⁵²³ zu deren Schließung diese Arbeit einen Beitrag leisten möchte.

Insgesamt bleibt der Eindruck zurück, dass zunehmend – eigentlich als einseitig einzustufende – Maßnahmen in das Korsett gegenseitiger Kommunikationsakte gezwängt werden, um sie noch dem Kartellverbot subsumieren zu können.⁵²⁴ Da dies nicht ohne Spannung mit der tradierten Rechtsprechung bleibt, lohnt sich eine Reflexion über die bisher geltenden Grenzen der Dogmatik.

b) Anpassungsbedarf und rechtsdogmatische Möglichkeiten

Nachfolgend soll am Beispiel der Preisgarantie entlang des klassischen Auslegungskanons und im Lichte des soeben dargestellten Status Quos er-

520 *Marchisio*, (38) E.C.L.R. 2017, 555 ff. – mit deutlicher Kritik – in Reaktion auf das *Eturas*-Urteil.

521 So wohl auch *Wagner-v. Papp*, NZKart 2022, 605, 606.

522 Ähnlich *van Cleynenbreugel*, (51) CMLRev. 2014, 1381, 1384, 1400-1409, allerdings eher mit einem Fokus auf Beweisregeln und entsprechende Vermutungen.

523 Exemplarisch mit vielversprechendem Titel, aber anderem Untersuchungsgegenstand: *Wagner-v. Papp*, Unilateral Conduct by Non-Dominant Firms: A Comparative Reappraisal, in: di Porto/Podszun (Hrsg.), *Abusive Practices in Competition Law*, 2018, S. 225, 230: „*For the purpose of this enquiry, I exclude rules on unilateral conduct that are meant to prevent collusion between competitors in its incipiency, such as prohibitions of invitations to collude [...]. Even though technically they are rules on unilateral conduct, they ultimately seek to prevent horizontal agreements.*“ Dabei ist der Feststellung entgegenzuhalten, dass es einer Untersuchung solcher Regeln gerade deswegen bedürfte, weil einseitige Aufforderungen zu Kollusion das Kartellverbot mangels horizontaler Vereinbarung umgehen könnten; siehe nun aber: *Lianos/Wagner-v. Papp*, (13) JECLAP 2022, 249-253.

524 *Ghezzi/Maggiolino*, (10) J.C.L.E. 2014, 647, 690 (feststellend): „*Yet, the current EU notion of concerted practices does something more. Because of the presumptions that are built into it, it allows finding the existence of a price-fixing arrangement from an invitation to collude in which rivals do not genuinely and publicly take distance.*“

örtert werden, ob im Einzelfall auch die individuell-einseitige Verwendung von Instrumenten zur Verhaltenskoordination (zuzüglich einer dadurch bewirkten Anpassung des Marktverhaltens mehrerer Unternehmen) einer aufeinander abgestimmten Verhaltensweise subsumiert werden kann. Die Betrachtung beginnt mit teleologischen Erwägungen, die eine Öffnung des Tatbestands motivieren sollen. Anschließend wird die Zulässigkeit einer solchen extensiven Auslegung anhand der Gesetzeshistorie, des -wortlauts und der -systematik überprüft. Zuletzt wird gezeigt, dass das hier befürwortete Verständnis sogar in Einklang mit den bisherigen Leitentscheidungen der Europäischen Gerichte gebracht werden kann.

aa) Teleologische Erwägungen

Die teleologischen Ausführungen erfolgen zweigeteilt. Zunächst wird ein ausgiebiger Vergleich zwischen Preisgarantien und anderen bekannten Fallkonstellationen vorgenommen. Anschließend werden vorhersehbare Einwände gegen ein Verbot von Preisgarantien – ebenfalls anhand eines vergleichenden Maßstabs – behandelt.

(1) Fallbeispiele zum Vergleich

Nicht nur aus wettbewerbspolitischer Sicht ist es in einer Vielzahl von Konstellationen angezeigt, die Verwendung von Preisgarantien zu untersagen. Auch aus kartellrechtlicher Sicht drängt sich eine teils bemerkenswerte Nähe zu anderen wettbewerbsbeschränkenden Verhaltensweisen auf, die entweder bereits kartellrechtlich erfasst werden können oder jedenfalls wettbewerblich ähnlich diskutabel sind, aber aufgrund bisheriger dogmatischer Grenzen (vermeintlich) nicht zu greifen sind. Der anstehende Vergleich soll zeigen, dass die aktuelle Dogmatik zu willkürlichen Ergebnissen führt und dass eine extensive Auslegung geboten ist.

(a) Meistbegünstigungsklauseln

Die Schadenstheorie eines wettbewerblichen Entmutigungseffekts, die oben für Preisgarantien erarbeitet wurde, ist kartellrechtlich nicht unbekannt.

Bei weiten Bestpreisklauseln⁵²⁵ auf Hotelbuchungsplattformen wurde zwischen den Auswirkungen auf die Hotels und deren Preissetzung,⁵²⁶ insbesondere bei der Steuerung von Restkapazitäten, einerseits und dem Provisionswettbewerb⁵²⁷ der Buchungssportale andererseits differenziert. Für die Portale wurde dabei folgendes festgehalten. Sofern ein Teil der im Markt aktiven Buchungssportale (oder auch nur das marktführende Portal) im Verhältnis zu den inserierenden Hotels eine Bestpreisklausel verwendet, entstehen Marktabschottungstendenzen. Eine andere Plattform könnte die Zahl der bei ihr abgeschlossenen Transaktionen nicht steigern, indem sie von den Hotels geringere Provisionen verlangt, damit diese die geringeren Vertriebskosten in niedrigere Preise ummünzen. Mit niedrigeren Preisen könnte zwar die Hoffnung verbunden sein, dass mehr Hotelgäste ihre Reservierungen über dieses Portal abschließen. Hotels absorbieren den Kostenvorteil in Form niedrigerer Provisionsgebühren allerdings, wenn eine Senkung des Preises auf der nicht-bindenden Plattform wegen einer Bestpreisklausel auch auf den bindenden Plattformen erfolgen müsste, obwohl dort keine vergleichbare Kostenreduktion stattgefunden hat. In einem solchen Fall ist nicht mehr mit einer umfassenden Weitergabe der Kostenreduktion zu rechnen.

Abgesehen davon, dass eine Dreieckskonstellation zwischen Plattform, Hotels und Endkunden vorliegt (sog. mehrpolige Vertragsbeziehung)⁵²⁸, ist das Endresultat den Marktverhältnissen mit Preisgarantien nur allzu ähnlich.⁵²⁹ Womöglich lohnt es sich für eine Plattform nicht mehr, ihre Provision zu senken, weil die damit bewirkten Einsparungen der Hotels

525 Mit sog. weiten Bestpreisklauseln haben Hotelbuchungsplattformen die Hotels verpflichtet, an keiner anderen Stelle, d.h. weder im Direktvertrieb auf der eigenen Homepage, noch auf konkurrierenden Hotelportalen günstigere Preise anzubieten. Es handelt sich daher um eine Sonderform einer Meistbegünstigungsklausel; siehe dazu: *Zimmer*, in: *Immenga/Mestmäcker* (Begr.), *Wettbewerbsrecht*, Band 2: *GWB*, 7. Aufl. 2024, § 1 Rn. 257.

526 So jüngst (für die bei der engen Bestpreisklausel ähnliche Wirkung) *BGH* v. 18.05.2021, *KVR* 54/20 – *Booking*, Rn. 10 ff. = *WuW* 2021, 517 *mAnm. Rottmann/Schäfer*, *WuW* 2021, 562 ff.

527 Aus der Rechtsprechung *OLG Düsseldorf* v. 09.01.2015, VI-Kart 1/14 (V), *WuW* 2015, 394, 402 f. – *HRS-Bestpreisklausel* (ebenfalls mit Ausführungen zur Relevanz der Marktstellung einer bindenden Plattform); vgl. zu dieser Schadenstheorie zudem *Mörsdorf/Schäfer*, *NZKart* 2019, 659, 660; *dos Santos Goncalves/Karsten*, *WuW* 2019, 454, 455 f.; *Alfter/Hunold*, *WuW* 2016, 525, 526.

528 *Mörsdorf/Schäfer*, *NZKart* 2019, 659, 662.

529 Passenderweise lobt *Booking* auch (und nunmehr ausschließlich) eine Preisgarantie aus, vgl. die entsprechende Auslobung auf der Unternehmenswebseite:

nicht weitergereicht werden. Senken die Hotels die Preise ihrer Inserate nicht, werden auch keine Neukunden auf die Plattform gelockt. Der für den Umsatz der Plattform negative Preiseffekt wird durch keinen positiven Mengeneffekt ausgeglichen. Hierdurch entfällt der Anreiz zur Provisionsenkung. Nicht nur entfällt der Anreiz, von einem gegebenen Preisniveau nach unten abzuweichen. Ganz allgemein ist es nachteilig, günstigere Provisionen als die bindende Plattform anzubieten, da dadurch Umsätze verschenkt werden. Folglich könnte es zur dominanten Strategie werden, einer Provisionssteigerung der bindenden Plattform zu folgen. Ähnlich wie bei einer Preisgarantie kann also eine Preisführerschaft der marktstärksten Plattform entstehen.

Die Konstellationen sind auch insoweit vergleichbar, als dass die Bestpreisklausel und die Preisgarantie in beiden Fällen nicht gegenüber der Konkurrenz, sondern im Verhältnis zu einer dritten Partei ausgesprochen werden. Aus Sicht des Rechtsanwenders bietet die Meistbegünstigungsklausel bei Hotelbuchungsportalen den entscheidenden Vorteil, dass es sich im Verhältnis von Hotels und Plattformen um Vereinbarungen zwischen Unternehmen handelt und die Fälle ohne Weiteres dem Kartellverbot in Form einer quasi-vertikalen Vereinbarung mit horizontaler Wirkung subsumiert werden können. Dies soll zeigen, mit welcher Willkür ein ökonomisch sehr ähnlicher Effekt teils erfasst, teils nicht erfasst werden kann. Zudem könnte man vertreten, dass die Preisgarantie wettbewerblich noch invasiver ist, da sie die Preise der Konkurrenz unmittelbar in Bezug nimmt. Die kollusionsfördernde Wirkung der Bestpreisklausel entsteht hingegen nur mittelbar über die reduzierte Provisionssensitivität der Hotels.

(b) Preisführerschaft

Aus ökonomischer Sicht überzeugt es ebenso wenig, die Auslobung einer Preisgarantie in Ermangelung gegenseitiger, kollusionsfördernder Handlungen *a priori* vom Kartellverbot auszunehmen. Dies soll anhand der Gegenüberstellung von vier Fällen gezeigt werden, in denen es durch unterschiedliche Arten der Verhaltensabstimmung dazu kommt, dass ein Unter-

https://www.booking.com/general.html?tmpl=doc/rate_guarantee (zuletzt abgerufen: 01.03.2024).

nehmen die Rolle eines Preisführers⁵³⁰ übernimmt, aber nur manche der Fälle nach vorherrschendem Verständnis vom Kartellverbot erfasst sind.

(aa) Private Vereinbarung

Im *ersten* Fall vereinbaren mehrere Parteien, dass ein Unternehmen aus ihrer Mitte zum Preisführer werden soll, während alle anderen versprechen zu folgen.⁵³¹ Aus ökonomischer Sicht wird dem Preisführer damit die Aufgabe übertragen, den Monopolpreis zu bestimmen, während die anderen Unternehmen versprechen, nachzuziehen und geloben, nicht zwecks eigener Absatzsteigerung nach unten abzuweichen. Hier befindet man sich unstreitig im Bereich eines Hardcore-Kartells in Form einer Vereinbarung gem. Art. 101 Abs. 1 AEUV, § 1 GWB. Dass die Absprache instabil ist (Ge-fangenendilemma)⁵³² und von den strukturellen Verhältnissen des Marktes abhängt, ist dabei nicht weiter relevant. Entscheidend ist, dass eine verbale, multilaterale Abstimmung vorliegt, die über bloßes Parallelverhalten am Markt („strategisches Nachziehen“) hinausgeht.

(bb) Öffentliche Verkündung und explizite Annahme

Wie würde dagegen ein *zweiter Fall* beurteilt werden, in dem die Abstimmung nicht persönlich unter Anwesenden, sondern durch öffentliche Äußerungen herbeigeführt wird? Man stelle sich vor, ein Unternehmen bietet öffentlich an, zukünftig als Preisführer zu operieren. Möglicherweise wird diese Aussage von der Ankündigung gestützt, welcher konkrete Preis in einem ersten Schritt gewählt wird. Die Konkurrenten äußern sich nachfolgend gleichermaßen öffentlich und erklären sich mit diesem Vorgehen

530 Siehe ökonomisch auch *Andreoli-Versbach/Franck*, (40) Int. J. of Ind. Org. 2015, 32-48 sowie *Miller/Sheu/Weinberg*, (III) Am. Econ. Rev. 2021, 3123-3159 zu diesem jeweils mit unilateralen kollusionsfördernden Handlungen herbeigeführten Phänomen (Ankündigung periodischer Preisstabilität; [öffentliche] Ankündigung einer Preiserhöhung); *Hay*, (67) Cornell Law Rev. 1982, 439, 453 spricht in solchem Kontext von „*augmented price leadership*“.

531 Vgl. den Tatvorwurf in EU-Kommission v. 13.07.1994, Az. IV/C/33.833, Abl. v. 19.09.94, Nr. L 243/1, S. 21 – *Karton*, Rz. 73; bestätigt von: EuG v. 14.05.1998, Rs. T-295/94 u.a., Slg. 1998 II-00813, ECLI:EU:T:1998:88 – *Buchmann and Others/Commission*.

532 Siehe oben, S. 58 ff.

einverstanden. Auch in dem Fall fällt die Einordnung leicht. Ob eine durch wechselseitige Bekundungen erzielte Willensübereinstimmung (Vereinbarung iSv des Kartellverbot)⁵³³ privat oder öffentlich erzielt wurde,^{⁵³⁴} spielt keine Rolle. Weiterhin läge ein Hardcore-Preiskartell vor.

(cc) Öffentliche Verkündung und konkludente frühzeitige Annahme

Im *dritten* Fall^{⁵³⁵} kündigt ein Wettbewerber öffentlich eine von ihm beabsichtigte Preisführerschaft gekoppelt mit dem bald umzusetzenden Startpreis an. Die anderen Unternehmen äußern sich dieses Mal nicht verbal. Stattdessen setzen sie den anvisierten Preis schon vor Beginn der ausgerufenen Preisführerschaft und signalisieren dergestalt ihr Einverständnis mit der neuen Praxis. Eine Vereinbarung lässt sich in diesem Fall mangels expliziter Annahmeäußerung nur noch schwer konstruieren.^{⁵³⁶} Das konkludente Verhalten eröffnet aber den Tatbestand einer abgestimmten Verhaltensweise. Einer im Ergebnis völlig zutreffenden, im Schrifttum vertretenen Auffassung zufolge kann eine Abstimmung auch durch Marktverhalten verwirklicht werden.^{⁵³⁷} Freilich tritt diese Auslegung in Konflikt mit der weithin geforderten Zweigliedrigkeit des Tatbestands, die eine Aufteilung in Abstimmung und (kausal bedingte) Verhaltensweise zur Folge hat. Denn worin läge im vorliegenden Fall eine trennscharf abzugrenzende Verhaltensweise, die durch die Abstimmung beeinflusst wird, wenn das preisliche Gleichziehen bereits als das Koordinierungsmittel betrachtet wird.^{⁵³⁸} Weitestgehend unstreitig dürfte dagegen sein, dass einem solchen Fall mit

533 Statt vieler Zimmer, in: Immenga/Mestmäcker (Begr.), Wettbewerbsrecht, Band 1: EU-Recht, 6. Aufl. 2019, Art. 101 Abs. 1 AEUV, Rn. 68 mwN. zur Rspr.

534 Vgl. auch Roth/Ackermann, in: Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht, 101. Lieferung, Stand: 03/2022, Grundfragen des Art. 101 Abs. 1 AEUV, Rn. 207.

535 Vgl. zu diesem Beispiel *Harrington*, A theory of tacit collusion, Working Paper 2012, No. 588, The Johns Hopkins University, Department of Economics, Baltimore, MD, S. 3; teilweise veröffentlicht als: *Harrington*, A Theory of Collusion with Partial Mutual Understanding, (71) Research in Economics 2017, 140-158 (Special Issue on Game Theory).

536 Siehe dagegen die Figur des „tacit agreement“ im US Antitrust Law: *Areeda/Kaplow/Edlin/Hemphill*, Antitrust Analysis, 8. Aufl. 2021, S. 178 ff.

537 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.

538 Vgl. Heyers, NZKart 2013, 99, 103, der in Besprechung von OLG Düsseldorf v. 29.10.12, Az. V-1 Kart 1-6/12 (OWi) et al. – *Silostellgebühr*, darauf hinweist, dass

C. Kartellrechtliche Würdigung

dem Kartellverbot beigekommen werden sollte und dass im Übrigen auch kein Fall akzeptablen Parallelverhaltens vorliegt. Das Beispiel verdeutlicht daher, welchen Problemen sich die tradierte Dogmatik bei der Bewältigung ökonomischer Realitäten gegenüber sieht.

(dd) Öffentliche Verkündung und „bloße“ spätere Anpassung

Die Grenze einer Anwendung des Kartellverbots verläuft schließlich selbst unter der gerade genannten extensiven Auffassung dort, wo – im *vierten* Beispiel dieser Fallreihe – das preisliche Nachziehen der Konkurrenten erst nach Vollzug der angekündigten Preiserhöhung des selbsternannten Preisführers erfolgt. In einem solchen Fall ist beim Preisführer keine Beiseitigung wettbewerblicher Unsicherheit über das Verhalten seiner Konkurrenten eingetreten. Zudem muss das spätere Mitziehen nicht kausal auf die Ankündigung zurückzuführen sein und hätte auch bei einer unangekündigten Preiserhöhung geschehen können (echte „*tacit collusion*“). Hier würden vermutlich auch die EU-Kommission und das Bundeskartellamt entsprechend ihrer „*Container Shipping*“⁵³⁹- und „*Transportbeton*“⁵⁴⁰-Entscheidungen von der Einleitung eines Verfahrens absehen,⁵⁴¹ solange keine „*invitation to collude*“ ausgemacht wird.⁵⁴²

(ee) Vergleich mit den Abläufen bei der Preisgarantie

Der Vergleich dieser Fallserie mit den Abläufen bei einer Preisgarantie soll auf zwei Beobachtungen aufmerksam machen. Zum einen dürfte feststehen, dass es nicht darauf ankommen darf, ob eine Preisführerschaft explizit ausgerufen wird oder sie die spieltheoretische Folge (common understanding bzw. common knowledge) einer öffentlich den Kunden gegenüber

das spätere Marktverhalten bei striktem Verständnis des zweigliedrigen Tatbestands eigentlich nicht als Abstimmungshandlung eingestuft werden können.

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

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

541 Krauß, in: Bunte (Hrsg.), *Kartellrecht-Kommentar*, 14. Aufl. 2021, Band 1: Deutsches Recht, § 1 GWB Rn. 116 ff.; Hengst, in: Bunte (Hrsg.), *Kartellrecht-Kommentar*, 14. Aufl. 2021, Band 2: EU-Recht, Art. 101 Abs. 1 AEUV Rn. 122, 127 f.

542 Kommission, ABl. v. 14.01.2011, 2011/C 11, Leitlinien zur Anwendbarkeit von Art. 101 AEUV auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit, Rz. 63, Fn. 10.

erklärten Preisgarantie ist.⁵⁴³ Zum anderen bewegt sich der Fall einer Preisgarantie an der Grenze zwischen der dritten und vierten Konstellation der Fallserie. Eine Annahme der Preisführerschaft durch Äußerungen oder frühzeitige Preiserhöhungen der Konkurrenten dürfte im Regelfall nicht vorliegen. Allerdings bedarf es einer solchen Annahmehandlung der Konkurrenten schon gar nicht, da das Garantie auslobende Unternehmen antizipieren kann, dass es für die anderen Unternehmen – in Abhängigkeit von Marktstruktur und Verbraucherverhalten – nur lohnend ist, mit den Preisen nachzuziehen. Dies hängt nicht zuletzt damit zusammen, dass eine Preisgarantie die Kaufentscheidung der Konsumenten beeinflusst und somit mittelbar in die Preissetzung der Konkurrenz eingreift, die unweigerlich in Abhängigkeit vom Nachfrageverhalten getroffen wird. Die fehlende Unsicherheitsreduktion auf Seiten des auslobenden Unternehmens, womit noch die Ablehnung einer abgestimmten Verhaltensweise im vierten Fall der obigen Serie begründet wurde, entfaltet hier keine Bedeutung. Umso erwägenswerter ist es, eine einseitig forcierte, abgestimmte Verhaltensweise anzunehmen. Die Abstimmung wäre dabei in der durch die Preisgarantie erzielten, erhöhten Reaktionsverbundenheit zu sehen, die wiederum einen Gleichlauf bzw. eine Annäherung der individuell gewinnoptimierenden Preise bewirkt. Wer das Zutun der restlichen Unternehmen nicht völlig außer Betracht lassen möchte, der wird an die ANIC-Vermutung⁵⁴⁴ sowie die oben dargelegten Grundsätze der passiven Kartellbeteiligung⁵⁴⁵ erinnert sein. Allerdings kann eine Distanzierung nur schwer erfolgen, wenn mittels eines Eingriffs in die Nachfrageströme auch in das eigene Preissetzungskalkül eingegriffen wird.

543 Es sei nochmal auf die unterschiedliche Einordnung hingewiesen, wer angesichts einer Preisgarantie zum Preisführer wird. Nach einer Variante wird ein Unternehmen, dessen Preis von einer fremden Garantie zum Bezugspunkt genommen wird, zum Preisführer, da das Garantie auslobende Unternehmen seine Preissetzungshoheit für einen Teil der Kunden auf dieses Unternehmen delegiert. Nach einer anderen – hier überwiegend – begrifflich zugrunde gelegten Variante wird angesichts des oben beschriebenen Entmutigungseffekts das auslobende Unternehmen zum Preisführer, da Konkurrenten sich an dessen Preis ausrichten und geringe Anreize haben, dieses zu unterbieten.

544 EuGH v. 8.7.1999, Rs. C-49/92 P, Slg. 1999, I-4125, ECLI:EU:C:1999:356 – *Anic Partecipazioni*, Rn. 118 ff.

545 Dazu oben S. 179 ff.

(c) Ankündigung zukünftigen Eventualverhaltens

Weiterhin liegen Vergleiche zu Fällen nahe, in denen ein Wettbewerber seine zukünftige Reaktion auf gewisses, vordefiniertes Verhalten seiner Konkurrenten ankündigt.⁵⁴⁶ Dabei kann es sich um antizipiertes, bald anstehendes Verhalten der Konkurrenz handeln oder aber um ein Vorgehen, das der Wettbewerber gerne kollektiv anstoßen würde.

(aa) Entmutigung der Konkurrenz durch Drohung von Vergeltung (im Privaten)

Ähnlich zu der vorangegangenen Serie liegt der Fall eines Verkaufsleitergesprächs, in dem ein Unternehmen – ggf. der Preisführer – verlauten lässt, dass es sich unverzüglich jeder Preissenkung seiner Konkurrenten anpassen werde und man erst gar nicht versuchen solle, es zu unterbieten.⁵⁴⁷ Hier kann es zum einen keinen Unterschied machen, ob Unternehmen sich gemeinsam auf eine Preiserhöhung einigen oder ob sie sich gemeinsam darauf einigen, Preissenkungen zu unterlassen. Beide Fällen werden als Preiskartell gewertet.⁵⁴⁸ Zum anderen dürften die Anwesenheit in der Sitzung und eine fehlende Distanzierung bei im Übrigen stillschweigender Kenntnisnahme der Unternehmensvertreter genügen, um nach der oben erörterten bisherigen Dogmatik von einer abgestimmten Verhaltensweise auszugehen.⁵⁴⁹ Dann stellt sich unweigerlich die Frage, ob es tatsächlich einen entscheidenden Unterschied machen sollte, ob eine solche Aussage im Privaten getroffen wird oder öffentlich am Markt als vertragliche Bindung gegenüber den Abnehmern verkündet wird. Eine öffentlich ausgesprochene Preisgarantie enthält nichts anderes als – das im Verhältnis zu Dritten gar bindende – Versprechen, sich bei Preissenkung der Konkurrenz unverzüglich anzupassen. Zudem erlaubt die oben wiedergegebene

546 Vgl. Zimmer, in: Immenga/Mestmäcker (Begr.), Wettbewerbsrecht, Band 1: EU-Recht, 6. Aufl. 2019, Art. 101 Abs. 1 AEUV, Rn. 90, der für den Einzelfall bereits deutlich weniger als kartellrechtlich relevant einstuft: „*Nicht erforderlich ist, dass der Initiator sein Verhalten erkennbar von dem der anderen abhängig macht.*“

547 Siehe für einen ähnlichen Vergleich auch Winter, in: ABA, Sec. of Antitrust Law (Hrsg.), Issues in Competition Law and Policy, 2008, Band 2, S. 1269.

548 Zimmer, in: Immenga/Mestmäcker (Begr.), Wettbewerbsrecht, Band 1: EU-Recht, 6. Aufl. 2019, Art. 101 Abs. 1 AEUV, Rn. 213 ff.

549 Es gilt der Grundsatz passiver Kartellbeteiligung, siehe dazu S. 179 ff.

aktuelle Dogmatik es grundsätzlich, auch öffentliches „Signaling“ zu erfassen.⁵⁵⁰ Dass aus teleologischer Sicht nicht zwingend dem dort bisher geltenden Erfordernis wechselseitiger, aufeinander folgender Ankündigungen beigepflichtet werden muss, wurde bereits dargelegt.⁵⁵¹ Dies gilt im Falle einer Preisgarantie umso mehr, da entsprechend der Argumentation zu den Fällen einer „ausgehandelten“ Preisführerschaft gar keine Bestätigung der restlichen Unternehmen erforderlich ist. Die Anpassungshandlung der Konkurrenz wird geradezu forciert, indem mittelbar in deren Preiskalkulation und das Nachfrageverhalten der Konsumenten eingegriffen wird. Es handelt sich bei einer durch die Preisgarantie berwirkten Verhaltensanpassung um schlechthin rationales Verhalten, das vorhergesehen werden kann.

(bb) Ermutigung der Konkurrenz durch öffentliche Bekräftigung eigener Konformität

Ähnlich liegen nicht zuletzt Fälle einer öffentlichen Verlautbarung der eigenen Reaktion auf etwaiges in der Zukunft liegendes Verhalten der Konkurrenz. Hier sind sowohl das Versprechen einer Anpassung im Positiven als auch im Negativen denkbar.⁵⁵² Ein Unternehmen könnte etwa eine Preissteigerung anregen, indem es öffentlich, z.B. in Branchenzeitschriften, auf Verbandssitzungen, der eigenen Hauptversammlung oder anlässlich von Investoren-/Anlegergesprächen zur Ertragslage auf eine gegenwärtige negative Preisspirale, Kosten- oder Nachfrageschocks verweist und verkündet, sich entsprechenden Initiativen der Konkurrenz, die Preise anzuheben, nicht zu widersetzen. Umgekehrt könnte das Unternehmen auch eine

550 Dies steht allerdings wohl noch unter dem Vorbehalt wechselseitiger Ankündigungen; siehe dazu oben Seite 187 ff.

551 Siehe dazu auch die in den USA aufkommende Diskussion, das auf Sec. 5 FTC-Act gestützte Verbot von „invitations to collude“ strenger durchzusetzen und Offenlegungen etwa im Bereich von „earnings calls“ strikter zu handhaben; so etwa FTC-Commissioner *Lina Khan* im April 2022 auf der „2022 Antitrust and Competition Conference – Antitrust: What’s Next“ am Stigler Center for the Study of the Economy and the State“ der University of Chicago, vgl.: die Aufzeichnung des Interviews ab Minute 47:14, abrufbar unter <https://www.youtube.com/watch?v=hvXj1p78jw> (zuletzt abgerufen am 01.03.2024).

552 Die Beispiele beruhen auf *Harrington Jr.*, (84) *Antitrust Law J.* 2022, 521; siehe auch die in Branchenmagazinen abgegebenen Statements von Vertretern der in Deutschland aktiven Mineralölkonzerne in Erwartung des Markteintritts des polnischen *Orlen* Konzerns, *Reiber*, Wettbewerbsverhalten der deutschen Mineralölindustrie im Kraftstoffeinzelhandel, insbesondere Preisverhalten, 2008, S. 68 f.

eigene Initiative unter Hinweis auf die Notwendigkeit des Mitwirkens aller Wettbewerber in Aussicht stellen.⁵⁵³ So könnte es verlauten lassen, dass angesichts sinkender Nachfrage ein Preiskampf begonnen habe, den man gerne bereit sei durch Reduktion der eigenen Kapazität zu beenden, gleichzeitig aber fortsetzen wolle, sollten sich andere Unternehmen diesem Vorgehen widersetzen und sich nicht in ähnlicher Weise der neuen Auftragslage anpassen. Die kartellrechtliche Handhabe solcher „invitations to collude“ ist uneindeutig. Man kann den Aussagen wohl ein höheres Kollusionspotential zuschreiben als der vorzeitigen Ankündigung unbedingten eigenen Verhaltens. Gleichzeitig fehlt es nach herrschender Dogmatik an einer wechselseitigen Abstimmung, wenn die restlichen Unternehmen sich schlussendlich zwar in ihrem Marktverhalten entsprechend anpassen, aber keine verbale Reaktion folgen lassen. Ebenso fällt es schwer, in einer tatsächlich durchgeführten Preiserhöhung eine implizite Zustimmung auf Kommunikationsebene zu sehen, selbst wenn der Eindruck naheliegt, man sei der Bitte des Unternehmens nachgekommen.⁵⁵⁴ Anders als bei der Ankündigung eigenen, zukünftigen Verhaltens lässt sich auch kein kommunikativer Inhalt aus einem möglicherweise vorzeitigen Mitziehen der Konkurrenten herleiten. Dieses Ergebnis ist unbefriedigend, da das kartellrechtliche Urteil von Detailfragen der konkreten (Kommunikations-)Abläufe abzuhängen scheint, obwohl das wettbewerbsschädigende Potential ähnlich sein dürfte. Nichtsdestotrotz heißt es in den Horizontalleitlinien der EU-Kommission von 2011, dass einseitige öffentliche Ankündigungen nur solange (mit überwiegender Wahrscheinlichkeit) nicht als abgestimmte Verhaltensweise eingestuft würden, wie sie keine „invitation to collude“ enthalten.⁵⁵⁵ Wie in diesem Fall allerdings das sonst geltende und scheinbar

553 Vgl. bereits Gleiss, WuW 1964, 485, 491f., allerdings für den Fall wechselseitiger Ankündigungen dieses Typs.

554 Hier liegt kein zusätzlicher Kommunikationsinhalt wie in der vom Schrifttum vorgeschlagenen Abgrenzung vor, dass eine konkludente Zustimmung gegeben ist, wenn der Wettbewerber schon vor einem gewissen Stichtag reagiert; vgl. Zimmer, in Immenga/Mestmäcker (Begr.), Wettbewerbsrecht, 6. Aufl. 2019, Band 1: EU-Recht, Art. 101 Abs.1 AEUV, Rn. 91; Roth/Ackermann, in: Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht, Stand 101, Lieferung, 03/2022, Grundfragen des Art. 101 Abs. 1 AEUV, Rn. 207; es müsste wohl ermittelt werden, dass der Preisanstieg erst aufgrund der öffentlichen Anregung des Konkurrenten intern beschlossen wurde.

555 EU-Kommission, ABl. v. 14.01.2011, 2011/C 11, Leitlinien zur Anwendbarkeit von Art. 101 AEUV auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit, Rz. 63, Fn. 10; die neuen Horizontalleitlinien v. 1.6.2023, C(2023) 3445 final enthalten dagegen keine einschlägigen Einordnungen mehr.

respektierte Erfordernis gegenseitiger Abstimmungshandlungen ausgefüllt werden soll, bleibt unklar.

(d) „Hub & Spoke“-Abstimmung

Wenn man einer Preisgarantie das Signal an die Wettbewerber entnimmt, den gesetzten Preis nicht zu unterbieten und sich stattdessen am auslobenden Unternehmen (Preisführer) auszurichten, so wird man nicht zuletzt eine gewisse Nähe zu „Hub & Spoke“-Konstellationen⁵⁵⁶ feststellen müssen. Ein Unterschied liegt gewiss darin, dass vorliegend ein Mitbewerber als Radnabe („Hub“) auftritt und keine externe dritte Partei die Kollusion anstößt bzw. durchführt, wie dies etwa auf die Beratungsgesellschaft in „AC Treuhand“⁵⁵⁷ die Plattform bei „Uber“⁵⁵⁸ oder den zentralen Systemadministrator im Reisebürofall „Eturas“⁵⁵⁹ zutraf. Immerhin ist für die Wirksamkeit der Preisgarantie erforderlich, dass die im Vertikalverhältnis ausgesprochene Selbstbindung des Garantie-Unternehmens von den Verbrauchern durchgesetzt wird und sie ihren Konsum am Preisversprechen ausrichten. Insofern könnte man durchaus von einem für „Hub & Spoke“-Konstellationen typischen Fall „gemischt-vertikal-horizontaler Abstimmung“⁵⁶⁰ sprechen. Freilich kommt den Verbrauchern im Vergleich zu den oben genannten Akteuren eine geringere Bedeutung zu.⁵⁶¹ Das Kollusionsmittel ist vielmehr die Preisgarantie, an denen sich sowohl die Verbraucher als auch die Mitbewerber ausrichten. Es liegt daher näher, im Unternehmen, das die Preisgarantie auslobt, die Radnabe zu sehen. Doch auch dieser Vergleich hinkt, weil die restlichen Unternehmen als Speichen („Spokes“) nicht vertikal bei dieser Radnabe zusammenfinden, sondern die Preisgarantie aus ihrer Mitte heraus ausgelobt wird. Ähnlich wie bei *Eturas* könnte in fehlender Gegenwehr und der preislich angepassten, im

556 Zu dogmatischen Einzelfragen siehe *Actis Perinetto*, (15) E.C.J. 2019, 281-317; *Apostolakis*, (54) CMLRev. 2017, 605-629; *Odudu*, (7) E.C.J. 2011, 205-242; auch Empfehlungen von Wirtschaftsverbänden an ihre Mitglieder (oder die Öffentlichkeit) könnten als eine Hub&Spoke-Abstimmung betrachtet werden, vgl. hierzu *Angerbauer*, Vereinbarkeit der Arbeit von Wirtschaftsverbänden mit dem deutschen und europäischen Kartellrecht, 2015, S. 129 (allerdings ohne eine solche konzeptionelle Einordnung).

557 EuGH, Urt. v. 22.10.2015, Rs. C-194/14 P, ECLI:EU:C:2015:717 – *AC Treuhand*.

558 Vgl. hierzu ausführlich *Rottmann/Göhs*, WuW 2019, 348 ff.

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

560 Begrifflich *Stöcker*, WuW 2012, 935, 944.

561 Vgl. hierzu noch das lauterkeitsrechtliche Kapitel unten, S. 333.

C. Kartellrechtliche Würdigung

Übrigen unveränderten Fortsetzung des eigenen Marktverhaltens eine Art Zustimmung zum Kollusionsschema gesehen werden, wobei dies freilich übersieht, dass die Preisgarantie unmittelbar qua Nachfrageumlenkung in das Preiskalkül der Unternehmen eingreift. Einer mangels Distanzierung implizit erklärten Zustimmung bedarf es daher nicht, um die andernorts geforderte Unsicherheitsreduktion beim Initiator hervorzurufen. Selbiges wurde bereits für die Fallserie der Preisführerschaft beschrieben.

(e) Fazit zum Fallvergleich

Insgesamt soll der soeben vollzogene Vergleich zwischen den unterschiedlichen Fallkonstellationen verdeutlichen, dass die Einstufung eines streitigen Zusammenwirkens als abgestimmte Verhaltensweise nach der herrschenden Dogmatik mitunter willkürlich anmutet und jedenfalls nicht immer mit der ökonomischen Schädlichkeit des in Rede stehenden Verhalten übereinstimmt.

Gleichzeitig erweckt die sprachliche Offenheit des Tatbestands einer abgestimmten Verhaltensweise Hoffnung, ein Konzept entwickeln zu können, das auch bestimmte Fälle einseitigen Verhaltens erfassen kann.

(2) Auseinandersetzung mit denkbaren Rechtfertigungen

Gerade, weil Preisgarantien in der öffentlichen Wahrnehmung der Kunden häufig als Zeichen funktionierenden und besonders aggressiven Wettbewerbs begriffen werden, sind bestimmte Erklärungsversuche⁵⁶² der betroffenen Unternehmen vorhersehbar. Einerseits dürfte eingewandt werden, dass es sich bei der Preisgarantie lediglich um eine zulässige Preisdiskriminierung handelt, die nach unterschiedlicher, am Kenntnisstand der Konsumenten auszumachender Zahlungsbereitschaft differenziert und entspre-

562 So berichtet *Schwalbe* etwa darüber, dass sich nach Veröffentlichung der Studie mit *Dewenter* (2016) Vertreter von *Shell* gemeldet haben, um die Ergebnisse zu diskutieren. Dabei habe man sich überrascht von den Resultaten gezeigt. Eine antikompetitive Zielsetzung sei bei den Unternehmensvertretern höchstens intuitiv erkennbar gewesen; man habe die Loyalität der Kundschaft erhöhen wollen, vgl. den am 01.07.2017 bei der 12th International Conference on Competition and Regulation gehaltenen Vortrag „MCCs in the German Petrol Market“ (Präsentation abrufbar unter: https://www.cresse.info/wp-content/uploads/2020/02/2017_pa10_p_r4_Sequential-Price.pdf; zuletzt abgerufen am 01.03.24; dort S. 18).

chendes Suchverhalten der Konsumenten belohnt. Andererseits dürfte eingeworfen werden, dass es nicht verboten werde dürfe, sich der Konkurrenz anzupassen, insbesondere wenn es sich um eine Ausrichtung an einem günstigeren Unternehmen handelt. Warum beide Erklärungen zu kurz greifen, wird im Folgenden dargelegt.

(a) Preisgarantien sind keine gewöhnliche Preisdiskriminierung

Zum einen könnte vorgetragen werden, dass den Unternehmen bei einem Verbot von Preisgarantien in unangemessener Weise versagt würde, Preisdiskriminierung zwischen ihren informierten und uninformativen Kunden zu betreiben.⁵⁶³ Für uninformatierte Kunden werde ein Preis gewählt, der ihrer unabhängigen Zahlungsbereitschaft und Wertschätzung für das Produkt entspricht. Für informierte Kunden richte man sich dagegen am Konkurrenten aus, sodass bei identischen Preisen die Konsumentenpräferenz ausschlaggebend sei. Dies müsse als Preissetzungsmodell zulässig sein,⁵⁶⁴ zumal Preisdiskriminierung allgemein für wohlfahrtsförderlich gehalten wird.⁵⁶⁵

Und während zutrifft, dass es Unternehmen nicht allgemein verboten ist, Preisdiskriminierung ersten,⁵⁶⁶ zweiten⁵⁶⁷ oder dritten⁵⁶⁸ Grades zu betreiben, muss auf den entscheidenden Unterschied zwischen diesen For-

563 Vgl. S. 82 ff. für Modelle der Preisdiskriminierung; *Edlin*, (111) Harvard Law Rev. 1997, 528, 538 weist darauf hin, dass Preisgarantien im Einzelfall weniger mit Kollusion als mit Preisdiskriminierung zu tun haben könnten. Dies sollte einer Subsumtion unter das Kartellverbot nach hier (wie dort) vertretener Auffassung allerdings nicht entgegenstehen, da die Diskriminierung gerade durch eine Verknüpfung mit den Preisen der Konkurrenz geschieht.

564 Vgl. insoweit auch die „Meeting Competition“-Einrede, *Scholz*, in: Wiedemann (Hrsg.), Handbuch des Kartellrechts, 4. Aufl. 2020, § 22 Rn. 73.

565 Dies basiert auf der Annahme, dass es in Folge der Preisdiskriminierung zu mehr Geschäftsabschlüssen kommt. Etwas anderes muss gelten, wenn Preisdiskriminierung mit dem Ziel betrieben wird, Preise – zumindest selektiv – anzuheben, vgl. *Winter*, in: ABA, Sec. of Antitrust Law (Hrsg.), Issues in Competition Law and Policy, 2008, Band 2, S. 1269, 1276 f.

566 Gemeint sind damit individuelle Preise, die sich nach der konkreten Zahlungsbereitschaft eines Kunden richten, vgl. *Bester*, Theorie der Industrieökonomik, 7. Aufl. 2017, S. 64 ff.

567 Hiermit sind Mengenrabatte gemeint, vgl. *Bester*, Theorie der Industrieökonomik, 7. Aufl. 2017, S. 68 ff.

568 Dabei handelt es sich um Rabatte für bestimmte Personengruppen, etwa Studierende, vgl. *Bester*, Theorie der Industrieökonomik, 7. Aufl. 2017, S. 71 ff.

men der Preisdiskriminierung und der Verwendung einer Preisgarantie hingewiesen werden. Solange (noch) keine personalisierte Preissetzung und perfekte Preisdiskriminierung ersten Grades möglich ist,⁵⁶⁹ profitieren Konsumenten in Wettbewerbsmärkten auch bei einem deutlichen Ausmaß an Produktdifferenzierung und sogar selbst bei Monopolen davon, dass Unternehmen Einheitspreise setzen müssen. Die höhere Zahlungsbereitschaft mancher Kunden kann zugunsten des Produktabsatzes bei anderen Kunden nicht vollständig abgeschöpft werden.⁵⁷⁰ Dadurch bleibt den zahlungsbereiteren Kunden eine gewisse Konsumentenrente erhalten. Insofern es Unternehmen im Rahmen der geltenden Antidiskriminierungsvorschriften gelingt, Kundengruppen zu bilden und dort unterschiedliche Preise zu verlangen, ist dagegen zunächst nichts einzuwenden. Das gilt erst recht, wenn die Segmentierung für eine Mengenausweitung genutzt wird,⁵⁷¹ die bei einem Einheitspreis nicht möglich wäre. Dies ist der Fall, wenn Kunden mit geringerer Zahlungsbereitschaft noch bedient werden können, da ausreichend hohe Profite bei Kunden mit höherer Zahlungsbereitschaft erzielt werden.⁵⁷² Dabei handelt es sich um den positiven Mengeneffekt der Preisdiskriminierung. Qualitativ anders sieht es dagegen aus, wenn es dem Unternehmen nicht eigenständig gelingt, Konsumentensegmente zu bilden und voneinander abzugrenzen. Was aus eigenen Stücken individuell zulässig ist, darf nicht durch eine Verhaltensabstimmung mit den Konkurrenten bewirkt werden. Man muss sich vor Augen führen, dass im Fall der Preisgarantie eine Preisspaltung durch Verknüpfung der eigenen Preise mit denen eines Konkurrenten erzielt wird (sog. *competitor-based*-

569 Vgl. zu wettbewerblichen Bedenken in einem solchen Szenario *Pohlmann*, in: Zimmer (Hrsg.), Regulierung für Algorithmen und Künstliche Intelligenz, 2021, S. 311, 333 ff.; möglicherweise wird dabei allerdings übersehen, dass die individuelle Zahlungsbereitschaft für ein Gut auch bei personalisierten Preisen weiterhin davon abhängt, was ein Konkurrenzprodukt kostet (außer womöglich bei Alltagsprodukten, bei denen kein Vergleich stattfindet). In Wettbewerbsmärkten setzen sich konkurrierende Unternehmen gegenseitig also auch weiterhin wettbewerbliche Grenzen bei der Abschöpfung von Konsumentenrente. Preisdiskriminierung ersten Grades stellt überdurchschnittlich zahlungsbereite Konsumenten im Vergleich zu einem Einheitspreis also nur bei einem Anbietermonopol schlechter.

570 *Zimmer*, in: *Pohlmann/Kokott/Polley* (Hrsg.), FS für D. Schröder, 2018, S. 999, 1006.

571 Vgl. *Knieps*, Wettbewerbsökonomie, 3. Aufl. 2008, S. 220 ff.

572 Nicht zu verwechseln mit Quersubventionierung im Sinne der Finanzierung von Unter-Kosten-Verkäufen durch Gewinne in anderen Konsumentensegmenten, siehe hierzu etwa *Huttenlauch*, in: *LMRKM* (Hrsg.), Kartellrecht, 4. Aufl. 2020, Art. 102 AEUV, Rn. 233 ff.

pricing)⁵⁷³. Insbesondere entfallen angesichts der infolgedessen höheren Preise (jedenfalls des auslobenden Unternehmens)⁵⁷⁴ auch die positiven Wohlfahrtswirkungen einer Preisdiskriminierung. Die Grenze zu zulässiger Preisdiskriminierung ist also dort zu ziehen, wo die Preisdiskriminierung auf Basis der Preise der Konkurrenz durchgeführt wird und die Kunden nach ihrer Reaktion auf die Verknüpfung der Preise eingeteilt werden. Insofern ist es auch unschädlich, sollten Preisgarantien im Einzelfall nicht als Kollusionsinstrument, sondern zum Zwecke der Preisdiskriminierung eingesetzt werden. Dies ist normativ und wettbewerbspolitisch als nicht weniger problematisch einzustufen.

(b) Preisgarantien sind keine gewöhnliche Anpassungshandlung

Aus dem Gesagten folgt ebenso, dass Preisgarantien nicht mit der aus der Marktmissbrauchsaufsicht bekannten „Meeting-Competition“-Einrede⁵⁷⁵ gerechtfertigt werden sollten. Sie besagt, dass ein Verhalten nicht missbräuchlich ist, wenn es als Reaktion auf wettbewerbliche Vorstöße der Konkurrenz gerechtfertigt ist. Entsprechend dieser Einrede könnte eingewandt werden, dass es legitim sei, sich den Preisvorstößen eines Konkurrenten anzupassen, um wettbewerbsfähig zu bleiben.

Es macht allerdings in mehrfacher Hinsicht einen Unterschied, ob auf einen tatsächlichen Vorstoß der Konkurrenz reagiert wird oder ob solche Vorstöße – wie hier – bereits *a priori* unterbunden werden.⁵⁷⁶ Hier gilt es deutlich zu machen, wo die (normative) Grenze zwischen legitimer Anpas-

573 Verwendung des Begriffs etwa bei *Belton*, (5) Int. J. of Ind. Org. 1987, 399, 400; *Simons*, (17) Hofstra Law Rev. 1989, 599 ff.; *Mago/Pate*, (70) J. of Econ. Beh. & Org. 2009, 342-360.

574 Vgl. die empirische Forschung von *Bottasso* et al., Price Matching in Online Retail, GLO Discussion Paper, No. 1351 (Working Paper 2023) zur Preisgarantie von *NewEgg*; ausführlich beschrieben oben S. 121f.

575 Konkret zur „Meeting Competition Defense“ im Kontext von Preisgarantien *Edlin*, (111) Harvard Law Rev. 1997, 528, 560 ff. (v.a. 564); passend zum vorherigen Absatz wurde die „Meeting Competition Defense“ in den USA wohl erstmalig in Standard Oil Co. vs. FTC, 340 U.S. 231, 234, 238-51 (1951) einem Vorwurf der Preisdiskriminierung entgegengehalten (nach hiesigen Maßstäben einer Preis-Kosten-Schere, siehe dazu: *Fuchs*, in: *Immenga/Mestmäcker* [Begr.], Wettbewerbsrecht, Band 1: EU-Recht, 6. Aufl. 2019, Art. 102 Rn. 373 ff.).

576 *Edlin*, (111) Harvard Law Rev. 1997, 528, 564: „*In contrast, in a price-matching case, the plaintiff contends that the meeting of competition involved in a price-matching pledge either lessens or prevents competition with the matcher. Asserting that the*

sung (ex post) und wettbewerbsschädlicher Unterbindung von Vorstößen der Konkurrenz (ex ante) verläuft.

Ein erster Unterschied liegt in der Gewissheit (Unsicherheitsreduktion) vorstoßender Konkurrenten, dass eine Anpassung des auslobenden Unternehmens bei entsprechender Geltendmachung der Kunden zwingend erfolgen wird. Jedenfalls für einen Mindestzeitraum, bis das Versprechen bei zu hohem Preisdruck der Konkurrenz aufgehoben wird, greift der (graduelle) Entmutigungseffekt. Diese Gewissheit verhindert möglicherweise, dass Vorstöße gewagt werden, um zu sehen, wie die Konkurrenz nun tatsächlich reagiert, etwa ob deren aktuelle Kostenstruktur es zulässt, sich anzupassen.

Noch gravierender an einer Preisgarantie ist dagegen die Selbstbindung an die Preise der gegebenenfalls günstigeren Konkurrenten, die den Kunden von der Aufgabe entbindet, im Eigeninteresse nach dem günstigsten Preis zu suchen und das günstigste Unternehmen mit einem Vertragschluss zu belohnen. Wird in diesen Mechanismus eingegriffen, so wird die Trägheit und das Sicherheitsbedürfnis mancher Konsumenten, stets den niedrigsten Preis zu erhalten, ausgenutzt, um dessen Rolle als „Schiedsrichter des Wettbewerbsprozesses“⁵⁷⁷ zu untergraben. Zwar mag der Konsument glauben, es handele sich um eine ihm freundlich gesinnte Verkaufspolitik. Um die eigentliche Wirkung einer Preisgarantie zu verdeutlichen, muss man sich allerdings die (eigentliche) Nachricht in einer noch deutlich direkteren Formulierung vor Augen führen. Sie könnte lauten: „Verlasse dich auf uns, lieber Kunde. Wir sorgen dafür, dass du bei uns nie mehr als bei der Konkurrenz bezahlen musst. Wechseln ist zwecklos“⁵⁷⁸ Darin muss weder das Versprechen zu sehen sein, immer bereits ex ante den günstigen Werbepreis anzubieten, noch kann die Aussage dahingehend verstanden werden, dass man als etwaiger Preisführer am für gewöhnlich unteren preislichen Rand agiert. Insbesondere bei automatisierter Anpassung der Preise wird stattdessen das Suchverhalten des Verbrauchers entmutigt.⁵⁷⁹ Das Argument gilt aber ebenso, wenn die Kunden eine Preisanpassung

price matcher is merely meeting the competition does not defeat the substance of the accusation: to the contrary, it is part of the accusation.“

577 Vgl. zu dieser Metapher im Kontext von schnell interagierenden Preisalgorithmen Wolf, Auf dem Weg zu einem algorithmisierten Wettbewerbsbegriff? in: Zimmer (Hrsg.), Regulierung für Algorithmen und Künstliche Intelligenz, 2021, S. 339, 351 f.; siehe auch Podszun, GRUR 2020, 1268, 1273 f. mit Blick auf die Facebook-Entscheidung des BGH v. 23.6.2020, KVR 69/19.

578 Vgl. noch später den Abschnitt zum Lauterkeitsrecht, S. 333 ff.

579 Siehe hierzu auch die entsprechenden Modelle der Suchtheorie, S. 94.

aktiv geltend machen müssen. Muss sich aktiv über den Preis eines Konkurrenten informiert werden, liegt es auf den ersten Blick nahe zu vertreten, dass die Konsumentenpräferenz entscheidet, bei welchem Anbieter man nun ein Angebot wahrnimmt: dem bereits nach Angebotspreisen günstigeren Unternehmen oder dem sich bei entsprechender Anfrage anpassenden Unternehmen. Doch auch hier gilt, dass der Vertragsabschluss nicht dem Unternehmen zugutekommt, das den Preisvorstoß gewagt hat. Dies setzt wettbewerbliche Fehlanreize.

Und so versteht sich auch das eingangs dieser Arbeit wiedergegebene Zitat eines Buchladens,⁵⁸⁰ der versucht Kunden zu gewinnen, indem er die Preisentsprechungsgarantie eines Konkurrenten entblößt. Eine solche Garantie könnte nur ausloben, wer zunächst übererteuerte Preise fordere. Der Aufruf appelliert an das Gewissen der Verbraucher, dort einen Kaufvertrag zu schließen,⁵⁸¹ wo sich ein Anbieter um bedingungslos günstige Preise verdient macht und im Gegenteil solche Unternehmen abzustrafen, die eigentlich übererteuerte Preise verlangen, aber geloben sich im Einzelfall nachträglich der Konkurrenz anpassen.

Umso schwerer wirkt dieser Mechanismus schließlich, wenn das auslöbende Unternehmen sich die Anpassung nur bei entsprechender Preisdiskriminierung leisten kann, nicht aber, wenn es im Wege eines Einheitspreises allen Konsumenten – auch einem unelastischen Teil der Nachfrage – die günstigen Konditionen der Konkurrenz gewähren müsste.⁵⁸²

Insofern treffen Rechtfertigungsversuche, die vermeintlich in anderem Zusammenhang stehende Ziele einer Preisgarantie betonen, den Kern des Problems. Es ist gerade Teil der mikroökonomischen Schadenstheorie, dass eine Kundenbindung, Erhöhung der Loyalität oder Reduktion des Suchverhaltens dadurch erzielt wird, dass der Preismechanismus mittelbar durch eine Veränderung des Nachfrageverhaltens manipuliert wird. Während bei Weitem nichts dagegen spricht durch Leistungserweiterung, Verbesserung der Produktqualität oder sonstige nutzensteigernde Stammkun-

580 Edlin, (111) Harvard Law Rev. 1997, 528, 530 (Fn. 4), 570 (Fn. 152): „*Saying ‘we will match any price’ only means their prices are too high to begin with*“ – Campus Textbook Exchange, Advertisement, Daily Californian, Aug. 28, 1995“.

581 Siehe in diesem Lichte die Rationalitätsannahme für „Shopper“ im Suchmodell von Jiang/Kumar/Ratchford, (63) Management Science 2017, 3489, 3496, die beim günstigsten Unternehmen kaufen, um sich durch falsche Loyalität nicht selbst zu schädigen.

582 Vgl. erneut Winter, in: ABA, Sec. of Antitrust Law (Hrsg.), Issues in Competition Law and Policy, 2008, Band 2, S.1269, 1278: Uninformierte Kunden profitieren mangels Einheitspreises nicht mehr vom Suchaufwand preissensibler Kunden.

C. Kartellrechtliche Würdigung

denprogramme die Kundenloyalität zu erhöhen, hebelt eine Preisgarantie den Marktmechanismus aus.

(c) Preisgarantien sind ein Eingriff in den Grundmechanismus des Wettbewerbs

Aus Anlass der beiden letztgenannten Argumentationsschritte soll festgehalten werden, was den Kern jeder kartellrechtlichen Schadenstheorie für Preisgarantien darstellen muss und implizit auch den zahlreichen, oben zusammengefassten ökonomischen Beiträgen zugrunde liegt. Durch Preisgarantien beraubt ein Unternehmen seine Wettbewerber der Erträge, die diesen bei einem Preisvorstoß unter gewöhnlichen Umständen zustehen würden. Es ist aber eine Grundvoraussetzung funktionierenden Wettbewerbs, dass die Nachfrage durch den Preis beeinflusst werden kann und sich bei niedrigeren Preisen erhöht. Dabei handelt es sich um nichts Geringeres als das in der Volkswirtschaftslehre geltende „Gesetz der Nachfrage“.⁵⁸³ Ein Eingriff in diesen Mechanismus hebelt in ganz erheblichem Maß die wettbewerbliche Funktionsweise von Märkten aus und beschränkt den Wettbewerb.

bb) Öffnungspotential nach dem klassischen Auslegungskanon

Damit stellt sich schließlich die Frage, inwieweit unter Abweichung von der herrschenden Auslegung auch echte einseitige Maßnahmen⁵⁸⁴ und das durch sie erzielte Marktergebnis der abgestimmten Verhaltensweise subsumiert werden können. Was zweifelsohne ein Grundsatzurteil erfordern würde, bedarf womöglich keiner Änderung des Gesetzeswortlauts und könnte gar unter Aufrechterhaltung der altbekannten Definition gelingen.

Dafür ist als Zwischenfazit vor allem daran zu erinnern, dass sich die laut EuGH erforderliche „praktische Zusammenarbeit“ zwischen Unternehmen nach zutreffender und mittlerweile in Deutschland für § 1 GWB auch

583 Diese Feststellung findet sich in den Grundlagen jeden (mikro-)ökonomischen Lehrbuchs, vgl. *Varian*, Grundzüge der Mikroökonomik, 8. Aufl. 2011, S. 161; *Mankiw/Taylor*, Grundzüge der Volkswirtschaftslehre, 8. Aufl. 2020, S. 66; *Morell*, in: *Towfigh/Petersen* (Hrsg.), Ökonomische Methoden im Recht, 3. Aufl. 2023, S. 51.

584 Siehe hierzu in Abgrenzung zur kollektiven Verwendung von Ermöglichungshandlungen („facilitating practices“) die Definition in Einleitung, S. 48.

höchstrichterlich vertretener Auffassung⁵⁸⁵ nicht auf den Abstimmungsvor-
gang bezieht. Jedenfalls aus dieser Formel kann daher kein Erfordernis von
Reziprozität und wechselseitigen Beiträgen bereits auf Ebene der Abstim-
mung geschlussfolgert werden.⁵⁸⁶

Auch die in „Cimenteries“ (einmalig) aufgestellte Voraussetzung, dass
eine abgestimmte Verhaltensweise „gegenseitige Kontakte“ erfordere,⁵⁸⁷ steht
dem nicht zwingend entgegen. Zum einen handelt es sich um ein erstin-
stanzliches Urteil des Gerichts, dessen Aussage keinen Eingang in weitere
Urteile des Gerichtshofs gefunden hat. Insofern kann die Aussage nicht
als ständige Rechtsprechung bezeichnet werden. Zum anderen könnte man
eine entsprechende Einschränkung als Bereichsausnahme für den Spezi-
alfall eines Informationsaustausches betrachten. Ferner wurde der „gegen-
seitige Kontakt“ im konkreten Fall im Sinne eines Sender-Empfänger-Mo-
dells der Kommunikationstheorie verstanden. Die Rolle des Empfängers
bei einem gegenseitigen Kontakt kann – bei Hinzutreten weiterer Umstände –
auch auf die stillschweigende Entgegennahme einer Information be-
schränkt sein.

Weiterhin findet sich in keinem der richtungsweisenden Urteile des
EuGH zur abgestimmten Verhaltensweise die explizite Aussage, dass rein
einseitige Maßnahmen kategorisch vom Verbot abgestimmter Verhaltens-
weise ausgenommen wären.⁵⁸⁸ Stattdessen findet sich ausschließlich die
Aussage, dass es den Parteien nicht verboten werden könne, sich intel-
ligent an das Verhalten der Konkurrenten anzupassen.⁵⁸⁹ Hier ist der
Rechtsprechung uneingeschränkt zuzustimmen. Reines⁵⁹⁰ Parallelverhalten
(„conscious parallelism“) kann und sollte in der Tat nicht vom Kartellver-

585 BGH v. 13.07.2020, Az. KRB 99/19 – *Bierkartell*, 1. LS sowie Rn. 20.

586 Siehe ausführlich: S. 168 ff.

587 EuG v. 15.03.2000, Verb. Rs. T-25/95 u.a., Slg. 2000 II-00491, ECLI:EU:T:2000:77 – *Cimenteries/Kommission*, Rn. 1849 = 1. LS.

588 Sie höchstens EuG v. 26.10.2000, Rs. T-41/96, Slg. 2000 II-03383, ECLI:EU:T:2000:242 – *Bayer/Kommission*, Rn. 64: „Nach dem Wortlaut dieses Artikels betrifft das dort aufgestellte Verbot ausschließlich ein bilateral oder multilateral koordiniertes Vorgehen in Form von Vereinbarungen zwischen Unternehmen, Beschlüssen von Unternehmensvereinigungen oder aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen.“

589 EuGH v. 16.12.1975, Verb. Rs. 40/73, Slg. 1975-1668 = ECLI:EU:C:1975:174 – *Suiker Unie*, Rn. 173/174.

590 Vgl. *Petit*, The oligopoly problem in EU Competition Law, in: Lianos/Gerardin (Hrsg.), *Handbook on European Competition Law*, 2013, S. 259, 275: „pure, contactless tacit collusion“ (Hervorhebung durch Verf.).

bot erfasst werden.⁵⁹¹ Gleichzeitig ist echte, *marktstrukturbedingte* „*tacit collusion*“ strikt abzugrenzen von *verhaltensbedingter* Kollusion, bei der sich mindestens eine Partei einer „*facilitating practice*“ bedient.⁵⁹² Hier liegt nur auf Seite der reaktiven Parteien eine intelligente Anpassungsreaktion vor, während der Verwender einer „*facilitating practice*“ die Anpassung seiner Konkurrenten als Initiator forciert hat.⁵⁹³ Dieser Partei darf also nicht das von der Rechtsprechung gewährte Privileg zugutekommen, dass bloßes Anpassungsverhalten nicht verboten werden könne.

Im Folgenden soll untersucht werden, ob die befürwortete extensive Auslegung des Kartellverbots unter Einhaltung der historischen, sprachlichen und systematischen Grenzen umsetzbar ist.

(1) Historisch-genetische und rechtsvergleichende Auslegung

Mangels öffentlich einsehbarer Gesetzgebungsmaterialen ähnlich der Bundestagsdrucksachen gestaltet sich eine historische Auslegung im Europarecht kategorisch schwierig.⁵⁹⁴ Insbesondere wurden die „*travaux préparatoires*“ nicht systematisch erfasst und aufbereitet, sodass man in weiten Teilen auf Zeitzeugenberichte in der Wissenschaft angewiesen ist.⁵⁹⁵ Für den EWG-Vertrag wurde eine Veröffentlichung der Materialien gar für einen

591 A.A. *Kaplow*, Competition Policy and Price Fixing, 2013; ders., (3) J. of Legal Analysis 2011, 449-538, ders., (77) Antitrust Law J. 2011, 343-449 (für ein direktes Vorgehen gegen koordinierte Preisanstiege) sowie vor ihm schon *Posner*, (21) Stanford Law Rev. 1968, 1562-1606; ders., (28) Stanford Law Rev. 1970, 903-914.

592 So 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, 40 ff.

593 Und so bleiben Aussagen, wie etwa in den Leitlinien der britischen CMA zu deren Sektoruntersuchung nicht ohne Widerspruch: vgl. *Wagner-v. Papp*, WuW 2022, 642, 644: „*Im Rahmen des Marktverhaltens erwähnen die Leitlinien insbesondere Fälle [...], in dem Oligopolisten facilitating practices einseitig einsetzen, um eine stillschweigende Kollusion zu erzeugen.*“

594 Vgl. allgemein *Pechstein/Drechsler*, in: Riesenhuber (Hrsg.), Europäische Methodenlehre, 4. Aufl. 2021, § 7: Die Auslegung und Fortbildung des Primärrechts, Rn. 33 sowie konkret für das Wettbewerbsrecht etwa GA *Vesterdorf*, Schlussanträge v. 10.07.1991, Rs. T-1/89, Slg. 1991 II-867, S. 928 – *Rhône-Poulence*; *Kling/Thomas*, Kartellrecht, 2. Aufl. 2016, § 2 Rn. 35.

595 Siehe etwa *Ellis*, Source Material for Article 85(1) of the EEC Treaty, (32) Fordham Law Rev. 1963, 247-278, allerdings ohne Aussage zur Entstehung der Handlungsvarianten.

Zeitraum von 30 Jahren ausgeschlossen, um eine rückwärtsgewandte historische Interpretation zu vermeiden.⁵⁹⁶ Eine Öffnung der Archive erfolgte erst 1983,⁵⁹⁷ wobei die Materialien lediglich die von den Einzelstaaten als Diskussionsgrundlage eingereichten Vorschläge enthalten, nicht dagegen Protokolle der eigentlichen Verhandlungen. Infolgedessen lässt sich kaum nachvollziehen, warum sich die Verhandlungsgremien des EGKS (Montanunion)- bzw. des EWG-Vertrags auf die konkrete Formulierung der „pratiques concertées“ bzw. (später) „concerted practices“ geeinigt haben. Es gilt als gesichert und wird gemeinhin berichtet, dass man sich am US-amerikanischen Antitrust-Recht und der dortigen Kategorie einer „concerted action“ orientiert habe, wobei unklar bleibt, warum man von „action“ auf „practice“ umgeschwenkt ist. Interessant ist zudem die Feststellung, dass die deutsche Übersetzung von Art. 65 EGKS-Vertrag noch (irrtümlich)⁵⁹⁸ von „verabredeten Praktiken“ sprach, während man seit dem EWG-Vertrag (auch Rom-Vertrag genannt; dort Art. 85) in allen Folgeverträgen und -vorschriften (Art. 81 EG-Vertrag/Maastricht-Vertrag; Art. 101 AEUV/Lissabon-Vertrag) in der deutschen Sprachfassung die „(aufeinander) abgestimmte Verhaltensweise“ antrifft.⁵⁹⁹ Vermutlich geht die Übernahme des Konzepts auf Frankreich zurück,⁶⁰⁰ wo die „actions concertées“ bereits 1945 in Art. 59 der *Ordinance n°45-1483 du 30 juin 1945 relative aux prix* auftauchten.

(a) „Concerted actions“ im frühen US-amerikanischen Antitrust-Recht

Insoweit man der begrifflich naheliegenden Anleihe aus dem US-amerikanischen Recht Glauben schenkt, lassen sich möglicherweise von dort

596 Mestmäcker/Schweitzer, Europäisches Wettbewerbsrecht, 3. Aufl. 2014, § 2 Rn. 14.

597 Verordnung 354/83 des Rates vom 1.2.1983, ABl. EG Nr. L 43, S. 1ff. (EWG); Entscheidung Nr. 359/83/EGKS der Kommission v. 8.2.1983, ABl. EG Nr. L 43, S. 14 f.; aufbereitet von Schulze/Hoeren (Hrsg.), Dokumente zum Europäischen Recht, Band 3 (Kartellrecht bis 1957), 2000.

598 Voet van Vormizeele, in: Schröter/Klotz/von Wendland (Hrsg.), Europäisches Wettbewerbsrecht, 3. Aufl. 2024, Art. 101 AEUV, Rn. 55; zur damaligen Zeit bereits Derringer, EWG-Wettbewerbsrecht (Abschnitt aus WuW II/1962), Art. 85 Abs. 1 EWG-Vertrag, Rn. 21; a.A. Gabriel, WuW 1961, 802, 812, der darauf hinweist, dass diese Übersetzung – was im folgenden Abschnitt erarbeitet wird – der geltenden Dogmatik in den USA entsprach.

599 Lübbert, Das Verbot abgestimmten Verhaltens im deutschen und europäischen Kartellrecht, 1975, S. 80 f.

600 Mestmäcker/Schweitzer, Europäisches Wettbewerbsrecht, 3. Aufl. 2014, § 10 Rn. 33.

Einsichten gewinnen. Diese sind für die Auslegung des EU-Rechts freilich unverbindlich,⁶⁰¹ könnten dagegen Aufschluss darüber bieten, welchen Vorstellungen über die Bedeutung und Reichweite einer „concerted practice“ die Verfassenden der europäischen Verträge unterlagen. Es gibt sechs US-amerikanische Supreme Court Entscheidungen, die vor dem Erlass des EGKS-Vertrags in 1951 ergangen sind und eine sprachliche Variante der „concerted actions“ enthalten.

(aa) Erstmaliges Aufkommen der Formulierung

Zum ersten Mal taucht der Begriff 1914 in *Eastern States Lumber Association vs. United States*⁶⁰² auf. Hier zeigt sich bereits, was im folgenden Abschnitt noch detailliert herausgearbeitet werden soll. Als „concerted action“ wurde primär ein beobachtbares Parallelverhalten verstanden. Dort heißt es nämlich:

„[...], in order to show a combination or conspiracy within the Sherman Act, some agreement must be shown under which the concerted action is taken.“
(612)

Die erste, inhaltlich komplexe Entscheidung unter Verwendung der Formulierung „concerted action“ ist in der *Interstate Circuit* Entscheidung des Jahres 1939 zu erblicken.⁶⁰³ Nach heutigen Maßstäben hatte es der Supreme Court mit einer „Hub & Spoke“-Konstellation zu tun.⁶⁰⁴ Ein nachfragemächtiger Betreiber zweier Kinoketten (*Interstate* und *Consolidated*) hatte den großen urheberrechtlichen Verwertungsgesellschaften von Spielfilmen zeitgleich Vertragsangebote unterbreitet, welche die Benachteiligung zweit-

601 Eine Orientierung am US-Recht befürwortend *Gleiss*, WuW 1964, 485; mit teleologischen Erwägungen ablehnend *Gabriel*, WuW 1961, 802, 810.

602 *Eastern States Lumber Association vs. United States*, 234 U.S. 600 (1914); danach erneut *Column & Lumber Co. vs. United States*, 257 U.S. 377, 400 (1921); der Begriff taucht davor bereits 1910 in *Grenada Lumber Co. vs. Mississippi*, 217 U.S. 433 (1910) auf, allerdings erging diese Entscheidung nicht unter Sec. 1 Sherman Act, sondern unter Regelungen des Bundesstaats Mississippi.

603 *Interstate Circuit, Inc. vs. United States*, 306 U.S. 208 (1939); s. hierzu ausführlich *Elhauge/Geradin*, Global Competition Law and Economics, 2007, S. 762 ff.

604 So auch *Hovenkamp*, Principles of Antitrust, 2. Aufl. 2017, S. 147; vgl. zu dieser Fallgruppe aus europäischer Sicht: *Bolz*, Kartellrechtliche Grenzen der Preisberatung – Zugleich eine Analyse der kartellrechtlichen Behandlung von Dreieckskonstellationen, 2021 – passim; für einen knappen Überblick siehe auch: *Rottmann/Göhs*, WuW 2019, 348, 351 ff. sowie ausführlich: *Apostolakis*, (54) CMLRev. 2017, 605-629; *Actis Perinetto*, (15) E.C.J. 2019, 281-317.

klassiger Kinos vorsahen. Für Filme, die bei *Interstate* und *Consolidated* erstausgestraht wurden, sollten Mindestpreisvorgaben für Folgedarstellungen in Drittkinos festgelegt werden. Ebenso sollte es den Drittkinos untersagt werden, die betreffenden Spielfilme im „double bill“ mit einem anderen Spielfilm zu vermarkten. Hintergrund war die gängige Praxis, weniger beliebte Filme, die aber gemeinsam mit hochwertigen Filmen von den Verwertungsgesellschaften erworben werden mussten (Blocksystem), im Ticketbündel mit beliebteren Filmen (A-Movies) nacheinander zu zeigen, wobei mit einem Ticket beide Veranstaltungen besucht werden konnten. *Interstate* und *Consolidated* als sog. „First-Run-Theaters“ zielten hiermit darauf ab, den Konkurrenzdruck von den „Subsequent-Run-Theaters“ zu minimieren. Mit gewisser Verzögerung und mancher Nachverhandlung akzeptierten die meisten Filmstudios diese Verträge. Das Instanzgericht (District Court) nahm daraufhin eine Vereinbarung zwischen den Filmstudios an, auf dessen Grundlage man einheitlich den Forderungen der Kinobetreiber zustimmte. Der Supreme Court fügte hinzu:

*„While the District Court's finding of an agreement of the distributors among themselves is supported by the evidence, we think that in the circumstances of this case such agreement for the imposition of the restrictions upon subsequent-run exhibitors was not a prerequisite to an unlawful conspiracy. It was enough that, knowing that **concerted action** was contemplated or invited, the distributors gave their adherence to the scheme and participated in it.“⁶⁰⁵*

*„Acceptance by competitors, knowing that **concerted action** is contemplated, of an invitation to participate in a plan the necessary consequence of which, if carried out, is restraint of interstate commerce is sufficient to establish an unlawful conspiracy under the Sherman Act.“⁶⁰⁶*

Er berief sich insbesondere darauf, dass im Briefkopf des Vertragsangebots alle Filmstudios bzw. Verwertungsgesellschaften gleichzeitig adressiert wurden, sodass ihnen klar war, dass der Kinobetreiber mit allen gleichzeitig kontrahieren wollte. Ohne in die Details und Würdigung des Falls einzusteigen, soll der Fokus der hiesigen Darstellung auf der Verwendung des Begriffs „concerted action“ liegen. Bei genauer Lektüre des Urteils und der

605 306 U.S. 208, 226 (Hervorhebung durch Verf.).

606 Ibid, Syllabus, LS. 5; vgl. die nahezu identische Textstelle im Fließtext des Urteils (306, U.S. 208, 227): „Acceptance by competitors, without previous agreement, of an invitation to participate in a plan, the necessary consequence of which, if carried out, is restraint of interstate commerce, is sufficient to establish an unlawful conspiracy under the Sherman Act.“.

wiedergegebenen Passagen wird deutlich, dass der Supreme Court unter „concerted action“ (noch) keine eigene Abstimmungskategorie verstand, sondern damit schlicht das einheitliche Marktverhalten der Kinobetreiber beschreibt,⁶⁰⁷ das im vorliegenden Fall angestoßen werden sollte. Die entscheidende rechtliche Frage war sodann, ob den Verwertungsgesellschaften eine Handlungsvariante von Sec. 1 Sherman Act (hier: „agreement“ oder „conspiracy“) vorzuwerfen ist.⁶⁰⁸ Die eigentliche Abstimmungshandlung (hier das an alle Verwertungsgesellschaften gerichtete wettbewerbsbeschränkende Angebot und die diesbezügliche Zustimmung) wird durch die Verbalkonstruktionen „in Erwägung ziehen“ („contemplate“) sowie „einhalten“ und „teilnehmen“ („give adherence“, participate) angesprochen. Das einheitliche Vorgehen (die „concerted action“) dagegen war Gegenstand dieser Abstimmungshandlungen.

(bb) Der Indizienbeweis und seine Einschränkung

Dass dies die richtige Lesart der Formulierung ist, ergibt sich auch aus dem *Tabak-Urteil*⁶⁰⁹ des US-Supreme Court im Jahr 1946. Der Fall hatte den Vorwurf einer Verschwörung zur Monopolisierung des Tabakmarktes inklusive einer Verschwörung zur Preis-Fixierung gegen drei Hersteller von Marken-Zigaretten zum Gegenstand. Überwiegend wurden die Vorwürfe auf Sec. 2 Sherman Act gestützt. Inhaltlich ging es im Bereich der preisbezogenen Vorwürfe um eine simultane Preiserhöhung sowie im Oligopol zwischen den drei Herstellern über längere Zeit vorliegende identische Preise.⁶¹⁰ Hier liegt ein im Schwerpunkt beweisrechtliches Anwendungsbeispiel vor,⁶¹¹ in dem von nicht anderweitig erklärbarem Parallelverhalten durch Indizienbeweis („circumstantial evidence“) auf das Vorliegen

607 Vermutlich hätte auch von „joint action“ die Rede sein können. Warum die Wahl auf „concerted“ bzw. „in concert“ gefallen ist, lässt nur mutmaßen. Möglicherweise war die sprachliche Andeutung beabsichtigt, dass kein exakt identisches Verhalten erforderlich ist. Dies wäre womöglich bei „joint action“ verstanden worden; siehe auch *Roth/Ackermann*, in: *Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht*, Stand: 101. Lieferung, 03/2022, Grundfragen des Art. 101 Abs. 1 AEUV, Rn. 199a zum parallel gelagerten Missverständnis bei „gleichförmigem Verhalten“.

608 Vgl. hierzu auch die folgende Passage des Urteils (306 U.S. 225): „whether in fact an agreement had been reached among them for concerted action“.

609 *American Tobacco Co. vs. United States* (1946), 328 U.S. 781, 804 ff.

610 Vgl. *Turner*, (75) *Harvard Law Rev.* 1962, 655, 660 ff.

611 Zum beweisrechtlichen Ursprung *Henrichs*, *WuW* 1965, 95, 96.

einer im Vorfeld liegenden Verschwörung geschlossen werden sollte. Dementsprechend heißt es:

*Where the conspiracy is proved, as here, from the evidence of the **action taken in concert** by the parties to it, it is all the more convincing proof of an intent to exercise the power of exclusion acquired through that conspiracy.*⁶¹²

Es zeigt sich erneut, dass dem Begriff einer „concerted action“ bzw. entsprechenden Schwesterformulierungen („action taken in concert“) zu der Zeit noch kein eigenes dogmatisches Konzept einer Abstimmung innewohnte. Schon gar nicht war es – wie in der EU beabsichtigt – ein Auffangtatbestand. Viel eher wurde mit dem Begriff schlicht ein beobachtbares, paralleles Marktverhalten beschrieben. Konnte man sich das gleichförmige Marktverhalten nur aufgrund einer im Vorfeld liegenden Absprache erklären – so die Hoffnung –, könnte es als direkter Beweis für jene Absprache bzw. Verschwörung dienen.⁶¹³ Das hier befürwortete Verständnis, demzufolge der Formulierung einer „concerted action“ zu dieser Zeit noch kein dogmatisches Konzept innewohnte, sondern eine rein deskriptive Bezeichnung tatsächlichen Marktverhaltens vorlag, wird auch dadurch unterstrichen, dass der Begriff sowohl in Fällen mit einem Schwerpunkt in Sec. 1 als auch in Fällen mit einem Schwerpunkt in Sec. 2 Sherman Act verwendet wurde.

Die aus *Interstate* bekannte Formel hinsichtlich einer „Hub & Spoke“-Verschwörung wurde in der *Paramount Pictures* Entscheidung von 1948 wiederholt.

*„It is not necessary to find an express agreement in order to find a conspiracy. It is enough that a **concert of action** is contemplated and that the defendants conformed to the arrangement.“⁶¹⁴*

Hier ging es ebenso wie im ersten Hollywood-Fall (*Interstate*) um die Anforderungen an das Vorliegen eines „agreements“ bzw. einer „conspiracy“. Das „concert of action“ war weiterhin keine Subkategorie einer – unterhalb der Vereinbarung anzusiedelnden – Verhaltensabstimmung, sondern der Gegenstand bzw. das Ziel einer eigenständigen „Verschwörung“. Hierzu verdeutlichte man sich erneut, dass das konspirative Zusammenwirken

612 American Tobacco Co. vs. United States (1946), 328 U.S. 781, 809 (Hervorhebung durch Verf.).

613 Voet van Vormizeele, in: Schröter/Klotz/von Wendland (Hrsg.), Europäisches Wettbewerbsrecht, 3. Aufl. 2024, Art. 101 AEUV, Rn. 55, Fn. 209 m.w.N.

614 United States vs. Paramount Pictures, Inc. (1948), 334 U.S. 131, 142 (Hervorhebung durch Verf.).

über die Begriffe „to contemplate“ und „to conform to an arrangement“ beschrieben wird. In den drei bisher detailliert beschriebenen Fällen ging es also stets um den Nachweis eines agreements bzw. einer conspiracy,⁶¹⁵ zweimal aufgrund eines atypischen vertikal-horizontalen Abstimmungsverhältnisses, einmal aus beweisrechtlicher Perspektive.

In der *Theatre Enterprise* Entscheidung⁶¹⁶ kulminierte die beweisrechtliche Verwertung parallelen Verhaltens sodann, wobei die bisherige Beweispraxis in die Schranken verwiesen wurde:

„The crucial question is whether respondents' conduct toward petitioner stemmed from independent decision or from an agreement, tacit or express. To be sure, business behavior is admissible circumstantial evidence from which the fact finder may infer agreement [...] But this Court has never held that proof of parallel business behavior conclusively establishes agreement or, phrased differently, that such behavior itself constitutes a Sherman Act offense. Circumstantial evidence of consciously parallel behavior may have made heavy inroads into the traditional judicial attitude toward conspiracy; but "conscious parallelism" has not yet read conspiracy out of the Sherman Act entirely.“

Erst infolge der *Theatre Enterprise*-Entscheidung lässt sich eine Umstellung in der Begriffsverwendung erkennen. Parallelverhalten wurde von nun an als solches bezeichnet („conscious parallelism“ oder auch schlicht „parallel conduct“).⁶¹⁷ Turner verfasste in Auseinandersetzung mit der Entscheidung sein in jeder Hinsicht prägendes Papier „The Definition of Agreement under the Sherman Act: Conscious Parallelism and Refusals to Deal“⁶¹⁸, in dem er den Begriff der natürlichen Interdependenz von Oligopolisten prägte und vor einer Erfassung schlichten Parallelverhaltens durch das

615 Vgl. zu dieser Einordnung etwa Kovacic et al., (110) Michigan Law Rev. 2011 (3), 393, 400: „In the 1948 case United States vs. Paramount Pictures, Inc. the Court reiterated Interstate Circuit's agreement formula: [oben wiedergegebenes Zitat des Urteils]. This formative period of agreement decisions ended in 1954 with *Theatre Enterprises*.“

616 *Theatre Enterprises* vs. Paramount Distributing: 346 U.S. 537, 540/1 (1954).

617 Schon vorher, allerdings nicht in dieser Deutlichkeit ließ sich in *FTC* vs. *Cement Institute*: 333 U.S. 683 (1948) sowie in einzelnen untergerichtlichen Entscheidungen (*C-O-Two Fire Equipment Co. vs. United States*: 197 F.2d 489 [9th Cir. 1952]; *Milgram vs. Loew's, Inc.*: 192 F.2d 579 [3rd Cir. 1951]) erkennen, dass der Begriff „concerted action“ normativ aufgeladen wurde und ein Element kollusiven Verhaltens zugeschrieben bekam.

618 Turner, (75) Harvard Law Rev. 1962 (4), 655-706.

Kartellverbot warnte.⁶¹⁹ Um von nun an zulässiges, bloßes Parallelverhalten (tacit collusion) von kartellrechtswidrig erzielter „explicit collusion“ abzgrenzen, wurde die Formulierung einer „concerted action“ operationalisiert und mit Merkmalen einer im Vorfeld des betroffenen Marktverhaltens liegenden Verhaltensabstimmung aufgeladen.⁶²⁰ Seitdem – allerdings zeitlich erst nach Übernahme der Begrifflichkeit in den EGKS- bzw. EWG-Vertrag – ist die „concerted action“ also auch in den USA eine eigenständige Tathandlung verbotener Kartellierung bzw. ein Unterfall der Tatvariante „conspiracy“. Da die *Theatre Entreprise*-Entscheidung zeitlich noch vor dem europäischen *Farben*-Urteil⁶²¹ erging, ist durchaus denkbar, dass sie dessen Ausgang und die erste höchstrichterliche Auslegung der europäischen „abgestimmten Verhaltensweise“ beeinflusst hast. Doch war eine solche Auslegung nicht bereits durch den europäischen Gesetzgeber angelegt. Dieser konnte ein solches Begriffsverständnis bei Erlass des EGKS- bzw. EWG-Vertrags noch nicht antizipieren.

(b) Fazit: Keine Übernahme eines bestehenden dogmatischen Konzepts

Was folgt aus dieser rechthistorischen und rechtvergleichenden Darstellung? Durch die Übernahme des Begriffs einer „concerted practice“ hat der europäische Gesetzgeber noch keinerlei dogmatisches Konzept übernommen und den Rechtsanwendern nahegelegt.⁶²² Zumindest mit Blick

619 Der Beitrag motivierte *Posner* zu seinen berühmten Abhandlungen über die Erfassbarkeit suprakompetitiver Preise im Oligopol: (21) *Stanford Law Rev.* 1968, 1562-1606.

620 Vgl. *Kovacic* et al., (110) *Michigan Law Rev.* 2011 (3), 393, 396: „*Many commentators have catalogued plus factors and discussed the critical mass of circumstances that ought to justify an inference that observed behavior is the product of concerted action.*“ Hier ist mit „concerted action“ nicht mehr das beobachtete Parallelverhalten gemeint, sondern das verbotene – im Vorfeld liegende – Abstimmungsverhalten; s. auch *Page*, (38) *Loyola Univ. Chicago Law Rev.*, 2007, 101, 106: „*Courts have drawn the line between consciously parallel and concerted conduct entirely through the common law process.*“

621 EuGH v. 14.7.1972, Rs. C-49/69, Slg. 1972 I-00619, ECLI:EU:C:1972:70 – *ICI*.

622 So auch *Lübbert*, Das Verbot abgestimmten Verhaltens im deutschen und europäischen Kartellrecht, 1975, S. 34: „*Eine ‚concerted action‘ bezeichnet danach ein auf einer [...] conspiracy‘ beruhendes wettbewerbsbeschränkendes Marktverhalten. Dem Begriff kommt daher an sich keine eigenständige Bedeutung zu;*“ zustimmend *Chang*, Abgestimmtes Verhalten im amerikanischen, europäischen und deutschen Kartellrecht, 1992, S. 43: „*Danach wird der Begriff ‚concerted action‘ als ein auf einer [...]*

auf die Begriffsherkunft ist es völlig offen, welche Art von Abstimmungsmaßnahmen, die im Ergebnis ein Parallelverhalten am Markt herbeiführen, zu erfassen sind.⁶²³ Schnell hat der EuGH – entsprechend der „*Theatre Entreprise*“-Entscheidung⁶²⁴ des US Supreme Court – im Zucker-Urteil⁶²⁵ klargestellt, dass man individuell rationales Anpassungsverhalten nicht mit dem Kartellverbot erfassen dürfe, sondern dass zusätzliche Koordinierungshandlungen gegeben sein müssen. Anforderungen an die Koordinierungshandlungen folgen aus der Herkunft des Begriffs jedoch noch nicht.⁶²⁶ Es gibt keine Anhaltspunkte dafür, dass die Verfassenden der europäischen Verträge durch die spezifische Formulierung eine reziproke (kommunikationsbasierte) Abstimmung festschreiben wollten.⁶²⁷

(2) Wortlautgrenze

Nachdem damit feststeht, was der US-amerikanische Supreme Court bis zu Beginn der 1960er Jahre unter einer „concerted action“ verstand, stellt sich die Frage, ob die allgemeine Wortlautgrenze der Begriffe „Abstimmung“ bzw. „concertation“ überschritten würde, wenn mit der oben angedachten Auslegung eine einzelne Abstimmungsmaßnahme als ausreichend erachtet wird, um eine insgesamt abgestimmte Verhaltensweise mehrerer Unternehmen herbeizuführen.

conspiracy‘ beruhendes wettbewerbsbeschränkendes Marktverhalten verstanden; so ist die „concerted action“ das objektive Ergebnis einer solchen Abstimmung.“

623 Gabriel, WuW 1961, 802, 810 vermutet bei den Verantwortlichen Unkenntnis des US-Antitrust-Rechts.

624 *Theatre Enterprises vs. Paramount Distributing*: 346 U.S. 537, 540/1 (1954).

625 EuGH v. 16.12.1975, Verb. Rs. 40-48/73 u.a., Slg. 1975-01663, ECLI:EU:C:1975:174 – *Suiker Unie*, Rn. 173/174.

626 Ähnlich Lübbert, Das Verbot abgestimmten Verhaltens im deutschen und europäischen Kartellrecht, 1975, S. 47: „(1) Trotz der Herkunft des Begriffs [...] aus dem amerikanischen Antitrustrecht sind Entscheidungen amerikanischer Gerichte zu seiner Konkretisierung nur insoweit verwertbar, als die in der strafrechtlichen Wurzel der *conspiracy* begründeten Abweichungen gegenüber der kontinentaleuropäischen Täterschaftsdogmatik beachtet werden [...].“

627 Ebenso wenig darf – vermittelt über die „concerted action“ eine Ausrichtung an der US-amerikanischen „*conspiracy*“ als beabsichtigt angesehen werden; so allerdings noch GA *Mayras*, Schlussanträge v. 02.05.1972, Verb. Rs. 48/69 u.a., ECLI:EU:C:1972:32, Slg. 1972-00619, 667 ff. (deutsche Fassung), S. 672 – *ICI/Kommission*; zutreffend dann: GA *Vesterdorf*, Schlussanträge v. 10.07.1991, Rs. T-1/89, ECLI:EU:T:1991:38, Slg. 1991 II-00875 – *Rhône-Poulence*, S. 927 f. mit Verweis auf *Joliet*, Cahiers de droit européen 1974, 251, 258.

(a) Allgemeines Sprachverständnis

Wer in der deutschen Fassung des europäischen Kartellverbots („aufeinander abgestimmte Verhaltensweise“) eine Mehrzahl wechselseitig verwendeter Koordinierungsmaßnahmen fordert, da dies jedenfalls aus dem Adverb „aufeinander“ folge, muss sich entgegenhalten lassen, dass dieser Zusatz etwa in der französisch- und englischsprachigen Fassung der Norm („pratiques concertées“, „concerted practices“) nicht enthalten ist.⁶²⁸ Doch selbst für diese knapperen und womöglich offeneren Fassungen hat Generalanwalt *Damon* in seinen Schlussanträgen im *Zellstoff*-Verfahren deutlich gemacht, dass er ein solches Verständnis im Wortlaut angelegt sieht:

*Dagegen scheint mir festzustehen, daß die Abstimmung begriffsnotwendig eine Gegenseitigkeit von Mitteilungen zwischen den Wettbewerbern erfordert.*⁶²⁹

(aa) Deutsche Sprachfassung

Ähnliche Feststellungen finden sich auch im deutschen Schrifttum,⁶³⁰ erscheinen nach allgemeinen sprachlichen Grundsätzen aber nicht zwingend.⁶³¹ Das Wörterbuch Duden hält drei Bedeutungen des Verbs „abstimmen“ bereit. Die erste Bedeutung erfasst eine Stimmabgabe im Kontext von Wahlen bzw. die Abstimmung zur Beschlussfassung eines Antrags. Sie entstammt für gewöhnlich einem anderen situativen Kontext als der hier

628 *Wagner-v. Papp*, Marktinformationsverfahren: Grenzen der Information im Wettbewerb, 2004, S. 367; vgl. auch *Lübbert*, Das Verbot abgestimmten Verhaltens im deutschen und europäischen Kartellrecht, 1975, S. 81.

629 GA *Damon*, Schlussanträge v. 07.07.1992, Rs. 89/75, Slg. 1992 I-1445 – *Ahlström* (Zellstoff II), Rn. 170; zur Begründung wird dagegen auf das britische Konzept eines „arrangements“ abgestellt (Fn. 80), obwohl es sich begrifflich offensichtlich um einen anderen Begriff als den der „concertation“ handelt; auch *Lettl*, WuW 2017, 422, 425 möchte den fremdsprachigen Fassungen eine Gegenseitigkeit entnehmen, ohne dass dies aber näher begründet wird.

630 *Paal/Kumkar*, BeckOK Informations- und Datenrecht, 41. Edition, 01.08.2023, Art. 101 AEUV, Rn. 22: „Vielmehr ist auch im Falle der Abstimmung – bereits sprachlich – zwingend eine Zweiseitigkeit oder sogar Vielseitigkeit des Verhaltens zu fordern [...],“ vgl. auch *Roth/Ackermann*, in: Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht, Grundfragen des Art. 101 Abs. 1 AEUV, 101. Lieferung, Stand: 03/2022, Rn. 188 a.E.

631 Nach *Lettl*, WuW 2017, 422, 425 f. ergebe sich ein Erfordernis gegenseitiger Handlungen bereits daraus, dass das Verb „ab-stimmen“ von mehreren Stimmen spreche. Etymologisch mag das Argument zwar überzeugen, deckt sich aber nicht zwingend mit dem vorherrschenden Sprachgebrauch.

behandelten wettbewerblichen Abstimmung zwischen Unternehmen. Bei einer durch Wahlvorgang herbeigeführten und als verbindlich festgelegten Abstimmung befände man sich bereits in der Tatvariante einer Vereinbarung. Gleichwohl ist zuzugestehen, dass die durch eine Wahl herbeigeführte Entscheidung über bestimmte Programme ein Mitwirken mehrerer Personen durch Stimmabgabe erfordert. Daraus könnte sich in der Tat ergeben, dass alle an der Abstimmung beteiligten Unternehmen auf Ebene der Koordinierung mitgewirkt haben müssten.

Es werden jedoch zwei weitere Bedeutungen angeführt. Dabei handelt es sich um „[etwas] in Einklang mit etwas bringen“ und „sich mit jemandem absprechen“. Auch die drittgenannte Variante legt einen gegenseitigen Kommunikationsakt nahe, bei dem die eine Partei nicht nur Empfänger einer Botschaft ist, sondern gleichermaßen ein Kommunikationssignal entsendet. Die zweitgenannte Variante („[etwas] in Einklang mit etwas bringen“) dagegen legt als Umschreibung des Verbs „abstimmen“ keine derartige Reziprozität zugrunde. Man denke etwa an die im Duden online genannte Beispieldurchsetzung:⁶³²

„(S)ie stimmen den Urlaub immer aufeinander ab.“

Die Aussage enthält nicht zwingend den Inhalt, dass dieser Abstimmung ein Gespräch mit wechselseitigen Beiträgen zugrunde liegt. Der Sprecher dieser Aussage kann gleichermaßen zum Ausdruck bringen, dass eine Person ihren Urlaub in Anbetracht der vorgefundenen Urlaubsanfrage einer anderen Person angepasst hat. Noch deutlicher wird die Einseitigkeit einer möglichen Abstimmung, wenn man das folgende, ebenso Duden online entnommene Beispiel betrachtet:⁶³³

„seine Rede auf die Zuhörer abstimmen“

Auch hier erfolgt die Ausrichtung des Sprechers an der Zuhörerschaft und seine thematisch-inhaltliche Anpassung rein einseitig.

Im Kontext einer abgestimmten Verhaltensweise liegt keines der beiden letztgenannten Begriffsverständnisse bereits a priori näher. Für die drittgenannte Variante, die Rekurs auf eine Absprache nimmt, könnte man die Nähe dieses Begriffs zur Vereinbarung als vorangegangene Tatbestandsvariante ins Feld führen. Da eine Vereinbarung und eine Absprache allerdings

632 <https://www.duden.de/rechtschreibung/abstimmen> (zuletzt abgerufen: 22.04.24).

633 A.a.O.

Synonyme darstellen,⁶³⁴ muss diese Nähe im Gegenteil viel eher als Argument dienen, um für das zweitgenannte Begriffsverständnis zu werben. Die abgestimmte Verhaltensweise begrifflich im Sinne einer Vereinbarung auszulegen, führt nämlich ihren Charakter als Auffangtatbestand ad absurdum.⁶³⁵ Und so verbleibt jedenfalls ein Begriffsverständnis, demzufolge einer Abstimmung keine wechselseitigen Koordinierungsbeiträge zugrunde liegen müssen. Mit diesem Verständnis gelingt auch eine Subsumtion des infolge einer Preisgarantie angepassten Verhaltens mehrerer Unternehmen unter den Tatbestand.

Es lässt sich festhalten, dass die Wortlautauslegung von Generalanwalt *Damon* sowie den vereinzelten Stimmen im Schrifttum vertretbar ist. Gleichzeitig ist sie keinesfalls derart zwingend, dass sie jedem anderen Verständnis die Tür versperren würde. Eine Auslegung, die einseitige Maßnahmen wie etwa Preisgarantien als Mittel der Verhaltensabstimmung akzeptiert, würde nach hier vertretener Auffassung nicht die Wortlautgrenze des Art. 101 Abs. 1 AEUV / § 1 GWB überschreiten und unterliegt damit auch keinen rechtsstaatlichen Bedenken. Dies ergibt sich insbesondere aus den oben wiedergegebenen Beispielen des allgemeinen Sprachgebrauchs.

(bb) Englische Sprachfassung

Nichts anderes gilt auch für die ausweislich der historisch-genetischen Auslegung zugrundeliegende englische Sprachfassung.⁶³⁶ Ein „*concert of action*“, eine „*action (taken) in concert*“ oder auch eine „*concerted action*“ lässt sich im allgemeinen Sprachgebrauch als gemeinsames bzw. einvernehmliches Vorgehen“ übersetzen.⁶³⁷ Ebenso wird die Verbalkonstruktion „*to act in concert*“ als „zusammenarbeiten“, „an einem Strang ziehen“ oder „ge-

634 <https://www.duden.de/rechtschreibung/Absprache> (zuletzt abgerufen: 02.03.24).

635 Vgl. andeutungsweise *Odudu*, The Boundaries of EC Competition Law: The Scope of Article 81, 2006, S. 72 mit Blick auf eine ggfs. für beide Varianten erforderliche „*common intention*“.

636 Dank gebührt *Brian Cooper*, Language-Editor am Max-Planck-Institut zur Erforschung von Gemeinschaftsgütern in Bonn, für seine Gesprächsbereitschaft und muttersprachlichen Einsichten.

637 A.A. *Hamann*, ZIP 2007, 1088, 1092 mit einem wohl abweichenden Begriffsverständnis, das sich allerdings auf abgestimmtes Verhalten als Tatbestandsmerkmal von § 30 Abs. 2 S. 1 WpÜG bezieht; siehe auch *Weiß*, Der Wertpapierhandelsrechtliche und übernahmerechtliche Zurechnungstatbestand des acting in concerts, 2007, S. 68 f.

meinsam/einvernehmlich handeln“ übersetzt.⁶³⁸ Isoliert betrachtet steht „*in concert*“ für „zusammen“ und „gemeinschaftlich“;⁶³⁹ „*concerted*“ für „vereinbart“, „(aufeinander) abgestimmt“, „gemeinschaftlich“, „gemeinsam“.⁶⁴⁰ Der seinerzeitige juristische Duktus entsprach diesem Verständnis. Bis zum *Theatre Enterprise*-Urteil⁶⁴¹ wurde die „*concerted action*“ als Synonym für „parallel conduct“/„joint action“ verwendet.⁶⁴² Insofern handelt es sich um eine Beschreibung wahrnehmbaren, einvernehmlichen Handelns mehrerer Parteien.

Auch hier gilt begrifflich, was für die deutsche Übersetzung bereits festgehalten wurde. Der unbefangene Leser versteht unter einer „*concerted action*“ ein von mehreren Parteien unternommenes, gemeinsames Verhalten, ohne dass begrifflich vorgegeben wäre, wie es zu dem einvernehmlichen Verhalten gekommen ist. Es gibt keine Anhaltspunkte dafür, wechselseitige Verständigungsmaßnahmen zu unterstellen, die im Vorfeld stattgefunden hätten. Bleibt man bei der bildlichen Sprache eines Konzerts, gilt gar das Gegenteil. Die Musizierenden eines Orchesters haben vor dem gemeinsamen Musizieren nicht zwingend alle miteinander kommuniziert. Viel eher verlassen sie sich auf einen Dirigenten, der die musikalische Darstellung orchestriert. Auch hier kommt es also durch die Maßnahme einer Person zu einem aufeinander abgestimmten Verhalten mehrerer Parteien. Zahlreiche Musizierenden richten sich an den Anweisungen des Dirigenten aus. Sie haben diesem die Leitungsmacht übertragen. Nichts anderes gilt für das Mitziehen und die Anpassung mehrerer Unternehmen an die Preisgarantie eines Konkurrenten, der nunmehr das Preisniveau vorgibt bzw. einen Orientierungspunkt setzt. Im vorangegangenen Bild gesprochen, übernimmt das Preisgarantie auslobende Unternehmen die Rolle des Dirigenten. Die restlichen Unternehmen werden orchestriert und passen sich entsprechend an.

638 <https://www.dict.cc/englisch-deutsch/to+act+in+concert.html> (zuletzt abgerufen: 22.04.2024); interessant ist auch die Nennung als Synonym für „(to) act jointly“.

639 <https://dictionary.cambridge.org/dictionary/english-german/in-concert>; <https://www.oed.com/view/Entry/38168?redirectedFrom=in+concert#eid8645711> (beide zuletzt abgerufen: 02.03.24).

640 <https://dictionary.cambridge.org/dictionary/english-german/concerted>; <https://www.oed.com/view/Entry/38169?rskey=3voZMG&result=1&isAdvanced=false#eid> (beide zuletzt abgerufen: 02.03.24).

641 *Theatre Enterprise* vs. *Paramount Distributing*: 346 U.S. 537, 540/1 (1954).

642 Siehe dazu oben, S. 214 ff. und den Wörterbuch-Nachweis in Fn. 638.

(b) Begriffliche Erwägungen zur Abstimmung „über den Markt“

Dass gegenseitige (verbale) Kommunikation kein zwingendes Kriterium sein dürfte, zeigen auch andere Strömungen der Literatur. So wird bisweilen vertreten, dass eine abgestimmte Verhaltensweise zumindest begrifflich durch bloßes Marktverhalten zustande kommen kann.⁶⁴³ Es ist zu unterscheiden zwischen zwei Fällen.

(aa) Anteilige Abstimmung über den Markt

Im ersten Fall liegt eine kommunikative Fühlungnahme eines Marktakteurs vor, die von den anderen Parteien durch Marktverhalten akzeptiert wird. Man denke etwa an das obige dritte Beispiel der kleinen Fallserie,⁶⁴⁴ in dem ein Unternehmen ankündigt, die Preisführerschaft mit einem gewissen Startpreis zu übernehmen und andere Unternehmen diesen Preis schon vor dem angekündigten Zeitpunkt setzen. Damit signalisieren sie ihre Zustimmung und Teilnahme an dem zu etablierenden System uniformer Preissetzung.⁶⁴⁵ Den zuvorkommenden Preiserhöhungen könnte man ebenso einen kommunikativen Gehalt beimessen, wie er in der Rechtsgeschäftslehre bei konkludenten⁶⁴⁶ Erklärungen bekannt ist.

(bb) Ausschließliche Abstimmung über den Markt

Interessant wird es dagegen, wenn eine Abstimmung über reines Marktverhalten ohne zusätzliche verbale bzw. explizite Koordinierungsmittel erreicht wird. Es wird regelmäßig (zurecht) vertreten, dass auch echte „*tacit collusio*

643 Vgl. im Übrigen auch: EuGH v. 14.7.1972, Rs. C-49/69, Slg. 1972 I-00619, ECLI:EU:C:1972:70 – *ICI*, Rn. 64/67 (65): „Die aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen erfüllen daher schon ihrem Wesen nach nicht alle Tatbestandsmerkmale einer Vereinbarung, sondern können sich *insbesondere auch aus einer im Verhalten der Beteiligten zutage tretenden Koordinierung ergeben*.“ (Hervorhebung durch Verf.).

644 Siehe hierzu S. 199 f.

645 *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, *Grundfragen des Art. 101 Abs. 1 AEUV*, Rn. 207.

646 Statt vieler: *Neuner*, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Recht*, 12. Aufl. 2020, § 31 Rn. 7 ff.

on“ sprachlich unter eine abgestimmte Verhaltensweise subsumiert werden könnte.⁶⁴⁷ Im Ergebnis sei davon freilich abzusehen, da bloßes Parallelverhalten mangels eindeutig festzulegenden Alternativverhaltens nicht untersagt werden könne und jeder Versuch, rechtmäßiges Alternativverhalten zu formulieren, auf eine staatliche Preiskontrolle hinausliefe. Vom Wortlaut her erfordere die Norm allerdings nicht ausdrücklich eine dem Marktverhalten *vorausgehende Abstimmungshandlung*.⁶⁴⁸ Dies stellt begrifflich auch die Zweigliedrigkeit des Tatbestands in Frage. Aufschlussreich ist ferner, dass nach dieser Auffassung entweder das koordinierte Marktergebnis der abgestimmten Verhaltensweise subsumiert wird oder aber in bestimmten Preissetzungsstrategien (etwa *Grim-Trigger*,⁶⁴⁹ *Tit-for-Tat*⁶⁵⁰) eine Abstimmung gesehen wird.⁶⁵¹ Das eigene Verhalten werde vom Verhalten der jeweils anderen Unternehmen abhängig gemacht, womit das eigene Verhalten auf das Verhalten der anderen abgestimmt werde. Alle Einzelentscheidungen zusammen betrachtet, stimmten die Beteiligten ihr Verhalten insgesamt aufeinander ab. Teilweise wird sogar vertreten, dass dem Wortlaut bereits entsprochen wäre, wenn sich auch nur ein Unternehmen dem Verhalten eines anderen bewusst anpasse.⁶⁵²

(cc) Besserer Anknüpfungspunkt: Signalwirkungen?

Zugegebenermaßen hat dieser Ansatz die Schwäche, dass er einer Erklärung schuldig bleibt, warum „*Tit-for-Tat*“ oder auch „*Grim-Trigger*“ bezüglich ihres Abstimmungsgehalts über die gewöhnliche strategische In-

647 Ulmer, Abgestimmte Verhaltensweisen im Kartellrecht, 1972, S. 11 f.; Altvater, Kartellbildung durch Abstimmung, 1997, S. 38.

648 Zimmer, in: Immenga/Mestmäcker (Begr.), Wettbewerbsrecht, Band 1: EU-Recht, 6. Aufl. 2019, Art. 101 Abs. 1 AEUV, Rn. 95; davor bereits Zimmer, ZHR 1990, 470, 483 ff.

649 Das Konzept wird ursprünglich auf Friedman, (38) Rev. of Econ. Studies 1971, 1-12 zurückgeführt.

650 Im spieltheoretischen Kontext (Prisoner’s Dilemma) wird das Konzept auf Axelrod/ Hamilton, (21) Science 1981, 1390-1396 zurückgeführt. Siehe dazu: Osborne, An introduction to Game Theory, 2004, S. 439 ff.; Anatol Rapoport gewann kurz darauf ein als Programmierwettbewerb von Axelrod veranstaltetes Turnier zum Prisoner’s Dilemma, indem er „*Tit-for-Tat*“ spielen ließ. Siehe dazu erneut: Axelrod, The Evolution of Cooperation, 1. Aufl. 1984.

651 Zimmer, ZHR 1990, 470, 484 f.

652 Altvater, Kartellbildung durch Abstimmung, 1997, S. 38.

terdependenz im Oligopol hinausgingen. Die Reaktionsfunktion⁶⁵³ eines Oligopolisten, die als die individuell gewinnmaximierende Handlung in Reaktion auf ein gewisses Verhalten der Konkurrenten definiert ist, stellt stets eine Funktion des Verhaltens der Konkurrenten dar. Mit dieser Argumentation ist nicht nur „*Tit-for-Tat*“, sondern jedes Preissetzungsverhalten, das im Bewusstsein und unter Einbeziehung der Preise der Wettbewerber geschieht, als Abstimmung zu werten.

Man müsste daher noch eher auf Muster und Signale einer Strategie abstellen,⁶⁵⁴ die immer wieder als ein Angebot zur Kollusion auf hohem Preisniveau verstanden werden könnten. „*Tit-for-Tat*“ beispielsweise ist nämlich nicht für jede einzelne Runde eines unendlich wiederholten Spiels die gewinnmaximierende Handlung, sondern reagiert auf eine fremde Abweichung von den kollusiven Preisen durch pauschale Vergeltung in der darauffolgenden Runde. Diese Abweichung geschieht unabhängig von den in dieser Runde erwarteten Preisen der Konkurrenz. Sie nimmt daher kurzfristige Verluste in Kauf.⁶⁵⁵ Die Vergeltung ist hingegen aus langfristiger Sicht rational, um zu signalisieren, dass auf jede Abweichung der Konkurrenz mindestens eine Runde ohne Gewinne folgt, womit Anreize geschaffen werden sollen, das kollektiv gewinnmaximierende Preisniveau zu halten.⁶⁵⁶

(dd) Widerspruch bei Rückschritt zu separaten Abstimmungshandlungen

Ist man sich nach der ganz herrschenden Auffassung einig, dass eine (reine) Abstimmung über den Markt mangels vorzuschreibenden Alternativverhaltens nicht vom Kartellverbot erfasst sein sollte, wird begrifflich wie auch

653 Siehe für eine Definition Fn. 148 mwN.

654 Ähnlich kann auch der Ansatz von *Markovits*, (26) Stanford Law Rev. 1974, 717 ff. verstanden werden, der „contrived oligopolistic pricing“ von „natural oligopolistic pricing“ (= „conscious parallelism“ oder „oligopolistic interdependence“) abzugrenzen versucht und dabei mit kartellrechtswidrigen Preissetzungssequenzen operiert. Man beachte, dass die hier zitierte Fundstelle den zweiten Teil einer aus vier Beiträgen bestehenden Aufsatzreihe darstellt.

655 So lässt sich möglicherweise auch der im US-amerikanischen Antitrust-Recht geltende Plus-Faktor, des (bei isolierter Betrachtung) „Handelns gegen das Eigeninteresse“ verstehen, vgl. oben S. 45 f.; zur Übertragung spieltheoretischer Wertungen siehe auch *Yao/DeSanti*, (38) Antitrust Bulletin 1993, II3 ff.

656 Siehe hierzu die Ausführungen zu Kollusion bei unendlich wiederholten Spielen (S. 58 ff.), sowie die Beiträge von *Lu/Wright*, (28) Int. J. of Ind. Org. 2010, 298 ff.; siehe ferner auch *Garrod*, (30) Int. J. of Ind. Org. 2012, S. 471 ff.

teleologisch⁶⁵⁷ ein Zwischenschritt übersprungen. Aus der genannten Feststellung wird zumeist die Schlussfolgerung gezogen, dass man ein gegenseitiges, reziprokes Abstimmungsverhalten bräuchte.⁶⁵⁸ Dem Marktverhalten einer Partei dürfte höchstens ausnahmsweise Bedeutung beigemessen werden (siehe bereits kurz zuvor: anteilige Abstimmung über den Markt), nämlich wenn ein konkludenter Erklärungsgehalt enthalten ist.⁶⁵⁹ Rein einseitig verwendete Koordinierungsmittel werden dagegen, auch wenn sie mehr als gewöhnliches (oder jedenfalls objektiv notwendiges) Marktverhalten darstellen, vom Tatbestand ausgenommen. Wenn aber mit der hier wiedergegebenen Wortlautauslegung bereits bloßes in Reaktion aufeinander erfolgendes Marktverhalten der aufeinander abgestimmten Verhaltensweise subsumiert werden könnte, dann müsste erst recht die Zusatzmaßnahme mindestens einer Partei erfasst werden, die dazu führt, dass das Marktverhalten einander (insgesamt) angepasst wird.⁶⁶⁰ Dies gilt begrifflich umso mehr, als dass in diesem Fall eine gemeinsame Ausrichtung aller im Markt beteiligter Unternehmen an dieser Verhaltenspraxis erfolgen kann.

(ee) Sukzessive Verhaltensabstimmung

Man kann der Auffassung, die auch eine ausschließlich über den Markt erfolgte Abstimmung unter den Wortlaut fassen wurde, eine weitere interessante sprachliche Einsicht entnehmen. Eine wechselseitige Verhaltensabstimmung muss weder simultan, noch im Vorfeld der in Bezug genommenen Verhaltensweise (etwa der Preissetzung am Markt) erfolgen. Um sprachlichen Anforderungen gerecht zu werden, können Unternehmen sich auch sukzessive aufeinander abgestimmt haben, etwa durch schrittweises Marktverhalten, das in Reaktion auf einen jeweiligen Konkurrenten

657 Vgl. oben S. 195 ff.

658 Exemplarisch: *Paschke*, in: MüKoWettbR, Band 1/1: EU-Recht, 4. Aufl. 2023, Art. 101 Abs. 1 AEUV Rn. 174; andeutungsweise *Roth/Ackermann*, in: Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht, Grundfragen des Art. 101 Abs. 1 AEUV, 101. Lieferung, Stand: 03.2022, Rn. 186 a.E.

659 *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, Grundfragen des Art. 101 Abs. 1 AEUV, Rn. 207.

660 Andeutungsweise – allerdings in der Debatte um algorithmische Preissetzung – *Göhs*, WuW 2018, 121, 123.

erfolgt.⁶⁶¹ Und so scheint es begrifflich nicht abwegig, den Wirkmechanismus einer Preisgarantie als sukzessive Verhaltensabstimmung zu erfassen. Als aufeinander abgestimmte Verhaltensweise ist im Ergebnis die kollusive Preissetzung bzw. die Preisführerschaft des Garantie gewährenden Unternehmens zu sehen. Der Weg zu diesem Ergebnis wird dabei wie folgt beschritten. Das zukünftig preisführende Unternehmen spricht gegenüber seinen gegenwärtigen und potentiellen Kunden eine Preisgarantie aus. Aus der Preisgarantie folgt eine (im Vertikalverhältnis gar vertraglich durchsetzbare) Ausrichtung an den Preisen der Konkurrenz. Mit Blick auf diese (künstlich) erhöhte Preisverbundenheit bzw. Reduktion der eigenen Preissetzungsfreiheit (zumindest mit Blick auf die später tatsächlich von den Kunden gezahlten Preise), erkennen die Konkurrenten, dass eigene Preissenkungen weniger lukrativ sind. Dieser Entmutigungseffekt hat zur Folge, dass die Wettbewerber den Preisen des Garantie gewährenden Unternehmens folgen und sich schlicht anpassen. Die Preisführerschaft stellt sich schlussendlich also durch wechselseitige Anpassungen aufeinander ein. Somit kann im Ergebnis durchaus davon gesprochen werden, dass der im Markt nun herrschende Preissetzungsmechanismus eine abgestimmte Verhaltensweise darstellt. Irrelevant ist, dass der Verbraucher – so er diesen Wirkmechanismus nicht durchschaut – davon ausgeht, dass das Garantie gewährende Unternehmen sich seinen Konkurrenten anpasst und nicht umgekehrt.

(c) Fazit: Abgestimmtes Verhalten erfordert keine gegenseitige Kommunikation

Aus der sprachlichen Untersuchung folgen gleich mehrere Einsichten für den Bedeutungsgehalt einer aufeinander abgestimmten Verhaltensweise und die Erfassbarkeit von individuell-einseitig verwendeten Instrumenten der Verhaltenskoordination.

Man könnte der abgestimmten Verhaltensweise begrifflich bereits ein Individualverhalten subsumieren, das in Abhängigkeit oder in Reaktion auf das Verhalten einer anderen Partei erfolgt. Dies bricht freilich mit der ständigen Rechtsprechung, die in der „aufeinander abgestimmten Verhaltensweise“ einen zweigliedrigen Tatbestand erblickt. Dennoch könnte der gestalt bereits isoliert nur die Preisgarantie als tatbestandsmäßiger Kartellverstoß

661 Vgl. Zimmer, ZHR 1990, 470, 483 f.

in Form einer durch Vertikalbindung zum Abnehmer erfolgte Verknüpfung der eigenen Preise mit denen der Konkurrenz verstanden werden. Dieses Verständnis löst sich ebenso von der Prämisse, dass es stets um das (wechselseitige) Verhalten mehrerer Unternehmen gehen müsse.⁶⁶² Dann entfällt auch die Prämisse wechselseitiger (vorgelagerter) Koordinierungsmaßnahmen.⁶⁶³

Selbst, wenn dagegen ein wechselseitiges Abstimmungsmuster vorausgesetzt wird, erfordert eines solches Verständnis zumindest begrifflich nicht zwingend, dass mehrere Beteiligte sich eines Kommunikationsmittels bedienen. Im Sinne des eben erarbeiteten Sprachverständnisses genügt es vollkommen, wenn sich weitere Unternehmen dem Verhalten eines Wettbewerbers anpassen und dieses Unternehmen ein Instrument der Verhaltenskoordinierung verwendet oder auch bloß einen Verhaltensvorstoß wagt. Insofern wäre zwar ein wahrnehmbares Verhalten der restlichen Unternehmen erforderlich; gleichzeitig kann dieses in einer stillschweigenden Reaktion zu sehen sein.

Ferner gilt es, das in der Figur einer „Abstimmung über den Markt“ angelegte Postulat zu bekräftigen, wonach die *Zweigliedrigkeit* einer aufeinander abgestimmten Verhaltensweise nicht zwingend im Wortlaut angelegt ist. Eine insgesamt aufeinander abgestimmte Verhaltensweise kann rein sprachlich bereits durch bloßes in Reaktion aufeinander erfolgendes Marktverhalten zustande kommen. Eine Aufteilung des Tatbestands in (kommunikative) Abstimmungshandlungen und davon beeinflusstes Marktverhalten ist begrifflich nicht zwingend angelegt.

-
- 662 Während in Art. 101 Abs. 1 AEUV und § 1 GWB für die Tatvariante einer Vereinbarung noch explizit auf mehrere Unternehmen Bezug genommen wird, spricht der Tatbestand an späterer Stelle nur noch von (aufeinander) abgestimmte(n) Verhaltensweisen. Dass mehrere Unternehmen beteiligt sein müssen, wird entweder aus dem „aufeinander“ gefolgert oder aber mittels einer systematischen Auslegung mit Blick auf die Vereinbarung hergeleitet.
- 663 Wie oben bereits festgestellt wurde, widerspricht dies jedoch nicht dem Erfordernis „aufeinander“ abgestimmten Verhalten, was eine Gegenseitigkeit der Verhaltensanpassungen implizieren könnte. Dieser sprachliche Zusatz ist ein Sonderfall der deutschen Übersetzung des Kartellverbots, ergibt sich aber nicht zwingend aus der bindenden englischen („concerted“) und französischen („concertées“) Fassung.

(3) Systematik

Aus dem klassischen Auslegungskanon verbleibt zuletzt die Systematik des Kartellrechts, aus der Rückschlüsse für die Bedeutung einer aufeinander abgestimmten Verhaltensweise gezogen werden können. Es finden sich einerseits Ansätze, die eine Auslegung des Kartellverbots in Abgrenzung zur Missbrauchsaufsicht vornehmen, und andererseits Ansätze, die innerhalb des Kartellrechts eine vergleichende Auslegung mit Blick auf die anderen Tatvarianten treffen.

(a) Gesetzessystematik: Abgrenzung von Kartellverbot und Missbrauchsaufsicht

Des Öfteren begegnet man der Feststellung, das europäische und deutsche Kartellrecht enthalte abseits der ohnehin erst später hinzugetretenen Fusionskontrolle eine Zweiteilung hinsichtlich des gesetzlich erfassten Unternehmensverhaltens. Das Kartellverbot (Art. 101 AEUV, § 1 GWB) erfasse Wettbewerbsbeschränkungen, die auf gemeinsamem Verhalten mehrerer Unternehmen beruhen. Die Missbrauchsaufsicht gem. Art. 102 AEUV, §§ 18 ff. GWB erfasse dagegen (auch) Wettbewerbsbeschränkungen durch unilaterales Verhalten.⁶⁶⁴ Während eine solche Kategorisierung in didaktischer Hinsicht⁶⁶⁵ für eine Heranführung an die Systematik des Kartellrechts sinnvoll erscheint und für einen Großteil der anerkannten Fallgruppen und Fallkonstellationen zutreffen mag, lässt sich daraus jedoch kein systematisches Argument zum Zwecke der Gesetzesauslegung gewinnen. Bereits inhaltlich ist mit der kollektiven Marktbeherrschung (vgl. für das deutsche Recht explizit § 18 Abs. 5 GWB) und dem Missbrauch einer solchen Stellung anerkannt, dass es ebenso unter Art. 102 AEUV und §§ 18 ff. GWB – wenn auch nur in Ausnahmefällen – um das gemeinsame Ver-

664 Allgemein *Lettl*, Kartellrecht, 4. Aufl. 2017, § 2 Rn. 20, S. 32 sowie *ders.*, WuW 2017, 422, 425; *Paschke*, in: MüKoWettbR, Band 1/1: EU-Recht, 4. Aufl. 2023, Art. 101 Rn. 77; andeutungsweise *Berg/Mudrony*, in: *Berg/Mäsch* (Hrsg.), Deutsches und Europäisches Kartellrecht, 4. Aufl. 2022, Art. 101 AEUV Rn. 62; konkret mit Blick auf die Auslegung einer abgestimmten Verhaltensweise: *Altvater*, Kartellbildung durch Abstimmung, 1997, S. 38.

665 Nicht umsonst findet man sie besonders häufig in kartellrechtlichen Lehrbüchern, so z.B. bei *Whish/Bailey*, Competition Law, 10. Aufl. 2021, S. 180; *Bunte/Stancke*, Kartellrecht, 4. Aufl. 2022, S. 25; *Dreher/Kulka*, Wettbewerbs- und Kartellrecht, 12. Aufl. 2023, Rn. 946.

halten mehrerer Unternehmen gehen kann. Konsequenterweise enthalten die Vorschriften zur Missbrauchsaufsicht in keiner Hinsicht begriffliche Einschränkungen, die eine ausschließliche Erfassung unilateraler Maßnahmen nahelegen. Für Oligopol-Sachverhalte ergibt sich daher eine unmittelbare Überschneidung. Kartelle, aber auch andere Koordinierungsmittel im Dunstkreis der abgestimmten Verhaltensweisen, versprechen häufig nur dann Erfolg, wenn der betroffene Markt in einem hinreichenden Maße konzentriert ist, insbesondere wenn die Anzahl der beteiligten Unternehmen überschaubar ist.⁶⁶⁶ Anderenfalls wird es schwerer, eine Abstimmung zu erzielen und es bestehen größere Anreize, davon abzuweichen.⁶⁶⁷ Auch deswegen können die Anwendungsbereiche nicht streng dichotom verstanden werden.⁶⁶⁸

(b) Binnensystematik: Die Handlungsvarianten im Kartellverbot

Verfehlt ist ebenso eine Auslegung, welche die drei Handlungsvarianten des Art. 101 AEUV als „agreements“ zusammenfasst⁶⁶⁹ und multilaterale Abstimmungshandlungen fordert,⁶⁷⁰ weil eine Vereinbarung und ein Beschluss ein mehrseitiges Zusammenwirken voraussetzen.⁶⁷¹ Sie übersieht die sprachliche Offenheit der abgestimmten Verhaltensweise, insbesondere in Hinblick darauf, dass auch eine individuell-einseitig verwendete „faci-

666 Einen bemerkenswerten Fall stellen die Vitamin-Kartelle dar, wo an den einzelnen Absprachen bis zu sechs, am Kartell insgesamt 13 Unternehmen beteiligt waren, vgl. EU-Kommission v. 22.II.2001, COMP/E-1/37.512 – „Vitamine“; siehe auch *Igami/Sugaya*, (89) Rev. of Econ. Studies 2022, 1460-1494 für eine Modellierung, ob die Fusion mancher Kartellteilnehmer den Kollusionsanreiz für das früh zusammengenbrochene Vitamin-C-Kartell erhöht hätte.

667 Je geringer die eigenen Marktanteile aufgrund der Vielzahl im Markt aktiven Unternehmen, umso höher fallen die potentiellen Abweichungsgewinne aus, wenn vom Kartellpreis abgewichen und die zu bedienende Nachfrage ausgeweitet wird, vgl. hierzu auch *Schwalbe/Zimmer*, Kartellrecht und Ökonomie, 3. Aufl. 2021, S. 475 f.

668 Siehe für eine abgrenzende Auslegung nach Stoßrichtung der Wettbewerbsbeschränkungen weiter unten, S. 282 f.

669 *Marchisio*, (38) E.C.L.R. 2017, 555, 560.

670 Aus dieser Richtung wohl auch EuG v. 26.10.2000, Rs. T-41/96, Slg. 2000 II-03383, ECLI:EU:T:2000:242 – *Bayer AG/Kommission*, Rn. 64: „Nach dem Wortlaut dieses Artikels (Art. 85 EGV, Anm. d. Verf.) betrifft das dort aufgestellte Verbot ausschließlich ein bilateral oder multilateral koordiniertes Vorgehen in Form von Vereinbarungen zwischen Unternehmen, Beschlüssen von Unternehmensvereinigungen oder aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen.“

671 *Lettl*, WuW 2017, 422, 425.

litating practice“, wie z.B. eine Preisgarantie, das Verhalten mehrerer Unternehmen beeinflussen und angeleichen kann. Ausgehend vom Taterfolg liegt sehr wohl ein gemeinsames, abgestimmtes Verhalten mehrerer Unternehmen vor. Insofern gelten die Ausführungen zur Wortlautauslegung des Kartellverbots.⁶⁷² Ferner ebnet das hier kritisierte Verständnis die in Art. 101 AEUV sowie § 1 GWB angelegte Differenzierung zwischen den drei Handlungsvarianten ein. Vereinbarungen zwischen Unternehmen sowie Beschlüsse eines Unternehmensverbandes sollen im Wesentlichen dieselbe Art der kollektiven Entscheidungsfindung zwischen Unternehmen erfassen, ganz gleich ob die Unternehmen miteinander Absprachen treffen oder die Beschlussfassung in einem vorher geschaffenen Kollektivorgan stattfindet. Mit den abgestimmten Verhaltensweisen dagegen liegt eine ersichtlich anders geartete Variante der Koordinierung vor. Nicht zuletzt unterlaufen Auffassungen, die eine abgestimmte Verhaltensweise inhaltlich zu nah an eine Vereinbarung rücken,⁶⁷³ dass es sich um einen umfassend angelegten Auffangtatbestand⁶⁷⁴ handelt.

(c) Fazit: Keine zwingende Aufteilung von uni- und multilateralem Verhalten

Somit lässt sich festhalten, dass Art. 101 AEUV und Art. 102 AEUV weniger basierend auf der Anzahl handelnder Unternehmen, sondern auf Grundlage unterschiedlicher inhaltlicher Stoßrichtungen voneinander abgegrenzt werden sollten. Das Kartellverbot soll die eigenständige, beschränkungsfreie Preisbildung bei vorhandenem Wettbewerb garantieren, während das Missbrauchsverbot bei vermachteten Marktstrukturen sicherstellen soll, dass ein oder mehrere marktbeherrschende Unternehmen ihre Marktgegenseite nicht ausbeuten oder dass solche Unternehmen den ohnehin

672 Siehe den unmittelbar vorstehenden Abschnitt, S. 222 ff.

673 So wurde etwa vertreten, dass der Unterschied lediglich in der fehlenden faktischen Bindung einer Willensübereinstimmung läge, siehe für eine Zusammenstellung solcher (mittlerweile nicht mehr vertretener) Auffassungen *Odudu, The Boundaries of EC Competition Law: The Scope of Article 81*, 2006, S. 75.

674 *Odudu*, a.a.O., S. 81 f.; so auch GA *Vesterdorf*, Schlussanträge v. 10.07.1991, Rs. T-1/89 Slg. 1991 II-869, 927 f., 942, ECLI:EU:T:1991:38 – „*Rhône-Poulence*“; siehe nicht zuletzt GA *Mayras*, Schlussanträge v. 02.05.1972, Verb. Rs. 48/69 u.a., ECLI:EU: C:1972:32, Slg. 1972-00619, 667 ff. (deutsche Fassung), 674 – *ICI/Kommission*, mit Hinweis auf ein Auslegungsprinzip, demzufolge dem Primärrecht volle Auswirkung gegeben werden müsse.

schon geschwächten Restwettbewerb nicht noch weitergehend durch eine nicht-leistungsisierte Verdrängungsstrategie der verbliebenen Wettbewerber behindern.

d) Umsetzbarkeit im Einklang mit geltender Dogmatik

Nachdem also gezeigt werden konnte, dass weder die Historie noch der Wortlaut oder die Systematik des europäischen und deutschen Kartellverbots einer Auslegung im Weg stehen, die es für eine „abgestimmte Verhaltensweise“ ausreichen lässt, dass ein Unternehmen sich eines Instruments der Verhaltenskoordinierung bedient, stellt sich die Frage, wie diese Auslegung konkret umzusetzen ist und welche Widerstände es zu überwinden gilt.

aa) Das rechtmäßige Alternativverhalten – Ein Scheinproblem bei einseitigen Maßnahmen

Die geltende Auslegung der „abgestimmten Verhaltensweise“ wird ganz offensichtlich in rechtsfolgenorientierter Betrachtung vom berühmten Abhilfeproblem getragen, wie es *Turner* als Reaktion auf das „*Tabak*“⁶⁷⁵ und „*Theatre Enterprise*“-Urteil⁶⁷⁶ des US-Supreme Courts herausgearbeitet hat.⁶⁷⁷ Dies zeigt sich nicht zuletzt daran, dass die Europäischen Gerichte in wiederkehrender Rechtsprechung davon sprechen, dass es nicht verboten werden könne, sich „mit wachem Sinn“ seinen Wettbewerbern anzupassen.⁶⁷⁸ Bei der Interpretation dieser Passagen wird jedoch verkannt, dass das Abhilfeproblem nur dann besteht, wenn Wettbewerber sich ohne die Zuhilfenahme jeglicher Instrumente der Verhaltenskoordination einander anpassen und bei suprakompetitiven Preisen einfinden (sog. **marktstrukturbedingte Kollusion**)⁶⁷⁹. Wenn dagegen auch nur ein einziges Unterneh-

675 *American Tobacco Co. vs. United States*: 328 U.S. 781 (1946).

676 *Theatre Enterprise vs. Paramount Distributing*: 346 U.S. 537 (1954).

677 *Turner*, (75) Harvard Law Rev. 1962, 655-706.

678 EuGH v. 16.12.1975, Verb. Rs. 40-48/73 u.a., Slg. 1975-01663, ECLI:EU:C:1975:174 – *Suiker Unie*, Rn. 173/174; EuGH v. 14.07.1981, Rs. 170/80, Slg. 1981-02021, ECLI:EU:C:1981:178 – *Züchner*, Rn. 14; EuGH v. 31.03.1993, Verb. Rs. C-89/85 u.a., Slg. 1993 I-01307, ECLI:EU:C:1993:120 – *Ahlström*, Rn. 71.

679 *Wagner-v. Papp*, Sektoruntersuchung und Störung des Wettbewerbs – „Paradigmenwechsel“ zum „Marktdesign“?, in: Kirk/Offergeld/Rohner (Hrsg.), *Kartellrecht in*

men eine kollusionsförderliche Ermöglichungshandlung („facilitating practice“) verwendet, liegt eine adressierbare Koordinierungsmaßnahme vor, die untersagt werden kann (sog. **verhaltensbedingte Kollusion**).⁶⁸⁰ Während *Turner* primär oligopolistische Preissetzung infolge natürlicher Reaktionsverbundenheit („conscious parallelism“) themisierte,⁶⁸¹ sind seine Einsichten über das eigentliche Anliegen hinausgehend auch auf die individuell-einseitige Verwendung von Instrumenten zur Verhaltenskoordination übertragen worden.

Diesem Fehlschluss⁶⁸² kann der unbefangene Rezipient auch bei Lektüre der oben wiedergegebenen Aussagen der Europäischen Gerichte erliegen. Die gerichtliche Feststellung, dass es Unternehmen nicht verboten werden dürfe, sich mit wachem Sinn einander anzupassen, kann auf jedes einzelne Unternehmen bezogen werden, das an einem beobachtbaren Parallelverhalten beteiligt ist. Wenn die bloße Berücksichtigung des kollusiven Verhaltens eines Unternehmens (der Initiator) bei einer Anpassung des eigenen Marktverhaltens „mit wachem Sinn“ nicht tatbestandsmäßig sei, könnten solche (Dritt-)Unternehmen nicht als Beteiligte einer zwischen mehreren Unternehmen stattfindenden abgestimmten Verhaltensweise betrachtet werden. Daraus wiederum würde folgen, dass jedes Unternehmen, dem die Beteiligung an einer aufeinander abgestimmten Verhaltensweise zum Vorwurf gemacht werden soll, (in reziproker Weise) ein Instrument der Verhaltenskoordination verwendet haben muss.

Im Lichte des ursprünglich befürchteten Abhilfeproblems stellt sich diese Deutung allerdings als Trugschluss dar. *Turner* wies lediglich darauf hin, dass es rechtlich nicht erstrebenswert sei, paralleles Marktverhalten als solches zu verbieten. Damit ist keine Aussage darüber getroffen, welche Anforderungen an vom Marktverhalten trennbare Maßnahmen der

der Zeitenwende – Auf dem Weg zur 11. und 12. GWB-Novelle, 2023, S. 33, 40 ff. (v.a. 41)

- 680 *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, 40 ff. (v.a. 42 f.).
- 681 Siehe in aller Deutlichkeit zum Anliegen des Beitrags: *Turner*, (75) *Harvard Law Rev.* 1962, 655, 663.
- 682 Recht deutlich etwa anzutreffen bei *Paschke*, in: MüKoWettB^R, Band 2: GWB, 4. Aufl. 2022, § 1 Rn. 144 sowie ders., in: MüKoWettB^R, Band 1/1: EU-Recht, 4. Aufl. 2023, Art. 101 Abs. 1 AEUV Rn. 174.

Koordinierung zu stellen sind, die ersteres beeinflussen.⁶⁸³ Bei dem in der EGKS neu entstandenen – nach heutigem Kenntnisstand zweigliedrigen – Tatbestand einer abgestimmten Verhaltensweise sind *Turners* ursprüngliche Befürchtungen dagegen nicht mehr angezeigt. Fordert man ein vom Marktverhalten trennbares Abstimmungsverhalten, liegt stets ein untersagbares Verhalten unterhalb der Schwelle zur Preisekontrolle vor. Jedenfalls bei Zugrundelegung des zweitaktigen Verständnisses differenziert der europäische Auffangtatbestand bereits zwischen Koordinierungsmittel und Marktverhalten. Bei einem solchen Verständnis ist das Rechtsfolgenproblem hinreichend abgebildet und durch ein Bekenntnis dahingehend gelöst, dass bloße oligopolistische Preissetzung nicht verbotswidrig sei. Im *Farben-* und *Zucker*-Urteil sollte daher lediglich die bestätigende Feststellung gesehen werden, dass paralleles Marktverhalten ohne dazugehörige Ermöglichungshandlungen keine aufeinander abgestimmte Verhaltensweise darstellt. Gleichwohl wird die Abstimmung auf erster Stufe des Tatbestands auch weiterhin im Lichte des Rechtsfolgenproblems ausgelegt. Dies überstreckt das eigentliche Problem, welches nur dann vorliegt, wenn es gar kein vom Marktverhalten trennbares Abstimmungsverhalten gibt. Den in dieser Arbeit schon häufig wiedergegebenen Urteilspassagen sollten demnach keine Aussagen zur Qualität des Abstimmungsvorgangs entnommen werden – jedenfalls nicht basierend auf vermeintlichen rechtsfolgenseitigen Durchsetzungsproblemen.

bb) Geltende Rechtsprechung

Wenn man dem EuGH unterstellt, dass er ähnlich wie der US Supreme Court bereits einige Jahre zuvor lediglich festhalten wollte, dass „*tacit collusion*“ mangels rechtlich handhabbarer Abhilfemaßnahme nicht untersag-

683 Diese Abgrenzung hat bereits *Turner*, (75) Harvard Law Rev. 1962, 655, 668 ff., 673 ff. vorgenommen; siehe den entsprechenden Hinweis bei *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.

bar sei und sich die Aussagen im *Farben*⁶⁸⁴ und *Zuckerurteil*⁶⁸⁵ daher ausschließlich auf Preissetzung unter natürlicher oligopolistischer Reaktionsverbundenheit beziehen, so ergeben sich weite Spielräume für das Verständnis einer abgestimmten Verhaltensweise. Wirft man einen Blick auf die bisher geltenden Definitionen der ständigen Rechtsprechung zeigt sich, dass die in dieser Arbeit geforderte Auslegung einer abgestimmten Verhaltensweise beinahe mühelos in Einklang mit den bisherigen Aussagen der Rechtsprechung zu bringen ist.

(1) Prämisse: Zweigliedrigkeit des Tatbestands und Kausalität

Hält man an der Prämisse eines zweigliedrigen Tatbestands fest, ergibt sich am Beispiel der Preisgarantie die nachfolgende Subsumtion. Für das Garantie auslobende Unternehmen fällt die Abstimmungshandlung zeitlich mit dem betroffenen Marktverhalten zusammen. Die Preissetzung selbst wird als Mechanismus zur Verhaltensabstimmung genutzt. Das Instrument der Verhaltenskoordination und das relevante Marktverhalten sind miteinander verknüpft. Aufgrund dieser Verknüpfung ist es anders als bei Vorfeldmaßnahmen wie dem Informationsaustausch nicht erforderlich, einen Nachweis zu erbringen, dass sich das Koordinierungsmittel auch tatsächlich auf das eigene Marktverhalten dieses Unternehmens ausgewirkt hat. Gleichwohl handelt es sich um ein trennbares, zweiteiliges Geschehen: die Auslobung der Preisgarantie und das Setzen eines eigenen Preises.

Für die restlichen Wettbewerber, deren vom Koordinierungsmittel beeinflusstes Marktverhalten noch positiv festgestellt werden muss, dürfte nach den bisher geltenden Grundsätzen die *Anic*-Vermutung⁶⁸⁶ greifen. Wer von

684 EuGH v. 14.7.1972, Rs. C-49/69, Slg. 1972 I-00619, ECLI:EU:C:1972:70 – *ICI*, Rn. 64/67: „Zwar ist ein Parallelverhalten für sich allein noch nicht einer abgestimmten Verhaltensweise gleichzusetzen, [...].“

685 EuGH v. 16.12.1975, Verb. Rs. 40-48/73 u.a., Slg. 1975 -01663, ECLI:EU:C:1975:174 – *Suiker Unie*, Rn. 173/174; vgl. danach auch EuGH v. 14.07.1981, Rs. 170/80, Slg. 1981 -02021, ECLI:EU:C:1981:178 – *Züchner*, Rn. 14 sowie EuGH v. 31.03.1993, Verb. Rs. C-89/85 u.a., Slg. 1993 I-01307, ECLI:EU:C:1993:120 – *Ahlström*, Rn. 71.

686 EuGH (jeweils) v. 8.7.1999, Rs. C-49/92 P, Slg. 1999 I-4125, ECLI:EU:C:1999:356 – *Anic Partecipazioni*, Rn. 118 ff.; Rs. C-199/92 P, Slg. 1999 I-4287, ECLI:EU:C:1999:358 – *Hüls*, Rn. 161 ff.; Rs. C-235/92 P, Slg. 1999 I-4539, ECLI:EU:C:1999:362 – *Montecatini*, Rn. 125 ff.

der Preisgarantie hört, wird diese Information auch berücksichtigen.⁶⁸⁷ Dies muss bei öffentlicher Verlautbarung der Preisgarantie unzweifelhaft angenommen werden. Dafür spielt es auch keine Rolle, ob sich die Auslobung vertraglich an die Konsumenten richten. Es kommt viel eher auf die tatsächliche Wahrnehmbarkeit an, zumal nicht ausgeschlossen werden kann, dass mit der öffentlichen Verlautbarung auch und gerade ein Signal an die Konkurrenz gesendet werden soll.⁶⁸⁸

Doch selbst wenn die Auslobung nicht zur Kenntnis genommen worden sein sollte, aber die tatsächlichen Kundenströme von der Preisgarantie beeinflusst werden, muss dies nach gewöhnlichen Umständen eine Anpassungsreaktion bei der Konkurrenz hervorrufen. Eine gewisse Beeinflussbarkeit der Konsumenten durch die Preisgarantie unterstellt, müsste selbst in diesem Fall eine dem *Anic*-Urteil vergleichbare Vermutung greifen.

Zugebenermaßen hängt die Wirkung der Preisgarantie – wie die obige ökonomische Analyse zum Vorschein gebracht hat – von ihrer konkreten Ausgestaltung, den Eigenschaften des sie verwendenden Unternehmens und dem Marktumfeld ab. Die in den Raum gestellte Vermutung hinsichtlich einer Beeinflussung der Konkurrenz könnte daher eine Betrachtung der Einzelfallumstände erforderlich machen. Hier käme es zu einer Überschneidung mit dem Tatbestandsmerkmal der dadurch bezweckten oder bewirkten Wettbewerbsbeschränkung, was für die „aufeinander abgestimmte Verhaltensweise“ allerdings keine Ausnahme darstellt und unweigerlich aus dem herrschenden Verständnis eines zweigliedrigen Tatbestands folgt (siehe bereits oben S. 164 ff.). Für eine Übersetzung der ökonomischen Einsichten in konkrete Entscheidungshilfen bei der Rechtsanwendung sei auf den nachstehenden Abschnitt zur Wettbewerbsbeschränkung (S. 254 ff.) verwiesen.

(2) Definitionen und Konzepte

Unter der geltenden Auslegung der abgestimmten Verhaltensweise als zweigliedriger Tatbestand lässt sich eine individuell-einseitig verwendete Preisgarantie also erfassen. Ebenso wenig werden dabei die geltenden Definitionen der ständigen Rechtsprechung verletzt.

687 Diese Vermutung lässt sich im Übrigen auch ohne Weiteres von der Rechtsprechung zur öffentlichen Distanzierung von Kartellabsprachen ableiten, siehe oben S. 179 ff.

688 Siehe zu dieser Vermutung *Winter*, in: ABA, Section of Antitrust Law (Hrsg.), *Issues in Competition Law and Policy*, 2008, Band 2, S. 1269, 1272.

(a) Praktische Zusammenarbeit

Obwohl manche Kommentierungen noch anders lauten, muss – wie oben ausführlich dargelegt – als widerlegt gelten, dass eine zwingend erforderliche Gegenseitigkeit der Verhaltensabstimmung aus dem Diktum einer „praktischen Zusammenarbeit“ zu folgern sei.⁶⁸⁹ Nach zutreffender und in Deutschland mittlerweile höchstrichterlich vertretener Auffassung⁶⁹⁰ handelt es sich um eine Beschreibung des in Umsetzung einer Abstimmung erzielten, gleichförmigen Marktverhaltens. Die hier vorgeschlagene Auslegung würde also nicht mit dieser Definition der ständigen Rechtsprechung kollidieren.

(b) Fühlungnahme

Auch die gängige Definition des Abstimmungsverhaltens steht einem Verständnis nicht entgegen, wonach rein einseitige Maßnahmen im Einzelfall vom Tatbestand erfasst sind. Ausweislich der Rechtsprechung ist eine unmittelbare oder mittelbare Fühlungnahme zwischen Unternehmen verboten, die bezweckt oder bewirkt, entweder das Marktverhalten eines Wettbewerbers zu beeinflussen oder einen Wettbewerber über das Marktverhalten, das man selbst an den Tag zu legen erwägt oder entschlossen ist, ins Bild zu setzen.⁶⁹¹ Während auch hier Uneinigkeit zu herrschen scheint, inwieweit der Begriff einer Fühlungnahme nicht doch eine gewisse Reziprozität erfordere, deutet jedenfalls der zweite Teil der Definition auf die Zulässigkeit einer rein einseitigen Stoßrichtung hin. Es wird eine Fühlungnahme adressiert, die bewirkt oder bezweckt, das Marktverhalten eines Wettbewerbers zu beeinflussen oder einen Wettbewerber über das eigene Marktverhalten in Kenntnis zu setzen. Wechselseitige Beeinflussung oder etwa wechselseitiger Informationsfluss ist nicht angesprochen.⁶⁹² Ebenso wenig wird der

689 Siehe zu alledem oben, S. 168 ff.

690 BGH v. 13.07.2020, Az. KRB 99/19, I. LS = NZKart 2020, 602 = WuW 2020, 605 – *Bierkartell*.

691 Ursprünglich: EuGH v. 16.12.1975, Verb. Rs. 40-48/73 u.a., Slg. 1975-01663, ECLI:EU:C:1975:174 – *Suiker Unie*, Rn. 173/174; heutige Fassung: EuGH v. 8.7.1999, Rs. C-49/92 P, Slg. 1999 I-4125, ECLI:EU:C:1999:356 – *Anic Partecipazioni*, Rn. 117.

692 So auch *Odudu*, The Boundaries of EC Competition Law: The Scope of Article 81, 1. Aufl. 2006, Kapitel 4: Collusion: Agreement and concerted practice, S. 85 f.; OECD, Policy Roundtable on Facilitating Practices in Oligopoly, DAF/COMP(2008)24, S. 91 (spanischer Beitrag); *Faull/Kjølbye/Leupold/Nikpay*, in:

Plural verwendet und von Fühlungnahmen gesprochen. Dementsprechend heißt es sowohl im Englischen als auch im Französischen lediglich „*contact*“⁶⁹³ nicht „*contacts*“. Und während einige Stimmen dem Begriff Fühlungnahme auch im Singular eine Reziprozität entnehmen möchten,⁶⁹⁴ ist dem entgegenzuhalten, dass ein Kontakt zwar stets eine Personenmehrheit im Sinne eines Senders und eines Empfängers von Kommunikationsinhalten erfordert, aber keinesfalls zwingend impliziert, dass im Rahmen eines solchen Kontakts stets Informationen in beide Richtungen fließen. Andernfalls wären die Grundsätze der Rechtsprechung zur passiven Beteiligung an Sitzungen, auf denen Informationen geteilt werden,⁶⁹⁵ kaum haltbar. Dort müsste stattdessen gefordert werden, dass jeder Beteiligte eigene Informationen preisgibt oder in anderer Form als bloßer Kenntnisnahme die Informationen anfordert oder billigt. Ferner liefert in einem solchen Fall die typischerweise anzutreffende Argumentation⁶⁹⁶ hinsichtlich der Reduktion wettbewerblicher Unsicherheit mit Blick auf die zukünftig zu erwartenden Handlungen dieses Unternehmens ins Leere. Der Gegenauffassung ist höchstens zuzustimmen, dass eine als Kontaktaufnahme verstandene Fühlungnahme in irgendeiner Form die Wettbewerber erreichen muss. Doch dies lässt sich ohne Weiteres auch bei einer Preisgarantie annehmen, wobei unterschiedlich argumentiert werden kann. An die Öffentlichkeit gerichtet, erfahren auch Wettbewerber von einer Preisgarantie. Zudem kann man die

Faull/Nikpay (Hrsg.), *The EU Law of Competition*, 3. Aufl. 2014, S. 220, Rn. 3.131; siehe ferner Lettl, *WuW* 2017, 422, 424; **a.A.** möglicherweise *Paschke*, in: MüKo-WettbR, Band 2: *GWB*, 4. Aufl. 2022, § 1 Rn. 131, wenn auch mit Blick auf eine recht ähnliche Formulierung in EuGH v. 26.01.2017, Rs. C-609/13 P, ECLI:EU:C:2017:46 – *Duravit*, Rn. 73 hinsichtlich einer versuchten Kartellierung.

693 EuGH v. 16.12.1975, Verb. Rs. 40-48/73 u.a., Slg. 1975-01663, ECLI:EU:C:1975:174 – *Suiker Unie*, Rn. 173/174: „[...] (I)t does however strictly preclude any direct or indirect **contact** between such operators, the object or effect whereof is either to influence the conduct on the market of an actual or potential competitor or to disclose to such a competitor the course of conduct which they themselves have decided to adopt or contemplate adopting on the market.“ (Hervorhebung durch Verf.).

694 Vgl. *Pahlen/Vahrenholdt*, *ZWeR* 2014, 442, 448: Erforderlich sei ein Minimum an gegenseitigem Kontakt, sonst sei keine Fühlungnahme und auch keine Abstimmung gegeben; wohl auch *Schuchmann*, *Die Behandlung von tacit collusion im europäischen und deutschen Kartellrecht* 2017, S. 104.

695 Vgl. dagegen aber (in Wiedergabe der Vorinstanz) BGH v. 13.07.2020, Az. KRB 99/19, NZKart 2020, 602 – *Bierkartell*, Rn. 9: „*An dem Koordinierungsversuch habe sich der Betroffene durch stillschweigende Billigung passiv beteiligt.*“

696 Überblick bei *Stroux*, *US and EC Oligopoly Control*, 2004, S. 161 ff.

Fühlungnahme auch im Inhalt der Erklärung sehen, nämlich der Verknüpfung der jeweiligen Preise.

e) Fazit zur Auslegung einer abgestimmten Verhaltensweise

Die bisherigen Ausführungen haben stets zwischen allgemeinen Erkenntnissen und dem konkreten Anwendungsbeispiel der Preisgarantie gewechselt. Aus diesem Grund wird die hier vertretene Auslegung einer abgestimmten Verhaltensweise nach geltender Gesetzeslage nochmals in Thesenform festgehalten.

aa) Untersuchungsergebnisse (de lege lata)

- Weder eine Neufassung des Auffangtatbestands einer „aufeinander abgestimmten Verhaltensweise“ im deutschen und europäischen Kartellverbot, noch eine Änderung bisheriger Definitionen des geltenden Gesetzespekts sind zur Erfassung bestimmter rein unilateraler, kollusionsförderlicher Maßnahmen erforderlich.
- Aus dem von der Rechtsprechung früh entwickelten Kriterium einer „praktischen Zusammenarbeit“ ergibt sich kein Erfordernis gegenseitiger Abstimmungshandlungen auf erster Ebene des zweigliedrigen Tatbestands. Wie eine detaillierte Untersuchung der Rechtsprechung ergeben hat, ist die „praktische Zusammenarbeit“ vielmehr als das Ergebnis der Abstimmung zu verstehen und daher auf zweiter Ebene des Tatbestands anzusiedeln.
- Der historische Gesetzgeber hatte kein konkretes Konzept einer abgestimmten Verhaltensweise vor Augen, als die Formulierung aus dem US-amerikanischen Antitrust-Recht übernommen wurde. Die Abgrenzung zu erlaubtem Parallelverhalten war von Beginn an der Anwendungspraxis überlassen.
- Eine Auslegung, die auch (rein) einseitige Abstimmungshandlungen dem Tatbestand einer abgestimmten Verhaltensweise subsumiert, überschreitet nicht die Wortlautgrenzen. Eine historische Betrachtung zeigt, dass „concerted action“ ursprünglich ein beobachtetes Parallelverhalten am Markt bezeichnete. Auch im heutigen Sprachgebrauch erfordert ein abgestimmtes Verhalten nicht zwingend gegenseitige Abstimmungsmaßnahmen. Zu einem abgestimmten Verhalten kann es rein sprachlich

ebenso durch die Reaktion einer Partei auf die Handlung einer anderen Partei kommen.

- Bereits gegenwärtig wird als verbotene Abstimmungshandlung die Führungnahme eines einzelnen (!) Unternehmens definiert, aufgrund derer das Verhalten eines Wettbewerbers beeinflusst oder dieser über das beabsichtigte eigene Verhalten informiert werden soll.
- Die begriffliche Offenheit, der Auffangcharakter und der fehlende konzeptionell-dogmatische Unterbau bei Erlass des europäischen Kartellverbots haben seit jeher zu einer hohen Relevanz teleologischer Erwägungen bei der Auslegung einer „abgestimmten Verhaltensweise“ geführt.
- Die vielfach befürwortete Auslegung, es bedürfe schon reziproker Abstimmungshandlungen, beruht ideengeschichtlich auf der von *Donald F. Turner* vorgetragenen Sorge, bei der Erfassung bloßen Parallelverhaltens nur durch eine staatliche Preiskontrolle im Sinne der Vorgabe konkreter Verhaltensregeln Abhilfe schaffen zu können.
- Es entpuppt sich als Trugschluss, von der Aussage, die bloße Anpassung an einen Wettbewerber könne nicht verboten werden, darauf zu schließen, dass alle Wettbewerber Koordinierungsmaßnahmen ergriffen haben müssen.
- Liegt mindestens eine „facilitating practice“ vor, die eine Koordinierung der Wettbewerber hin zu einer praktischen Zusammenarbeit anstößt, übersieht eine solche Auffassung, dass die Untersagung dieses Verhaltens genügt. Dergestalt wird der koordinierten, praktischen Zusammenarbeit ihre Grundlage erzogen, ohne dass ein rechtmäßiges Alternativverhalten für die bloß reagierenden Parteien zu bestimmen wäre.⁶⁹⁷ Kollusion, die auf der Verwendung von „facilitating practices“ beruht, ist nicht stillschweigend.⁶⁹⁸
- Die Reduktion künstlich erhöhter Interdependenz stellt den bei Wettbewerb zwischen den Unternehmen ursprünglich bestehenden Antagonismus wieder her. Für die Rechtsanwendung kann dieser Auftrag aus dem Selbstständigkeitspostulat abgeleitet werden.
- Nur Parallelverhalten, das ohne jegliche Zusatzmaßnahme(n), insbesondere Kommunikations- und Verständigungsmittel, infolge schlichter

697 *Ulmer*, Abgestimmte Verhaltensweisen im Kartellrecht, 1972, S. 27: „Entscheidend ist vielmehr, dass durch das Abstimmungsverbot das Zustandekommen eines abgestimmten Verhaltens verhindert [...] wird.“

698 Vgl. *Vecchi*, (31) World Comp. 2008, 385, 388: „Yet, not all unilateral forms of conduct represent an expression of conscious parallelism.“, allerdings ohne einen entsprechenden Schluss.

wechselseitiger Anpassung zustande kommt, sollte vom Tatbestand ausgenommen sein.

bb) (Neu-)Definition einer abgestimmten Verhaltensweise (de lege lata)

Während eben gezeigt wurde, dass die bisherige Rechtsprechung einen hinreichend flexiblen Rahmen für die Erfassung problematischen Verhaltens steckt, schadet es nicht, die Ergebnisse in einer (Neu-)Beschreibung des Sinngehalts einer aufeinander abgestimmten Verhaltensweise festzuhalten.

(1) Bisherige Definitionsversuche im Schrifttum

Wenige Beiträge im akademischen Schrifttum versuchen sich an einer eigenen Definition der „aufeinander abgestimmten Verhaltensweise“ oder auch nur der Abstimmung⁶⁹⁹ als darin enthaltenem Tatbestandsmerkmal. Die meisten Kommentierungen nehmen die Beschreibungsversuche der Europäischen Rechtsprechung und ordnen sie anhand konkreter Fallkonstellationen ein.⁷⁰⁰ Dies entspricht im Wesentlichen der Herangehensweise, für die sich bisher auch in dieser Arbeit bei Wiedergabe der herrschenden Dogmatik entschieden wurde. Eine Ausnahme von diesem Vorgehen stellt die Kommentierung von Krauß⁷⁰¹ dar:

„Eine Abstimmung kann definiert werden als gegenseitige Verständigung zwischen mehreren Unternehmen in Koordinierungsabsicht ohne Verpflichtung über das künftige Marktverhalten, die dem Zweck dient, das unternehmerische Risiko einzuschränken.“

Gegen diesen Vorschlag bestehen im Lichte der bisherigen Untersuchungsergebnisse jedoch Vorbehalte. Definition, die eine Verständigung zwischen Unternehmen in den Vordergrund rücken, laufen Gefahr, dass dieser Begriff seinerseits zu eng ausgelegt und auf Fälle verbaler Kommunikation

699 Mit dem Befund, dass sich viele Beiträge schon gar nicht die Mühe machen, überhaupt zwischen den einzelnen Bestandteilen („aufeinander“, „abgestimmt“ und „Verhaltensweise“) zu differenzieren: Lettl, WuW 2017, 422 ff.

700 Für eine Übersicht: Lettl, a.a.O.

701 Krauß, in: Bunte (Hrsg.), Kartellrecht-Kommentar, 14. Aufl. 2021, Band 1: Deutsches Recht, § 1 GWB Rn. 98.

zwischen den Unternehmen beschränkt wird.⁷⁰² Dieselbe Befürchtung greift auch bei Definitionen, die zu sehr an einer zwischen Unternehmen zu erzielenden Unsicherheitsreduktion⁷⁰³ verhaftet bleiben,⁷⁰⁴ wie der EuGH es im *Farbstoff*-Urteil formuliert hatte.⁷⁰⁵

(a) Betonung einer Verständigung

Das Erfordernis einer Verständigung würde zu unnötigen Komplikationen führen, wenn streitiges Verhalten als Folge dessen in ein kommunikatives Raster einzuordnen wäre. Im Einzelfall kann nämlich unklar sein, inwiefern die Maßnahme des einen Unternehmens wirklich dem Willen des anderen Unternehmens entspricht und nicht bloß billigend hingenommen wird. Ferner kann eine zurechenbar veranlasste Verhaltensanpassung Dritter auch durch Maßnahmen forciert werden, die man klassischerweise nicht als direkte Kommunikation bezeichnen würde. Genauso könnte man bei „Competitor-Based-Pricing“ bereits dem Preisgarantie auslobenden Unternehmen vorwerfen, die Festlegung seiner tatsächlichen Preise auf die restlichen Konkurrenten delegiert und somit seine Preise abgestimmt zu haben. Wie sich bei der Wortlautauslegung gezeigt hat, ist bereits der Abstimmungsbegriff streitbar genug, sodass dieselbe Auseinandersetzung mit Blick auf eine hier notwendige „Verständigung“ vermieden werden sollte.

(b) Betonung einer Unsicherheitsreduktion

Auf eine Unsicherheitsreduktion⁷⁰⁶ abzustellen, kann im Einzelfall und nicht zuletzt im Bereich unilateraler Kollusion in die Irre führen. Denn um eine Unsicherheitsreduktion geht es primär bei Fällen des Informationsaustauschs oder öffentlicher Ankündigungen. Dort stehen Unternehmen vor

702 Gleichermaßen gilt auch für Definitionsversuche, denen zufolge eine Willensübereinstimmung zum Ausdruck gebracht werden müsse (so etwa *Lettl, WuW* 2017, 422, 425) und die den Auffangtatbestand damit zu nah an eine Vereinbarung rücken; siehe hierzu bereits die binnensystematische Auslegung, S. 234 f.

703 Dies ist in der Definition von *Krauß* (s.o.) als Risikoverminderung bezeichnet.

704 Siehe etwa *Alberta-Lorrens*, (51) Antitrust Bulletin 2006, 837, 866, die jene Unsicherheitsreduktion als „essential test“ (neben „reciprocal communication“) bezeichnet.

705 EuGH v. 14.07.1972, Rs. 48/69, Slg. 1972-00619, ECCLI:EU:C:1972:70 – *ICL*, Rn. 64/67.

706 Vor allem, wenn gefordert wird, dass Unsicherheit bei jedem Unternehmen beseitigt werden müsse.

der Schwierigkeit, sich auf ein Gleichgewicht mit höheren Preisen zu koordinieren, aber wissen nicht, wo ein solches aus Sicht ihrer Wettbewerber idealerweise liegen könnte. Damit ist aber nur ein denkbarer Zweck von „facilitating practices“ angesprochen. Diese können gleichermaßen dazu dienen, einen Bestrafungsmechanismus zu optimieren.⁷⁰⁷ Dann geht es weniger um die Unsicherheitsreduktion eines Unternehmens, ob alle Konkurrenten einer Preiserhöhung folgen werden, sondern darum ein bereits erreichtes, koordiniertes Gleichgewicht abzusichern und Abweichungen davon zu verhindern. Bereits im Argumentationsrahmen des wiederholten (dynamischen) Spiel droht ein Abstellen auf etwaige Unsicherheitsreduktionen den Anwendungsbereich des Tatbestands über Gebühr zu beschränken.

Im Übrigen können manche Maßnahmen auch ein statisches, nichtkoordiniertes Gleichgewicht beeinflussen. Man denke etwa an die durch Preisgarantien herbeigeführten Veränderungen in Modellen eines Preiswettbewerbs mit differenzierten Gütern.⁷⁰⁸ Hier bewegt man sich außerhalb der Theorie wiederholter Spiele, die normalerweise den Untersuchungsrahmen für „facilitating practices“ liefert und bei der eine Koordination auf Basis langfristiger Erwartungen erzielt wird.⁷⁰⁹ Folglich geht es in solchen Fällen ebenso wenig (primär) um Unsicherheitsreduktion.⁷¹⁰ Hier wird die im ökonomischen Kapitel eingangs erläuterte Unterscheidung⁷¹¹ zwischen der „facilitating collusion“- und „dampening/softening competition“-These relevant, wobei man sich nunmehr in der zweiten Kategorie bewegt. Wettbewerbspolitisch kann es geboten sein, bestimmte Maßnahmen zu untersagen, die bereits das statische Gleichgewicht verändern, auch ohne, dass

707 Gerade Preisgarantien können darauf abzielen, Vorsprungsgewinne zu verringern, was als Perfektionierung eines Bestrafungsmechanismus‘ betrachtet werden kann, vgl. bereits oben: S. 64 ff.; an anderer Stelle wurde dies bereits als Eingriff in den Grundmechanismus des Wettbewerbs beschrieben: vgl. S. 209 ff.

708 Vgl. S. 68 ff.

709 Nicht umsonst werden „facilitating practices“ in dieser Arbeit in Einklang mit dem rechtswissenschaftlichen Schrifttum als „Instrumente zur Verhaltenskoordination“ übersetzt.

710 Freilich kann man auch einer Preisgarantie im Einzelfall eine Unsicherheitsreduktion unterstellen, namentlich im Fall der Kopplung mit einer Preiserhöhung. Dann kann sich das auslobende und seinen Preis erhöhende Unternehmen sicher sein, dass die Konkurrenten (zumindest zu einem gewissen Teil) nachziehen werden, da günstiger zu sein, keine Mengenvorteile bietet. Ohne Preisgarantie wäre ein etwaiges Mitziehen dagegen nicht sichergestellt.

711 Siehe S. 54.

es sich um klassische Koordinierung im Paradigma wiederholter Spiele handelt.

(2) Eigener Vorschlag

Nach vorzugswürdigem Verständnis sollte das Kartellverbot – insbesondere in Form des allgemeingültigen Auffangtatbestands – greifen, wenn Unternehmen selbst über die Wettbewerbsbedingungen in ihren Märkten entscheiden und diese künstlich verändern. Das Handeln in Ausnutzung solcher künstlich geschaffenen Bedingungen ist zurechenbares, abgestimmtes Verhalten.⁷¹² Eine entsprechende Definition könnte wie folgt lauten:

Definition 1: Eine aufeinander abgestimmte Verhaltensweise ist das aufgrund eines von mindestens einem Unternehmen verwendeten Instruments der Verhaltensanpassung angeglichene Marktverhalten mehrerer miteinander in Wettbewerb stehender Unternehmen.

Diese Auslegung geht weiter als ein Verständnis, bei dem der Schwerpunkt auf einer Unsicherheitsreduktion liegt, die – wie oben gezeigt wurde – Informationsaustausch oder Signaling als Anwendungsfall vor Augen hat. Es geht um die Erfassung sämtlicher strategischer Aktionen, die Kollusion fördern.⁷¹³ Die Definition ist ersichtlich vom Regelungs- und Verbotszweck her motiviert und versucht auf Bestandteile zu verzichten, die das Koordinierungsmittel über Gebühr einschränken könnten. Das Ziel ist, die Offenheit der Formulierung weitestmöglich auszunutzen, um wettbewerbsschädlichem Verhalten im Oligopol die Stirn bieten zu können.

Definition 2: Als Instrument der Verhaltensanpassung gilt jede Maßnahme, die einen strategischen Kontakt zwischen Wettbewerbern herstellt, dadurch die Interdependenz von Wettbewerbern erhöht und dabei kein

712 *Mestmäcker*, Das Prinzip der Rule of Reason und ähnliche Ausnahmemechanismen im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, in: *Hoppmann/Mestmäcker*, Normenwecke und Systemfunktionen im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen – Vorträge und Aufsätze des Walter-Eucken-Instituts, 1974, S.21, 50 f.; siehe auch *Schuchmann*, Die Behandlung von tacit collusion im europäischen und deutschen Kartellrecht, 2017, S. 104.

713 Ähnlich wie hier: *Hay*, (16) Rev. of Ind. Org. 2000, 113, 128, wobei allerdings unklar ist, ob er bereits die individuell-einseitige oder erst die kollektiv-unabgesprochene Verwendung von „facilitating practices“ erfasst wissen will.

bloßes und nach objektiven Maßstäben notwendiges Marktverhalten darstellt.⁷¹⁴

Von besonderer Bedeutung sind dabei Verständigungsversuche und Äußerungen über das eigene zukünftige Verhalten. Genauso seien aber auch Zusatzmaßnahmen erfasst, durch welche die Wettbewerbsparameter mehrerer Unternehmen, z.B. Preise, miteinander verknüpft werden, insbesondere wenn eine effektive, in die Zukunft gerichtete Selbstbindung erzielt wird. Die Kontrolle, ob ein Verhalten nach objektiven Maßstäben am Markt notwendig ist, soll verhindern, dass gewöhnliche Geschäftshandlungen unter den Tatbestand fallen.⁷¹⁵ Denn selbst die Auszeichnung der eigenen Ware mit dem dafür erbetenen Preis fördert angesichts hoher Transparenz im Internet möglicherweise eine im Übrigen stillschweigende Kollusion.⁷¹⁶ Zwar wäre die Forderung eines Geheimwettbewerbs⁷¹⁷ dergestalt denkbar, dass Preise nur auf Anfrage persönlich mitgeteilt werden. Dies entspricht jedoch gewiss nicht den Konsumentenbedürfnissen. Ebenso wenig würde sich ein solches Vorgehen als Gleichgewichtsstrategie darstellen, da es einen Wettbewerbsnachteil bei an schnellen Geschäftsabschlüssen interessierten Kunden darstellt. Unter dem Negativmerkmal können bekannte Abgrenzungskriterien integriert werden, etwa die im Bereich des Signalings relevante Frage, ob eine Ankündigung zukünftigen Verhaltens über den Maßen früh und detailliert geschieht und daher als „invitation to collude“ zu deuten ist.

Die Prüfung, ob es sich um objektiv notwendiges Marktverhalten handelt, darf nicht verwechselt oder vermengt werden mit der (ggfs.) später

714 Vgl. hierzu *Ulmer*, Abgestimmte Verhaltensweisen im Kartellrecht, 1972, S. 26: „Aus wettbewerbspolitischer Sicht sollte vielmehr gegen alle diejenigen ein- oder gegenseitigen Meinungsaußerungen aller Art vorgegangen werden können, deren objektiver bzw. branchenüblicher Erklärungswert auf eine Beeinflussung der Mitbewerber gerichtet ist und deren Erfolg sich in einem Parallelverhalten niederschlägt.“

715 Unter diesem Merkmal ließe sich bspw. erörtern, ob es andere Erklärungen für eine gewisse Maßnahme gibt als das bloße Koordinierungsinteresse mit den Wettbewerbern zwecks Ausräumung wettbewerblicher Unsicherheit.

716 Dieses Beispiel geht auf eine Anregung von *Michael Beurskens* zurück; vgl. auch den spanischen Beitrag zum OECD Policy Roundtable über Facilitating Practices in Oligopolies, DAF/COMP(2008)24, S. 87, 89; freilich ist anerkannt, dass die Ankündigung von Preiserhöhungen den eigenen Kunden gegenüber legitimen Interessen entspricht, so etwa *Mestmäcker/Schweitzer*, Europäisches Wettbewerbsrecht, 3. Aufl. 2014, § 10 Rn. 40 oder auch *Roth/Ackermann*, in: Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht, 101. Lieferung, Stand: 03/2022, Grundfragen des Art. 101 Abs. 1 AEUV, Rn. 208.

717 Zum Begriff *Roth/Ackermann*, a.a.O., Rn. 209.

stattfindenden Prüfung einer bezeichneten oder bewirkten Wettbewerbsbeschränkung.⁷¹⁸ Würde eine Abgrenzung zwischen objektiv gebotenen Verhalten auf der einen und Mitteln der Koordinierung auf der anderen Seite allerdings nicht bereits in der Tathandlung stattfinden, bliebe angesichts der teils unweigerlich wettbewerbsschädigenden Wirkung etwa von transparenter Preissetzung nichts anderes, als solche Fälle über Tatbestandsrestriktionen oder eine Freistellung gem. Art. 101 Abs. 3 AEUV / § 2 GWB wieder einzufangen. Dies erscheint unnötig kompliziert und könnte Probleme bei der dort bestehenden Dogmatik hervorrufen.

Zuletzt sei darauf hingewiesen, dass der strategische Kontakt zwischen Unternehmen als Bestandteil der zweiten Definition nicht (ausschließlich) als Kommunikation missverstanden werden darf, sondern im Sinne des bisherigen Verständnisses einer Fühlungnahme angelegt ist. Man könnte in Analogie zur Physik auch an den Kontakt zweier Elektroden denken, wobei die Verknüpfung durch einen Berührungspunkt gemeint ist. Eine solche Verknüpfung, etwa zweier Preise miteinander, nimmt auch eine Preisgarantie vor.

cc) Leitgedanken für etwaige Änderungen de lege ferenda

Wer von der hier vertretenen Auslegung nicht überzeugt ist, kann gleichwohl zweierlei nicht bestreiten. *Zum einen* kann als gesichert und absolut herrschende Meinung gelten, dass die Mitgliedsstaaten im europäischen Kartellverbots einen weiten Auffangtatbestand verankern wollten, um sich größtmögliche Freiheit bei der Erfassung antikompetitiven Verhaltens zu erhalten. Ihr wettbewerbsschädigendes Potential unterstellt, wird dieses Ziel bei Preisgarantien im Speziellen und bei unilateral veranlasster Kollusion im Allgemeinen bis dato verfehlt. *Zum anderen* zeigt sich die bisherige Anwendungspraxis in einigen Themenfeldern denkbar expansionsfreudig. Als Zäsur kann das *Eturas*-Urteil des EuGH betrachtet werden, in dem eine aufeinander abgestimmte Verhaltensweise bereits angenommen wurde, als miteinander im Wettbewerb stehende Unternehmen schlicht dieselbe

718 Mit dieser Feststellung sei der Vorschlag von ähnlich anmutenden Ansätzen abgegrenzt, wie z.B. Thomas, (15) J.C.L.E. 2019, 159-203; ders., Auslegung des Kartellverbots bei Kollusion durch Algorithmen, in: Zimmer, (Hrsg.), Regulierung für Algorithmen und Künstliche Intelligenz, 2021, S. 293-310, der bei algorithmischer Preissetzung eine Kosten-/Nutzen-Analyse von Informationssignalen bereits im Rahmen der Tathandlung durchführen möchte.

Nachricht erhielten und dieser nicht widersprachen. Wer dem aktuellen Gesetzeswortlaut das Erfordernis einer aktiven Beteiligung aller Unternehmen an den Koordinierungsmaßnahmen entnimmt, kann diese Entwicklung – zu Recht – nicht gutheißen.

Als Folge beider Beobachtung wäre ein Plädoyer dafür geboten, den Auffangtatbestand sprachlich zu aktualisieren, um einerseits eine angemessene Grundlage für die bisherige Anwendungspraxis zu schaffen und um andererseits den Anwendungsbereich des Kartellverbots zu erweitern,⁷¹⁹ damit bei Bedarf auch einseitige Maßnahmen erfasst werden können. Die sprachliche Neufassung des Tatbestands hängt davon ab, in welchem Aspekt des bisherigen Wortlauts („aufeinander abgestimmte Verhaltensweise“) man die unüberwindbare Begrenzung ausmacht. Um eine echte Fortentwicklung zu gewährleisten, käme man vermutlich nicht umher, auf den Begriff Abstimmung komplett zu verzichten.⁷²⁰ Feststeht darüber hinaus, dass sich der zweigliedrige Tatbestand bzw. die Ausgestaltung als Erfolgsdelikt nicht nur als unnötig, sondern auch als Ursache für Verwirrung und begriffliche Meinungsverschiedenheiten erwiesen hat. Denkbar wäre zum einen, den Begriff einer „*Fühlungnahme*“ (unter Beibehaltung der zugehörigen Definition, vgl. ursprünglich das *Zucker-Urteil*⁷²¹, leicht abgewandelt seit dem *Anic-Urteil*⁷²²) zum Tatbestandsmerkmal zu erheben. Zum anderen könnte man in der dritten Handlungsvariante „von sonstigen Formen [...]“ oder „Mitteln der Koordinierung“ sprechen.⁷²³ Die Gesetzesbegründung müsst-

719 Eine solche Erweiterung des kartellrechtlichen Instrumentariums fordern etwa *Andreoli-Versbach/Franck*, (II) J.C.L.E. 2015, 463-492; s. 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.

720 Vgl. etwa „sonstige Abstimmung“; „sonstige Verhaltensabstimmung“; „sonstige kommunikationsbasierte Verhaltensabstimmung“; „sonstige Abstimmungspraktiken“; „sonstiges Abstimmungsverhalten“.

721 EuGH v. 16.12.1975, Verb. Rs. 40-48/73 u.a., Slg. 1975-01663, ECLI:EU:C:1975:174 – *Suiker Unie*, Rn. 173/174.

722 EuGH v. 8.7.1999, Rs. C-49/92 P, Slg. 1999, I-4125, ECLI:EU:C:1999:356 – *Anic Partecipazioni*, Rn. 117.

723 Freilich handelt es sich beim Verb „koordinieren“ laut Duden um ein Synonym für „aufeinander abstimmen“. Dies stärkt einerseits die hier vertretene Auffassung, dass auch einseitige Koordinierungsmaßnahmen genügen sollten. Andererseits könnten Verfechter der Gegenauffassung diesem Begriff dieselbe Kritik vorhalten. Im Gegenzug müsste man sich aber ernsthaft fragen lassen, welche Worte der deutschen Sprache in angemessener Weise als Oberbegriff das tatbestandlich zu erfassende Verhalten bezeichnen könnten; siehe für eine Sprachkritik und unweigerliche Über-

te deutlich machen, dass im Einzelfall auch einseitige Maßnahmen diese Tatvariante erfüllen können. Gleichzeitig müsste sie erkennen lassen, dass keine grundlegende Abkehr von den über Jahrzehnten höchstrichterlich gewonnenen Maßstäben und Anwendungslinien beabsichtigt ist. Sie würden fortgelten, was sich insbesondere daran verdeutlichen ließe, dass der zweite Formulierungsvorschlag dem *ICI-Urteil*⁷²⁴ und damit dem (für Europa) ältesten Abgrenzungsversuch zwischen Parallelverhalten und kollusivem Zusammenwirken entnommen ist.

dd) Auswirkungen der 11. GWB-Novelle

Im Juli 2023 würde die 11. GWB-Novelle verabschiedet.⁷²⁵ Nicht nur sieht der neu entstandene § 32f GWB vor, dass Unternehmen nach einer Sektoruntersuchung bei erheblichen, fortwährenden Störungen des Wettbewerbs auf dem betroffenen Markt missbrauchsunabhängig entflochten werden können (Abs. 3, 5). Anstelle dieser *ultima ratio* können zunächst strukturelle oder verhaltensbezogene Abhilfemaßnahmen auferlegt werden (Abs. 3 Satz 6). Das BKartA kann Unternehmen etwa bestimmte unilaterale Verhaltensweisen untersagen. In einer Liste mit Regelbeispielen findet sich hierzu beispielsweise das „Verbot der einseitigen Offenlegung von Informationen, die ein Parallelverhalten von Unternehmen begünstigen“ (§ 32f Abs. 3 Satz 7 Nr. 5 GWB). Es wurde bereits darauf hingewiesen, dass es nunmehr auch „*Oligopolen an den Kragen*“ gehen könnte.⁷²⁶

Darin eine allgemeine und abschließende Lückenschließung zu sehen, die (endlich) das Verbot einseitig verwendeter „*facilitating practices*“ ermögliche,⁷²⁷ greift dagegen zu kurz. Da die Novelle als Verschärfung und Erweiterung des kartellrechtlichen Instrumentariums eingestuft wird, zeigt sich zwar, dass der Gesetzgeber die individuell-einseitige Verwendung von „*facilitating practices*“ (vermutlich) als bisher nicht vom Kartellverbot erfasst ansieht. Dies lässt allerdings nur bedingt Rückschluss auf die gesetzgeberisch beabsichtigte Reichweite und Wortlautinterpretation des Kar-

⁷²⁴ schneidung aller mit „co-“ beginnenden Begrifflichkeiten *Black*, (1) E.C.J. 2005, 341 ff.

⁷²⁵ EuGH v. 14.07.1972, Rs. 48/69, Slg. 1972-00619, ECLI:EU:C:1972:70 – *ICI*, Rn. 64/67.

⁷²⁶ Gesetz zur Änderung des Energiesicherungsgesetzes und des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, BGBl. 2023 Teil I Nr. 167 v. 26.06.2023.

⁷²⁷ *Wagner-v. Papp*, NZKart 2022, 605 ff.; ders., WuW 2022, 642, 648.

⁷²⁷ In diese Richtung *Wagner-v. Papp*, a.a.O., 606.

tellverbots zu, was primär damit zusammenhängt, dass die nationale Vorschrift in § 1 GWB eine Entsprechung des europäischen Kartellverbots gem. Art. 101 AEUV darstellt. Sie wurde in der 6.⁷²⁸ und 7. GWB-Novelle⁷²⁹ zum Zwecke der Angleichung des nationalen und europäischen Kartellrechts von letzterem übernommen. Daher wird man annehmen dürfen, dass das Normverständnis des deutschen Gesetzgebers seither unter dem Eindruck der bereits geltenden Auslegung und Anwendungspraxis des europäischen Kartellverbots steht. Wie die vorangegangene Untersuchung gezeigt hat, geht das weit überwiegende Verständnis in der Tat davon aus, dass unilaterale Kollusion nicht erfasst werden kann. Dabei handelt es sich nach hier vertretener Auffassung allerdings um kein Ergebnis zwingender Auslegungsgrenzen der Vorschrift. Selbst insofern der deutsche Gesetzgeber das Verständnis als gegeben annimmt, bringt er mit der GWB-Novelle keine entsprechende Intention zum Ausdruck. Hinzukommt ohnehin, dass die oben empfohlene Auslegung über die nationale Vorschrift des § 1 GWB hinausgeht, indem sie unmittelbar auch für Art. 101 Abs. 1 AEUV gilt. Dessen Auslegung wiederum wird nicht von nationaler Gesetzgebung beeinflusst. Im Wege eines systematischen Arguments könnte die 11. GWB-Novelle allerhöchstens die Auslegung von § 1 GWB beeinflussen, was nach hier vertretener Auffassung allerdings nicht überzeugt. Nicht zuletzt würde dies den in der 6. und 7. GWB-Novelle zum Ausdruck gebrachten Wunsch nach einheitlichen Maßstäben für das europäische und deutsche Kartellverbot konterkarieren.

Bei Einnahme der Perspektive des deutschen Gesetzgebers spricht auch in teleologischer Hinsicht wenig dafür, der Gesetzesnovelle einen Hinweis auf die beabsichtigten Auslegungsgrenzen des Kartellverbots zu unterstellen. Ebenso wie man mit der Missbrauchsaufsicht (siehe dazu noch unten, S. 263 ff.) nur einen Teil aller ökonomisch problematischen Fälle erfassen könnte, gilt selbiges für die in § 32f GWB angesprochenen wettbewerblich dauerhaft geschwächten Märkte. Die mit der 11. GWB-Novelle erzielten Änderungen können die oben beschriebenen, weitreichenden Anwendungsschwierigkeiten des Kartellrechts bei unilateraler Kollusion allenfalls bruchstückhaft lösen. Auch deswegen sollte die Novelle der hier vorge-

728 Sechstes Gesetz zur Änderung des GWB vom 26.08.1998, BGBl. 1998 Teil I Nr. 59 v. 02.09.1998, S. 2521 ff.

729 Siebtes Gesetz zur Änderung des GWB vom 07.07.2005, BGBl. 2005 Teil I Nr. 42 v. 12.07.2005, S. 1954 ff.

schlagenen Auslegung nicht im Weg stehen.⁷³⁰ § 32f GWB ließe zwar im Einzelfall eine Untersagung bestimmter einseitiger Maßnahmen der Kollusionsförderung zu. Dies könnte mit Blick auf den Auslöser des Gesetzesvorhabens auch und gerade den in dieser Bearbeitung schon vielfach in Bezug genommenen Kraftstoffmarkt⁷³¹ betreffen. Allerdings enthält der Wortlaut keine Anhaltspunkte dafür, dass die Regelung abschließend sei.⁷³² Im Gegenteil wurde für die Auferlegung von Verhaltensverboten in § 32f Abs. 3 Satz 1 GWB sogar eine schwache Subsidiarität gegenüber der Anwendung von §§ 1, 18 ff. GWB angeordnet.⁷³³ Diese sind – es sei denn, sie reichen nicht aus, um der Störung angemessen entgegenzuwirken – vorrangig anzuwenden. Daher können sie in ihrer Reichweite auch nicht von § 32f GWB und den dort (zusätzlich) geregelten Fallkonstellationen begrenzt werden. Sollten sich im Wege neuer Erkenntnisse bei der Rechtsanwendung und Auslegung dieser Vorschriften zusätzliche Spielräume ergeben, kann dies zwar dazu führen, dass § 32f GWB an Bedeutung verliert oder einzelne Regelbeispiele hinfällig werden. Dies ist aber insoweit unproblematisch, als der Gesetzgeber bewusst (vermeintlichen) Lücken der Kartellrechtsanwendung entgegentreten wollte. Bestehen diese in tatsächlicher Hinsicht nicht, entfällt auch der Bedarf für die zusätzliche Regelung.

3. Wettbewerbsbeschränkung

Gelingt es mit der hier vertretenen Auffassung, das von einer Preisgarantie beeinflusste Preissetzungsverhalten mehrerer miteinander im Wettbewerb stehender Unternehmen als aufeinander abgestimmte Verhaltensweise mit dem Kartellverbot zu erfassen, stellt sich auf Ebene des Taterfolgs die notwendige Folgefrage, wann die Verwendung einer Preisgarantie antikompetitiv ist und zu höheren Preisen führt. In diesem Abschnitt soll eine Überführung der ökonomischen Erkenntnisse aus dem ersten Kapitel dieser Arbeit in handhabbare Subsumtionsregeln geleistet werden.

730 Thomas, ZWeR 2022, 333, 340 scheint gar von exklusiven Anwendungsbereichen auszugehen: Bei der von § 32f GWB-RefE angesprochenen stillschweigenden Koordinierung handele es sich nur um solche Zustände, die gerade nicht aufgrund einer abgestimmten Verhaltensweise zustande gekommen sind.

731 Vgl. die auf S. 114 ff. wiedergegebenen Studien.

732 Vgl. etwa Mundt, NZKart 2023, 1, 2.

733 Wagner-v. Papp, WuW 2023, 301.

a) Grundlinien des Merkmals

Das Kartellverbot untersagt Handlungen, die eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs bezeichnen oder bewirken. Bei diesem Tatbestandmerkmal ist der Taterfolg einer Abstimmungshandlung zu prüfen. Die drei Varianten werden gemeinhin ohne nähere Erläuterung als Beschränkung des Wettbewerbs zusammengefasst.⁷³⁴ Tathandlung und Taterfolg können dagegen in unterschiedlicher Weise miteinander verknüpft sein. Ob eine Wettbewerbsbeschränkung beabsichtigt oder bewirkt wird, bestimmt die Prüfung der wettbewerblichen Wirkungen.

Eine beabsichtigte Wettbewerbsbeschränkung hängt entgegen erster Intuition nicht primär mit den Absichten der handelnden Parteien zusammen,⁷³⁵ sondern bestimmt sich objektiv nach dem Inhalt und Charakter einer Vereinbarung oder abgestimmten Verhaltensweise.⁷³⁶ Weist die Handlung ihrer Natur nach – bei objektiver Betrachtung – eine Tendenz auf, den Wettbewerb zu schädigen,⁷³⁷ wird ein Beabsichtigen der Wettbewerbsbeschränkung angenommen. Die Auswirkungen im konkreten Einzelfall müssen dann nicht mehr geprüft werden. Das entscheidende Merkmal ist nach der europäischen Rechtsprechung die Feststellung, dass eine Koordinierung in sich selbst eine hinreichende Beeinträchtigung des Wettbewerbs erkennen lässt.⁷³⁸ Freilich ist den Unternehmen damit nicht die Möglichkeit genommen, substantiiert vorzutragen, dass das streitige Verhalten aufgrund von Besonderheiten des Einzelfalls ungeeignet war, eine Beschränkung des Wettbewerbs herbeizuführen.⁷³⁹ In dem Fall können es die Wettbewerbsbe-

⁷³⁴ *Zimmer*, in: Immenga/Mestmäcker (Begr.), Wettbewerbsrecht, Band 1: EU-Recht, 6. Aufl. 2019, Art. 101 Abs. 1 AEUV Rn. 123 f.; *Säcker/Zorn*, in: MüKoWettbR, Band 1/1: EU-Recht, 4. Aufl. 2023, Art. 101 AEUV Rn. 198; *Berg/Mudrony*, in: Berg/Mäsch (Hrsg.), Deutsches und Europäisches Kartellrecht, 4. Aufl. 2022, Art. 101 AEUV Rn. 84.

⁷³⁵ **HM** jeweils mwN. *Zimmer*, a.a.O., Rn. 129; *Hengst*, in: Bunte (Hrsg.), Kartellrecht-Kommentar, 14. Aufl. 2021, Band 2: EU-Recht, Art. 101 Abs. 1 AEUV Rn. 246; *Säcker/Zorn*, MüKoWettbR, Band 1/1: EU-Recht, 4. Aufl. 2023, Art. 101 AEUV Rn. 258 ff.

⁷³⁶ *Zimmer*, a.a.O., Rn. 130; *Stockenhuber*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), Art. 101 AEUV, Dokumentenstand: 64. EL Mai 2018, Rn. 142.

⁷³⁷ *Zimmer*, a.a.O., Rn. 129 f. mwN; *Grave/Nyberg*, in: LMRKM (Hrsg.), Kartellrecht, 4. Aufl. 2020, Art. 101 Abs. 1 AEUV Rn. 228; *Hengst*, in: Bunte (Hrsg.), Kartellrecht-Kommentar, 14. Aufl. 2021, Band 2: EU-Recht, Art. 101 Abs. 1 AEUV Rn. 239.

⁷³⁸ EuGH v. 14.03.2013, Rs. C-32/11, ECLI:EU:C:2013:160 – *Allianz Hungária*, Rn. 34.

⁷³⁹ EuGH v. 04.10.2011, Verb. Rs. C-403/08 u.a., Slg. 2011 I-09083, ECLI:EU:C:2011:631 – *Football Association Premier League Ltd u.a./QC Leisure u.a. & Karen Murphy/Media Protection Services Ltd.*, Rn. 140.

hördnen nicht bei einer *prima-facie* Betrachtung belassen, sondern müssen sich mit den Einwänden der Unternehmen auseinandersetzen. Es kommt zu einer Untersuchung des wirtschaftlichen und rechtlichen Kontexts.⁷⁴⁰ Hier verschwimmen die Grenzen zur Prüfung einer bewirkten Wettbewerbsbeschränkung.⁷⁴¹

Für eine bewirkte Wettbewerbsbeschränkung sieht die Herangehensweise im Grundsatz anders aus. Ist die Wirkung einer Handlung nicht in vergleichbarer Weise typisierbar und evident, müssen die konkreten Auswirkungen untersucht werden.⁷⁴² Es muss festgestellt werden, dass die fraglichen Handlungen konkret geeignet sind, wettbewerbsschädigende Wirkung zu entfalten. Außerdem müssen sie – ausweislich eines ungeschriebenen Tatbestandsmerkmals – spürbar, d.h. zu einem gewissen Ausmaß erheblich sein.⁷⁴³ Im Rahmen dieser Auswirkungsanalyse findet allerdings keine „Rule-of-Reason“ im Sinne einer Abwägung der Vor- und Nachteile einer Verhaltenskoordinierung statt.⁷⁴⁴ Die Architektur des deutschen und europäischen Kartellverbots sieht vor, dass (Effizienz-)Vorteile im Rahmen von Art. 101 Abs. 3 AEUV bzw. § 2 GWB geprüft werden. Wettbewerbsschädigende Handlungen können von der Verbotswirkung freigestellt werden, wenn sie – nach einem klar vorgezeichneten Abwägungsschema – einen höheren Nutzen als Schaden zeitigen.

-
- 740 Zur Kontextanalyse *Zimmer*, in: Immenga/Mestmäcker (Begr.), *Wettbewerbsrecht*, Band 1: EU-Recht, 6. Aufl. 2019, Art. 101 Rn. 131; *Grave/Nyberg*, in: LMRKM (Hrsg.), *Kartellrecht*, 4. Aufl. 2020, Art. 101 Abs. 1 AEUV Rn. 230; siehe möglicherweise abweichend *Säcker/Zorn*, in: MüKoWettbR, Band 1/1: EU-Recht, 4. Aufl. 2023, Art. 101 AEUV Rn. 264 ff., die sie für ein stets erforderliches Merkmal der Zweckprüfung halten; ähnlich: *Stockenhuber*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), Art. 101 AEUV, Dokumentenstand: 64. EL Mai 2018, Rn. 142.
- 741 Vgl. andeutungsweise *Grave/Nyberg*, in: LMRKM (Hrsg.), *Kartellrecht*, 4. Aufl. 2020, Art. 101 Abs. 1 AEUV Rn. 230 mit dem Hinweis, dass es sich noch um keine Auswirkungsanalyse handelt.
- 742 *Grave/Nyberg*, a.a.O., Rn. 232; *Säcker/Zorn*, in: MüKoWettbR, Band 1/1: EU-Recht, 4. Aufl. 2023, Art. 101 Abs. 1 AEUV Rn. 272 ff.; *Stockenhuber*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), Art. 101 AEUV, Dokumentenstand: 64. EL Mai 2018, Rn. 145 ff.; *Zimmer*, in: Immenga/Mestmäcker (Begr.), *Wettbewerbsrecht*, Band 1: EU-Recht, 6. Aufl. 2019, Art. 101 Abs. 1 AEUV Rn. 132 ff.
- 743 Die Spürbarkeit bezeichneter Wettbewerbsbeschränkungen wird vermutet, um nicht über diesen Weg – zumal aufgrund eines ungeschriebenen Merkmals – doch zu einer (verpflichtenden) Auswirkungsanalyse zu gelangen, vgl. EuGH v. 13.12.2012, Rs. C-226/11, ECLI:EU:C:2012:795 – *Expedia*, Rn. 37.
- 744 *Grave/Nyberg*, in: LMRKM (Hrsg.), *Kartellrecht*, 4. Aufl. 2020, Art. 101 Abs. 1 AEUV, Rn. 285-287; *Hengst*, in: Bunte (Hrsg.), *Kartellrecht-Kommentar*, 14. Aufl. 2021, Band 2: EU-Recht, Art. 101 Abs. 1 AEUV Rn. 209 ff.

Eine Einzelfalluntersuchung bei möglicherweise bewirkten Wettbewerbsbeschränkungen macht es – selbst im Lichte des viel diskutierten „more economic approach“⁷⁴⁵ – nicht erforderlich, stets ökonometrische Evidenz über den Effekt bestimmter Verhaltensweisen vorzuhalten. Es genügt, wenn eine qualitative Untersuchung der Umstände des Einzelfalls – in Übereinstimmung mit Vorhersagen der Wirtschaftswissenschaft – zu dem Ergebnis kommt, dass wettbewerbsschädigende Wirkungen der streitigen Verhaltensweise überwiegend wahrscheinlich sind. Eine quantitativ-empirische Vorgehensweise stellt nur eine von mehreren Nachweismöglichkeiten dar. Anders als in der Fusionskontrolle⁷⁴⁶ oder der Missbrauchsaufsicht⁷⁴⁷ sind die Kartellbehörden in Verfahren nach Art. 101 Abs. 1 AEUV bzw. § 1 GWB (mit Ausnahme der Marktabgrenzung und Berechnung von Marktanteilen) noch nicht dezidiert zu einer quantitativen Analyse übergegangen.⁷⁴⁸

b) Besonderheiten bei Preisbezug

Zu bezweckten Wettbewerbsbeschränkungen zählen typischerweise Absprachen mit Bezug zu den Preisen der beteiligten Unternehmen.⁷⁴⁹ Der Preis ist (neben der Absatzmenge) der überragend wichtige Wettbewerbs-

745 Statt vieler: *Ewald*, in: Wiedemann (Hrsg.), Handbuch des Kartellrechts, 4. Aufl. 2020, § 7 Rn. 17-19.

746 Man denke etwa an UPP/IPR-Screens, Simulationen oder etwa Preis-Konzentrationsstudien; siehe zu alledem *Schwalbe/Zimmer*, Kartellrecht und Ökonomie, 3. Aufl. 2021, S. 332 ff.

747 Hier sei etwa auf Preis-Kosten-Tests wie den „as efficient competitor“-Test hingewiesen, der Gegenstand des mittlerweile in vierter Runde laufenden Verfahrens zwischen *Intel* und der EU-Kommission ist; siehe überblicksartig zum Verfahren und der Rolle des AEC-Tests: *Zimmer/Rottmann*, WuW 2022, 370-377.

748 Eine Ausnahme könnte möglicherweise das vom BKartA wegen der Verwendung einer engen Bestpreisklausel gegen *Booking* geführte Verfahren sein, in dem es eine detaillierte Untersuchung des vorübergehenden behördlichen Verbots nachreichte und anhand der Entwicklung von *Bookings* Marktanteilen argumentierte, dass ein behauptetes Trittbrettfahrerverhalten der Hotels kaum geschäftsschädigend sein könnte, vgl. hierzu: Bundeskartellamt, Die Auswirkungen enger Preisparitätsklauseln im Online-Vertrieb – Ermittlungsergebnisse aus dem Booking-Verfahren, Schriftenreihe „Wettbewerb und Verbraucherschutz in der digitalen Wirtschaft“, August 2020.

749 Sie gelten nicht zuletzt als Kern- bzw. Hardcore-Beschränkungen, vgl. *Zimmer*, in: Immenga/Mestmäcker (Begr.), Wettbewerbsrecht, Band 1: EU-Recht, 6. Aufl. 2019, Art. 101 Abs. 1 AEUV Rn. 130, 135; *Stockenhuber*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), Art. 101 AEUV, Dokumentenstand: 64. EL Mai 2018, Rn. 142; Abgrenzung bei *Säcker/Zorn*, in: MüKoWettbR, Band 1/1: EU-Recht, 4. Aufl. 2023, Art. 101 Abs. 1 AEUV Rn. 261; zum Verhältnis von bezweckter Wettbewerbsbeschränkung

paramater. Gleichwohl zeigt die jüngere Rechtsprechung in Gestalt der *Cartes Bancaires*-Entscheidung des EuGH,⁷⁵⁰ dass eine strittige Verhaltensweise, bloß weil sie den Preis betrifft, nicht zwingend als bezweckte Wettbewerbsbeschränkung einzustufen ist, sondern dass den Umständen des Einzelfalls entsprechend auch hier eine Auswirkungsanalyse angezeigt sein kann.⁷⁵¹ Ähnliches muss man für das *Booking*-Urteil des BGH festhalten,⁷⁵² bei dem die enge Bestpreisklausel der Hotelbuchungsplattform als bewirkte Wettbewerbsbeschränkung eingestuft wurde. Auch hier hat die Beeinflussung des (Markt-)Preises nicht automatisch dazu geführt, dass von einer bezweckten Wettbewerbsbeschränkung ausgegangen wurde.⁷⁵³ Nicht zuletzt wurde jüngst für die Preisbindung der zweiten Hand festgehalten, dass diese nicht zwingend eine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung darstellen müssen, obwohl es sich um eine Kernbeschränkung im Sinne der Vertikal-GVO handelt.⁷⁵⁴ Aus alledem folgt, dass die Erfassung einer Preisgarantie als abgestimmte Verhaltensweise die wettbewerbliche Würdigung nicht vorwegnimmt. Im Lichte der oben vorgenommenen ökonomischen Analyse von Preisgarantien ist festzuhalten, dass deren Funktionsweise in einer Vielzahl von Konstellationen wettbewerbliche Bedenken hervorruft, gleichwohl aber nicht per se von ihrer Schädlichkeit auszugehen ist. Obwohl die Preise von miteinander im Wettbewerb stehenden Unternehmen betroffen sind, liegt keine Hardcore-Beschränkung vor, wie dies

und Kernbeschränkungen *Grave/Nyberg*, in: LMRKM (Hrsg.), *Kartellrecht*, 4. Aufl. 2020, Art. 101 Abs. 1 AEUV, Rn. 233 ff.

750 EuGH v. 11.09.2014, Rs. C-67/13 P, ECLI:EU:C:2014:2204 – *Groupement des cartes bancaires/Kommission*.

751 Heinemann, Algorithmenbasierter Handel und Kartellverbot, in: Zimmer (Hrsg.), *Regulierung für Algorithmen und Künstliche Intelligenz*, 2021, S. 269, 275; vgl. allgemein zur damit verbundenen strikteren Auslegung einer bezweckten Wettbewerbsbeschränkung *Hengst*, in: Bunte (Hrsg.), *Kartellrecht-Kommentar*, 14. Aufl. 2021, Band 2: EU-Recht, Art. 101 Abs. 1 AEUV Rn. 242 ff.

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

753 Zugegebenermaßen mag dies auch an der mittelbaren Wirkung einer engen Bestpreisklausel liegen, bei denen eine Beschränkung des horizontalen Provisionswettbewerbs zu befürchten ist, obwohl lediglich eine vertikale Bindung der Hotels vorliegt, vgl. hierzu oben: S. 195 f. Insofern handelt es sich um keine klassische Absprache zwischen Wettbewerbern. Genau daran zeigt sich freilich die Nähe der Konstellation zu einer Preisgarantie.

754 EuGH v. 29.06.2023, Rs. C-211/22 – *Super Bock Bebidas/Autoridade de Concorrência*, Rn. 27-43.

etwa bei einem klassischen Preiskartell der Fall wäre.⁷⁵⁵ Daher empfiehlt es sich, jedenfalls eine Untersuchung des Kontexts und im Einzelfall gar eine umfassende Auswirkungsanalyse vorzunehmen.⁷⁵⁶ Hierbei gilt es das Marktumfeld, die Rolle und Stellung der beteiligten Unternehmen, die Bedingungen und Modalitäten einer Preisgarantie sowie die betroffenen Produkte und das entsprechende Suchverhalten der Konsumenten in den Blick zu fassen. Hinsichtlich der eben bereits angesprochenen Möglichkeit, ökonometrische Evidenz der Preisentwicklung nach Einführung einer Preisgarantie hinzuzuziehen, sei darauf hingewiesen, dass dies nicht zur Verpflichtung gemacht werden sollte.⁷⁵⁷ Bereits die im Anschluss zusammenfassenden strukturellen Merkmale eines Marktumfelds können als verlässliche Indikatoren dafür gelten, ob von einer Preisgarantie Gefahren für den Wettbewerb ausgehen. Empirische Evidenz sollte daher höchstens verlangt werden, wenn die sonstigen Umstände des Einzelfalls ambivalente Ergebnisse liefern.

c) Orientierungshilfen/Entscheidungskriterien

Im nachfolgenden Abschnitt soll aus den Erkenntnissen der ökonomischen Analyse von Preisgarantien eine Orientierungshilfe zur Unterscheidung zwischen wettbewerbsschädlichen und wettbewerbsneutralen Preisgarantien geronnen werden. Die gewonnenen Kriterien können dabei als ein Prüfungsschema fungieren, dessen Gebrauch die Schädlichkeit von Preisgarantien indiziert.⁷⁵⁸ Eine Absicherung durch (zusätzliche) ökonometrische

755 Ob die Preisabsprache erfolgreich umgesetzt wurde und tatsächlich zu Preisanstiegen geführt hat, steht auf einem anderen Blatt, s.o. bereits die Ausführungen zur Verteidigung mit vermeintlich kartelluntreuem Verhalten (S. 181 f.).

756 So plädieren auch *Gjendemsjø/Hjelmeng/Sørgard*, (36) *World Comp.* 2013, 355, 364 für einen „Rule-of-Reason“-Approach. Gemeint ist inhaltlich dasselbe. Freilich stellt eine Rule-of-Reason – wie oben dargestellt – einen dogmatisch anderen Ansatz als die Auswirkungsanalyse bei einer bewirkten Wettbewerbsbeschränkung dar.

757 Es liegen nur selten ähnlich umfangreiche, öffentlich zugängliche Daten vor, wie dies etwa dank der MTS-K beim Endkundenmarkt für Treibstoffe der Fall ist. Aufwändige quantitative Analysen dürften daher häufig bereits an einer unzureichenden Datenlage scheitern. Neue Möglichkeiten bieten dagegen Preisvergleichsportale, die Preisbewegungen vergleichbarer Produkte über weite Zeiträume der Vergangenheit speichern.

758 Siehe hierzu sowohl die Liste prüfbarer Kriterien bei *Winter*, in: ABA, Section of Antitrust Law (Hrsg.), *Issues in Competition Law and Policy*, 2008, Band 2, S. 1269, 1281 als auch die Screening-Devices und Diagramme in *Lear*, *Can 'Fair' Prices Be*

Überprüfung des Preisniveaus mag sich im Einzelfall anbieten. Gleichzeitig steht nicht für jede Branche ein ähnlich guter Datensatz bereit, wie ihn zum Beispiel historische Preis-Tracker im Internet oder die Markttransparenzstelle-Kraftstoffe liefern. Im Übrigen gilt festzuhalten, dass Preisgarantien ökonomisch umfassend erforscht sind, sodass sich das nachfolgend dargestellte, schematische Vorgehen aufdrängt. Ein behördliches oder gerichtliches Einschreiten von ökonometrischer Evidenz abhängig zu machen, wie es – de lege ferenda – für ein Vorgehen gegen weniger gut erforschte, unilaterale Instrumente der Verhaltenskoordination angeregt wurde,⁷⁵⁹ scheint nicht geboten.

- Garantien, die eine Preisentsprechung ausloben, bergen ein deutlich höheres wettbewerbliches Risiko als Garantien, die eine Preisunterbietung in Aussicht stellen.
- Allerdings ist auch Preisunterbietung kritisch zu betrachten, wenn sie sich auf die effektiven und nicht bloß die beworbenen Preise der Konkurrenz bezieht.
- Preisgarantien haben ein geringeres wettbewerbsschädigendes Potential, wenn ein (bereits vorher) preiswertes Unternehmen sie verwendet; gleiches gilt für Handelsunternehmen, die sich durch geringe Service-Bereitstellung auszeichnen.
- Preisgarantien sind dagegen problematisch, wenn ein Unternehmen sie verwendet, das (bereits vorher)⁷⁶⁰ am oberen Rand der Preisverteilung im Markt lag, oder gar Preisführer ist.
- In ähnlicher Weise ist die Wahrscheinlichkeit wettbewerbsschädigender Effekte höher, wenn ein marktstarkes Unternehmen eine Preisgarantie verwendet. Die Marktmacht kann sich dabei aus den Konsumentenpräferenzen ergeben, etwa aufgrund einer vorteilhaften Markenwahrnehmung und Qualitätserwartungen.
- Gleichermaßen scheint nicht zuletzt auch für ein Unternehmen mit der größten Kapazität und Absatzmenge zu gelten. Auch nach anderen Maßstäben zu beurteilende Marktmacht, ohne dass freilich die Schwelle zur Markt-

Unfair? A Review of Price Relationship Agreements, OFT-Report 1438, September 2012, S. 136 ff.

759 Andreoli-Versbach/Franck, (11) J.C.L.E. 2015, 463-492.

760 Im Beitrag von Jiang/Kumar/Ratchford, (63) Management Science 2017, 3489-3513 ist die Verwendung einer Preisgarantie prokompetitiv; gleichwohl ist das Unternehmen, das die Preisgarantie auslobt, schlussendlich teurer als seine Konkurrenz.

beherrschung überschritten sein müsste, kann hierbei Berücksichtigung finden, etwa eine bei Kunden besonders erfolgreiche Markenreputation.

- Das Kollusionspotential steigt, umso einfacher die Geltendmachung der Garantie ist, d.h. umso geringer die sog. Aufwandskosten („Hassle Cost“) sind. Am Ende der Fahnenstange steht eine automatische Verrechnung etwaiger Preisunterschiede, ggfs. sogar ohne Aufforderung und Geltendmachung.
- Eine Wettbewerbsschädigung liegt nahe, wenn auch und gerade die Preise der nicht-adoptierenden Unternehmen infolge einer Preisgarantie steigen. Dies spricht gegen die Signaling-These.
- Ein gewisses Maß an Geltendmachung der Preisgarantie erhöht die Wahrscheinlichkeit, dass es sich um eine wettbewerbsschädigende Konstellation handelt.
- Eine Wettbewerbsbeschränkung liegt ferner nahe, wenn Suchverhalten der Konsumenten als Reaktion auf eine Preisgarantie eingeschränkt wird.

d) Geringe Gefahr eines Over-Enforcements

Das Plädoyer für eine schematische Beurteilung von Preisgarantien beruht nicht zuletzt auf der Einschätzung, dass das Risiko eines gesamtwirtschaftlich schädlichen Over-Enforcements durch falsch-positive Behördenentscheidungen in diesem Bereich begrenzt sein dürfte.

Definition: Von einer falsch-positiven Entscheidung wird (in diesem Kontext) gesprochen, wenn das Kartellrecht fälschlicherweise zur Anwendung kommt, obwohl keine Wettbewerbsbeschränkung vorliegt.⁷⁶¹ Der Begriff stimmt überein mit dem in der Statistik bekannten „Fehler 1. Art“, der das Szenario beschreibt, in dem eine Nullhypothese (hier aufgrund der Beweislast der Behörde: keine Wettbewerbsbeschränkung) fälschlicherweise zugunsten der Alternativhypothese (Vorliegen einer Wettbewerbsbeschränkung) verworfen wird.⁷⁶²

Dies hängt vor allem damit zusammen, dass es der wirtschaftswissenschaftlichen Forschung bisher kaum gelungen ist, tragfähige Vorteile der Verwen-

761 Vgl. *Ewald*, in: Wiedemann (Hrsg.), Handbuch des Kartellrechts, 4. Aufl. 2020, § 7 Rn. 15.

762 Vgl. *Goerg/Petersen*, in: Towfigh/Petersen (Hrsg.), Ökonomische Methoden im Recht, 3. Aufl. 2023, § 7 Rn. 442 ff.

dung von Preisgarantien für die Gesamtwohlfahrt herauszuarbeiten. Selbst wenn die Rede von prokompetitiven Wirkungen ist,⁷⁶³ wird damit im Regelfall ein Zustand bezeichnet, in dem wettbewerbsschädigende Wirkungen einer Preisgarantie ausbleiben. Eine Belebung des Wettbewerbs geht von ihnen – entgegen der weitläufigen Verbraucherwahrnehmung⁷⁶⁴ – oft nicht aus. Preisgarantien sind in den allermeisten ökonomischen Beiträgen bestenfalls wohlfahrtsneutral.

Eine Ausnahme bildet höchstens die Signaling-These, etwa im Modell von *Moorthy/Winter*.⁷⁶⁵ Im Gleichgewicht steigen dabei die Preise des günstigeren, Garantie auslobenden Unternehmens, während die Preise des anderen Unternehmens sinken. Trotz der Preisansteige beim günstigeren Unternehmen beziehen nach Einführung der Preisgarantie mehr (vormals) uninformed Konsumenten zum günstigeren (wenn auch leicht erhöhten) Preis. Bereits ihre Vorteile dürften – ein ursprünglich ausreichend hohes Preisdifferential der Anbieter vorausgesetzt – die Nachteile derer, die auch vorher schon beim günstigen Unternehmen gekauft hätten, ausgleichen. Hinzukommt, dass die informierten Kunden beim teureren Anbieter nun sparen, zumal der Anteil informierter Kunden im Markt – als eine Voraussetzung des „Separating Equilibrium“ – groß genug sein muss. Hier kann jedenfalls von einer Steigerung der Konsumentenrente (zulasten der Produzentenrente) gesprochen werden. Der Durchschnittspreis aller Verkaufsabschlüsse sinkt. Gleichzeitig steigt dagegen der niedrigste Preis im Markt. Dies könnte mitunter zu weniger Geschäftsabschlüssen führen und einen klassischen Wohlfahrtsverlust bedeuten. Insofern ist auch hier Vorsicht geboten, tatsächlich von einem prokompetitiven Effekt zu sprechen, jedenfalls was die Gesamtwohlfahrt angeht. Vehementen Verfechtern einer wettbewerbsfreundlichen Wirkung von Preisgarantien ist außerdem entgegenzuhalten, dass der Signaling-Fall relativ eindeutig zu ergründen ist. Beim Preisgarantie auslobenden Unternehmen muss es sich um ein Unternehmen am unteren Ende der Preisspanne handeln. Auch hier kann also mit einer schematischen Betrachtung eine hohe Treffsicherheit erzielt werden. Zuletzt sei darauf hingewiesen, dass selbst das authentische Preissignal eines tatsächlich günstigen Unternehmens grundsätzlich mit Vorsicht zu

763 Vgl. etwa *Fatás* et al., (26) *Rev. of Ind. Org.* 2005, 115-136; *Fatás* et al., (45) *Applied Econ.* 2013, 15-35.

764 Siehe die rezipierten Studien auf S. 129 ff.

765 Siehe hierfür etwa das Signaling-Modell nach *Moorthy/Winter*, (37) *RAND J. of Econ.* 2006, 449-465; *Winter*, in: *ABA, Sec. of Antitrust Law* (Hrsg.), *Issues in Competition Law and Policy*, 2008, Band 2, S. 1269, 1278-80.

betrachten ist, da von der Beeinflussung des Suchverhaltens der Konsumenten wiederum negative Folgen erwachsen können. Ersparte Suchkosten mancher Konsumenten bezahlen alle Konsumenten hinterrücks möglicherweise mit erhöhten Preisen.

Weitere Argumente für die Legitimität von Preisgarantien, wie z.B. die Bekämpfung von „Showrooming“ durch stationäre Händler, die im Wettbewerb mit günstigeren Online-Anbietern stehen,⁷⁶⁶ können wie gewohnt im Rahmen einer Einzelfreistellung gem. Art. 101 Abs. 3 AEUV, § 2 GWB berücksichtigt werden. Man denke vergleichsweise etwa an entsprechende Wettbewerbsbeschränkungen zur Absicherung gegen Trittbrettfahrten der Kunden, wie z.B. Alleinvertrieb und absoluten Gebietsschutz.⁷⁶⁷

II. Marktmachtmisbrauch

Ausgehend von dem systematischen, aber – wie oben dargelegt – nicht zwingenden Argument, das Kartellrecht sehe eine Erfassung unilateralen Verhaltens (nur) im Rahmen der Missbrauchsaufsicht vor,⁷⁶⁸ stellt sich die Frage, ob Art. 102 AEUV bzw. §§ 18, 19 GWB passende Instrumente zum – aus ökonomischer Sicht oftmals gebotenen – Einschreiten gegen Preisgarantien darstellen. Um das Ergebnis vorwegzunehmen, fällt die Antwort auf diese Frage im Allgemeinen negativ aus. Weder im Bereich der Einzelmarktbeherrschung, noch im Bereich der kollektiven Marktbeherrschung liegt eine dogmatisch überzeugungskräftige Schadenstheorie nahe.

1. Einzelmarktbeherrschung

Für den Bereich der Einzelmarktbeherrschung gilt zunächst festzuhalten, dass es entsprechend der oben dargestellten ökonomischen Intuition für die preistreibende Wirkung von Preisgarantien keiner Marktbeherrschung im Sinne des herrschenden Verständnisses von Art. 102 AEUV bzw. §§ 18, 19 GWB bedarf. In einer oligopolistischen Marktstruktur kann der Wett-

766 Vgl. die entsprechende ökonomische Forschung, S. 122 ff.

767 Zimmer, in: Immenga/Mestmäcker (Begr.), Wettbewerbsrecht, Band 2: GWB, 7. Aufl. 2024, § 1 Rn. 223 ff.; Kirchhoff, in: Wiedemann (Hrsg.), Handbuch des Kartellsrechts, 4. Aufl. 2020, § 11 Rn. 57.

768 Siehe die Nachweise in Fn. 664.

bewerb auch ohne die Anwesenheit eines wirtschaftlich klar überragenden Unternehmens mit Marktanteilen jenseits des von der EU-Rechtsprechung⁷⁶⁹ aufgestellten Orientierungspunkts von 50% bzw. der vom deutschen Gesetzgeber⁷⁷⁰ festgelegten 40%-Grenze (sog. marktstruktureller Ansatz) durch die Verwendung mindestens einer Preisgarantie geschwächt werden. Auch wenn im bisher viel zitierten Anwendungsbeispiel des Tankstellennetzwerkes *Shell* auffällt, dass dieses Unternehmen als Verwender der Preisgarantie gleichzeitig auch einer von zwei Markt-⁷⁷¹ und Preisführern⁷⁷² ist, liegt die betroffene Stellung mit ca. 20% im Jahr 2022 noch deutlich unterhalb der Schwelle zur Einzelmarktbeherrschung.⁷⁷³ So hat es jedenfalls das Bundeskartellamt in seiner Sektoruntersuchung zum Kraftstoff-Endkundenmarkt eingestuft, in der es allenfalls eine kollektiv marktbeherrschende Stellung der fünf in Deutschland größten Netzwerke von Markentankstellen ausmachen wollte.⁷⁷⁴ Dieser Fall zeigt anschaulich, dass für die empirisch hinreichend belegte⁷⁷⁵ wettbewerbsschädigende Wirkung einer Preisgarantie keine marktbeherrschende Stellung nach gelender Dogmatik erforderlich ist. Auch der Verwendungszweck einer Preisga-

769 EuGH v. 03.07.1991, Rs. C-62/86, Slg. 1991, I-3359, ECLI:EU:C:1991:286 – AKZO/Kommission, Rn. 60.

770 Für das deutsche Recht § 18 Abs. 4 GWB: „Es wird vermutet, dass ein Unternehmen marktbeherrschend ist, wenn es einen Marktanteil von mindestens 40 Prozent hat.“

771 Vgl. hierzu <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/3444/umfrage/marktanteile-auf-dem-tankstellenmarkt-in-deutschland/> (zuletzt abgerufen: 02.03.2024: *Shell* und *Aral* waren im Jahr 2020 gemeinsame Marktführer mit Marktanteilen von 20 und 21%.

772 Cabral et al., Price Matching Guarantees and Collusion: Theory and Evidence from Germany, Working Paper 2021, S. 11; ebenso Bundeskartellamt, Zusammenfassung des Abschlussberichts zur Sektoruntersuchung Kraftstoff, Mai 2011, S. 24; siehe auch Tabelle 13 sowie S. 61 ff. des Hauptberichts.

773 Es gilt allerdings darauf hinzuweisen, dass nicht alle bekannten Mineralölkonzerne und Handelsketten gleichmäßig in Deutschland verteilt sind. Die Marktabgrenzung müsste wohl lokal vorgenommen werden, sodass in einzelnen Regionen und Einzugsgebieten ggfs. höhere (oder niedrigere) Marktanteile vorliegen könnten. Diese Unterschiede dürften dagegen nicht riesig sein, immerhin befinden sich nach allgemeiner Lebenserfahrung immer eine Hand voll unterschiedlicher Tankstellen in einem gewissen Umkreis.

774 Dazu gehören neben *Shell* und *BP (Aral)* auch *Total*, *ExxonMobil (Esso)* sowie *CocoPhilipps (Jet)*, vgl. S. 18 f. des Abschlussberichts; sie sind zu großen Teilen auch auf der Vorstufe, dem Mineralölgroßhandel und der Raffinierung miteinander verbunden; a.A. zur Einstufung als marktbeherrschendes Kollektiv *Badtke/Vahrenholt*, ZWeR 2012, 272-309 mit Hinweisen auf entgegenstehende ökonomische Evidenz.

775 Siehe hierzu die Zusammenfassung entsprechender Forschungsarbeiten auf S. 114 ff.

rantie steht der Definition eines Einzelmarktbeherrschers entgegen. Als marktmächtig gilt dem *verhaltensbasierten* Ansatz⁷⁷⁶ zufolge, wer sich im Wesentlichen unabhängig von (seinen) Konkurrenten verhalten kann,⁷⁷⁷ darunter etwa seine Preise ohne entsprechenden Wettbewerbsdruck festlegen kann. Wer als einzelnes Unternehmen bereits die gemessen an der eigenen Kostenstruktur geltenden Monopolpreise wählen kann, benötigt keine Preisgarantie, um den von Konkurrenten ausgehenden Wettbewerbsdruck abzuschwächen. Eine Preisgarantie wird i.d.R. aber gerade dazu verwendet, einen Teil der Kundschaft davon abzuhalten, bei günstigeren Preisen der Konkurrenz dorthin abzuwandern. Ein Unternehmen, das eine solche Garantie verwendet, scheint sich also noch nicht hinreichend unabhängig von seinen Konkurrenten bewegen zu können. Auch zeigen Anwendungsfälle aus der Praxis, dass Preisgarantien scheinbar verwendet werden, um wachsenden Wettbewerbsdruck (durch neue Konkurrenten) abzuschwächen. Beispielsweise setzen Elektronikfachhandelsketten Preisgarantien mit Blick auf die E-Commerce-Plattform *Amazon* ein,⁷⁷⁸ die dafür bekannt ist, eine über lange Zeit sogar verlustreiche Expansionsstrategie⁷⁷⁹ durch Niedrigpreise betrieben zu haben und dadurch den stationären Handel immens unter Druck gesetzt hat. Selten dürfte man daher Konstellationen antreffen, in denen ein als Einzelmarktbeherrscher eingestuftes Unternehmen eine Preisgarantie verwendet.

2. Kollektive Marktbeherrschung

Womöglich könnte man dagegen die individuelle und isolierte Verwendung von „facilitating practices“ als Missbrauch einer (kollektiv) marktbeherrschenden Stellung einzustufen, auch wenn dies kartellrechtliches Neu-

776 *Fuchs*, in: Immenga/Mestmäcker (Begr.), Wettbewerbsrecht, Band 1: EU-Recht, 6. Aufl. 2019, Art. 102 AEUV Rn. 73 ff.; *Bulst*, in: Bunte (Hrsg.), Kartellrecht-Kommentar, 14. Aufl. 2021, Band 2: Europäisches Kartellrecht, Art. 102 AEUV Rn. 62 f.; *Berg*, in: Berg/Mäsch (Hrsg.), Deutsches und Europäisches Kartellrecht, 4. Aufl. 2022, Art 102 AEUV Rn. 33.

777 Erstmalig EuGH v. 14.02.1978, Rs. 27/76, Slg. 1978-00207, ECLI:EU:C:1978:22 – *United Brands*, Rn. 65.

778 *Bottasso* et al., Price Matching in Online Retail, GLO Discussion Paper, No. 1351 (Working Paper 2023); *Zhuo*, (65) J. of Ind. Econ. 2017, 719-738.

779 Siehe zu möglichen kartellrechtlichen Implikationen: *Khan*, (126) Yale Law J. 2017, 710, 746 ff.

land betreten würde.⁷⁸⁰ Bereits die kollektive Marktbeherrschung ist im Vergleich zu anderen Bereichen des deutschen und europäischen Wettbewerbsrechts nur verhältnismäßig selten Gegenstand der Rechtsprechung geworden.⁷⁸¹ Solche Fälle entstammen zudem primär dem Gebiet der Fusionskontrolle, wo „koordinierte Effekte“⁷⁸² vor der Novellierung der Prüfkriterien 2004 in der FKVO⁷⁸³ und 2013 in der 8. GWB Novelle⁷⁸⁴ durch Einführung des SIEC-Kriteriums⁷⁸⁵ eine noch deutlich größere Rolle spielten. Gemeint ist damit die Entstehung oder Verstärkung einer kollektiv marktbeherrschenden Stellung, die stillschweigende Kollusion durch – am Maßstab von Art. 101 AEUV / § 1 GWB erlaubtes – Parallelverhalten erwarten lässt. Während sich aus der aufeinander bezugnehmenden Rechtsprechung zu kollektiver Marktbeherrschung unter Art. 102 AEUV bzw. § 18 GWB sowie koordinierten Effekten gem. Art. 2 Abs. 3 FKVO und § 36 Abs. 1 S. 1 GWB wenigstens grob ableiten lässt, wann ein Oligopol als kollektiv marktbeherrschend zu betrachten,⁷⁸⁶ ist dagegen weitestgehend ungeklärt, wann diese Stellung (kollektiv oder individuell) missbraucht wird.⁷⁸⁷

-
- 780 Stroux, US and EC Oligopoly Control, 2004, S. 168 ff., Kapitel 7, Abschnitt 6: Unilateral Adoption of Facilitating Practices under Art. 82 of the EC-Treaty: „*Hic sunt leones.*“; *Gjendemsjø/Hjelmeng/Sørgard*, (36) World Comp. 2013, 355-371: „[...] no genuine concept of abuse in such situations has been established.“; *Petit, Oligopoles, collusion tacite et droit communautaire de la concurrence*, 2007, S. 432, S. 447 ff.
- 781 EuG v. 25.03.1999, Rs. T-102/96, Slg. 1999 II-00753, ECLI:EU:T:1999:65 – *Gencor Ltd./Kommission*; EuG v. 06.06.2002, Rs. T-342/99, Slg. 2002 II-02585, ECLI:EU:T:2002:146 – *Airtours plc./Kommission*.
- 782 Statt vieler: *Schwalbe/Zimmer*, Kartellrecht und Ökonomie, 3. Aufl. 2021, S. 448-598.
- 783 VO (EG) Nr. 139/2004 des Rates vom 20. Januar 2004 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen ("EG-Fusionskontrollverordnung"), ABl. Nr. L 024 vom 29/01/2004 S. 0001-0022.
- 784 BGBl. 2013 Teil I Nr. 32 v. 29.06.2013, S. 1738: Achtes Gesetz zur Änderung des GWB vom 26.06.2013.
- 785 Significant Impediment to Effective Competition = Erhebliche Behinderung wirksamen Wettbewerbs; vorher galt der sog. Marktbeherrschungstest (Entstehung oder Verstärkung einer solchen Stellung), der nunmehr zum Regelbeispiel herabgestuft wurde, siehe zu dieser Entwicklung: *Schwalbe/Zimmer*, Kartellrecht und Ökonomie, 3. Aufl. 2021, S. 328 ff.
- 786 Siehe etwa monographisch: *Jungermann*, Kollektive Marktbeherrschung durch interdependentes Parallelverhalten und deren Missbrauch, 2008 – *passim*.
- 787 So nimmt der Beitrag von *Vecchi*, (31) World Comp. 2008, 385, 388, 391 ff. etwa seinen Ausgangspunkt in der Feststellung, dass das Diskussionspapier der EU-Kommission zur Anwendung von Art. 82 EG-Vertrag auf Behinderungsmisbrüche keine klare Leitschnur für den Missbrauch einer kollektiv marktbeherrschenden Stellung enthalte.

a) Marktbeherrschende Stellung

Auch im Bereich kollektiver Marktbeherrschung begegnet man dem bereits für die Einzelmarktbeherrschung dargelegten Problem, dass der Wettbewerb *ex ante*, d.h. vor Einführung einer Preisgarantie, möglicherweise nicht hinreichend geschwächt war. Insofern Preisgarantien nämlich entsprechend den Vorhersagen der Wirtschaftswissenschaften als „*facilitating practice*“ genutzt werden, um den Wettbewerb (weiter) abzuschwächen, stellt sich die Frage, ob der Binnenwettbewerb zwischen den Unternehmen,⁷⁸⁸ die einem marktbeherrschenden Kollektiv zugerechnet werden sollen, schon vorher ausreichend geschwächt war, um ein von der Rechtsprechung⁷⁸⁹ gefordertes einheitliches Auftreten am Markt zu konstatieren. Erreicht die oligopolistische Interdependenz und Reaktionsverbundenheit der Unternehmen erst in Folge einer Preisgarantie ein Ausmaß, das die Annahme einer kollektiven Marktbeherrschung rechtfertigt (etwa in Form der Etablierung einer Preisführerschaft des Garantie gewährenden Unternehmens), kann in der Verwendung der Preisgarantie nicht gleichzeitig der die kollektive Marktbeherrschung begründende ökonomische Link einerseits und das missbräuchliche Verhalten andererseits gesehen werden.⁷⁹⁰ Die Rechtsprechung hat klargestellt, dass die Wiederverwertung von Faktoren, die bereits zum Nachweis einer marktbeherrschenden Stellung herangezogen wurden, zur Begründung des Vorwurfs eines missbräuchlichen Verhaltens nicht erlaubt ist.⁷⁹¹ Gleiches gilt im Übrigen auch für parallel nach Art. 101 und Art. 102 AEUV geführte Verfahren.⁷⁹²

Ein auf Art. 102 AEUV gestütztes Vorgehen gegen die individuelle Verwendung einer Preisgarantie scheint daher nur in Ausnahmefällen möglich, wenn bereits vorher, d.h. unter Ausblendung der Preisgarantie, eine kollektive marktbeherrschende Stellung der betroffenen Unternehmen festgestellt werden kann. Dies könnte etwa auf Endkundenebene der deutschen

788 EuG v. 06.07.2002, Rs. T-342/99, Slg. 2002 II-02585, ECLI:EU:T:2002:146 – *Airtours*, Rn. 80 ff.

789 EuG v. 25.03.1999, Rs. T-102/96, Slg. 1999 II-00753, ECLI:EU:T:1999:65 – *Gencor Ltd./Kommission*, Rn. 163 („einheitliches Vorgehen“); hierzu: *Bien*, in: MüKoWettbR, Band 1/1: EU-Recht, 4. Aufl. 2023, Art. 102 AEUV Rn. 216, 223.

790 Vgl. für *facilitating practices* allgemein *Petit, Oligopoles, collusion tacite et droit communautaire de la concurrence*, 2007, S. 465.

791 EuG v. 07.10.1999, Rs. T-228/97, Slg. 1999 II-2975, ECLI:EU:T:1999:246 – *Irish Sugar*, Rn. 67.

792 EuG v. 10.3.1992, Verb. Rs. T-68/89 u.a., Slg. 1992 II-1403, ECLI:EU:T:1992:38 – *Italienische Glashersteller*, Rn. 360.

Kraftstoffmärkte der Fall sein. Dort hat das Bundeskartellamt schon 2012 ein aus fünf Unternehmen bestehendes marktbeherrschendes Oligopol festgestellt.⁷⁹³ Erst drei Jahre später hat *Shell* im Jahr 2015 begonnen, eine Preisgarantie zu verwenden.⁷⁹⁴ Dies könnte zeigen, dass eine Preisgarantie selbst in Märkten, in denen bereits ein kollektiv marktbeherrschendes Oligopol identifiziert wurde, einer noch weiteren Absicherung dient. Dennoch bleibt ein gewisses Störgefühl mit der Überlegung verbunden, dass weitere „facilitating practices“ eigentlich nicht erforderlich sein sollten, wenn der Binnenwettbewerb schon als hinreichend ausgeschaltet galt, um von einer kollektiv marktbeherrschenden Stellung zu sprechen. Stattdessen könnten sich das Marktumfeld verändert und es erforderlich gemacht haben, die für ein kollusives Marktergebnis notwendigen Bedingungen (v.a. Transparenz, wirksame Abschreckungs- und Vergeltungsmaßnahmen) wiederherzustellen. Dann wäre es angezeigt, die vormals gefundene kollektiv marktbeherrschende Stellung einer erneuten Bewertung zu unterziehen. Im Fall von *Shell* könnte man die Preisgarantie als Reaktion auf die 2013 beim Bundeskartellamt eingeführte Markttransparenzstelle Kraftstoffe (MTS-K)⁷⁹⁵ werten.⁷⁹⁶ Sollte diese ihr Ziel erreicht haben, d.h. die Wettbewerbsverhältnisse durch größere (vertikale) Transparenz für die Verbraucher belebt zu haben, könnte in Frage gezogen werden, ob angesichts des erstarkten Binnenwettbewerbs auch vor Auslobung der Preisgarantie durch *Shell* noch eine kollektive marktbeherrschende Stellung der fünf Mineralölkonzerne vorgelegen hat.

793 BKartA v. Mai 2011, Abschlussbericht zur Sektoruntersuchung Kraftstoffe gem. § 32e GWB, Az. B8-200/09, S. 18 f.

794 Cabral et al., Price Matching Guarantees and Collusion: Theory and Evidence from Germany, Working Paper 2021, S. 1; Dewenter/Schwalbe, (17) Perspektiven der Wirtschaftspolitik, 2016, 276, 280; Wilhelm (2019), Price Matching and Edgeworth Cycles, Working Paper (abrufbar unter: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2708630, zuletzt am 02.04.2024), S. II.

795 § 47k GWB, eingeführt durch Gesetz zur Errichtung einer Markttransparenzstelle für den Großhandel mit Strom und Gas vom 05.12.2012, BGBl. v. 12.11.2012, Teil I Nr. 57, S. 2403 ff.

796 In diese Richtung: BKartA v. 17.12.2015, Zweiter Jahresbericht der Markttransparenzstelle für Kraftstoffe (MTS-K), S. 3; Cabral et al. (2021), CEPR Discussion Paper No. DP15823, S. 14 f. gehen davon aus, dass der Wettbewerbsdruck dort besonders hoch ist und die Garantie daher besonders wirksam ist, wo viele junge Konsumenten unterwegs sind, die entsprechende Internetseiten und Vergleichsportale nutzen, die wiederum mit Daten der MTS-K gespiesen werden.

b) Missbräuchliches Verhalten

Auf Seiten des missbräuchlichen Verhaltens wurde von der Rechtsprechung (zumindest erstinstanzlich) bestätigt,⁷⁹⁷ dass eine kollektiv marktbeherrschende Stellung auch durch die Handlung nur eines Unternehmens missbraucht werden kann. Dies lässt sich anhand des Wortlauts von Art. 102 AEUV und § 19 GWB anschaulich verdeutlichen. Demzufolge ist die missbräuchliche Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung durch ein oder mehrere Unternehmen untersagt.⁷⁹⁸ Wenn anerkanntermaßen eine Gruppe von Unternehmen eine kollektiv dominante Position innehaben kann,⁷⁹⁹ besteht also die Möglichkeit, dass die Unternehmen entweder kollektiv ihre Stellung ausnutzen oder dass auch nur eines der Unternehmen – aus der Deckung der kollektiv abgesicherten Position heraus – einen Missbrauch begeht. Zumindest für den vermeintlichen Ausbeutungsmissbrauch nur eines der kollektiv marktbeherrschenden Unternehmen wurde allerdings darauf hingewiesen, dass ein Preisdifferenzial zwischen den Unternehmen zeigen könnte, dass in tatsächlicher Hinsicht mehr Binnenwettbewerb besteht, als die Annahme einer kollektiv marktbeherrschenden Stellung es eigentlich zuließe.⁸⁰⁰ Folglich wurde für einen durch unilaterales Verhalten begangenen Missbrauch der kollektiv marktbeherrschenden Stellung gefordert, dass das streitige Verhalten eine Manifestation der kol-

797 EuG v. 07.10.1999, Rs. T-228/97, Slg. 1999 II-2975, ECLI:EU:T:1999:246 – *Irish Sugar*, Rn. 66; zustimmend: *Monti*, (38) CMLRev. 2001, 131, 141 ff.

798 Der Personenbezug („durch ein oder mehrere Unternehmen“) gilt dem Missbrauchsverhalten, nicht der Definition einer marktbeherrschenden Stellung, s. etwa *Böni/Palzer*, WuW 2009, 477, 480 oder *Mezzanotte*, (33) World Comp. 2010, 77, 82; gleichzeitig wird der Hinweis auf den Missbrauch durch mehrere Unternehmen als klarer Hinweis darauf gedeutet, dass auch mehrere Unternehmen gemeinsam marktbeherrschend sein können, vgl. *Soames*, E.C.L.R. 1996, 24, 30; anderenfalls bliebe für diese Tatbestandsvariante nur der simultane Missbrauch durch mehrere Einzelmarktbeherrscher; zur umstrittenen Figur einer solchen „multiplen Einzelmarktbeherrschung“ siehe etwa *Schwalbe/Zimmer*, Kartellrecht und Ökonomie, 3. Aufl. 2021, S. 286 f., 296 f.

799 Vgl. EuG v. 26.01.2005, Rs. T-193/02, Slg. 2005 II-00209, ECLI:EU:T:2005:22 – *Piau/Kommission*, Rn. 9; EuG v. 10.03.92, Rs. T-68, 77 & 78/89, Slg. 1992 II-1403, ECLI:EU:T:1992:38 – *Società Italiana Vetro/Kommission* (teilweise „*Flachglass*“ bzw. „*Italienische Glashersteller*“ genannt); EuGH v. 16.03.2000, Rs. C-395, 396/96P, Slg. 2000 I-01365, ECLI:EU:C:2000:132 – *Compagnie Maritime Belge Transports/Kommission* (teils: „*CEWAL II*“).

800 *Stroux*, US and EC Oligopoly Control, 2004, S. 171.

lektiven Dominanz darstellt und die anderen Oligopolisten davon wissen und profitieren müssen.⁸⁰¹

Ferner wurde explizit die Hoffnung ausgedrückt, „facilitating practices“, die außerhalb des Anwendungsbereichs von Art. 101 AEUV liegen, mit Art. 102 AEUV erfassen zu können.⁸⁰² Hierbei stellen sich unweigerlich Fragen der Kausalität⁸⁰³ zwischen missbräuchlichem Verhalten und der (ohnehin schon, s. unmittelbar zuvor) vorliegenden marktbeherrschenden Stellung. Wer den Anwendungsbereich der Missbrauchsaufsicht nur dann eröffnet sieht, wenn die zu untersuchende Verhaltensweise ausschließlich aufgrund der marktbeherrschenden Stellung des handelnden Unternehmens möglich und wettbewerbsschädlich ist,⁸⁰⁴ wird konstatieren müssen, dass eine Vielzahl von „facilitating practices“ – wie bereits dargestellt – auch unterhalb der Schwelle zur Marktbeherrschung ihre Wirkung, d.h. eine Abschwächung des Wettbewerbs, erzielen können. Strikte Kausalität liegt daher nicht vor. Gleichwohl ist unter Verweis auf das *Continental Can*-Urteil⁸⁰⁵ des EuGH daran zu erinnern,⁸⁰⁶ dass die Rechtsprechung eine strikte (Verhaltens-)Kausalität nie gefordert hat. Aus der hervorgehobenen Rolle des Marktbewerbers ergebe sich eine besondere Verantwortung für den Restwettbewerb,⁸⁰⁷ sodass ihm Maßnahmen untersagt werden können, die Unternehmen in einem wettbewerblich geprägten Umfeld noch erlaubt wären.⁸⁰⁸

801 *Vecchi*, (31) *World Comp.* 2008, 385-400.

802 *Monti*, (38) *CMLRev.* 2001, 131, 146 f.: *Signaling, Most-Favored-Customer-Clauses, Meeting Competition Clauses*; *Vecchi*, (31) *World Comp.* 2008, 385, 397: *Price Announcement, Most-Favored-Customer-Clauses*.

803 Siehe allgemein: *Fuchs*, in: *Immenga/Mestmäcker* (Begr.), *Wettbewerbsrecht*, Band 1: EU-Recht, 6. Aufl. 2019, Art. 102 AEUV Rn. 136 f.; *Bien*, in: *MüKoWettB*, Band 1/1: EU-Recht, 4. Aufl. 2023, Art. 102 AEUV 280 ff.

804 Anders explizit das deutsche Recht in § 19 Abs. 1 GWB seit der 10. GWB-Novelle (BGBl. Jahrgang 2021 Teil I Nr. 1, ausgegeben zu Bonn am 18. Januar 2021): „Missbrauch“ statt „missbräuchliche Ausnutzung“, vgl. zur Gesetzesbegründung im Regierungsentwurf BT-Drs. 19/23492 v. 19.10.2020, S. 70.

805 EuGH v. 21.02.1973, Rs. 6/72, Slg. 1973 II-00215, ECLI:EU:C:1973:22 – *Continental Can*, Rn. 27.

806 *Monti*, (38) *CMLRev.* 2001, 131, 143 f.

807 EuGH v. 09.11.1983, Rs. 322/81, Slg. 1983 II-3461, ECLI:EU:C:1983:313 – *Michelin I*, Rn. 57.

808 Teilweise wurde infolgedessen – gewissermaßen als Abstufung – eine normative (Ergebnis-)Kausalität gefordert, die zwar nicht voraussetze, dass ein Verhalten erst wegen der dominanten Position überhaupt möglich sei, aber dass sie aufgrund der dominanten Position eine (zusätzlich) wettbewerbsschädigende Wirkung entfalte; die Idee und Abstufung wird allgemein *Eilmansberger* (vgl. etwa *Fuchs*, in: *Immen-*

Zumindest für den deutlich besser erforschten Bereich des Marktmachtmisbrauchs durch ein einzelmarktbeherrschendes Unternehmen wird üblicherweise zwischen dem Ausbeutungs- und Behinderungsmissbrauch unterschieden. Beide Kategorien lassen sich daher auch für eine kollektiv marktbeherrschende Stellung diskutieren. Ferner existiert mit dem sog. Marktstrukturmissbrauch eine auf das soeben bereits genannte *Continental Can*-Urteil⁸⁰⁹ zurückgehende weitere Kategorie. Dieser könnte zwar als Sammelbegriff und Auffangtatbestand verstanden werden, hat allerdings bisher keine nennenswerte Fallpraxis nach sich gezogen und wurde erst jüngst in einem Vorlageverfahren – betreffend eine dem Ursprungsfall ähnlich gelagerte Konstellation⁸¹⁰ – erstmalig vom EuGH wieder aufgegriffen. Der Missbrauch einer kollektiv marktbeherrschenden Stellung durch die individuelle Verwendung einer Preisgarantie könnte womöglich noch am ehesten dieser Kategorie subsumiert werden, womit abseits einer Missbrauchsaufsicht über Unternehmenszusammenschlüsse ein zweiter Anwendungsfall des Marktstrukturmissbrauchs vorläge. Dies entspricht jedenfalls den Stimmen in Literatur und Schrifttum, die eine Anwendung von Art. 102 AEUV bei Verwendung von „facilitating practices“ im Oligopol befürworten.⁸¹¹

Eine Einordnung gewisser Verhaltensweisen in das Raster aus Ausbeutungs-, Behinderungs- und Strukturmissbrauch ist freilich nicht zwingend.⁸¹² Dies folgt nicht zuletzt daraus, dass Art. 102 S. 1 AEUV als Generalklausel formuliert ist.⁸¹³ Nichtsdestotrotz ergibt sich eine sinnvolle Einteilung entlang der Stoßrichtung wettbewerbsschädigenden Verhaltens. Es ist

ga/Mestmäcker (Begr.), Kommentar zum Wettbewerbsrecht, Band 1: EU-Recht, 6. Aufl. 2019, Art. 102 AEUV Rn. 136) zugeschrieben.

809 Siehe Fn. 805.

810 EuGH v. 16.03.23, Rs. C-449/21, ECLI:EU:C:2023:207 – *Towercast*.

811 Allgemein: *Korah*, An introductory guide to EC competition law and practice, 9. Aufl. 2007, S. 126 f.; konkret für Preisgarantien: *Gjendemsjø/Hjelmeng/Sørgard*, (36) World Comp. 2013, 355, 367 ff.; *Vecchi*, (31) World Comp. 2008, 385, 386, 395.

812 *Brand*, in: Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht, Stand: 05/2016, Abschnitt D. Missbräuchliche Ausnutzung im Sinne des Art. 102 AEUV, Rn. 146; *Bulst*, in: Bunte (Hrsg.), Kartellrecht-Kommentar, Band 2: Europäisches Recht, 14. Aufl. 2021, Art. 102 AEUV Rn. 90 f.

813 *Fuchs*, in: *Immenga/Mestmäcker* (Begr.), Wettbewerbsrecht, Band 1: EU-Recht, 6. Aufl. 2019, Art. 102, Rn. 132 f.; *Huttenlauch*, in: *LMRKM* (Hrsg.), Kartellrecht, 4. Aufl. 2020, Art. 102 AEUV, Rn. 7; *Wingerter*, in: Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht, Stand: 01/2020, Abschnitt A. Anwendungsgrundsätze und Regelungsgründe des Art. 102 AEUV, Rn. 15.

in horizontaler Richtung eine Benachteiligung der Konkurrenz (Behinderung) und in vertikaler Richtung eine Benachteiligung der Marktgegenseite (Ausbeutung) denkbar.⁸¹⁴ Diese Aufteilung ist auch in den Regelbeispielen (Art. 102 S. 2 lit. a.-c. sowie lit. d.) angelegt.⁸¹⁵

aa) Ausbeutungsmissbrauch

Für den Ausbeutungsmissbrauch käme zunächst der sog. Preishöhenmissbrauch⁸¹⁶ in Betracht. Dabei geht es um Fälle, in denen ein oder mehrere marktbeherrschende Unternehmen von den Abnehmern ihrer Produkte oder Dienstleistungen in missbräuchlicher Weise überhöhte Preise verlangen.

Hierzu lässt sich einerseits festhalten, dass Preisgarantien aufgrund der bisherigen empirischen Evidenz wohl noch nicht zu derart krassen Preissteigerungen geführt haben⁸¹⁷, die aus normativen Gesichtspunkten bereits wucherähnlichen⁸¹⁸ Verhältnissen entsprächen und eine sofortige Intervention, etwa aus staatlicher Fürsorgepflicht und Gründen der Gewährleistung bedarfsgerechter Versorgung rechtfertigen. Es ist daher fraglich, ob die bisher mit großer Zurückhaltung⁸¹⁹ betriebene Preiskontrolle eingreifen sollte.

814 *Fuchs*, in: Immenga/Mestmäcker (Begr.), Wettbewerbsrecht, Band 1: EU-Recht, 6. Aufl. 2019, Art. 102 Rn. 134; *Jung*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, AEUV, Dokumentenstand: EL 56, April 2015, Art. 102 Rn. 163; *Scholz*, in: Wiedemann (Hrsg.), Handbuch des Kartellrechts, 4. Aufl. 2020, § 6 Rn. 65.

815 *Fuchs*, in: Immenga/Mestmäcker (Begr.), Wettbewerbsrecht, Band 1: EU-Recht, 6. Aufl. 2019, Art. 102 Rn. 132.

816 *Bien*, in: MüKoWettB_R, Band 1/1: EU-Recht, 4. Aufl. 2023, Art. 102 AEUV, Rn. 352 ff.

817 In der Spurze liegen die bisher untersuchten Preissteigerungen bei 8 und 6%, vgl. hierzu die Forschung von *Mamadehussene*, (19) Quan. Marketing & Econ. 2021, 261-287 oder *Zhuo*, (65) J. of Ind. Econ. 2017, 719-738.

818 Hierbei handelt es sich freilich um kein Tatbestandsmerkmal. Mangels trennscharfer Kriterien zur Bemessung der Missbrauchsschwelle bleibt allerdings wenig, als sich in einem letzten Schritt auf normative Maßstäbe zurückzuziehen, vgl. *Brand*, in: Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht, Stand: II/2015, Abschnitt D. Missbräuchliche Ausnutzung im Sinne des Art. 102 AEUV, Rn. 183 ff.: Übertriebenes Verhältnis zwischen Preis und Leistung, Missverhältnis zwischen Kosten und Preis, Unangemessenheit sowie *Huttenlauch*, in: LMRKM (Hrsg.), Kartellrecht, 4. Aufl. 2020, Art. 102 AEUV Rn. 183 mit Hinweis auf das „iustum pretium“.

819 Vgl. etwa *Fuchs*, in: Immenga/Mestmäcker (Begr.), Wettbewerbsrecht, Band 1: EU-Recht, 6. Aufl. 2019, Art. 102 AEUV, Rn. 169: „Notbehelf“; *Brand*, in: Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht, Stand: II/2015, Abschnitt D. Missbräuchliche Ausnutzung im Sinne des Art. 102 AEUV, Rn. 179 ff.

Andererseits dürfte es im Bereich einer kollektiven Marktbeherrschung nicht verwundern, dass die Effekte einer wettbewerbsschädigenden (Zusatz-)Maßnahme begrenzt sind, wenn das Preisniveau angesichts des schon vorher fehlenden Binnen- und Außenwettbewerbs, der für die Feststellung einer solchen Position erforderlich ist, ohnehin bereits erhöht waren.

Zudem wurde bisher noch keine Erheblichkeitsschwelle vorgeschlagen, bei deren Überschreitung ein im Vergleich zu wettbewerblichen Verhältnissen bestehendes Preisdifferential als unangemessen hoch und damit missbräuchlich gilt. Die Zurückhaltung bei der Ausübung einer Preishöhenkontrolle ist vielmehr anders zu erklären. Die Höhe wettbewerblicher Preise ist schwer zu bemessen und eine etwaige Intervention liefe letztlich auf einen staatlichen Eingriff in die freie Preisbildung am Markt hinaus.⁸²⁰ Zum einen besitzen Märkte unter gewöhnlichen Umständen die Selbstheilungskraft, zu einer Normalisierung des Preisniveaus zu führen, etwa indem die vorübergehend hohen Profite neue Unternehmen zum Markteintritt veranlassen.⁸²¹ Zum anderen besteht die Schwierigkeit, in verlässlicher Art und Weise zu bestimmen, wie das Preisniveau in einem Alternativszenario aussähe. Die sachlich oder zeitliche Vergleichsmarktmethode⁸²² unterliegt – selbst bei guter Datenlage – naturgemäß einer gewissen empirischen Unsicherheit.

Der Gesetzesanwender befindet sich daher in demselben Dilemma, das oben bereits für die Anwendung des Kartellverbots beschrieben wurde.⁸²³ Erfolgt ein Eingriff in die Preissetzungshoheit der Unternehmen, muss konkret bestimmt werden, welche Preise zu setzen sind oder jedenfalls nach welchen Kriterien die (gerade noch) zulässigen Preise zu ermitteln

820 *Bien*, in: MüKoWettbR, Band 1/1: EU-Recht, 4. Aufl. 2023, Art. 102 AEUV Rn. 354.

821 *Fuchs*, in: Immenga/Mestmäcker (Begr.), Wettbewerbsrecht, Band 1: EU-Recht, 6. Aufl. 2019, Art. 102 AEUV, Rn. 170.

822 *Bien*, in: MüKoWettbR, Band 1/1: EU-Recht, 4. Aufl. 2023, Art. 102 AEUV Rn. 376 ff.; *Wolf*, in: MüKoWettbR, 3. Aufl. 2020, Band 2: GWB, § 19 Rn. 92 ff.; *Huttenlauch*, in: LMRKM (Hrsg.), Kartellrecht, 4. Aufl. 2020, Art. 102 AEUV Rn. 189 f.; *Jung*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union, Dokumentenstand: EL 56 April 2015, Art. 102 AEUV Rn. 173; *Höft*, Die Kontrolle des Ausbeutungsmmissbrauchs im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, 2013, S. 277 f.

823 Vgl. *Jungermann*, Kollektive Marktbeherrschung durch interdependentes Parallelverhalten und deren Missbrauch, 2008, S. 318 f.; *Petit*, Oligopoles, collusion tacite et droit communautaire de la concurrence, 2007, S. 456 ff.; *Monti*, (38) CMLRev. 2001, 131, 145 f.

sind. Man denke hierfür etwa an einen Preis-Kosten-Test⁸²⁴ und daraus resultierende Maße.

Wie bereits im entsprechenden Abschnitt zum Kartellverbot festgestellt wurde, muss diese Wertung beim Vorgehen gegen Preisgarantien allerdings nicht getroffen werden.⁸²⁵ Um das rechtmäßige Alternativverhalten festzulegen, muss nicht festgelegt werden, ab welcher Höhe die Preise als Ausnutzung wettbewerblich nicht kontrollierter Handlungsspielräume gelten. Es genügt vielmehr den preistreibenden Eingriff in das interdependente Preissetzungskalkül der Unternehmen in den Blick zu fassen. Es kann schlicht und ergreifend die Verwendung der Preisgarantie untersagt werden.

Dies zeigt, dass ein auf Art. 102 AEUV gestütztes Vorgehen zumindest konzeptionell möglich erscheint. Doch gerade mit Blick auf ein etwaiges Preisdifferential zwischen den Oligopolisten,⁸²⁶ welche eine Preisgarantie aus Sicht ihres Verwenders einebnen soll, und das entsprechende Bedürfnis, den Wettbewerb (weiter) abzuschwächen, ist in besonderem Maße fraglich, wie verlässlich auf der vorgelagerten Stufe bereits eine kollektiv marktbeherrschende Stellung festgestellt werden kann, die nicht erst durch eine in Folge der Preisgarantie (künstlich) erhöhten oligopolistischen Reaktionsverbundenheit begründet wurde.⁸²⁷

bb) Behinderungsmissbrauch

Weiterhin wäre denkbar, in der isolierten oder simultanen Verwendung einer Preisgarantie einen Behinderungsmissbrauch zulasten von Wettbewerbern zu sehen. Dahinter steht der – im Zentrum der Kollusionsthese stehende – Entmutigungseffekt und die Erwägung, dass es Konkurrenten

824 *Bien*, in: MüKoWettbR, Band 1/1: EU-Recht, 4. Aufl. 2023, Art. 102 AEUV Rn. 357 ff.; *Höft*, Die Kontrolle des Ausbeutungsmissbrauchs im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, 2013, S. 277 f.; teils ist auch die Rede von Gewinn(spannen)begrenzung, vgl. *Huttenlauch*, in: LMRKM (Hrsg.), Kartellrecht, 4. Aufl. 2020, Art. 102 AEUV Rn. 184 ff.; *Jung*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union, Dokumentenstand: EL 56, April 2015, Art. 102 AEUV Rn. 172.

825 Siehe hierzu oben: S. 236 f.

826 So der Einwand von *Stroux*, US and EC Oligopoly Control, 2004, S. 171.

827 Hier hat es die Fusionskontrolle leichter, bei der mit Blick auf die Wahrscheinlichkeit des Eintretens koordinierter Effekte (auch) auf „Instrumente zur Verhaltenskoordination“ abgestellt werden kann, die bereits vor dem gewünschten Zusammenschluss zur Abschwächung des Wettbewerbs verwendet werden, vgl. mit einer Übersicht zur Fallpraxis *Schwalbe/Zimmer*, Kartellrecht und Ökonomie, 3. Aufl. 2021, S. 527-543.

nur noch zu einem geringeren Ausmaß möglich ist, durch niedrigere Preise Kunden vom Garantie verwendenden Unternehmen abzuwerben. Ob im mittels der Preisgarantie vertikal verbürgten Gleichziehen mit einer Preissenkung allerdings eine unbillige Behinderung der Konkurrenz zu erkennen sein sollte, ist fraglich.

Zum einen bleibt es bei identischen Preisen nach wie vor den Kunden überlassen, entsprechend ihren Präferenzen einen Anbieter zu wählen. Liegen keine anderweitigen Lock-in-Effekte zugunsten der marktbeherrschenden Unternehmen vor, besteht für die Konkurrenz weiterhin die Möglichkeit das Garantie verwendende Unternehmen bei identischen Preisen mit besserer Qualität zu schlagen. Entscheiden sich die Konsumenten bei gleichen Preisen für das Garantie verwendende Unternehmen, liegt auf dessen Seite möglicherweise nur ein Ausnutzen der eigenen qualitativen Überlegenheit vor.

Zum anderen ist solches Verhalten Gegenstand der anerkannten „Meeting-Competition“-Einrede.⁸²⁸ Diese besagt, dass es marktbeherrschenden Unternehmen gerade nicht kategorisch untersagt ist, mit Mitteln des Leistungswettbewerbs auf Vorstöße der Konkurrenz zu reagieren, um die eigene Position zu behaupten. Eine Behinderung kann auch nicht darin gesehen werden, dass es den von einer Preisgarantie adressierten Unternehmen unmöglich gemacht wird, der absolut günstigste Anbieter zu sein, wenn sie dies wollten. Weder besteht ein Anspruch darauf, von Wettbewerbern nicht unterboten zu werden,⁸²⁹ noch sind sie dem Verhalten von marktbeherrschenden Unternehmen gänzlich schutzlos ausgesetzt. Einem einzelmarktbeherrschenden Unternehmen bzw. einer kollektiv marktbeherrschenden Gruppe von Unternehmen ist es nämlich untersagt, Unterkostenverkäufe zu tätigen.⁸³⁰ Das Verbot dieses sog. „predatory pricings“ legt daher eine untere Schranke für das preisliche Gleichziehen der Marktbewerber fest.

828 Siehe hierzu Scholz, in: Wiedemann (Hrsg.), Handbuch des Kartellrechts, 4. Aufl. 2020, § 22 Rn. 73; Fuchs, in: Immenga/Mestmäcker (Begr.), Wettbewerbsrecht, Band 1: EU-Recht, 6. Aufl. 2019, Art. 102 AEUV Rn. 154.

829 Auch ein Marktbewerber darf selbstverständlich am Preiswettbewerb teilnehmen: *Bien*, in: MüKoWettbR, Band 1/1: EU-Recht, 4. Aufl. 2023, Art. 102 AEUV Rn. 667 f. oder *Jung*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union, Dokumentenstand: EL 56 April 2015, Art. 102 AEUV Rn. 219.

830 Fuchs, in: Immenga/Mestmäcker (Begr.), Wettbewerbsrecht, Band 1: EU-Recht, 6. Aufl. 2019, Art. 102 AEUV, Rn. 232 ff.; *Brand*, in: Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht, Stand: 10/2012, Abschnitt D. Missbräuchliche Ausnutzung im Sinne des Art. 102 AEUV, Rn. 295 ff.; *Bien*, in: MüKoWettbR, Band 1/1: EU-Recht, 4. Aufl. 2023, Art. 102 AEUV Rn. 702 ff.

Hat ein drittes Unternehmen tatsächlich Kostenvorteile, kann dieses Unternehmen seine Güter oder Dienstleistungen zu Preisen anbieten, die für die Platzhirsche nicht mehr kostendeckend wären. Letztgenannte dürften in diesen Preisbereich nicht vordringen.

Hinzukommt die Erwägung, dass eine solche schon dogmatisch schwer zu begründende Behinderung wohl zu Lasten der Außenseiter eines marktbeherrschenden Oligopols gehen müsste. Innerhalb der marktbeherrschenden Einheit muss der Binnenwettbewerb schon vor der Verwendung einer Preisgarantie derart abgeschwächt sein, dass die Unternehmen in der Terminologie der europäischen Gerichte als kollektive Einheit auftreten.⁸³¹ Eine Preisgarantie dient also lediglich der (weiteren) Absicherung und Aufrechterhaltung der oligopolistischen Reaktionsverbundenheit. Angesichts der Tatsache, dass die Unternehmen im Anwendungsbereich der kollektiven Marktbeherrschung auch ohne die Preisgarantie bereits ihr Verhalten (stillschweigend) koordiniert haben, fällt es schwer zu begründen, dass Maßnahmen, die die Verhaltenskoordination zusätzlich erleichtern gegen das Interesse der beteiligten Unternehmen verstößen und diese unbillig behindern.

Was nun den Außenwettbewerb angeht, muss zur Annahme einer kollektiv marktbeherrschenden Stellung nachgewiesen werden sein, dass die Unternehmen, die nicht dem beherrschenden Oligopol zugerechnet werden, keine hinreichende Konkurrenz darstellen und nicht über die notwendige wirtschaftliche Bedeutung verfügen, um den Oligopolisten nennenswerte wettbewerbliche Schranken aufzuerlegen.⁸³² Sollte man daher Sachverhalten begegnen, in denen entsprechende Garantien auch die Preise vermeintlicher Außenseiter adressieren, stellt dies in Frage, ob das Oligopol zutreffend abgegrenzt wurde. Angesichts des von außen scheinbar bestehenden Wettbewerbsdrucks, der ein oder mehrere Unternehmen aus der kollektiven Einheit dazu bewegt hat, Preisgarantien auszuloben, zieht dies die wirtschaftliche Machtstellung des Oligopols in Zweifel. In der Praxis finden sich Anwendungsbeispiele von oligopolistischen Märkten, in denen sich Preisgarantien nur auf die Preise der Mitglieder eines potentiell marktbe-

831 EuGH v. 16.3.2000, Verb. Rs. C-395/96 P und C-396/96 P, Slg. 2000 I-1365, 1458, ECLI:EU:C:2000:132 – *Compagnie Maritime Belge*, Rn. 39; hierzu: *Fuchs*, in: *Immenga/Mestmäcker* (Begr.), *Wettbewerbsrecht*, Band 1: EU-Recht, 6. Aufl. 2019, Art. 102 AEUV Rn. 121.

832 EuG v. 06.06.2002, Rs. T-342/99, Slg. 2002 II-02585, ECLI:EU:T:2002:146 – *Airtours plc./Kommission*, Rn. 62 (dritte Bedingung), EuG v. 26.01.2005, Rs. T-193/02, Slg. 2005 II-00209, ECLI:EU:T:2005:22 – *Piau/Kommission*, Rn. III.

herrschenden Oligopolis beziehen, nicht dagegen auf die Preise unbedeutender Außenseiter.⁸³³

Daher zeigt sich, dass man noch am ehesten eine Frage der Einzelmarktbeherrschung ausmachen könnte, wenn ein bereits marktbeherrschendes Unternehmen diese Position ausnutzt, um einem Außenseiter am wettbewerblichen Rand die Möglichkeit zu nehmen, durch die absolut günstigsten Preise (immerhin geringe) Marktanteile zu erhalten. Doch gilt auch hier das zur Behinderung von Wettbewerbern bereits Gesagte. Solange keine Unterkostenverkäufe stattfinden, ist zumindest aus Sicht der Missbrauchskontrolle zunächst nichts dagegen auszusetzen, dass ein Marktbeherrschender sich den Preisen seiner verbleibenden Wettbewerbern anpasst.

cc) Marktstrukturmissbrauch

Die sich abzeichnenden Probleme bei einer Übertragung der bekannten Fallgruppen auf die im Oligopol genutzten „facilitating practices“ haben zu der Forderung geführt, das Missbrauchskonzept im Bereich kollektiver Marktbeherrschung nicht analog den Fallgruppen der Einzelmarktbeherrschung zu entwickeln, sondern eigenständige Maßstäbe zu bilden. Der Fokus solle auf Verhaltensweisen liegen, welche die oligopolistische Interdependenz erhöhen.⁸³⁴ Explizit werden dafür die in dieser Arbeit gegenständlichen „contingency clauses“⁸³⁵ oder sog. „Englische Klauseln“⁸³⁶ als Beispiele genannt. Der Missbrauch soll also unmittelbar in der Verwendung von Instrumenten liegen, die eine Verhaltenskoordinierung stabilisieren.

833 *Shell* lässt seine Preise etwa nur an anderen „Markentankstellen“ messen, vgl. <https://www.shell.de/shell-clubsmart-und-shell-app/shell-preisgarantie.html> (zuletzt abgerufen: 02.03.24); die E-Commerce Plattform *New Egg* bezieht sich nur auf „major retailer“, vgl. <https://promotions.newegg.com/nepro/16-2624/index.html> (zuletzt abgerufen: 02.03.24).

834 *Gjendemsja/Hjelmeng/Sørgard*, (36) *World Comp.* 2013, 355-371; *Korah*, *An introductory guide to EC competition law and practice*, 9. Aufl. 2007, S. 126 f.

835 *Petit*, *Oligopoles, collusion tacite et droit communautaire de la concurrence*, 2007, S. 464 ff., 473 ff., 487 ff., der den Nutzen allerdings für begrenzt hält, da zwar eine weitere Stärkung, nicht dagegen der Bestand einer kollektiv marktbeherrschenden Stellung angegangen werden können; i.E. hält er die Erfassung von Verhaltensweisen, die den kollektiven Zusammenhalt stärken und aufrechterhalten („protection“, „adaptation“) für rechtlich möglich; als „facilitating practices“ versteht er allerdings nur Maßnahmen, die zur Entstehung einer kollektiv marktbeherrschenden Stellung notwendig sind.

836 *Bien*, in: *MüKoWettbR*, Band 1/1: EU-Recht, 4. Aufl. 2023, Art. 102 AEUV Rn. 237.

Am ehesten kommt diese Erwägung dem Impetus eines Marktstrukturmissbrauchs nahe. Auch wenn dieser häufig als dritte Kategorie neben den Ausbeutungs- und den Behinderungsmissbrauch gestellt wird,⁸³⁷ kann darin eigentlich keine echte Fallgruppe gesehen werden, da die Bezeichnung letztlich auf nur einer Entscheidung, dem Urteil in der Sache „*Continental Can*“⁸³⁸ beruht. Dieser Fall weist hinsichtlich seiner wettbewerbspolitischen Motivation die Besonderheit auf, dass er nicht etwa auf einer wettbewerbsökonomisch besonders innovativen Schadenstheorie beruhte, sondern der EWG-Kommission schlicht den Kontrollzugriff auf Marktstrukturveränderungen durch externes Unternehmenswachstum ermöglichen sollte, noch bevor ein eigenständiges Prüfregime für Unternehmenszusammenschlüsse durch die erste Fusionskontrollverordnung⁸³⁹ eingeführt worden war. Der EuGH entschied, dass auch die Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung durch den Zukauf eines Wettbewerbers einen Missbrauch darstellen könne.⁸⁴⁰ In dieser erst jüngst nochmal bestätigten⁸⁴¹ Entscheidung wurde demnach eine Veränderung der Marktstruktur durch Eingriff des marktbeherrschenden Unternehmens adressiert, der nicht auf Mitteln des Leistungswettbewerbs beruht. Dies lässt sich mitunter übertragen.

(1) Ein erster denkbarer Ansatzpunkt: Eingriff in die Marktstruktur

Aus der Erkenntnis, dass eine auf stillschweigender Koordination beruhende, kollektiv marktbeherrschende Stellung auf gewissen Faktoren der Marktstruktur basiert (v.a. hohe Transparenz und hohes Reaktionsvermögen), wurde abgeleitet, dass es ebenso als missbräuchliche Verstärkung dieser Position gelten könne, wenn die entsprechenden strukturellen Voraussetzungen durch weitere Eingriffe der beteiligten Unternehmen abgesichert werden. Somit könnten auch Maßnahmen der „internen Organisati-

837 Fuchs, in: Immenga/Mestmäcker (Begr.), Wettbewerbsrecht, Band 1: EU-Recht, 6. Aufl. 2019, Art. 102 Rn. 134 sowie die Gliederung in Abschnitt C.4.

838 EuGH v. 21.02.1973, Rs. 6/72, Slg. 1973 II-00215, ECLI:EU:C:1973:22 – *Continental Can*.

839 VO (EWG) Nr. 4064/89 des Rates vom 21.12.1989 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschüssen, ABl. L257/90, S. 13 (Korrektur) / ABl. L 395/89 vom 30.12.1989, S. 1-12.

840 EuGH v. 21.02.1973, Rs. 6/72, Slg. 1973 II-00215, ECLI:EU:C:1973:22 – *Continental Can*, Rn. 27.

841 EuGH v. 16.03.23, Rs. C-449/21, ECLI:EU:C:2023:207 – *Towercast*.

on“ einer kollektiv marktbeherrschenden Gruppe von Unternehmen als missbräuchlich qualifiziert werden.⁸⁴² Sie greifen in die – ohnehin schon geschädigte – Struktur des betroffenen Marktes ein.

(2) Ein zweiter denkbarer Ansatzpunkt: Ausnutzen der Marktstruktur

Einen anderen Ausgangspunkt nimmt ein zweiter Ansatz, der für den Missbrauchsvorwurf gleichermaßen an der Marktstruktur anknüpft. Ihm liegt die Feststellung zugrunde, dass bestimmte „facilitating practices“ erst im Oligopol ihr volles wettbewerbsschädliches Potential entfalten. Ihr Nutzen beruhe auf den strukturellen Voraussetzungen der kollektiv marktbeherrschenden Stellung, sodass es nur konsequent sei, in der Verwendung solcher „facilitating practices“ eine missbräuchliche Ausnutzung der (günstigen) Marktstruktur zu sehen.⁸⁴³ Hier wird demnach weniger ein entsprechender Eingriff⁸⁴⁴ in die Marktstruktur (Transparenz, Vergeltung, Anreize zum Abweichen) zum Vorwurf gemacht, als das Ausnutzen günstiger struktureller Wirksamkeitsbedingungen für die Nutzung von (zusätzlichen) Instrumenten der Verhaltenskoordination. Daraus folge nicht zuletzt, dass ein als missbräuchlich eingestuftes Verhalten zwingend allen Mitgliedern der kollektiven Stellung nutzen müsse,⁸⁴⁵ da sie auch insgesamt von der entsprechenden Marktstruktur profitieren.

(3) Bewertung eines solchen Oligopolstrukturmissbrauchs

Rein dogmatisch haben die eben wiedergegebenen Vorschläge durchaus Überzeugungskraft. Die Annahmen der zweitgenannten Ansicht decken sich weitestgehend mit der experimentalökonomischen und modelltheoretischen Literatur, die gleichermaßen davon ausgeht, dass Preisgarantien nur bei entsprechender Kollusionsgeneigtheit eines Marktes schädlich

842 *Gjendemsjø/Hjelmeng/Sørgard*, (36) *World Comp.* 2013, 355, 367 ff.

843 *Vecchi*, (31) *World Comp.* 2008, 385, 386, 395.

844 So allerdings der klassisch verstandene Fall des Marktstrukturmissbrauchs, vgl. *Fuchs*, in: *Immenga/Mestmäcker* (Begr.), *Wettbewerbsrecht*, Band 1: EU-Recht, 6. Aufl. 2019, Art. 102 AEUV Rn. 134.

845 *Vecchi*, (31) *World Comp.* 2008, 385, 396.

sind.⁸⁴⁶ Andererseits beobachtet man in der Praxis einige Märkte, in denen zwar Preisgarantien verwendet werden, die im Übrigen aber nicht der (juristischen) Idealvorstellung eines marktbeherrschenden Oligopols entsprechen.⁸⁴⁷ Man denke zudem an schwer überprüfbare Sonderfälle, wie den eines Oligopols mit differenzierten Gütern. Hier ist denkbar, dass eine Preisgarantie nur zur Abschwächung des vom engsten Konkurrenten ausgehenden Wettbewerbsdrucks verwendet wird, ohne dass den beiden Unternehmen im Übrigen eine kollektive Marktbeherrschung unterstellt werden könnte.

Bei aller Überzeugungskraft auf Ebene des missbräuchlichen Verhaltens ist den Beiträgen daher vorzuhalten, dass sie den Schritt zum Nachweis einer kollektiven Dominanz möglicherweise als zu selbstverständlich betrachten.⁸⁴⁸ Seit dem *Airtours*-Urteils⁸⁴⁹ gelten hohen Hürden für eine entsprechende Feststellung.⁸⁵⁰ Jedenfalls das Erfordernis, noch unter Ausblendung des Effekts einer Preisgarantie zunächst eine kollektiv marktbeherrschende Stellung nachzuweisen, dürfte die Motivation der Kartellbehörden nicht gerade befeuern, eine solch innovative Argumentation im Bereich des missbräuchlichen Verhaltens zu wagen.

Doch selbst bei einem denkbar extensiven Verständnis der kollektiven Marktbeherrschung bleibt zu befürchten, dass es sich bei einem auf Art. 102 AEUV gestützten Vorgehen gegen Preisgarantien um keinen allumfassenden Ansatz handeln kann, da Preisgarantien auch unterhalb der (rechtlichen) Schwelle zur kollektiv marktbeherrschenden Stellung antikompeti-

846 Entscheidend ist vor allem die Anzahl der beteiligten Unternehmen, vgl. hierzu die Meta-Studie von *Engel*, (12) J.E.L.S. 2015, 537-577.

847 Man denke etwa an den eCommerce-Bereich oder Supermärkte.

848 Zu konzeptionellen Schwierigkeiten bei der Unterscheidung zwischen wettbewerblich gleichförmigem und kollusiv gleichförmigem Verhalten *Mezzanotte*, (33) World Comp. 2010, 77-102; konkret für den deutschen Kraftstoffmarkt *Dewenter/Linder/Schwalbe*, Preiszyklen im Kraftstoffmarkt – Wettbewerb oder kollusives Verhalten?, Beiträge zur Jahrestagung des Vereins für Socialpolitik 2017, Session: Studies of Specific Sectors of Markets No. D12-V2.

849 EuG v. 06.06.2002, Rs. T-342/99, Slg. 2002 II-02585, ECLI:EU:T:2002:146 – *Airtours plc./Kommission*.

850 Nach dem Urteil sind „koordinierte Effekte“ in der europäischen Fusionskontrolle in der Bedeutungslosigkeit versunken, wie statistische Auswertungen zeigen, vgl. *Göhs/Rottmann*, ZWeR 2020, 493, 494 (Fn. 1 mwN). Dies mag freilich auch am Bedeutungsgewinn der Theorie „nichtkoordinierter Effekte“ liegen, die seit Einführung des SIEC-Tests als eigenständige Schadentheorie von der Kommission geprüft werden kann, siehe hierzu *Schwalbe/Zimmer*, Kartellrecht und Ökonomie, 3. Aufl. 2021, S. 381 ff.

tive Effekte entfalten dürften.⁸⁵¹ Daran zeigt sich nicht zuletzt eine konzeptionelle Schwäche der letztgenannten Argumentation. Warum sollten Instrumente der Verhaltenskoordination nur dann verboten werden, wenn sie eine aus anderen Gründen bereits feststellbare kollektive Marktbeherrschung festigen, nicht aber, wenn sie eine solche Stellung erstmalig⁸⁵² herbeiführen. Ökonomisch wirkt die Preisgarantie in beiden Fällen nahezu identisch, auch wenn der Effekt unterschiedlich gravierend sein mag. Die juristische und gerade nicht primär ökonomische Figur der kollektiven Marktbeherrschung würde eine künstliche Zäsur setzen, der zufolge die Verwendung von Preisgarantien nur in manchen Kontexten zu untersagen wäre. Um die Erwägung zu verdeutlichen, muss daran erinnert werden, dass Märkte mit oder ohne kollektive Marktbeherrschung keine völlig unterschiedlichen ökonomischen Regime (Szenarien) darstellen. Viel eher muss man sich ein Kontinuum von Marktverhältnissen mit unterschiedlich stark ausgeprägtem Wettbewerb vorstellen. Als Marktergebnis liegen am Anfang dieses Kontinuums Preise zu Grenzkosten vor, am Ende trifft man dagegen auf Monopolpreise. Das Kontinuum kann man sich im eindimensionalen Raum als Linie vorstellen. In Abhängigkeit von ihrem Koordinierungserfolg können sich die Unternehmen auf jedem Punkt dieser Linie wiederfinden. Verwenden die Unternehmen nun Preisgarantien, bewegt man sich – egal von welchem Ausgangspunkt man startet – ein Stück weiter in Richtung des Monopolpreises. Zwar ließe sich vertreten, dass die hier als Verschiebung stilisierte Verschlechterung der Wettbewerbsverhältnisse erst in einem bestimmten Bereich, etwa jenseits des Mittelpunkts der Linie, wenn man dem Monopolpreis näher als dem Wettbewerbspreis ist, normativ⁸⁵³ verwerflich ist. Dies korreliert mit der rechtlich schwierigen Entscheidung, wann mehrere Unternehmen als marktbeherrschend einzustufen sind, d.h. wo eine solche Trennlinie zu ziehen sei. Doch wird damit deutlich, dass die Stoßrichtung und das Anliegen der Missbrauchsaufsicht

851 Solange Preisgarantien nicht Art. 101 AEUV / § 1 GWB subsumiert werden, ist mit der Verteidigung eines beschuldigten Unternehmens zu rechnen, die Preisgarantie diene doch gerade der Abschwächung starken Wettbewerbsdrucks.

852 So fordert etwa *Liu*, (81) Manchester School 2013, 828, 849 f. ein Einschreiten gerade bzw. nur dann, wenn die Verwendung einer oder mehrerer Preisgarantien Kollusion erst möglich machen.

853 Ob es in der Missbrauchsaufsicht eine Erheblichkeitsschwelle gibt, ist eine offene Frage, vgl. für Fälle des Behinderungsmissbrauchs: *Zimmer/Rottmann*, WuW 2022, 370, 376 sowie *Lehnhardt-Busche*, Preisbezogene Behinderungsmissbräuche nach Art. 102 AEUV, 2019, S. 231-237; ablehnend: *Scholz*, in: *Wiedemann* (Hrsg.), Handbuch des Kartellrechts, 4. Aufl. 2020, § 6 Rn. 62.

möglicherweise nicht zur Kontrolle von Koordinierungsmaßnahmen passen, die auch abseits einer rechtspolitisch gewillkürten Einstufung von Marktmacht als Marktbeherrschung, wettbewerbsschädigend wirken. Hier dürfte das Kartellverbot ein weitreichenderes, allgemeingültiges Regelungsziel verfolgen.

Dem wettbewerbspolitischen Anliegen der Vertreter eines Strukturmissbrauchs im Oligopol ist dagegen uneingeschränkt zuzustimmen. Die hier vertretene Zurückhaltung darf keinesfalls als dogmatische Ablehnung missverstanden werden. Viel eher soll hervorgehoben werden, dass das an früherer Stelle dieser Arbeit geforderte Vorgehen auf Grundlage von Art. 101 AEUV / § 1 GWB vorzugswürdig ist, da es – das hier erarbeitete Verständnis zugrunde gelegt – eine noch besser geeignete Maßnahme darstellt.

c) Fazit

Von einem konzeptionellen Standpunkt aus betrachtet ist eine klare Abgrenzung der Anwendungsbereiche von Kartellverbot und Missbrauchsverbot für den Umgang mit Horizontalbeschränkungen durch Instrumente zur Verhaltenskoordination im nicht von einem Unternehmen beherrschten Oligopol geboten.⁸⁵⁴

aa) Abgrenzung von Kartellverbot und Missbrauchsaufsicht

Die Missbrauchsaufsicht soll die Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung verhindern, bei der mangels Wettbewerbs kontrollfreie Handlungsspielräume zur Ausbeutung einer Marktgegenseite oder zur Behinderung des Restwettbewerbs eingesetzt werden. Dies gilt gleichermaßen für ein individuell marktbeherrschendes Unternehmen oder eine Gruppe kollektiv marktbeherrschender Oligopolisten. Das Verbot adressiert also nach *außen* gerichtete Verhaltensweisen.⁸⁵⁵ Die Missbrauchsaufsicht betreibt dabei um-

854 Die nachfolgend erarbeitete Abgrenzung bezieht sich daher auch nicht auf vertikale Wettbewerbsbehinderungen zwischen Unternehmen auf unterschiedlichen Marktstufen.

855 Vgl. *Gjendemsjø/Hjelmeng/Sørgard*, (36) World Comp. 2013, 355, 368 allerdings mit abweichendem Schwerpunkt: Der Missbrauch einer einzelmarktbeherrschenden Stellung richte sich gegen Wettbewerbsdruck von außen; der Missbrauch einer kollektiv marktbeherrschenden Stellung richte sich gegen Wettbewerbsdruck von innen.

fassenden Drittschutz. Dieser gilt in vertikaler Richtung zu Gunsten der auf vor- oder nachgelagerten Marktstufe angesiedelten Zulieferer und Abnehmer sowie in horizontaler Richtung zugunsten verbliebener Konkurrenten, die an einer marktbeherrschenden Stellung nicht teilhaben (vor allem sog. „Mavericks“⁸⁵⁶; Außenseiter).

Sämtliche Maßnahmen, die innerhalb einer Gruppe von Unternehmen darauf abzielen, (noch) vorhandenen Wettbewerb abzuschwächen, sollten dagegen als Verhaltensabstimmung einem weit verstandenen Kartellverbot unterfallen, das idealerweise sämtliche Formen der auf kommunikativen Zusatzmaßnahmen (s.o.) basierenden Koordinierung zwischen Unternehmen erfasst. Dem Kartellverbot sind im horizontalen Bereich also primär Verhaltensweisen mit *innerer* Stoßrichtung zuzuweisen.⁸⁵⁷ Alle Maßnahmen, die kollusive Preise und eine Schwächung des Binnenwettbewerb zwischen den beteiligten Unternehmen ermöglichen oder aufrechterhalten sollen, sind demnach dem Kartellverbot zu subsumieren.⁸⁵⁸ Sie sind (noch) nicht mit der Marktmisbrauchsaufsicht zu kontrollieren, eröffnen aber ggfs. deren Anwendungsbereich, wenn sie die Annahme einer kollektiv marktbeherrschenden Stellung rechtfertigen.⁸⁵⁹ Führt beispielsweise eine wirksame Kartellabsprache zu einem einheitlichen Auftreten der beteiligten Unternehmen, kann infolgedessen eine kollektiv marktbeherrschende Einheit vorliegen,⁸⁶⁰ die allerdings erst dann (zusätzlich) auf Grundlage von Art. 102 AEUV sanktioniert werden sollte, wenn sie ihre Marktmacht zu Lasten der Verbraucher durch (gänzlich) überzogene (Monopol-)Preise missbraucht⁸⁶¹ oder ihren kollektiven Zusammenhalt dazu nutzt, verblei-

856 Leitlinien zur Bewertung horizontaler Unternehmenszusammenschlüsse, ABl. (EU) v. 05.02.2004, C 31/5, Rz. 20 lit. d), 42.

857 Siehe dagegen *Gjendemsjø/Hjelmeng/Sørgard*, (36) World Comp. 2013, 355, 365 f., die diese Unterscheidung zur Abgrenzung des Missbrauchs einer kollektiv marktbeherrschenden Stellung vom Missbrauch einer individuell marktbeherrschenden Stellung treffen.

858 Vgl. in diesem Sinne Möschel, Der Oligopolmissbrauch im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, 1974, S. 118: „*Kollusivpraktiken innerhalb von Oligopolisten sind über Art. 85 EWGV voll erfassbar.*“

859 Anders noch EuGH v. 14.07.1981, Rs. C-172/80, Slg. 1981 II-02021, ECLI:EU:C:1981:178 – Züchner, Rn. 10.

860 Fuchs, in: Immenga/Mestmäcker (Begr.), Wettbewerbsrecht, Band 1: EU-Recht, 6. Aufl. 2019, Art. 102 AEUV Rn. 117 f. mwN.

861 Eine solche Fallkonstellation lag ansatzweise vor in EuG v. 10.3.1992, Verb. Rs. T-68/89 u.a., Slg. 1992 II-1403, 1547 f. – *Italienische Glashersteller*, vgl. Fuchs, in: Immenga/Mestmäcker (Begr.), Wettbewerbsrecht, Band 1: EU-Recht, 6. Aufl. 2019, Art. 102 AEUV Rn. 26.

bende Außenseiter zu behindern,⁸⁶² den Markt für sie verschließt,⁸⁶³ sie verdrängt oder auch Marktzutritte durch Abschreckung verhindert.⁸⁶⁴

bb) Einordnung von Preisgarantien in diesen Prüfungsmaßstab

Nach hier vertretener Auffassung überzeugt es daher nicht, die Verwendung von „facilitating practices“ unter bestimmten Umständen des Einzelfalls als die missbräuchliche Ausnutzung einer kollektiv marktbeherrschenden Stellung einzustufen. Zum einen handelt es sich um keinen allgemeingültigen Ansatz, zum anderen ist dies nur auf Grundlage einer in ökonomischer Hinsicht inkohärenten Argumentation möglich. Versuche, in diesem Bereich die Missbrauchsaufsicht anzuwenden,⁸⁶⁵ können als die Folge eines bisher zu restriktiv verstandenen Kartellverbots gedeutet werden. Eine Anwendung des Kartellverbots auf derartige Konstellationen ist hingegen vorzugswürdig, weil es nicht von der Feststellung einer marktbeherrschenden Stellung abhängt und somit konzeptionell die volle Bandbreite denkbarer Fälle erfassen kann. Ferner reduziert eine Anwendung des Kartellverbots die Unsicherheit der behördlichen Rechtsanwendung in tatsächlicher Hinsicht, namentlich mit Blick auf die richterliche Überprüfung der Feststellungen zum Vorliegen einer kollektiv marktbeherrschenden Stellung. Die hier erarbeitete Abgrenzung der Anwendungsbereiche verhindert zudem eine unzulässige doppelte Verwertung mancher Verhaltensweisen für sowohl auf Art. 101 als auch auf Art. 102 AEUV gestützte Verfahren.

-
- 862 Basiert die Behinderung Dritter auf eigens dafür getroffenen Absprachen ist selbstverständlich (auch) das Kartellverbot anwendbar, wobei es eine Doppelsanktionierung zu verhindern gilt (vgl. Fn. 792); die hier vorgeschlagene Abgrenzung soll keine allgemeingültige Beschränkung des Kartellverbots auf Innenwirkungen nahelegen, wie dies einst vertreten wurde, vgl. *Pescher, Der äußere Kartellzwang*, 1984, S. 170 ff.
- 863 EuGH v. 16.03.2000, Rs. C-395, 396/96P, Slg. 2000 I-01365, ECLI:EU:C:2000:132 – *Compagnie Maritime Belge Transports/Kommission*, Rn. 46-59.
- 864 Bzw. die Teilnahme an der gemeinsamen Verhaltenskoordinierung zur faktischen Voraussetzung eines erfolgreichen Markteintritts gemacht wird, vgl. EuG v. 30.09.03, Rs. T-191/98 u.a., Slg. 2003 II-3275, ECLI:EU:T:2003:245 – *Atlantic Container Line u.a./Kommission (TACA)*, Rn. I.338 sowie Rn. II.06 f., 1090 ff.
- 865 Sog. „Oligopoly Gap“, vgl. *Korah*, (20) E.C.L.R. 1999, 337; *Vecchi*, (31) *World Comp.* 2008, 385, 386.

III. Verbot erzwungenen gleichförmigen Verhaltens

Einen letzten kartellrechtlichen Anhaltspunkt bietet der weitgehend unbekannte und in seinem Anwendungsbereich auf den ersten Blick rätselhaft anmutende § 21 Abs. 3 Nr. 3 GWB. Die Norm klingt mit Blick auf Preisgarantien vielversprechend, weil sie sich gegen einseitiges Verhalten richtet, das darauf abzielt, andere Unternehmen zu einem gleichförmigen Verhalten zu veranlassen.

1. Regelungsziel

§ 21 GWB normiert neben dem Boykottverbot (Abs. 1) und dem Verbot des Einsatzes von Druck- & Lockmitteln (Abs. 2) auch ein Zwangsverbot (Abs. 3). Dieses wiederum enthält drei Tatbestandsvarianten. Die erste Variante (Nr. 1) erfasst den Beitritt zu einem kraft Freistellung oder im Bereich der für gewisse Wirtschaftszweige geltenden Sonderausnahmen erlaubnisfähigen Kartell. Die zweite Variante (Nr. 2) erfasst Zusammenschlüsse von Unternehmen nach § 37 GWB. Die hier relevante dritte Variante (Nr. 3) wiederum erfasst gleichförmiges Verhalten. So heißt es:

„Unternehmen und Vereinigungen von Unternehmen dürfen andere Unternehmen nicht zwingen, [...] (3.) in der Absicht, den Wettbewerb zu beschränken, sich im Markt gleichförmig zu verhalten.“

Da der genötigte Beitritt zu einem verbotenen Kartell bereits (mittelbar) von § 21 Abs. 2 GWB⁸⁶⁶ und der (erzwungene) Beitritt zu einem erlaubten Kartell bereits (explizit) von § 21 Abs. 3 Nr. 1 GWB erfasst wird,⁸⁶⁷ verbleibt § 21 Abs. 3 Nr. 3 GWB ein denkbar kleiner Anwendungsbereich mit geringer praktischer Bedeutung.⁸⁶⁸ Dieser wird etwa darin gesehen, keinen Druck auf Kartellaußenseiter auszuüben, sich einem erlaubten Kartell anzupas-

866 Markert, in: Immenga/Mestmäcker (Begr.), Wettbewerbsrecht, Band 2: GWB, 7. Aufl. 2024, § 21 Rn. 88; Roth, in: Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht, Stand: 87. Lieferung, 08/2016, § 21 GWB Rn. 152; Loewenheim, in: LMRKM (Hrsg.), Kartellrecht, 4. Aufl. 2020, § 21 GWB Rn. 50; andeutungsweise: Röhling, in: Kölner Kommentar zum Kartellrecht, 1. Aufl. 2016, Band 1, § 21 GWB Rn. 47.

867 Statt vieler Zorn, in: MüKoWettB, Band 2: GWB, 4. Aufl. 2022, § 21 Rn. 62, 68.

868 Zorn, in: MüKoWettB, Band 2: GWB, 4. Aufl. 2022, § 21 Rn. 63, 72; Loewenheim, in: LMRKM (Hrsg.), Kartellrecht, 4. Aufl. 2020, § 21 GWB, Rn. 45.

sen.⁸⁶⁹ Darüber hinaus wird aber auch die Anpassung und Ausrichtung an einem Marktführer genannt.⁸⁷⁰ Für die Zwecke dieser Arbeit ist besonders interessant, dass ein Kommentator angesichts eher unenergierbiger Gesetzgebungsmaterialien zu dieser Norm davon ausgeht, der Gesetzgeber habe eine Eingriffsnorm schaffen wollen, um gegen bewusstes Parallelverhalten („conscious parallelism“) vorgehen zu können, das ohne eine Vereinbarung oder Abstimmung im klassischen Sinne erzielt wurde.⁸⁷¹ Hier ließe sich zwecks einer Erfassung von Preisgarantien ansetzen.

2. Subjektiver Tatbestand

Auch der subjektive Tatbestand gibt Rätsel auf. Es ist bei unbefangener Betrachtung unklar, ob er sich auf das Zwang ausübende oder zwangsunterworfenen Unternehmen bezieht. Trotz der sprachlich mehrdeutigen⁸⁷² Fassung sei laut *einer* Auffassung davon auszugehen, dass die „*Absicht, den Wettbewerb zu beschränken*“ beim Zwang ausübenden Unternehmen vorliegen müsse.⁸⁷³ Ein Zwang unterworfenes Unternehmen handele unfreiwillig, sodass aus seiner Perspektive von Absicht keine Rede sein könne.⁸⁷⁴ Eine *andere* Auffassung hält eine solche (korrigierende) Auslegung für nicht

869 *Markert*, in: Immenga/Mestmäcker (Begr.), Wettbewerbsrecht, Band 2: GWB, 7. Aufl. 2024, § 21 Rn. 90; vgl. auch *Roth*, in: Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht, Stand: 87. Lieferung, 08/2016, § 21 GWB Rn. 249 mit dem Hinweis, dass es sich allerdings nicht um den einzigen Anwendungsfall handelt.

870 *Loewenheim*, in: LMRKM (Hrsg.), Kartellrecht, 4. Aufl. 2020, § 21 GWB Rn. 52; *Roth*, in: Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht, Stand: 08/2016, § 21 Rn. 249.

871 *Markert*, in: Immenga/Mestmäcker (Begr.), Wettbewerbsrecht, Band 2: GWB, 7. Aufl. 2024, § 21 Rn. 90.

872 Vgl. *Zorn*, in: MüKoWettbR, Band 2: GWB, 4. Aufl. 2022, § 21 Rn. 71: „*missglückt*“; ebenso: *Röhling*, in: Kölner Kommentar zum Kartellrecht, 1. Aufl. 2016, Band 1, § 21 GWB Rn. 48 und *Roth*, in: Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht, Stand: 87. Lieferung, 08/2016, § 21 Rn. 250 („*verunglückt*“).

873 **HM:** *Roth*, in: Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht, Stand: 87. Lieferung, 08/2016, § 21 Rn. 250; *Röhling*, in: Kölner Kommentar zum Kartellrecht, 1. Aufl. 2016, Band 1, § 21 GWB Rn. 44; *Nothdurft*, in: Bunte (Hrsg.), Kartellrecht Kommentar, 14. Aufl. 2021, Band 1: Deutsches Recht, § 21 GWB Rn. 83; *Loewenheim*, in: LMRKM (Hrsg.), Kartellrecht, 4. Aufl. 2020, § 21 GWB Rn. 53.

874 *Zorn*, in: MüKoWettbR, Band 2: GWB, 4. Aufl. 2022, § 21 Rn. 71; *Loewenheim*, in: LMRKM (Hrsg.), Kartellrecht, 4. Aufl. 2020, § 21 GWB Rn. 53; *Nothdurft*, in: Bunte (Hrsg.), Kartellrecht Kommentar, 14. Aufl. 2021, Band 1: Deutsches Recht, § 21 GWB Rn. 89.

erforderlich.⁸⁷⁵ Die Formulierung ziele darauf ab, bewusstes von rein zufälligem Parallelverhalten abzugrenzen. Auch unter Zwang könne sich ein Unternehmen einem Kartell in dem Bewusstsein anpassen, dass dadurch der Wettbewerb beschränkt wird.

Zwar muss der Satzbau tatsächlich als eher untypisch eingestuft werden, doch ist den Anhängern der erstgenannten Auffassung darin zuzustimmen, dass ihr Verständnis die Wortlautgrenze noch nicht überschreitet. Dies soll anhand der folgenden Erwägung verdeutlicht werden. Falls der Gesetzgeber eine wettbewerbsbeschränkende Absicht beim Zwang ausübenden Unternehmen hätte anordnen wollen, hätte er den subjektiven Tatbestand besser in den Hauptsatz des Absatzes, nicht dagegen in die dritte Nummer aufnehmen sollen. So hätte es in aller Deutlichkeit heißen können:

„Unternehmen und Vereinigungen von Unternehmen dürfen andere Unternehmen nicht *in der Absicht, den Wettbewerb zu beschränken*, zwingen, [...].“
(Einfügung in kursiv).

Das gleiche Argument lässt sich hingegen auch mit Blick auf die Zwang unterworfenen Unternehmen anführen. Hätte eine bei ihnen erforderliche Absicht normiert werden sollen, hätte es in Nr. 3 heißen können:

„[...] sich *in der Absicht, den Wettbewerb zu beschränken*, im Markt gleichförmig zu verhalten.“ (Verschiebung kursiv).

In der aktuell geltenden Fassung ist der Standort des subjektiven Tatbestands für keine der beiden Auslegungsalternativen optimal und wirkt je nach dem zugrunde gelegten Verständnis wie eine vor- oder nachstehende Parenthese. Teleologisch überzeugt ohne Weiteres, dass es auf die Absicht des Zwang ausübenden Unternehmens ankommen muss.⁸⁷⁶ Zudem lässt sich die Systematik der Norm als mögliche Erklärung für den Satzbau anführen. Hätte man den subjektiven Tatbestand in den Hauptsatz integriert, würde er sich auch auf die Tatvarianten in Nr. 1 und Nr. 2 beziehen. Für ein (freigestelltes) Kartell ist die Absicht, den Wettbewerb zu beschränken allerdings typischerweise kein entscheidendes Kriterium. Gleiches gilt für Zusammenschlüsse von Unternehmen, die gem. § 36 GWB (SIEC-Test) ebenso wenig nach Verhaltensabsichten, sondern objektiv entsprechend

875 Markert, in: Immenga/Mestmäcker (Begr.), Wettbewerbsrecht, Band 2: GWB, 7. Aufl. 2024, § 21 Rn. 90.

876 So auch Roth, in: Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht, Stand: 87. Lieferung, 08/2016, § 21 GWB Rn. 249.

C. Kartellrechtliche Würdigung

ihrer wettbewerblichen Wirkungen beurteilt werden.⁸⁷⁷ Daher leuchtet ein, dass ein subjektiver Tatbestand nur für die dritte, am wenigstens konturierter und anderenfalls möglicherweise ausufernde Tatvariante gewünscht war. Dies erklärt, warum der subjektive Tatbestand in die konkrete Aufzählung verschoben werden musste.

3. Zwangsmittel

Unter Zwang im Sinne des § 21 Abs. 3 ist nach dem BGH

„eine intensive Beeinflussung zu verstehen, die eine Willensbetätigung des Betroffenen zwar nicht schlechthin ausschließt, aber so stark ist, dass ihm allenfalls formell Alternativen gegenüber dem geforderten Verhalten bleiben, denen zu folgen ihm nach den Grundsätzen wirtschaftlicher Vernunft mit Rücksicht auf die Schwere der angedrohten oder zugefügten Nachteile nicht mehr zugemutet werden kann“⁸⁷⁸

Das Ende dieser Definition lässt erkennen, dass der BGH in Abgrenzung zu den Nötigungsmitteln aus § 21 Abs. 2 GWB eine qualitative Steigerung und somit eine (noch) intensivere Druckausübung vor Augen hatte.⁸⁷⁹ Im Kern handelt es sich dagegen in beiden Absätzen um eine Androhung oder Zufügung von Nachteilen.⁸⁸⁰ Das Verständnis des BGH scheint davon getragen zu werden, dass die Rechtswidrigkeit in § 21 Abs. 3 GWB aus dem Druckmittel folge, während sie sich in § 21 Abs. 2 GWB aus dem rechtswidrigem Zweck (der Teilnahme an einer kartellrechtswidrigen Abstimmung) ergebe.⁸⁸¹

877 Ganz abgesehen davon, dass es hier um sämtliche Zusammenschlüsse geht und nicht nur solche, die der Fusionskontrolle formell oder materiell unterfielen.

878 BGH v. 7.10.1980, Az. KZR 25/79 = WuW/E BGH 1740/1745 – *Rote Liste*.

879 Markert, in: Immenga/Mestmäcker (Begr.), Wettbewerbsrecht, Band 2: GWB, 7. Aufl. 2024, § 21 Rn. 86.

880 Anders als § 21 Abs. 2 GWB verhält sich das BGH-Zitat nicht zum Versprechen oder Gewähren von Vorteilen, die mit Stimmen der Literatur allerdings auch in § 21 Abs. 3 GWB als Zwangsmittel in Betracht kämen, vgl. exemplarisch *Nothdurft*, in: Bunte (Hrsg.), Kartellrecht-Kommentar, Band 1: Deutsches Recht, 14. Aufl. 2021, § 21 GWB Rn. 81 oder *Röhling*, in: Kölner Kommentar zum Kartellrecht, 1. Aufl. 2016, Band 1, § 21 GWB Rn. 43. Es komme insoweit nur auf eine gesteigerte Intensität an.

881 Zustimmend *Roth*, in: Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht, Stand: 87. Lieferung, 08/2016, § 21 GWB Rn. 239.

Der BGH hat jüngst in einer Entscheidung zu § 21 Abs. 3 Nr. 2 GWB festgehalten, dass Zwang jedenfalls dann vorliege, „*wenn der Betroffene allein die Wahl zwischen dem gewünschten Verhalten und der Existenzaufgabe hat [...]*“.⁸⁸²

a) Einordnung

Offensichtlich kann es bei der Vorschrift in aller Regel nicht um willensbrechenden Zwang durch Gewalteinwirkung gehen, sondern um Maßnahmen, die in das wirtschaftliche Kalkül eines Unternehmens eingreifen und kaum eine andere Wahl lassen, als sich in der erwünschten Weise zu verhalten.⁸⁸³ Im Anschluss daran stellt sich die Frage, ob bei der Wirkung einer Preisgarantie bereits von wirtschaftlichen Zwängen eines solchen Ausmaßes gesprochen werden kann.

Einerseits handelt es sich aus Sicht der in Bezug genommenen Unternehmen eher um einen bloßen Anreiz, den Preisen des Garantie auslobenden Unternehmens zu folgen und dieses nicht zu unterbieten. Tut ein Unternehmen dies nicht, setzt es möglicherweise keinen idealen Preis und optimiert seine Gewinne nicht. Ob darin hingegen bereits schwere wirtschaftliche Nachteile im Sinne der frühen Definition des BGH zu sehen sind, ist fraglich. Die jüngste Definition ist ersichtlich nicht erfüllt, stellt allerdings („jedenfalls“) auch keine absolute Schranke dar.

Andererseits verbirgt sich hinter einer Preisgarantie die im Vertikalverhältnis verbürgte Drohung, dass dritte Unternehmen bei Unterbietung der Preise des Garantie auslobenden Unternehmens wirtschaftliche Nachteile (Umsatzverluste) erleiden, da weniger Kunden als sonst auf diese Preissenkung reagieren werden. Der Mengeneffekt fällt daher kleiner als sonst aus und vermag nur zu einem geringeren Ausmaß den (negativen) Preiseffekt auszugleichen. Unterstellt man zudem, dass die Leitungsorgane unternehmenstragender Kapitalgesellschaften dem Shareholder-Value-Ansatz bzw. der Maximierung der Unternehmensgewinne verschrieben sind,⁸⁸⁴ könnte

882 BGH v. 27.09.2022, KZB 75/21 – *Basaltsteinbruch*, Rn. 22 mit Verweis auf Roth, in Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht, Stand: 87. Lieferung, 08/2016, § 21 GWB Rn. 240 m.W.N.; siehe auch Markert, in: Immenga/Mestmäcker (Begr.), Wettbewerbsrecht, Band 2: GWB, 7. Aufl. 2024, § 21 Rn. 86.

883 Vgl. Zorn, in: MüKoWettB, Band 2: GWB, 4. Aufl. 2022, § 21 Rn. 65.

884 Umstritten, vgl. zu dieser Debatte statt vieler Fleischer, in: BeckOGK, Stand: 01.07.2022, § 76 AktG, Rn. 21 ff.

sich gesellschaftsrechtlich mitunter gar die Pflicht ergeben,⁸⁸⁵ gewinnoptimierende Preise auszuwählen und sich dementsprechend an der Konkurrenz auszurichten.

Im Ergebnis muss einen das Verständnis des BGH vom Zwangsmittel in § 21 Abs. 3 GWB daher teleologisch nicht überzeugen.⁸⁸⁶ Gleichzeitig zeigt sich in systematischer Hinsicht aber, dass der Gesetzgeber den Anwendungsbereich mit der begrifflichen Steigerung von § 21 Abs. 2 GWB zu § 21 Abs. 3 GWB zumindest sprachlich in kaum überwindbarer Weise eingeschränkt hat. Ob dies beabsichtigt war, ist schwer zu sagen. Es bestehen allerdings erhebliche Zweifel, ob sich entgegen der begrifflichen Steigerung der Druckmittel eine Auslegung durchsetzen kann, die ein und dieselbe Tathandlung für beide Absätze als tatbestandsmäßig einstuft. Solange dem historischen Gesetzgeber kein redaktionelles Versehen bei den genauen Formulierungen nachgewiesen werden kann, spricht dies gegen eine Interpretation des Normzwecks dahingehend, bewusstes Parallelverhalten unterhalb der Eingriffsschwelle einer Vereinbarung oder Abstimmung iSv. § 1 GWB erfassen zu wollen. Um ein gesetzgeberisches Versehen auszuschließen, soll nachfolgend die Genese des heutigen § 21 GWB nachgezeichnet werden.

b) Einschub zur Genese von § 21 GWB

In der historischen Ursprungsfassung des GWB von 1958⁸⁸⁷ waren bereits die Vorläufer der heute in § 21 GWB zu findenden Vorschriften enthalten. Die heutigen § 21 Abs. 2 und § 21 Abs. 3 GWB wurden zunächst noch als § 25 Abs. 1 und § 25 Abs. 2 GWB (a.F.) geführt. Das heute in § 21 Abs. 1 GWB normierte Boykottverbot war dagegen separat in § 26 Abs. 1 GWB (a.F.) aufgeführt. Die ursprüngliche Fassung dieser Vorschriften im 4. Abschnitt „Wettbewerbsbeschränkendes und diskriminierendes Verhalten“ des GWB lauteten wie folgt.

885 Kritisch zum Ziel der Gewinnmaximierung *Spindler*, in: MüKoAktG, 5. Aufl. 2019, § 76 Rn. 74.

886 Kritisch *Pescher*, Der äußere Kartellzwang, 1984, S. 120.

887 BGBl. Jahrgang 1957 Teil I Nr. 41 v. 09.08.1957, Seite 1081: Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen vom 27.07.1957.

§ 25 Abs. 1 GWB (aF 1958) = § 21 Abs. 2 GWB (heute)

Unternehmen und Vereinigungen von Unternehmen dürfen anderen Unternehmen keine Nachteile androhen oder zufügen und keine Vorteile versprechen oder gewähren, um sie zu einem Verhalten zu veranlassen, dass nach diesem Gesetz oder nach einer aufgrund dieses Gesetzes ergangenen Verfügung der Kartellbehörde nicht zum Gegenstand einer vertraglichen Bindung gemacht werden kann.

§ 25 Abs. 2 GWB (aF 1958) = § 21 Abs. 3 GWB (heute)

Unternehmen und Vereinigungen von Unternehmen dürfen andere Unternehmen nicht zwingen

1. einen Vertrag oder Beschluss im Sinne der §§ 2 bis 8, 29, 99 Abs. 2, § 100 Abs. 1 und 7, §§ 102 oder 103 beizutreten oder
2. sich mit anderen Unternehmen im Sinne des § 23 zusammenzuschließen oder
3. in der Absicht den Wettbewerb zu beschränken, sich im Markt gleichförmig zu verhalten.

§ 26 Abs. 1 GWB (aF 1958) = § 21 Abs. 1 GWB (heute)

Unternehmen und Vereinigungen von Unternehmen dürfen nicht ein anderes Unternehmen oder Vereinigungen von Unternehmen in der Absicht, bestimmte Wettbewerber unbillig zu beeinträchtigen, zu Liefersperren oder Bezugssperren veranlassen.

Die Vorschriften gehen auf den inhaltlich gleichlautenden Regierungsentwurf von 1952 und 1954,⁸⁸⁸ in diesem Dokument bereits enthaltene Änderungsvorschläge des Bundesrats⁸⁸⁹ und eine spätere Konsolidierung und Kompromissfindung im Wirtschaftsausschuss⁸⁹⁰ zurück. Anhand der sprachlichen Entwicklung dieser Vorschriften lässt sich möglicherweise nachzeichnen, welche Ratio den unterschiedlichen bezeichneten Druckmitteln im heutigen § 21 Abs. 2 und Abs. 3 unterliegt.

aa) Regierungsentwurf

Im Regierungsentwurf (1952, 1954) war für den vierten Abschnitt vorgesehen, unter anderem den aus der Kartellverordnung von 1923 bekannten

888 BT-Drs. 2/1158 v. 22.01.1955, Anlage 1, S. 3-19.

889 BT-Drs. 2/1158 v. 22.01.1955, Anlage 2, S. 59-87.

890 BT-Drs. 2/3644 v. 22.06.1957.

sog. „äußereren Organisationszwang“⁸⁹¹ zu regeln. Dafür war § 23 GWB-RegE mit zwei Absätzen vorgesehen. In einem weiteren, hiervon separaten Paragraphen wurde ein Diskriminierungsverbot für marktbeherrschende Unternehmen vorgesehen (§ 25 Abs. 1 GWB-RegE). Die Normen lauteten dabei wie folgt.

§ 23 Abs. 1 GWB-RegE 1952/1954

Kartelle dürfen die wirtschaftliche Bewegungsfreiheit eines nicht beteiligten Unternehmens nicht dadurch beeinträchtigen, daß sie dieses Unternehmen in einem Geschäftsverkehr, der gleichartigen Unternehmen üblicherweise zugänglich ist, unbillig behindern oder gegenüber gleichartigen Unternehmen unmittelbar oder mittelbar unterschiedlich behandeln.

§ 23 Abs. 2 GWB-RegE 1952/1954

Kartelle oder Unternehmen dürfen ein Unternehmen nicht zwingen, einem Kartell als Mitglied beizutreten.

§ 25 Abs. 1 GWB-RegE 1952/1954

Beeinträchtigt ein marktbeherrschendes Unternehmen (§ 17) auf dem von ihm beherrschten Markt ein anderes Unternehmen dadurch in seiner wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit, daß es dieses Unternehmen in einem Geschäftsverkehr, der gleichartigen Unternehmen üblicherweise zugänglich ist, unbillig behindert oder gegenüber gleichartigen Unternehmen unmittelbar oder mittelbar unterschiedlich behandelt, so kann die Kartellbehörde auf Antrag des betroffenen Unternehmens oder von Amts wegen verfügen, daß die Behinderung oder die unterschiedliche Behandlung einzustellen ist.

§ 23 Abs. 1 GWB-Reg-E sollte ausweislich der Regierungsbegründung den aus dem älteren Kartellgesetz bekannten „äußereren Organisationszwang“ sowohl in vertikaler als auch in horizontaler Richtung erfassen.⁸⁹² Nichtbeteiligte Unternehmen im Sinne der Norm konnten also sowohl Wettbewerber als auch Handelspartner sein. Einerseits sollte es Kartellen untersagt sein, Zulieferer oder Abnehmer zu behindern, zu diskriminieren oder unterschiedlich zu behandeln. Andererseits sollte es Kartellen verboten werden, Kartellaußenseiter zu behindern und zu benachteiligen. Obwohl sich dies bei einer ersten Lektüre nicht unmittelbar aufdrängt, sollten im

891 BT-Drs. 2/1158 v. 22.01.1955, Anlage 1, S. 41; teils auch „äußerer Kartellzwang“ genannt, siehe ausführlich zu Herkunft und Bedeutung Pescher, Der äußere Kartellzwang, 1984 – passim.

892 BT-Drs. 2/1158 v. 22.01.1955, Anlage 1, S. 41.

Horizontalverhältnis insbesondere Fälle einer mittelbaren Einwirkung auf Kartellaußenseiter erfasst sein, etwa indem Abnehmer oder Lieferanten zum Boykott ihrer Handelsbeziehung mit den Außenseitern aufgerufen wurden.⁸⁹³ Auch sollten Fälle erfasst sein, in denen Außenseitern eine Geschäftspraxis aufgezwungen werde, etwa jene, die das Kartell intern vereinbart hatte.⁸⁹⁴ § 23 Abs. 2 GWB-Reg-E wurde daraufhin mit der Logik eines Erst-Recht-Schlusses begründet. Wenn durch Abs. 1 bereits eine Druckausübung auf Kartellaußenseiter zwecks Erzielung einer Verhaltensanpassung untersagt werden soll, müsse erst Recht eine Einflussnahme verhindert werden, die auf einen Beitritt zum Kartell abzielt.⁸⁹⁵ In der Begründung wurde ferner darauf hingewiesen, dass beide Fälle – der Beitritt zu einem verbotswidrigen und der Beitritt zu einem ausnahmsweise freigestellten Kartell – von der Norm erfasst sein sollten.⁸⁹⁶ Folglich hätte für beide Fälle (zumindest in Abs. 2) einheitlich *Zwang* als das verbotene Druckmittel festgeschrieben werden sollen.

§ 25 Abs. 1 GWB-RegE wiederum enthielt das bereits aus § 23 Abs. 1 GWB-RegE bekannte Verbot der Diskriminierung und Ungleichbehandlung, wobei nun ein Marktbeherrschender adressiert wird. Der Abdruck dieser Norm erscheint zu diesem Moment womöglich noch etwas zusammenhanglos. Allerdings wurden spätere Änderungen von § 23 GWB-RegE durch Verschiebung und Zusammenführung einzelner Regelungsinhalte mit § 25 GWB bewerkstelligt, sodass der Vollständigkeit halber auch diese Entwicklung nachgezeichnet wird.

bb) Einwürfe des Bundesrats

Bevor der Regierungsentwurf zu Beratungen in den Bundestag eingebracht wurde, war es der Bundesrat, der ihn ergänzte und mit einigen Änderungen versah (nachfolgend als GWB-RatE bezeichnet). Im hier behandelten vierten Abschnitt wurden zwei weitere Vorschrift, § 22a GWB-RatE und § 23a GWB-RatE, eingefügt. Ferner wurden zur rechtlichen Klarstellung vor dem

893 BT-Drs. 2/1158 v. 22.01.1955, Anlage 1, S. 42.

894 BT-Drs. 2/1158 v. 22.01.1955, Anlage 1, S. 42.

895 BT-Drs. 2/1158 v. 22.01.1955, Anlage 1, S. 42: „Nach Absatz 1 darf das Kartell einem Außenseiter nicht eine bestimmte Geschäftspraxis aufzwingen, insbesondere nicht diejenige, welche die Kartellmitglieder auf Grund der Kartellbindung befolgen. Wenn schon dies verboten ist, so ist es erst recht unzulässig, einen Außenseiter zu zwingen, dem Kartell beizutreten. Absatz 2 spricht dies ausdrücklich aus.“

896 BT-Drs. 2/1158 v. 22.01.1955, Anlage 1, S. 42.

Wort „unterschiedlich“ in § 23 Abs. 1 GWB-RegE die Worte „in unbilliger Weise“ eingefügt. Gleiches galt an späterer Stelle auch für die fast identisch lautende Vorschrift des § 25 Abs. 1 GWB-RegE.

§ 22a GWB-RatE

Unternehmen oder Vereinigungen von Unternehmen dürfen anderen Unternehmen keine Nachteile zufügen und keine Vorteile gewähren, um sie zu einem Verhalten zu veranlassen, das nach §§ 1, 10, 15 Abs. 1 und 2, § 16 oder auf Grund eines Verbots nach §§ 12 und 13 nicht zum Gegenstand einer vertraglichen Bindung gemacht werden dürfte.

§ 23a GWB-RatE

Ein Unternehmen darf nicht ein anderes Unternehmen in der Absicht, bestimmte Wettbewerber unbillig zu beeinträchtigen, zu Liefersperren oder Bezugssperren veranlassen.

Zur Begründung für § 22a GWB-RatE wurde angeführt, die Vorschrift solle einer Umgehung der genannten Bestimmungen durch rein tatsächliches Verhalten vorbeugen.⁸⁹⁷ Der Bundesrat befürchtete, dass es durch rein tatsächliches Verhalten zu einer Verhaltenskoordinierung kommen könnte, die im Einzelfall nicht unter die Verbotsvorschriften subsumiert werden könne. Man denke etwa an den Fall, dass sich ein drittes Unternehmen aufgrund von Lock- oder Druckmitteln konform verhält, ohne dass die Interaktion als Vereinbarung eingestuft wird.⁸⁹⁸ Somit handelte es sich für den Fall eines Kartells gem. § 1 GWB-RegE um eine komplementäre Ergänzung zu § 23 Abs. 2 GWB-RegE, der von einem unter Zwang geschlossenen Kartell iSv § 1 GWB ausgeht.⁸⁹⁹ Dass als Vergleichsmaßstab zugrunde gelegt wird, was vertraglich nicht hätte (vertraglich) vereinbart werden dürfen, liegt daran, dass das Kartellverbot in § 1 GWB-RegE ausschließlich Verträge als verbotene Koordinationsmittel adressierte.⁹⁰⁰ Seit Einführung⁹⁰¹ der „abgestimmten Verhaltensweise“ auch im deutschen Kartellrecht stellt sich

897 BT-Drs. 2/1158 v. 22.01.1955, Anlage 2, S. 68.

898 Dabei handelt es sich – wie sich noch zeigen wird – um die Befürchtung, aufgrund derer § 21 Abs. 3 Nr. 3 GWB entstanden ist.

899 Irrelevant ist dabei, ob das Kartell nicht ggf. in einem Sonderbereich freigestellt ist.

900 Vgl. Krauß, in: Bunte (Hrsg.), Kartellrecht-Kommentar, 14. Aufl. 2021, Band 1: Deutsches Recht, § 1 GWB Rn. 93.

901 2. GWB Novelle: BGBl. Jahrgang 1973 Teil I Nr. 64 v. 04.08.1973, S. 917, 923: § 25 Abs. 1 Satz 1 GWB a.F; mit der 6. GWB Novelle, BGBl. Jahrgang 1998 Teil I Nr. 59 v. 26.08.1998, S. 2521 in das Kartellverbot überführt.

freilich die Frage, ob in den meisten der hier angedachten Interaktionen nicht mindestens eine solche abgestimmte Verhaltensweise zu sehen sein müsste. Konsequenterweise verfolgt die Norm in ihrer später verabschiedeten Fassung (§ 25 Abs. 1 GWB aF 1958) heute (§ 21 Abs. 2 GWB) praktisch einen anderen Zweck, als dies vom Bundesrat wohl ursprünglich beabsichtigt war. Weniger geht es um die Ausweitung der Verbotstatbestände, als darum, Wettbewerber oder Vertragspartner im Vertikalverhältnis zu schützen und ihnen Abwehransprüche gegen Drückausübung an die Seite zu stellen.⁹⁰²

Bei § 23a GWB-RatE handelt es sich um eine Ergänzung zu § 23 Abs. 1 GWB-RegE, der – unter anderem – verbieten sollte, Wettbewerber zu behindern, indem Lieferanten oder Abnehmer zu Liefer- oder Bezugssperren hinsichtlich dieser Unternehmen bewegt würden. Dieses Verbot sollte nach Empfehlung des Bundesrates auf Einzelunternehmen ausgedehnt werden, ohne dass ein solches Verhalten in einem Kartell oder einer marktmächtigen Stellung (vgl. § 25 Abs. 1 GWB-RegE, oben) begründet liegt.

cc) Konsolidierung im Wirtschaftsausschuss

Die letzten Änderungen auf dem Weg zur Verabschiedung des neuen Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen verantwortete der Wirtschaftsausschuss des Deutschen Bundestags.⁹⁰³ Dadurch entstanden die finalen Entwurfstexte (nunmehr als GWB-E zitiert), die schließlich in dieser Form, lediglich in unterschiedlicher Nummerierung, verabschiedet wurden.

§ 22a GWB-E = § 25 GWB (aF 1958)

(1) Unternehmen und Vereinigungen von Unternehmen dürfen anderen Unternehmen keine Nachteile androhen oder zufügen und keine Vorteile versprechen oder gewähren, um sie zu einem Verhalten zu veranlassen, das nach diesem Gesetz oder nach einer auf Grund dieses Gesetzes ergangenen Verfügung der Kartellbehörde nicht zum Gegenstand einer vertraglichen Bindung gemacht werden darf.

902 Vgl. *Markert*, in: *Immenga/Mestmäcker* (Begr.), *Wettbewerbsrecht*, Band 2: GWB, 7. Aufl. 2024, § 21 Rn. 53; *Zorn*, in: *MüKoWettbR*, Band 2: GWB, 4. Aufl. 2022, § 21 Rn. 41; *Roth*, in: *Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht*, 87. Lieferung, Stand: 08/2016, § 21 GWB Rn. 152; *Nothdurft*, in: *Bunte* (Hrsg.), *Kartellrecht Kommentar*, 14. Aufl. 2021, Band 1, § 21 GWB Rn. 55.

903 Schriftlicher Bericht des Ausschusses für Wirtschaftspolitik v. 22.06.1957, BT-Drucks. II zu 3644.

- (2) Unternehmen und Vereinigungen von Unternehmen dürfen andere Unternehmen nicht zwingen,
1. einem Vertrag oder Beschuß im Sinne der §§ 1a bis 5 b, 26 b, 74 Abs. 2, § 75 Abs. 1 und 7, §§ 76 a und 77 beizutreten oder
 2. sich mit anderen Unternehmen im Sinne des § 18 zusammenzuschließen oder
 3. in der Absicht, den Wettbewerb zu beschränken, sich im Markt gleichförmig zu verhalten.

§ 23 GWB-E = § 26 GWB (aF 1958)

(1) Unternehmen und Vereinigungen von Unternehmen dürfen nicht ein anderes Unternehmen oder Vereinigungen von Unternehmen in der Absicht, bestimmte Wettbewerber unbillig zu beeinträchtigen, zu Liefersperren oder Bezugssperren veranlassen.

(2) Marktbeherrschende Unternehmen, Vereinigungen von Unternehmen im Sinne der §§ 1 bis 5 b, 74 Abs. 2, § 75 Abs. 1 und 7, § 76 a und 77 und Unternehmen, die Preise nach den §§ 11, 75 Abs. 3 oder § 77 Abs. 1 Nr. 3 binden, dürfen ein anderes Unternehmen in einem 'Geschäftsverkehr, der gleichartigen Unternehmen üblicherweise zugänglich ist, weder unmittelbar noch mittelbar unbillig behindern oder gegenüber gleichartigen Unternehmen ohne sachlich gerechtfertigten Grund unmittelbar oder mittelbar unterschiedlich behandeln.

Der Wirtschaftsausschuss muss mehrere Ziele bei der Neufassung dieses Abschnitts verfolgt haben. Zum einen schien er bestrebt, eine drohende Umgehung des Kartellverbots sowie die Einflussnahme auf Kartellaußenseiter separat von Fragen der (unbilligen) Beeinträchtigung von Unternehmen zu regeln. In den erstgenannten Regelungskomplex musste er § 22a GWB-RatE eingliedern, der insoweit ein neues Anliegen – das Umgehungsverbot – eingebracht hatte. Zum anderen sollte innerhalb des zweitgenannten Regelungsanliegens sauber zwischen der (horizontal, ggf. mittelbar wirkenden) Beeinträchtigung von Wettbewerbern einerseits und der (vertikal, typischerweise unmittelbar wirkenden) Beeinträchtigung und/oder Diskriminierung sonstiger Unternehmen differenziert werden. Hier musste zudem über die Reichweite des Verbots von Boykottaufen zulasten von Wettbewerbern entschieden werden (§ 23 Abs. 1 GWB-RegE / § 23a GWB-RatE). Die vormals fehlende Differenzierung zwischen und innerhalb dieser Regelungskomplexe beruhte insbesondere darauf, dass der „äußere Organisationszwang“, wie er in § 23 Abs. 1 GWB-RegE vorgesehen war, ausweislich der Regierungsbegründung in sprachlich konfuser Weise noch

(alle) drei Dinge hätte erfassen sollen: Diskriminierung dritter Unternehmen, (mittelbare) Diskriminierung von Wettbewerbern, Beeinflussung von Wettbewerbern zwecks Verhaltensangleichung.

(1) Regelungskomplex zur Beeinflussung von Wettbewerbern

Der Wirtschaftsausschuss hat § 22a GWB-RatE und § 23 Abs. 2 GWB-RegE zu einer einzelnen Vorschrift mit zwei Absätzen zusammengeführt und dabei inhaltlich neu strukturiert. § 22a Abs. 1 GWB-E entspricht dem vom Bundesrat vorgeschlagenen § 22a GWB-RatE, dessen Wortlaut mit Ausnahme geringfügiger Präzisierungen⁹⁰⁴ beibehalten wurde. In einem inhaltlich gänzlich neuen § 22a Abs. 2 GWB-E adressierte der Wirtschaftsausschuss sodann – ohne nähere Erläuterung – dreierlei: die erzwungene Mitwirkung an einer freigestellten, ansonsten gesetzeswidrigen Maßnahme (Nr. 1), den erzwungenen Zusammenschluss von Unternehmen (Nr. 2) sowie ein auf Zwang beruhendes gleichförmiges Verhalten im Markt (Nr. 3). Dieser § 22a Abs. 2 GWB-E entspricht dem heutigen § 21 Abs. 3 GWB. Der Zwang als Nötigungsmittel entstammt ursprünglich § 23 Abs. 2 GWB-RegE. Diese Vorschrift hatte allerdings noch den erzwungenen Beitritt zu jeglicher Art von Kartell zum Gegenstand. Nunmehr war wortwörtlich nur noch der (äußere) Kartellzwang zur Mitwirkung an freigestellten Verstößen normiert (Nr. 1). Gänzlich neu ist das Verbot einer Zwangsausübung mit der Absicht ein anderes Unternehmen zu einem Zusammenschluss zu bewegen. Ebenso neu ist das Verbot, durch Zwang ein gleichförmiges Marktverhalten zu bewirken (Nr. 3). Zwangsausübung zwecks Mitwirkung an einem verbotswidrigen Kartell wird dagegen nicht mehr explizit erfasst (vgl. noch § 23 Abs. 2 GWB-RegE). In § 22a Abs. 2 GWB-E ist diese Variante nicht aufgelistet. Ferner passt der Fall zumindest bei Zugrundelegung des Regelungsanliegen des Bundesrates (vgl. § 22a GWB-RatE) eigentlich nicht unter § 22a Abs. 1 GWB-E. Der Wortlaut lässt eine Erfassung dagegen zu. Zwar wird nicht explizit der Zwang zum gesetzeswidrigen Vertragsschluss eines Kartells, sondern nur die zwangsweise Veranlassung eines Verhaltens verboten, das

904 Wie ein Vergleich der Entwürfe zeigt, präzisierte der Wirtschaftsausschuss die Tatmittel um die Dimension eines Inaussichtstellens (Drohung und Versprechung). Auch wird das Verb „dürfen“ am Ende des zweiten Halbsatzes nunmehr im Indikativ („darf“) und nicht mehr im Konjunktiv („dürfte“) verwendet, ohne dass dies wohl inhaltlich Auswirkungen haben sollte.

nicht der Gegenstand einer vertraglichen Bindung gemacht werden darf. Dies erfasst aber auch den tatsächlich erfolgten, verbotswidrigen Beitritt zu einem Kartellvertrag.⁹⁰⁵

(2) Regelungskomplex zur Diskriminierung/Beeinträchtigung von Unternehmen

Im zweiten Regelungskomplex war der Wirtschaftsausschuss bestrebt, den Boykottaufruf zwecks mittelbar-horizontaler Schädigung von Wettbewerbern einerseits und die sonstige Beeinträchtigung von vertikalen Handelspartnern durch Diskriminierung/Ungleichbehandlung getrennt zu regeln. In § 23 Abs. 1 GWB-E wurde das Verbot eines Boykottaufrufs zur Beeinträchtigung von Wettbewerbern normiert. Hier war der Wirtschaftsausschuss zudem vom Vorschlag des Bundesrats überzeugt, dass Boykottaufordernungen unabhängig von einer etwaig zugrundeliegenden Kartellierung oder Marktbeherrschung verboten werden sollten. Das Diskriminierungs- und Ungleichbehandlungsverbot dagegen sollte – wie bereits ursprünglich vorgeschlagen – nur bei Marktbeherrschung (§ 25 Abs. 1 GWB-RegE) oder Kartellierung (§ 23 Abs. 1 GWB-RegE) verboten sein. Nachdem die sonstigen Regelungsinhalte des ursprünglichen § 23 Abs. 1 GWB-RegE bereits andernorts untergebracht waren, konnte § 23 Abs. 1 GWB-RegE mit § 25 Abs. 1 GWB-RegE zusammengelegt und das Diskriminierungs- und Ungleichbehandlungsverbot einheitlich im neuen § 23 Abs. 2 GWB-E geregelt werden.

cc) Zusammenfassung und Schlussfolgerung

Es zeigt sich also, dass die konkrete Ausgestaltung der Absätze 2 und 3 des heutigen § 21 GWB auf eine Mischung aus Beiträgen von Bundesregierung, Bundesrat und dem Wirtschaftsausschuss des Bundestages zurückgeht. Ursprünglich sollte einheitlich verboten werden, einen Wettbewerber durch Zwang zum Beitritt zu einem Kartell jeglicher Art, d.h. verbots-

905 Siehe in aller Deutlichkeit *Loewenheim*, in: LMRKM (Hrsg.), Kartellrecht, 4. Aufl. 2020, § 21 GWB Rn. 50 sowie andeutungsweise *Markert*, in: Immenga/Mestmäcker (Begr.), Wettbewerbsrecht, Band 2: GWB, 7. Aufl. 2024, § 21 Rn. 88 und *Roth*, in: Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht, Stand: 87. Lieferung, 08/2016, § 21 GWB Rn. 154.

widrigen Kartellen sowie freigestellten Kartellen zu bewegen (§ 23 Abs. 2 GWB-RegE). Auf den Bundesrat geht die Benennung der Druckmittel im heutigen § 21 Abs. 2 GWB zurück. Der Bundesrat hatte die zugehörige Vorschrift allerdings nur zur Ergänzung vorgeschlagen, da er eine Umgehung des Kartellverbots fürchtete, indem durch Druckausübung eine Verhaltensabstimmung erzielt wird, ohne dass es zu einem Kartellvertrag kommt.⁹⁰⁶ Der Wirtschaftsausschuss ordnete die Vorschläge daraufhin neu. Der Vorschlag des Bundesrates wurde mit wenigen Änderungen übernommen. Die Vorschrift des Regierungsentwurfs zum „äußersten Organisationszwang“ (§ 23 Abs. 1 GWB-RegE) wurde dagegen grundlegend überarbeitet und ging in anderen Normentwürfen auf. Dies betrifft zum einen das Umgehungsverbot, wie es vom Bundesrat vorgeschlagen wurde, sowie das allgemein gehaltene Boykottverbot. Das Verbot der Zwangsausübung – als einziges Relikt des Regierungsentwurfs – wurde auf die Teilnahme an einem erlaubten Kartell, einen Zusammenschluss von Unternehmen sowie das hier behandelte gleichförmige Verhalten beschränkt. Das letztgenannte Verbot, durch Zwang gleichförmiges Verhalten herbeizuführen (Nr. 3), ist spät und im Übrigen kommentarlos eingefügt worden, sodass dessen Anwendungsbereich bis heute Rätsel aufwirft. Er könnte bei erlaubten Verstößen gegen das Kartellverbot eröffnet sein, an denen das zwangsunterworfenen Unternehmen nicht unmittelbar (vertraglich) beteiligt ist und erst später zum entsprechend angepassten Verhalten gezwungen wird. Mithin geht es um (Kartell-)Außenseiter einer freigestellten Absprache.⁹⁰⁷

Damit war die Abstufung zwischen dem heutigen § 21 Abs. 2 und § 21 Abs. 3 GWB geboren. Während die Entstehung und Vermengung der ursprünglichen Ansätze reichlich chaotisch anmutet und nur mühsam nachzuvollziehen ist, wirkt es doch so, als habe der Wirtschaftsausschuss die Abstufung zwischen der Beteiligung an verbotswidrigem Verhalten und der Beteiligung an erlaubtem Verhalten ganz bewusst so vorgenommen und dabei ebenso bewusst unterschiedliche Nötigungsmittel in den unterschiedlichen Tatbeständen festgehalten. Einzig dem Bundesrat hätte man noch

906 Angesichts des späteren Hinzutretens der „abgestimmten Verhaltensweise“ als Handlungsvariante im Kartellverbot hat die Vorschrift im Laufe der Zeit einen teleologischen Wandel durchlaufen. Sie findet überwiegend Anwendung bei Druckausübungen in Vertikalbeziehungen zwischen Hersteller und Händler, siehe bereits die Nachweise in Fn. 902.

907 *Markert*, in: Immenga/Mestmäcker (Begr.), Wettbewerbsrecht, Band 2: GWB, 7. Aufl. 2024, § 21 Rn 90; *Roth*, in: Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht, Stand: 87. Lieferung, 08/2016, § 21 GWB Rn. 251.

C. Kartellrechtliche Würdigung

unterstellen können, er habe selbst angesichts der sprachlichen Abweichung beim Nötigungsmittel in seinem Ergänzungsvorschlag im Grunde dasselbe gemeint, wie es der Regierungsentwurf schon für das Verbot äußeren Kartellzwangs vorgesehen hatte. Spätestens der Wirtschaftsausschuss muss dagegen bei der Verschiebung und Anpassung der Vorschriften ein Bewusstsein für die sprachliche Abstufung gehabt haben. Jedenfalls handelte es sich nicht um eine schlicht unglückliche Neuanordnung und Kombination von Vorschriften unterschiedlicher (institutioneller) Urheber, für die man noch davon hätte behaupten können, dass die verschiedenen Akteure mit den unterschiedlichen Nötigungsmitteln in den sich ursprünglich teils überlappenden Tatbeständen (vgl. § 23 Abs. 1 RegE-1952/54 und § 23a RegE-1952/1954) im Grunde genommen wohl dasselbe gemeint haben dürften. Die Auseinandersetzung mit der Entstehungsgeschichte spricht daher für eine Auslegung, die bei § 21 Abs. 3 GWB den Tatvorwurf auf das Nötigungsmittel legt. Umso eher drängt sich also auch eine enge Auslegung des Zwangs in § 21 Abs. 3 GWB auf.

4. Gleichförmiges Verhalten im Markt

Diese Feststellung ist umso misslicher, als die weitere Tatbestandsvoraussetzung – genauer gesagt der Taterfolg – geradezu perfekt zu passen scheint. Erforderlich ist, dass sich dritte Unternehmen im Markt gleichförmig verhalten. Bei den Abläufen einer Preisgarantie – so könnte man meinen – handelt es sich um das Paradebeispiel einer vereinbarungslosen Verhaltenskoordination.⁹⁰⁸

5. Fazit

Ob Preisgarantien also der nahezu erste Anwendungsfall dieser Norm werden, hängt schlussendlich davon ab, wie eng man den Begriff Zwang versteht und ob man dem BGH in seiner Auffassung folgt, es müsse sich bei der Intensität der willensbeugenden Maßnahme im Vergleich zu § 21

908 Hier wird bewusst – und zur Abgrenzung – auf den Begriff „tacit collusion“ verzichtet, da mit der Preisgarantie jedenfalls ein öffentliches Instrument der Verhaltenskoordinierung verwendet wird und daher nicht von stillschweigender Koordinierung gesprochen werden kann, siehe bereits oben: S. 243.

Abs. 2 GWB um eine Steigerung handeln.⁹⁰⁹ Ein Gleichlauf mit § 21 Abs. 2 BGB würde sich teleologisch als sinnvoll erweisen, dürfte dagegen dem Verständnis des historischen Gesetzgebers vom rechtswidrigen Druckmittel widersprechen.

IV. Folgefragen der Rechtsdurchsetzung

Die Untersuchung des materiellen Kartellrechts hat zum Vorschein gebracht, dass Preisgarantien dem Verbot einer abgestimmten Verhaltensweise gem. Art. 101 Abs. 1 AEUV / § 1 GWB subsumiert werden können. Ein Vorgehen gegen Preisgarantien mit der Marktmisbrauchsaufsicht nach Art. 102 AEUV / §§ 18, 19 AEUV sowie dem in § 21 Abs. 3 GWB normierten Zwangsverbot hat sich dagegen im ersten Fall als unzureichend und im zweiten Fall als rechtlich unzulässig erwiesen.

Dass nach der hier vertretenen Auffassung entgegen der bisher vorherrschenden Meinung auch individuell-einseitiges Verhalten zu einer abgestimmten Verhaltensweise führen kann, birgt Fallstricke bei der Durchsetzung des Kartellrechts durch das Verwaltungs- und Zivilrecht. Insbesondere die Vorschriften des Kartellschadensersatzes wurden erst nachträglich im deutschen Kartellrecht verankert.⁹¹⁰ Es muss davon ausgegangen werden, dass der Norminhalt von der seinerzeit vorherrschenden Auslegung der materiellen Vorschriften geprägt war.

Als gewöhnungsbedürftig und kritikwürdig würden vermutlich viele ein Ergebnis einstufen, dem zufolge alle an der durch eine Preisgarantie abgestimmten Verhaltensweise beteiligten Unternehmen, d.h. auch die passiv gebliebenen Adressaten des Preisvergleichs, haften würden. Hier könnte in Frage gestellt werden, ob die Durchsetzung des Kartellrechts vor allem mittels privater Schadensersatzklagen nicht über das Ziel hinausschießen würde und einer Einschränkung bedürfte. Wer diese Befürchtung teilt, darf die als überschießend eingestuften Rechtsfolgen dagegen nicht als Argument heranziehen, um gänzlich von einer Auslegung des Kartellver-

909 So auch Teile des Schrifttums, etwa Zorn, in; MüKoWettbR, Band 2: GWB, 4. Aufl. 2022, § 21 Rn. 65.

910 Vgl. zuletzt § 33a GWB im Wege der 9. GWB Novelle, BGBl. Jahrgang 2017 Teil I Nr. 33 v. 08.06.2017, S. 1416 zwecks Umsetzung von Anforderungen der Kartellschadensersatzrichtlinie (2014/104/EU); der Schadensersatzanspruch wurde erstmalig mit der 7. GWB Novelle, BGBl. Jahrgang 2005 Teil I Nr. 42 v. 12.07.2005, S. 1954, 1959 f. normiert.

bots im hier vertretenen Sinne abzuraten.⁹¹¹ Der Kartellschadensersatz soll eine effektive Durchsetzung des Kartellverbots ermöglichen.⁹¹² Das Kartellverbot sollte daher gerade nicht unter Heranziehung der flankierenden Normen ausgelegt werden. Erscheint es innerhalb der rechtsdogmatischen Grenzen und bei Betrachtung der Ratio des Kartellverbots geboten, gewisse Verhaltensweisen zu untersagen, darf die Auslegung nicht von potentiell zu gravierenden (sekundären) Rechtsfolgen getrieben sein. Bei derartigen Befürchtungen sollten viel eher die Begleitnormen überprüft und nötigenfalls restriktiv ausgelegt werden. Anderenfalls erzielt vor allem die Möglichkeit der privaten Kartellrechtsdurchsetzung einen gegenteiligen Effekt. Sie wirkt abschreckend auf die Anwendung des Kartellverbots bei bestimmten Praktiken.

Wie die kartellrechtliche Kontrolle der Verwendung von Preisgarantien durch Maßnahmen der öffentlichen und privaten Rechtsdurchsetzung in normativ überzeugender Art und Weise bewerkstelligt werden kann, ist Gegenstand des nachfolgenden Abschnitts.⁹¹³

1. Konsequenzen einer Ausdehnung des Kartellverbots

Nach der hier vertretenen Auffassung kommt es bereits bei Verwendung einer Preisgarantie durch nur ein Unternehmen zu einem Kartellverstoß. Fraglich ist, in welchem Ausmaß dadurch die restlichen im relevanten Markt aktiven Unternehmen kompromittiert werden. Hierbei handelt es sich jedenfalls um diejenigen Unternehmen, auf die sich die Preisga-

911 So jedenfalls *Lianos/Korah/Siciliani*, *Competition Law*, 1. Aufl. 2019, S. 428; in diese Richtung möglicherweise 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, 46, der vor einer ausufernden Anwendung des Kartellverbots bei einseitiger Offenlegung von Informationen warnt und sich stattdessen für die erweiterte Sektoruntersuchung in der 11. GWB-Novelle ausspricht.

912 Im Vordergrund steht daher die sog. Präventionsfunktion, vgl. etwa: *Franck*, in: *Immenga/Mestmäcker* (Begr.), *Wettbewerbsrecht*, Band 2: *GWB*, 7. Aufl. 2024, § 33a Rn. 3-7.

913 Die Frage stellt sich in gleichem Maße, wenn ein Verstoß gegen Art. 102 AEUV bei kollektiver Marktbeherrschung durch individuelle, unilaterale Verwendung von „facilitating practices“ angenommen werden soll; vgl. dazu S. 263 ff.

rantie bezieht.⁹¹⁴ Bei unbefangener Behandlung dieser Unternehmen als (Mit-)Verantwortliche wären auch sie den Folgen öffentlicher und privater Durchsetzung ausgesetzt. Dies betrifft etwa die potentielle Verhängung von Bußgeldern durch die EU-Kommission oder das Bundeskartellamt sowie die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen durch betroffene Marktteilnehmer. Ob dies normativ tragbar wäre,⁹¹⁵ hängt von der Perspektive des Betrachters ab.

a) Grundwertungen

Einerseits könnte man in den passiv-adaptiven Unternehmen Opfer der Preisgarantie sehen. Ihnen ist es nur noch zu einem geringeren Ausmaß möglich, durch günstigere Preise Konsumenten von dem Unternehmen abzuwerben, das die Preisgarantie verwendet. Einem Unternehmen – so könnte man ferner argumentieren – dessen Preise zur Ausgangsformel der Preissetzung eines Wettbewerbers gemacht wurden, kann nicht zum Vorwurf gereicht werden, dass dies naturgemäß das Entscheidungskalkül bei der eigenen Preissetzung verändert. Sie passen ihr Verhalten lediglich in erzwungen-rationaler Weise an. Nicht zuletzt gilt für sie das berühmte, bereits dargestellte Abhilfeproblem.⁹¹⁶ Welches rechtmäßige Alternativverhalten könnte man ihnen auferlegen, um etwa eine Abstellungsverfügung und ein Bußgeld zu rechtfertigen? Auch wenn diese Erwägung im Tatbestand des Kartellverbots nach hier vertretener Auffassung (noch) keine Rolle spielen durfte, da man immerhin das Garantie auslobende Unternehmen

914 Denkbar wäre ebenso, dass weitere Unternehmen, auch ohne Referenzpunkt der Preisgarantie zu sein, ihre Preise entsprechend anheben können. Dies käme dem Preisschirm eines Kartells oder den Zweit rundeneffekten eines nichtkoordinierten Zusammenschlusses gleich (vgl. zu letzterem *Schwalbe/Zimmer*, Kartellrecht und Ökonomie, 3. Aufl. 2021, S. 304 f.).

915 Ablehnend *Stroux*, US and EC Oligopoly Control, 2004, S. 171 (für die Rechtsfolgen eines individuellen Missbrauchs einer kollektiv marktbeherrschenden Stellung nach Art. 102 AEUV, z.B. durch eine Meeting Competition Klausel); skeptisch (ebenfalls für das Parallelproblem der Haftung einer Gruppe kollektiv marktbeherrschender Unternehmen bei unilateralem Verstoß eines Mitglieds): *Vecchi*, (31) *World Comp.* 2008, 385, 397 ff. mit einer Analogie zur stillschweigenden Teilnahme an einem Kartell mangels öffentlicher Distanzierung: „[...], the mere fact that the other competitors [...] refused to give rebates after one competitor has adopted a meeting competition clause, is not necessarily illegal [...].“ ebenso ablehnend (für Art. 102 AEUV): *Monti*, *CMLRev.* 2001, 131, 147.

916 *Turner*, (75) *Harvard Law Rev.* 1962, 655-706; *Trimarchi*, *GRUR Int.* 1970, 311, 314.

belangen kann, darf man sie spätestens auf Ebene der Rechtsdurchsetzung bezüglich der restlichen Unternehmen nicht unbeachtet lassen.

Andererseits profitieren in aller Regel auch die passiv-adaptiven Unternehmen von den garantiebedingt erhöhten Preisen im Markt.⁹¹⁷ Sie sind mitunter ebenso Nutznießer der Preisgarantie. Insbesondere insoweit sie keine Beseitigung und Unterlassung der Verwendung einer Preisgarantie verlangen,⁹¹⁸ zeigt sich darin vermutlich, dass sie sich von der Preisgarantie nicht gestört fühlen. Diese Beobachtung könnte dafür sprechen, einen differenzierten Lösungsansatz zu vertreten. Jedenfalls im Bereich der privaten Rechtsdurchsetzung ist fraglich, ob den restlichen Unternehmen der garantiebedingte Gewinnüberschuss verbleiben sollte. Damit unmittelbar verknüpft ist die Frage, ob es gerechtfertigt wäre, nur den Initiator für alle Schäden im Markt aufkommen zu lassen. Dies beträfe auch die überhöhten Preise seiner Konkurrenten, wodurch die Situation den Preisschirmeffekten eines Kartells gleicht.⁹¹⁹ Erhöhen infolge kartellbedingt überhöhter Preise der Kartellanten auch etwaige Kartellaußenseiter ihre Preise (sog. „strategische Komplementarität der Preise“⁹²⁰), können deren Abnehmer Schadensersatz von den Kartellanten verlangen. Bei Preisgarantien würde ein besonders großer Preisschirmeffekt vorliegen,⁹²¹ da ggfs. nur ein einzelnes Unternehmen für alle Schäden im Markt verantwortlich ist. Im Fall eines Kartells wird der Preisschirm immerhin als Teil der gesamtschuldnerischen Verantwortlichkeit gem. § 33d Abs. 1 Satz 1 GWB intern aufgeteilt.⁹²²

917 Siehe etwa die Studie von *Dewenter/Schwalbe*, Perspektiven der Wirtschaftspolitik 2016, 276-288 zur Preisgarantie von *Shell* oder die Studie von *Zhuo*, (65) J. of Ind. Econ. 2017, 719-738 zur Preisgarantie von *Target*. In beiden Fällen führte die Preisgarantie auch zu Preissteigerungen der restlichen Unternehmen.

918 Dies wäre theoretisch gem. § 33 Abs. 1, 3 GWB denkbar, siehe dazu später.

919 EuGH v. 05.06.2014, Rs. C-557/12, ECLI:EU:C:2014:1317 – *Kone*; BGH v. 19.5.2020, Az KZR 8/18 – *Schienenkartell IV*; siehe vorher bereits OLG Düsseldorf v. 8.5.2019, Az. VI-U (Kart) 11/18 – *Schienenkartell III*.

920 Vgl. *Schwalbe/Zimmer*, Kartellrecht und Ökonomie, 3. Aufl. 2021, S. 304, Fn. 68.

921 Mit dieser Beobachtung für unilaterale Kollusion allgemein: *Andreoli-Versbach/Franck*, (11) J.C.L.E. 2015, 463, 487.

922 *Mackenrodt*, in: LMRKM (Hrsg.), Kartellrecht, 4. Aufl. 2020, GWB § 33d GWB Rn. 7.

b) Denkbare Ausgangspunkte

Es stehen nunmehr zwei Lösungsansätze zur Verfügung. Sie nehmen einen unterschiedlichen Ausgangspunkt, wobei in Detailfragen mittels Auslegung und Rechtsfortbildung durchaus Konvergenz erzielt werden könnte.

Gemäß der *ersten* Variante würden nur solche Unternehmen als „Rechtsverletzter“ bzw. als an der Zuwiderhandlung und dem Rechtsverstoß unmittelbar Beteiligte eingestuft, die eine Preisgarantie verwenden. Diese Variante schließt die Verantwortlichkeit der restlichen Unternehmen in der öffentlichen Rechtsdurchsetzung aus und erschwert eine Haftung auf Schadensersatz.

Gemäß der *zweiten* Variante würden dagegen alle von einer Preisgarantie betroffenen⁹²³ Unternehmen gemeinsam mit dem Garantie auslobenden Unternehmen als „Rechtsverletzer“ bzw. als dem Kartellverbot Zuwiderhandelnde eingestuft. Dies müsste aus Gründen der Konsistenz gleichermaßen für die Normen der öffentlichen und der privaten Rechtsdurchsetzung gelten. Hier ließen sich unbillige Folgen weitestgehend dadurch vermeiden, dass auf Rechtsfolgenseite eine restriktive Anwendung der jeweiligen Normen praktiziert wird.

Aufgrund der generalklauselartigen Offenheit der relevanten Normen ließen sich zunächst vermutlich beide Einstufungen vertreten. Entscheidend ist, welche der oben genannten Wertungen für überzeugungskräftiger gehalten werden. Um eine Schadensersatzpflicht der passiv-adaptiven Unternehmen zu begründen, ist jedoch selbst in der zweiten Konzeption ein erheblicher Begründungsaufwand von Nöten, der sich berechtigter Kritik ausgesetzt sehen dürfte.

2. Koordinierungsmittel als Anknüpfungspunkt

Die erste der beiden gerade angesprochenen Konzeptionen legt den Schwerpunkt des Tatvorwurfs auf die entsprechende Abstimmungshandlung. Dies steht (noch) in Einklang mit der Prämisse, dass entsprechend einem Erfolgsdelikt eine Verhaltensanpassung mehrerer Unternehmen er-

923 Die noch aufzuzeigende Schwäche dieses Ansatzes lässt sich schon an der Frage erkennen, wie mit Unternehmen umzugehen ist, die nicht Adressat der Preisgarantie sind, sich aber an einem betroffenen Unternehmen ausrichten und damit gleichermaßen einer etwaigen Preissteigerung folgen.

folgt sein muss.⁹²⁴ Indem es eine Preisgarantie ausgelobt hat, hat in dem Fall allerdings nur ein einzelnes Unternehmen die relevante Tathandlung begangen. Diese Einordnung könnte sich ferner unmittelbar aus der oben genannten, hingegen nicht herrschenden Wortlautauslegung des Kartellverbots ergeben, der zufolge bereits die eigene Preissetzung unter Verwendung einer Preisgarantie als abgestimmte Verhaltensweise gelten könnte.⁹²⁵ In dem Fall spielen die passiv-reaktiven Unternehmen mangels Taterfolgs (Tätigkeitsdelikt) keine Rolle mehr.

Die Besonderheit eines so verstandenen Tatbestands, die darin liegt, dass ein Verhalten Dritter beeinflusst werden muss und diese Dritten zudem noch vom dadurch erzielten Taterfolg profitieren, ohne aber eindeutig als (Mit-)Täter festzustehen, erschwert die Einordnung in typische straf- oder deliktsrechtliche Kategorien ganz erheblich. Dem Verfasser ist kein Straftatbestand und keine Ordnungswidrigkeit dieser Art bekannt, die einen Vergleich oder eine Abgrenzung ermöglichen würden.

Doch gerade, weil als wettbewerbspolitische Maxime stets betont wird, dass koordiniertes Verhalten nicht als solches zu verurteilen sei, dürfte der Unrechtsvorwurf trotz des zweigliedrigen Tatbestands in der Verwendung eines Koordinierungsmittels liegen. Auch die eben wiederholte binnensystematische Auslegung des Kartellverbots, der zufolge Koordinierungsmaßnahmen verboten werden, spricht dafür, dass der Tatvorwurf sich gegen Instrumente der Verhaltenskoordination richtet, nicht aber ebenso gegen stillschweigend vorgenommene Anpassungshandlungen. Somit gilt im Sonderfall der „abgestimmten Verhaltensweise“, dass durch ein Koordinierungsmittel zwar ein tatsächlich angeglichenes Marktverhalten erreicht worden sein muss. Es wird dagegen – so ließe sich vertreten – nicht das dafür zwingend notwendige Zutun dritter Unternehmen, sofern es sich auf eine bloße Anpassung beschränkt, zum Zentrum des Unrechtsvorwurfs gemacht.

a) Öffentliche Rechtsdurchsetzung

Im Bereich der öffentlichen Rechtsdurchsetzung steht sowohl der EU-Kommission als auch dem Bundeskartellamt die Kompetenz zu, bei Verstößen gegen Vorschriften des Kartellrechts Abstellungsverfügungen und Bußgelder zu erlassen.

924 Siehe zur Rechtsprechung bzgl. eines zweigliedrigen Tatbestands: S. 160.

925 Siehe hierzu: S. 231 f.

aa) Abstellungsverfügung

Für das EU-Recht gilt nach Art. 7 Abs. 1 VO 1/2003:

„Stellt die Kommission eine Zu widerhandlung gegen Art. 81 [...] fest, so kann sie die beteiligten Unternehmen [...] verpflichten, die festgestellte Zu widerhandlung abzustellen.“

Der Begriff einer *Zu widerhandlung* legt nahe, die jeweilige Wertung des Kartellverbots zu übertragen. Wird eine Verhaltensabstimmung durch individuell-einseitige Verwendung eines Koordinierungsmittel als tatbestandsmäßig eingestuft, wäre es nur konsequent, lediglich ein Unternehmen – den Verwender einer Preisgarantie – als entsprechenden Täter einzustufen. Zwar heißt es in Art. 7 Abs. 1 VO 1/2003 im Plural, dass die beteiligten Unternehmen verpflichtet werden können. Ausnahmsweise wäre hier nur ein Unternehmen zu adressieren. Dies ergibt sich unmittelbar daraus, dass die Rechtsfolge (Abstellung = Beseitigung/Unterlassung) nur für das Preisgarantie verwendende Unternehmen passt. Den anderen Unternehmen kann – wie oben in Breite erörtert wurde – kein rechtmäßiges Alternativverhalten vorgeschrieben werden. Zum anderen folgt aus der hier vertretenen Grundkonzeption, dass das Verhalten der passiv-adaptiven Unternehmen zwar Teil des Taterfolgs ist. Die materiell-rechtliche Zu widerhandlung, auf die Art. 7 Abs. 1 VO 1/2003 Bezug nimmt, würde aber auf die Auslobung der Preisgarantie beschränkt. Insofern gäbe es nur ein tatbeteiligtes Unternehmen im Sinne der Norm.

Das deutsche Kartellverwaltungsrecht verwendet eine ähnliche Formulierung. § 32 Abs. 1 GWB ermächtigt das Bundeskartellamt zu Abstellungsverfügungen:

„Die Kartellbehörde kann Unternehmen [...] verpflichten, eine Zu widerhandlung gegen eine Vorschrift dieses Teils oder gegen Artikel 101 [...] (des AEUV) abzustellen.“

Die vorgenannte Argumentation kann daher übertragen werden. Dem Begriff der *Zu widerhandlung* könnte erneut nur das Verhalten des Garantie verwendenden Unternehmens subsumiert werden.

bb) Bußgeld

Für die Verhängung eines Bußgelds durch die EU-Kommission heißt es in Art. 23 Abs. 2 lit. a) VO 1/2003:

„Die Kommission kann ein Bußgeld gegen Unternehmen verhängen, wenn sie vorsätzlich oder fahrlässig [...] gegen Art. 81 [...] des Vertrags verstoßen.“

Für die Begehung eines *Verstoßes* gegen (nach heutiger Fassung) Art. 101 Abs. 1 AEUV können die gerade genannten Erwägungen zum Begriff der Zu widerhandlung übertragen werden. Auch der Rechtsverstoß im Sinne der Begehung einer relevanten Tathandlung kann isoliert nur in der Verwendung der „facilitating practice“ zu sehen sein.

Im deutschen Recht ermächtigt § 81 GWB das Bundeskartellamt zum Erlass von Bußgeldern, wobei Verstöße gegen das europäische Kartellrecht und Verstöße gegen das deutsche Kartellrecht separat gelistet werden.

Für Verstöße gegen den AEUV heißt es in § 81 Abs. 1 Nr. 1 GWB in der hier relevanten Fassung:

„Wer [...] Verhaltensweisen aufeinander abstimmt [...].“

Bei Verstoß gegen das GWB heißt es § 81 Abs. 1 Nr. 2 GWB dagegen wie folgt:

„Wer [...] einer Vorschrift [...] über das Verbot einer abgestimmten Verhaltensweise [...] zu widerhandelt [...].“ (Hervorhebung durch Verf.)

Während für den Verstoß gegen das deutsche Kartellverbot erneut vom bereits bekannten Begriff einer *Zu widerhandlung* Gebrauch gemacht wird, weicht die Fassung für den Verstoß gegen EU-Recht sprachlich ab. Man könnte sie gar als unmittelbare Vorgabe verstehen, nur den Verwender von Koordinierungsmitteln zu adressieren. Dieses Unternehmen sorgt für eine Angleichung seines und des Marktverhaltens der Konkurrenz,⁹²⁶ etwa indem es einen Referenzpunkt bietet, an dem sich die anderen Unternehmen ausrichten können. Es ist dieser Akteur, der eine Verhaltensabstimmung (zentral) koordiniert. In systematischer Hinsicht könnte dieses Verständnis auch auf die Auslegung von § 81 Abs. 1 Nr. 2 GWB ausstrahlen. Dass die Normen sprachlich voneinander abweichen, dürfte weniger mit unterschiedlichen Regelungsabsichten zusammenhängen, als viel eher darauf

926 Die Formulierung der Bußgeldandrohung in § 81 Abs. 1 Nr. 1 GWB ist recht deutlich vom Verständnis eines Erfolgsdelikts getragen: Es muss das Verhalten mehrerer Unternehmen abgestimmt worden sein.

zurückzuführen sein, dass man in Nr. 2 versucht hat, deutsche Spezialtatbestände zu integrieren und daher auf eine andere Formulierung zurückgreifen musste, um sprachlichen Anforderungen gerecht zu werden.

b) Private Rechtsdurchsetzung

Es lässt sich also festhalten, dass die öffentliche Rechtsdurchsetzung wenig Probleme mit der Erfassung unilateral erzielter Kollusion als Verstoß gegen das Kartellverbot hätte. Es droht keine überzogene Haftung der kompromittierten Unternehmen. Eine ähnliche gesetzgeberische Formulierung der Anspruchsgrundlagen vorausgesetzt, sollte dieses Ergebnis auch für den Kartellschadensersatz halten.

aa) Beseitigung und Unterlassung

Die privatrechtliche Haftung auf Unterlassung und Beseitigung eines Kartellverstoßes ist in § 33 Abs. 1 GWB normiert. Dort heißt es:

„Wer gegen die Vorschrift dieses Teils oder gegen Art. 101 oder 101 AEUV verstößt (Rechtsverletzer) [...], ist gegenüber dem Betroffenen zur Beseitigung [...] und zur Unterlassung verpflichtet.“

Auch hier kann man ohne weiteres den entsprechenden Verstoß gegen Art. 101 AEUV und § 1 GWB ausschließlich in der individuellen Verwendung einer Preisgarantie als Koordinierungsmaßnahme sehen. Der Vorwurf richtet sich demnach gegen die auf erster Stufe des zweigliedrigen Tatbestands einer abgestimmten Verhaltensweise angesiedelte Tathandlung. Der weitere materiellrechtliche Verbotstatbestand ist zwar nur bei Erreichung eines entsprechenden Taterfolgs erfüllt, namentlich wenn die Abstimmung zu einem koordinierten Verhalten mehrerer Unternehmen geführt hat. Gleichzeitig könnte das angepasste Verhalten der restlichen Wettbewerber auf zweiter Stufe des Tatbestands zunächst als neutral bewertet werden. Dann wären sie (noch) keine „Rechtsverletzer“.⁹²⁷

927 Der Begriff stammt aus Art. 2 Nr. 2 der Kartellschadensersatz-Richtlinie 2014/104/EU v. 26.11.2014, ABl. L 349 vom 5.12.2014, S. 1-19: „Rechtsverletzer“ (ist) das Unternehmen oder die Unternehmensvereinigung, das bzw. die die Zuwiderhandlung gegen das Wettbewerbsrecht begangen hat“. Ersichtlich ist die Definition zu unbestimmt, um die Frage abschließend zu klären. Sie steht einer Deutung aber

Außerdem zieht die Legaldefinition in § 33 Abs. 3 GWB einen weiten Kreis der Aktivlegitimation zur Geltendmachung des Beseitigungs- und Unterlassungsanspruchs aus § 33 Abs. 1 GWB:

„Betroffen ist, wer als Mitbewerber oder sonstiger Marktbeteiligter durch den Verstoß beeinträchtigt ist.“

Als Mitbewerber stünde den von einer Preisgarantie adressierten Unternehmen daher womöglich das Recht zu, sich selbst gegen das Preisgarantie auslobende Unternehmen zur Wehr zu setzen. Dies könnte von Bedeutung sein, wenn man in den restlichen Unternehmen (mögliche) Opfer eines Garantie gewährenden Unternehmens sieht, denen es erschwert wird durch Preiskürzungen (etwa bei eigenen Kostenvorteilen) Marktanteile zu gewinnen.⁹²⁸ Weitere Voraussetzung für ihre Aktivlegitimation wäre sodann, dass sie als Mitbewerber durch den Verstoß beeinträchtigt werden. Dieses Erfordernis sollte nicht zu eng verstanden werden. Zum einen erschwert ihnen die Preisgarantie eines Konkurrenten eine Ausweitung ihrer Absatzmenge im Fall einer Kürzung ihrer Preise. Zum anderen kann einer Beeinträchtigung auch nicht entgegenstehen, dass die Unternehmen möglicherweise von marktweit überhöhten Preisen profitieren.⁹²⁹ Dies entspricht der Situation von Außenseitern eines Preiskartells, die aufgrund der strategischen Komplementarität ihrer und der Preise der Kartellanten geringeren Wettbewerbsdruck verspüren und ihre Preise anheben können (sog. Preisschirmeffekte). Mit diesem Argument müsste man auch den Kartellaußenseitern einen Beseitigungsanspruch absprechen. Wer bliebe dann aber im Fall horizontaler Verstöße gegen das Kartellverbot als tauglicher Mitbewerber zur Geltendmachung des Anspruchs (abseits der in § 21 GWB geregelten

nicht im Weg, der zufolge im Fall einer unilateralen Kollusion zunächst nur ein Rechtsverletzer gegeben ist. So ist die Rede von einem einzelnen Unternehmen, anstatt im Falle eines Kartellverstoßes von mehreren Unternehmen zu sprechen.

928 Vgl. hierzu erneut auch: EuGH v. 16.12.1975, Rs. C 40/73, Slg. 1975-01663 – *Suiker Unie*, Rn. 26/28: „*In einer solchen praktischen Zusammenarbeit liegt insbesondere dann eine aufeinander abgestimmte Verhaltensweise, wenn sie den beteiligten Unternehmen ermöglicht, erworbene Marktpositionen zum Schaden eines wirklich freien Warenverkehrs im Gemeinsamen Markt und der freien Lieferantenwahl durch den Verbraucher zu verfestigen.*“

929 Folgerichtig thematisiert keine der einschlägigen Großkommentierungen die Frage, worin die konkrete Beeinträchtigung von Mitbewerbern läge, vgl. etwa *Franck*, in: *Immenga/Mestmäcker* (Begr.), Wettbewerbsrecht, Band 2: GWB, 7. Aufl. 2024, § 33 GWB, Rn. 14-20; *Roth*, in: *Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht*, Stand: 92. Lieferung, II/2018, § 33 GWB, Rn. 43-61; *Lübbig*, in: *MüKoWettbR*, Band 2: GWB, 4. Aufl. 2022, § 33 Rn. 11.

Sonderfälle)? Betrachtet man die passiv-adaptiven Unternehmen daher als potentiell Anspruchsberechtigte des Unterlassungs- und Beseitigungsanspruchs gem. § 33 Abs. 1 GWB, liegt auf der Hand, sie nicht gleichzeitig ihren Abnehmern gegenüber als unterlassungs- und ggfs. schadensersatzpflichtig zu erklären. Mit diesem systematischen Argument wären sie keine „Rechtsverletzter“ i.S.v. § 33 Abs. 1 GBW.

Gegen eine Verschonung der passiv-adaptiven Unternehmen vom einem gegen sie gerichteten Unterlassungs- und Beseitigungsanspruch spricht dagegen möglicherweise, dass § 33 Abs. 1 GWB anders als der Schadensersatzanspruch in § 33a Abs. 1 GWB kein Verschuldenserfordernis aufstellt. Somit ist eine reine Störerhaftung von nicht einmal fahrlässig agierenden Unternehmen denkbar.⁹³⁰ Während eine so verstandene Störerhaftung auf Beseitigung und Unterlassung im Falle eines aktiv und persönlich gegen Wettbewerbsrecht verstößenden Unternehmens sinnvoll erscheint (z.B. in seltenen Fällen eines Verbotsirrtums), führt dieses Verständnis in der hiesigen Konstellation allerdings zu Friktionen. Wer aufgrund einer Störerhaftung die passiv-adaptiven Unternehmen als Rechtsverletzter einstuft, läuft Gefahr, ihnen den Anspruch auf Unterlassung- und Beseitigung gegen den Initiator einer Verhaltenskoordinierung abzuschneiden. Etwas anderes würde nur gelten, wen man zuließe, dass ein kompromittiertes Unternehmen gleichzeitig als Rechtsverletzter passivlegitimiert und in seiner Stellung als betroffener Mitbewerber aktivlegitimiert ist. Dieses Ergebnis wäre ziemlich gewöhnungsbedürftig,⁹³¹ wenn nicht gar schlicht widersprüchlich. Hinzu kommt, dass eine Inanspruchnahme der bloß reagierenden Parteien nicht darauf gerichtet sein kann, ihr eigenes Marktverhalten zu ändern. Denn dann befände man sich im berühmten Abhilfeproblem, ein rechtmäßiges Alternativverhalten für die individuell rationale Gewinnmaximierung aussprechen zu müssen. Stattdessen könnte ein etwaiger Vorwurf höchstens lauten, dass das Unternehmen nicht seinerseits auf Beseitigung der Preisgarantie gedrängt habe (s. dazu noch sogleich: Schadensersatzhaftung wegen Unterlassens). Dazu braucht es aber den entsprechenden, eigenen

930 Lübbig, in: MüKoWettbR, Band 2: GWB, 4. Aufl. 2022, § 33 Rn. 13 weist hier etwa auf die Diskussion um algorithmische Preissetzung hin.

931 Es läge dagegen kein Fall von Konfusion (Fetzer, in: MüKoBGB, 9. Aufl. 2022, § 362 Rn. 4) vor, da sich Anspruch und Schuld nicht auf derselben Person vereinen. Viel eher hätten Dritte gegen das passive Unternehmen einen Anspruch auf Änderung dessen eigenen Verhaltens, während das passive Unternehmen gegen das aktive Unternehmen einen Anspruch auf Änderung dessen Verhaltens hätte.

C. Kartellrechtliche Würdigung

Abwehranspruch. Somit liegt es näher, in den bloß reagierenden Parteien keine Rechtsverletzter zu sehen.

bb) Schadensersatz

Schadensersatz richtet sich sowohl für Verstöße gegen das EU-Kartellverbot als auch für Verstöße gegen das deutsche Kartellverbot im GWB einheitlich nach mitgliedsstaatlichem Privatrecht und im deutschen Zivilrecht somit nach § 33a Abs. 1 GWB. Das Primärrecht der EU-Verträge hält keinen Anspruch auf Schadensersatz bereit. Statt einer originär europaprivatrechtlichen Anspruchsgrundlage zu schaffen, wurde das Kartellschadensersatzrecht der Mitgliedsstaaten durch die Kartellschadensersatzrichtlinie im Jahr 2014 harmonisiert.⁹³²

(1) Akzessorietät der Verletzungshandlung

Die Anspruchsgrundlage des § 33a Abs. 1 GWB im deutschen Kartellrecht lautet:

„Wer einen Verstoß nach § 33 Absatz 1 vorsätzlich oder fahrlässig begeht, ist zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens verpflichtet.“

Für den Anspruchsgegenstand wird auf den Unterlassungs- und Beseitigungsanspruch in § 33 Abs. 1 GBW verwiesen, wodurch ein Gleichlauf zwischen den Anspruchsgrundlagen herbeigeführt wird. Wem bereits kein Verstoß nach § 33 Abs. 1 GWB vorzuwerfen ist, der kann ebenso wenig auf Schadensersatz in Anspruch genommen werden. Die diesem Untersuchungsabschnitt zugrundeliegende Zielsetzung, nur den Initiator haftbar zu machen, kann auch hier in den Begriff Verstoß hineingelesen werden. Alternativ wäre auf die soeben abgeschlossenen Erwägungen zur Rechtsverletzung iSv. § 33 Abs. 1 GWB zu verweisen. Die adaptiv-reaktiven Unternehmen haften infolgedessen ebenso wenig auf Schadensersatz. Diese Einordnung hätte freilich zur Folge, dass zunächst einzig und allein das Garantie gewährende Unternehmen nach § 33a GWB für sämtliche, kausal auf die Gewährung einer Preisgarantie zurückzuführenden Schäden in Form künstlich überhöhter Preise haften würde. Dies beträfe auch die Schäden von Abnehmern seiner Konkurrenten.

932 RL 2014/104/EU v. 26.11.2014, ABl. L 349 vom 5.12.2014, S. 1-19.

(2) Normative Bedenken

Allgemein ist eine Haftung nur eines Unternehmens für alle Schäden und somit auch für Schäden fremder Abnehmer nicht systemwidrig. Die Passivlegitimation eines einzelnen Kartellanten als Anspruchsgegner für sämtliche Schäden – auch von Geschädigten, mit denen es in keiner vertraglichen Beziehung stand – ergibt sich bei entsprechender Kausalität unmittelbar aus dem denkbar weiten Anspruch in § 33a Abs. 1 GWB.⁹³³ Ferner ordnet § 33d Abs. 1 S. 1 GWB eine gesamtschuldnerische Haftung aller Beteiligter an, wenn mehrere gemeinschaftlich einen Verstoß i.S.v. § 33a GWB begehen. Hier gilt zu bedenken, dass es im Kontext von Art. 101 Abs. 1 AEUV und § 1 GWB stets eine Mehrzahl von Beteiligten gibt, anderenfalls läge nicht das notwendige Zusammenwirken mehrerer Unternehmen vor. Im Umkehrschluss mag man aus der Voraussetzung in § 33d GWB (gemeinschaftliche Begehung) schließen, dass der Gesetzgeber also durchaus von Fällen ausgeht, in denen nicht alle Kartellbeteiligte auch gleichzeitig Adressaten von § 33a Abs. 1 GWB sind.⁹³⁴

Dass eine isolierte Haftung nur des Garantie verwendenden Unternehmens normativ tragbar sein dürfte, deutet die Rechtsprechung zu Preissschirmeffekten an.⁹³⁵ Kartellanten haften auch für Preiserhöhungen, die von Kartellaußenseitern in Reaktion auf die kartellbedingt überhöhten Preise vorgenommen werden. Freilich sind die Preisschirmschäden wiederum Teil der Gesamtschuld der Kartellanten gem. § 33d GWB, sodass im Innenverhältnis eine Aufteilung dieser „Sonderlast“ auf mehrere Schultern

933 Lübbig, in: MüKoWettB, Band 2: GWB, 4. Aufl. 2022, § 33a Rn. 27 f.; Mackenrodt, in: LMRKM (Hrsg.), Kartellrecht, 4. Aufl. 2020, § 33d GWB, Rn. 7; im Übrigen greifen auch die §§ 830, 840 BGB.

934 Zugegebenermaßen dürfte es in diesem Fall eher um seltene Ausnahmekonstellationen gehen, wie etwa die eines Verbotsirrtums, oder daher röhren, dass die vorstehenden § 33 - § 33c GWB auch die typischerweise individuell begangenen Verstöße gegen Art. 102 AEUV, §§ 18, 19 GWB erfassen; auch findet sich die Feststellung, dass § 33d Abs. 1 GWB rein deklaratorisch sei, vgl. Mackenrodt, in: LMRKM (Hrsg.), Kartellrecht, 4. Aufl. 2020, § 33d GWB, Rn. 2 sowie Franck, in: Immenga/Mestmäcker (Begr.), Kommentar zum Wettbewerbsrecht, Band 2: GWB, 7. Aufl. 2024, § 33d Rn. 2; beide mit Blick auf die Regierungsbegründung zur 9. GWB-Novelle, BT-Drucks. 18/10207, S. 57.

935 EuGH v. 5.6.2014, Rs. C-557/12, ECLI:EU:C:2014:1317 – Kone.

stattfindet.⁹³⁶ Dies läge bei einer Preisgarantie und isolierten Haftung des Garantie verwendenden Unternehmens anders.

Hier stellt sich die Frage, ob die Durchsetzung des Kartellrechts durch private Kläger nicht über das Ziel hinausschießen würde und einer Einschränkung bedarf. Freilich erscheint es außerordentlich schwierig, eine Haftung des Garantie gewährenden Unternehmens gegenüber Abnehmern anderer Unternehmen auszuschließen. Man könnte etwa an einen Zu-rechnungsausschluss⁹³⁷ im Rahmen des haftungsausfüllenden Tatbestands (Schaden) denken. Doch zielt die Verwendung einer Preisgarantie gerade typischerweise darauf ab, den Wettbewerbsdruck dieser Drittunternehmen abzuschwächen und sie von Preissenkungen zu ermutigen bzw. sie zu (kollektiven) Preissteigerungen zu veranlassen. Dies geht sowohl aus theoretischen Modellen⁹³⁸ als auch aus empirischer Evidenz⁹³⁹ hervor. So-mit liegt weder ein atypischer Kausalverlauf⁹⁴⁰ vor, noch fehlt der Schutz-zweck-/Rechtswidrigkeitszusammenhang.⁹⁴¹

(3) Haftung über Umwege?

Wer Störgefühle angesichts der isolierten Inanspruchnahme nur des Garan-tie verwendenden Unternehmens hat, könnte daher noch eher auf eine (Mit-)Haftung der restlichen Unternehmen setzen. Gem. § 33d Abs. 1 S. 2 GWB finden (neben der gesamtschuldnerischen Haftung bei gemeinschaftlich begangenem Verstoß nach § 33d Abs. 1 S. 1 GBW) die Vorschriften der §§ 830, 840 BGB Anwendung. § 830 Abs. 1 S. 1 BGB ordnet eine volle Außenhaftung jedes Mittäters einer unerlaubten Handlung an. § 830 Abs. 2 BGB erweitert die (volle) Schadensverantwortlichkeit sodann auf Anstifter und Gehilfen. § 840 Abs. 1 BGB ordnet für die Haftung mehrerer solcher Schädiger an, dass eine gesamtschuldnerische Haftung gilt. Auch wenn ursprünglich nur der Verwender eines Instruments der Verhaltenskoordi-

936 Lübbig, in: MüKoWettbR, Band 2: GWB, 4. Aufl. 2022, § 33d GWB Rn. 5; Macken-rodrt, in: LMRKM (Hrsg.), Kartellrecht, 4. Aufl. 2020, § 33d GWB, Rn. 7.

937 Förster, in: BeckOK BGB, 68. Edition, Stand: 01.11.2023, § 823 BGB Rn. 258-260.1.

938 Siehe im ersten (ökonomischen) Kapitel v.a. S. 54 ff.

939 Siehe im ersten Kapitel S. 106 ff. (für Preis-Matching) sowie S. 144 ff. (für Preis-Bea-ting), vor allem aber beispielhaft den Beitrag von Zhuo, (65) J. of Ind. Econ. 2017, 719-738.

940 Vgl. zur sog. Adäquanztheorie Förster, in: BeckOK BGB, 68. Ed. Stand: 01.11.2023, § 823 Abs. 1 Rn. 258.

941 Statt vieler erneut Förster, a.a.O.

nation als „Rechtsverletzer“ (Täter) angesehen wird, könnte man in den passiv-adaptiven Unternehmen ggf. Gehilfen sehen. Es ist denkbar, ihnen ein Unterlassen vorzuwerfen oder sie wegen aktiven Tuns zu belangen. In Fällen der Preisgarantie könnte die private Durchsetzung des Kartellrechts somit neue Züge annehmen, indem nämlich auf die Einbindung der Wettbewerber gesetzt wird. Sie würden dazu angehalten, sich gegen die Preisgarantie eines Wettbewerbers zur Wehr zu setzen, um der eigenen Haftung zu entgehen.

(a) Beihilfe durch Unterlassen?

Eine Haftung der passiv-adaptiven Unternehmen könnte herbeiführen, wer in der unterbliebenen Geltendmachung des Beseitigungs- und Unterlassungsanspruchs aus § 33 Abs. 1 GWB (s.o.) eine nutznießende Mitwirkung an der Preisgarantie erkennt. In der Duldung der Preisgarantie eines Konkurrenten könnte man eine offengelegte Präferenz (sog. „revealed preference“⁹⁴²) für das dadurch erzielte kollusive Preisniveau sehen.

Allerdings gilt nach allgemeinen rechtlichen Grundsätzen, dass aus einer Anspruchsberechtigung keine (schadensersatzbewährte) Pflicht zur Geltendmachung des Anspruchs hergeleitet werden kann. Um eine Handlungspflicht zu etablieren, deren Unterlassung eine haftungsbewährte Mitwirkung darstellt und die passiv-adaptiven Unternehmen zu Gehilfen des Rechtsverstoßes macht, bräuchte es daher eine herkömmliche Garantenstellung⁹⁴³ im deliktsrechtlichen Sinne.

Die bloße Anwesenheit als Anbieter auf einem Markt könnte aus Sicht der Verbraucher eine Art Garantenstellung für den dortigen Wettbewerbsprozess begründen. Dies würde allerdings völlig außer Acht lassen, dass Unternehmen aus Eigeninteresse am Marktgeschehen teilnehmen und nicht in erster Linie als Agenten der Konsumenteninteressen auftreten. Die

942 Zum Konzept: *Varian*, Grundzüge der Mikroökonomik, 9. Aufl. 2016, S. 130 ff.: Ökonomisch geht es um den Rückschluss von einer (Konsum-)Entscheidung auf die unterliegende Präferenz des Individuums.

943 *Wagner*, in: MüKoBGB, 9. Aufl. 2024, § 830 BGB Rn. 26 mit Verweis auf BGH ZIP 2012, 1552 Rn. 18 = VersR 2012, 1261; die Garantenpflicht wiederum dürfte mit den Verkehrspflichten, die für eine täterschaftliche Strafbarkeit wegen Fahrlässigkeit im Bereich von § 823 Abs. 1 BGB gelten, übereinstimmen. Die Verkehrspflichten konkretisieren dort nämlich das deliktsrechtlich relevante Unterlassen, vgl. *Förster*, in: BeckOK BGB, 68. Edition, Stand: 01.II.2023, § 823 Abs. 1 BGB Rn. 296.

bloße Anwesenheit in einem gewissen Kontext reicht in der Rechtsordnung auch andernorts nicht aus,⁹⁴⁴ um eine Garantenpflicht zu konstruieren.⁹⁴⁵ Alles andere würde auf eine allgemeine Verkehrssicherungspflicht⁹⁴⁶ eines jeden im Wettbewerb stehenden Unternehmens hinauslaufen.

Auch das von Rechtsprechung zum materiellen Kartellrecht ausgesprochene Selbstständigkeitspostulat⁹⁴⁷ hilft nicht weiter. Zur Abgrenzung zwischen verbotswidrigem, kollusiven und erlaubtem (Parallel-)Verhalten heißt es zwar, die Unternehmen müssten ihr Marktverhalten eigenständig und unabhängig treffen. Dies trifft aber ohne Weiteres auf passiv-adaptive Unternehmen zu, die sich lediglich einem gewissen Marktumfeld anpassen, ohne selbst Instrumente zur Verhaltenskoordination zu verwenden. Außerdem kann darin keine Pflicht gesehen werden, sich zwecks Erhaltung der eigenen Handlungsfreiheit/-unabhängigkeit aktiv gegen wettbewerbsbeschränkendes, tatbestandsmäßiges Verhalten eines Konkurrenten zur Wehr zu setzen.⁹⁴⁸ Im Übrigen kann das Selbstständigkeitspostulat bereits konzeptionell nicht zur Begründung einer wettbewerblichen Garantenstellung herangezogen werden, da sie im materiellen Kartellverbot gerade abgrenzen soll, wann ein (täterschaftlicher) Rechtsverstoß begangen worden sein soll.

Einen überzeugenden Ansatz zur Begründung einer Garantenpflicht könnte lediglich die Fallgruppe der Ingerenz⁹⁴⁹ liefern, bei der eine Verhaltenspflicht aus gefährlichem Vorverhalten erwächst. Dafür braucht es

944 Nicht umsonst musste die unterlassene Hilfeleistung als § 323c StGB separat normiert werden und konnte nicht als Garantenpflicht für bloße Anwesenheit nahe einem Unglücksfall hergeleitet werden.

945 Man könnte auf den ersten Blick noch an die Figur der *Gefahrengemeinschaft* denken. Denn von der Interaktion der Unternehmen am Markt geht die Gefahr einer Einschränkung des zwischen ihnen stattfindenden Wettbewerbs einher. Allerdings würden dadurch nur Handlungspflichten im Verhältnis untereinander erwachsen, vgl. *Heuchemer*, in: BeckOK StGB, 60. Ed. Stand: 01.02.2024, § 13 Rn. 42 ff.

946 Hierzu allgemein: *Wagner*, in: MüKoBGB, 9. Aufl. 2024, § 823 Abs. 1 BGB, Rn. 482 ff.; *Förster*, in: BeckOK BGB, 68. Edition, Stand: 01.11.2023, § 823 Abs. 1 BGB, Rn. 296 ff.

947 EuGH v. 14.07.1981, Rs. 170/80, Slg. 1981-02021, ECLI:EU:C:1981:178 – *Züchner*, Rn. 13; EuGH v. 28.05.1998, Rs. C-7/95 P, Slg. 1998 I-03111, ECLI:EU:C:1998:256 – *Deere*, Rn. 86.

948 Vgl. *Roth/Ackermann*, in: Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht, Grundfragen des Art. 101 Abs. 1 AEUV, Stand: 101. Lieferung, 03/2022, Rn. 192: „*Das Verbot, mit Wettbewerbern Fühlung aufzunehmen, impliziert keine Pflicht, den Mitbewerbern (aktiv) Konkurrenz zu machen.*“

949 Vgl. *Wagner*, in: MüKoBGB, 9. Aufl. 2024, § 823 Abs. 1 BGB Rn. 513 f.

aber ein rechtliches „Mehr“ als die bloße Teilnahme am Marktgeschehen. Stillschweigende Mitwirkung und fehlende Gegenwehr erinnern zwar an die Fälle passiver Kartellbeteiligung⁹⁵⁰ oder eine „Hub & Spoke“-Abstimmung.⁹⁵¹ Dort ließe sich eine Haftung wegen Unterlassens (fehlende Distanzierung) unter dem Gesichtspunkt begründen, dass durch die Teilnahme an einer gemeinsamen Sitzung mit Konkurrenten oder durch die Teilnahme an einer gemeinsam genutzten Plattform⁹⁵² ein Gefahrenbereich etwaiger Verhaltenskoordinierung eröffnet wurde, den die Unternehmen hinsichtlich der von ihrem Verhalten ausgestrahlter Signale ebenso beherrschen. Auch ohne sich selbst aktiv geäußert zu haben, müssen sie den Anschein eines Koordinierungsinteresses ausräumen bzw. der Kenntnisnahme wettbewerbswidriger Vorschläge widersprechen. Es gilt allerdings festzuhalten, dass die Situation bei einer individuell-einseitig verwendeten Preisgarantie hiervon strukturell abweicht. Ein gefährliches Vorverhalten der anderen Unternehmen ist nicht auszumachen.

Als Ergebnis muss daher festgehalten werden, dass eine Garantenpflicht sich zumindest unter geltenden Maßstäben nicht aufdrängt. Dies mag unbefriedigend erscheinen, da die passiv-adaptiven Unternehmen vom Koordinierungsinstrument des Konkurrenten profitieren. Allerdings ist keine Fallgruppe bekannt, der zufolge derjenige einen Rechtsverstoß zu verhindern hat, der von ihm profitiert, ohne selbst Täter zu sein. Eine Garantenpflicht qua (mittelbarer) Vorteilsziehung bzw. Begünstigung⁹⁵³ oder als (ggfs. sogar unfreiwilliges) Mitglied einer Profit- bzw. Gewinngemeinschaft müsste straf- und deliktsrechtlich wohl erst noch entsprechend begründet werden. Selbiges gilt für den Gesichtspunkt, dass die restlichen Wettbewerber von der Preisgarantie angesprochen werden, was an eine mögliche Pflicht denken ließe, sich als Adressat einer verbotswidrigen Maßnahme gegen die eigene Verstrickung in das antikompetitive Verhalten zur Wehr zu setzen.

950 Siehe hierzu oben: S. 179 ff.

951 Siehe hierzu oben: S. 184 ff. sowie S. 205 ff.

952 Anders sieht es freilich in Fällen wie der frühen „*Interstate Circuit*“-Entscheidung des US Supreme Courts (306 U.S. 208 [1939]) aus, in denen sich eine Koordinierung dadurch ergibt, dass ein gemeinsamer Vertragspartner einheitlich einer Gruppe von Wettbewerbern schreibt und allen durch die Gestaltung der Mitteilung erkennbar ist, dass sich ein wettbewerbsbeschränkendes Angebot an alle Wettbewerber richtet, vgl. oben S. 214 ff.

953 Siehe hierzu allerdings § 73b StGB, erläuternd: *Rönnau*, ZGR 2022, 781-820.

(b) Beihilfe durch aktives Tun?

Die passiv-adaptiven Unternehmen profitieren von einer Preisgarantie, weil sie nach der Vorhersage ökonomischer Modelle und den Ergebnissen empirischer Evidenz angesichts des oben beschriebenen Entmutigungseffekts ihre Preise entsprechend anpassen, d.h. erhöhen oder über einem wettbewerblichen Niveau halten können. Diese gerade angesprochene (mittelbare) Vorteilsziehung bietet einen weiteren Anhaltspunkt für die Begründung einer Haftung als Gehilfe, nunmehr wegen aktiven Tuns. Dann würde die eigene Preisadjustierung zum Vorwurf gemacht. Da eine Preisgarantie freilich nur schwer ignoriert werden kann und die veränderte Nachfragebewegung für die eigene Preissetzung kaum ausgeblendet werden kann, kommt als rechtmäßiges Alternativverhalten auch in diesem Fall ein Tätigwerden zur Unterbindung der Preisgarantie etwa durch Geltendmachung des Beseitigungs- und Unterlassungsanspruchs aus § 33 Abs.1 GWB in Betracht.⁹⁵⁴ Diese Einstufung könnte jedenfalls dann überzeugen, wenn sich ökonometrisch klar nachweisen lässt, dass auch diese Unternehmen in Anbetracht einer Preisgarantie ihre Preise angehoben haben. Dieser Nachweis müsste bei Schadensersatzansprüchen gegen das Unternehmen ohnehin erbracht werden. Während der Nachweis normalerweise (erst) im haftungsausfüllenden Tatbestand erfolgen muss,⁹⁵⁵ wäre er hier bereits im haftungsbegründenden Tatbestand bei der vorsätzlichen Beihilfe zum Rechtsverstoß zu beweisen. Dies könnte mitunter zu Verwerfungen führen, etwa hinsichtlich der Reichweite der in § 33a Abs. 2 GWB normierten Schadensvermutung.

Im Ergebnis dürfte es auf diese Fragen allerdings nicht ankommen. Denn die Preisreaktion als Beihilfe einzustufen, würde dem bisher zugrunde gelegten Ausgangspunkt widersprechen. Sowohl für die öffentliche als auch für die private Rechtsdurchsetzung wurde angenommen, dass nur die Verwendung eines Instruments zur Verhaltenskoordination als der relevante Rechtsverstoß anzusehen ist. Die materiell-rechtliche Wertung, dass auch einseitig-individuelles Verhalten eine abgestimmte Verhaltensweise anstoßen kann, wurde hierfür übertragen. Das tatbestandliche Unrecht liegt somit in der Verwendung eines Koordinierungsinstruments. Bei einer solchen

954 Dazu ausführlich bereits kurz zuvor, S. 309 ff.

955 Für die Haftung dem Grunde nach (haftungsbegründende Kausalität) greift die Schadensvermutung nach § 33a Abs. 2 Satz 1 GBW (vgl. auch Art. I7 Abs. 2 Satz 1 der Kartellschadensersatz-RL 2014/104/EU v. 26.11.2014, ABl. L 349 v. 5.12.2014, S. 1-19).

Betrachtung ist den passiv-adaptiven Unternehmen aber kein (vorsätzliches) Fördern⁹⁵⁶ einer fremden Tat vorzuwerfen. Heben Sie ihre Preise als Reaktion auf eine als Tathandlung im Markt verwendete Preisgarantie an, fördern sie damit nicht die Tathandlung, indem sie etwa die Wirksamkeit der Preisgarantie durch etwaige Zusatzmaßnahmen erhöhen. Viel eher werden sie von der Preisgarantie wirtschaftlich zu dieser Handlung genötigt. Die passiv-adaptiven Unternehmen könnte man zwar durchaus als Trittbrettfahrer⁹⁵⁷ der Kollusionsinitiative eines ihrer Konkurrenten bezeichnen. Sofern es aber um ein Fördern der Tathandlung geht, würde Wirkung und Ursache vertauschen, wer die Preisreaktionen als entsprechende Förderung der Tathandlung einstuft. Die Preisgarantie wirkt viel eher aus sich heraus, indem sie unmittelbar in das Preissetzungskalkül der Konkurrenten eingreift. Etwaige Preisanpassungen sind daher die Folge einer Preisgarantie und keine Unterstützungshandlung.

(c) Zwischenfazit

Somit bleibt zu resümieren, dass sich eine Mithaftung der passiv-adaptiven Unternehmen weder aufgrund von Unterlassen noch aufgrund von aktiver Unterstützung dogmatisch schlüssig begründen lässt, solange auf vorgelagerter Stufe nur die Verwendung einer Preisgarantie als entsprechende Rechtsverletzung eingestuft wurde.

cc) Abmilderung der Haftungsfolgen?

Eine Mithaftung der passiv-adaptiven Unternehmen ist nicht etwa in Erwähnung gezogen worden, weil deren Abnehmer anderenfalls keinen Ersatz ihres Preisüberhöhungsschadens verlangen könnten, sondern um diese Unternehmen mit in die Gesamtschuld nach § 33d Abs. 1 Satz 1 GWB aufzunehmen, damit das auslobende Unternehmen nicht über die Maße belastet wird. Schlägt dieses Ansinnen fehl, verbleiben möglicherweise noch andere Wege, um eine Entlastung zu erzielen.

956 Hier gilt Akzessorietät zum strafrechtlichen Begriff der Beihilfe, vgl. *Spindler*, in: BeckOK BGB, 68. Edition, Stand: 01.11.2023, § 830 Rn. 11.

957 Die Figur ist kartellrechtlich primär aus Fällen der Vertikalbeschränkungen bekannt, vgl. *Kerber/Schwalbe*, in: MüKoWettbR, 4. Aufl. 2023, Band 1/1: EU-Recht, Grundlagen Rn. 505 ff.

Muss das auslobende Unternehmen für Schäden der Abnehmer fremder Unternehmen aufkommen, ersetzt es Preisüberhöhungen, die zu einer Reicherung bei den passiv-adaptiven Unternehmen geführt haben. Auf den ersten Blick mag einen diese Konstellation an die Rückgriffskondiktion⁹⁵⁸ als Spezialfall der Nichtleistungskondiktion aus § 812 Abs. 1 Satz 1 Var. 2 BGB erinnern. Solange allerdings kein Anspruch der Abnehmer gegen die passiv-adaptiven Unternehmen besteht, wird das passiv-adaptive Unternehmen durch die Zahlung des auslobenden Unternehmens von keiner Schuld frei. Somit wird das passiv-adaptive Unternehmen nicht erst mit dem Schadensausgleich bereichert. Ein ausgleichsbedingter Rückgriff des auslobenden gegen das passiv-adaptive Unternehmen lässt sich daher nicht nach klassischer Kondiktionsdogmatik begründen, zumal in einem solchen Fall bereits der spezialgesetzliche Ausgleich im System der Gesamtschuld (§ 33d GWB) greifen würde.

Eine Gewinnabschöpfung analog § 34 GWB bei den sich anpassenden Unternehmen oder eine Einziehung analog dem OWiG scheitern bereits an der falschen Rechtsfolge, welche die Vermögenswerte dem Staat und nicht etwa einem (Mit-)Täter zuordnet. Auf Grundlage dieser Normen wäre es selbst bei einer im Übrigen noch begründungswürdigen Analogie nicht möglich, eine Lastenverteilung zugunsten des auslobenden Unternehmens zu erzielen. Eine Einziehung zugunsten des Staates, um – dem eigentlichen Anliegen⁹⁵⁹ der Einziehung entsprechend – keine (rechtswidrig) erlangten Gewinne zu behalten, scheitert freilich am verfassungsrechtlich begründeten Analogieverbot im Straf- und Ordnungswidrigkeitenrecht, zumal der Regelungszweck verfehlt würde, wenn den adaptiv-passiven Unternehmen gerade kein Rechtsverstoß vorgeworfen wird.

Zuletzt bliebe eine teleologische Reduktion von § 33a Abs. 1 GWB (bzw. § 33d Abs. 1 Satz 1 GWB)⁹⁶⁰, die dem Gesetzgeber unterstellt, er habe nicht vorhergesehen, dass mit dem Kartellverbot auch individuell-einseitige Verstöße erfasst werden könnten,⁹⁶¹ die einen umfassenden Preisschirm bewirkt haben. Dergestalt könnte der Schadensersatzanspruch gegen das auslobende Unternehmen auf dessen eigene Abnehmer beschränkt werden,

958 Statt vieler *Schwab*, in: MüKoBGB, 9. Aufl. 2024, § 812 Rn. 399 ff.

959 *Heuchemer*, in: BeckOK StGB, 60. Stand: 01.02.2024, § 73 Rn. 1.

960 Insofern man erst dieser Norm die Anordnung entnimmt, dass Abnehmer bei allen Kartellanten – und nicht etwa nur bei ihrem eigenen Lieferanten – Ersatz des Überhöhungsschadens verlangen können.

961 Siehe hierzu bereits die oben angestellten Mutmaßungen aus Anlass der II. GWB Novelle und der Einführung von § 32f GWB, S. 252 ff.

was allerdings zur Folge hätte, dass die Abnehmer der passiv-adaptiven Unternehmen keine Schadensersatzansprüche hätten. Gerade dies zeigt, dass der Gesetzgeber den Kartellschadensersatz wohl nicht unbewusst überschießend geregelt hat. Insbesondere im Lichte der Kartellschadensersatz-RL entspricht es dem Willen des Gesetzgebers, die private Rechtsdurchsetzung zu stärken, um eine besonders starke Abschreckungswirkung für Kartellanten zu erzielen. Demnach widerspricht es vermutlich nicht dem Willen des Gesetzgebers, dass ein Unternehmen die Preisüberhöhung bei fremden Unternehmen ausgleichen muss, wenn es diese kausal durch eine kartellrechtswidrige Handlung herbeigeführt hat.

dd) Gefahr einer Überabschreckung?

Schon für die Prüfung einer durch die Preisgarantie bewirkten Wettbewerbsbeschränkung wurde diskutiert, ob eine schematische Betrachtung des Einzelfalls eine Gefahr falsch-positiver Entscheidungen birgt,⁹⁶² die Unternehmen in möglicherweise exzessiver Weise davon abhält, wohlfahrtsneutrale Preisgarantien zu verwenden. Die Sorge drängt sich erst Recht auf, wenn ein auslobendes Unternehmen für einen marktweiten Preisschirm haften müsste. Selbst wenn es *ex ante* davon ausgeht, dass die Preisgarantie eigentlich harmlos sein sollte, könnte es angesichts des großen Haftungsrisikos von einer Verwendung absehen.

Zum einen sei angesichts dieser Befürchtung – wie schon oben – erneut darauf hingewiesen, dass es nur wenige wohlfahrtsförderliche Gründe gibt, die für die Verwendung von Preisgarantien sprechen. Zum anderen bleibt es den Unternehmen auch im Wege zahlloser anderer Möglichkeiten belassen, tatsächlich niedrige Preise zu bewerben. Relevante Wohlfahrtsverluste durch Überabschreckung wären also nicht zu befürchten. Hinzu kommt, dass es – wie gezeigt – im Merkmal der Wettbewerbsbeschränkung durchaus Wege für eine differenzierende Auswirkungsanalyse gibt, die (ohnehin) preisgünstige Unternehmen vor kartellrechtlicher Sanktionierung bewahrt.

3. Koordinierungserfolg als Anknüpfungspunkt

Die gerade angestellten Erwägungen haben zum Vorschein gebracht, dass es kaum möglich ist, eine Schadensersatzpflicht der passiven Unternehmen

⁹⁶² Vgl. S. 261f.

zu begründen, wenn man ihnen nicht unmittelbar den Rechtsverstoß bzw. die eigentliche Zuwiderhandlung gegen das Kartellverbot zum Vorwurf macht. Wer eine Schadensersatzpflicht der passiv-adaptiven Unternehmen befürwortet, muss allerdings nicht befürchten, dass eine solche – für die private und öffentliche Rechtsdurchsetzung aufgrund ähnlich formulierter Rechtsnormen einheitlich vorzunehmende – Einstufung als „Rechtsverletzer“ bzw. „Zuwiderhandelnde“ auch zwingend zu einer Ausuferung der Verantwortlichkeit in der öffentlichen Rechtsdurchsetzung führt. Wie ein solches Vorgehen aussehen könnte, soll im folgenden Abschnitt erörtert werden.

Auch hier sind vorweg einige Worte zu den normativen Grundwerten dieser Einstufung angebracht. Während im folgenden Abschnitt gezeigt werden soll, dass die Einstufung aller an der durch eine Preisgarantie abgestimmten Verhaltensweise beteiligten Unternehmen als „Rechtsverletzer“ dogmatisch wohl vertretbar sein dürfte, muss im Gegenteil darauf hingewiesen werden, dass sie sich jedenfalls nicht unmittelbar und schon gar nicht zwingend aus der Feststellung ergibt, der Gesetzgeber habe bei der „abgestimmten Verhaltensweise“ ein Erfolgsdelikt geschaffen. Zwar ist unter der Prämisse eines zweigliedrigen Tatbestands in der Tat ein gewisser Koordinierungserfolg erforderlich. Damit ist jedoch nicht gesagt, dass das Unrecht auch maßgeblich in diesem Taterfolg und nicht viel eher (und sogar ausschließlich) in der dazu führenden Handlung zu sehen ist. Letzteres liegt im Vergleich zu den anderen Tatvarianten sogar nahe. Eine Umsetzung der Absprachen bzw. ein in vergleichbarer Weise über die bloße Tätigkeit hinausgehender Taterfolg ist bei einer Vereinbarung und einem Unternehmensbeschlusses materiellrechtlich nicht erforderlich.

a) Öffentliche Rechtsdurchsetzung

Ein System der Rechtsdurchsetzung, bei der neben dem auslobenden Unternehmen auch alle von einer Preisgarantie adressierten Unternehmen als „Rechtsverletzer“ eingestuft werden, ist auf das Anliegen zurückzuführen, die Vorteile überhöhter Preise nicht bei den passiv-adaptiven Unternehmen zu belassen, während ausschließlich das auslobende Unternehmen für Preisüberhöhungsschäden haftet. Eine solche Konzeption kann dagegen nur überzeugen, wenn die damit einhergehenden Konsequenzen der öffentlichen Rechtsdurchsetzung für die passiv-adaptiven Unternehmen eingedämmt werden können, da eine dortige Adressierung normativ kaum angezeigt erscheint. Es muss im Folgenden also darum gehen, die Rechts-

folgen einer solchen Einstufung für die passiv-adaptiven Unternehmen abzuschwächen.

aa) Abstellungsverfügung

Aus den oben abgedruckten Ermächtigungsgrundlagen für eine Abstellungsverfügung und eine Bußgeldverhängung ergibt sich, dass es im Kartellverbot stets um die Beeinflussung des Marktverhaltens mehrerer Unternehmen geht. Zu den an einer *Zuwiderhandlung* „beteiligten Unternehmen“ könnte man zumindest in Art. 7 Abs. 1 VO 1/2003⁹⁶³ auch die restlichen Unternehmen zählen. Gegen eine Abstellungsverfügung spricht allerdings aus Verhältnismäßigkeitserwägungen,⁹⁶⁴ dass den restlichen Unternehmen wegen des bekannten Abhilfeproblems nur auferlegt werden könnte, ihrerseits im Rahmen der privaten Rechtsdurchsetzung gegen das Garantie verwendende Unternehmen vorzugehen. Eine solche Anordnung wäre aber weniger wirksam als eine direkt an das Garantie auslobende Unternehmen gerichtete Abstellungsverfügung der EU-Kommission und somit im Rahmen einer Verhältnismäßigkeitsprüfung nicht erforderlich.

Auch unter den Begriff der *Zuwiderhandlung* in § 32 Abs. 1 GWB könnte man alternativ zu der im vorherigen Abschnitt vorgeschlagenen Auslegung das in Folge einer Preisgarantie insgesamt koordinierte Verhalten aller betroffenen Unternehmen subsumieren, d.h. ein marktweit höheres Preisniveau. Für das deutsche Recht gelten die Ausführungen zum verwaltungsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsgrundsatz⁹⁶⁵ und der behördlichen Ermessensausübung⁹⁶⁶ allerdings gleichermaßen. Auch hier würde sich eine Abstellungsverfügung gegen die passiv-adaptiven Unternehmen als unverhältnismäßig darstellen. Hierfür kann nicht zuletzt auf die Wertung des in § 21 Abs. 2 und 3 GWB normierten Schikane-/Nötigungsverbot zu-

963 „Stellt die Kommission eine Zuwiderhandlung gegen Art. 81 [...] fest, so kann sie die beteiligten Unternehmen [...] verpflichten, die festgestellte Zuwiderhandlung abzustellen.“

964 Ritter/Wirtz, in: Immenga/Mestmäcker (Begr.), Wettbewerbsrecht, Band 1: EU-Recht, 6. Aufl. 2019, Art. 7 VO 1/2003, Rn. 40 f.

965 Emmerich, in: Immenga/Mestmäcker (Begr.), Wettbewerbsrecht, Band 2: GWB, 7. Aufl. 2024, § 32 Rn. 46 ff.

966 Emmerich, in: Immenga/Mestmäcker (Begr.), Wettbewerbsrecht, Band 2: GWB, 7. Aufl. 2024, § 32 Rn. 14; Otto, in: LMRKM (Hrsg.), Kartellrecht, 4. Aufl. 2020, § 32 GWB Rn. 8.

rückgegriffen werden müssen. Eine Analogie⁹⁶⁷ scheidet zwar mangels passender Rechtsfolge aus. Diese müsste darauf gerichtet sein, als schikaniertes und durch wirtschaftlichen Druck zur Teilnahme an einem Rechtsverstoß genötigtes Unternehmen von Sanktionen ausgenommen zu werden. Um die Verantwortlichkeit der passiv-adaptiven Unternehmen einzuschränken, kann allerdings die Wertung der Norm fruchtbar gemacht werden. Hier wie dort gilt, dass die Unternehmen zum Mitmachen genötigt wurden. Im Anwendungsbereich des Schikane-/Nötigungsverbots geht es um die Ausübung wirtschaftlichen Drucks. Bei einer Preisgarantie ergibt sich entsprechender Druck daraus, dass als rationale Reaktion auf die Preisgarantie schlicht die preisliche Anpassung an jenes Unternehmen bzw. das Unterlassen weiterer Unterbietung bleibt.

bb) Bußgeld

Im Bußgeldtatbestand des Art. 23 Abs. 2 lit. a) VO 1/2003⁹⁶⁸ müsste eine Verschulden der passiv-adaptiven Unternehmen (Vorsatz oder Fahrlässigkeit) für den gemeinschaftlich begangenen *Rechtsverstoß* begründet werden. Dieses Tatbestandsmerkmal bietet Spielraum für eine Privilegierung dieser Unternehmen. Ein Rückgriff auf die Argumentation einer stillschweigenden Hinnahme der Preisgarantie des Konkurrenten, also ein auf Unterlassen gestützter Vorwurf scheitert beispielsweise erneut daran, dass den restlichen Unternehmen keine Garantenpflicht für wettbewerbliche Verhältnisse in einem betroffenen Markt auferlegt werden kann. Insofern könnte der Weg hier lediglich über den Nachweis eigener Preisanhebungen⁹⁶⁹ gehen. Wie schon im Abschnitt zur privaten Rechtsdurchsetzung unter der ersten Grundkonzeption angedeutet wurde, werden damit typische Probleme der Rechtsfolgenseite (Bemessung des Bußgelds, Höhe des Schadens zwecks Vorteilsabschöpfung) in den Tatbestand vorverlagert. Hinzukommt, dass eine hier vorgeschlagene Änderung der bisher vorherrschenden

967 Planwidrige Regelungslücke: Die Begleitnormen der öffentlichen und privaten Rechtsdurchsetzung wurden nachträglich im Lichte der geltenden Dogmatik erlassen und gehen ersichtlich nicht von dem Fall aus, dass auch unilaterale Abstimmungsmittel vom Kartellverbot erfasst werden.

968 „Die Kommission kann ein Bußgeld gegen Unternehmen verhängen, wenn sie vorsätzlich oder fahrlässig [...] gegen Art. 81 [...] des Vertrags verstößen.“

969 Dies wiederum beißt sich mit der Feststellung, dass eine Preisgarantie auch bereits stattfindende Kollusion stabilisieren kann.

den Meinung zur Auslegung des Kartellverbots einen (zunächst unvermeidbaren) Verbotsirrtum begründen dürfte. Jedenfalls für erste Fälle, in denen behördlich gegen unilaterale Kollusion vorgegangen wird, muss berücksichtigt werden, dass ein Rechtsverstoß auf Grundlage der bisherigen Rechtsprechung nicht unbedingt auf der Hand lag. Die passive Rolle der restlichen Unternehmen müsste die EU-Kommission außerdem im Rahmen ihres behördlichen Ermessens auf Grundlage des Schuldprinzips⁹⁷⁰ berücksichtigen und von einem Bußgeld absehen oder dieses jedenfalls erheblich geringer ausfallen lassen als ein gegen den Initiator der Verhaltensabstimmung verhängtes Bußgeld. Womöglich wäre die EU-Kommission gar aus Verhältnismäßigkeitsgründen in ihrem Ermessen beschränkt und müsste es bei einer Abstellungsverfügung belassen.

Im deutschen Recht liegt – wie oben bereits berichtet – eine Trennung der Rechtsgrundlagen für Bußgelder wegen Verstoßes gegen das EU-Recht in § 81 Abs. 1 Nr. 1 GWB („*wer [...] Verhaltensweisen aufeinander abstimmt*“) und Verstoßes gegen deutsches Recht in § 81 Abs. 1 Nr. 2 GWB („*wer einer Vorschrift über [...] das Verbot abgestimmter Verhaltensweisen [...] zuwiderhandelt*“) vor. Für die letztgenannte Norm kann im Wesentlichen die gerade vorgetragene Argumentation zur Bußgeldverhängung durch die EU-Kommission nach Art. 23 Abs. 2 lit. a) VO 1/2003 übertragen werden. Ob von einem Rechtsverstoß oder einer Zuwiderhandlung gesprochen wird, scheint keine inhaltlichen Auswirkungen zu zeitigen. Die Rechtsfolgen müssten dagegen über das Schuldprinzip bei der Bußgeldhöhe wieder eingefangen werden.

Das passiv-adaptive Verhaltens der restlichen Unternehmen unter § 81 Abs. 1 Nr. 1 GWB zu subsumieren, bereitet dagegen größere Schwierigkeiten. Wie oben bereits angedeutet, kann der Wortlaut dahingehend verstanden werden, nur diejenigen Unternehmen einem Bußgeld zu unterwerfen, die ein Koordinierungsmittel verwenden und dadurch eine Angleichung gewissen Marktverhaltens herbeigeführt haben. Da es ohnehin ein Anliegen ist, die passiv-adaptiven Unternehmen bestmöglich von der öffentlichen Rechtsdurchsetzung zu verschonen, könnte man es hierbei belassen und ein Bußgeld für Verstöße gegen EU-Recht ablehnen.

Wer dagegen aus Gründen der Konsistenz bevorzugt, auch diesen Bußgeldtatbestand zu eröffnen, der kann sich auf den denkbar offenen Wort-

970 Biermann, in: Immenga/Mestmäcker (Begr.), Wettbewerbsrecht, Band 1: EU-Recht, 6. Aufl. 2019, Art. 23 VO 1/2003 Rn. 138

laut einer abgestimmten Verhaltensweise stützen, der im Bußgeldtatbestand fortwirkt. Wie die obige Wortlautauslegung des Kartellverbots ergeben hat,⁹⁷¹ stimmen auch die restlichen Unternehmen, die sich am garantiebedingten Preisführer ausrichten und orientieren, ihr Verhalten mit dessen Preissetzung ab.⁹⁷² Hier ließe sich die Offenheit des Wortlauts ausnutzen. Selbst die natürliche oligopolistische Reaktionsverbundenheit der Unternehmen stellt bekanntlich eine wechselseitige Anpassung und Abstimmung der Verhaltensweisen dar.⁹⁷³

Exkurs: Dass die Bußgeld- und Schadensersatzvorschriften („Zuwiderhandlung“, „Rechtsverstoß“, „Rechtsverletzer“) wohl in beide Richtungen (Einzeltäter, Tätermehrheit) ausgelegt werden kann, könnte rechtsstaatliche Bedenken hinsichtlich einer Ungenauigkeit der Normen/Tatbestände hervorrufen.

Die zunächst vorgeschlagene Auslegung, der zufolge nur jene Unternehmen bußgeldpflichtig sind, die ein Instrument der Verhaltenskoordination verwenden, stößt gewiss auf keine Bedenken, da die passiv-reaktiven Unternehmen verschont werden. Hier werden die Begrifflichkeiten bereits restriktiv ausgelegt. Ein Problem mag diese Auslegung höchstens für den Einzeltäter (Initiator) darstellen, der infolgedessen (v.a. im privaten Rechtsdurchsetzung) umfassend haftet. Dies ist aber primär ein Problem, das aus der Anordnung einer Haftung für sämtliche kartellbefangene Transaktionen resultiert, die nicht etwa auf die Schäden eigener Abnehmer beschränkt ist. Diesbezüglich wurde bereits über eine teleologische Reduktion im Fall individuell-einseitigen Anstoßens von Kollusion nachgedacht.

Anders mag es bei einer Auslegung aussehen, die allen Unternehmen ein Bußgeld androht. Die entscheidende Frage sollte hier jedoch nicht sein, welche anderen Auslegungen denkbar sind und die Norm möglicherweise unbestimmt machen, sondern ob die vorgeschlagene Auslegung die Wortlautgrenze überschreitet. Dies muss mit der oben vertretenen Auslegung des – für die Bußgeldtatbestände teils übernommenen – Wortlauts des Kartellverbots freilich verneint werden. Die Rechtsunsicherheit röhrt primär daher, dass offen gehaltene Bußgeldvorschriften, die auf den materiellrechtlichen Rechtsverstoß verweisen, ohne diesen eigenständig zu definieren, eine Übertragung der jeweiligen Wertung ermöglichen sollen. Lässt die ma-

971 Vgl. S. 227 f. und S. 231.

972 Dies eröffnet freilich einen gewissen Konflikt mit einem strikt zweigliedrig verstandenen Tatbestand, wo die bloße Abstimmung über den Markt schwierig ist, wenn das Marktverhalten (nachgelagerte Stufe) von der Abstimmung (vorgelagerte Stufe) beeinflusst sein muss.

973 Siehe erneut Zimmer, ZHR 1990, 470, 484 ff. sowie oben S. 227 ff.

teriellrechtliche Verbotsnorm mehrere Deutungen zu, überträgt sich die Ungewissheit naturgemäß auf die Begleitnormen. Während unzweifelhaft ist, dass das Verhalten der passiv-adaptiven Unternehmen von der Preisgarantie beeinflusst sein muss, um (im Ergebnis) von abgestimmtem Verhalten mehrerer Unternehmen zu sprechen, ist aber unklar, inwieweit ihnen auch ein Unrechtsvorwurf zu machen ist.⁹⁷⁴

cc) Zwischenfazit

Insgesamt vermögen diese Erwägungen zu einem gewissen Maße Befürchtungen entgegentreten, ein Kompromittieren der passiv-adaptiven Unternehmen hätte (notwendigerweise) unbillige Folgen im Rahmen der öffentlichen Rechtsdurchsetzung. Es ist dagegen zuzustehen, dass ein Ergebnis, bei dem sich von vornherein auf eine interessengerechte Ausübung behördlichen Ermessens verlassen werden muss, im Vergleich zu einer Lösung, die eine Erfassung der restlichen Unternehmen von den Tatbeständen unmittelbar „ex lege“ ausnimmt, unbefriedigend anmutet.

b) Private Rechtsdurchsetzung

Nachdem es bereits mancher (dogmatischer) Mühen bedurfte, die öffentliche Rechtsdurchsetzung auf die Besonderheiten eines Kartellverstoßes durch individuell-einseitige Verwendung eines Instruments der Verhaltenskoordinierung einzustellen, gilt es nun zu bemessen, ob die Einstufung der passiv-adaptiven Unternehmen als „Rechtsverletzter“ geeignet ist, den ersehnten Erfolg herbeizuführen. Es geht darum, alle von einer Preisgarantie erfassten Unternehmen für höhere Preise schadensersatzpflichtig zu machen.

aa) Beseitigung und Unterlassung

Wie schon zahlreiche Male dargelegt wurde, könnte man dem Begriff des „Rechtsverletzers“ in § 33 Abs. 1 GWB grundsätzlich auch ein Unternehmen

974 Das Problem liegt mithin darin, dass es Unternehmen ohne Tatbeiträge im engeren Sinne gibt, die aber kausal am Taterfolg mitwirken und denen unter Umständen dennoch kein unmittelbarer Vorwurf gemacht wird.

subsumieren, das nur auf die Preisgarantie reagiert, aber damit Anteil am insgesamt abgestimmten Verhalten hat, auch ohne sich selbst eines Instruments der Verhaltenskoordination zu bedienen. Ausgehend von der zu definierenden Abhilfemaßnahme muss sich der Vorwurf allerdings auf ein konkret abstellbares Verhalten beziehen. Der Tatvorwurf kann sich daher lediglich auf eine etwaige Preiserhöhung in Reaktion auf die Preisgarantie bzw. spiegelbildlich das Aufrechterhalten eines suprakompetitiven Preises richten, wo anderenfalls eine Preissenkung angezeigt gewesen wäre. Dann befindet man sich aber im Bereich des klassischen Abhilfeproblems. Es ist zum einen unmöglich, zu fordern, die von der Preisgarantie ausgehende Wettbewerbsverzerrung in Form einer Veränderung des Nachfrageverhaltens der Konsumenten bei der Preissetzung zu ignorieren, während zum anderen keine präzise Alternativformel für die eigenen Preise vorgeschrieben werden kann/sollte. Stattdessen zu verlangen, dass ein Unterlassungs- und Beseitigungsanspruch gegen den Initiator geltend gemacht wird, erfordert, dass die Unternehmen nach § 33 Abs. 1 und 3 GWB aktivlegitimiert sind (siehe schon oben), was einen gewissen Widerspruch zu ihrer Passivlegitimation nach § 33 Abs. 1 GWB darstellt. Höchstens könnte der gegen sie gerichtete Anspruch auf Beseitigung und Unterlassung teleologisch reduziert werden. Er scheitert auf Rechtsfolgenseite an seiner Durchsetzbarkeit. Die Unternehmen würden zwar zunächst in den Anwendungsbereich fallen, mangels vorzuschreibender Abhilfemaßnahme wäre ein Anspruch gegen sie dagegen nicht durchsetzbar bzw. scheidet schlicht aus (systematische/teleologische Auslegung).⁹⁷⁵ Man könnte gar an (rechtliche) Unmöglichkeit gem. § 275 Abs. 1 BGB denken. Abnehmer wären dazu verpflichtet, direkt den Initiator zu verklagen.

Man könnte nun meinen, dieses Ergebnis würde auch das Resultat eines Schadensersatzanspruchs vorbestimmen. Allerdings sind § 33a Abs. 1 GWB und § 33 Abs. 1 GWB nicht dergestalt miteinander verknüpft, dass die erfolgreiche Durchsetzung eines Schadensersatzanspruchs einen (zumindest hypothetischen) Erfolg beim Beseitigungsanspruch erfordern würde. § 33a Abs. 1 GWB verweist lediglich hinsichtlich des für beide Ansprüche relevanten Rechtsverstoßes auf § 33 Abs. 1 GWB. Solange ein passiv-adaptives Unternehmen durch seine Beteiligung an der insgesamt abgestimmten Verhaltensweise (Preissetzung im Markt) als „Rechtsverletzer“ eingestuft wird, ist für einen Schadensersatzanspruch nicht zwingend notwendig, dass es

⁹⁷⁵ Freilich könnte man diese Einsicht auch als Argument betrachten, bereits an erster Stelle direkt den Verletzertypus rechtsfolgenorientiert auszulegen.

auch einen durchsetzbaren Beseitigungs- und Unterlassungsanspruch gegen dieses Unternehmen gibt. Andernfalls müsste es explizit heißen, dass zum Schadensersatz verpflichtet ist, wer einem Anspruch nach § 33 Abs. 1 GWB unterliegt.

Gegen diese Argumentation ließe sich in systematischer Hinsicht freilich einwenden, dass die Verweisungspraxis sehr wohl einen Gleichlauf des Anspruchserfolgs unterstellen dürfte. Ferner könnte es vor allem aus rechtsstaatlichen Gesichtspunkten (Kohärenz und Konsistenz des Gesetzgebers) zu Irritationen führen, dass ein Unternehmen für ein Verhalten auf Schadensersatz haftet, für das man von Rechtswegen keine Abhilfemaßnahme definieren möchte. Hinzukommt, dass ökonometrische Quantifizierungen eines möglichen Schadens ein kontrafaktisches Szenario berechnen und schätzen, wie das Unternehmen seine Preise gesetzt hätte, wenn die Preisgarantie im Markt nicht verwendet worden wäre bzw. es sich dagegen zur Wehr gesetzt hätte. Sieht man sich also hier in der Lage, ein mögliches Preisdifferential zu berechnen, müsste man auf dieser Grundlage grundsätzlich auch ein Alternativverhalten für die Gegenwart berechnen können, sodass sich die Frage stellt, inwieweit das Abhilfeproblem überhaupt tatsächlich besteht. Allerdings macht es einen entscheidenden Unterschied, ob man basierend auf ökonometrischen Schätzungen nachträglich für einen gewissen Zeitraum einen – ggf. konservativ bemessenen – Schaden schätzt oder ob im laufenden Marktprozess ein konkretes Verhalten vorgegeben wird, ohne dass dynamische Entwicklungen in Echtzeit berücksichtigt werden könnten.

bb) Schadensersatz

Auch beim Schadensersatz gem. § 33a Abs. 1 GWB kann nur ein aktives Tun zum Tatvorwurf gemacht werden. Für den zu beurteilenden Kartellverstoß gilt das oben bereits zum Unterlassen Gesagte. Es kommt auch hier auf ein etwaiges Mitziehen (Preiserhöhung) oder das Aufrechterhalten eines höheren Preises an.

Exkurs: Hier verläuft erneut die Grenze zum Unterlassen. Insofern es durch die Preisgarantie gelingt, Konkurrenten von andernfalls anfallenden Preissenkungen zu entmutigen, könnte man dies als Unterlassen einer Preissenkung einstufen. Ebenso könnte die fortgesetzte Forderung eines (garantiebedingt) überhöhten Preises aber auch als aktives Tun gewertet werden. Man könnte zwar meinen, dass diese Frage im Ergebnis keine Rolle

spielen dürfte, da nur solche Fälle vor Gericht kommen würden, in denen sich ökonometrisch eine Preissteigerung bzw. erhöhte Preise nachweisen lassen. Doch gilt hier, dass eine Schätzung etwa auf Grundlage des Diff-in-Diff-Design selbst dann zum Ergebnis garantiebedingt überhöhter Preise kommen kann, wenn die Preise im Markt über den betrachteten Zeitpunkt insgesamt gesunken sind. Solange die Preise in der Behandlungsgruppe weniger stark gesunken sind als die Preise der Kontrollgruppe, liegt ein positiver (prozentualer) Effekt vor. Die quantitativ festgestellte Preisüberhöhung ist in tatsächlicher Hinsicht dagegen nicht mit einer Anhebung der Preise einhergegangen, sondern mit einer relativ betrachtet weniger umfangreichen Preissenkung. Dies zeigt anschaulich, dass man nicht mechanisch an einer konkreten Preissteigerung anknüpfen darf, sondern dass das Ergebnis (Preisüberhöhung im Vergleich zum kontrafaktischen Szenario) entscheidend ist.

Anders als bei klassischen Preisabsprachen muss demnach nicht erst auf Rechtsfolgenseite der Preisüberhöhungsschaden quantifiziert werden. Hier müsste bereits auf Tatbestandsebene eine solche Preisüberhöhung als Tathandlung nachgewiesen werden.

Exkurs: Läge in einer solchen Konstruktion des Schadensersatzanspruchs ein Widerspruch zur Beurteilung des Kartellverstoßes? Dort konnte nach hier vertretener Auffassung noch auf den Nachweis einer Preiserhöhung der passiv-adaptiven Unternehmen verzichtet werden. Aufgrund der schematischen Betrachtung und Anwendung der *Anic*-Vermutung durfte eine entsprechende Reaktion der anderen Unternehmen vermutet werden.

Für einen solchen Widerspruch könnte auf den ersten Blick sprechen, dass sich womöglich eine Friktion mit der Bindungswirkung behördlicher Entscheidungen gem. § 33b GWB ausmachen lässt. In einer Behördenentscheidung kann der (kollektive) Rechtsverstoß noch unter der (schematisch-begründeten) Annahme angeglichenen Verhaltens der nun beteiligten dritten Parteien vermutet werden. Insofern Preisüberhöhungen der Drittunternehmen dann Gegenstände des Schadensersatzanspruchs würden (dort: ausnahmsweise bereits in der Haftungsbegründung als Teilnahmehandlung am Rechtsverstoß), könnte sich die Bindungswirkung auf dieses Verhalten erstrecken. Dem sind allerdings zwei Argumente entgegenzuhalten. Zum einen kann sich eine Bindungswirkung nur auf tatsächliche Inhalte („Feststellungen“) der Entscheidung beziehen, insofern also auch nur auf aufgestellte Vermutungen. Diese bleiben weiterhin widerlegbar und gelten in tatsächlicher Hinsicht qua Natur der Vermutung nicht als erwiesen. Zum anderen soll die Bindungswirkung der Behördenentscheidung eine Erleichterung für Kartellgeschädigte bringen. Keinesfalls sollte sie durch überschie-

ßende Wirkung dazu führen, dass die Haftung beschränkt werden muss. In einem solchen Fall müsste die Bindungswirkung ihrerseits eingeschränkt werden. Freilich muss es angesichts des ersten Arguments zu einer solchen einschränkenden Auslegung erst gar nicht kommen.

Gegen einen Widerspruch spricht weiterhin, dass ein mit hoher Wahrscheinlichkeit kollusionsförderndes Verhalten (aus rechtsstaatlicher Perspektive ohne Weiteres) verboten werden kann, wenn eine wettbewerbs schädigende Verhaltensangleichung der Wettbewerber unter bestimmten Bedingungen zu erwarten ist. Die allgemeine Typizität des Verhaltens kann ausgenutzt werden, um bestimmte Verhaltensweisen in Einklang mit der ökonomischen Theorie zu untersagen, ohne von Beweisfragen des Einzelfalls abhängig zu sein. Eine darüber hinausgehende (privatrechtliche) Haftung für in der Vergangenheit liegendes Verhalten kann und wird dagegen aus Gründen der Einzelfallgerechtigkeit von den konkreten Tatsachen abhängig gemacht. Hier kann die Kausalität nicht durch eine etwaige Vermutung angenommen werden; sie muss bewiesen werden.

Weiterhin enthält auch der Schadensersatzanspruch in § 33a GWB wie bereits der Bußgeldtatbestand in § 81 GWB ein Verschuldenserfordernis. Für die Haftung der passiv-adaptiven Unternehmen stellt sich daher daselbe Problem wie in der öffentlichen Rechtsdurchsetzung. Das bereits Gesagte gilt auch hier. Vermutlich ist ihnen zunächst, d.h. bis sich die hier vertretene Auslegung einer „abgestimmten Verhaltensweise“ etabliert hat, ein (un-)vermeidbarer Rechtsirrtum zugute zu halten.

Schließlich trafe man auf ein Problem überschießender Rechtsfolgen. Das ursprüngliche Ziel der zweiten Konzeption war es, den an einer abgestimmten Verhaltensweise beteiligten Unternehmen keine Überwinne zu belassen. Lässt man hierzu alle Unternehmen auf Schadensersatz haften, dann sind die kompromittierten Wettbewerber womöglich auch Ansprüchen von Abnehmern des Initiators bzw. untereinander ausgesetzt. Dies ist unmittelbare Folge der weit gefassten Passivlegitimation (gegenüber allen Abnehmern) in § 33a Abs. 1 GWB und der gesamtschuldnerischen Haftung nach § 33d Abs. 1 GWB, könnte allerdings angesichts ihrer geringeren Tatbeiträge als ungerechtfertigt erscheinen. Hier könnte der Zurechnungszusammenhang als allgemeine deliktsrechtliche Kategorie bemüht werden. Für den Anspruch auf Kartellschadensersatz ist er im haftungsaus füllenden Tatbestand mit Blick auf die Entstehung und Höhe des Schadens

C. Kartellrechtliche Würdigung

anerkannt.⁹⁷⁶ Ebenso könnte man an eine teleologische Reduktion der gerade genannten Normen denken, da der Tatbeitrag der kompromittierten Unternehmen im Vergleich zu einer Kartellabsprache deutlich abfällt. Der-gestalt könnte die Passivlegitimation der passiv-adaptiven Unternehmen auf Ansprüche der eigenen Abnehmer beschränkt werden, sodass sie von einer Gesamtschuld untereinander (und gegenüber dem Initiator) befreit werden.

4. Gesamtfazit

Aus Sicht des Verfassers scheint es widerspruchsfreier, in der Rechtsdurchsetzung das Handlungsunrecht bei der Verwirklichung einer abgestimmten Verhaltensweise in den Vordergrund zu rücken und (nur) die Verwendung eines Instruments der Verhaltenskoordinierung zu sanktionieren. Dass hier auch die Gegenposition dargestellt wurde, die den Abstimmungserfolg in den Fokus rückt, ist der Neuheit des materiellrechtlichen Ergebnisses ge-schuldet. Dass demnach bereits die individuell-einseitige Verwendung eines Instruments zur Verhaltenskoordination eine abgestimmte Verhaltensweise anstoßen kann, ruft vermutlich unterschiedliche normative Überzeugungen hervor, wie mit den Erträgen aus einem solchen kollusiven Markt umge-gangen werden sollte.

976 Franck, in: Immenga/Mestmäcker (Begr.), Wettbewerbsrecht, Band 2: GWB, 7. Aufl. 2024, § 33a Rn. 60-66.

D. Lauterkeitsrechtliche Würdigung

Die kartellrechtliche Bewertung hat verdeutlicht, dass ein alleiniges Vorgehen gegen Preisgarantien ausreichen würde, um wettbewerbliche Zustände in den betroffenen Märkten wiederherzustellen. Auch wurde gezeigt, dass die Folgen der oben vertretenen Einordnung auf Ebene der Rechtsdurchsetzung normativ über das Ziel hinausschießen könnten. Dies gibt Anlass auf eine andere Regelungsmaterie zu blicken, die auf Rechtsfolgenseite gegebenenfalls ein leichter umzusetzendes Verbot von Preisgarantien ermöglicht, ohne dass – anders als bei den flankierenden Regelungen der Kartellrechtsdurchsetzung (siehe oben S. 301 ff.) – eine korrigierende Auslegung geboten wäre.

I. Verhältnis von Kartell- und Lauterkeitsrecht

In den Blick fällt das Lauterkeitsrecht, welches mit dem Kartellrecht gemeinhin als Wettbewerbsrecht bezeichnet wird.⁹⁷⁷ Während das Kartellrecht einerseits die Aufrechterhaltung freien Wettbewerbs bezweckt (Kartellverbot, Fusionskontrolle) und andererseits bei vermarkteten Marktstrukturen eine Ausnutzung wettbewerbsfreier Räume durch Ausbeutung oder Behinderung verhindern soll, regelt das Lauterkeitsrecht – vereinfacht gesagt – ein im Übrigen faires, unverfälschtes Wettbewerbsverfahren.⁹⁷⁸ Das Marktgeschehen soll frei von Täuschung und Irreführung sowohl zu Lasten der Verbraucher als auch zu Lasten der Wettbewerb ablaufen. Das Lauterkeitsrecht gilt dabei unabhängig vom Vorliegen etwaiger Marktmacht. Ebenso wenig ist das Zusammenwirken mehrerer Unternehmen erforderlich. Ähnlich wie das Kartellrecht hat auch das Lauterkeitsrecht eine

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

978 *Beurskens*, Lauterkeits- und Kartellrecht, 2. Aufl. 2022, S. 2f.; *Lettl*, Wettbewerbsrecht, 5. Aufl. 2023, S. 18 f., Rn. 38; *Jänich*, Lauterkeitsrecht, 1. Aufl. 2019, S. 4, Rn. 6.

D. Lauterkeitsrechtliche Würdigung

deutlich europarechtliche Prägung, in diesem Fall durch harmonisierende Richtlinien,⁹⁷⁹ auf denen das heutige UWG zu großen Teilen basiert.

II. Bisherige Rechtsprechung

Preisgarantien sind für das Lauterkeitsrecht kein Neuland. Bevor ein kurzer Überblick über dort bekannte Fallkonstellationen gegeben wird, sei auf eine begrifflich-konzeptionelle Abweichung zwischen den in dieser Arbeit thematisierten Preisentsprechungs- und Preisunterbietungklauseln sowie der lauterkeitsrechtlichen Rechtsprechung zu Preisgarantien hingewiesen. Im Lauterkeitsrecht fungiert der Begriff als Sammelbecken für zahlreiche preisbezogene „Alleinstellungs-“ oder „Spitzengruppenstellungsversprechen“⁹⁸⁰ Dabei kann es sowohl um ein Garantieversprechen bezüglich einer etwaigen Anpassung oder um Fälle eines Rückgaberechts (Geld-zurück-Garantie) gehen.⁹⁸¹

1. Irreführende Behauptungen

Gerade der anpreisende und gleichzeitig relativierende⁹⁸² Gehalt einer Preisgarantie kann im Einzelfall dazu führen, dass die Wahrnehmung des Verbrauchers nach objektiven Maßstäben und der vom Verwender beabsichtigte Aussagegehalt einer Preisgarantie auseinanderfallen. Entweder behauptet das Unternehmen alleinstehend den günstigsten Preis anzubieten oder es verspricht lediglich zu einer Spitzengruppe zu gehören und sich im Einzelfall in einer gewissen Weise anzupassen.

979 Siehe etwa RL 2005/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 11.05.2005 über unlautere Geschäftspraktiken im binnenmarktinternen Geschäftsverkehr zwischen Unternehmen und Verbrauchern sowie vorher bereits RL 84/450/EWG des Rates v. 10.09.1984 zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über irreführende Werbung.

980 *Bornkamm/Feddersen*, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen (Hrsg.), UWG, 40. Aufl. 2022, § 5 Rn. 3.130.

981 *Steinbeck*, in: Fezer/Büscher/Obergfell (Hrsg.), Lauterkeitsrecht: UWG, 3. Aufl. 2016, Anhang 2 zu § 4a: Verkaufsförderungsmaßnahmen im Lauterkeitsrecht, Rn. 328.

982 *Bornkamm/Feddersen*, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen (Hrsg.), UWG, 40. Aufl. 2022, § 5 Rn. 3.128.

Das Zusammenspiel zwischen Alleinstellungsbehauptung und dem Inaussichtstellen einer Anpassung oder Rücknahme kann – abhängig von der genauen Formulierung – ein Verwirrungspotential entfalten. So lag etwa der vom OLG Hamburg entschiedene Fall, in dem ein Unternehmen verkündet hatte, dass (garantiert) immer der günstigste Preis angeboten würde.⁹⁸³ Gleichzeitig war diese Aussage allerdings mit einer „Geld zurück Garantie“ verknüpft, falls einmal der gegenteilige Fall eintreten sollte. Es wurde also eine Alleinstellungsbehauptung mit einer (bloßen) Spitzenstellungsbehauptung vermengt, was jedenfalls erstere isoliert irreführend machte, sodass die Klausel als unlauter betrachtet wurde und gegen §§ 5 Abs. 1 Nr. 1, 3 UWG verstoßen hat.

2. Intransparente Bedingungen

Ferner hatte die lauterkeitsrechtliche Rechtsprechung zu Preisgarantien die Täuschung und Irreführung des Verbrauchers durch intransparente Bedingungen ihrer Geltendmachung oder einen bereits ex ante im Kleingedruckten weit beschnittenen Anwendungsbereich der Garantien zum Gegenstand (vgl. § 5a Abs. 2 UWG).⁹⁸⁴ Dadurch soll verhindert werden, dass Kunden unter falscher Hoffnung auf die Preisvorteile einer solchen Garantie angelockt werden, die Garantie dann angesichts entgegenstehender Hindernisse nicht geltend machen können, schlussendlich aber dennoch das Produkt erwerben, da sie bereits Such- und Wegkosten auf sich genommen haben, die sie nicht wiederholt aufbringen möchten.

An der Grundidee, dem Verbraucher zu versprechen, sich dem günstigeren Preis der Konkurrenz anzupassen oder diesen zu unterbieten, ist dagegen zunächst einmal nichts auszusetzen.

983 OLG Hamburg v. 28. 10. 2009, Az. 5 U 204/07 – „Irreführende Alleinstellungsbehauptung zur Preisführerschaft – „Immer der günstigste Preis. Garantiert.““ = NJOZ 2010, 1122; s. ferner auch OLG Hamburg, Urt. v. 13.2.2014 – 5 U 160/11, GRUR-RR 2014, 400 zu einer „Tiefstpreisgarantie“, bei der sich der Anbieter aber vorbehält, den Gegenstand lediglich unter Rückzahlung des Kaufpreises zurückzunehmen.

984 Übersicht bei *Fritzsche*, WRP 2021, 431, 437; vgl. auch *Bornkamm/Feddersen* (Hrsg.), in: *Köhler/Bornkamm/Feddersen*, 40. Aufl. 2022, UWG § 5 Rn. 3.131; *Rehart/Ruhl/Isele*, in: *BeckOK UWG*, Stand: 23. Ed. 01.01.2024, § 5 Rn. 587.

III. Denkbare Irrtümer

Womöglich könnte man bei den Abläufen und der Wirkung einer Preisgarantie eine Instrumentalisierung und indirekte bzw. mittelbare Täuschung des Verbrauchers ausmachen. Dann könnte § 5 Abs. 1 S. 1 UWG einschlägig sein:

„Unlauter handelt, wer eine irreführende geschäftliche Handlung vornimmt, die geeignet ist, den Verbraucher oder sonstigen Marktteilnehmer zu einer geschäftlichen Entscheidung zu veranlassen, die er anderenfalls nicht getroffen hätte.“

In den USA gibt es eine dem deutschen Lauterkeitsrecht nahestehende Regelungsmaterie, namentlich das in Section 5 FTC Act festgeschriebene Verbot sog. „unfair methods of competition in or affecting commerce“⁹⁸⁵ welches im Kontext von Preisgarantien auf den Plan gerufen wurde.⁹⁸⁶ Es kommen drei Ansatzpunkte in Betracht.

1. Instrumentalisierung: Rolle des Verbrauchers für die Erzielung kollusiver Preise

Zunächst ließe sich bei der Rolle des Verbrauchers ansetzen. Für die oben beschriebene, ökonomische Wirkung von Preisgarantien ist diese von nahezu paradoxer Bedeutung. Vordergründig versprechen Preisgarantien und mögen dieses Versprechen auch halten, dass der Verbraucher beim entsprechenden Anbieter den niedrigsten Preis im Markt erhalten wird. In der Hoffnung, (stets) den besten Preis zu erhalten, fokussiert sich ein Teil der Verbraucher auf das Garantie gewährende Unternehmen. Dadurch tragen diese Verbraucher aber wesentlich dazu bei, dass die verbleibenden

985 15 U.S.C. Sec. 45(a)(1): „*Unfair methods of competition in or affecting commerce, and unfair or deceptive acts or practices in or affecting commerce, are hereby declared unlawful.*“

986 In Ethyl Corp., 101 F.T.C. 425 (1983) hat die FTC eine MFN-Klausur unter Sec. 5 des FTC Acts geprüft, die Entscheidung wurde allerdings aufgehoben in E.I. DuPont De Nemours & Co. vs. FTC, 729 F.2d 128 (2d Cir. 1984); vgl. zu diesem Ansatz und der Entscheidung jeweils *Simons*, (17) Hofstra Law Rev. 1989, 599, 601, 638 ff.; *Edlin*, (III) Harvard Law Rev. 1997, 528, 554 (Fn. 83), 559 f.; *Clark*, Wisconsin Law Rev. 1983, 887, 908 ff.

Unternehmen entmutigt werden, günstigere Preis anzubieten.⁹⁸⁷ Von vielen Verbrauchern unbeachtet, führt eine Preisgarantie durch ihr Verhalten mittelbar – man könnte auch sagen hintergründig – zu Kollusion. Die Preise fallen (ggfs. sogar marktweit) höher aus, als dies ohne Verwendung der Preisgarantie der Fall wäre.⁹⁸⁸ Man könnte von einer Instrumentalisierung⁹⁸⁹ des Verbrauchers sprechen.

2. Irreführung über wettbewerbliche Verhältnisse und Wirkung der Preisgarantie

Infolgedessen gilt, dass die Verbraucher bei Inanspruchnahme einer Preisanpassungsgarantie zwar stets den im geltenden Marktumfeld günstigsten Preis erhalten. Gleichzeitig liegt dieser Tiefpreis aber über dem Preisniveau, den es ohne solche Garantien im Markt gäbe. Damit trüfe eine etwaig ausgesprochene „Tiefstpreisgarantie“ zwar auf die Marktverhältnisse mit einer solchen Garantie zu, nicht aber auf die Marktverhältnisse ohne eine solche Garantie. Die Inanspruchnahme der Garantie bzw. die vorangehende Fokussierung auf das Garantie gewährende Unternehmen führt dazu, dass gerade nicht der durch das freie Wirken wettbewerblicher Kräfte zustande kommende, (denkbar) niedrigste Preis angeboten wird. Selbst bei dem im aktuellen Marktumfeld günstigsten Preis handelt es sich nicht um den Wettbewerbspreis. Eine Irreführung könnte daher in der Wahrnehmung einer Preisgarantie als Zeichen intensiven Preiswettbewerbs liegen, wie es Teile der experimentellen Marketing-Literatur gezeigt haben.⁹⁹⁰

987 Siehe daher im Gegenteil die Rationalitätsannahme für informierte Kunden im Suchmodell von *Jiang/Kumar/Ratchford*, (63) *Management Science* 2017, 3489, 3496, die jene Entwicklung antizipieren und daher strikt beim günstigsten Unternehmen kaufen, um sich durch falsche Loyalität nicht selbst zu schädigen.

988 Vgl. den passenden Titel von *Corcoran*, (64) *Ohio State Law J.* 2003, 1427-1451: „*Guaranteeing High Prices by Guaranteeing the Lowest Price*“.

989 In dem Sinne auch die Überschrift von *Simons*, (17) *Hofstra Law Rev.* 1989, 599: „*Fixing Price With Your Victim: [...] Competitor Based Formula Pricing Clauses*“.

990 Siehe oben, S. 129 f.

3. Falsche Wahrnehmung des Anbieters im Sinne der Signaling-Theorie?

Andere Untersuchungen der (Marketing-)Literatur haben nicht zuletzt herausgefunden, dass Verbraucher hinter einer Preisgarantie ein tatsächlich günstiges Unternehmen vermuten.⁹⁹¹ Diese Vermutung hat auch der BGH schon früh angedeutet.⁹⁹² Im Schrifttum wird der Verdacht geäußert, dass nur wenige Verbraucher angesichts einer Preisgarantie tatsächlich den Markt nach günstigeren Preisen absuchen. Viel eher würde sich ein Großteil der Verbraucher auf das Signal verlassen.⁹⁹³ Hierin könnte eine Irreführung⁹⁹⁴ des Verbrauchers zu sehen sein, wenn ein in tatsächlicher Hinsicht teurer Anbieter (am oberen Rand der Preisspanne) eine Preisgarantie auslobt. Für § 5 UWG ist anerkannt, dass auch eine objektiv richtige Angabe täuschen und in die Irre führen kann, wenn dadurch Fehlvorstellungen hervorgerufen werden und die Kaufentscheidung beeinflusst wird.⁹⁹⁵ Insoweit wäre also unschädlich, wenn das vordergründige Versprechen etwa einer Preisentsprechungsgarantie bei Geltendmachung tatsächlich eingehalten würde und das Unternehmen sich in der Tat dem niedrigeren Preis eines Konkurrenten anpassen würde. Entscheidend könnte stattdessen sein, dass der Durchschnittsverbraucher oder ein ausreichend großer Teil der Verbraucher in Anbetracht einer Preisgarantie davon ausgeht, bei diesem Unternehmen (a priori) den besten Preis zu erhalten und dabei verkennt, dass durch sein Kaufverhalten im Markt kollusionsbedingt überhöhte Preise herrschen.

991 A.a.O.

992 BGH v. 25.10.1974, Az. I ZR 8/74 = GRUR 1975, 553 (554) – „Preisgarantie I“: „[...] diese vom Verkehr ernstgenommene [...] Behauptung“, „in der Preisgestaltung dieser Artikel mit ihren Mitbewerbern grundsätzlich mithalten“ zu können.

993 So etwa Bornkamm/Feddersen, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen (Hrsg.), UWG, 40. Aufl. 2022, § 5 Rn. 3.130.

994 Vgl. allgemein Jacobi, Preisverhalten und Wettbewerbsrecht, 2017, S. 359: „Wenn der subjektiv wahrgenommene Preis als günstig erscheint, obwohl er objektiv lediglich normal, wenn nicht sogar hochpreisig ist, dann steht eine Irreführung zumindest im Raume.“

995 Rehart/Ruhl/Isele, in: Fritzsche/Münker/Stollwerck (Hrsg.), BeckOK UWG (23. Edition, Stand: 01.01.2024), § 5 Rn. 67; Sosnitza, in: Ohly/Sosnitza, UWG, 8. Aufl. 2023, § 5 Rn. 199-201; Ruess, in: MüKoLauterkeitsrecht, 3. Aufl. 2020, § 5 Rn. 185.

IV. Bewertung

Im Kartellrecht ist die Verhinderung von Kollusion und die Untersagung der Verwendung von Instrumenten zur Verhaltenskoordination ein seit jeher geltendes, rechtspolitisches Anliegen. Auch hat eine (mikro-)ökonomisch fundierte Argumentation im Kartellrecht seit langem einen angestammten Platz.⁹⁹⁶ Dies ist für das moderne Lauterkeitsrecht weit weniger klar.⁹⁹⁷ In nicht allzu ferner Vergangenheit findet man dagegen Beiträge, die für eine stärkere Ökonomisierung auch des Lauterkeitsrechts plädieren.⁹⁹⁸ Solche Erwägungen stehen in engem Zusammenhang mit der Suche nach abgrenzbaren Schutzzwecken von Kartell- und Lauterkeitsrecht, die teils zu dem Ergebnis kommen, dass ein einheitliches Gesamtsystem zur Aufrechterhaltung wirksamen Wettbewerbs bestehe.⁹⁹⁹ Dies zeige sich nicht zuletzt daran, dass beide Rechtsgebiete ähnliche Begrifflichkeiten, wie z.B. den „freien“ oder „unverfälschten“ Wettbewerb gebrauchen und ideengeschichtlich eine ähnliche ordnungspolitische Fundierung erhalten haben.¹⁰⁰⁰ Man denke etwa an den Referenzpunkt des Leistungswettbewerbs.¹⁰⁰¹ Daher scheint es zunächst nicht völlig abwegig, das Problem auch aus Sicht des Lauterkeitsrecht in den Blick zu nehmen. Jedenfalls drängt sich a priori kein Argument auf, warum das Anliegen der Schutzrichtung des Lauterkeitsrecht kategorisch entfiel.¹⁰⁰² Auch angesichts überlappender Schutz-

996 Dies gilt nicht erst, aber umso mehr seit dem „More Economic Approach“ der EU-Kommission und der (Post-)Chicago-School of Antitrust in den USA, siehe zu den historischen Entwicklungen ausführlich: *Kerber/Schwalbe*, in: MüKoWettbR, Band 1/1: EU-Recht, 4. Aufl. 2023, Grundlagen, Rn. 49-140.

997 Man denke allerdings an den Benrather-Tankstellen-Fall des Reichsgerichts v. 18.12.1931, Az. II 514/30, RGZ 134, 342, in dem es um „Predatory Pricing“ zwecks Disziplinierung eines „Mavericks“ (vgl. zu dieser Figur Leitlinien zur Bewertung horizontaler Unternehmenszusammenschlüsse, ABl. EU v. 05.02.2004, C 31/5, Rz. 20 lit.d], 42 sowie erläuternd *Schwalbe/Zimmer*, Kartellrecht und Ökonomie, 3. Aufl. 2021, S. 605 ff.) und damit eine Maßnahme ging, die heute einhellig dem Kartellrecht unterfiel.

998 *Meier*, GRUR 2022, 1189-1191: „*Irreführung* – „A more economic approach“; *Podszun*, WRP 2009, 509: „*Der more economic approach im Lauterkeitsrecht*“.

999 *Köhler*, in: *Köhler/Bornkamm/Feddersen* (Hrsg.), UWG-Kommentar, 40. Aufl. 2022, Einleitung, Rn. 6.11.

1000 Siehe etwa *Hetmank*, GRUR 2014, 437, 439.

1001 Erstmalig *Nipperdey*, Wettbewerb und Existenzvernichtung, 1930 (Gutachten im Benrather-Tankstellen-Fall).

1002 Es ist anerkannt, dass sich die Zielrichtung von Kartell- und Lauterkeitsrecht überschneiden, vgl. *Ohly*, in: *Ohly/Sosnitza*, UWG, 8. Aufl. 2023, Einführung Abschnitt D, Rn. 71; insbesondere werden sie im EU-Kontext (§ 1 S. 2; Protokoll

D. Lauterkeitsrechtliche Würdigung

zwecke sei dagegen darauf hingewiesen, dass die Rechtsgebiete sich durch ihre unterschiedlich gefassten Verbotsnormen voneinander abgrenzen. So kommt das Kartellrecht ohne eine Irreführung des Verbrauchers aus, um ein durch ökonomische Evidenz nachgewiesenes, wettbewerbsschädigendes Verhalten zu untersagen. Die Rolle der Ökonomik liegt also schwerpunkt-mäßig darin, die Auswirkungen bestimmter Maßnahmen auf klassische Wettbewerbsparameter, wie z.B. den Preis zu untersuchen. Eine Forderung für den Einsatz mehr ökonomischer Evidenz im Lauterkeitsrecht muss da-gegen beim dort relevanten Taterfolg ansetzen, etwa bei einer Irreführung des Verbrauchers bzw. der Relevanz für dessen geschäftliche Handlung.¹⁰⁰³ Hier könnte es also schwerpunkt-mäßig um verhaltensökonomische For-schung zur Wahrnehmung bestimmter Verkaufsmaßnahmen gehen.¹⁰⁰⁴

Es wurde gleichwohl davon abgesehen, die oben angestellten lauterkeits-rechtlichen Erwägungen zu Hauptthesen der Arbeit zu machen, da das in Rede stehende Verhalten keine unmittelbare Täuschung der Verbraucher beinhaltet oder jedenfalls das Vorliegen des Relevanzkriteriums für die Vornahme einer geschäftlichen Handlung fraglich ist. Bei genauer Betrach-tung zeigt sich, dass die Reaktionen der Verbraucher auf eine Preisgarantie zwar kausal für die Wirkung der Preisgarantie sein mögen, dass die Kauf-entscheidungen aber weniger auf einem Irrtum beruhen, als entweder auf einer bei identischen Preisen bewusst getroffenen Entscheidung für einen Anbieter oder einer eigenwilligen Interpretation der Preisgarantie, die nicht zwingend dem Verwender zum Vorwurf gemacht werden sollte.

1. Instrumentalisierung des Verbrauchers

Die Argumentationsfigur einer selbstschädigenden Instrumentalisierung des Verbrauchers hätte womöglich ein noch deutlich höheres und somit

Nr. 27 zum EUV und AEUV) einheitlich als System zum Schutze unverfälschten Wettbewerbs geführt; siehe ausführlich *Pichler*, Das Verhältnis von Kartell- und Lauterkeitsrecht, 2009, S. 423-429.

- 1003 Siehe hierzu ausführlich *Egberts*, Experimentelle Rechtstatsachenforschung im lauterkeitsrechtlichen Prozess: Beweismöglichkeiten jenseits der Demoskopie, in: *Bartlitz et al. (Hrsg.)*, Rechtstatsachen im Privatrecht, Jahrbuch Junge Zivilrechts-wissenschaft, 2024, im Erscheinen.
- 1004 *Leistner*, Der Beitrag der Verhaltensökonomie zum Recht des unlauteren Wettbe-werbs, in: *Fleischer/Zimmer (Hrsg.)*, Beitrag der Verhaltensökonomik (Behavioral Economics) zum Handels- und Wirtschaftsrecht, 2011, S. 122 ff. sowie davor bereits *Leistner*, ZGE 2009, 3-58.

rechtfertigungsbedürftiges Innovationspotential als eine Subsumtion der Preisgarantie unter die abgestimmte Verhaltensweise im Kartellverbot.

Denkt man an den Irrtum, dem Kunden hinsichtlich ihrer eigenen Rolle bei den Wirkzusammenhängen einer Preisgarantie unterliegen könnten, muss darauf hingewiesen werden, dass es typischerweise eher um die langfristigen bzw. mittelbaren Folgen eines Erwerbs beim Garantie gewährenden Unternehmen geht. Die Preisgarantie erzielt ihre kollusive Wirkung, wenn die restlichen Unternehmen angesichts der tatsächlichen Nachfrageströme entmutigt werden, ihre Preise zu senken oder umgekehrt einer Preiserhöhung des Garantie auslobenden Unternehmens zu widerstehen. Alternativ mag sie auch unmittelbar nach ihrer Verkündung die anvisierte Wirkung erzielen, wenn die restlichen Unternehmen das etwaige Verhalten antizipieren. Es zeigt sich also, dass sich allerhöchstens deren Unkenntnis über die Folge einer Preisgarantie auswirkt. Der Käufer würde sich nur anders verhalten, wenn er die langfristig negativen Folgen seines Verhaltens berücksichtigte. Dann lautet der eigentliche Vorwurf allerdings eher, dass nicht über die kollusive Wirkung der Preisgarantie aufgeklärt wird, womit man sich womöglich im Anwendungsbereich des Unterlassens gem. § 5a UWG befände. Dies wiederum setzt eine entsprechende Aufklärungspflicht voraus,¹⁰⁰⁵ die nicht ohne Weiteres angenommen werden kann bzw. einer weiteren Untersuchung bedürfte.

2. Irrtum über Wettbewerbsverhältnisse infolge einer Preisgarantie

Eine Irreführung könnte sich im Übrigen daraus ergeben, dass – anders als von einer Preisgarantie impliziert – kein intensiver Preiswettbewerb vorliegt, sondern dieser gerade abgeschwächt wird. Selbst insofern diese Fehlannahme ausweislich der wirtschaftswissenschaftlichen Forschung existiert, müsste sie sich aber in einem Geschäftsabschluss niederschlagen, den der Verbraucher anderenfalls nicht getätigter hätte (sog. Relevanzkriterium).

1005 Vgl. jüngst BGH v. 25.11.2021, Az. I ZR 148/20 – „*Kopplungsangebot III*“, Rn. 25 (zitiert nach GRUR, 2022, 241); Rittlewski, in: BeckOK UWG, 21. Edition, Stand: 01.07.2023, § 5a Rn. 65 ff.; Sosnitzka, in: Ohly/Sosnitzka, UWG, 8. Aufl. 2023, Rn. 14; Alexander, in: MüKoLauterkeitsrecht, 3. Aufl. 2020, § 5a UWG Rn. 144 ff.

D. Lauterkeitsrechtliche Würdigung

Ein Anreiz zur Preissteigerung zumindest in Modellen der Preisdiskriminierung¹⁰⁰⁶ und der Suchtheorie¹⁰⁰⁷ ergibt sich (häufig) daraus, dass über Preise informierte Kunden in einer gewissen Art und Weise auf die Preisgarantie reagieren. Sie kaufen nicht mehr beim nach Angebotspreisen günstigsten Unternehmen, sondern machen die Preisgarantie und damit den günstigsten Preis entsprechend ihrer örtlichen, produkt- oder anbieterbezogenen Präferenzen andernorts geltend. Anreize zur Preissteigerung ergeben sich insgesamt daraus, dass man mit dem günstigsten Preis weniger informierte Kunden bedient. Dies ist im Ausgangspunkt der Entmutigungs effekt aus den Oligopolmodellen¹⁰⁰⁸ und der Kollusionsthese (geringerer Mengeneffekt). Gleichzeitig wurde auf die im Regelfall höhere Preiselastizität der informierten Gruppe hingewiesen. Desto kleiner diese Gruppe wird, umso eher lassen sich höhere (Angebots-)Preise setzen, zumal dadurch die Unwissenheit der uninformatierten Kunden ausgenutzt werden kann, ohne beiden Konsumentengruppen durch einen Einheitspreis gerecht werden zu müssen.

Es ist also in der Tat denkbar, dass Kunden bei gleichen Preisen erst aufgrund der Preisgarantie zu einem bestimmten Unternehmen wechseln, da ihnen dessen Angebotspreis ohne Anpassung an einen niedrigeren Preis der Konkurrenz zu hoch war. Doch entspricht dies nunmehr ihren Präferenzen, da sie bei identischen tatsächlichen Preisen das Produkt des Garantieunternehmen bevorzugen. Es lässt sich nur schwer begründen, inwieweit damit eine Täuschung mit Blick auf den konkreten Geschäftsabschluss vorliegt und das sog. Relevanzkriterium (Eignung zur Beeinflussung des Kaufentschlusses)¹⁰⁰⁹ erfüllt wäre. Im Zeitpunkt des konkreten Vertragsabschlusses erhält der Kunde den im Markt tatsächlich günstigsten Preis. Er wird nicht darüber getäuscht, dass er in diesem Moment anderswo einen besseren Preis erhalten könnte. Ausgehend von den gegenwärtigen Preisverhältnissen veranlasst die Preisgarantie den Käufer daher nicht zu einem Kauf, den er anderenfalls nicht getätigter hätte. Es gibt in dem Moment keinen günstigeren Preis im Markt. Im Übrigen wird das Garantiever sprechen eingelöst.

1006 Siehe oben, S. 82 ff.

1007 Siehe oben, S. 94 ff.

1008 Siehe oben, S. 54 ff.

1009 *Sosnitza*, in: Ohly/Sosnitza, UWG, 8. Aufl. 2023, § 5 Rn. 219 ff.

Es liegt zwar im Bereich des Möglichen,¹⁰¹⁰ dass der Kunde einen Markt ohne Garantie bevorzugen würde. Bei entsprechendem Preisdifferenzial würde er dann möglicherweise (selbst angesichts eines insgesamt niedrigeren Preisniveaus) beim nach Angebotspreisen günstigsten Unternehmen kaufen. Darauf, in welcher Art von Markt (mit oder ohne Preisgarantie mindestens eines Unternehmens) er sich wiederfindet und welchen Anbieter er angesichts eines gewissen Preisvektors bevorzugt, hat er mittels seiner Kaufentscheidung aber höchstens langfristig Einfluss. Er müsste in Anbetracht garantiebedingt identischer tatsächlicher Preise beim ex ante günstigsten Unternehmen kaufen, um einen Entmutigungseffekt dieses Unternehmens zu verhindern.¹⁰¹¹ Selbst wenn das in Angebotspreisen günstigere Unternehmen dadurch seine niedrigeren Preise beibehielte, müsste der Konsument sich aber solange seiner gegenwärtigen Präferenz (bei gleichen Preisen das andere Unternehmen zu bevorzugen) widersetzen, bis das Unternehmen seine Garantie zurücknimmt. Es käme zwar in Betracht, dass manche Kunden dies aus Weitsicht und langfristigem Interesse täten. Allerdings dürfte hierfür in aller Regel (erneut) eine Aufklärung über die Wirkmechanismen einer Preisgarantie erforderlich sein. Dann gilt dasselbe wie bereits für eine etwaige Aufklärungspflicht hinsichtlich der Rolle und Instrumentalisierung des Verbrauchers festgehalten wurde.

3. Dritter Irrtum: Erwartungen über den Anbieter

Die Beurteilung des Irreführungspotentials einer Preisgarantie hängt im Übrigen – wie in den einleitenden Worten dieses Abschnitts schon angedeutet wurde – davon ab, ob informierte Konsumenten sie ganz bewusst in Anspruch nehmen und sich bei identischen Preisen für das auslobende Unternehmen entscheiden oder ob uninformed Konsumenten der Preisgarantie einen Signalwert bemessen, sie letztlich aber nicht geltend machen (können). Informierte Konsumenten, die eine Preisgarantie bewusst in An-

1010 Zumindest, wenn sie die preistreibende Wirkung einer Preisgarantie verstünden. Anders sähe es möglicherweise aus, wenn Konsumenten die Preisgarantie als Versicherung nutzen, um auch nachträglich noch den günstigsten Preis zu erhalten, zunächst aber Suchkosten in der Hoffnung sparen möchten, dass der Anbieter sich tatsächlich als günstigster Anbieter entpuppt. Dann kann in Preisgarantien eine Ausnutzung der Faulheit von Konsumenten bzw. deren Regret Aversion gesehen werden.

1011 Siehe diese Rationalitätsverbürgung im Suchmodell von *Jiang/Kumar/Ratchford*, (63) *Management Science* 2017, 3489, 3496.

spruch nehmen, wurden bereits in den beiden vorangegangenen Abschnitten in den Blick genommen. Eine andere Beurteilung könnte sich womöglich für uninformede Kunden ergeben, die zu einem Garantie auslobenden Unternehmen wechseln, die Garantie aber mangels Kenntnis über die Preise anderer Unternehmen nicht geltend machen können. Es geht mithin um Kunden, die sich schlicht auf einen vermeintlichen Signalwert der Preisgarantie verlassen. Diese Kunden würden jedenfalls dann in ihren Erwartungen getäuscht, wenn ein bei den Angebotspreisen ursprünglich teureres Unternehmen eine Preisgarantie verwendet.

Solange die Garantie aber bei entsprechender Geltendmachung eingelöst wird und auch in sprachlicher Hinsicht nicht irreführend andeutet, dass das Unternehmen bereits *a priori* den (stets) günstigsten Preis anbietet, kann die Unkenntnis eines Kunden und das daraus resultierende Unvermögen, eine Preisgarantie tatsächlich geltend zu machen, wohl kaum dem Unternehmen zugerechnet und zum Vorwurf gemacht werden. Hier käme es wohl im Einzelfall auf die konkrete Formulierung einer Preisgarantie und deren Irreführungspotential an.

Sofern die Reaktion der uninformeden Konsumentengruppe auf eine Preisgarantie in ökonomischen Modellen¹⁰¹² zu Veränderungen beim Preissetzungskalkül der Unternehmen führt, wird dies zudem typischerweise mit der Elastizität deren Nachfrage begründet.¹⁰¹³ Ob diese Betrachtung in der Realität durchschlagend ist, bleibt fraglich. Die Elastizität der Nachfrage scheint ökonomisch besonders relevant zu sein, wenn die zu erwerbende Quantität eines Produkts variabel ist. Soll dagegen nur ein Einzelartikel erworben werden, liegt die Annahme näher, dass eine Produkt- und Preissuche unternommen wird, bis ein Preis der eigenen Zahlungsbereitschaft entspricht. Kauft ein uninformeder Kunde dagegen das Produkt beim Unternehmen mit der Preisgarantie, selbst wenn er diese Garantie nicht

1012 Man denke etwa an ein „Signaling“-Modell, in dem es aber nicht zum wohlfahrtsneutralen Fall eines „Separating Equilibrium“ kommt, in dem nur das günstigere Unternehmen eine Preisgarantie anbietet. Hier ginge es also um den Fall eines Pooling Equilibrium, in dem auch das teure Unternehmen „imitiert“, ein günstiges Unternehmen zu sein.

1013 Beispiel: Ist sie ursprünglich geringer als die Elastizität informierter Kunden (z.B. mangels Information), kann ein Unternehmen, das vor Einführung einer Preisgarantie weniger und nun mehr uninformede Kunden bedient hat, seine Preise anheben. Verändert sich die Elastizität in Anbetracht der Preisgarantie, etwa weil aufgrund des Signalwerts erwartet wird, keine günstigeren Preise (mehr) zu finden, mag auch das Unternehmen, welches nun mehr uninformede Kunden bedient, seine Preise anheben.

geltend machen kann, kann nur schwerlich davon ausgegangen werden, dass er dieses Geschäft ohne Garantie nicht abgeschlossen hätte. Viel eher hat er bei der Auswahl des Anbieters darauf „gewettet“, dass der Preis angesichts der Garantie günstig sein wird und wurde in dieser Erwartung jedenfalls dahingehend nicht enttäuscht, dass der Preis tatsächlich unterhalb seiner maximalen Zahlungsbereitschaft lag. Insofern fällt es schwer, in diesen Vorgängen eine unlautere Verleitung zum Geschäftsabschluss zu sehen.

V. Fazit

Im Ergebnis hat sich gezeigt, dass die Problematik der Preisgarantie weniger in einer Irreführung der Verbraucher, als in dem an früherer Stelle bereits beschriebenen Eingriff in den Grundmechanismus des Wettbewerbs liegt. Durch eine Preisgarantie entsteht eine künstliche Verknüpfung der Preise mehrerer Unternehmen, die dazu führt, dass Preisvorstöße nur noch in einem geringeren Ausmaß durch eine Absatzsteigerung (neugewonnene Kunden) belohnt werden. Dabei erscheint weniger problematisch, zu welchem Verhalten die Kunden veranlasst werden, als dass eine Preisgarantie partielle Anpassungen teurerer Unternehmen zulassen, die nicht möglich wären, wenn Einheitspreise gewährt werden müssen.¹⁰¹⁴ Es ist also gerade die oben beschriebene Preisdiskriminierung, die manche Anpassung erst ökonomisch rational werden lässt. Eine Preisdiskriminierung auf Grundlage der Preise eines Konkurrenten stellt sich aber als Verhaltensabstimmung dar, die mit Mitteln des Kartellrechts zu untersagen ist. Eine Irreführung des Verbrauchers lässt sich dagegen kaum überzeugend konstruieren.

1014 Gemeint ist eine Verknüpfung der Preise miteinander, die infolge entsprechender Nachfragereaktion zu einer Verschiebung des Marktgleichgewichts führt, aber ohne entsprechende Preisspaltung nicht möglich wäre.

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. BI-240-17 – „Praxis pauschaler Preiserhöhungsrundschreiben 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 angegeschlossenen 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 ökonometrischen 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/Göhs*, WuW 2019, 348 ff.

1023 *Andreoli-Versbach/Franck*, (II) J.C.L.E. 2015, 463 ff.; *Franck*, *Recht und Ökonomik: Zur Bedeutung rechtlicher Expertise für die Industrieökonomen*, 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.

II. Auswirkungen für die Debatte um algorithmische Preissetzung

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 verlautbare 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 Preisspalzung 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 Lebensmitteleinzelhandel 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.

II. Auswirkungen für die Debatte um algorithmische Preissetzung

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.

F. Ergebnisse

In der zurückliegenden Bearbeitung wurde am Beispiel von Preisgarantien die Frage behandelt, ob das Wettbewerbsrecht auch der individuell-einseitigen Verwendung von Instrumenten der Verhaltenskoordination (sog. „unilaterale Kollusion“) etwas entgegen zu setzen hat.

Hierzu wurden theoretische, empirische und experimentelle Beiträge der Wirtschaftswissenschaften ausgewertet und auf dieser Grundlage eine evidenzbasierte Bewertung des wettbewerblichen Gefährdungspotentials von Preisgarantien vorgenommen. Für einen Großteil in der Praxis anzutreffender Fälle bestehen demzufolge erhebliche Bedenken. Gerade in Oligopolmärkten ist zu befürchten, dass Preisgarantien – jedenfalls solche, die eine exakte Preisentsprechung in Aussicht stellen – den Wettbewerb schädigen und zu höheren Preisen führen.

Als Ergebnis dieser Arbeit ist festzuhalten, dass das Kartellrecht der Herausforderung gewappnet ist. Vor allem das Kartellverbot bietet hierfür ausreichend Spielraum. Mit der Variante einer „aufeinander abgestimmten Verhaltensweise“ kann auch einseitig veranlasstes, einander angeglichenes Verhalten mehrerer im Wettbewerb stehender Unternehmen erfasst werden. Die tradierte, dies ablehnende Auffassung basiert womöglich auf einer verkürzten Rechtsfolgenbetrachtung, während eine auf den gesamten Methodenkanon gestützte Auslegung das hier bevorzugte Ergebnis zu tragen vermag.

Hilfweise scheint im Einzelfall auch ein auf die Missbrauchsaufsicht nach Art. 102 AEUV / §§ 18, 19 GWB gestütztes Vorgehen möglich, obschon ein solches Vorgehen nicht die volle Bandbreite gebotener Interventionen zu leisten vermag. Eine Bemühung des wenig bekannten, in § 21 Abs. 3 Nr. 3 GWB normierten Verbots, Unternehmen zu gleichförmigem Verhalten zu zwingen, läuft dagegen ins Leere. Stattdessen könnte eine Anwendung des Lauterkeitsrechts in Erwägung kommen, was jedoch weiterer Forschung bedürfte.

F. Ergebnisse

Der eingangs wiedergegebenen, von Forschenden des DIW geäußerten Forderung,¹⁰³⁷ Kartellbehörden sollten Preisgarantien skeptisch gegenüberstehen und deren Verwendung nach Möglichkeit untersagen, ist mit Nachdruck zuzustimmen und gleichzeitig hinzuzufügen, dass dem rechtlich nichts entgegensteht.

Nach eingehender Auseinandersetzung bleibt es bei dem Fazit, mit dem die akademische Lehrmeinung über Preisgarantien schon vor einiger Zeit in einem Beitrag für die *Antitrust Section* der *American Bar Association* zusammengefasst wurde:

„Price matching gets [almost] no respect“.¹⁰³⁸

1037 Arnold/Baake/Schwalbe, Preisgarantien im Einzelhandel: Nicht verbraucherfreundlich, sondern ein Instrument zur Durchsetzung hoher Preise, DIW-Wochenbericht Nr.16/2012, S.16.

1038 Winter, Price Matching and Meeting Competition Guarantees, in: ABA Section of Antitrust (Hrsg.), *Issues in competition law and policy*, 2008, Band 2, S. 1269, 1271.

Literaturverzeichnis

1. Wirtschaftswissenschaften

- Andreoli-Versbach, Patrick / Franck, Jens Uwe*, Endogenous Price Commitment, Sticky and Leadership Pricing: Evidence from the Italian Petrol Market, (40) International Journal of Industrial Organization, 2015, 32-48
- Angrist, Joshua D./Pischke, Jörn-Steffen*, Mostly Harmless Econometrics: An Empiricist's Companion, 2009, Princeton University Press, Princeton, USA
- Angrist, Joshua D./Pischke, Jörn-Steffen*, The Credibility Revolution in Empirical Economics: How Better Research Design is Taking the Con out of Econometrics, (24) Journal of Economic Perspectives, 2010, 3-30
- Arbatskaya, Maria*, Can low-price guarantees deter entry?, (19) International Journal of Industrial Organization, 2001, 1387-1406
- Arbatskaya, Maria*, Buy now, search later: a model of low-price guarantees with post-purchase search, bisher unveröffentlichtes Working Paper, 2005, abrufbar unter: <https://ssrn.com/abstract=782334> (zuletzt abgerufen: 08.03.2024)
- Arbatskaya, Maria / Hviid, Morten / Shaffer, Greg*, Promises to Match or Beat the Competition: Evidence from Retail Tire Prices, (8) Advances in Applied Microeconomics, 1999, 123-138
- Arbatskaya, Maria / Hviid, Morten / Shaffer, Greg*, On the Incidence and Variety of Low-Price Guarantees: A Test for Pairwise-Facilitation, (47) The Journal of Law and Economics, 2004, 307-322
- Arbatskaya, Maria / Hviid, Morten / Shaffer, Greg*, On the Use of Low-Price Guarantees to Discourage Price-Cutting, (24) International Journal of Industrial Organization, 2006, 1139-1156
- Arnold, Tone / Baake, Pio / Schwalbe, Ulrich*, Preisgarantien im Einzelhandel: Nicht verbraucherfreundlich, sondern ein Instrument zur Durchsetzung hoher Preise, DIW-Wochenbericht Nr. 16/2012, abrufbar unter: https://www.diw.de/documents/publikationen/73/diw_01.c.397572.de/12-16-3.pdf (zuletzt abgerufen am: 02.04.2024)
- Arnold, Tone / Schwalbe, Ulrich*, Price Guarantees as a Facilitating Device – A Survey, Hohenheimer Diskussionsbeiträge 314, 2009
- Assad, Stephanie / Clark, Robert / Ershov, Daniel / Xu, Lei*, Algorithmic Pricing and Competition: Empirical Evidence from the German Retail Gasoline Market, (132) Journal of Political Economy, 2024, 723-771
- Athey, Susan / Imbens, Guido W.*, The State of Applied Econometrics: Causality and Policy Evaluation, (31) The Journal of Economic Perspectives, 2017, 3-32
- Baake, Pio / Schwalbe, Ulrich*, Price Guarantees, Consumer Search, and Hassle Costs, in: Beiträge zur Jahrestagung des Vereins für Socialpolitik 2013: Wettbewerbspolitik und Regulierung in einer globalen Wirtschaftsordnung - Session: Oligopoly No. G14-V1

Literaturverzeichnis

- Batsaikhan, Mongolian / Tumennasan, Norovsambuu*, Output Decision and Price Matching: Theory and Experiment, (64) Management Science, 2018, 3609-3624
- Baye, Michael, / Kovenock, Dave*, How to sell a pickup truck: 'Beat-or-pay' advertisements as facilitating devices, (12) International Journal of Industrial Organization, 1994, 21-33
- Baye, Michael /Morgan, John /Scholten, Patrick*, Chapter 6: Information, Search, and Price Dispersion, in: Hendershott, Terence (Hrsg.), Handbook in Information Systems, Vol. 1: Economics and Information Systems, 2006, S. 323-370, Emerald Publishing,
- Belleflamme, Paul / Peitz, Martin*, Industrial Organization – Markets and Strategies, 2. Aufl. 2015, Cambridge University Press
- Belton, Terrence M.*, A Model of Duopoly and Meeting or Beating Competition, (5) International Journal of Industrial Organization, 1987, 399-418
- Bertrand, Joseph*, Révue: "Theorie Mathematique de la Richesse Sociale", (67) Journal de Savants, 1883, 499-508
- Bester, Helmut*, Theorie der Industrieökonomie, 7. Aufl. 2017, Springer Verlag
- Biswas, Abhijit / Dutta, Sujay / Pullig, Chris*, Low Price Guarantees as Signals of Lowest Price: The Moderating Role of Perceived Price Dispersion, (82) Journal of Retailing, 2006, 245-57
- Borges, Adilson*, Revisiting low price guarantees: does consumer versus retailer governance matter?, (23) Marketing Letters, 2012, 777-791
- Borges Adilson*, The Price Matching Guarantee: The Effect of the Refund Size and the Moderator Role of the Retailer Price Strategy, (24) Recherche et Applications en Marketing (English Edition), 2009, 29-39
- Bottasso, Anna / Marocco, Paolo / Robbiano, Simone*, Price Matching in Online Retail, GLO Discussion Paper, No. 1351, abrufbar unter: <http://hdl.handle.net/10419/280144> (zuletzt abgerufen am: 02.03.2024)
- Buccirossi, Paolo* (Hrsg.), Handbook of Antitrust Economics, 2008, The MIT Press, Cambridge, U.S.A
- Buchali, Katrin / Grüb, Jens / Muijs, Matthias / Schwalbe, Ulrich*, Strategic Choice of Price-Setting Algorithms, Hohenheim Discussion Papers in Business, Economics and Social Sciences 01-2023, abrufbar unter: <https://www.econstor.eu/bitstream/10419/268721/1/1833308824.pdf> (zuletzt abgerufen am: 02.04.2024)
- Byrne, David P. / De Roos, Nicolas*, Learning to coordinate: A study in retail gasoline, (109) American Economic Review, 2019, 591-619
- Cabral, Luis M. B. / Dürr, Niklas / Schober, Dominik / Woll, Oliver*, Price Matching Guarantees and Collusion: Theory and Evidence from Germany, CEPR Discussion Paper No. DP15823 (2021), verfügbar unter: <https://ssrn.com/abstract=3795206> (zuletzt abgerufen am 02.03.2024)
- Chatterjee, Subimal / Basuroy, Suman*, Consumer Reactions to Price-Matching Signals, in: Brucks/MacInnis (Hrsg.), (24) Advances in Consumer Research, 1997, 400-404
- Chatterjee, Subimal / Heath, Timothy B. / Basuroy, Suman*, Failing to Suspect Collusion in Price-Matching Guarantees: Consumer Limitations in Game-Theoretic Reasoning, (13) Journal of Consumer Psychology, 2003, 255-268

- Chen, Ziqhi*, How Low Is a Guaranteed-Lowest-Price, (28) Canadian Journal of Economics, 1995, 683-701
- Chen, Yuxin / Narasimhan, Chakravarthi / Zhang, Z. John*, Consumer Heterogeneity and Competitive Price-Matching Guarantees, (20) Marketing Science, 2001, 300-315
- Coughlan, Anne T. / Shaffer, Greg*, Price-matching guarantees, retail competition, and product-line assortment, (28) Marketing Science, 2009, 580-588
- Chung, Hoe Sang / Kim, Min*, Low-price guarantees and pricing behavior: evidence from hypermarkets in korea, (36) Economics Bulletin, 2016, 1223-1229
- Constantinou, Evangelos / Bernhardt, Dan*, The Price-matching dilemma, (59) International Journal of Industrial Organization 2018, 97-113
- Corts, Kenneth S.*, On the robustness of the argument that price-matching is anti-competitive, (47) Economics Letters, 1995, 417-421
- Corts, Kenneth S.*, On the competitive effects of price-matching policies, (15) International Journal of Industrial Organization, 1997, 283-299
- Cunningham, Scott*, Causal Inference: The Mixtape, 2021, Yale University Press, New Haven, USA
- Deck, Cary A. / Wilson, Bart J.*, Automated Pricing Rules in Electronic Posted Offer Markets, (41) Economic Inquiry, 2003, 208-223
- Dertwinkel-Kalt, Markus / Haucap, Justus / Wey, Christian*, Procompetitive Dual Pricing, (41) European Journal of Law and Economics, 2016, 537-557
- Desmet, Pierre / Le Nagard, Emmanuelle*, Differential Effects of Price-beating Versus Price-matching Guarantee on Retailers' Price Image, (14) Journal of Product & Brand Management, 2013, 393-399
- Dewenter, Ralf / Linder, Melissa / Schwalbe, Ulrich*, Preiszyklen im Kraftstoffmarkt – Wettbewerb oder kollusives Verhalten?, Beiträge zur Jahrestagung des Vereins für Socialpolitik 2017, Session: Studies of Specific Sectors of Markets No. D12-V2
- Dewenter, Ralf / Schwalbe, Ulrich*, Preisgarantien im Kraftstoffmarkt, (17) Perspektiven der Wirtschaftspolitik 2016, 276-288
- Dewenter, Ralf / Schwalbe, Ulrich / Trost, Michael*, Sequential price setting with price-matching guarantees a theoretical and empirical analysis for the German petrol market, Working Paper 2017, abrufbar unter: https://www.cresse.info/wp-content/uploads/2020/02/2017_pa10_pa4_Sequential-Price.pdf (zuletzt: 02.03.2024)
- Dixit, Avinash K. / Nalebuff, Barry J.*, Thinking Strategically – The Competitive Edge in Business, Politics, and Everyday Life, 1991, W. W. Norton & Company, New York
- Doyle, Christopher*, Different selling strategies in Bertrand oligopoly, (28) Economics Letters, 1988, 387-390
- Dugar, Subhasish*, Price-Matching Guarantees and Equilibrium Selection in a Homogeneous Product Market: An Experimental Study, (30) Review of Industrial Organization, 2007, 107-119
- Dugar, Subhasish / Sorensen, Todd*, Hassle Costs, Price-Matching Guarantees and Price Competition: An Experiment, (28) Review of Industrial Organization, 2006, 359-378

Literaturverzeichnis

- Edgeworth, Francis Y.* (1889), "The pure theory of monopoly", in: ders., Papers relating to Political Economy 1925, Macmillan and Company (London) on behalf of the Royal Economic Society.
- Edlin, Aaron S. / Emch, Eric R.*, The Welfare Losses from Price-Matching Policies, (47) Journal of Industrial Economics, 1999, 145-167
- Eggers, Andrew C. / Tuñón, Guadalupe / Dafoe, Allan*, Placebo Test for Causal Inference, Working Paper 2021, abrufbar unter: https://www.dropbox.com/s/yg36mmg6kxr7eu/22-09-13_placebo_tests_for_circulation.pdf?dl=0 (Stand: 13.09.2022, zuletzt abgerufen: 02.03.2024), im Erscheinen: American Journal of Political Science 2024
- Engel, Christoph*, How Much Collusion? A Meta-Analysis of Oligopoly Experiment, (3) Journal of Competition Law & Economics, 2007, 491-549
- Farrell, Joseph*, Cheap Talk, Coordination, and Entry, (18) The RAND Journal of Economics, 1987, 34-39
- Farrell, Joseph / Rabin, Matthew*, Cheap Talk, (10) Journal of Economic Perspectives, 1996, 103-118
- Fatás, Enrique / Máñez, Juan*, Are low-price promises collusion guarantees? An experimental test of price matching policies, (9) Spanish Economic Review, 2007, 59-77
- Fatás, Enrique / Georgantzís, Nikolaos / Máñez, Juan A. / Sabater, Gerardo*, Procompetitive Price Beating Guarantees: Experimental Evidence, (26) Review of Industrial Organization, 2005, 115-136.
- Fatás, Enrique / Georgantzís, Nikolaos / Máñez, Juan A. / Sabater, Gerardo*, Experimental duopolies under price guarantees, (45) Applied Economics, 2013, 15-35
- Garrod, Luke*, Collusive Price Rigidity under Price-Matching Punishments, (30) International Journal of Industrial Organization, 2012, 471-482
- Green, Edward J. / Porter, Robert H.*, Noncooperative Collusion under Imperfect Price Information, (52) Econometrica, 1984, 87-100
- Harrington, Joseph. E. Jr.* (2012), A Theory of Tacit Collusion, Economics Working Paper Archive 588, The Johns Hopkins University, Department of Economics, abrufbar unter: <https://ideas.repec.org/p/jhu/papers/588.html> (zuletzt abgerufen am: 02.03.2024)
- Harrington, Joseph. E. Jr.*, A Theory of Collusion with Partial Mutual Understanding, (71) Research in Economics, 2017, 140-158 (Special Issue on Game Theory)
- Haruvy, Ernan / Popkowski Leszczyc, Peter T. L.*, Measuring the impact of price guarantees on bidding in consumer online auctions, (92) Journal of Retailing, 2016, 96-108
- Heckman, James*, Shadow Prices, Market Wages, and Labor Supply, (42) Econometrica, 1974, 679-694
- Heckman, James*, The Common Structure of Statistical Models of Truncation, Sample Selection and Limited Dependent Variables and a Simple Estimator for Such Models, (5) Annals of Economic and Social Measurement, 1976, 475-492
- Heckman, James*, Sample Selection Bias as a Specification Error, (47) Econometrica 1979, 153-161
- Hess, James D. / Gerstner, Eitan*, Price-Matching Policies: An Empirical Case, (12) Managerial and Decision Economics, 1991, 305-315

- Holland, Paul W.*, Statistics and Causal Inference, (81) Journal of the American Statistical Association 1986, 945-960
- Hviid, Morten / Shaffer, Greg*, Do Low-Price-Guarantees Facilitate Collusion, The Warwick Economics Research Paper Series (TWERPS) 422, University of Warwick, Department of Economics 1994, abrufbar unter: <https://ideas.repec.org/p/wrk/warwec/422.html>, (zuletzt abgerufen am: 02.03.2024)
- Hviid, Morten / Shaffer, Greg*, Hassle Costs: The Achilles' Heel of Price-Matching Guarantess, (8) Journal of Economics & Management Strategy, 1999, 489-521
- Hviid, Morten / Shaffer, Greg*, Matching Own Prices, Rivals' Prices, or Both, (58) Journal of Industrial Economics, 2010, 479-506
- Hviid, Morten / Shaffer, Greg*, Optimal low-price guarantees with anchoring, (10) Quantitative Marketing and Economics, 2012, 393-417
- Igami, Mitsuru / Sugaya, Takuo*, Measuring the Incentive to Collude: The Vitamin Cartels, 1990-99, (89) Review of Economic Studies, 2022, 1460-1494
- Ivaldi, Marc / Jullien, Bruno / Rey, Patrick / Seabright, Paul / Tirole, Jean*, The Economics of Tacit Collusion - Final Report for the DG Competition, European Commission, March 2003, abrufbar unter: https://ec.europa.eu/competition-policy/system/files/2021-04/the_economics_of_tacit_collusion_2003.pdf (zuletzt: 02.03.2024)
- Jain, Sanjay / Srivastava, Joydeep*, An Experimental and Theoretical Analysis of Price-Matching Refund Policies, (37) Journal of Marketing Research 2000, 351-362
- Janssen, Marten / Parakhonyak, Alexei*, Price Matching Guarantees and Consumer Search, (31) International Journal of Industrial Organization, 2013, 1-11
- Jiang, Juncai / Kumar, Nanda / Ratchford, Brian T.*, Price-Matching Guarantees with Endogenous Consumer Search, (63) Management Science 2017, 3489-3513
- Kaplan, Todd R.*, Effective Price-Matching: a comment, (18) International Journal of Industrial Organization, 2000, 1291-1294
- Kim, Jeong-Yoo / Kwong, Joon Yeop*, Guaranteed lowest prices: do they facilitate collusion?: Revisited, (31) Economic Research, 2018, 899-907
- Knieps, Günther*, Wettbewerbsökonomie: Regulierungstheorie, Industrieökonomie, Wettbewerbspolitik, 3. Aufl. 2008, Springer Verlag
- Kretschmer, Jürgen-Peter / Budzinski, Oliver*, Advertised Meeting-the-Competition Clauses: Collusion Instead of Price Discrimination, (31) Economics Bulletin, 2011, 3153-3157
- Kühn, Kai-Uwe*, Fighting Collusion by Regulating Communication between Firms, (16) Economic Policy, 2001, 169-204
- Kukar-Kinney, Monika / Walters, Rockney G.*, Consumer perceptions of refund depth and competitive scope in price-matching guarantees: Effects on store patronage, (79) Journal of Retailing, 2003, 153-160
- Kukar-Kinney, Monika / Walters, Rockney G. / MacKenzie, Scott B.*, Consumer responses to characteristics of price-matching guarantees: The moderating role of price consciousness, (83) Journal of Retailing, 2007, 211-221

Literaturverzeichnis

- Levy, David T. / Gerlowski, Daniel A.*, Competition, Advertising, and Meeting Competition Clauses, (37) *Economics Letters*, 1991, 217-221
- Levy, Stephan*, Best-Price Guarantees as a Quality Signal, Working Paper 2004, abrufbar unter: <https://ssrn.com/abstract=1692272> (zuletzt: 04.03.24)
- Lewbel, Arthur*, The Identification Zoo: Meanings of Identification in Econometrics, (57) *Journal of Economic Literature*, 2019, 835-903
- Lewis, Matthew*, Asymmetric Price Adjustment and Consumer Search: An Examination of the Retail Gasoline Market, (20) *Journal of Economics and Management Strategy*, 2011, 409-449
- Lin, Y. Joseph*, Price-matching in a model of equilibrium price dispersion, (55) *Southern Economic Journal*, 1988, 57-69.
- Liu, Qihong*, Tacit Collusion with Low-Price Guarantees, (81) *The Manchester School*, 2013, 828-854
- Logan, John W. / Lutter, Randall W.*, Guaranteed lowest prices: do they facilitate collusion? (31) *Economics Letters*, 1989, 189-192
- Lurie, Nicholas H. / Srivastava, Joydeep*, Price-Matching Guarantees and Consumer Evaluations of Price Information, (15) *Journal of Consumer Psychology* 2005, 149-158
- Lu, Yuanzhu / Wright, Julian*, Tacit Collusion with Price-Matching Punishments, (28) *International Journal of Industrial Organization*, 2010, 298-306
- Mago, Shakun Datta / Pate, Jennifer G.*, An experimental examination of competitor-based price matching guarantees, (70) *Journal of Economic Behavior & Organization*, 2009, 342-360
- Mamadehussene, Samir*, Measuring the Competition Effects of Price-Matching Guarantees, (19) *Quantitative Marketing and Economics* 2021, 261-287
- Mamadehussene, Samir*, Price-Matching Guarantees as a Direct Signal of Low Prices, (56) *Journal of Marketing Research* 2019, 245-258
- Máñez, Juan A.*, Unbeatable value low price guarantee: collusion mechanism or advertising strategy, (15) *Journal of Economics and Management Strategy*, 2006, 143-166
- Mankiw N. Gregory / Taylor, Mark. P.*, Grundzüge der Volkswirtschaftslehre, 8. Aufl. 2021, Schaeffer-Poeschel, Lehrbuch, Stuttgart
- Mao, Wen*, Price-Matching Policy with Imperfect Information, (26) *Managerial and Decision Economics*, 2005, 367-372
- Maskin, Eric / Tirole, Jean*, A Theory of Dynamic Oligopoly, II: Price Competition, Kinked Demand Curves, and Edgeworth Cycles, (56) *Econometrica*, 1988, 571-599
- McWilliams, Bruce / Gerstner, Eitan*, Offering low price guarantees to improve customer retention, (82) *Journal of Retailing*, 2006, 105-113
- Miller, Nathan / Sheu, Gloria / Weinberg, Mathew C.*, Oligopolistic Price Leadership and Mergers: The United States Beer Industry, (111) *American Economic Review*, 2021, 3123-3159
- Moorthy, Sridhar / Winter, Ralph A.*, Price-Matching Guarantees, (37) *The RAND Journal of Economics*, 2006, 449-465

- Moorthy, Sridhar / Zhang, Xubin*, Price Matching by Vertically Differentiated Retailers: Theory and Evidence, (43) Journal of Marketing Research 2006, 156-167
- Moorthy, Sridhar / Srinivasan, Kannan*, Signaling Quality with a Money-Back Guarantee: The Role of Transaction Costs, (14) Marketing Science, 1995, 442-466
- Motta, Massimo*, Competition Policy – Theory and Practice, 2004, Cambridge University Press (9. Druck)
- Nalca, Arcan / Boyaci, Tamer / Ray, Saibal*, Competitive price-matching guarantees under imperfect store availability, (8) Quantitative Marketing and Economics 2010, 275-300
- Office of Fair Trading*, Can 'Fair' Prices Be Unfair?, A Review of Price Relationship Agreements, 2012, OFT1438 (Report by Lear – Laboratorio di economia, antitrust, regolamentazione), abrufbar unter: https://www.learlab.com/wp-content/uploads/2016/04/Can-%E2%80%99Fair%E2%80%99-Prices-Be-Unfair_-A-Review-of-Price-Relationship-Agreements.pdf (zuletzt: 04.03.2024)
- Pollak, Andreas*, Do Price-Matching Guarantees with Markups Facilitate Tacit Collusion? Theory and Experiment, Working Paper Series in Economics 93, University of Cologne (2017), abrufbar unter: <https://ideas.repec.org/p/kl/series/0093.html> (zuletzt: 04.03.2024)
- Png, I. P. L. / Hirshleifer, David*, Price Discrimination Through Offers to Match Price, (60) Journal of Business, 1987, 365-383
- Reiss, Peter C. / Wolak, Frank A.*, Structural Econometric Modeling: Rationales and Examples from Industrial Organization, in: Heckman, James J. / Leamer, Edward E. (Hrsg.) Handbook of Econometrics, 2007, Band 6A, Kapitel 64, 4277-4415, Elsevier
- Salop, Steven*, Practices that (credibly) facilitate oligopoly coordination, in: Stiglitz, J.E. / Mathewson, G.F., New Developments in the Analysis of Market Structure, 1986, MIT Press, Cambridge, Mass.
- Schnitzer, Monika*, Dynamic duopoly with best-price clauses, (25) The RAND Journal of Economics, 1994, 186-196
- Shieh, Shiou*, Price and Money-Back-Guarantees as Signals of Product Quality, (5) Journal of Economics and Management Science, 1996, 361-377
- Slade, Margaret E.*, Vancouver's gasoline-price wars: An empirical exercise in uncovering supergame strategies, (59), The Review of Economic Studies, 1992, 257-276
- Spence, Michael*, Job Market Signaling, (87) Quarterly Journal of Economics, 1973, 355-374
- Srivastava, Joydeep / Lurie, Nicholas H.*, Price-matching guarantees as signals of low store prices: survey and experimental evidence, (80) Journal of Retailing, 2004, 117-128
- Suwelack, Thomas / Krafft, Manfred*, Effects of Money-Back and Low-Price Guarantees on Consumer Behavior, in: Diamantopoulos/Fritz/Hildebrandt (Hrsg.), Quantitative Marketing and Marketing Management – Marketing Models and Methods in Theory and Practice, 2012, 531-561
- Tappata, Mariano*, Rockets and feathers: Understanding asymmetric pricing, (40) Rand Journal of Economics, 2009, 673-687

Literaturverzeichnis

- Telser, Lester G.*, Why Should Manufacturers want Fair Trade?, (3) *Journal of Law and Economics*, 1960, 86-105
- Tirole, Jean*, *The Theory of Industrial Organization*, 1988, 10. Druck, 1998, MIT Press, Cambridge, U.S.A.
- Trost, Michael*, Price-Matching Guarantees of Price Leaders, Working Paper (2016), abrufbar unter: https://www.uni-hohenheim.de/fileadmin/einrichtungen/mikro/Paper_Lehrstuhl/Trost/Price_Matching_Guarantees_of_Price_Leaders.pdf (zuletzt: 04.03.2024)
- Trost, Michael*, The Collusive Efficacy of Competition Clauses in Bertrand Markets with Capacity-Constrained Retailers, Hohenheim Discussion Papers in Business, Economics and Social Sciences Fakultät, 2021-04, abrufbar unter: <https://ssrn.com/abstract=3866328> (zuletzt: 04.03.24)
- Trost, Michael*, Unraveling the Spreading Pattern of Collusively Effective Competition Clauses, Hohenheim Discussion Paper in Business, Economics and Social Sciences, 01-2022, abrufbar unter: <https://ssrn.com/abstract=4077266> (zuletzt: 04.03.24)
- Varian, Hal R.*, A Model of Sales, (70) *The American Economic Review*, 1980, 651-659
- Varian, Hal R.*, *Grundzüge der Volkswirtschaftslehre*, 9. Aufl. 2016, DeGruyter Studium Oldenbourg, München
- Verma, Swati / Guha, Abhijit / Biswas, Abhijit / Grewal, Dhruv*, Are Low Price and Price Matching Guarantees Equivalent? The Effects of Different Price Guarantees on Consumers' Evaluations, (95) *Journal of Retailing*, 2019, 99-108
- Wang, Zhongmin*, (Mixed) Strategy in Oligopoly Pricing: Evidence from Gasoline Price Cycles Before and Under a Timing Regulation, (117) *Journal of Political Economy* 2009, 987-1030
- Wilhelm, Sascha*, Price Matching and Edgeworth Cycles, Working Paper 2019 (formerly: Price-Matching Strategies in the German Gasoline Retail Market, 2016), abrufbar unter: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2708630 (zuletzt: 04.03.2024)
- Wu, Chunhua / Wang, Kangkang / Zhu, Ting*, Price Match Guarantees in the Age of Showrooming: An Empirical Analysis, Working Paper, August 2018, abrufbar unter: <https://ssrn.com/abstract=3271305> (zuletzt: 04.03.2024)
- Yankelevich, Aleksandr / Vaughan, Brady*, Price-match announcements in a consumer search duopoly, (82) *Southern Economic Journal*, 2016, 1186-1211
- Yuan, Hong / Krishna, Aradhna*, Price-Matching Guarantees with Endogenous Search: A Market Experiment Approach, (87) *Journal of Retailing*, 2011, 182-193
- Zeng, Yuwen / Hou, Wenhua*, An Analysis of Price Strategies with Price Matching in the Presence of Showrooming, (31) *International Transactions in Operational Research* 2024, 1061-1092
- Zhang, Liping*, Three Essays on low-price guarantees, Dissertation 2005 (University of Ottawa), abrufbar unter: <https://ruor.uottawa.ca/handle/10393/29275> (zuletzt abgerufen am: 04.03.2024)
- Zhang, Z. John*, Price-matching policy and the principle of minimum differentiation, (43) *Journal of Industrial Economics*, 1995, 287-299

Zhuo, Ran, Do Low-Price Guarantees Guarantee Low Prices? Evidence from Competition between Amazon and Big-Box Stores, (65) The Journal of Industrial Economics, 2017, 719-738

2. Rechtswissenschaft

Abenham, Marc, Public Distancing and Liability in Cartel Cases: Does Distance Lend Enchantment?, (39) World Competition, 2016, 413-429

Actis Perinetto, Patrick, Hub-and-spoke arrangements: future challenges within Article 101 TFEU assessment, (15) European Competition Journal, 2019, 281-317

Albors-Llorens, Albertina, Horizontal Agreements and Concerted Practices in EC Competition Law: Unlawful and Legitimate Contacts Between Competitors, (51) Antitrust Bulletin, 2006, 837-876

Alese, Femi, The economic theory of non-collusive oligopoly and the concept of concerted practice under Article 81, (20) European Competition Law Review, 1999, 379-383

Alfter, Mette / Hunold, Matthias, Weit, eng oder gar nicht? Unterschiedliche Entscheidungen zu den Bestpreisklauseln von Hotelportalen, Wirtschaft und Wettbewerb 2016, 525-531

Altvater, Christian, Kartellbildung durch Abstimmung? Ein Beitrag zur Auslegung des Tatbestandes der aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen in Art. 85 I EGV, 1997, Europäische Hochschulschriften, Bd. 2105, Peter Lang Verlagsgruppe, Frankfurt a.M. (zugl. Dissertation, Universität Trier, 1996)

Andreas, Alexander, Die Haftung für Kartellverstöße durch Preisalgorithmen – Verantwortlichkeit und bußgeldrechtliche Folgen für Verstöße gegen das Kartellverbot, 2022, Beiträge zum Kartellrecht, Band 17, Mohr Siebeck, Tübingen (zugl. Dissertation, Universität Münster, 2021)

Andreoli-Versbach, Patrick / Franck, Jens Uwe, Econometric Evidence to Target Tacit Collusion in Oligopolistic Markets, (11) Journal of Competition Law and Economics 2015, 463-492

Angerbauer, Timo, Vereinbarkeit der Arbeit von Wirtschaftsverbänden mit dem deutschen und europäischen Kartellrecht, 2015, Tectum Verlag, Marburg (zugl. Dissertation, Universität Bonn, 2014)

Apostolakis, Ioannis, Antitrust liability in cases of indirect contacts between competitors: 'VM Remonts', (54) Common Market Law Review, 2017, 605-629

Areeda, Phillip / Kaplow, Louis / Edlin, Aaron / Hemphill, C. Scott, Antitrust Analysis – Problems, Text, and Cases, 8. Aufl. 2021, Aspen Publishing Casebook Series, Wolters Klouwers, New York, USA

Arquit, Kevin J., The Boundaries Of Horizontal Restraints: Facilitating Practices And Invitations To Collude, (61) Antitrust Law Journal, 1993, 531-48

Badtke, Fabian / Vahrenholdt, Oliver, Kollektive Marktbeherrschung im Kraftstoffmarkt?, (10) Zeitschrift für Wettbewerbsrecht, 2012, 272-309

Bailey, David, 'Publicly Distancing' Oneself from a Cartel, (31) World Competition, 2008, 177-203

Literaturverzeichnis

- Bechtold, Rainer / Bosch, Wolfgang / Brinker, Ingo*, EU-Kartellrecht Kommentar, 4. Auf. 2023, C.H. Beck Verlag, München
- Berg, Werner / Mäsch, Gerhard*, Deutsches und Europäisches Kartellrecht - Kommentar, 4. Auflage 2022, Luchterhand Verlag (Wolters Kluwer), München
- Beurskens, Michael*, Lauterkeits- und Kartellrecht, 2. Aufl. 2022, Lehrbuchreihe: Jurakompakt – Studium und Referendariat, C.H. Beck Verlag, München
- Bien, Florian / Bernhard, Jochen*, More inter-channel competition, please! – Zur Neu-bewertung von Doppelpreissystemen im Entwurf der Vertikal-Leitlinien, Neue Zeitschrift für Kartellrecht 2021, 641-643
- Bishop, Simon / Walker, Mike*, The Economics of EC Competition Law – Concepts, Applications and Measurement, 3. Aufl. 2010, University Edition, Sweet & Maxwell, London
- Black, Oliver*, Communication, Concerted Practices and the Oligopoly Problem, (1) European Competition Journal, 2005, 341-346
- Böni, Franz / Palzer, Christoph*, Kollektive Marktbeherrschung, Sinnbild für des ‚Kai-ser's neue Kleider‘?, Wirtschaft und Wettbewerb 2009, 447
- Bolz, Laura Marie*, Kartellrechtliche Grenzen der Preisberatung – Zugleich eine Ana-lyse der kartellrechtlichen Behandlung von Dreieckskonstellationen, 2021, Nomos, Schriftenreihe Europäisches Wirtschaftsrecht, Bd. 67 (zugl. Dissertation, Universität Bonn, 2020)
- Bunte, Hermann-Josef* (Hrsg.), Kartellrecht-Kommentar, 14. Aufl. 2021, Wolters Kluwer, Hürth (Köln)
- Bunte, Hermann-Josef / Stanke, Fabian*, Kartellrecht mit Vergaberecht und Beihilferecht, 4. Aufl. 2022, C.H. Lehrbuch für Studium und Praxis, Beck Verlag, München
- Busche, Jan / Röhling, Andreas* (Hrsg.), Kölner Kommentar zum Kartellrecht, 1. Aufl. 2016, Wolters Kluwers Verlag Deutschland, Hürth (Köln)
- Chang, Yie-Yun*, Abgestimmtes Verhalten im amerikanischen, europäischen und deut-schen Kartellrecht, 1992 (zugl. Dissertation, LMU München, 1992)
- Clark, Donald S.*, Price-fixing without collusion: an antitrust analysis of facilitating practices after Ethyl Corp., Wisconsin Law Review 1983, 887-952
- Corcoran, Matthew*, Guaranteeing High Prices by Guaranteeing the Lowest Price, (64) Ohio State Law Journal, 2003, 1427-1451
- Dallmann, Michael*, Englische Klauseln nach der 7. GWB-Novelle, Wettbewerb in Recht und Praxis 2006, 347-352
- Deringer, Arved*, Das Wettbewerbsrecht der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft: Kommentar zu den EWG-Wettbewerbsregeln (Art. 85-94) nebst Durchführungsver-ordnungen und Richtlinien, 1962, Verlag Handelsblatt, Düsseldorf
- DeSanti, Susan S. / Nagata, Ernest A.*, Competitor communications: Facilitating practices or invitations to collude? An application of theories to proposed horizontal agreements submitted for antitrust review, (63) Antitrust Law Journal, 1994, 93-131
- Dos Santos Goncalves, David-Julien / Karsten, Arne*, Die Zulässigkeit der engen Best-preisklausel, Wirtschaft und Wettbewerb 2019, 454-458

- Dreher, Meinrad / Hoffmann, Jens*, Kartellrechtsverstöße durch Informationsaustausch?, WuW 2011, I181-I196
- Dreher, Meinrad / Kulka, Michael*, Wettbewerbs- und Kartellrecht, 12. Aufl. 2023, Studienreihe: Schwerpunktbereich, C.F. Müller, Heidelberg
- Edlin, Aaron S.*, Do Guaranteed-Low-Price-Policies Guarantee High Prices, And Can Antitrust Rise To Challenge?, (III) Harvard Law Review, 1997, 528-575
- Egberts, Alexander*, Experimentelle Rechtstatsachenforschung im lauterkeitsrechtlichen Prozess: Beweismöglichkeiten jenseits der Demoskopie, in: Bartlitz, David / Eckert, Florian / Kurz, Franziska / Lang, David / Meichelbeck, Paulina / Meier, Dominik / Neubert, Konstantin / Odrig, Josephine (Hrsg.), Rechtstatsachen im Privatrecht, Jahrbuch Junge Zivilrechtswissenschaft, Nürnberg 2023, im Erscheinen (Nomos-Verlag, Baden-Baden, 2024)
- Ekey, Friedrich L.*, Grundriss des Wettbewerbs- und Kartellrechts, 5. Aufl. 2016, Reihe: Start ins Rechtsgebiet, C.F. Müller, Heidelberg
- Ellis, Joseph, J.A.*, Source Material for Article 85(1) of the EEC Treaty, (32) Fordham Law Review, 1963, 247-278
- Emmerich, Volker / Lange, Knut Werner*, Lauterkeitsrecht, 12. Auf. 2022, Reihe: Juristische Kurz-Lehrbücher, C.H. Beck Verlag, München
- Engel, Christoph*, Tacit Collusion: The Neglected Experimental Evidence, (12) Journal of Empirical Legal Studies, 2015, 537-577
- Faull, Jonathan/Nikpay, Ali* (Hrsg.), The EU Law of Competition, 3. Aufl. 2014, Oxford University Press
- Fezer, Karl-Heinz / Büscher, Wolfgang / Obergfell, Eva Inés* (Hrsg.), Lauterkeitsrecht – Kommentar zum Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), 3. Aufl. 2016, C.H. Beck Verlag, München
- Franck, Jens-Uwe*, Recht und Ökonomik: Zur Bedeutung rechtlicher Expertise für die Industrieökonomen, in: Rehberg, Markus (Hrsg.), Der Erkenntniswert von Rechtswissenschaft für andere Disziplinen, 2018, S. 55-82, Springer Fachmedien, Wiesbaden
- Franck, Jens-Uwe*, Wettbewerbschutz durch Kartellrecht: Normative Grenzen einer am ökonomischen Anspruch ausgerichteten Marktordnung, in: Budzinski/Haucap (Hrsg.), Recht und Ökonomie, 2020, Schriftenreihe Wettbewerb und Regulierung von Märkten und Unternehmen, Bd. 37, Nomos-Verlag, Baden-Baden, S. 235-275
- Frzsche, Jörg*, Grenzen der Werbung mit Garantien, Gütesiegeln und Sicherheitsaspekten, Wettbewerb in Recht und Praxis 2021, 431-440
- Frzsche, Jörg / Münker, Reiner / Stollwerck, Christoph*, BeckOK UWG, 23. Edition, Stand: 01.01.2024
- Gabriel, Sigrid L.*, „Aufeinander abgestimmte Verhaltensweise‘ unter wettbewerbspolitischen Aspekten, Wirtschaft und Wettbewerb 1961, 802-812
- Gersdorf, Hubertus / Paal, Boris* (Hrsg.), BeckOK Informations- und Medienrecht, Stand: 42. Edition, 01.11.2023
- Gjendemsjø, Ronny / Hjelmeng, Erling J. / Sørgard, Lars*, Abuse of Collective Dominance: The Need for a New Approach, (36) World Competition, 2013, 355-371

Literaturverzeichnis

- Ghezzi, Federico / Maggiolino, Mariateresa*, Bridging EU concerted practices with U.S. concerted actions, (10) *Journal of Competition Law & Economics*, 2014, 647-690
- Gleiss, Alfred*, Der Begriff der „aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen“ in Art. 85 EWG-Vertrag, *Wirtschaft und Wettbewerb* 1964, 485-494
- Göhsl, Frederick*, Algorithmic Pricing and Article 101 TFEU, *Wirtschaft und Wettbewerb* 2018, 121-126
- Göhsl, Frederick / Rottmann, Johannes*, Nichtkoordinierte Effekte in der Europäischen Zusammenschlusskontrolle im Lichte der „CK Telecoms“-Entscheidung des Europäischen Gerichts, *Zeitschrift für Wettbewerbsrecht* 2020, 493-532
- Göhsl, Frederick / Rottmann, Johannes / Schaut, Matthias*, Tagungsbericht „Regulierung für Algorithmen“, *Neue Zeitschrift für Kartellrecht* 2020, 528-530
- Göhsl, Frederick / Rottmann, Johannes / Schaut, Matthias*, Tagungsbericht, in: Zimmer (Hrsg.), *Regulierung für Algorithmen und Künstliche Intelligenz*, 2021, S. 357-384, *Schriften der Wissenschaftlichen Vereinigung für das gesamte Regulierungsrecht*, Band 5, Nomos Verlag, Baden-Baden
- Götte, Wulf / Habersack, Matthias / Kalss, Susanne* (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Aktiengesetz*, 5. Aufl. 2019-2022, C.H. Beck Verlag, München (zitiert als: MüKo-AktG)
- Grabitz, Eberhard* (Begr.)/ *Hilf, Meinhard* (Begr.) / *Nettesheim, Martin* (Hrsg.), *Das Recht der Europäischen Union: EUV/AEUV*, Loseblatt-Kommentar (Werkstand: 80 EL: August 2023), C.H. Beck Verlag, München
- Grillo, Michele*, Collusion and Facilitating Practices: A New Perspective in Antitrust Analysis, (14) *European Journal of Law and Economics*, 2002, 151-169
- Hamann, Hanjo*, In concert or not in concert, Eine methodische Konkretisierung von § 30 Abs. 2 Satz 1 WpÜG, *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 2007, 1088-1095
- Harrington (Jr.), Joseph E.*, Collusion in Plain Sight: Firms' Use of Public Announcements to Restrain Competition, (84) *Antitrust Law Journal*, 2022, 521-563
- Harrington (Jr.), Joseph E.*, Developing Competition Law for Collusion by Autonomous Price-Setting, (14) *Journal of Competition Law and Economics*, 2018, 331-363
- Hau, Wolfgang / Poseck, Roman* (Hrsg.), *Beck'scher Online-Kommentar Bürgerliches Gesetzbuch*, Werkstand: 68. Edition, 01.11.2023, C.H. Beck Verlag, München (zitiert als: BeckOK BGB)
- Haukap, Justus / Heimeshoff, Ulrich*, Kartellschadensermittlung im Spannungsfeld zwischen Präzision und Effizienz: Prinzipielle Anforderungen aus ökonomischer Perspektive und praktische Handlungsoptionen, *Zeitschrift für Wettbewerbsrecht*, 2022, 80-103
- Hay, Goerge*, Oligopoly, shared monopoly, and antitrust law, (28) *Cornell Law Review*, 1982, 439-481
- Hay, George*, The Meaning of “Agreement” und the Sherman Act: Thoughts from the “Facilitating Practices” Experience, (16) *Review of Industrial Organization*, 2000, 113-129
- Heermann, Peter W. / Schlingloff, Jochen* (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Lauterkeitsrecht*, 3. Aufl. 2020, C.H. Beck Verlag, München

- Heinemann, Andreas*, Algorithmenbasierter Handel und Kartellverbot, in: Zimmer (Hrsg.), *Regulierung für Algorithmen und Künstliche Intelligenz*, 2021, S. 269-291, *Schriften der Wissenschaftlichen Vereinigung für das gesamte Regulierungsrecht*, Band 5, Nomos Verlag, Baden-Baden
- Heinemann, Andreas / Gebicka, Aleksandra*, Can Computers Form Cartels? About the Need for European Institutions to Revise the Concertation Doctrine in the Information Age, (7) *Journal of European Competition Law and Practice*, 2016, 431-441
- Henrichs, Helmut*, Die "conscious parallelism"-Doktrin des US-Antitrustrechts und der Begriff „aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen“ in Art. 85 EWG-Vertrag, *Wirtschaft und Wettbewerb* 1965, 95-105
- Hetmank, Sven*, „Wettbewerbsfunktionales Verständnis“ im Lauterkeitsrecht, *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht* 2014, 437-443
- Heyers, Johannes*, Systemkonformität der kartellrechtlichen Beurteilung sog. Informationsaustauschs, *Neue Zeitschrift für Kartellrecht* 2013, 99-103
- Höft, Jan*, Die Kontrolle des Ausbeutungsmisbrauchs im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, 2013, *Schriftenreihe des Forschungsinstituts für Wirtschaftsverfassung und Wettbewerb e.V. (FIW)*, Band 247, Heymann Verlag, Köln (zugl. Universität Bonn, Dissertation 2012)
- Hovenkamp, Herbert*, *Principles of Antitrust*, 2. Aufl. 2017, West Academic Publishing, St. Paul, Minn., USA
- Inderst, Roman / Thomas, Stefan*, Schadensersatz bei Kartellverstößen – Juristische und ökonomische Grundlagen und Methoden, 2. Aufl. 2018, *Handelsblatt Fachmedien*, Fachmedien Otto Schmidt, Düsseldorf/Köln
- Immenga, Ulrich / Mestmäcker, Ernst-Joachim* (Begr.), Kommentar zum Wettbewerbsrecht, 6. Aufl. 2019-2022 und 7. Aufl. seit 2024 (hrsg. v. Körber, Torsten / Schweitzer, Heike / Zimmer, Daniel), C.H. Beck Verlag, München
- Jacobi, Hannes*, Preisverhalten und Wettbewerbsrecht, 2017, Nomos, *Schriftenreihe: Wettbewerb, Vertrieb, Marketing*, Band 8, Nomos-Verlag, Baden-Baden (zugl. Dissertation, Universität Greifswald, 2015)
- Jaeger, Wolfgang / Kokott, Julian / Pohlmann, Petra / Schroeder, Dirk / Seeliger, Daniela* (Hrsg.), *Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht*, Loseblatt-Sammlung, Dr. Otto Schmidt Verlag, Köln (zitiert: *Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht*)
- Jänich, Volker Michael*, Lauterkeitsrecht, 1. Aufl. 2019, Reihe: *Academia Iuris – Schwerpunktstudium*, Vahlen, München
- Joliet, René*, La notion de pratique concertée et l'arrêt ICI dans une perspective comparative, *Cahiers de droit européen* 1974, 251-286
- Jungermann, Frank*, Kollektive Marktbeherrschung durch interdependent Parallelverhalten und deren Missbrauch, *Schriftenreihe des Forschungsinstituts für Wirtschaftsverfassung und Wettbewerb (FIW)*, Bd. 210, Heymann Verlag, Köln (zugl. Dissertation, Universität Bonn, 2006)
- Kaplow, Louis*, *Competition Policy and Price Fixing*, 2013, Princeton University Press
- Kaplow, Louis*, Direct Versus Communications-Based Prohibitions on Price Fixing, (3) *Journal of Legal Analysis*, 2011, 449-538

Literaturverzeichnis

- Kaplow, Louis*, An Economic Approach to Price Fixing, (77) *Antitrust Law Journal*, 2011, 343-449
- Khan, Lina*, Amazon's Antitrust Paradox, (126) *Yale Law Journal*, 2017, 710-805
- Kling, Michael / Thomas, Stefan*, Kartellrecht, 2. Aufl. 2016, Lehrbuch, Schriftenreihe Vahlen Jura
- Köhler, Helmut / Bornkamm, Joachim / Feddersen, Jörn / Alexander, Christian*, (Hrsg.), Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, 40. Aufl. 2022, Kurz-Kommentar-Reihe, C.H. Beck Verlag, München
- Korah, Valentine*, An introductory guide to EC competition law and practice, 9. Aufl. 2007, Sweet & Maxwell, London
- Korah, Valentine*, Gencor v. Commission: Collective dominance, (20) *European Competition Law Review*, 1999, 337-341
- Kovacic, William E. / Marshall, Robert C. / Marx, Leslie M. / White, Halbert L.*, Plus Factors and Agreement in Antitrust Law, (110) *Michigan Law Review*, 2011, 393-436
- Langen, Eugen / Bunte, Herman-Josef* (Hrsg.), Kartellrecht-Kommentar, 13. Aufl. 2018, Wolters Kluwer, Hürth (Köln)
- Lehnhardt-Busche, Katalin*, Preisbezogene Behinderungsmissbräuche nach Art. 102 AEUV, 2019, Duncker & Humblot, Beiträge zum Europäischen Wirtschaftsrecht (BEW), Band 75, zugl. Dissertation, LMU München, 2017
- Leistner, Matthias*, Behavioural Economics und Lauterkeitsrecht. Versuch einer Annäherung, Zeitschrift für Geistiges Eigentum 2009, 3-58
- Leistner, Matthias*, Der Beitrag der Verhaltensökonomie zum Recht des unlauteren Wettbewerbs, in: Fleischer, Holger / Zimmer, Daniel (Hrsg.), Beitrag der Verhaltensökonomik (Behavioral Economics) zum Handels- und Wirtschaftsrecht, 2011, S. 122 ff., Sonderheft der Zeitschrift für das Gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht (ZHR), Verlag Recht und Wirtschaft, Frankfurt a.M.
- Lettl, Tobias*, Abstimmung im Sinne von Art. 101 Abs. 1 AEUV, § 1 GWB, Wirtschaft und Wettbewerb 2017, 422-427
- Lettl, Tobias*, Wettbewerbsrecht, 5. Aufl. 2023, Schriftenreihe: Grundrisse des Recht (Lehrbücher), C.H. Beck Verlag, München
- Lettl, Tobias*, Kartellrecht, 4. Aufl. 2017, Schriftenreihe: Grundrisse des Recht (Lehrbücher), C.H. Beck Verlag, München
- Lianos, Ioannis / Gerardin, Damien* (Hrsg.), Handbook on European Competition Law – Substantive Aspects, 2013, Edward Elgar Publishing, Cheltenham UK
- Lianos, Ioannis / Korah, Valentine / Siciliani, Paolo*, Competition Law – Analysis, Cases, & Materials, 1. Aufl. 2019, Oxford University Press, Oxford (UK)
- Lianos, Ioannis / Wagner-v. Papp, Florian*, Tackling invitations to collude and unilateral disclosure: the moving frontiers of competition law?, (13) *Journal of European Competition Law & Practice*, 2022, 249-253
- Loewenheim, Ulrich / Meessen, Karl / Riesenkampff, Alexander / Kersting, Christian / Meyer-Lindemann, Hans-Jürgen* (Hrsg.), Kartellrecht – Deutsches und Europäisches Recht, 4. Aufl. 2020, C.H. Beck Verlag, München (zitiert: LMRKM)

- Lübbert, Hans-Dieter*, Das Verbot abgestimmten Verhaltens im deutschen und europäischen Kartellrecht, 1975, Abhandlungen zum Arbeits- und Wirtschaftsrecht, Bd. 31, Verlag Recht und Wirtschaft, Frankfurt (zugl. Dissertation, Universität Hamburg, 1974/75)
- Marchisio, Emiliano*, From concerted practices to "invitations to collude", (38) European Competition Law Review, 2017, 555-566
- Mazumdar, Aneesa*, Algorithmic Collusion: Reviving Section 5 of the FTC Act, (122) Columbia Law Review, 2022, 449-487
- Meier, Dominik*, Irreführung – „A more economic approach“, Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht (GRUR) 2022, II85-II91
- Mestmäcker, Ernst-Joachim*, „Das Prinzip der Rule of Reason und ähnliche Ausnahmemechanismen im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen“, in: Hoppmann, Erich / Mestmäcker, Ernst-Joachim, Normenzwecke und Systemfunktionen im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen – Vorträge und Aufsätze des Walter Eucken Instituts, 1974
- Mestmäcker, Ernst-Joachim / Schweitzer, Heike*, Europäisches Wettbewerbsrecht, 3. Aufl. 2014, Schriftenreihe: Großes Lehrbuch, C.H.Beck Verlag, München
- Mezzanotte, Félix E.*, Using Abuse of Collective Dominance in Art. 102 TFEU to Fight Tacit Collusion: The Problem of Proof and Inferential Error, (33) World Competition, 2010, 77-102
- Mörsdorf, Oliver / Schäfer, Lara*, Kartellrechtliche Bewertung von Plattformparitätsklauseln – zugleich Besprechung von OLG Düsseldorf, Urt. v. 4.6.2019 (Booking), Neue Zeitschrift für Kartellrecht 2019, 659-666
- Möschel, Wernhard*, Der Oligopolmissbrauch im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen: eine vergleichende Untersuchung zum Recht der USA, Grossbritanniens, der EWG und der Bundesrepublik Deutschland, 1974, Schriftenreihe: Wirtschaftswissenschaftliche und Wirtschaftsrechtliche Abhandlungen, Mohr, Tübingen
- Monti, Giorgio*, The Scope of Collective Dominance under Articles 82 EC, (38) Common Market Law Review, 2001, 131-157
- Mundt, Andreas*, Paradigmenwechsel in der 11. GWB. Novelle? – Die Sicht der Praxis, Neue Zeitschrift für Kartellrecht 2023, 1-3
- Nipperdey, Hans Carl*, Wettbewerb und Existenzvernichtung – Eine Grundfrage des Wettbewerbsrechts, 1930, Carl Heymanns Verlag, Köln
- Odudu, Okeoghene*, The Boundaries of EC Competition Law: The Scope of Article 81, 2006, Oxford University Press, Studies in European Law Series, Oxford (UK)
- Odudu, Okeoghene*, Indirekt Information Exchange: The Constituent Elements of Hub and Spoke Collusion, (7) European Competition Journal, 2011, 205-242
- Oechsler, Jürgen*, Skript Europäisches Kartellrecht, Stand 2022, S. 43 ff. (abrufbar unter: <https://oechsler.jura.uni-mainz.de/files/2022/01/Kartellrechtsskript2022.pdf>, zuletzt am: 04.03.2024)
- Ohly, Ansgar / Sosnitza, Olaf*, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb – mit Geschäftsgeheimnisgesetz (Auszug) und Preisangabenverordnung, Kommentar, 8. Aufl. 2023, C.H. Beck Verlag, München

Literaturverzeichnis

- Page, William H.*, Communication and Concerted Action, (38) Loyola University Chicago Law Review, 2007, 101-156
- Pahlen, Robert / Vahrenholt, Oliver*, „Signalling“ und das Kartellverbot – öffentliche Verlautbarungen im Fokus der Kartellbehörden, Zeitschrift für Wettbewerbsrecht 2014, 442-476
- Pescher, Michael*, Der äußere Kartellzwang: Zur kartellrechtlichen Beurteilung kollektiver Konkurrentenbehinderungen, 1984, Schriftenreihe: Wirtschaftsrecht und Wirtschaftspolitik, Band 77, Nomos-Verlag, Baden-Baden (zugl. Dissertation, Universität Passau, 1983)
- Petit, Nicolas*, Oligopolies, collusion tacite et droit communautaire de la concurrence, 2007, Bruylant, Brüssel (zugl. Dissertation, Universität Lüttich, 2007)
- Pichler, Philipp Daniel*, Das Verhältnis von Kartell- und Lauterkeitsrecht, 2009, Schriftenreihe: Wirtschaftsrecht und Wirtschaftspolitik, Band 236, Nomos-Verlag, Baden-Baden (zugl. Dissertation, Universität Tübingen, 2008)
- Podszun, Rupprecht*, More economic approach im Lauterkeitsrecht, Wettbewerb in Recht und Praxis 2009, 509-518
- Podszun, Rupprecht*, Der Verbraucher als Marktakteur: Kartellrecht und Datenschutz in der „Facebook“-Entscheidung des BGH, Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht 2020, 1268-1274
- Pohlmann, Petra*, Algorithmenbasiertes Marktverhalten als Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung, in: Zimmer, Daniel (Hrsg.), Regulierung für Algorithmen und Künstlicher Intelligenz, 2021, S. 311-338, Schriften der Wissenschaftlichen Vereinigung für das gesamte Regulierungsrecht, Band 5, Nomos Verlag, Baden-Baden
- Polemis, Michael L. / Oikonomou, Aikaterina*, Tacit collusion or parallel behaviour in oligopolistic markets? The two faces of Janus, (14) European Competition Journal, 2018, 1-37
- Posner, Richard A.*, Oligopoly and the Antitrust Laws: A Suggested Approach, (21) Stanford Law Review, 1968, 1562-1606
- Posner, Richard A.*, Oligopolistic Pricing Suits, the Sherman Act, and Economic Welfare: A Reply to Professor Markovits, (28) Stanford Law Review, 1975, 903-914
- Reiber, Oliver*, Wettbewerbsverhalten der deutschen Mineralölindustrie im Kraftstoffeinzelhandel, insbesondere Preisverhalten - Zur Bestimmung von Kollusion und kollektiver Marktbeherrschung im Kartellrecht, 2009 Peter Lang Verlag, Schriftenreihe: Wettbewerbsrechtliche Studien, Band 7 (zugl. Dissertation, Universität der Bundeswehr München, 2008)
- Reims, Raphael*, Der Kartellbetrug – Die Frage nach einer gegenwärtigen und künftigen Strafbarkeit von auf einem Hardcore-Kartell beruhenden Angebotsabgaben auch außerhalb von Vergabeverfahren, 2020, Europäische Hochschulschriften, Band 6164, Peter Lang Verlag (zugl. Dissertation, Universität Münster)
- Riesenhuber, Karl* (Hrsg.), Europäische Methodenlehre, 4. Aufl. 2021, Schriftenreihe: Ius Communitatis, DeGruyter Verlag, Berlin
- Rönnau, Thomas*, Vermögensabschöpfung bei Unternehmen als Drittbegünstigte – Das reformierte Einziehungsrecht nimmt Fahrt auf, Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht 2022, 781-820

- Rottmann, Johannes / Göhsl, Jan-Frederick*, Zentrale Preissetzung auf Transaktionsplattformen der Sharing-Economy – Der Fall Uber, *Wirtschaft und Wettbewerb* 2019, 348-355
- Rottmann, Johannes / Schäfer, Lara*, Das Ende einer langen Reise – Anmerkung zum Booking-Beschluss des BGH, *Wirtschaft und Wettbewerb (WuW)* 2021, 562-567
- Säcker, Franz-Jürgen / Bien, Florian / Meier-Beck, Peter / Montag, Frank*, Münchener Kommentar zum Wettbewerbsrecht, 4. Aufl. 2022/2023 (zitiert: MüKoWettbR)
- Säcker, Franz-Jürgen / Rixecker, Roland / Oetker, Harmut / Limpert, Bettina* (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 9. Auflage, seit 2023, C.H. Beck Verlag, München (zitiert als: MüKoBGB)
- Sargent, Mark T. L.*, Economics Upside Down: Low Price Guarantees as Mechanisms for Facilitating Tacit Collusion, (141) *University of Pennsylvania Law Review*, 1993, 2055-2118
- Schwalbe, Ulrich / Zimmer, Daniel*, Kartellrecht und Ökonomie, 3. Aufl. 2021, Schriftenreihe: Wettbewerb in Recht und Praxis, Fachmedien Recht und Wirtschaft (RuW), Frankfurt
- Schuchmann, Fritz*, Die Behandlung von tacit collusion im europäischen und deutschen Kartellrecht, 2017, Schriftenreihe Wirtschaftsrecht und Wirtschaftspolitik, Bd. 288, Nomos-Verlag, Baden-Baden (zugl. Dissertation, Ludwig-Maximilians-Universität München, 2016)
- Schröter, Helmuth / Klotz, Robert / von Wendland, Bernhard* (Hrsg.), Europäisches Wettbewerbsrecht, 3. Aufl. 2024, C.H. Beck Verlag, München
- Schwinn, Hannes*, Einseitige Maßnahmen in Abgrenzung zum europäischen Kartellverbot, 2009, Dissertation, Heidelberger Schriften zum Wirtschafts- und Europarecht, Bd. 48, Nomos Verlag, Baden-Baden (zugl. Dissertation, Universität Heidelberg, 2007)
- Scott Morton, Fiona*, Contracts that reference rivals, (27) *Antitrust*, 2013, 72-79
- Simons, Joseph J.*, Fixing price with your victim: efficiency and collusion with competitor-based formula pricing clauses, (17) *Hofstra Law Review*, 1989, 599-640
- Soames, Trevor*, An analysis of the principles of concerted practice and collective dominance: a distinction without difference?, (17) *European Competition Law Review*, 1996, 24-39
- Spindler, Gerald / Stilz, Eberhard* (Hrsg.), beck-online.GROSSKOMMENTAR AktG, C.H. Beck Verlag München (zitiert als: BeckOGK AktG)
- Sternberg, Martin*, Algorithmische Preissetzung und tacit collusion, 2023, Schriftenreihe: Wirtschaftsrecht und Wirtschaftspolitik, Nomos Verlag, Baden-Baden (zugl. Dissertation, Universität Bonn 2022)
- Stocker, Mathias*, Abstimmung über Dritte, *Wirtschaft und Wettbewerb* 2012, 935-947
- Stomper, Kristina*, Kriminalisierung von Hardcore-Kartellverstößen – Eine grundlegende Untersuchung zur Frage der Zulässigkeit und Zweckmäßigkeit und zur Frage der effektiven, system- und verfassungskonformen Umsetzung, 2021, Schriftenreihe Wirtschaftsrecht und Wirtschaftspolitik, Bd. 305, Nomos Verlag, Baden-Baden (zugl. Dissertation, Universität Bonn, 2020)

Literaturverzeichnis

- Stroux, Sigrid*, US and EC Oligopoly Control, 2004, International Competition Law Series, Bd. 14, Kluwer Law International, Den Haag (zugl. Dissertation, Europäisches Hochschulinstitut Florenz 2003)
- Thomas, Stefan*, Harmful Signals: Cartel Prohibition and Oligopol Theory in the Age of Machine Learning, (15) Journal of Competition Law & Economics, 2019, 159-203
- Thomas, Stefan*, Auslegung des Kartellverbots bei Kollusion durch Algorithmen, in: Zimmer, Daniel (Hrsg.), Regulierung für Algorithmen und Künstliche Intelligenz, 2021, S. 293-310
- Thomas, Stefan*, Rechtliche und wettbewerbspolitische Bewertung des § 32f RefE 11. GWB-Novelle, Zeitschrift für Wettbewerbsrecht, 2022, 333-355
- Trimarchi, Pietro*, Die rechtliche Beurteilung abgestimmter Verhaltensweisen auf oligopolistischen Märkten, Zeitschrift für Gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht International, 1970, 311-320
- Turner, Donald F.*, The Definition of Agreement under the Sherman Act: Conscious Parallelism and Refusals to Deal, (75) Harvard Law Review, 1962, 655-706
- Ulmer, Peter*, Abgestimmte Verhaltensweisen im Kartellrecht, Vortrag vom 21.02.1972, Schriftenreihe Juristische Studiengesellschaft, Band 107, Karlsruhe 1972
- van Cleynenbreugel, Pieter*, Article 101 TFEU and the EU Courts: Adapting legal form to the realities of modernization?, (51) Common Market Law Review, 2014, 1381-1435
- van der Veer, Jan Peter*, Antitrust Scrutiny of Most-Favoured-Customer Clauses: An Economic Analysis, (4) Journal of European Competition Law and Practice, 2013, 501-505
- Vecchi, Teresa*, Unilateral Conduct in an Oligopoly according to the Discussion Paper on Art. 82: Conscious Parallelism or Abuse of Collective Dominance?, (31) World Competition, 2008, 385-400
- von Heintschel-Heinegg, Bernd* (Hrsg.), Beck'scher Online Kommentar Strafgesetzbuch, 60. Edition, Stand 01.02.2024, C.H. Beck Verlag München (zitiert als: BeckOK StGB)
- Wagner von Papp, Florian*, Marktinformationsverfahren: Grenzen der Information im Wettbewerb, 2004, Dissertation, Schriftenreihe Wirtschaftsrecht und Wirtschaftspolitik, Bd. 191, Nomos Verlag, Baden-Baden (zugleich Dissertation, Universität Tübingen)
- Wagner-von Papp, Florian*, Unilateral Conduct by Non-Dominant Firms: A Comparative Reappraisal, in: *di Porto, Fabiana / Podszun, Rupprecht* (Hrsg.), Abusive Practices in Competition Law, 2018, S. 225-264, Edward Elgar Publishing, Cheltenham (UK)
- Wagner-von Papp, Florian*, § 32f GWB-RefE: Lehren aus dem UK, Wirtschaft und Wettbewerb, 2022, 642-650
- Wagner-von Papp, Florian*, Die 11. GWB-Novelle: Geht es Oligopolen an den Kragen?, Neue Zeitschrift für Kartellrecht, 2022, 605-607
- Wagner-von Papp, Florian*, Sektoruntersuchung und Störung des Wettbewerbs – „Paradigmenwechsel“ zum „Marktdesign“?, in: Kirk, Alexander/Offergeld, Philipp/Rohner, Tristan (Hrsg.), Kartellrecht in der Zeitenwende – Auf dem Weg zur 11. und 12. GWB-Novelle, 2023, Nomos-Verlag, Baden-Baden, S. 33-57

- Wagner-von Papp, Florian*, Habemus Regierungsentwurf 11. GWB-Novelle, Wirtschaft und Wettbewerb 2023, 301-302
- Weiß, Daniel*, Der wertpapierhandelsrechtliche und übernahmerechtliche Zurechnungstatbestand des acting in concerts, 2007, Schriftenreihe Europäische Hochschulschriften, Serie II: Rechtswissenschaft, Bd. 4611, Peter Lang Verlag, Frankfurt a.M. (zugleich Dissertation, Universität Bonn, 2006)
- Wessely, Thomas*, Case C-49/92P, Commission v. Anic, [1999] ECR I-4125; Case C-199/92P, Hüls v. Commission, [1999] ECR I-4287; Case C-235/92P, Montecatini v. Commission, [1999] ECR I-4539; judgments of 8 July 1999, (38) Common Market Law Review, 2001, 739-765
- Winter, Ralph A.*, Price-Matching and Meeting Competition Guarantees, in: American Bar Association, Section of Antitrust Law (Hrsg.), Issues in Competition Law and Policy, 2008, Band 2, S. 1269-1295
- Whish, Richard / Bailey, David*, Competition Law, 10. Aufl. 2021, Oxford University Press, Oxford (UK)
- Wiedemann, Gerhard* (Hrsg.), Handbuch des Kartellrechts, 4. Aufl. 2020, C.H. Beck, München
- Wolf, Maik*, Auf dem Weg zu einem algorithmisierten Wettbewerbsbegriff?, in: *Zimmer, Daniel* (Hrsg.), Regulierung für Künstliche Intelligenz und Algorithmen, 2021, S. 339-355, Schriften der Wissenschaftlichen Vereinigung für das gesamte Regulierungsrecht, Band 5, Nomos Verlag, Baden-Baden
- Yao, Dennis A. / DeSanti, Susan S.*, Game Theory and the Legal Analysis of Tacit Collusion, (38) The Antitrust Bulletin, 1993, 113-141
- Zimmer, Daniel*, Algorithmen, Kartellrecht und Regulierung, in: *Pohlmann, Petra / Kokott, Juliane / Polley, Romina* (Hrsg.), Europäisches, Deutsches und Internationales Kartellrecht: Festschrift für Dirk Schröder, 2018, S. 999-1008, Dr. Otto Schmidt Verlag, Köln
- Zimmer, Daniel*, Kartellrecht und neuere Erkenntnisse der Spieltheorie – Vorteile und Nachteile einer alternativen Interpretation des Verbots abgestimmten Verhaltens (§ 25 Abs. 1 GWB, Art. 85 Abs. 1 EWGV), (154) Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht, 1990, 470-487
- Zimmer, Daniel*, Wettbewerb im Kraftstoffsektor – Ein Problem ohne Lösung?, in: *Kaal, Wulf A. / Schmidt, Matthias / Schwartze, Andreas* (Hrsg.), Festschrift zu Ehren von Christian Kirchner, 2014, S. 591-601
- Zimmer, Daniel / Rottmann, Johannes*, Mehr Konvergenz im Kartellrechtssystem? Die Bedeutung der Intel-Entscheidungen aus Anlass von EuG, Urt. v. 26.01.2022, Rs. T-286/09 RENV, Wirtschaft und Wettbewerb (WuW) 2022, 370-377

Entscheidungsverzeichnis

A. Behördenentscheidungen

I. Bundeskartellamt

BKartA v. Mai 2011, Az. B8-200/09, Abschlussbericht zur Sektoruntersuchung Kraftstoffe gem. § 32e GWB

BKartA v. 17.12.2015, Zweiter Jahresbericht der Markttransparenzstelle für Kraftstoffe (MTS-K)

BKartA v. Juli 2017, Az. B1-73/13, Abschlussbericht zur Sektoruntersuchung Zement/Transportbeton gem. § 32 e GWB

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

II. Europäische Kommission

EU-Kommission v. 13.07.1994, IV/C/33.833, Abl. v. 19.09.94, Nr. L 243/1 – *Karton*

EU-Kommission v. 22.11.2001, COMP/E-1/37.512 – *Vitamine*

EU-Kommission v. 07.07.2016, AT.39850 – *Container Shipping*

III. Federal Trade Commission (USA)

Ethyl Corp. vs FTC., 101 F.T.C. 425 (1983)

B. Gerichtsentscheidungen

I. Deutsche Gerichte

1. Bundesgerichtshof/Reichsgericht

RG v. 18.12.1931, Az. II 514/30 – *Benrather Tankstelle* = RGZ 134, 342

BGH v. 25.10.1974, Az. I ZR 8/74 – *Preisgarantie I* = GRUR 1975, 553

BGH v. 7.10.1980, Az. KZR 25/79 – *Rote Liste* = WuW/E BGH 1740/1745

BGH v. 19.5.2020, Az. KZR 8/18 – *Schienenkartell IV* = NZKart 2020, 539

BGH v. 23.06.2020, Az. KVR 69/19 – *Facebook* = NZKart 2020, 473

BGH v. 13.07.2020, Az. KRB 99/19 – *Bierkartell* = NZKart 2020, 602

BGH v. 18.05.2021, Az. KVR 54/20 – *Booking.com/enge Bestpreisklausel* = WuW 2021, 517

BGH v. 27.09.2022, KZB 75/21 – *Basaltsteinbruch* = BGHZ 234, 288 = NZKart 2023, 30

Entscheidungsverzeichnis

BGH v. 06.10.2022, Az. VII ZR 895/21 – Zugang einer Willenserklärung per E-Mail im unternehmerischen Geschäftsverkehr = BGHZ 234, 316 = NJW 2022, 3791
BGH v. 29.11.2022, Az. KZR 42/20 – Schlecker = BGHZ 235, 168 = NZKart 2023, 23

2. Oberlandesgericht

OLG Bamberg 26.02.2014, Az. 3 U 164/13 = GRUR-RR 2014, 349
OLG Düsseldorf v. 08.05.2019, Az. VI-U (Kart) 11/18 – Schienennetzkartell III = NZKart 2019, 354
OLG Düsseldorf, v. 29.10.2012, Az. V-1 Kart 1-6/12 (OWi) et al. – Silostellgebühr = NZKart 2013, 122
OLG Düsseldorf, v. 09.01.2015, Az. VI-Kart 1/14 (V) – HRS / weite Bestpreisklausel = WuW 2015, 394
OLG Hamburg v. 28.10.2009, Az. 5 U 204/07 – Irreführende Alleinstellungsbehauptung zur Preisführerschaft – „Immer der günstigste Preis. Garantiert.“ = NJOZ 2010, 1122
OLG Hamburg v. 13.2.2014, Az. 5 U 160/11 - Irreführende Werbung mit einer „Tiefpreisgarantie“ = GRUR-RR 2014, 400

II. Europäische Gerichte

1. Europäisches Gericht

EuG v. 24.10.1991, Rs. T-1/89, Slg. 1991 II-1034, ECLI:EU:T:1991:56 – Rhône-Poulenc/Kommission
EuG v. 17.12.1991, Rs. T-7/89, Slg. 1991 II-1711, ECLI:EU:T:1991:75 – Hercules Chemicals/Kommission
EuG v. 10.03.1992, Verb. Rs. T-68/89 u.a., Slg. 1992 II-1403, ECLI:EU:T:1992:38 – Società Italiana Vetro/Kommission (Italienische Glashersteller)
EuG v. 06.04.1995, Rs. T-141/89, Slg. 1995, II-797, ECLI:EU:T:1995:62 – Tréfileurope Sales/Kommission
EuG v. 06.04.1995, Rs. T-142/89, Slg. 1995 II-867, ECLI:EU:T:1995:63 – Boël/Commission
EuG v. 14.05.1998, Verb. Rs. T-295/94 u.a., Slg. 1998 II-00813, ECLI:EU:T:1998:88 – Buchmann u.a./Kommission
EuG v. 14.05.1998, Rs. T-347/94, Slg. 1998 II-1759, ECLI:EU:T:1998:101 – Mayr-Melnhof/Kommission
EuG v. 25.03.1999, Rs. T-102/96, Slg. 1999 II-00753, ECLI:EU:T:1999:65 – Gencor Ltd./Kommission
EuG v. 07.10.1999, Rs. T-228/97, Slg. 1999 II-2975, ECLI:EU:T:1999:246 – Irish Sugar
EuG v. 15.03.2000, Verb. Rs. T-25/95 u.a., Slg. 2000 II-00491, ECLI:EU:T:2000:77 – Cimenteries
EuG v. 26.10.2000, Rs. T-41/96, Slg. 1996 II-3387, ECLI:EU:T:2000:242 – Bayer
EuG v. 02.07.2001, Verb. Rs. T-202/98 u.a., Slg. 2001 II-2040, ECLI:EU:T:2001:185 – Tate&Lyle/Kommission

- EuG v. 06.06.2002, Rs. T-342/99, Slg. 2002 II-02585, ECLI:EU:T:2002:146 – *Airtours plc./Kommission*
- EuG v. 30.09.2003, Verb. Rs. T-191/98 u.a., Slg. 2003 II-3275, ECLI:EU:T:2003:245 – *Atlantic Container Line/Kommission (TACA)*
- EuG v. 11.12.2003, Rs. T-61/99, Slg. 2003 II-5349, ECLI:EU:T:2003:335 – *Adriatica di Navigazione/Kommission*
- EuG v. 08.07.2004, Rs. T-44/00, Slg. 2004 II-2223, ECLI:EU:T:2004:218 – *Mannesmannröhren-Werke/Kommission*
- EuG v. 08.07.2004, Rs. T-50/00, Slg. 2004 II-2395, ECLI:EU:T:2004:220 – *Dalmatine/Kommission*
- EuG v. 26.01.2005, Rs. T-193/02, Slg. 2005 II-00209, ECLI:EU:T:2005:22 – *Piau/Kommission*
- EuG v. 15.03.2006, Rs. T-26/02, Slg. 2006 II-713, ECLI:EU:T:2006:75 – *Daichi Pharmaceutical/Kommission*
- EuG v. 05.12.2006, Rs. T-303/02, Slg. 2006 II-4567, ECLI:EU:T:2006:374 – *Westfalen Gassen Nederland/Kommission*
- EuG v. 02.07.2008, Rs. T-53/03, Slg. 2008 II-1333, ECLI:EU:T:2008:254 – *BPB/Kommission*
- EuG v. 24.03.2011, Rs. T-377/06, Slg. 2011 II-01115, ECLI:EU:T:2011:108 – *Comap/Kommission*
- EuG v. 16.06.2011, Rs. T-235/07, Slg. 2011 II-03229, ECLI:EU:T:2011:283 – *Bavaria N.V./Kommission*
- EuG v. 29.06.2012, Rs. T-360/09, ECLI:EU:T:2012:332 – *E.ON Ruhrgas/Kommission*

2. Europäischer Gerichtshof

- EuGH v. 14.07.1972, Rs. 48/69, Slg. 1972-00619, ECLI:EU:C:1972:70 – *Imperial Chemical Industries (Teerfarben)*
- EuGH v. 21.02.1973, Rs. 6/72, Slg. 1973 II-00215, ECLI:EU:C:1973:22 – *Continental Can*
- EuGH v. 16.12.1975, Verb. Rs. 40-48/73 u.a., Slg. 1975-01663, ECLI:EU:C:1975:174 – *Suiker Unie*
- EuGH v. 14.02.1978, Rs. 27/76, Slg. 1978-00207, ECLI:EU:C:1978:22 – *United Brands*
- EuGH v. 14.07.1981, Rs. 170/80, Slg. 1981-02021, ECLI:EU:C:1981:178 – *Züchner*
- EuGH v. 09.11.1983, Rs. 322/81, Slg. 1983 II-3461, ECLI:EU:C:1983:313 – *Michelin I*
- EuGH v. 28.02.1991, Rs. C-234/89, Slg. 1991 I-00935, ECLI:EU:C:1991:91 – *Delimitis/Henninger Bräu*
- EuGH v. 03.07.1991, Rs. C-62/86, Slg. 1991 I-3359, 3453, ECLI:EU:C:1991:286 – *AKZO/Kommission*
- EuGH v. 31.03.1993, Verb. Rs. C-89/85 u.a., Slg. 1993 I-01307, ECLI:EU:C:1993:120 – *Ahlström (Wood Pulp/Zellstoff)*
- EuGH v. 28.05.1998, Rs. C-7/95 P, Slg. 1998 I-03111, ECLI:EU:C:1998:256 – *Deere*
- EuGH v. 31.03.1998, Rs. C-68/94, Slg. 1998 I-01375, ECLI:EU:C:1998:148 – *Kali & Salz*

Entscheidungsverzeichnis

- EuGH v. 08.07.1999, Rs. C-49/92 P, Slg. 1999 I-4125, ECLI:EU:C:1999:356 – *Anic Partecipazioni*
- EuGH v. 08.07.1999, Rs. C-199/92 P, Slg. 1999 I-4287, ECLI:EU:C:1999:358 – *Hüls*
- EuGH v. 08.07.1999, Rs. C-235/92 P, Slg. 1999 I-4539, ECLI:EU:C:1999:362 – *Montecatini*
- EuGH v. 16.03.2000, Verb. Rs. C-395 u.a., Slg. 2000 I-01365, ECLI:EU:C:2000:132 – *Compagnie Maritime Belge Transports/Kommission* (teils: „CEWAL II“).
- EuGH v. 16.11.2000, Rs. C-291/98 P, Slg. 2000 I-9991, ECLI:EU:C:2000:631 – *Sarrió/Kommission*
- EuGH v. 06.01.2004, Rs. 2 u. 3/02-P, Slg. 2004 I-00023, ECLI:EU:C:2004:2 – *Bayer/Adalat*.
- EuGH v. 07.01.2004, Verb. Rs. C-204/00 u.a., Slg. 2004 I-403, ECLI:EU:C:2004:6 – *Aalborg Portland/Kommission*
- EuGH v. 28.06.2005, Verb. Rs. C-189/02 u.a., Slg. 2005 I-05425, ECLI:EU:C:2005:408 – *Dansk Rørindustri u.a./Kommission*
- EuGH v. 10.08.2008, Rs. C-413/06 P, Slg. 2008 I-04951, ECLI:EU:C:2008:392 – *Bertelsmann/Sony (Impala)*
- EuGH v. 19.03.2009, Rs. C-510/06, Slg. 2009 I-1843, ECLI:EU:C:2009:166 – *Archer Daniels Midland/Kommission (ADM)*
- EuGH v. 04.06.2009, Rs. C-8/08, Slg. 2009 I-4529, ECLI:EU:C:2009:343 – *T-Mobile Netherlands*
- EuGH v. 04.10.2011, Verb. Rs. C-403/08 u.a., Slg. 2011 I-09083, ECLI:EU:C:2011:631 – *Football Association Premier League Ltd u.a./QC Leisure u.a. & Karen Murphy/Media Protection Services Ltd.*
- EuGH v. 08.12.2011, Rs. C-389/10, Slg. 2011 I-13125, ECLI:EU:C:2011:816 – *KME Germany AG/Kommission*
- EuGH v. 14.03.2013, Rs. C-32/11, ECLI:EU:C:2013:160 – *Allianz Hungária*
- EuGH v. 05.06.2014, Rs. C-557/12, ECLI:EU:C:2014:1317 – *Kone*
- EuGH v. 11.09.2014, Rs. C-67/13 P, ECLI:EU:C:2014:2204 – *Groupement des cartes bancaires/Kommission*
- EuGH v. 22.10.2015, Rs. C-194/14 P, EU:C:2015:717 – *AC-Treuhand/Kommission*
- EuGH v. 21.01.2016, Rs. C-74/14, ECLI:EU:C:2016:42 – *Eturas*
- EuGH v. 26.01.2017, Rs. C-609/13 P, ECLI:EU:C:2017:46 – *Duravit*

III. US-Amerikanische Gerichte

1. Instanzgerichte

- Milgram vs. Loew's, Inc.: 192 F.2d 579 (3rd Cir. 1951)
- C-O-Two Fire Equipment Co. vs. United States: 197 F.2d 489 (9th Cir. 1952)
- E.I. DuPont De Nemours & Co. vs. FTC, 729 F.2d 128 (2d Cir. 1984)
- Coordinated Pretrial Proceedings in Petroleum Prods. Antitrust Litig., 906 F.2d 432 (9th Cir. 1990)

2. Supreme Court

- Grenada Lumber Co. vs. Mississippi, 217 U.S. 433 (1910)
Eastern States Lumber Association vs. United States, 234 U.S. 600 (1914)
Column & Lumber Co. vs. United States, 257 U.S. 377, 400 (1921)
Interstate Circuit, Inc. vs. United States, 306 U.S. 208 (1939)
American Tobacco Co. vs. United States, 328 U.S. 781 (1946)
United States vs. Paramount Pictures, Inc., 334 U.S. 131 (1948)
FTC vs. Cement Institute: 333 U.S. 683 (1948)
Standard Oil Co. vs. FTC, 340 U.S. 231, 234, 238-51 (1951)
Theatre Enterprises, Inc. vs. Paramount Distributing Corp., 346 U.S. 537 (1954)

