

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 Kollusionsermöglichung	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) Statistischer 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

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

(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) Gesetzssystematik: 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) Prämisse: 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 denkbare Ansatzpunkt: Eingriff in die Marktstruktur	278
(2) Ein zweiter denkbare 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

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