

fendes Grundkriterium für die Haftung für Hyperlinks, auch wenn und gerade weil er noch weitgehend offen ist. Er bezeichnet im Grunde nicht mehr als das Herstellen einer positiven Beziehung des Linksetzenden zum verlinkten Inhalt, die über die rein technische Verknüpfung hinausgeht. Selbstverständlich muss dieses Merkmal für außerordentliche, wettbewerbsrechtliche und urheberrechtliche Fragestellungen im Einzelfall jeweils noch genauer konturiert werden,⁴³ aber es verdeutlicht zumindest, dass es gerade nicht um den Link in seiner rein technischen Funktion geht.

Nichts anderes hat letztlich auch der EuGH in seiner neuesten Entscheidung für das Urheberrecht getan, indem er insbesondere auf die Zustimmung des Rechteinhabers zur öffentlichen Wiedergabe des geschützten Inhalts abstellt: Der Linksetzende kann sich fremde Inhalte jedenfalls dann nicht selbst „zu eigen machen“ (d. h. im konkreten Kontext: Sich wie ein Urheber bzw. Nutzungsinhaber verhalten), wenn der entsprechenden Nutzungshandlung bereits zuvor durch freien Entschluss des Rechteinhabers ihr Ausschließlichkeitscharakter entzogen wurde. Hingegen nimmt der EuGH nun für den Fall, dass sich der verlinkte Inhalt ohne Zustimmung des Rechteinhabers im Internet befindet, ein Zueigenmachen durch den Linksetzenden an, weil dieser einem neuen Nutzerkreis Zugriff auf den geschützten Inhalt verschaffe.

V. Fazit und Ausblick

Die neuesten Entscheidungen von EuGH, LG Hamburg und BGH liefern für Fälle der Linkhaftung, immerhin im dritten Jahrzehnt seit Erfindung des World Wide Web, nun auch für den Bereich des Urheberrechts restriktivere Maßstäbe als bisher. In der Praxis gehen damit erhebliche Schwierigkeiten für Linksetzende einher. Die Haftung des Linksetzenden für Urheberrechtsverletzungen durch verlinkten Content ist vor dem Hintergrund der Kommunikations- und Informationsfreiheit kaum hinnehmbar, weil sie das Internet in seinen Grundfesten erschüttert.⁴⁴ Unerklärlicherweise hat jedes der drei Gerichte die Augen vor der Realität verschlossen und im Rahmen einer nur angerissenen Grundrechtsabwägung ausgeblendet, dass Linksetzende regelmäßig gar nicht in der Lage sind, die Rechtmäßigkeit des verlinkten Materials unter angemessenen Umständen zu prüfen. Dabei sollte es doch längst kein Neuland mehr sein, dass das Internet eine zentrale Bedeutung in nahezu allen Kommunikationsbereichen spielt und gerade

von der Vernetzung seiner Inhalte durch Links lebt. Im Rahmen der Grundrechtsabwägung sollte daher dem Interesse, dass dem Setzen von Links kein unüberschaubares Haftungsrisiko entgegensteht, ein viel größeres und im Ergebnis überwiegendes Gewicht eingeräumt werden.⁴⁵ Stattdessen heben die Gerichte das Urheberrecht zu einer Art „Supergrundrecht“⁴⁶ empor, hinter welches die Informationsfreiheit, die immerhin auch auf europäischer Ebene verfassungsrechtlich geschützt ist (vgl. Art. 11 EU-GRC), fast schon grundsätzlich zurücktreten muss. Faktisch erschweren sie damit das Setzen von Links im Internet.

Letztlich hätten die Gerichte, wenn sie eine urheberrechtliche Haftung des Linksetzenden überhaupt für richtig halten, besser daran getan, auch für diese Fälle das „Notice-And-Take-Down“-Verfahren zu etablieren, welches für Host-Provider im TMG festgeschrieben ist. Aber auch bei dieser Lösung bliebe die nicht nachvollziehbare Kluft zwischen dem an die Online-Welt angelegten scharfen Schwert der Linkhaftung und der Offline-Welt, wo für Fußnoten und Bibliothekskataloge nach wie vor nicht gehaftet wird, bestehen.

Es hilft nichts – die neue Rechtsprechung zwingt den Internetnutzer auf rückläufige Wege. Sie hat immense Auswirkungen für jeden, der im Internet auf fremde Inhalte verlinkt, insbesondere für Personen, die dies gewerblich tun. Den nunmehr geltenden stark verschärften Prüfungsanforderungen steht die Unsicherheit gegenüber, wie weit die Nachprüfungspflichten im Einzelnen reichen. Um einer Haftung sicher zu entgehen, müsste jeder Linksetzende von nun an sämtliche verlinkten Websites auf Urheberrechtsverstöße überprüfen. Dabei müsste er nicht nur auf Bilder, sondern auch auf sämtliche weitere möglicherweise urheberrechtlich geschützte Inhalte wie Texte und Musikauszüge achten. Unter Umständen erstreckt sich diese Prüfungspflicht sogar über den Zeitpunkt der Linksetzung hinaus. Kann die Nachprüfung demnach keine hinreichende Sicherheit ergeben, so kann derzeit jedenfalls aus urheberrechtlicher Sicht nur empfohlen werden, auf die Verlinkung ganz zu verzichten – ein absurdes Ergebnis.

43 Vgl. für das Urheberrecht *Hendel*, ZUM 2014, 102, 104 ff.

44 A. A. *Leistner*, ZUM 2016, 980, 981, Anm. zu EuGH, 8.9.2016 – C-160/15, K&R 2016, 661 ff., der insb. den Realismus und Pragmatismus der EuGH-Entscheidung lobt.

45 *Ohly*, NJW 2016, 1417, 1418.

46 *So Heidrich*, K&R 2017, Beil. zu H. 7/8, 37, 39.

RA Dr. Kim Künstler, Frankfurt a. M. und RA Dr. Benjamin Franz, Frankfurt a. M./Bayreuth*

Preisalgorithmen und Dynamic Pricing: Eine neue Kategorie kartellrechtswidriger Abstimmungen?

Dynamic Pricing ist kein neues Phänomen. Kurz getaktete Preisanpassungen kennen die Verbraucher etwa von Tankstellen oder Flugzeugtickets. Die fortschreitende Digitalisierung ermöglicht jedoch softwaregestützte dynamische Preisanpassungen weit über diese Branchen hinaus. Soweit Unternehmen ihre Preisentscheidungen an Algorithmen delegieren, stellt sich die Frage, ob hierdurch wettbewerbliche

Gefährdungslagen entstehen und ob diese von den herkömmlichen Kartellrechtstatbeständen angemessen erfasst werden.

* Die Autoren sind als Rechtsanwälte im Kartellressort der Sozietät SCHULTE RIESENKAMPFF in Frankfurt a. M. tätig. Mehr über die Autoren erfahren Sie auf S. VIII.

I. Einleitung und Problemdarstellung

Die kartellrechtliche Dimension von Preisalgorithmen ist ein hochaktuelles Thema. Erst kürzlich hat die OECD ihr Hintergrundpapier zum Thema „Algorithms and Collusion“ veröffentlicht.¹ Im Handelsblatt wurde der Präsident des Bundeskartellamtes, Andreas Mundt, dahingehend zitiert, dass sich seine Behörde in Zukunft mit Sicherheit auch Preisalgorithmen ansehen werde.² Erst vor kurzem hat EU-Kommissarin Vestager darauf hingewiesen, dass Algorithmen sowohl die Intensität eines „klassischen“ Kartells erhöhen als auch selbst ein Kollusionsergebnis hervorbringen könnten.³

Bei der kartellrechtlichen Betrachtung der Preisalgorithmen und des Dynamic Pricing spielt stets die Befürchtung eine große Rolle, dass die gegenwärtigen, zentralen Normen des Verbots wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen (Art. 101 AEUV bzw. § 1 GWB) keine Anwendung auf die potentiell wettbewerbsschädliche Koordinierung durch Algorithmen finden. Es steht insoweit zu befürchten, dass sich Algorithmen in einer gegenüber der Kommunikation zwischen Menschen überlegenen Form und Geschwindigkeit abstimmen können, aber ausgerechnet diese gesteigerte Form der Abstimmung nicht vom Kartellrecht erfasst wird. Es stellt sich daher die Frage, ob das Kartellrecht mit den derzeitigen Bordmitteln die möglichen wettbewerblichen Nachteile des Dynamic Pricing hinreichend erfassen kann, und, falls nicht, welches die richtigen Mittel sein könnten, um dem Problem Herr zu werden. Diese Überlegungen reichen bis zur Einführung regulatorischer Überwachung der Algorithmen, wobei hierdurch strenggenommen der Kernbereich des Kartellrechts verlassen wäre.

Will man sich dem Problem nähern, bedarf es jedoch zunächst einer Betrachtung dessen, was unter „Preisalgorithmen“ und „Dynamic Pricing“ zu verstehen ist, wie diese Instrumente eingesetzt werden und welche Folgen dies hat (hierzu II.). Ausgehend hiervon ist zu untersuchen, welche kartellrechtlichen Probleme mit Dynamic Pricing verbunden sind und inwiefern das Kartellrecht de lege lata eingreifen kann (hierzu III.). Abschließend erfolgt eine Darstellung der wesentlichen Schlussfolgerungen und eine Auseinandersetzung mit den Notwendigkeiten und Möglichkeiten de lege ferenda (hierzu IV.).

II. Dynamic Pricing als Realphänomen

1. Begriff des Dynamic Pricing und der Preisalgorithmen

Unter Preisalgorithmen versteht man allgemein Software, die von Verkäufern bzw. Händlern zur automatisierten Preissetzung verwendet wird, mit dem Ziel, den eigenen Profit zu maximieren.⁴ Charakteristisch hierfür ist, dass eine vollautomatische und optimierte Preissetzung erfolgt. Angebot und Nachfrage sowie das Kaufverhalten des Verbrauchers werden von der Software gemessen, Marktkonditionen analysiert und ein für das Unternehmen optimaler Preis dementsprechend festgesetzt.

Damit ermöglichen bzw. optimieren Preisalgorithmen auch das sog. Dynamic Pricing, d. h. die kurzfristige und kontinuierliche Anpassung von Preisen.⁵ Preisalgorithmen sind damit zwar keine notwendige Voraussetzung für Dynamic Pricing. Sie sind jedoch ein wesentliches Mittel zur Verbesserung und Automatisierung des Dynamic Pricing. In der Folge wird einheitlich der Begriff „Dynamic Pri-

cing“ genutzt, um das Phänomen der automatisierten Preis-anpassung durch Einsatz von Algorithmen zu bezeichnen.

2. Verbreitung von Dynamic Pricing

Dynamic Pricing wurde bereits in der Vergangenheit zum Beispiel von Airlines oder Tankstellen verwendet. Der Einsatz von Preisanpassungssoftware ist auf Online-Plattformen, wie Amazon, sowie bei Flug- und Hotelbuchungs-apps auf dem Vormarsch.⁶ Die kürzlich veröffentlichte Sektoruntersuchung der EU-Kommission zum E-Commerce kommt zu dem Ergebnis, dass zwei Drittel der befragten Unternehmen im Onlinevertrieb Preissoftware einsetzen, um die Preise von Wettbewerbern zu beobachten und ihre eigene Preissetzung anzupassen.⁷ Das Potential der Preisanpassungssoftware ist mittels der Einführung elektronischer Preisschilder auch auf den stationären Handel ausweitbar.

3. Auswirkungen des Dynamic Pricing

Dynamic Pricing unter Einsatz von Preisalgorithmen kann als disruptive Technologie bezeichnet werden, weil es die Art und Weise der Preissetzung, insbesondere im Onlinehandel, massiv verändert. Diese Veränderung ist auf die Fähigkeit der Algorithmen zurückzuführen, auch sehr große Mengen an Daten (z. B. aktuelle Wettbewerbspreise, Nachfrageentwicklung, Markentreue, Aufenthaltsort des Verbrauchers, Zeit des Vertragsschlusses, finanzielle Leistungsstärke des Verbrauchers etc.) in kürzester Zeit zu sammeln, zu verwerten und in die Preisentscheidungen einfließen zu lassen.

Dynamic Pricing hat damit im Wesentlichen zwei Effekte, die insbesondere im US-amerikanischen Schrifttum zum Kartellrecht kontrovers diskutiert werden.⁸ Erstens können durch Dynamic Pricing verschiedenen Kunden(-gruppen) unterschiedliche Preise angeboten werden (z. B. in Online-Shops anhand von Kriterien wie URL bzw. eingesetztem Device), so dass es zu einer Preisdiskriminierung kommt. Insoweit wird befürchtet, dass die Verbraucher aufgrund der Preisdiskriminierung Abstand vom Erwerb bestimmter Produkte nehmen, da sie lieber nichts erwerben, als einen Erwerbsvorgang abzuschließen, bei dem sie sich gegenüber anderen Kunden schlechter behandelt fühlen („deadweight loss by increasing distrust“).⁹

Zweitens können die Algorithmen ein fortlaufendes Monitoring der Konkurrenzpreise durchführen und die Preis-

1 OECD, Algorithms and Collusion – Background Note by the Secretariat, DAF/COMP(2017)4, abrufbar unter: [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP\(2017\)4/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP(2017)4/en/pdf).

2 Handelsblatt vom 12. 9. 2017, „Preissoftware im Internet – Kartell ohne Mensch“; abrufbar unter: <http://www.handelsblatt.com/my/finanzen/steuern-recht/recht/preissoftware-im-internet-kartell-ohne-mensch/20312990.html>.

3 Protokoll der Ansprache auf der 18. Internationalen Kartellkonferenz in Berlin am 16. 3. 2017, abrufbar unter: https://ec.europa.eu/commission/communication/2014-2019/vestager/announcements/bundeskartellamt-18th-conference-competition-berlin-16-march-2017_en (nur englisch).

4 OECD, Algorithms and Collusion (Fn. 1), 14 m. w. N.

5 OECD, Algorithms and Collusion (Fn. 1), 14.

6 Zander-Hayat/Reisch/Steffen, VuR 2016, 403, 404.

7 KOM, Final report on the E-commerce Sector Inquiry SWD(2017) 154 final, Rn. 13, abrufbar unter: http://ec.europa.eu/competition/antitrust/sector_inquiries_e-commerce.html.

8 Vgl. Stucke/Ezrachi, Harvard Business Review, October 27, 2016; abrufbar unter: <https://hbr.org/2016/10/how-pricing-bots-could-form-cartels-and-make-things-more-expensive>; Mehra, Antitrust and the Robo-Seller: Competition in the Time of Algorithms, abrufbar unter: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2576341.

9 Petit, Journal of European Competition Law & Practice 2017, 361, 362 m. w. N.

setzung in kürzester Zeit anpassen. Dadurch können Händler ein Informationsdefizit beheben, welches andernfalls zu besseren Angebotspreisen für die Verbraucher geführt hätte. So mag ein Händler beispielsweise darauf spekulieren, dass eine Preisherabsetzung für ein bestimmtes Produkt zu einem höheren Umsatz in einem bestimmten Umfang führt, sofern die Wettbewerber nicht bzw. nicht unmittelbar nachziehen. Rein händisch dürfte es dem Händler schwer fallen, fortlaufend zu kontrollieren, ob und wer im Internet seinen Angebotspreis mitgeht. Preisalgorithmen können diese Leistung jedoch erbringen. Erkennen sie, dass Wettbewerber die Preise – wahrscheinlich ebenfalls über Algorithmen – sofort anpassen, können sie auf die Preisherabsetzung verzichten.¹⁰ Vorstöße, die dem Wettbewerb an sich neue Impulse geben könnten, werden unattraktiv und bleiben möglicherweise ganz aus.

III. Dynamic Pricing aus Sicht des Kartellrechts

In dem hier diskutierten Kontext sind einige zentrale Verbotsnormen des Kartellrechts von entscheidender Bedeutung: das Verbot wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen (Art. 101 Abs. 1 AEUV bzw. § 1 GWB) und das Verbot des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung (Art. 102 AEUV bzw. § 19 GWB) oder einer sonstigen besonderen Marktposition (§ 20 GWB). Der charakteristische Unterschied zwischen diesen Verbotsnormen liegt darin, dass das Verbot wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen einer Abstimmung unabhängiger Unternehmen bedarf, während die kartellrechtliche Missbrauchskontrolle einseitige Verhaltensweisen marktstarker Unternehmen erfasst. Schließlich sieht das deutsche Kartellrecht in § 21 GWB die Besonderheit vor, auch bestimmte einseitige Verhaltensweisen von Unternehmen ohne besondere Marktstellung zu sanktionieren. Alle drei Regelungsbereiche können im Rahmen des Dynamic Pricing eine Rolle spielen:

1. Die Nutzung von Dynamic Pricing als wettbewerbsbeschränkende Vereinbarung

Nach den insoweit identischen Tatbeständen des Art. 101 Abs. 1 AEUV bzw. § 1 GWB sind Vereinbarungen zwischen Unternehmen, Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen verboten, die eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs bezwecken oder bewirken. Zentral für das Vorliegen eines verbotenen Verhaltens ist, dass es auf irgendeine Weise zu einer Willensübereinstimmung kommt.¹¹ Einfachstes Beispiel für eine Kartellabrede ist ein Hinterzimmergespräch zwischen verantwortlichen Vertretern zweier konkurrierender Unternehmen, in dem man übereinkommt, zukünftig einheitlich einen auf den Wert X erhöhten Preis für ein bestimmtes Produkt zu fordern.

Dreh- und Angelpunkt für die Bewertung, ob die Nutzung von Dynamic Pricing dem Verbot wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen unterfällt, ist daher die Feststellung, ob überhaupt eine „Vereinbarung“ oder zumindest „abgestimmte Verhaltensweise“ im Sinne des Art. 101 AEUV bzw. § 1 GWB vorliegt. Eine entsprechende Vereinbarung kann auf einer der folgenden Ebenen erfolgen: direkte Abstimmung zwischen Wettbewerbern (hierzu a)), Vereinbarung mit Anbietern von Preisanpassungssoftware (hierzu b)) und abgestimmte Verhaltensweise durch parallele Nutzung von Dynamic Pricing einer Vielzahl von Händlern (hierzu c)).

a) Direkte Abstimmung zwischen Wettbewerbern

Der aus kartellrechtlicher Sicht einfachste Fall ist die „klassische“ Absprache zwischen Wettbewerbern unter Verwendung von Dynamic Pricing. Hier gilt die bisherige Praxis uneingeschränkt fort. Eine Abstimmung über Preise bleibt auch dann verboten, wenn die Abstimmung anhand digitaler „Hilfsmittel“ erfolgt.¹² Tatsächlich weist die kartellrechtliche Praxis hierfür bereits Beispiele auf. So stellten das amerikanische Department of Justice („DOJ“)¹³ und die britische Competition and Markets Authority („CMA“)¹⁴ im April 2015 fest, dass sich mehrere Onlinehändler über ein bestimmtes Preisniveau für Poster auf dem Amazon Marketplace verständigten. Die Einhaltung dieses Preisniveaus wurde anschließend durch die entsprechende Programmierung kommerziell erhältlicher Preisanpassungssoftware erreicht. Hier lag aufgrund der Absprache hinsichtlich der Programmierung der Preisanpassungssoftware eine unmittelbare Absprache vor.¹⁵ Bereits 2012 beauftragte das Bundeskartellamt verschiedene eBay-Händler von Sat-Findern, die sich über eBays „Member2Member-Nachrichtensystem“ über Preisniveaus abgestimmt hatten.¹⁶

Hinsichtlich dieser Fälle kann sich in der Praxis mit einem Test beholfen werden, in dessen Rahmen die durch die Software übernommene Aufgabe gedanklich durch einen Menschen erbracht wird („Äquivalenztest“).¹⁷ Liegt in diesem kontrafaktischen Szenario ein Kartellverstoß vor, spricht alles dafür, dass dies auch beim Einsatz der Software der Fall ist. So liegt es in dem oben beschriebenen Fall des DOJ und der CMA: durch die Vereinbarung der Wettbewerber, die jeweils eingesetzte Software entsprechend einzustellen, erfolgte die notwendige Wettbewerbskoordinierung für einen Verstoß gegen Kartellrecht. Hätten die Beteiligten sich darüber verständigt, statt der Software ihren Mitarbeitern aufzutragen, sich entsprechend im Wettbewerb zu verhalten, käme man zur nämlichen kartellrechtlichen Bewertung. Insoweit trifft die Aussage des Präsidenten des Bundeskartellamtes zu, dass sich bezüglich dieser Fälle in der rechtlichen Bewertung nichts ändert.

b) Vereinbarungen mit Anbietern von Preisanpassungssoftware

Nimmt man an, es liegt keinerlei Fühlungnahme eines Händlers mit einem Konkurrenten vor, mag gleichwohl in einem Lizenzvertrag zwischen dem Händler und dem Anbieter der Software eine Vereinbarung im Sinne des Verbots wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen gesehen werden. In diesem Fall liegt eine sogenannte vertikale Vereinbarung vor, da Händler und Softwareanbieter

10 *Stucke/Ezrachi*, Harvard Business Review, October 27, 2016 (Fn. 8).

11 Allgemein zum Problem bei (Teil-)Automatisierten Vorgängen *Emmerich*, in: *Immenga/Mestmäcker*, Wettbewerbsrecht, Bd. 1, 5. Aufl. 2012, Art. 101 AEUV Rn. 55 m. w. N.

12 Vgl. EuGH, 21. 1. 2016 – C-74/14, K&R 2016, 253 – *Eturas*.

13 Pressemitteilung des DOJ vom 6. 4. 2015, abrufbar unter: <https://www.justice.gov/opa/pr/former-e-commerce-executive-charged-price-fixing-anti-trust-divisions-first-online-marketplace>.

14 Entscheidung der CMA Case No. 50223, abrufbar unter: <https://assets.publishing.service.gov.uk/media/57ee7c2740f0b606dc000018/case-50223-final-non-confidential-infringement-decision.pdf>.

15 Vgl. Entscheidung der CMA Case No. 50223 (online abrufbar siehe Fn. 14), Pressemitteilung des DOJ vom 6. 4. 2015, (online abrufbar siehe Fn. 13).

16 BKartA, Fallbericht vom 3. 12. 2012 – B 7-115/11 – *Sat-Finder*.

17 Vgl. hierzu die Überlegungen zum Computerbetrug im Strafrecht BGH, 21. 11. 2001 – 2 StR 260/01, BGHSt 47, 160; sowie die Gesetzesbegründung zum Computerbetrug, BT-Drs. 10/318, S. 17 f.; BT-Drs. 10/5058, S. 30 ff.

zumindest für den Zweck des Lizenzvertrages regelmäßig auf unterschiedlichen Marktstufen tätig werden. Dass es sich bei dem entsprechenden Softwarenutzungsvertrag um eine „Vereinbarung“ handelt, kann nicht bestritten werden. Isoliert betrachtet, scheint ein solcher Lizenzvertrag kaum geeignet, eine Wettbewerbsbeschränkung zu bezwecken oder zu bewirken. Abhängig vom jeweiligen Gesamtkontext, kann jedoch auch eine solche vertikale Vereinbarung eine verbotene Wettbewerbsbeschränkung darstellen.

Dies ist der Fall, sofern der Wettbewerb zwischen den Händlern über ein Unternehmen auf anderer Marktstufe koordiniert wird. Ein aktuelles Beispiel bieten die sogenannten Vertikalfälle des Bundeskartellamtes im Bereich des Lebensmitteleinzelhandels.¹⁸ Verschiedene Anbieter von Lebensmitteln ersuchten die Lebensmittelhändler um ein höheres Niveau der Endverkaufspreise zwecks Margenverbesserung. Die Einzelhändler waren hierzu in der Regel nur bereit, wenn der Hersteller sicherstellte, dass andere Händler die Preiserhöhungen mittragen. Dies stellten die Hersteller sicher, indem sie bei zu niedrigen Preisen einzelner Händler dort nachfragten und um Korrektur baten.¹⁹

Die Entscheidung des EuGH vom 21. 1. 2016 in Sachen „Eturas“ zeigt darüber hinaus die kartellrechtliche Gefährlichkeit, sofern zentral und digital Preisvorschläge an eine Vielzahl von konkurrierenden Unternehmen übersendet werden können und diese der Empfehlung folgen.²⁰ Eturas war Betreiber eines Online-Reisebuchungssystems in Litauen, anhand dessen Reisebüros über ihre Webseite Reisen in einer einheitlichen von Eturas festgelegten Buchungsform anbieten konnten. Über einen Systemadministrator forderte Eturas die teilnehmenden Reisebüros per systeminternen Messenger auf, den Rabatt für Onlinebuchungen auf höchstens 3 % zu begrenzen. Zwar war es den Reisebüros theoretisch weiterhin möglich, einen höheren Rabatt als 3 % einzuräumen. Dies hätte allerdings zusätzlicher technischer Formalitäten bedurft. Der EuGH sah hierin eine wettbewerbsbeschränkende Vereinbarung im Sinne des Art. 101 Abs. 1 AEUV.

Wendet man den Äquivalenztest auf die vorgenannten Konstellationen an, kommt man – ceteris paribus – zu dem Ergebnis, dass Dynamic Pricing unter Einsatz zentralisierter Preisalgorithmen auch ohne direkten Kontakt der Wettbewerber zur Annahme einer wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarung führt. Dies ist jedenfalls dann der Fall, wenn die Software zentral die Informationen der bei ihr „angeschlossenen“ Kunden unmittelbar verwertet und hieraus das optimale Preisniveau für alle angeschlossenen Händler vermittelt. Es kommt dann zu einem sogenannten Speichenkartell („hub and spoke“), bei welchem die Koordination zwar nicht zwischen den Wettbewerbern auf derselben Marktstufe erfolgt, allerdings „über Bande“ mit Hilfe eines Marktteilnehmers auf einer vorgelagerten oder nachgelagerten Marktstufe horizontale Wettbewerbsbeschränkungen herbeigeführt werden.²¹ Für diese Bewertung kommt es maßgeblich darauf an, ob mehrere Wettbewerber denselben Anbieter von Softwarealgorithmen nutzen und ob diese Anbieter die Informationen ihrer jeweiligen Kunden getrennt halten oder in einheitlichen Datenbanken zusammenführen.

Auch ohne direkten Kontakt unter den Wettbewerbern besteht daher ein nicht unerhebliches kartellrechtliches Risiko und zwar nicht zuletzt auch auf Seiten der Soft-

wareanbieter selbst. Dies zeigt insoweit auch die Anwendung des Äquivalenztests: Preisalgorithmen sammeln wettbewerblich sensible Informationen und verwerten diese für die Preissetzung der konkurrierenden Unternehmen. Dies ist jedenfalls dann problematisch, wenn die Software ihre Informationen unmittelbar von einem ebenfalls angeschlossenen Wettbewerber erhält, die Preisvorschläge damit nicht alleine aus öffentlich verfügbaren Informationen stammen. Denn ersetzt man den Algorithmus gedanklich durch eine Person, die von den teilnehmenden Händlern beauftragt wurde, Preisinformationen, Preisbildungsfaktoren und Informationen zu deren Preisbildungsmechanismus von allen beteiligten Konkurrenten zu sammeln und ihnen darauf basierend Preisvorschläge zu unterbreiten, liegt ohne Zweifel eine kartellrechtswidrige Konstellation vor. Die Ersetzung einer natürlichen Person durch einen Algorithmus kann an dieser Bewertung nichts ändern.

Die kartellrechtliche Praxis zeigt auch insoweit erste Fälle auf. So wurde bereits 2016 beim District Court des Southern District of New York Zivilklage erhoben, mit der geltend gemacht wird, der UBER-Algorithmus führe durch die Verwendung eines gleichförmigen, bei einem zentralen Unternehmen zusammenlaufenden Algorithmus zu einer kartellrechtswidrigen Koordinierung der angeschlossenen einzelnen Fahrer.²²

c) Parallele Nutzung von Dynamic Pricing

Vor besondere Schwierigkeiten wird die Anwendbarkeit des Verbots wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen gestellt, sofern es weder zur Abstimmung direkt zwischen Wettbewerbern kommt noch indirekt über Unternehmen auf anderen Marktstufen. Das Verbot wettbewerbsbeschränkender Maßnahmen erfasst insbesondere nicht das sogenannte bewusste Parallelverhalten, d. h. die Anpassung von Unternehmen an das wettbewerbliche Verhalten ihrer Konkurrenten.²³

Klassisches Beispiel für ein kartellrechtlich nicht erfassbares, bewusstes Parallelverhalten ist das lokale Preissetzungsverhalten von Tankstellen. Diese können das Preissetzungsverhalten ihrer Wettbewerber in Sichtweite durch bloßes Ablesen der Preisschilder in Erfahrung bringen und ihre Preise entsprechend anpassen. Da Kunden keine weiten Wegstrecken für einen Preisvergleich in Kauf nehmen, vergleichen sie allenfalls die Preise der konkurrierenden

18 Dazu bereits die Zusammenfassung des Bundeskartellamts vom 18. 6. 2015, abrufbar unter http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/DE/Pressemitteilungen/2015/18_06_2015_Vertikalfall.html sowie die Abschlussmitteilung vom 15. 12. 2016 https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/DE/Pressemitteilungen/2016/15_12_2016_Vertikalfall_Abschluss.html?nn=3591568.

19 Vgl. etwa den Fallbericht des Bundeskartellamts vom 14. 12. 2016 im Verfahren B-10-20/15, abrufbar unter <https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/DE/Fallberichte/Kartellverbot/2016/B10-20-15.html?nn=3591568> (Bier); sowie vom 18. 6. 2015 im Verfahren B-10-040/14, abrufbar unter http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/DE/Fallberichte/Kartellverbot/2015/B10-40-14.pdf?__blob=publicationFile&v=4 (Süßwaren).

20 EuGH, 21. 1. 2016 – C-74/14, K&R 2016, 253 – Eturas.

21 Dazu bereits KOM, Leitlinien zur Anwendbarkeit von Artikel 101 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit, ABl. 2011, C 11/1, Rn. 55; allgemein etwa Liesegang, WuW 2012, 1036; Hainz/Benditz, EuZW 2012, 686; konkret für Algorithmen OECD Algorithms and Collusion (Fn. 1), S. 28.

22 Klageschrift im Verfahren United States District Court Southern District of New York, Case 1:15-cv-09796-JSR, abrufbar unter: <http://blogs.reuters.com/alison-frankel/files/2016/04/meyervalkanick-complaint.pdf>.

23 BGH, 22. 3. 1994 – KVR 23/93, BGHZ 125, 315 – 321.

Tankstellen im direkten Umfeld. Das lokale Angebot für Treibstoff wird dadurch von einigen wenigen Anbietern geprägt; die Marktstruktur gilt als oligopolistisch. Auch ohne Absprachen können sich die Wettbewerber problemlos und kartellrechtlich folgenlos koordinieren („tacit collusion“).

Der Online-Handel ist grundsätzlich das Gegenteil eines oligopolistischen Marktes. In der Regel stehen den Kunden eine Vielzahl von Onlineshops unterschiedlicher Größe zur Verfügung. Auf den ersten Blick ist dies vorteilhaft für den Kunden, da die Koordinierung unter den Online-Händlern mit erheblichem Aufwand verbunden ist, sofern diese für ihr gesamtes Produktportfolio ständig sämtliche Preise ihrer Wettbewerber beobachten und auswerten müssen. Dynamic Pricing ersetzt diese mühevollen und andernfalls nur durch eine Armada ständig tätiger Mitarbeiter zu bewerkstellende Arbeit und führt die Vergleiche automatisiert, fortlaufend und in kürzester Zeit durch. Der Äquivalenztest muss hier scheitern, denn eine Ersetzung der Tätigkeit der Preisalgorithmen durch Mitarbeiter würde zur kartellrechtlichen Zulässigkeit des Verhaltens aufgrund bewussten Parallelverhaltens führen. Dass die Software die Arbeit effizienter erledigt, spielt keine Rolle.

Aus wettbewerbspolitischer Sicht mag diese Entwicklung kritikwürdig sein, sofern Dynamic Pricing zur Ausweitung des Problems oligopolistischer Märkte beiträgt. Bildhaft gesprochen führt Dynamic Pricing dazu, dass nahezu jeder Online-Markt zu einem „Tankstellenmarkt“ werden kann. Dies widerspricht zudem der ursprünglichen Verheißung der digitalen Märkte, welche die Suchkosten der Kunden verringern und den Wettbewerb durch kleine Händler verstärken sollte. Dynamic Pricing kann daher zu einer Verlagerung des Kräfteverhältnisses zulasten der Verbraucher beitragen.

Aus kartellrechtlicher Sicht ist dem jedoch mit dem Verbot wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen nicht beizukommen. Solange die eingesetzten Preisalgorithmen in jedem Einzelfall durch Scannen des öffentlich wahrnehmbaren Verhaltens der Wettbewerber zu ihren individuellen Preissetzungsempfehlungen für den jeweiligen Händler kommen bzw. diesen Preis auch setzen, findet ein zulässiges bewusstes Parallelverhalten statt.²⁴ Diese Fallgruppe ist mithin auch Anlass für die Besorgnis, dass das gegenwärtige Kartellrecht möglicherweise wesentliche Wettbewerbsbeschränkungen durch Dynamic Pricing nicht erfassen kann.²⁵

2. Dynamic Pricing als Missbrauch einer starken Marktposition

Marktbeherrschenden Unternehmen sind bestimmte Verhaltensweisen untersagt, die Unternehmen ohne besondere Marktstellung gestattet sind. Marktbeherrscher dürfen Kunden daher insbesondere nicht unbillig behindern oder ohne sachlichen Grund diskriminieren. Eine unterschiedliche Preisgestaltung gegenüber Abnehmern in Abhängigkeit der URL oder des Devices des jeweiligen Kunden kann eine solche Diskriminierung darstellen. Erst kürzlich hat das AG Kassel die Frage aufgeworfen, ob Sky in seiner Zeit als alleiniger Rechteinhaber der Bundesligaübertragungsrechte seine Marktmacht missbraucht hat, in dem das Unternehmen privaten Nutzern die Möglichkeit bot, ohne Saisonabonnement auch Einzelspiele der Bundesliga abzurufen, während Gastwirte stets verpflichtet waren, Saisonabonnements abzuschließen.²⁶

Im Zentrum der Prüfung wird regelmäßig die Frage nach der marktbeherrschenden Stellung stehen. Vereinfacht gesagt ist von einer solchen auszugehen, sofern das betroffene Unternehmen einen Marktanteil von mindestens 40 % aufweist (§ 18 Abs. 4 GWB). Dies dürfte bei Onlinehändlern allerdings bis auf wenige Ausnahmen regelmäßig (noch) nicht der Fall sein.

3. Dynamic Pricing und einseitige Verhaltensweisen sonstiger Unternehmen

In § 21 Abs. 2 GWB sieht der deutsche Gesetzgeber vor, dass Unternehmen verboten ist, andere Unternehmen oder Vereinigungen von Unternehmen durch Druck oder Anreize zu einem Verhalten zu veranlassen, das nicht auch kartellrechtskonform vereinbart werden könnte. Wesentlicher Anwendungsbereich dieser Norm ist die Kommunikation zwischen Herstellern und Handel hinsichtlich unverbindlicher Preisempfehlungen („UVP“). In der deutschen Kartellrechtspraxis ist anerkannt, dass zwar Hintergründe einer UVP erläutert werden dürfen. Hersteller dürfen aber keinen Druck ausüben oder Anreize gewähren, um Händler zur Einhaltung der UVP zu bewegen.²⁷

Vor diesem Hintergrund dürfen Hersteller zwar ebenfalls Preisalgorithmen nutzen, um das Preisniveau auf dem Markt zu beobachten. Allerdings geht damit die erhebliche Gefahr einher, dass von UVP abweichende Händler kontaktiert werden und es zu einer unzulässigen Druckausübung im Sinne des § 21 Abs. 2 GWB kommt. Vollkommen offen ist dabei, ob von einem verbotenen Verhalten überhaupt noch ausgegangen werden kann, wenn Händler und Hersteller an dasselbe Preissetzungssystem angeschlossen sein sollten.

IV. Ergebnisse und Thesen

Zusammenfassend lassen sich zur kartellrechtlichen Bewertung des Dynamic Pricing folgende Ergebnisse und Thesen formulieren:

1. Diskussion um wettbewerbspolitisches Leitbild gewinnt an Bedeutung

Die Diskussionen um ein wettbewerbspolitisches Leitbild, an dem sich die Kartellrechtsauslegung und -durchsetzung orientiert, war in den letzten Jahren eingeschlafen. Diskussionen um Ordoliberalismus, Chicago School und Freiburger Schule sind deutlich zurückgegangen. Gerade im Falle des Dynamic Pricing mag es jedoch notwendig sein, diese Diskussionen wieder aufzugreifen. Von besonderem Interesse ist dabei die Frage, ob eine Verlagerung der Verbraucherwohlfahrt zugunsten der Unternehmen durch Dynamic Pricing hinzunehmen ist, wenn die Gesamtwohlfahrt hierunter nicht leidet. So ist die Frage zu stellen, ob eine Preisdiskriminierung, die dazu führt, dass der jeweilige Verbraucher den Preis bezahlt, den er zu zahlen bereit ist („perfekte Preisdiskriminierung“), wettbewerbspolitisch nicht gewünscht ist, weil einige Verbraucher mehr zahlen, als sie bei einheitlichen Preisen zahlen müssten. Auch muss die Frage gestellt werden, ob

24 Ebers, NZKart 2016, 554, 555.

25 Stucke/Ezrahi, Harvard Business Review, October 27, 2016 (Fn. 8), S. 33.

26 AG Kassel, 4. 7. 2017 – 410 C 3394/15, juris.

27 Etwa BGH, 6. 11. 2012 – KZR 13/12, juris; Zimmer, in: Immenga/Mestmäcker (Fn. 11), § 1 GWB, Rn. 364 ff.

die Gefahr des Vertrauensverlustes in Online-Händler aufgrund der Preisdiskriminierung tatsächlich ein kartellrechtliches oder nicht eher ein verbraucherrechtliches Thema ist.²⁸

2. Analyse hinsichtlich der Notwendigkeit der Ausweitung des kartellrechtlichen „Abstimmungs-begriffs“

Die hiesige Analyse hat gezeigt, dass es Fälle geben kann, in denen der aktuelle kartellrechtliche Abstimmungs-begriff die Koordinierung von Preisniveaus durch Preisalgorithmen nicht mehr erfassen kann. Ursache hierfür ist, dass die Preisalgorithmen nicht etwa an die Stelle des Geheimwettbewerbs eine bewusste Fühlungnahme setzen. Vielmehr greift das frühere Rezept, wonach aus dem Geheimwettbewerb eine Unsicherheit folgt, die Vorstöße im Wettbewerb erlaubt und damit Konkurrenz fördert, möglicherweise nicht mehr. Der Anreiz, mit niedrigeren Preisen vorzupreschen und durch erhöhte Absatzzahlen wirtschaftlich erfolgreich zu sein, wird verschwindend gering, wenn die eigene Führungsstellung bei Preisvorstößen durch Digitalisierung nur noch (Milli-)Sekunden anhält.

Zwar ist bereits nach bestehender Rechtslage jede direkte oder indirekte Abstimmung mit Wettbewerbern darüber, wie Preisanpassungssoftware eingesetzt oder eingestellt werden könnte, kartellrechtlich verboten (vgl. § 1 GWB bzw. Art. 101 Abs. 1 AEUV). Die hier dargestellten Effekte vermag allerdings bereits der reguläre Einsatz der Software zu verursachen, der nicht vom Wortlaut des § 1 GWB bzw. Art. 101 Abs. 1 AEUV umfasst wird und damit grundsätzlich zulässig ist.

Allerdings muss dies nicht bzw. nicht dauerhaft der Fall sein. Ein negativer Effekt kann zwar entstehen, wenn sich durch den Einsatz von Algorithmen die Marktstruktur selbst zum Nachteil der Marktteilnehmer auf betroffenen Märkten wie auf benachbarten Märkten verändert.²⁹ Es ist aber offen, welche weiteren Auswirkungen die Nutzung dieses neuen Mittels haben wird. Für die Frage der Anpassung des Tatbestandes des Art. 101 Abs. 1 AEUV bzw. § 1 GWB werden daher nicht nur der erste Impuls durch die Nutzung von Algorithmen, sondern auch die Art, wie der Einsatz in der Praxis erfolgt und die Reaktion der Marktteilnehmer auf ihren Einsatz zu berücksichtigen sein. Erst nach Analyse dieser Gegenreaktionen kann beurteilt werden, ob „der Markt“ die befürchteten Nachteile von alleine reguliert, oder ob eine Erweiterung des Verbots wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen notwendig ist.

Unternehmen, die dynamische Preisanpassungssoftware nutzen, sind aus Compliance-Gründen zwischenzeitlich gut beraten, zu prüfen, ob diese Software aufgrund ihrer Funktionsweise den kartellrechtlichen Anforderungen genügt. Dabei wird insbesondere darauf zu achten sein, woher die ausgewerteten Daten bezogen werden. Auf bloße Unwissenheit und Verantwortung des Softwareanbieters können sich die Händler nicht erfolgreich berufen. Vielmehr ist die Rechtslage umgekehrt: auch der Anbieter von Software kann als Kartellhelfer der Adressat von Bußgeldbescheiden sein. Die Unternehmen trifft dabei aber weiterhin als Nutzer eine besondere Überprüfungspflicht. Kartellhelfer entlasten jedoch grundsätzlich nicht Kartellteilnehmer sondern treten als Adressaten des Kartellverbots neben sie.

3. Kartellrecht ist Regulierung vorzuziehen

Die anlassbezogene kartellrechtliche Überprüfung von unzulässigen Eingriffen in den Wettbewerb ist einer dauerhaften regulatorischen Überprüfung der Algorithmen vorzuziehen. Eine dauerhafte Überwachung und Korrektur des Marktes kann nur dort gerechtfertigt sein, wo nicht zu erwarten ist, dass Einzeleingriffe ausreichen, rechtmäßiges Verhalten zu bewahren bzw. wiederherzustellen. Der staatliche Aufwand einer dauerhaften Überprüfung scheint auch nicht angemessen. Gleiches gilt für den erheblichen Eingriff in den Betriebsablauf der Anbieter. Schließlich wäre es vermessen, anzunehmen, der Staat könnte die Algorithmen so gestalten, dass bestimmte wettbewerbspolitische Ziele erreicht werden.

Gerade die jüngste Entscheidung der Europäischen Kommission in Sachen Google³⁰ ist ein gutes Indiz dafür, wie kartellrechtliche Lösungen zu effizienten Ergebnissen führen können, ohne dass es einer Dauerregulierung oder Bevormundung der Anbieter bedarf. Insoweit hat die Europäische Kommission Google lediglich aufgezeigt, welche Handlungsweisen im Rahmen der Google-Shopping-Suche kartellrechtlich nicht tolerierbar sind. Wie Google diesen kartellrechtlichen Missstand beseitigt, hat die Behörde jedoch dem Unternehmen überlassen und hierfür eine enge Frist gesetzt. Google will offenbar mit einer Trennung von Suchmaschine und Shopping-Suche reagieren.³¹ Das Unternehmen würde damit von sich aus einen Lösungsansatz entwickeln, der an der Verknüpfung zwischen Suchmaschine und Shopping-Platzierung ansetzt, ohne dass dies ausdrücklich vorgegeben worden wäre.

Unbestritten ist jedoch, dass die Verlagerung der „Abstimmungen“ in den Bereich der Algorithmen die Behörden auch rein praktisch vor neue Aufgaben stellt. Denn die Aufdeckung entsprechender Absprachen kann weniger durch Bewertung von Beweismitteln und Befragungen erfolgen, als vielmehr durch eigene Auswertungen elektronisch gespeicherter Daten. Die Wettbewerbsbehörden haben dies erkannt und setzen ihrerseits softwaregestützte Analysetools ein, um auffällige Vorgänge zu ermitteln.³²

Eine vermittelnde Lösung zwischen Regulierung und Kartellrecht könnte die Einführung einer Markttransparenzstelle darstellen.³³ In jedem Fall müssten aber die Daten, auf die ein späteres Eingreifen gestützt werden könnte, zunächst gesammelt und aufbereitet werden, wenn die neuen Herausforderungen mit dem kartellrechtlichen Werkzeugkasten angegangen werden sollen. Die Kartellbehörden stehen damit vor der Herausforderung, Strukturen zu entwickeln, die eine Entdeckung erst ermöglichen. Allerdings können sich die Unternehmen nicht darauf verlassen, dass der Einsatz von Algorithmen anstelle des „klassischen Hinterzimmers“ Sicherheit verheißt. Denn, anders als für personenbezogene Daten, gilt für Preise grundsätzlich, dass das Internet nicht vergisst.

28 Insbesondere unter dem Blickwinkel der Information des Verbrauchers: *Zander-Hayat/Reisch/Steffen*, VuR 2016, 403, 407; zum benachbarten Problem der Täuschung von Verbrauchern beim Einsatz von Bietrobotern bei Versteigerungen im Internet *Heyers*, NJW 2012, 2548, 2549.

29 *Petit*, Journal of European Competition Law & Practice 2017, 361, 363.

30 KOM, Pressemitteilung vom 27. 6. 2007, abrufbar unter: http://europa.eu/rapid/press-release_IP-17-1784_de.htm.

31 Vgl. den Kurzbericht „Google will nach EU-Rekordstrafe Shopping-Suche auskoppeln“ vom 27. 9. 2017 auf [beck-aktuell](http://beck-aktuell.becklink), becklink 2007920.

32 Siehe beispielsweise Fallbericht der WEKO zur Analyse von Geboten bei Bauausschreibungen, abrufbar unter: <https://www.weko.admin.ch/weko/de/home/aktuell/medieninformationen/nsb-news.msg-id-64011.html> und den OECD, Algorithms and Collusion (Fn. 1), zum koreanischen System zur Kontrolle von Ausschreibungen (BRIAS), S. 11.

33 *Ebers*, NZKart 2016, 544, 545.