



Bundeskartellamt



Offene Märkte | Fairer Wettbewerb

Wettbewerb und Verbraucherverhalten – Konflikt oder Gleichlauf zwischen Verbraucherschutz und Kartellrecht?

Tagung des Arbeitskreises Kartellrecht

6. Oktober 2016

Hintergrundpapier

Bundeskartellamt

Kaiser-Friedrich-Straße 16

53113 Bonn

Inhaltsverzeichnis

A. Einleitung	4
B. Verbraucherverhalten und seine Auswirkungen auf Märkte	7
I. Verbraucherverhalten als Faktor für funktionierenden Wettbewerb	7
1. Wohlfahrtsverluste durch Transaktionskosten.....	7
2. Wohlfahrtsverluste aufgrund eingeschränkter Rationalität	8
3. Mögliche Gegenmaßnahmen.....	11
II. Verbraucherverhalten in der Kartellrechtsanwendung	14
1. Verbraucherverhalten und Marktmacht.....	14
2. Verbraucherverhalten und missbräuchliche Praktiken	18
C. Wettbewerbsschutz und Verbraucherinteressen	20
I. Verbrauchernutzen durch Kartellrechtsdurchsetzung.....	20
II. Negative Auswirkungen von Wettbewerb auf Verbraucherinteressen?	22
III. Wettbewerbsbeschränkungen zu Gunsten von Verbraucherinteressen?	22
D. Verbraucherschutz und kartellrechtliche Instrumente	26
I. Verbraucherschutz und Wettbewerbsförderung durch Erhöhung der Transparenz.....	26
1. Markttransparenzstelle für Kraftstoffe.....	26
2. Preisangaben bei Flugbuchungen	27
II. Ausbeutungsmisbrauch und Verbraucherschutz.....	28
III. Individualisierte Preise aus Sicht von Kartellrecht und Verbraucherschutz	29
E. Fazit	33

A. Einleitung

Der Schutz von Verbrauchern und der Schutz des Wettbewerbs sind grundsätzlich komplementär. Wettbewerbsschutz – insbesondere in Gestalt der Kartellrechtsdurchsetzung – stellt sicher, dass den Verbrauchern eine bestmögliche Auswahl an Gütern zu günstigen Preisen zur Verfügung steht¹. Verbraucherschutz und Verbraucherrecht² sollen dafür sorgen, dass die Verbraucher diese Auswahlmöglichkeiten auch effektiv wahrnehmen können. Umgekehrt ist aktives Verbraucherverhalten eine wichtige Bedingung dafür, dass sich Wettbewerb möglichst wirkungsvoll entfaltet. Preiserhöhungsspielräume werden durch informierte und wechselwillige Verbraucher begrenzt. Während das Verbraucherrecht zumeist auf einen direkten Schutz des Endverbrauchers bei einzelnen Transaktionen abzielt, liegt im Kartellrecht der Schwerpunkt auf dem indirekten Verbraucherschutz mittels einer Verhinderung wirtschaftlicher Machtstellungen. Aber auch das Kartellrecht umfasst Komponenten eines direkten Verbraucherschutzes, etwa indem es mit den Regeln des Ausbeutungsmisbrauchs in das Marktergebnis eingreift oder die Rückerstattung kartellrechtswidrig erwirtschafteter Vorteile an die Verbraucher gewährleistet.

Wenn somit in beiden Rechtsbereichen der Endverbraucher eine zentrale Rolle spielt, stellt sich die Frage nach Gemeinsamkeiten und Komplementaritäten. Diese Frage stellt sich umso mehr, wenn man die Rechtsdurchsetzungsseite näher betrachtet. Zwar findet die Durchsetzung des wirtschaftlichen Verbraucherrechts in Deutschland fast ausschließlich zivilrechtlich statt, während die Kartellrechtsdurchsetzung durch behördliche Aktivität gekennzeichnet ist. Betrachtet man aber vergleichend die Ausgestaltung der Regelungsrahmen in anderen Ländern, so ist das deutsche Modell die Ausnahme. In einer Vielzahl von Ländern wird wirtschaftlicher Verbraucherschutz behördlich durchgesetzt und in einer erheblichen Zahl von bedeutenden Jurisdiktionen hat der Gesetzgeber die Verantwortung zur Durchsetzung beider Rechtsmaterien einheitlich einer Behörde zugewiesen. Prominentestes Beispiel dürfte die Federal Trade Commission der Vereinigten Staaten sein. Aber auch im europäischen Kontext (Dänemark, Finnland, Irland, Italien, Niederlande, Ungarn, Vereinigtes Königreich) und im weiteren internationalen Vergleich (u. a. Australien, Südkorea) scheint dieses Einheitsmodell

¹ Drexl, Die wirtschaftliche Selbstbestimmung des Verbrauchers, Tübingen 1998, S. 160.

² Das vorliegende Papier versteht unter „Verbraucherschutz“ bzw. „Verbraucherrecht“ im Grundsatz den wirtschaftlichen Verbraucherschutz bzw. das Verbrauchervertragsrecht in Abgrenzung zum technischen Verbraucherschutz (Produktsicherheit). Daneben ist darauf hinzuweisen, dass der Verbraucherbegriff des GWB regelmäßig nicht mit demjenigen des privaten Endverbrauchers übereinstimmt, sondern vielmehr die Marktgegenseite bzw. die Nachfrager der jeweils betroffenen Güter meint.

weite Verbreitung gefunden zu haben³. Die Erfahrungen werden ganz überwiegend als positiv eingeschätzt. Auch in Deutschland wird verstärkt über eine behördliche Durchsetzung von Verbraucherrecht nachgedacht und auch hier stellt sich die Frage einer möglichen institutionellen Verortung.

Dies ist Grund genug, zunächst auf der materiellen Ebene nach Berührungspunkten von Verbraucher- und Wettbewerbsschutz zu suchen. Ausgangspunkt ist dabei die Perspektive des Wettbewerbsschutzes, aus der heraus nach Schnittmengen, wechselseitigen Bezügen oder auch Widersprüchen gefragt wird: Wie nah am Verbraucher ist die Kartellrechtsanwendung wirklich?

Dabei rückt zunächst der Verbraucher selbst in den Mittelpunkt, d.h. die Rolle, die Verbraucher und ihr Verhalten als Marktteilnehmer für das wettbewerbliche Geschehen sowie konkret für die kartellrechtliche Praxis spielen. Hängt die Entwicklung von Märkten entscheidend davon ab, dass die Endverbraucher aktiv an ihnen teilnehmen, so kann es hieran aus verschiedenen Gründen fehlen. Die Erkenntnisse der Verhaltensökonomik zeichnen ein zunehmend differenziertes Bild vom Verbraucher und seinen Entscheidungsprozessen. Dies hat Bedeutung für das Verbraucherrecht, das mit seinen Instrumenten darauf hinwirken kann, die Entscheidungsbedingungen des Verbrauchers zu verbessern oder aber die Ausnutzungsspielräume der Anbieter zu verringern. Zugleich kommt der Analyse des Verbraucherverhaltens auch zentrale Bedeutung für die wettbewerbsrechtliche Beurteilung des Marktgeschehens zu. Hier können sich Abnehmer durch irrationale Verhaltensweisen nicht nur selbst schädigen, sondern ggf. auch zur Entstehung von Marktmacht und ihrer Ausnutzung beitragen. (hierzu unter B.)

Näher betrachtet werden soll zudem, wie der Wettbewerb und Wettbewerbsschutz den Verbraucherinteressen dienen. Generell wird man von einem weitgehenden Gleichklang zwischen den Interessen der Verbraucher und dem öffentlichen Interesse an einem funktionierenden Wettbewerb ausgehen können⁴. Die Kartellrechtsdurchsetzung in den Bereichen Kartellverbot, Missbrauchsaufsicht und Fusionskontrolle wirkt sich regelmäßig – mittelbar oder

³ Siehe etwa die von der FTC veröffentlichte Liste der Wettbewerbs- und Verbraucherschutzbehörden unter <https://www.ftc.gov/policy/international/competition-consumer-protection-authorities-worldwide>.

⁴ Dies gilt unabhängig von der Debatte um den sog. *Consumer Welfare Standard*. Diesem insbesondere im US amerikanischen Recht vertretenen Ansatz, wonach eine Beeinträchtigung der Konsumentenwohlfahrt in jedem Einzelfall nachzuweisen ist, um ein Eingreifen der Kartellbehörde zu rechtfertigen, folgen das deutsche und das europäische Kartellrecht nicht in gleicher Weise. Gerade im deutschen Kartellrecht steht traditionell der Schutz des Wettbewerbs als solcher im Mittelpunkt, wobei davon ausgegangen wird, dass von Wettbewerbsbeschränkungen jedenfalls eine Gefährdung der Gesamtwohlfahrt ausgeht. In diesem Zusammenhang ist auch darauf hinzuweisen, dass Wettbewerb über die Sicherstellung einer möglichst guten Versorgung mit

unmittelbar – zu Gunsten der Verbraucher aus. Allerdings wird in bestimmten Konstellationen auch behauptet, dass intensiver Wettbewerb mit dafür verantwortlich sein könne, dass Anbieter gesetzliche Mindestanforderungen, wie sie das Verbraucherrecht aufstellt, unterschreiten, etwa durch unangemessen benachteiligende allgemeine Geschäftsbedingungen. Hier zeigt sich die Bedeutung eines robusten verbraucherrechtlichen Ordnungsrahmens und seiner effektiven Durchsetzung, um die positiven Wirkungen des Wettbewerbs abzusichern. Darüber hinaus zeigen Diskussionen, die bei der Kartellrechtsanwendung etwa im Bereich von Vertriebsbeschränkungen geführt werden, dass es nicht immer einfach ist, das relevante Verbraucherinteresse zu bestimmen, zumal verschiedene Verbrauchergruppen durchaus unterschiedliche Interessen haben können. Das Kartellrecht steht hier wie der Verbraucherschutz vor der Herausforderung, dass Eingriffe, die manchen Verbrauchern nützen, anderen zum Nachteil sein können. (hierzu unter C.)

Interessant sind schließlich auch die unterschiedlichen Blickwinkel von Verbraucherschutz und Kartellrecht auf Problemlagen, die beide Bereiche betreffen, sowie deren unterschiedliche rechtliche Instrumente, die sich in der Praxis ergänzen oder auch parallel zur Anwendung kommen können. Ein typisches Instrument des Verbraucherschutzes ist etwa die Verbesserung der Entscheidungssituation durch eine Erhöhung der Transparenz auf Seiten der Abnehmer. Ein Beispiel hierfür ist die beim Bundeskartellamt eingerichtete Markttransparenzstelle für Kraftstoffe. Das Kartellrecht setzt demgegenüber regelmäßig bei Verhaltensweisen von Unternehmen an. Eine deutliche Schnittmenge besteht aber im Bereich des Ausbeutungsmisbrauchs, wo kartellrechtliche Regeln den Verbraucher vor überhöhten Preisen und nachteiligen Konditionen marktbeherrschender Anbieter schützen. Viel diskutiert, aber weniger eindeutig ist die Bewertung von Praktiken der Preisdifferenzierung. Hier kann über verbraucherrechtliche Transparenzvorgaben genauso nachgedacht werden wie über Grenzen, die sich aus dem kartellrechtlichen Missbrauchsverbot ergeben. (hierzu unter D.)

B. Verbraucherverhalten und seine Auswirkungen auf Märkte

Verbraucher sind ein zentraler Akteur jeder Marktwirtschaft und ihr Verhalten kann entscheidenden Einfluss auf den Wettbewerb und die Marktergebnisse haben (unter I.). Daneben stellen das Verhalten und die Präferenzen von Verbrauchern wichtige Faktoren bei der Kartellrechtsanwendung dar, insbesondere bei der Bewertung von Marktmacht (unter II.).

I. Verbraucherverhalten als Faktor für funktionierenden Wettbewerb

Wettbewerb kann regelmäßig nur dann funktionieren, wenn die Marktgegenseite aktiv am Marktgeschehen teilnimmt. In den meisten ökonomischen Modellen der neoklassischen Wirtschaftswissenschaften prägt der *Homo oeconomicus* als vollständig rationales Individuum und Maximierer des eigenen Nutzens das Leitbild des Konsumenten. Auch bei vollständig rationalem Verbraucherverhalten kann es aufgrund bestehender Informations- und Motivationsgefälle aber zu erhöhten Transaktionskosten bzw. einem Vertragsversagen kommen, dem mit rechtlichen Mitteln zu begegnen ist (unter 1.). Das in der Realität beobachtbare Verbraucherverhalten ist jedoch in aller Regel nicht vollständig mit diesem Leitbild vereinbar. Auf dieser Beobachtung fußt die Verhaltensökonomik (*Behavioural Economics*)⁵. Wesentliche Annahme in den Modellen der Verhaltensökonomik ist die eingeschränkte Rationalität (*bounded rationality*)⁶ eines oder mehrerer Akteure. Diese kann erhebliche Bedeutung für das Marktgeschehen haben (unter 2.). Ein angemessener Regelungsrahmen kann aber sicherstellen, dass damit verbundene Wohlfahrtsverluste vermieden oder zumindest verringert werden (unter 3.).

1. Wohlfahrtsverluste durch Transaktionskosten

Verbraucherverhalten kann sowohl Katalysator wie auch Bremse für die Entwicklung von Wettbewerb sein. Im Hinblick auf die Art des Verbraucherverhaltens kann grob zwischen rationalem und eingeschränkt rationalem Verbraucherverhalten unterschieden werden. So wird man Verbrauchern, die bei finanziell bedeutenden Transaktionen leicht zugängliche Informationen nicht nutzen, irrationales Handeln zuschreiben können. Rational kann es dagegen für den Einzelnen sein, gerade bei Alltagsgeschäften bestimmte Informationen zu ignorieren, weil die Transaktionskosten ansonsten im Verhältnis zum Volumen des Geschäfts zu hoch sind (**rationale Ignoranz**). So wäre es z.B. nicht sinnvoll, beim Erwerb eines günstigen Artikels die AGB verschiedener Anbieter zu vergleichen, da sich der Zeiteinsatz in aller Regel nicht lohnen wird.

⁵ Angewandt auf Fragestellungen der Industrieökonomik wird dieser Forschungsbereich auch als "Behavioural Industrial Economics" bezeichnet.

⁶ Vgl.: *Simon* (1982), *Models of Bounded Rationality*, Volume 1-2, The MIT Press; sowie *Selten* (1999), *What is Bounded Rationality?*, SFB 303, Universität Bonn, Discussion Paper No. B-454.

Zwischen diesen beiden Extremen gibt es aber einen Bereich, in dem es nicht einfach zu bestimmen ist, welches Verhalten noch rational und welches bereits irrational ist. Diese Schwierigkeiten können durch die Digitalisierung weiter Wirtschaftsbereiche noch verstärkt werden, weil sich hier die Zahl der verfügbaren Anbieter, der Güter und der hierzu jeweils verfügbaren Informationen um ein Vielfaches erhöht.

Einige der Konstellationen, in denen aufgrund von Informationsasymmetrien Wohlfahrtsverluste entstehen können, werden vom Verbraucherrecht adressiert. Ein zentrales Beispiel hierfür ist die Kontrolle allgemeiner Geschäftsbedingungen („Klauselkontrolle“), die ja keineswegs auf marktstarke oder marktbeherrschende Unternehmen beschränkt ist. Der Grund für die Entstehung und Verwendung treuwidrig benachteiligender Vertragsbedingungen wird heutzutage nämlich nicht hauptsächlich – anders als noch bei der Entstehung der AGB-Kontrolle durch die sog. Monopolrechtsprechung des Reichsgerichts angenommen⁷ – in der schlichten Ausnutzung einer wirtschaftlichen Machtposition gesehen. Vielmehr darf mittlerweile als allgemein anerkannt gelten, dass der Hauptgrund für die Entstehung missbräuchlicher AGB in einem zwischen den Parteien bestehenden **Informations- und Motivationsgefälle** zu suchen ist: Gerade bei Geschäften mit verhältnismäßig geringem Umfang wären die auf Verbraucherseite durch Lektüre, Bewertung und womöglich Vergleich der AGB verschiedener Anbieter entstehenden Kosten schlicht zu hoch. Die ungleiche Verteilung der Transaktionskosten zwischen Anbietern und Verbrauchern führt also dazu, dass die üblichen Marktmechanismen nicht funktionieren und es zu einem Vertragsversagen kommt⁸. Dies kann, sofern nicht drohende Reputationsverluste oder wettbewerbliche Gegenstrategien eine Disziplinierung der Anbieter bewirken, in bestimmten Fällen zu einem Verschlechterungswettbewerb hin zu äußerst kundenfeindlichen AGB führen, dem der Gesetzgeber und die Gerichte durch die Klauselkontrolle entgegentreten.

2. Wohlfahrtsverluste aufgrund eingeschränkter Rationalität

Wohlfahrtsverluste können aber auch auf nicht vollständig rationales Verhalten von Verbrauchern zurückgehen. Die Verhaltensökonomik hat mittlerweile eine Reihe von Beurteilungsfehlern herausgearbeitet, denen Menschen typischerweise unterliegen. Diese können zum Teil

⁷ Siehe RGZ 62, 264, 266: „Wo der einzelne ein ihm tatsächlich zustehendes Monopol oder den Ausschluss einer Konkurrenzmöglichkeit dazu mißbraucht, dem allgemeinen Verkehr unbillige, unverhältnismäßige Opfer aufzuerlegen, unbillige und verhältnismäßige Bedingungen vorzuschreiben, da können dieselben rechtliche Anerkennung nicht finden.“

⁸ Siehe nur *Fornasier*, Freier Markt und zwingendes Vertragsrecht, Berlin 2013, S. 154 ff.

erhebliche Auswirkungen auf das Marktgeschehen haben und hohe Anforderungen an geeignete Gegenmaßnahmen stellen.

Die Ursachen der eingeschränkten Rationalität von Verbrauchern⁹ werden in der ökonomischen Literatur auf verschiedene Arten beschrieben. Diese Abweichungen von der Standardannahme des *Homo oeconomicus* werden häufig in die folgenden drei Gruppen eingeteilt¹⁰.

Ein Aspekt der eingeschränkten Rationalität ist die **Heuristik**. Während vom *Homo oeconomicus* angenommen wird, dass er die für seine Entscheidungen relevanten und verfügbaren Informationen kennt und berücksichtigt, fällen eingeschränkt rationale Konsumenten ihre Entscheidungen teilweise ohne Berücksichtigung aller ihnen bekannter oder zumindest leicht zugänglicher Informationen. Anstelle einer systematischen Analyse der zur Verfügung stehenden Möglichkeiten treffen sie eine mehr oder minder intuitive Entscheidung („Daumenregel“). Hierdurch können beispielsweise die Anreize von Unternehmen steigen, besonders komplexe Preisschemata sowie differenzierte Produkte anzubieten, welche vollständig rationalen Konsumenten nicht angeboten worden wären¹¹. Je nach Ausgestaltung kann eine solche, bewusste Erhöhung der Transaktionskosten für die Verbraucher dabei auch den rational han-

⁹ Eingeschränkte Rationalität ist grundsätzlich nicht nur auf Verbraucherebene, sondern auch auf Seite der Unternehmen vorstellbar, so etwa *Armstrong und Huck (2015)*, Behavioral Economics and Antitrust, in: The Oxford Handbook of International Antitrust Economics, Volume 1, Chapter 9, Oxford University Press. *Haucap (2014)*, Implikationen der Verhaltensökonomik für die Wettbewerbspolitik, DICE Ordnungspolitische Perspektiven Nr. 65, wendet die Theorie der eingeschränkten Rationalität auch auf Regulierungsbehörden an. In den meisten Modellansätzen der Verhaltensökonomik wird jedoch angenommen, dass ausschließlich Kunden von den Annahmen der ökonomischen Standardmodelle abweichen, während die im Modell abgebildeten Unternehmen in der Regel rationale Akteure sind, die ihren erwarteten (langfristigen) Gesamtgewinn maximieren. Hintergrund ist unter anderem, dass Unternehmen typischerweise hinreichend viele Ressourcen auf ein rationales Verhalten im relevanten Markt verwenden können, während Konsumenten nur einen Teil ihrer Aufmerksamkeit einem bestimmten Markt widmen werden, vgl. *Spiegler (2011)*, Bounded Rationality and Industrial Organization, Oxford University Press.

¹⁰ Vgl. etwa: *Spiegler (2011)*, Bounded Rationality and Industrial Organization, Oxford University Press; sowie *Grubb (2015)*, Behavioral Consumers in Industrial Organization: An Overview, Review of Industrial Organization, 47(3), 247-258. Über die hier genannten Aspekte der eingeschränkten Rationalität hinaus sind weitere Abweichungen von der Standardannahme des Homo Oeconomicus Gegenstand von Literatur und Forschung. Ein Beispiel sind Altruismus, Reziprozität und Fairnessgedanke. In diesen Fällen sind die Nutzen von verschiedenen Konsumenten voneinander abhängig. Vgl. hierzu: *Fehr und Schmidt (2006)*, The Economics of Fairness, Reciprocity and Altruism – Experimental Evidence and New Theories, Handbook of the Economics of Giving, Altruism and Reciprocity, Volume 1, 615-691.

¹¹ Vgl.: *Heidhues, Köszegi und Murooka (2016)*, Exploitative Innovation, American Economic Journal: Microeconomics, 8(1), 1-23.

delnden Verbraucher treffen. Ein solche Preis- und Produktdifferenzierung kann die Konsumentenwohlfahrt insgesamt verringern und zielt auf Konsumenten ab, welche das weitreichende Angebot nicht überblicken und eine intuitive Kaufentscheidung fällen¹².

Eine andere Abweichung von den Standardannahmen des *Homo oeconomicus* stellen **von Referenzpunkten abhängige Präferenzen** der Konsumenten dar, auf die etwa Phänomene wie Verlustaversion¹³ oder Trägheit von Verbrauchern zurückgeführt werden können. Wenn ein Konsument also bspw. zunächst die Erwartung (den Referenzpunkt) gebildet hat, ein bestimmtes Produkt zu kaufen und dieses dann doch nicht erwirbt, so bewirkt der Nichterwerb einen niedrigeren Konsumentennutzen, obwohl gar keine Transaktion stattfindet. Unternehmen können hiervon profitieren, indem sie einen Teil des Preises (z.B. Preisbestandteile wie „Autoüberführungsgebühren“ oder „Flughafengebühren“) dem Kunden erst zu einem späteren Zeitpunkt des Kaufprozesses mitteilen. Dagegen werden Rabatte im Vergleich zu einem Listenpreis oder zu einer UVP („Ankerpreis“) häufig schon in der Werbung bzw. zu einem frühen Zeitpunkt des Kaufprozesses dargestellt. Eine weitere Möglichkeit zur Ausnutzung von Konsumententrägheit ist die Verwendung von Standardoptionen. So kann es aus Sicht eines Unternehmens attraktiv sein, Zusatzleistungen (z.B. eine Reiserücktrittsversicherung) zu einem Produkt als Voreinstellung mitanzubieten und den Kunden auf diese Weise zu zwingen, die jeweilige Zusatzleistung explizit abzuwählen, falls er diese nicht wünscht. Durch die standardmäßige Vorauswahl wird bei einigen Verbrauchern der Referenzpunkt gebildet, dass der Bezug dieser Zusatzleistung „normal“ bzw. ratsam ist („default bias“).

Des Weiteren können Verbraucher über **dynamisch inkonsistente Präferenzen** verfügen, also unrichtige Erwartungen an ihr zukünftiges Konsumverhalten haben. In der Literatur wird dieses Phänomen häufig in zweistufigen Modellen beschrieben. In der ersten Stufe des Modells entscheiden Konsumenten über die Annahme eines Angebotes bzw. den Kauf eines Produktes. Erst in der zweiten Stufe entscheiden sie dann über die Nutzung dieses Angebotes oder Produktes im Detail. In Abhängigkeit vom Typ des Konsumenten antizipiert dieser bereits in

¹² Dieses Abweichen von der Standardannahme des *Homo oeconomicus* findet unter anderem bei Untersuchungen von Produkten der Finanz- und Versicherungswirtschaft Anwendung. Sie sind häufig von großer Komplexität – insbesondere hinsichtlich der Bildung von Erwartungswerten über Nutzen und Kosten der Angebote. Die Kunden haben oftmals keine umfassenden Kenntnisse über die Eigenschaften der zur Wahl stehenden Produkte, vgl. *Bateman, Eckert, Iskhakov, Louviere, Satchell und Thorpe* (2016), Default and naïve diversification heuristics in annuity choice, Australian Journal of Management, im Erscheinen.

¹³ Hierbei fallen Verluste aus Sicht des Verbrauchers starker ins Gewicht als entsprechende Gewinne. Siehe zum Konzept der Verlustaversion: *Kahnemann und Tversky* (1979), Prospect Theory: An Analysis of Decision under Risk, *Econometrica*, 47(2), 263-292.

Stufe 1, dass sich seine Präferenzen über verschiedene Konsumententscheidungen in Stufe 2 verändern werden (*sophisticated consumer*) oder er erwartet, dass seine Präferenzen im Zeitverlauf gleich bleiben (*naive consumer*)¹⁴. Fehlerhafte Einschätzungen der Verbraucher über ihren zukünftigen Konsum spiegeln sich in den Preisschemata für verschiedene Produkte wider. So werben etwa Herausgeber von Kreditkarten mit preiswerten Willkommensangeboten für Neukunden, wobei nach Ablauf des Willkommensangebots höhere Kosten für die Nutzung der Kreditkarte anfallen. Einige Verbraucher unterschätzen die Inanspruchnahme ihrer Kreditkarte und somit die später anfallenden Kosten¹⁵; vergleichbare Fälle sind in Bereichen denkbar, wo Produkte mit hohen Folgekosten verkauft werden (z. B. Kaffee-Kapselmaschinen oder Drucker)¹⁶. Ein anderes Beispiel sind Fitnessstudiomitgliedschaften, bei denen Verbraucher die eigene Trainingsmoral überschätzen¹⁷.

Die Erkenntnisse der Verhaltensökonomik stehen dabei nicht mit den Ergebnissen der Standardmodelle der neoklassischen Theorie in Konflikt, sondern sind als eine Erweiterung zu verstehen, die zu der bereits vorhandenen Pluralität der ökonomischen Methoden beiträgt¹⁸. Die Verhaltensökonomik weist auf zusätzliche Aspekte hin, die bei einer Betrachtung des Verbrauchers als reinem *Homo oeconomicus* vernachlässigt werden und daher zu einer systematischen Abweichung des ansonsten zu erwartenden Marktergebnisses führen können.

3. Mögliche Gegenmaßnahmen

In der Praxis zeigen sich neben wettbewerblichen Auswirkungen gerade in liberalisierten Märkten auch Verbraucherschutzprobleme, die auf Informationsdefizite oder Beurteilungsfehler der Verbraucher zurückgehen können. Verstärkter Wettbewerb kann die durch Transaktionskosten oder eingeschränkt rationales Verbraucherverhalten bedingten Wohlfahrtsverluste nicht immer beseitigen. Häufig kann auch rationales Verbraucherverhalten von einem

¹⁴ Vgl.: Eliaz und Spiegler (2006), Contracting with diversely naive agents, *Review of Economic Studies*, 73, 689-714; DellaVigna und Malmendier (2004), Contract design and self-control: theory and evidence, *The Quarterly Journal of Economics*, 119(2), 353-402.

¹⁵ Vgl.: Ausubel (1999), Adverse selection in the credit card market, Working Paper, University of Maryland; Heidhues und Köszegi (2010), Exploiting naiveté about self-control in the credit market, *American Economic Review*, 100 (5), 2279-2303; Heidhues und Köszegi (2015), On the welfare costs of naiveté in the US credit-card market, *Review of Industrial Organization*, 47(3), 341-354.

¹⁶ Zur Bewertung Systemmärkten bzw. Kopplungen von Produkten im Rahmen der Kartellrechtsanwendung siehe unten S. 16 f.

¹⁷ DellaVigna und Malmendier (2006), Paying Not to Go to the Gym, *American Economic Review*, 96(3): 694-719.

¹⁸ Vgl.: Weimann (2015), Die Rolle von Verhaltensökonomik und experimenteller Forschung in Wirtschaftswissenschaft und Politikberatung, *Perspektiven der Wirtschaftspolitik* 2015; 16 (3), 231-252.

Teil der Konsumenten Anbieter nicht hinreichend disziplinieren, um Wohlfahrtsverluste bei eingeschränkt rationalen Verbrauchern zu verhindern.

So gibt es etwa im **Energiebereich** Vertragsmodelle mit Bonuszahlungen, langen Laufzeiten, Vorauszahlungen und festen Kontingenten an Kilowattstunden, bei denen der Verbraucher nicht abgerufene Energie trotzdem bezahlt, eine Überschreitung des Kontingents dagegen vergleichsweise teuer ist¹⁹. Solche und weitere Vertragsmodelle können sich Beurteilungsfehler der Verbraucher zunutze machen: Verbraucher unterschätzen lange Vertragslaufzeiten, ziehen das Insolvenzrisiko des Anbieters nicht in Betracht oder können es jedenfalls nicht einschätzen und sind überoptimistisch, was die möglichst exakte Vorhersage des eigenen Energieverbrauchs angeht. Weitere Bereiche, in denen eine Nutzung nicht vollständig rationalen Verbraucherverhaltens jedenfalls denkbar erscheint, sind etwa **Telekommunikationsmärkte**, **Versicherungen** oder **Finanzdienstleistungen**.

Sofern eine solche Ausrichtung der Vertragsgestaltung auf Beurteilungsfehler von Verbrauchern stattfindet, erscheint dies sowohl aus Verbrauchersicht wie auch aus Perspektive des Wettbewerbs wenig wünschenswert: Verbrauchern wird der Vergleich von Angeboten systematisch erschwert; ihre Suchkosten steigen und sie treffen nicht optimale Entscheidungen. Aus Wettbewerbssicht kommt es zu einer ineffizienten Ressourcenallokation und es setzen sich nicht die besten Anbieter am Markt durch.

Doch inwieweit sollte staatliches Handeln die Verbraucher vor ihrer Fehleinschätzung und den Markt insgesamt vor der von Anbietern geschaffenen Intransparenz schützen? Eine Verbraucherschutzpolitisch oft sinnvolle Maßnahme ist es, Unternehmen zu verpflichten, die für Verbraucher wesentlichen Produktinformationen rechtzeitig offen zu legen. Durch besser informierte Verbraucher lassen sich einige der zuvor skizzierten Probleme unmittelbar adressieren²⁰. Ein deutlich stärkerer Eingriff in die Vertragsfreiheit wären demgegenüber Maßnahmen wie Kopplungsverbote oder eine stärkere Begrenzung der möglichen Vertragslaufzeiten, als sie vom AGB-Recht bereits vorgegeben wird²¹. Maßnahmen, die eine Vergleichbarkeit verschiedener Tarife herstellen, erscheinen demgegenüber auch im Hinblick auf die Förderung von Wettbewerb unter den Anbietern als vorzugswürdig. Allerdings wäre hierbei wiederum darauf zu achten, dass Regeln zur Herstellung von Vergleichbarkeit nicht zu umfassenden

¹⁹ Siehe Stiftung Warentest, test 3/2013, Im Wirrwarr der Tarife, S. 60 ff.

²⁰ Vgl.: *Spiegler* (2011), *Bounded Rationality and Industrial Organization*, Oxford University Press.

²¹ § 309 Nr. 9 BGB sieht insoweit vor, dass eine Mindestlaufzeit von mehr als zwei Jahren oder eine bindende stillschweigende Verlängerung des Vertragsverhältnisses um jeweils mehr als ein Jahr bei Dauerschuldverhältnissen mit wenigen Ausnahmen unwirksam sind.

staatlichen Vorgaben über Tarifmodelle führen, die sich eigentlich am Markt entwickeln sollen. Die Herausforderung besteht darin bestehen, Funktionsmängel der Märkte gezielt zu adressieren, ohne dass es zu einer überschießenden Regulierung kommt.

Vielfach wirken auch Marktmechanismen und tragen unternehmerische Angebote zur Aktivierung der Verbraucher bei. So können Berater auf Honorarbasis Verbrauchern Entscheidungen zu geringeren (Transaktions-)kosten ermöglichen. Auch könnte eine Marktreaktion auf komplexe Tarife sein, dass sich ein Unternehmen mit einem einfach strukturierten Angebot abhebt (etwa die Flat-Tarife im Telekommunikationsbereich). Auch die zunehmende Digitalisierung kann hilfreich sein, wenn sie es schafft, die verfügbaren, teils aber überbordenden Informationen zu filtern, zu ordnen und damit für den Verbraucher effektiv nutzbar zu machen. Hier ist etwa die positive Rolle der **Vergleichsportale** hervorzuheben, die – bei aller in jüngerer Zeit aufgekommen und möglicherweise berechtigten Kritik an ihrer Ausgestaltung im Einzelnen²² – gerade im Energiebereich zu einer Marktbelebung geführt und einen Beitrag zum Gelingen der Liberalisierung des Strommarktes geleistet haben dürften. Zugleich ist auch hier wieder festzustellen, dass es zu Verbraucherschutzproblemen kommen kann, wenn Vergleichsportale und die Kriterien für die von ihnen berücksichtigten Anbieter und die angezeigten Ergebnisse selbst Transparenzmaßstäben nicht genügen²³.

Gerade im Bereich digitaler Plattformen stellt sich daher die Frage, welchen Offenlegungspflichten diese unterliegen (sollten)²⁴. Denkbare Anknüpfungspunkte sind hier das Geschäftsmodell bzw. die Geschäftsverbindungen von Plattformen, Gewichtungskriterien bei der Anzeige von Suchergebnissen oder die Frage, ob und nach welchen Kriterien ein Anbieter Preisdifferenzierung betreibt. Dabei ist aber auch im Auge zu behalten, dass zusätzliche Informationspflichten einerseits eine echte Wirkung entfalten müssen, schon um die mit ihnen verbundenen Bürokratiekosten zu rechtfertigen. Andererseits wird man eine Offenlegung bestimmter Einzelheiten über Geschäftsmodelle aus Verhältnismäßigkeitsgründen und auch im Hinblick auf den Schutz des Geheimwettbewerbs regelmäßig kaum verlangen können.

²² Siehe etwa FAZ vom 25.02.2016, Vergleichsportale zeigen nicht immer den besten Preis, abrufbar unter <http://www.faz.net/aktuell/finanzen/meine-finanzen/geld-ausgeben/vergleichsportale-zeigen-nicht-immer-den-besten-preis-14090257.html>.

²³ FAZ vom 13.07.2016, Vergleichsportale müssen Kunden besser informieren, abrufbar unter <http://www.faz.net/aktuell/finanzen/meine-finanzen/versichern-und-schuetzen/nachrichten/vergleichsportale-muessen-kunden-besser-informieren-14338413.html>.

²⁴ Diese Frage wirft auch das vom Bundesministerium für Wirtschaft und Energie veröffentlichte Grünbuch Digitale Plattformen auf (abrufbar unter: <https://gruenbuch.de.digital/de/startseite/>).

Der Befund, dass auf einem bestimmten Markt Funktionsmängel bestehen, kann also auf ganz unterschiedliche Ursachen zurückgehen. Der Bereich kann vom Gesetzgeber unzureichend, zu stark oder falsch reguliert sein. Es kann sein, dass das Wettbewerbsrecht auf dem betreffenden Markt nicht hinreichend effektiv durchgesetzt wird. Die auf dem Markt agierenden Verbraucher können wenig wechselwillig sein oder starken Beurteilungsfehlern unterliegen, womit sich der Kreis zur Frage nach einer Regulierung wieder schließt. Welche dieser Probleme können wie angegangen werden und wie können Gesetzgeber, Wettbewerbsbehörde und Verbraucherrechtsdurchsetzung hier sinnvoll zusammenwirken?

II. Verbraucherverhalten in der Kartellrechtsanwendung

Kartellrecht schützt Verbraucher vor der Entstehung und missbräuchlichen Ausnutzung von Marktmacht. Marktmacht bedeutet, dass aufgrund unzureichender Ausweichmöglichkeiten der Verbraucher für das Unternehmen vom Wettbewerb nicht ausreichend kontrollierte Verhaltensspielräume bestehen. Bei der Frage hinreichender Ausweichmöglichkeiten kommt dem Verhalten und den damit geäußerten Präferenzen der Verbraucher zentrale Bedeutung zu (unter 1.). Aber auch die Bewertung unternehmerischer Verhaltensweisen als missbräuchlich kann entscheidend davon abhängen, wie Verbraucher auf diese Angebote reagieren (unter 2.).

1. Verbraucherverhalten und Marktmacht

a) Verbraucherpräferenzen und Marktabgrenzung

Auch in die Kartellrechtsanwendung können verhaltensökonomische Phänomene einbezogen werden, soweit sie bekannt, nicht zu holzschnittartig und auf einem bestimmten Markt für die wettbewerbliche Analyse relevant sind²⁵. Eine realitätsnahe und abwägende Methode besteht darin, dass bei Ermittlungen nicht etwa primär auf ein hypothetisches Verhalten eines *Homo oeconomicus* abgestellt, sondern soweit wie möglich das tatsächliche Verbraucherverhalten ermittelt und berücksichtigt wird. Die dabei zutage tretenden Präferenzen sind tatsächlich keineswegs stets nur modellhaft-rationaler Natur.

Bei der Beurteilung von Marktmacht im Rahmen der Kartellrechtsanwendung ist die Marktabgrenzung eine wichtige Hilfsüberlegung. Nach dem **Bedarfsmarktkonzept** sind dabei sämtliche Güter, die sich nach ihren Eigenschaften, ihrem wirtschaftlichen Verwendungszweck und ihrer Preislage so nahe stehen, dass der verständige Verbraucher sie als für die Deckung eines

²⁵ Vgl. OFT, What does Behavioural Economics mean for Competition Policy?, März 2010.

bestimmten Bedarfs geeignet und miteinander austauschbar ansieht, in einen Markt einzubeziehen²⁶. Auch wenn diese Definition den „verständigen Verbraucher“ als Maßstab nennt, stellt die Praxis bei den Ermittlungen zur Marktabgrenzung keineswegs schematisch auf einen rationalen Nutzenmaximierer im Sinne des *Homo oeconomicus* ab. Vielmehr wird, wo immer dies möglich ist, primär das tatsächliche Verbraucherverhalten berücksichtigt und als gegeben hingenommen, ohne bei der Marktabgrenzung selbst seine Beweggründe zu bewerten²⁷. So würde sich ein rational handelnder Verbraucher bei der Suche nach einem geeigneten Krankenhaus wohl nicht von vornherein auf sein Heimatbundesland beschränken. Auch das Verbleiben von Stromkunden in der Grundversorgung kann auf eingeschränkt rationale Beweggründe zurückzuführen sein. Dennoch wird man tatsächlich bestehende Ausweichalternativen, die aber nicht wahrgenommen werden, allenfalls im Rahmen der wettbewerblichen Beurteilung berücksichtigen.

Ein anschauliches Beispiel sind hier **liberalisierte Märkte**, etwa in den Bereichen Telekommunikation und Energie. Die Liberalisierung der **Strommärkte** hat u. a. dazu geführt, dass ein Großteil der Verbraucher einen Sondervertrag für den Strombezug abgeschlossen hat, während etwa ein Drittel der Verbraucher in der Grundversorgung verbleiben und die sich ihnen bietenden Wechselmöglichkeiten²⁸ nicht nutzen. Seit 2010 geht das Bundeskartellamt bei der Versorgung von Privathaushalten mit Strom von getrennten Märkten für die Belieferung von Grundversorgungskunden und Sondervertragskunden aus²⁹. Ein Argument hierfür ist, dass auch die Energieversorgungsunternehmen erkennbar zwischen einer „wechselwillige[n], mobile[n] und dem Internet zugewandte[n] Kundenschicht“ einerseits und den bewusst oder unbewusst in der Grundversorgung verbleibenden Kunden andererseits differenzieren. Auch bei der Gasversorgung differenziert das Bundeskartellamt seit dem Jahr 2014 zwischen Kunden in der Grundversorgung und solchen mit Sonderverträgen³⁰. Dabei hat das Bundeskartellamt insbesondere darauf abgestellt, dass bei einer Belieferung durch den Grundversorger auf Basis

²⁶ BGH, 22.09.1987, WuW/E BGH 2433, 2436 f. – Gruner + Jahr – Zeit II sowie BGH, 25.06.1985, WuW/E BGH 2150, 2153 – Edelstahlbestecke.

²⁷ Vgl. BGH 16.01.2008 - KVR 26/07 – Kreiskrankenhaus Bad Neustadt, Rdnrn. 65 ff.

²⁸ Anzumerken ist gleichwohl, dass ein Teil der vom Grundversorger belieferten Verbraucher aufgrund negativer Bonitätsbewertungen effektiv auch über keine Wechselmöglichkeiten verfügt.

²⁹ Siehe etwa B8 – 107/09 – Integra/Thüga, Rdnr. 35 ff., abrufbar unter: http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/DE/Entscheidungen/Fusionskontrolle/2009/B8-107-09.pdf?__blob=publicationFile&v=3.

³⁰ B8 – 69/14 – EWE/VNG, Rdnr. 168 ff., abrufbar unter: http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/DE/Entscheidungen/Fusionskontrolle/2014/B8-69-14.pdf?__blob=publicationFile&v=2. Hier wurden allerdings auch die unterschiedlich hohen Konzessionsabgaben (Rdnr. 175) und die Tatsache, dass ein Teil der Verbraucher aufgrund einer negativen Bonitätsbewertung effektiv über keine Wechselmöglichkeiten verfügt (Rdnr. 176), in die Marktabgrenzung einbezogen.

eines Sondervertrages eine ausdrückliche Auswahlentscheidung vorliege, bei der Belieferung in der Grundversorgung hingegen nicht. Auch hier ist also – neben weiteren Kriterien – von Bedeutung, ob die Verbraucher aktiv am Markt teilnehmen oder nicht³¹.

Die entscheidende, wohl nur im Einzelfall zu beantwortende Frage lautet dann: Welches Gewicht kann solchen Ausweichalternativen beigemessen werden, die objektiv existent sind, faktisch aber von den Verbrauchern oder einem Teil der Verbraucher nicht wahrgenommen werden? Plakativer ausgedrückt: Schützt das Kartellrecht auch denjenigen Verbraucher vor überhöhten Preisen, der mit seinem Stromversorgungsvertrag in der Grundversorgung verbleibt, obwohl günstigere Anbieter zur Verfügung stehen? Schützt es die Verbrauchererwartung, bei der Auswahl eines Krankenhauses das eigene Bundesland nicht zu verlassen, auch wenn hierdurch entscheidende und gleichwertige Ausweichalternativen wegfallen?

Soweit das Bundeskartellamt auf abstrakt-typisierende Modelle zum Verbraucherverhalten zurückgreift, orientieren diese sich zwar regelmäßig im Ausgangspunkt am *Homo oeconomicus*. Dies ist jedoch nicht die Folge eines realitätsfernen Verbraucherleitbildes, sondern wird lediglich als Annäherung im Rahmen des Modells zugrunde gelegt³². Auch wirkt sich irrationales Verbraucherverhalten nicht in jedem Fall maßgeblich auf die kartellrechtliche Beurteilung aus. Besteht eine hinreichend große Gruppe informierter und preissensibler Verbraucher, so kann diese unter Umständen die uninformierten und trägen Verbraucher „mitschützen“. Denn der drohende Verlust der wechselbereiten Abnehmer kann bereits dafür sorgen, dass sich Preiserhöhungen für den Anbieter nicht lohnen³³. Dies setzt allerdings voraus, dass der Anbieter nicht zwischen den verschiedenen Verbrauchergruppen differenzieren kann.

b) Systemmärkte

Deutlich wird die Rolle von Verbraucherpräferenzen und Verbraucherverhalten auch bei der wettbewerblichen Betrachtung von Systemmärkten bzw. bei der Entscheidung, ob sog. *Aftermarkets* einen eigenen sachlichen Markt darstellen. Die Frage stellt sich immer dann, wenn

³¹ Vgl. hierzu aber auch den Tätigkeitsbericht des Bundeskartellamtes für die Jahre 2013/2014 in der Bundestages-Drucksache 18/5210, abrufbar unter <http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Taetigkeitsberichte/Bundeskartellamt%20-%20%C3%A4tigkeitsbericht%202014.html?nn=3591134>, S. 101 f.

³² Dazu *Möller*, Verbraucherbegriff und Verbraucherwohlfaht im europäischen und amerikanischen Kartellrecht, Bonn 2008, S. 40 f. sowie *Ackermann*, Kartellrecht und Verbraucherschutzrecht: Zur Notwendigkeit eines gemeinsamen Verbraucherleitbildes, in: Herausforderungen für die Wettbewerbsordnung – Kartellrecht zwischen Industriepolitik und Verbraucherschutz. Referate des 46. FIW-Symposiums, Köln 2013, S. 78.

³³ Siehe auch den Tätigkeitsbericht des Bundeskartellamtes für die Jahre 2013/2014 in der Bundestages-Drucksache 18/5210, abrufbar unter <http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Taetigkeitsberichte/Bundeskartellamt%20-%20%C3%A4tigkeitsbericht%202014.html?nn=3591134>, S. 102.

Produkte nur in Verbindung mit dem fortlaufenden Bezug von zusätzlichem Verbrauchsmaterial oder Dienstleistungen nutzbar sind. Beispiele sind etwa Systemrasierer, Drucker, Heizungen, Kaffeekapselmaschinen und Sodasprudler. Hier kann für die Anbieter ein Anreiz dazu bestehen, das Primärprodukt (Gerät) relativ günstig anzubieten und den eigentlichen Gewinn über den Absatz der Sekundärprodukte (Verbrauchsmaterialien) zu erzielen. Hintergrund können unterschiedliche Zahlungsbereitschaften verschiedener Abnehmergruppen sein, aber auch im Sinne der Verhaltensökonomie beschränkt rationales Verbraucherverhalten. Wenn das Primärprodukt einmal erworben ist, kann es zu einem *lock-in*-Effekt kommen³⁴. Hierdurch werden u. U. Preiserhöhungsspielräume der Anbieter auf den Märkten für die Sekundärprodukte eröffnet. Kopplungsgeschäfte erzeugen bzw. verstärken zudem Informationsdefizite auf Verbraucherseite, weil ihnen die Einschätzung der auf dem Sekundärmarkt entstehenden Kosten schwer fällt³⁵.

Wenn die deutsche Kartellrechtsanwendung hier im Rahmen der Marktabgrenzung zur Annahme separater Primär- und Sekundärmärkte tendiert, so kann damit in gewisser Weise auch ein Schutz von Verbrauchern vor den Folgen möglicher Einschätzungsfehler bewirkt werden³⁶. Beispielhaft zeigt sich dies bei einem Verfahren, das die französische Autorité de la Concurrence gegen den Anbieter von Nespresso-Kaffeemaschinen und zugehörigen Kaffeekapseln geführt hat³⁷. Nespresso hatte hier verschiedene technische Veränderungen an den Maschinen vorgenommen, die dazu führten, dass aus Kapseln von Drittanbietern teilweise kein oder nicht genug Kaffee extrahiert werden konnte. Nespresso hatte außerdem in Hinweisen auf Geräten selbst, auf Verpackungen, in den Gebrauchsanleitungen und in öffentlichen Statements darauf hingewiesen, dass nur die Verwendung von Nespresso-Kapseln dem bestimmungsgemäßen Gebrauch der Maschinen entspreche und diese andernfalls beschädigt werden könnten. Die Autorité de la Concurrence hat separate sachliche Märkte für Espresso-Kap-

³⁴ Dreher/Glöckle, Zeitschrift für Wettbewerbsrecht (ZWeR) 2014, 233, 238.

³⁵ Vgl. etwa die Ausführungen von Drexel, Die wirtschaftliche Selbstbestimmung des Verbrauchers, Tübingen 1998, S. 151 ff, zur Kodak-Entscheidung des U.S. Supreme Court.

³⁶ Siehe etwa BGH, 4.3.2008 – KVR 21/07 „Soda Club II“, Rdnr. 15: „(...) Wird durch die Wahl eines auf eine längerfristige Benutzung angelegten Systems ein davon abgeleiteter spezifischer Bedarf nach einem Betriebsmittel geweckt, kommt es (...) entscheidend darauf an, welche Alternativen sich für den Nachfrager, der sich bereits für ein System entschieden hat, bei der Wahl des Betriebsmittels stellen (...). Wettbewerbskräfte, die in einer solchen Situation beim Nachfrager Zweifel an der Entscheidung für ein bestimmtes System wecken können, sind nicht bei der Bestimmung des relevanten Marktes, sondern – im deutschen Kartellrecht üblicherweise als Substitutionswettbewerb bezeichnet – bei der Frage einer überragenden Marktstellung zu berücksichtigen.“

³⁷ Décision n° 14-D-09 vom 14. September 2014, abrufbar unter <<http://www.autoritedelaconurrence.fr/pdf/avis/14d09.pdf>>.

selmaschinen und für mit Nespresso-Maschinen kompatible Kapseln abgegrenzt, wobei Nespresso mit Umsatz-Marktanteilen von 73 % bzw. 85 % im Jahr 2012 wohl auf beiden Märkten eine marktbeherrschende Stellung gehabt haben dürfte. Die Behörde hielt das Verhalten von Nespresso für missbräuchlich und hat das Verfahren im Jahr 2014 mit einer Zusagenentscheidung eingestellt.

2. Verbraucherverhalten und missbräuchliche Praktiken

Beim Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung wird zwischen Ausbeutungs- und Behinderungsmissbrauch unterschieden. Während beim Ausbeutungsmissbrauch der Vorwurf in der Ausbeutung der Verbraucher als Marktgegenseite besteht³⁸, bezieht sich der Behinderungsmissbrauch auf Aktivitäten gegenüber den Wettbewerbern. Auch in diesem Bereich kann beschränkt rationales Verbraucherverhalten eine Rolle spielen. Ein zentrales Feld sind hier – im Kartellrecht wie im Verbraucherrecht – Kopplungen bzw. Kombinationen von Produkten bzw. Dienstleistungen durch die Anbieterseite, die Beurteilungsfehler oder Transaktionskosten ausnutzen können. Das gilt ganz besonders für den sog. *default bias*, also die Tendenz, bei einer **Voreinstellung** zu bleiben. Dies machen sich etwa Reiseanbieter oder Fluggesellschaften zunutze, die zusätzliche Leistungen wie Reiserücktrittsversicherungen vorauswählen, so dass der Verbraucher diese kostenpflichtig mit bucht, wenn er sie nicht aktiv abwählt.

Der Europäische Gerichtshof hat hierzu – für den Bereich des Verbraucherrechts – entschieden, dass es mit europäischem Recht unvereinbar ist, wenn Buchungsportale kostenpflichtige Zusatzleistungen wie eine Reiserücktrittsversicherung vorauswählen und dem Kunden dann mit dem Gesamtpreis in Rechnung stellen. Ein kundenseitig erforderliches, ausdrückliches „Opt-out“, stehe im Widerspruch mit Art. 23 der Verordnung 1008/2008 über die Durchführung von Luftverkehrsdiensten³⁹. Die Verordnung verfolgt ausweislich ihres 16. Erwägungsgrundes ausdrücklich das Ziel, die Verbraucher in die Lage zu versetzen, „die Preise verschiedener Luftfahrtunternehmen für Flugdienste effektiv zu vergleichen“. Der EuGH hat die Frage, ob der Begriff der „Zusatzkosten“ auch eine Reiserücktrittsversicherung umfasst, bejaht. Er hat dies insbesondere mit dem Zweck der Vorschrift begründet, die Verbraucher davor zu schützen, zusätzlich zum Flug Leistungen in Anspruch zu nehmen, die sie nicht unbedingt be-

³⁸ Siehe dazu unten S. 28 f.

³⁹ Verordnung (EG) Nr. 1008/2008 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 24. September 2008 über gemeinsame Vorschriften für die Durchführung von Luftverkehrsdiensten in der Gemeinschaft, ABl. 2008 L293/3.

nötigen. Der Gerichtshof weist daneben darauf hin, dass auch die Verbraucherrechterichtlinie⁴⁰ in ihrem Art. 22 vorsieht, dass Unternehmen die ausdrückliche Zustimmung des Verbrauchers zu Zusatzleistungen einholen müssen und diese nicht durch Voreinstellungen herbeiführen dürfen.

In kartellrechtlicher Hinsicht sind solche Voreinstellungen in zwei Behinderungsmissbrauchsverfahren der Europäischen **Kommission gegen Microsoft** zu Bekanntheit gelangt. In einem Fall ging es u.a. um die Kopplung des Windows Media Players an das Betriebssystem Windows, die nach Einschätzung der Europäischen Kommission missbräuchlich war⁴¹. Dementsprechend verpflichtete die Kommission Microsoft dazu, Windows auch ohne den Media Player anzubieten. Ein späterer Fall betraf dann die Kopplung des Microsoft Internet Explorers mit dem Betriebssystem Windows⁴². Auch hier ging die Kommission davon aus, dass Microsoft seine beherrschende Stellung im Markt für Client-PC-Betriebssysteme missbrauche. Zwar berücksichtigt die Kommission bei der Beurteilung potentieller Abschottungseffekte der Kopplung des Internet Explorers an Windows, dass die von Wettbewerbern angebotenen Webbrowser mit verhältnismäßig geringem Aufwand im Internet heruntergeladen werden könnten. Dem stehe jedoch entgegen, dass alternative Anbieter „zunächst die Trägheit der Anwender überwinden“ müssten. Der Verbraucher müsse sich der Existenz eines Alternativprodukts insoweit überhaupt erst bewusst werden; er müsse sodann den mit der Installation eines anderen Browsers verbundenen Such- und technischen Aufwand überwinden. Diese Zutrittsschranken seien zu hoch; es bestehe nämlich – so die Kommission nochmals ausdrücklich – „ein[e] gewiss[e] Kundenträgheit“⁴³. Die Kommission hat hier also auf ein möglicherweise beschränkt rationales Verhalten der Verbraucher abgestellt. Sofern beschränkt rationales Verbraucherverhalten einen Marktmissbrauch erleichtert oder überhaupt erst ermöglicht, ist dies also durchaus auch zulasten des Normadressaten berücksichtigungsfähig⁴⁴.

⁴⁰ Richtlinie 2011/83/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Oktober 2011 über die Rechte der Verbraucher, zur Abänderung der Richtlinie 93/13/EWG des Rates und der Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates sowie zur Aufhebung der Richtlinie 85/577/EWG des Rates und der Richtlinie 97/7/EG des Europäischen Parlaments und des Rates, ABl. 2011 L 304/64.

⁴¹ Entscheidung der Kommission vom 24.5.2004 in der Sache COMP/C-3/37.792 – Microsoft.

⁴² Beschluss der Kommission vom 16.12.2009 in der Sache COMP/C-3/39.530 – Microsoft (Kopplung).

⁴³ Rdnrn. 47 f. des Beschlusses. In den darauffolgenden Rdnrn. untermauert die Kommission die mangelnde Wechselwilligkeit und das Informationsdefizit aufseiten der Verbraucher mittels entsprechender Daten aus Befragungen.

⁴⁴ Dagegen hat der Europäische Gerichtshof in einem lauterkeitsrechtlichen Kontext entschieden, dass die Kopplung einer Hardware mit einer vorinstallierten Software grundsätzlich nicht gegen die UGP-Richtlinie verstößt, sofern der Verbraucher hierüber vor dem Kauf informiert war, siehe EuGH, 7.9.2016, Rs. C-310/15 *Vincent Deroo-Blanquart ./ Sony Europe Limited*, ECLI:EU:C:2016:633.

Eine ähnliche Bedeutung hat das Verbraucherverhalten in dem von der Europäischen Kommission derzeit gegen Google geführten Verfahren, wo es um die „Kopplung“ der Suchmaschine mit **Google Shopping** geht⁴⁵. Nach den öffentlich bekannten Informationen besteht der Vorwurf darin, dass das eigene Vergleichsprodukt Google Shopping in den Suchergebnissen der allgemeinen Google-Suche gegenüber Wettbewerbern bevorzugt dargestellt und hierdurch der Nutzerverkehr („traffic“) auf dieses Angebot umgeleitet wird. Entscheidende Bedeutung kommt dabei dem Umstand zu, dass die Wahrnehmung der Ergebnisliste durch die Nutzer sehr selektiv erfolgt und stark von der visuellen Darstellung abhängt.

C. Wettbewerbsschutz und Verbraucherinteressen

Die Durchsetzung des Kartellrechts wirkt sich regelmäßig – unmittelbar oder mittelbar – zu Gunsten der Verbraucher aus (unter I.). In Einzelfällen kann sich aber die Frage stellen, ob ein intensiver Wettbewerb negative Auswirkungen auf die Gesetzestreue von Anbietern haben kann bzw. welche begleitenden Maßnahmen erforderlich sind, um dies zu verhindern (unter II.) Umgekehrt werden bestimmte Verbraucherinteressen bei der Rechtfertigung von Wettbewerbsbeschränkungen ins Feld geführt und können damit ihrerseits Einfluss auf die Kartellrechtsanwendung haben. Hier ist sehr genau zwischen echten und nur scheinbaren Verbraucherinteressen bzw. Interessen nur eines kleinen Teils der Verbraucher zu differenzieren (unter III.).

I. Verbrauchernutzen durch Kartellrechtsdurchsetzung

Die Kartellrechtsdurchsetzung in den Bereichen Kartellverbot, Missbrauchskontrolle und Fusionskontrolle schützt in einer Vielzahl von Fällen direkt oder indirekt die privaten Endverbraucher.

Bei der **Kartellverfolgung** zeigt sich dies schon daran, dass etliche der in den vergangenen Jahren beuößten Kartelle Güter betrafen, die unmittelbar verbraucherrelevant sind. So hat das Bundeskartellamt Bußgelder gegen Brauereien wegen Preisabsprachen über die gemeinsame Anhebung der Abgabepreise für einen Kasten Bier verhängt⁴⁶. Ferner wurden Absprachen von Wurstherstellern über Preisspannen und Gebietsabsprachen von Zuckerherstellern

⁴⁵ Siehe die Pressemitteilung der Europäischen Kommission vom 14.7.2016: Weitere Schritte der Kommission in Untersuchungen zum Preisvergleichsdienst und zu den Werbepraktiken von Google wegen mutmaßlichen Verstoßes gegen EU-Vorschriften, abrufbar unter: http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-2532_de.htm.

⁴⁶ Siehe den Fallbericht zum Bußgeldverfahren gegen Bierbrauer wegen Preisabsprechen, abrufbar unter: <http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/DE/Fallberichte/Kartellverbot/2014/B10-105-11.html>.

bebußt, die ebenfalls der Durchsetzung höherer Abgabepreise dienen⁴⁷. Neben diesen klassischen Horizontalabsprachen hat das Bundeskartellamt auch Bußgelder wegen vertikaler Preisbindung bezüglich bestimmter Produkte aus den Bereichen Süßwaren, Kaffee, Tiernahrung, Bier und Körperpflegeprodukten verhängt. Geahndet wurde hier die Beeinflussung der Ladenpreisgestaltung durch Druckausübung einer Vertragspartei oder die Gewährung monetärer Anreize sowie die Koordination der Händlerpreise durch die Moderation eines Herstellers⁴⁸. In all diesen Fällen handelte es sich um Güter, die entweder in vollem Umfang oder jedenfalls zu großen Teilen von privaten Endverbrauchern nachgefragt werden. Der durch illegale Absprachen – ob sie nun im Horizontal- oder im Vertikalverhältnis erfolgen – entstehende Schaden kann vielfach letzten Endes den Verbraucher treffen.

Eine unmittelbare Mit-Durchsetzung von Verbraucherrecht bzw. Verbraucherinteressen findet im Bereich der **Missbrauchskontrolle** statt⁴⁹. Gegenüber Monopolisten – wie es sie etwa in den Bereichen der Wasser- oder Wärmeversorgung noch gibt – ist der Verbraucher mangels Ausweichmöglichkeit bei der Belieferung gefangen. Hier schützen die vom Bundeskartellamt geführten Missbrauchsverfahren den Verbraucher vor Ausbeutung und verhelfen ihm unmittelbar zur Durchsetzung seines Anspruchs auf einen angemessenen, nicht überhöhten Preis.

So hat das Bundeskartellamt in den vergangenen Jahren verschiedene Preishöhenmissbrauchsverfahren erfolgreich abgeschlossen, etwa gegen Heizstromversorger⁵⁰, Wasserversorger⁵¹ und Fernwärmeversorger⁵². In diesen Verfahren kam es entweder zu Rückerstattungen an die Verbraucher oder zur bindenden Vereinbarung von Preissenkungen für die Zukunft.

Auch die **Fusionskontrolle**, die auf die Vermeidung vermachteter Angebotsstrukturen zielt, bringt in vielen Fällen direkte Vorteile für Verbraucher mit sich. Hier war der prominenteste

⁴⁷ Siehe die Pressemitteilung zum Bußgeldverfahren gegen Wursthersteller, abrufbar unter: http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/DE/Pressemitteilungen/2014/15_07_2014_Wurst.html sowie die Pressemitteilung zum Bußgeldverfahren gegen Zuckerhersteller unter: http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/DE/Pressemitteilungen/2014/18_02_2014_Zucker.html.

⁴⁸ Siehe die Pressemitteilung, abrufbar unter http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/DE/Pressemitteilungen/2015/18_06_2015_Vertikalfall.html mit verschiedenen Fallberichten.

⁴⁹ Zum Verhältnis von kartellrechtlicher Missbrauchskontrolle und der Durchsetzung von Verbraucherrecht, insbesondere im Bereich allgemeiner Geschäftsbedingungen, siehe unten S. 26 ff.

⁵⁰ Siehe die Pressemitteilung, abrufbar unter: http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/DE/Pressemitteilungen/2015/03_11_2015_Entega.html?nn=3591286.

⁵¹ Siehe die Pressemitteilungen, abrufbar unter: http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/DE/Pressemitteilungen/2014/07_05_2014_BWB.html und http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/DE/Pressemitteilungen/2015/19_10_2015_WSW_neu.html. In Berlin ist es damit für die Jahre 2012 bis 2018 insgesamt zu Preissenkungen in Höhe von mehr als 440 Mio. Euro gekommen.

⁵² Siehe die Pressemitteilung, abrufbar unter: http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/DE/Pressemitteilungen/2015/16_10_2015_Fernw%C3%A4rme.html.

Fall des vergangenen Jahres die Untersagung des Erwerbs von rund 450 Kaiser's Tengelmann-Filialen durch EDEKA⁵³. Das Bundeskartellamt ist davon überzeugt, dass der Vollzug dieses Zusammenschlusses die Ausweichmöglichkeiten der Verbraucher auf den ohnehin hoch konzentrierten, regionalen Absatzmärkten stark einschränken und damit den Qualitätswettbewerb vermindern sowie Preiserhöhungsspielräume für die verbliebenen Wettbewerber eröffnen würde.

II. Negative Auswirkungen von Wettbewerb auf Verbraucherinteressen?

Mitunter wird geltend gemacht, dass harter Wettbewerb auch negative Auswirkungen für Verbraucher haben kann. So könnten niedrige Marktzutrittschancen und ein hoher Wettbewerbsdruck Anbietern ggf. einen besonderen Anreiz dafür geben, bestimmte Standards abzusenken, um trotz niedriger Preise profitabel zu bleiben. Bei der Liberalisierung ehemals monopolistischer Märkte wie dem Telekommunikationsbereich hat sich gezeigt, dass das Preisniveau sinkt, dass wohlgleich aber besonders schutzbedürftige Verbraucher mit niedrigen Einkommen von komplexeren Vertragsmodellen häufig überfordert waren und ungünstige Verträge abgeschlossen haben⁵⁴. Teils liegt dies an der oben beschriebenen Möglichkeit zur Ausnutzung typischer Einschätzungsfehler der Verbraucher⁵⁵. Es gilt sicherzustellen, dass intensiver Wettbewerb nicht zu einer Verschlechterung des Wettbewerbs führt, sondern im Rahmen des geltenden Rechts – einschließlich verbraucherrechtlicher Vorgaben – geführt wird. Sofern sich im Einzelfall derartige Probleme stellen, kann die Lösung also nicht ein „Weniger“ an Wettbewerb sein, sondern nur in der Stärkung einer effektiven Verbraucherrechtsdurchsetzung bestehen.

III. Wettbewerbsbeschränkungen zu Gunsten von Verbraucherinteressen?

Verschiedentlich sind Verbraucherinteressen als Rechtfertigung für Wettbewerbsbeschränkungen anerkannt worden. Dies gilt für den technischen Verbraucherschutz – etwa den Bereich Verkehrssicherheit⁵⁶ – ebenso wie für den Bereich des wirtschaftlichen Verbraucherschutzes. Im Kartellrecht sind Wettbewerbsbeschränkungen anerkannt, die aufgrund von Effizienzgewinnen letztlich zu Vorteilen für die Verbraucher führen. In der praktischen Kartellrechtsdurchsetzung werden Verbrauchervorteile vor allem als Rechtfertigung vertikaler Wett-

⁵³ Die Entscheidung ist veröffentlicht und unter http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/DE/AktuelleMeldungen/2015/09_07_2015_Ver%C3%B6ffentlichung_Entscheidungen_Edeka_Tengelmann.html abrufbar.

⁵⁴ Cseres, Competition Law and Consumer Protection, Den Haag 2005, S. 327.

⁵⁵ Siehe oben S. 8 ff.

⁵⁶ Breuer, Das EU-Kartellrecht im Kraftfeld der Unionsziele, Baden-Baden 2013, S. 381 ff.

bewerbsbeschränkungen vorgetragen. In der Tat besteht hier – im Vergleich zu Horizontalvereinbarungen oder missbräuchlichen Verhaltensweisen – ein größeres Effizienzpotenzial. Prominente Beispiele aus der Fallpraxis des Bundeskartellamtes sind die Verfahren gegen Hotelbuchungsportale und gegen Vertikalbeschränkungen im Internetvertrieb.

Das Bundeskartellamt hat im Jahr 2013 festgestellt, dass die von dem Online-Hotelportal HRS zuvor angewendete **Bestpreisklausel** gegen § 1 GWB bzw. Art 101 Abs. 1 AEUV verstieß⁵⁷. Gegenstand des Verfahrens war eine sog. „weite Bestpreisklausel“. Einem auf dem Hotelportal HRS aktiven Hotel war es danach nicht erlaubt, ein auf HRS angebotenes Zimmer bei gleichen sonstigen Konditionen auf einem anderen Vertriebskanal zu einem günstigeren Preis anzubieten. Die Beteiligte argumentierte im Verfahren, dass die angewendete Bestpreisklausel neben der Beseitigung eines Trittbrettfahrerproblems auch für die Verbraucher wesentliche Vorteile mit sich brächte. Durch die Verpflichtung der Hotels, auf anderen Vertriebswegen keine niedrigeren Preise für das gleiche Hotelzimmer zu verlangen, reduzierten sich die Suchkosten der Verbraucher. Diese müssten nunmehr nicht mehr die Webseiten verschiedener Hotels durchsuchen, sondern fänden auf der Webseite von HRS die jeweils günstigsten Preise der Hotels.

Infolge eines Einheitspreises ggf. verringerte Suchkosten der Verbraucher konnten hier aber nicht als Legitimation für die angewandten Bestpreisklauseln anerkannt werden: Die Sicherstellung eines Einheitspreises über alle Vertriebskanäle führt in erster Linie zu einem insgesamt höheren Preisniveau und somit zu erheblichen Nachteilen für die Verbraucher. Letztlich verhindern die Klauseln, dass an anderer Stelle niedrigere Hotelpreise angeboten werden können. Damit beeinträchtigen Bestpreisklauseln sowohl den Wettbewerb zwischen den Hotels, als auch den Wettbewerb zwischen den verschiedenen Hotelbuchungsportalen.

Wenn auch Hotelportale in der Praxis Vorteile für Verbraucher bringen, so sind es nicht die Bestpreisklauseln, die die Markttransparenz herstellen und den Verbrauchern eine effiziente Hotelsuche ermöglichen. Hotelportale erleichtern den Verbrauchern die Suche und den Vergleich verschiedener Hotels, ohne dass es hierfür auf die Verwendung einer Bestpreisklausel ankäme. Kunden, die den günstigsten Preis für ein bestimmtes Hotel suchen, können z.B. ver-

⁵⁷ Vgl.: Bundeskartellamt, 20. Dezember 2013, B9-66/10 – HRS, diese Entscheidung wurde durch das Oberlandesgericht Düsseldorf bestätigt; vgl.: OLG Düsseldorf, Beschluss vom 9. Januar 2015 – VI-Kart 1/14 (V) – HRS-Bestpreisklauseln.

schiedene Vertriebskanäle einzeln prüfen oder Preisvergleichsportale nutzen. Dass die Bestpreisklausel zu einer relevanten Verringerung von Suchkosten für die Verbraucher führt, war nicht zu erwarten.

Auch in den Verfahren gegen die von Sportartikelherstellern angewendeten **Plattformverbote**⁵⁸ für die an ihrem selektiven Vertriebssystem teilnehmenden Händler wurden Verbraucherinteressen als Rechtfertigung angeführt. Der Laufschuhhersteller ASICS begründete das von ihm angewendete Plattformverbot beispielsweise mit der notwendigen Kundenberatung beim Vertrieb seiner Produkte. Die individuelle Beratung des Kunden im Hinblick auf den Kauf von Laufschuhen sei mittels einer Online-Plattform nicht möglich und könne nur im stationären Handel sachgerecht erfolgen.

Das Bundeskartellamt folgte dieser Argumentation nicht. Mit Blick auf die zunehmende Vernetzung des Internethandels mit dem stationären Handel würden mittlerweile viele Endkunden in diversen Produktbereichen online- und stationäre Vertriebskanäle parallel nutzen. Auch würden neue Einkaufskonzepte angeboten, die den Online- und den Offlinehandel miteinander verknüpfen. Ferner würde durch das Internet die Informationsasymmetrie für den Verbraucher in Bezug auf die Qualität des Angebots verringert. Endverbraucher könnten sich insoweit nicht nur auf den Websites der Hersteller oder Händler informieren, sondern auch in Internetforen und auf Online-Marktplätzen Bewertungen oder Kommentierungen austauschen. Produktbezogene Informationen, auch in Form von Produktvideos, Beratung über eine Hotline sowie die Möglichkeit, die Laufschuhe bei Nichtgefallen ggf. zurück zu schicken, böten dem Verbraucher auch beim Vertrieb über Online-Marktplätze eine ausreichende Beratungsqualität. Letztlich überzeugte die Argumentation von ASICS auch deshalb nicht, da ASICS selbst seine Produkte über eine Webseite vertreibt.

Die Rechtfertigung von vertikalen Wettbewerbsbeschränkungen mit dem Argument verbesserter Kundenberatung wirft allerdings auch weitere Fragen auf⁵⁹: Ist die Maßnahme zielgenau? Stehen dem Hersteller weniger wettbewerbsbeschränkende Maßnahmen zur Verfügung, um eine hinreichend hohe **Beratungsqualität** sicherzustellen? Wie sind jene Kunden zu

⁵⁸ Vgl.: Bundeskartellamt, Fallbericht: adidas gibt pauschale Verkaufsverbote über Online-Marktplätze auf, 19. August 2014, B3-137/12, abrufbar unter <http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/DE/Fallberichte/Kartellverbot/2014/B3-137-12.pdf?blob=publicationFile&v=2>; Bundeskartellamt, Beschluss, 26. August 2015, B2-98/11 – ASICS, abrufbar unter http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/DE/Entscheidungen/Kartellverbot/2015/B2-98-11.pdf;jsessionid=AA6ED79800CC7DE17574E-ECC1ADF3238.1_cid371?blob=publicationFile&v=3.

⁵⁹ Vgl.: Ewald (2012), The economics of resale price maintenance – Why Europe is right not to follow the USA on the slippery slope of Leegin, *Journal of European Competition Law & Practice*, 3(3), 300-307.

berücksichtigen, die überhaupt keine Beratung wünschen? Es ist ja durchaus denkbar, dass unter den Verbrauchern ein unterschiedlicher Beratungsbedarf besteht, etwa weil einige Verbraucher das Produkt deutlich häufiger erwerben als andere und diese daher bereits vor dem Kauf umfassende Kenntnis über das Produkt haben. Typischerweise bepreisen Händler ihre Beratungsleistung nicht separat, so dass die durchschnittlichen Beratungskosten in den Produktpreis eingehen. Zum einen kann dies dazu führen, dass Kunden ohne Beratungsbedarf letztlich die Kunden mit Beratungsbedarf quersubventionieren. Zum anderen kann aber auch ein im Durchschnitt „zu hohes“ Beratungsniveau mit „zu hohen“ Preisen die Folge sein⁶⁰.

Ein weiteres Argument für die Legitimation von vertikalen Wettbewerbsbeschränkungen ist der **Schutz eines Markenimages**⁶¹. Theoretisch ist denkbar, dass die Wahrung eines hochwertigen Markenimages auch dem Verbraucher, der ein sog. Luxusgut erworben hat, einen Zusatznutzen bringt. Eine Berücksichtigung derartiger Verbraucherinteressen kommt nach dem *Pierre Fabre*-Urteil des EuGH⁶² jedoch kaum in Frage. Der Gerichtshof hatte hier entschieden, dass der Schutz eines Markenimages keine objektive Rechtfertigung sein kann, um Wettbewerbsbeschränkungen zu legitimieren⁶³. Dies gilt für den vollständigen Ausschluss des Internethandels sogar bei hochpreisigen Prestigeprodukten. Eine interessante Folgefrage ist hier, inwieweit es dem Gesetzgeber oder den rechtsanwendenden Gerichten oder Behörden zusteht, zwischen – aus ihrer Sicht – vernünftigen und weniger vernünftigen Verbraucherinteressen zu differenzieren⁶⁴.

Interessant sind daneben auch solche Fälle, in denen der Staat die Interessen von verschiedenen Verbrauchergruppen gegeneinander abwägen muss. Eine solche Situation stellt sich nicht etwa nur im Kartellrecht, sondern grundsätzlich bei der gesetzlichen Regelung von Vertragsinhalten durch zwingendes Recht. Zwingendes Verbraucherrecht zielt ja darauf ab, den Verbrauchern zu bestimmten Rechten zu verhelfen, von denen Unternehmen nicht durch anderweitige Vertragsgestaltung abweichen können. Solche Regelungen erhöhen aber regelmäßig zugleich die entstehenden Kosten und können sich damit für Verbraucher, die von der typisierenden Ratio der Regelung nicht erfasst werden, als unerwünschte Kostentreiber darstellen.

⁶⁰ Vgl. etwa *Schulz* (2007): Does the service argument justify resale price maintenance, *Journal of Institutional and Theoretical Economics*, 163(2), 236-255.

⁶¹ Vgl. auch *Inderst und Pfeil* (2014): An „Image Theory“ of RPM, Working Paper.

⁶² EuGH, 13.10.2010, Rs. C-439/09 *Pierre Fabre Dermo-Cosmétique SAS* ./ *Président de l’Autorité de la concurrence*, ECLI:EU:C:2011:649.

⁶³ Vgl. etwa *Podszun/Leber*, *Internetkartellrecht*, *Kölner Schrift zum Wirtschaftsrecht (KSzW)* 2015, 316, 322.

⁶⁴ Vgl. hierzu *Ackermann*, *Kartellrecht und Verbraucherschutzrecht: Zur Notwendigkeit eines gemeinsamen Verbraucherleitbildes*, in: Herausforderungen für die Wettbewerbsordnung – Kartellrecht zwischen Industriepolitik und Verbraucherschutz. Referate des 46. FIW-Symposiums, Köln 2013, S. 82 ff.

Ein Beispiel hierfür sind etwa die großzügigen Widerrufsrechte bei Fernabsatzgeschäften, die in Teilen des Versandhandels zu einer hohen Retourenquote geführt haben, deren Kosten auf die Gesamtheit der Kunden umgelegt werden. Informierte Verbraucher, die sich ihrer Kaufentscheidung sicher sind, haben aber nicht die Möglichkeit, zugunsten eines niedrigen Kaufpreises auf ihr Widerrufsrecht zu verzichten⁶⁵. Die Abwägung der unterschiedlichen Interessen verschiedener Verbrauchergruppen gegeneinander ist also keine kartellrechtliche Besonderheit, sondern dürfte im Verbraucherschutzbereich sogar weitaus häufiger vorkommen.

D. Verbraucherschutz und kartellrechtliche Instrumente

Die rechtlichen Instrumente und Ansatzpunkte von Verbraucherschutz und Kartellrecht unterscheiden sich im Ausgangspunkt deutlich. Sie können sich in der Praxis aber ergänzen oder auch parallel zur Anwendung kommen. Auf Seiten des Verbrauchers kann erhöhte Transparenz den Wettbewerb beleben, wofür die beim Bundeskartellamt eingerichtete Markttransparenzstelle für Kraftstoffe ein Beispiel ist (unter I.). Eine deutliche Parallelität besteht im Bereich des Ausbeutungsmissbrauchs, wo kartellrechtliche Regeln den Verbraucher vor überhöhten Preisen und nachteiligen Konditionen marktbeherrschender Anbieter schützen (unter II.). Viel diskutiert, aber weniger eindeutig ist die Bewertung von Praktiken der Preisdifferenzierung, wo Transparenzvorgaben genauso in Betracht kommen wie Grenzen aus dem kartellrechtlichen Missbrauchsverbot (unter III.).

I. Verbraucherschutz und Wettbewerbsförderung durch Erhöhung der Transparenz

1. Markttransparenzstelle für Kraftstoffe

Regulatorische Eingriffe, die die Vergleichbarkeit von Angeboten verschiedener Unternehmen verbessern sollen, können aus wettbewerbspolitischer Sicht ambivalent sein, wenn sie zugleich eine höhere Markttransparenz für die Anbieter selbst schaffen⁶⁶. So wie die für Verbraucher erhöhte Markttransparenz für sich genommen wettbewerbsfördernd und wohlfahrtserhöhend wirkt, können hierdurch nämlich im Fall von konzentrierten Märkten wettbewerbschädliche Wirkungen eintreten, wenn die zusätzliche Transparenz eine Koordinierung zwischen den Anbietern erleichtert.

Als aus wettbewerblischer Sicht positives Beispiel eines transparenzerhöhenden staatlichen Eingreifens kann die Markttransparenzstelle für Kraftstoffe genannt werden, die seit dem Jahr

⁶⁵ Siehe dazu *Eidenmüller*, Die Rechtfertigung von Widerrufsrechten, *Archiv für die civilistische Praxis (AcP)* 210 (2010), 67 ff.

⁶⁶ *Dewenter/Löw*, Kommunikation zwischen Unternehmen als kollusives Instrument: Eine ökonomische Betrachtung, *NZKart* 2015, 458, 459.

2013 vom Bundeskartellamt betrieben wird. Hier müssen die Inhaber der Preishoheit an öffentlichen Tankstellen Preisänderungen für die Kraftstoffsorten Super E5, Super E10 und Diesel „in Echtzeit“ melden, wobei die eingehenden Daten von der Markttransparenzstelle für Kraftstoffe an Anbieter von Verbraucher-Informationsdiensten weitergegeben werden. Bei diesen können die Verbraucher sich dann per Internet oder Smartphone-App darüber informieren, welche Tankstelle in ihrer Umgebung oder entlang einer bestimmten Route aktuell Kraftstoff zu den günstigsten Preisen anbietet. Auf diesem Weg sorgt die Markttransparenzstelle für Kraftstoffe dafür, dass die Verbraucher ihre Auswahlentscheidungen besser informiert treffen können. Im Rahmen der Sektoruntersuchung Kraftstoffe hat das Bundeskartellamt im Mai 2011, also vor Einführung der Markttransparenzstelle, festgestellt, dass die Mitglieder des marktbeherrschenden Oligopols durch regelmäßige Preisbeobachtungen über einen flächendeckenden, ständig aktualisierten Überblick über die Preise ihrer Wettbewerber verfügten.⁶⁷ Somit bewirkt die Markttransparenzstelle für Kraftstoffe im Ergebnis, dass das zwischen den Anbietern und den Verbrauchern bestehende Informationsgefälle verringert wird, was den Wettbewerb fördern und dabei helfen kann, sicherzustellen, dass sinkende Einkaufspreise an die Verbraucher weitergegeben werden.

2. Preisangaben bei Flugbuchungen

Nicht nur das Verbraucherverhalten, sondern auch Verbraucherrechtsverstöße können erhebliche Auswirkungen auf den Wettbewerb haben. Ein prägnantes Beispiel hierfür ist der Bereich falscher oder irreführender Preisangaben. Diese können – gerade unter Berücksichtigung verhaltensökonomischer Erkenntnisse – spürbare wettbewerbliche Auswirkungen haben.

Das britische Office of Fair Trading (OFT) hat hier im Jahr 2011/2012 Verfahren gegen eine Vielzahl von Fluggesellschaften geführt⁶⁸. Diese hatten von ihnen erhobene Zusatzentgelte für die Zahlung mit Kreditkarten und anderen Bankkarten nicht in den zu Beginn des Buchungsprozesses angezeigten Preis mit einbezogen und/oder die Erhebung dieser Entgelte nicht transparent dargestellt. Das OFT befürchtete, dass die hierdurch herbeigeführte Irreführung von Verbrauchern einen Preisvergleich erschweren und effektiven Wettbewerb verhindern könne. Die vom OFT als „tröpfchenweise Gebühr“ („drip-fee“) oder Preisaufteilung („price partitioning“) bezeichnete Praxis der Fluggesellschaften nutzt aus verhaltensökonomischer Sicht referenzpunktabhängige Präferenzen der Verbraucher aus. Wenn der Verbraucher sich einmal zur Buchung eines so gefundenen Fluges entschlossen hat, wird er sich hiervon nämlich

⁶⁷ Bundeskartellamt, Sektoruntersuchung Kraftstoffe, Abschlussbericht v. Mai 2011, S. 29.

⁶⁸ Siehe den Fallbericht unter <https://www.gov.uk/cma-cases/airlines-payment-card-surcharges-investigation>.

schwieriger wieder lösen, als wenn ihm der höhere Preis inklusive der zusätzlich für die Zahlung erhobenen Entgelte von Beginn an angezeigt worden wäre. Das OFT hat mit den Fluggesellschaften Zusagenlösungen gefunden, wonach diese i. d. R. für gängige Bankkarten (*debit cards*) keine Zusatzentgelte mehr erheben und im Übrigen die Erhebung solcher Entgelte – auch für die Zahlung mit Kreditkarte – im Buchungsprozess transparent darstellen.

II. Ausbeutungsmisbrauch und Verbraucherschutz

Im Energiebereich haben sich Wettbewerbs- und Verbraucherrechtsdurchsetzung zeitweise überschritten und dabei auf den ersten Blick unterschiedliche Ziele verfolgt: Das Bundeskartellamt hat hier zum Schutz der Endverbraucher Preishöhenmissbrauchsverfahren geführt⁶⁹. Parallel gab es zivilrechtliche Verfahren, die bei der Missbräuchlichkeit von Vertragsklauseln ansetzten, die den Anbietern Preiserhöhungen ermöglichten⁷⁰. Sofern diese Klauseln tatsächlich missbräuchlich waren – wichtigster Grund hierfür war regelmäßig ihre Intransparenz – waren Preiserhöhungen unwirksam. Dabei mussten auch solche Anbieter Rückerstattungen leisten, die absolut gesehen günstige Preise angeboten hatten und eines Preishöhenmissbrauchs damit nicht verdächtig waren. Bei näherem Hinsehen ist allerdings auch die Sicherstellung von Transparenz bei Preiserhöhungsklauseln im Interesse eines funktionierenden Wettbewerbs.

Als weiterer Fall der Überlappung von Verbraucherrecht und kartellrechtlicher Missbrauchskontrolle ist das Verfahren des Bundeskartellamts gegen Facebook zu nennen⁷¹. Hier könnte ein zivilrechtliches Durchsetzungsdefizit bestehen, wenn Facebook seine Datenschutzbestimmungen trotz rechtskräftiger Urteile und daraufhin verhängter Ordnungsgelder nicht entsprechend anpasst⁷². Zugleich kann ein Verstoß gegen zwingende gesetzliche Vorgaben – insbesondere im Bereich der Kontrolle allgemeiner Geschäftsbedingungen – bei marktbeherrschenden Unternehmen einen Preishöhen- oder Konditionenmissbrauch begründen. Das GWB nennt in seinem § 19 Abs. 2 Nr. 2 als ein Regelbeispiel für den verbotenen Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung die Forderung von „Entgelten oder sonstigen Geschäftsbedingungen, [...] die von denjenigen abweichen, die sich bei wirksamem Wettbewerb mit hoher

⁶⁹ Siehe Bundeskartellamt, Sektoruntersuchung Heizstrom, Abschlussbericht v. September 2010.

⁷⁰ Siehe hierzu das zentrale Urteil des EuGH, 21.3.2013, Rs. C-92/11 *RWE Vertrieb AG ./.* Verbraucherzentrale Nordrhein-Westfalen e.V., ECLI:EU:C:2013.

⁷¹ Die Pressemitteilung über die Einleitung des Verfahren ist abrufbar unter: http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/DE/Pressemitteilungen/2016/02_03_2016_Facebook.html?nn=3591568.

⁷² Siehe hierzu *Franck*, Eine Frage des Zusammenhangs: Marktbeherrschungsmisbrauch durch rechtswidrige Konditionen, Zeitschrift für Wettbewerbsrecht (ZWeR) 2016, 137, 139 ff.

Wahrscheinlichkeit ergeben würden.“ Anders als die Fallgruppe des Behinderungsmissbrauchs, deren persönlicher Schutzbereich auf andere Unternehmen beschränkt ist, ist das Verbot des Preishöhen- und Konditionenmissbrauchs gerade auch im Verhältnis zu Endverbrauchern anwendbar. Die Prüfung der Missbräuchlichkeit kann dabei nach einem sog. normativen Ansatz erfolgen, wobei auf gesetzliche Wertentscheidungen abgestellt werden kann, wie sie sich insbesondere im Recht der missbräuchlichen Klauseln wiederfinden⁷³.

III. Individualisierte Preise aus Sicht von Kartellrecht und Verbraucherschutz

Ein weiterer Aspekt, bei dem sich Wettbewerbs- und Verbraucherrechtsdurchsetzung überlappen können, ist die Frage nach der Zulässigkeit individualisierter Preissetzung. Im Rahmen der Diskussion um die Bedeutung von „Big Data“ wird in jüngerer Zeit vermehrt problematisiert, welche Konsequenzen es hat, dass Anbieter immer bessere Kenntnisse von den Eigenschaften und Interessen einzelner Abnehmer haben, was ihnen auch eine individuell angepasste Preissetzung erlaubt⁷⁴. Preisdifferenzierung ist dabei aber kein neues Phänomen. Historisch betrachtet dürfte sie eher die Regel als die Ausnahme darstellen. Dass Händler in bestimmten Bereichen – etwa im Lebensmitteleinzelhandel – feste Preise verlangen, die für alle Verbraucher gleich sind, dürfte eher eine Besonderheit der letzten Jahrzehnte sein. Bei größeren Anschaffungen – Immobilien, Autos, Möbel, Unterhaltungselektronik usw. – sind individuelle Verhandlungen auch heute in den meisten Fällen möglich. Auch die systematische, an bestimmten Kriterien anknüpfende Preisdifferenzierung ist weit verbreitet⁷⁵.

- **Preisdifferenzierung aus Sicht der Ökonomie und des Verbraucherschutzes**

Aus ökonomischer Sicht ist grundsätzlich anerkannt, dass Preisdifferenzierung eine wohlfahrtssteigernde Wirkung entfalten kann. Preisdifferenzierung führt typischerweise zu einem höheren Absatz des betroffenen Gutes und zu höheren Gewinnen für den bzw. die Anbieter. Trotz höherer Absatzmengen kann die Konsumentenwohlfahrt aber durchaus sinken, weil der

⁷³ *Nothdurft*, in: Langen/Bunte, Kartellrecht Kommentar Band 1, 12. A. 2014, § 19 GWB Rdnr. 44.

⁷⁴ *Ezrachi/Stucke*, The Rise of Behavioural Discrimination, abrufbar unter http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2830206.

⁷⁵ *Mankiw/Taylor*, Grundzüge der Volkswirtschaftslehre, 5. A. Stuttgart 2012, S. 399 nennen als Beispiele etwa preisreduzierte Kinokarten für Schüler und Studenten, Rabattcoupons in Zeitungen, Flugtickets mit günstigeren Preisen bei einer Reise über das Wochenende sowie Mengenrabatte.

Anbieter die Zahlungsbereitschaft der Verbraucher mittels Preisdifferenzierung besser abschöpft⁷⁶. Jüngere Forschung zeigt, dass diese Ergebnisse im Fall eingeschränkt rationaler Verbraucher nicht unbedingt gelten⁷⁷: Hier kann Preisdifferenzierung zu einem Absinken der Gesamtwohlfahrt führen, wenn sie auf den „naive consumer“ abzielt und diesem schadet, während „sophisticated consumer“ andererseits wenig oder gar nicht von ihr profitieren⁷⁸.

Darüber hinaus wird personalisierte Preissetzung aus Verbraucherschutzsicht kontrovers diskutiert. Dies reicht von Datenschutzaspekten über die Befürchtung einer sozialen Diskriminierung bis hin zur verbraucherseitigen Empfindung individueller Preise als unfair, was insbesondere an einer mangelnden Transparenz einer solchen Preispolitik festgemacht wird⁷⁹.

- **Allgemeine zivilrechtliche Grenzen der Differenzierung**

Das (Verbraucher-)Zivilrecht regelt im Hinblick auf der Frage der Zulässigkeit von Preisdiskriminierung nur bestimmte Einzelaspekte. Eine Unterscheidung nach Kriterien wie Geschlecht oder Alter des Verbrauchers dürfte schon im Hinblick auf die vom Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz (AGG) gemachten Vorgaben grundsätzlich unzulässig sein, die auch für von Verbrauchern beim Erwerb von Waren und Dienstleistungen typischerweise eingegangene Verträge gelten, siehe § 2 Abs. 1 Nr. 8, § 19 Abs. 1 Nr. 1 AGG. Unklar ist, inwieweit Kriterien wie bspw. der Wohnort, das verwendete Endgerät⁸⁰ oder frühere Suchanfragen über dieselbe IP-Adresse zur Preisdifferenzierung eingesetzt werden können⁸¹. Das gilt sowohl in rechtlicher, in technischer wie auch in wirtschaftlicher Hinsicht. Die beiden letztgenannten Aspekte sollen hier nicht vertieft werden. Es wird jedenfalls teilweise sowohl in Zweifel gezogen, ob eine Diskriminierung etwa nach dem Endgerät technisch umgehungsfrei möglich ist, ob sie aus Unternehmenssicht betriebswirtschaftlich sinnvoll sein kann und ob sie – wenn sie mehr oder weniger offen vollzogen und kommuniziert wird – den Kunden gegenüber durchsetzbar wäre⁸².

⁷⁶ *Tirole* (1988), *The Theory of Industrial Organization*, MIT Press, Cambridge, Massachusetts, S. 133 ff.

⁷⁷ Vgl. hierzu *Heidhues und Köszegi* (2016), *Naivete-Based Discrimination*, *The Quarterly Journal of Economics*.

⁷⁸ Vgl. hierzu *Heidhues und Köszegi* (2014), *Using Information to Price Discriminate*, Working Paper.

⁷⁹ Sachverständigenrat für Verbraucherfragen, *Personalisierte Preise*, SVRV Working Paper, August 2016, abrufbar unter http://www.svr-verbraucherfragen.de/wp-content/uploads/2016/08/SVRV_WP_Personalisierte-Preise.pdf.

⁸⁰ Siehe dazu etwa *Die Welt* vom 26.9.2015: *iPhone-Besitzer shoppen manchmal billiger – Unterschiedliche Preise für PC- und Smartphone-Nutzer*, abrufbar unter http://www.welt.de/print/die_welt/wirtschaft/article146880922/iPhone-Besitzer-shoppen-manchmal-billiger.html.

⁸¹ Siehe *Der Tagesspiegel* vom 4.4.2016, S. 15: *Im Netz hat jeder seinen Preis*, mit einem Bericht über Endgerät, Tageszeit, mehrfache Anfragen und Wohnort als mögliche Kriterien, abrufbar unter <http://www.tagesspiegel.de/wirtschaft/online-shopping-im-netz-hat-jeder-seinen-preis/13396480.html>.

⁸² Vgl. etwa *Generalanzeiger* vom 16.7.2016, S. 7: *Sekundenschnell von billig zu teuer* (<http://www.generalanzeiger-bonn.de/news/wirtschaft/region/Sekundenschnell-von-billig-zu-teuer-article3308536.html>).

Im Übrigen ist ein allgemeines, zivilrechtliches Verbot der Preisdifferenzierung aufgrund von Kriterien, die nicht Bestandteil des AGG sind, aber nicht ersichtlich. Es erscheint auch unklar, inwieweit ein Gesetzgeber hier zusätzlich regulierend eingreifen könnte und sollte. Als denkbarer Ansatzpunkt wird teilweise eine anbieterseitige Pflicht zur Offenlegung gefordert, dass und ggf. nach welchen Kriterien preislich differenziert wird. Das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen dürfte als Rechtsquelle insoweit nicht in Betracht kommen, da es zwar hohe Transparenzanforderungen stellt, diese sich aber nur auf die Bedingungen des jeweils abgeschlossenen Vertrags als solchen beziehen. Auch aus dem Lauterkeitsrecht – der engste Zusammenhang dürfte hier noch zu § 5 UWG bestehen – ergibt sich wohl keine allgemeine Pflicht zur Offenlegung einer Preisdifferenzierung oder Ihrer Kriterien⁸³. Bei einer Neuregelung wäre jedenfalls zu bedenken, dass eine solche Offenlegung den Kern unternehmerischer Tätigkeit und die damit verbundenen Geschäftsgeheimnisse betreffen könnte.

- **Mögliche kartellrechtliche Grenzen differenzierter Verbraucherpreise**

Rechtlich gibt es danach außerhalb des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes und etwaiger Spezialregelungen⁸⁴ im Privatrecht keinen Kontrahierungszwang oder ein generelles Gebot, potentielle Vertragspartner gleich zu behandeln. Im Fall marktbeherrschender Anbieter kann eine Preisdiskriminierung jedoch aus kartellrechtlichen Gründen unzulässig sein. So hat der Bundesgerichtshof im Fall Entega II⁸⁵ ausgeführt, dass ein Missbrauch auch dann vorliegen kann, wenn ein marktbeherrschendes Unternehmen auf dem von ihm beherrschten Markt Endkunden durch Preisspaltung diskriminiert. Zwar bezog sich der zugrundeliegende Fall hauptsächlich auf eine Preisspaltung zwischen benachbarten Märkten und betraf damit § 19 Abs. 2 Nr. 3 GWB (§ 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB a. F.). Der BGH traf jedoch darüber hinaus die Aussage, wonach jedenfalls ein Missbrauch i. S. von § 19 Abs. 1 GWB vorliegt, „wenn ein Normadressat auf dem von ihm beherrschten Markt Endkunden durch Preisspaltung diskriminiert.“⁸⁶ Die Frage nach der Zulässigkeit der Preisdifferenzierung gegenüber Endverbrauchern durch

⁸³ Vgl. hierzu *Weidert*, in: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, UWG Kommentar, 3. Auflage 2013, § 5 Rdnr. 22. Danach ist lediglich eine Preisspaltung etwa zwischen verschiedenen Verkaufsstellen oder Vertriebskanälen dann unzulässig, wenn mit einem niedrigen Preis geworben wird und für den Verbraucher nicht deutlich wird, dass dieser nicht für alle Verkaufsstellen gleichermaßen gilt.

⁸⁴ Ein Beispiel, in dem der Gesetzgeber einen Kontrahierungszwang vorsieht, ist etwa das neu eingeführte, sog. Jedermann-Konto, siehe § 31 Zahlungskontengesetz.

⁸⁵ BGH 7.12.2010, KZR 5/10 – Entega II, Rdnrn. 54-57.

⁸⁶ *Wiemer/Schultheiß*, Entega I und II – Zu Mehrmarkenstrategien von Marktbeherrschern, ZWeR 2011, 218, 226 ziehen daher den Schluss, der BGH habe „§ 19 Abs. 1 GWB zu einem allgemeinen Diskriminierungsstatbestand [gemacht], der sowohl zugunsten von nachfragenden Unternehmen als auch privaten Verbrauchern greift“.

marktbeherrschende Unternehmen hat sich seitdem, soweit erkennbar, in der kartellrechtlichen Fallpraxis nicht mehr gestellt. Im Einzelfall wäre wohl genau zu prüfen, unter welchen Umständen eine Rechtfertigung für die Preisdifferenzierung in Betracht kommt und ob ein kausaler Zusammenhang zwischen marktbeherrschender Stellung und missbräuchlichem Verhalten festzustellen ist⁸⁷. Wie bei einer unterschiedlichen Behandlung gewerblicher Abnehmer wird man den Unternehmen grundsätzlich einen gewissen Ermessensspielraum zubilligen. Eine Rechtfertigung dürfte darüber hinaus insbesondere dort in Betracht kommen, wo die Differenzierung Unterschiede auf Seiten des Anbieters (etwa Kostenvorteile aufgrund größerer oder regelmäßiger Abnahmemengen) widerspiegelt. Schwieriger ist dies bei einer Differenzierung nach dem individuellen Vorteil des Abnehmers. Ob allein das Interesse des Unternehmens, die Zahlungsbereitschaft der Verbraucher optimal abzuschöpfen, für eine Rechtfertigung ausreicht, dürfte jedenfalls fraglich sein.

- **Preisdifferenzierung im Binnenmarkt**

Inwieweit eine Preisdifferenzierung an den Wohnort anknüpfen darf, wenn sie zu einer Ungleichbehandlung von EU-Bürgern mit Wohnsitz in unterschiedlichen Mitgliedsstaaten führt, ist bislang ebenfalls nicht abschließend geklärt. Adressaten der primärrechtlichen Grundfreiheiten und Diskriminierungsverbote sind grundsätzlich nur die Mitgliedsstaaten als solche und nicht private Unternehmer. Für den Bereich Dienstleistungen ergibt sich die Unzulässigkeit einer Preisdifferenzierung nach Nationalität oder Wohnsitz des Verbrauchers allerdings regelmäßig aus der Dienstleistungsrichtlinie⁸⁸. Daneben hat die Europäische Kommission Anfang

⁸⁷ Dabei ist das Tatbestandsmerkmal der „Ausnutzung“ nicht im Sinne eines strengen Kausalitätserfordernisses zu verstehen. Es reicht vielmehr aus, dass eine Ergebniskausalität in dem Sinne besteht, dass die betreffende Verhaltensweise wegen der hohen Marktmacht besonders schädliche Auswirkungen hat, siehe *Nothdurft*, in: Langen/Bunte, Kartellrecht Kommentar Band 1, 12. A. 2014, § 19 GWB Rdnr. 365.

⁸⁸ Art. 20 der Richtlinie 2006/123/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Dezember 2006 über Dienstleistungen im Binnenmarkt, ABl. 2006 L 37/36 gibt den Mitgliedsstaaten auf, sicherzustellen, dass die allgemeinen Bedingungen für den Zugang zu einer Dienstleistung, die der Dienstleistungserbringer bekannt gemacht hat, keine auf der Staatsangehörigkeit oder dem Wohnsitz des Dienstleistungsempfängers beruhenden diskriminierenden Bestimmungen enthalten. Die Europäische Kommission hat auf dieser Grundlage zuletzt ein Verfahren gegen Disneyland Paris geführt, das abhängig von Nationalität oder Wohnort der Kunden unterschiedliche Preise verlangt und dies über ein entsprechende Abfrage bei der Buchung sowie die bei der Buchung verwendete IP-Adresse umgesetzt hatte, siehe die Pressemitteilung, abrufbar unter https://ec.europa.eu/germany/news/disneyland-paris-kommission-begr%C3%BC%C3%9Ft-%C3%A4nderung-der-preispolitik_de. Allerdings ist nicht abschließend gerichtlich geklärt, wie der Begriff des „Bekanntmachens“ im Sinne der Vorschrift zu verstehen ist und inwieweit sich hieraus ggf. Einschränkungen des Verbots der Preisdiskriminierung ergeben könnten.

2016 ein „Issues Paper“ zum Geoblocking veröffentlicht⁸⁹ und jüngst in einer Mitteilung zum grenzüberschreitenden elektronischen Handel⁹⁰ angekündigt, dass sie einen „Gesetzgebungsvorschlag zur Bekämpfung des ungerechtfertigten geografischen Sperrens („Geoblocking“) und anderer Formen der Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit oder des Wohn- bzw. Geschäftssitzes innerhalb des Binnenmarktes“ vorlegen will. Dabei erklärt die Kommission, dass das Geoblocking-Instrument nach der CPC-Verordnung⁹¹ durchgesetzt werden soll, womit es in die Zuständigkeit der Verbraucherschutzbehörden fallen würde. Zugleich weist sie aber darauf hin, dass Geoblocking mit vertikalen Wettbewerbsbeschränkungen verbunden sein kann, so dass es also parallel auch in die Zuständigkeit der Wettbewerbsbehörden fallen kann. Die Kommission führt insoweit selbst Kartellverfahren⁹² gegen verschiedene US-amerikanischen Filmstudios und Sky UK, weil die jeweils abgeschlossenen Vereinbarungen nach Auffassung der Kommission Klauseln enthalten, die sicherstellen sollen, dass Sky Verbrauchern außerhalb des Vereinigten Königreichs und Irlands keinen Zugang zu den dort angebotenen Pay-TV-Diensten geben kann. Auch hier zeigt sich somit eine Parallelität von Verbraucherschutz und Kartellrechtsdurchsetzung.

E. Fazit

Zwischen Verbraucherschutz und Wettbewerbsrecht scheinbar bestehende Konflikte werden oft an der Frage festgemacht, welchem „Verbraucherbild“ gefolgt wird und welche Gruppen von Verbrauchern mit welchen Interessen welches Maß an Schutz genießen sollen. Hier zeigt sich bei näherem Hinsehen, dass ein etwaiger Konflikt eigentlich nicht zwischen Wettbewerb und Verbraucherschutz besteht, sondern auch schon innerhalb des Verbraucherrechts selbst die Frage betrifft, wie mit verschiedenen Verbrauchergruppen und heterogenen Interessen innerhalb der Verbraucherschaft umzugehen ist. Richtig ist allerdings, dass der Gleichlauf mit dem Wettbewerbsrecht tendenziell umso größer wird, je stärker der jeweilige Ansatz auf den aktiv am Marktgeschehen teilnehmenden Verbraucher ausgerichtet ist. Das europäische und

⁸⁹ Europäische Kommission, Geo-blocking practices in e-commerce – Issues paper presenting initial findings of the e-commerce sector inquiry conducted by the Directorate-General for Competition, Brüssel, den 18.3.2016, SWD(2016) 70 final.

⁹⁰ Europäische Kommission, Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen: Ein umfassendes Konzept zur Förderung des grenzüberschreitenden elektronischen Handels für die Bürger und Unternehmen Europas, Brüssel, den 25.5.2016, COM(2016) 320 final.

⁹¹ Der Rechtsakt soll reformiert und neu beschlossen werden: Europäische Kommission, Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über die Zusammenarbeit zwischen den für die Durchsetzung der Verbraucherschutzgesetze zuständigen nationalen Behörden, Brüssel, den 25.5.2016, COM(2016) 283 final.

⁹² Siehe die Pressemitteilung der Europäischen Kommission vom 22. April 2016, abrufbar unter http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-1530_de.htm.

damit auch das deutsche Verbraucherrecht selbst verfolgen aber bekanntlich beide Ansätze – Verbraucheraktivierung durch Information einerseits und Regulierung durch zwingendes Recht andererseits – zwischen denen es durchaus zu Interessenkonflikten kommen kann. Diese zeigen sich etwa darin, dass Regulierung zusätzliche Kosten generieren kann, die Unternehmen auch auf solche Verbraucher umlegen, die dieses Schutzes nicht bedürfen⁹³. Die Parallele zum Bereich der Rechtfertigung von Wettbewerbsbeschränkungen durch Verbraucherinteressen, die etwa die wissenschaftliche Diskussion um die Zulässigkeit einer „aufgeprägten Beratung“ nach sich gezogen haben, ist nicht zu verkennen. Daneben bergen zwingende Regeln als Beschränkungen der Handlungsfreiheit aller Marktteilnehmer stets auch das Risiko überschießender Wettbewerbsbehinderungen und damit verbunden negativer Auswirkungen auf die Gesamtwohlfahrt. Bei der Frage, ob Kartellrecht und Verbraucherrecht einem einheitlichen Verbraucherleitbild folgen, wird man außerdem darauf hinweisen müssen, dass auch das Verbraucherrecht nicht einem einzigen, fixen Verbraucherbild folgt. Bei der Kartellrechtsanwendung gilt dies umso mehr, weil noch stärker einzelfallbezogen auf das tatsächliche Verbraucherverhalten abgestellt wird.

Im Ergebnis zeigt sich ein weitgehender Gleichlauf zwischen den Interessen von Verbrauchern und dem öffentlichen Interesse an einem funktionierenden Wettbewerb. Echte Konflikte zwischen Verbraucherschutz und Kartellrecht sind die Ausnahme. Deutlich häufiger werden solche Konflikte dagegen von Marktteilnehmern behauptet, die eigentlich Partikularinteressen verfolgen. Umgekehrt sind starke und aufgeklärte Verbraucher für einen funktionierenden Wettbewerb von elementarer Bedeutung. Auch und gerade auf wettbewerblichen Märkten kann nicht darauf verzichtet werden, dass die effektive Durchsetzung von Verbraucherrechten sichergestellt wird⁹⁴. In Bereichen, in denen Wettbewerbs- und Verbraucherrechtsdurchsetzung schon jetzt parallel laufen, hat sich gezeigt, dass die Instrumente sich gegenseitig gut ergänzen können.

⁹³ Siehe auch oben S. 26.

⁹⁴ Die Durchsetzung von Verbraucher- und Wettbewerbsrecht ist in den vergangenen Jahren in mehreren Mitgliedsstaaten einer gemeinsamen Einrichtung überantwortet worden, etwa im Fall des Vereinigten Königreichs (am 1.4.2014 <https://www.gov.uk/government/organisations/competition-and-markets-authority>), der Niederlande (am 1.4.2014, <https://www.acm.nl/en/about-acm/our-organization/the-netherlands-authority-for-consumers-and-markets/>) und Irland (am 31.10.2014, <http://ccpc.ie>).