

Kommunikation & Recht



Betriebs-Berater für

● Medien ● Telekommunikation ● Multimedia

5
K&R

- Sind aller guten Dinge drei? – Neuer Mechanismus für transatlantische Datenübermittlungen auf dem Weg...
Jan Spittka
- 305 Kartellrechtliche Compliance-Risiken bei der Nutzung von Dynamic Pricing
Dr. Kim Manuel Künstner
- 311 Das neue Schuldrecht – Teil 4: Die Umsetzung der Modernisierungsrichtlinie im BGB und EGBGB
Prof. Dr. Felix Buchmann und Chiara Panfili
- 318 Entwicklungen im zivilrechtlichen Telekommunikationsrecht im Jahr 2021
Dr. Thomas Sassenberg, Dr. Reto Mantz und Dr. Gerd Kiparski
- 325 Rechtsverletzungen von Privatpersonen durch 3D-Druck?
Dr. Bernd Lorenz
- 331 § 3a NetzDG und das Herkunftslandprinzip
Dr. Timo Handel
- 333 Länderreport Schweiz
Lukas Bühlmann
- 336 **EuGH:** Bestellbutton muss eindeutig auf Zahlungsverpflichtung hinweisen
- 341 **EuGH:** Speichermedienvergütung beim Cloud-Computing
- 345 **EuGH:** Anlasslose Vorratsdatenspeicherung zur Bekämpfung schwerer Kriminalität unzulässig
- 360 **BGH:** Influencer III: Kommerzielle Kommunikation und Werbung durch Influencer-Bericht
mit Kommentar von **Michael Terhaag** und **Christian Schwarz**
- 377 **OLG Frankfurt a. M.:** Basis-Signal von Fußballspiel-Übertragungen genießt Urheberrechtsschutz

25. Jahrgang

Mai 2022

Seiten 305 – 384

RA Dr. Kim Manuel Künstner*

Kartellrechtliche Compliance-Risiken bei der Nutzung von Dynamic Pricing

Kurz und Knapp

Wenn Handelsunternehmen ein breites Produktportfolio führen, kann die Setzung optimaler Preise sehr aufwändig und ressourcenintensiv sein. Daher erfreut sich Dynamic Pricing insbesondere im Online-Handel, aber auch im stationären Handel immer größerer Beliebtheit, da es eine auf Algorithmen gestützte automatisierte Preispflege erlaubt. Die Beratung über Wettbewerbsverhalten wie Preissetzung durch Anbieter von Dynamic-Pricing-Software birgt jedoch insbesondere dann kartellrechtliche Gefahren, wenn derselbe Dynamic-Pricing-Anbieter konkurrierende Händler gleichzeitig berät. Die hierdurch entstehenden Compliance-Risiken werden im folgenden Beitrag näher beleuchtet.

I. Das Realphänomen „Dynamic Pricing“

Eine gesetzliche Definition des Dynamic Pricing fehlt bislang. Die OECD legt zum Zwecke der Abgrenzung des Dynamic Pricing von kundenindividueller Bepreisung folgende Definition zugrunde: „dynamic pricing involves adjusting prices to changes in demand and supply, often in real time, not implying any kind of discrimination between consumer“.¹ Dynamic Pricing ist ein im Online-Handel weit verbreitetes Phänomen,² erlangt aber auch im stationären Handel zunehmend an Bedeutung (hierzu unter V.). Es wird in der Regel als Software as a Service (SaaS) angeboten, d. h. Händler zahlen eine monatliche Gebühr, solange sie die Software nutzen. Die Anbieter entsprechender Software oder Dienstleistungen unterscheiden sich hinsichtlich Funktionalität und Anwendungsbereich.³

Charakteristisch für die Dynamic-Pricing-Angebote im Markt ist die Berechnung eines optimalen Preises unter Auswertung einer Vielzahl von Informationen wie insbesondere Wettbewerberpreisen. Anbieter von Dynamic Pricing bewerben ihre Software-Lösungen gegenüber den Händlern damit, die Margen zu optimieren, d. h. im Ergebnis höhere Preise gegenüber den Kunden und Verbrauchern durchsetzen zu können.⁴

Die Einbindung des Dynamic Pricing beim jeweiligen Händler erfolgt über technische Schnittstellen (sog. API) zu den vom jeweiligen Händler genutzten Warenwirtschafts- oder (Online-)Shop-Systemen. Die Dynamic-Pricing-Anbieter erhalten daher, je nach Service und Konfiguration, Zugriff auf die Informationen der Produkte des Händlers, z. B. über Mengen, Einkaufspreis, Verkaufspreis, etc.

Um dem Händler einen Mehrwert zu bieten, muss das Dynamic Pricing im nächsten Schritt den beim Händler bereits vorhandenen Informationen weitere Erkenntnisse hinzufügen. Von zentralem Interesse sind insoweit naturgemäß die entsprechenden Preise konkurrierender Händler. Als Erkenntnisquellen stehen dem Anbieter des Dynamic Pricing dabei zunächst alle öffentlichen Preisinformationen zur Verfügung, die über Internetportale wie Preissuchmaschinen (z. B. Idealo, Google-Shopping) oder Online-Marktplätze (z. B. Amazon Market Place, eBay, kaufland.de) ausgespielt und in das Dynamic Pricing eingebunden werden. Daneben sind als Erkenntnisquellen aber auch nicht-öffentliche Informationen denkbar, beispielsweise durch Eigenrecherche des Dynamic-Pricing-Anbieters. Nutzen konkurrierende Händler denselben Dynamic-Pricing-Anbieter, verfügt dieser zudem eventuell über sehr weitgehende individuelle Informationen der jeweiligen Händler, die eine Preisoptimierung unter Einbeziehung des Wettbewerbsverhaltens erheblich vereinfacht. Bereits hier zeichnet sich ab, dass es für die kartellrechtliche Bewertung von Dynamic Pricing auch maßgeblich darauf ankommt, auf welche Erkenntnisquellen der Anbieter zurückgreift und wie er die so gewonnenen Informationen verarbeitet.

Neben der Zusammenführung der Informationen ist die Auswahl der Preisstrategien durch den Händler ein wesentlicher Bestandteil des Dynamic Pricing. Händler können die preislichen Zielkorridore der Produkte wählen, ihre Preissetzung an bestimmte Wettbewerber koppeln, die Bepreisung vom Lagerbestand etc. abhängig machen. Damit wird die Reaktionsverbundenheit zwischen den konkurrierenden Händlern im Markt erhöht. Auch dies kann

* Mehr über den Autor erfahren Sie am Ende des Beitrags. Alle zitierten Internetquellen wurden zuletzt abgerufen am 6. 4. 2022.

1 OECD, Personalised Pricing in the Digital Era, S. 9; abrufbar unter: [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP\(2018\)13/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP(2018)13/en/pdf); siehe auch Paal, GRUR 2019, 43, 44; Künstner/Franz, K&R 2017, 688, 689.

2 Nach einer Befragung der EU-Kommission von 1051 Online-Händlern in den Jahren 2015/16 verfolgten 53 % von ihnen die Online-Preise ihrer Wettbewerber. 67 % dieser Händler nutzten hierfür automatisierte Software. 78 % hiervon gaben an, ihre eigenen Preise anschließend manuell oder automatisch nach vordefinierten Regeln anzupassen; siehe EU-Kommission, Commission Staff Working Document accompanying the final report on the E-commerce Sector Inquiry, SWD(2017) 154 final, Rn. 149, 602; abrufbar unter: https://ec.europa.eu/competition/antitrust/sector_inquiry_swd_en.pdf.

3 Siehe beispielsweise <https://patagona.de/pricemonitor/shop-preise-optimieren/>; <https://competera.net/resources/articles/dynamic-pricing-algorithm>.

4 Siehe beispielsweise <https://patagona.de/pricemonitor/shop-preise-optimieren/>: „Mit dem Pricemonitor lassen sich die Verkaufspreise Ihres Online-Shops automatisch optimieren. So können Sie den Umsatz und Gewinn Ihres Shops nachhaltig steigern.“; <https://competera.net/resources/articles/dynamic-pricing-algorithm> „Get +6 % of gross margins with dynamic prices“.

unter bestimmten Umständen kartellrechtlich relevant sein.

Anhand der zusammengeführten Informationen und gewählten Preisstrategien berechnen die Algorithmen des Dynamic Pricing quasi „in Echtzeit“ angepasste Preise, die je nach Einstellung automatisiert im Online-Shop des Händlers übernommen oder von diesem auf Empfehlung selbst eingepflegt bzw. korrigiert werden. Die Anzahl der Preisanpassungen pro Tag kann der Händler in der Regel selbst wählen.

II. Spannungsverhältnis zwischen Selbstständigkeitspostulat und Dynamic Pricing

Neben der Durchsetzung „traditioneller“ Absprachen mit Hilfe des Einsatzes von Algorithmen⁵ betrifft das Dynamic Pricing auch die kartellrechtliche Fallgruppe der wettbewerblich relevanten Beratung durch Dritte. Die (Preis-)Beratung durch Dritte ist der kartellrechtlichen Praxis nicht fremd.⁶ Sie erhält durch die massenweise Nutzung des Dynamic Pricing im Online-Handel neue Relevanz, die sich verschärft, wenn konkurrierende Händler (un-)bewusst denselben Dynamic-Pricing-Anbieter nutzen. Folglich gilt es zunächst, die kartellrechtlichen Compliance-Anforderungen an die (Preis-)Beratung durch Dritte zu analysieren.

Im Anwendungsbereich des Kartellverbots nach Art. 101 AEUV bzw. § 1 GWB ist das Selbstständigkeitspostulat charakteristisch für die Unterscheidung zwischen zulässigem Verhalten im Wirtschaftsverkehr und einem bußgeldbewehrten Rechtsverstoß. Kernbereich des wettbewerblichen Selbstständigkeitspostulats ist die autonome Bestimmung der Verkaufspreise eines Anbieters oder Händlers. Nach der Entscheidungspraxis des EuGH hat jeder Wirtschaftsteilnehmer selbstständig zu bestimmen, welche Politik er auf dem gemeinsamen Markt zu betreiben gedenkt. Dieses Erfordernis der Selbstständigkeit stehe streng jeder unmittelbaren oder mittelbaren Fühlungnahme zwischen solchen Wirtschaftsteilnehmern entgegen, die geeignet sei, entweder das Marktverhalten eines gegenwärtigen oder potentiellen Wettbewerbers zu beeinflussen oder einen solchen Wettbewerber über das Verhalten ins Bild zu setzen, zu dem man selbst auf dem betreffenden Markt entschlossen sei oder das man in Erwägung ziehe, wenn diese Kontakte bezwecken oder bewirken, dass Wettbewerbsbedingungen entstehen, die nicht den normalen Bedingungen des betreffenden Marktes entsprechen.⁷

Verhaltensweisen, die diesem Selbstständigkeitspostulat nicht entsprechen, sondern Ausdruck einer Vereinbarung, abgestimmten Verhaltensweise oder eines gemeinsamen Beschlusses sind, werden vom Kartellverbot nach Art. 101 Abs. 1 AEUV bzw. § 1 GWB erfasst und im Falle wettbewerbsbeschränkender Zwecke oder Wirkungen verboten. Prototyp der wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarung sind Absprachen konkurrierender Unternehmen über ihr Preissetzungsverhalten.⁸ Das Kartellverbot erfasst nicht nur kollusives Zusammenwirken von Wettbewerbern auf derselben Marktstufe, sondern verbietet auch jede unzulässige Beeinflussung der Preissetzungshoheit der Händler durch Druckausübung oder Anreizgewährung seitens der Hersteller (Art. 4 lit. a Vertikal-GVO). Das Verbot schützt in erster Linie den Wettbewerb und steht daher nicht zur Disposition der Händler, die möglicherweise mit einer solchen Beeinflussung zum Zwecke der Anhebung des allgemeinen Preisniveaus einverstanden sind.

Selbstständigkeit meint aber nicht Isolation. Denn Wettbewerb entsteht erst durch die Reibung mit Konkurrenten. Hierfür ist ein gewisses Maß an Markttransparenz unschädlich oder gar notwendig, sofern der Transparenz durch Gewinnung der Informationen über Wettbewerber kein Akt zugrunde liegt, der seinerseits als wettbewerbsbeschränkende Vereinbarung oder abgestimmte Verhaltensweise qualifiziert werden kann. So dürfen Wettbewerber öffentlich einsehbare Verkaufspreise (in den Online-Shops) ihrer Wettbewerber bewusst beobachten und ihre eigene Preisstrategie danach ausrichten. Dies kann, wie das Beispiel der Tankstellenmärkte zeigt, auch ohne Absprachen zu wirtschaftlichen Ergebnissen führen, die denen kartellrechtswidriger Absprachen gleichen, aber vom Kartellverbot nicht erfasst werden (können).⁹

Die rechtliche Einstufung nach erlaubtem Parallelverhalten oder verbotener Abstimmung erfordert eine Entscheidung entlang eines Schwarz-Weiß-Schemas. Die Sachverhalte der Praxis sind jedoch regelmäßig „grau“. In der Compliance-Praxis werden eher plumpe direkte Absprachen zwischen Wettbewerbern zunehmend von Fällen abgelöst, in denen Unternehmen die Grenzen der erlaubten „Bewusstheit“ des Parallelverhaltens austesten. Manipulieren Wettbewerber die öffentlich verfügbaren Informationen gezielt, um ihren Konkurrenten klare Preissignale zu senden, kann ein Fall des kartellrechtlich verbotenen Signalling vorliegen.¹⁰ Es findet dann eine wettbewerbsbeschränkende Abstimmung „über den Markt“ statt.¹¹ Als Beispiele sind zu nennen: die Veröffentlichung von preisrelevanten Umständen, die zwar den Kunden keinen Aufschluss über ihren jeweiligen Endpreis liefern, den Wettbewerbern aber signalisiert, welche Preisstrategie das veröffentlichende Unternehmen verfolgen wird;¹² die Koordinierung der Verkaufspreise des Handels durch Kontrolle der Einhaltung der „unverbindlichen“ Preisempfehlungen seitens des Herstellers ohne direkte Kontakte zwischen den konkurrierenden Händlern;¹³ die Entscheidung konkurrierender Unternehmen zur Beauftragung desselben Dienstleisters mit dem Ziel der Erstellung koordinierter Angebote für eine Ausschreibung.¹⁴

In diesen Graubereich können auch Konstellationen rund um das Dynamic Pricing fallen, sofern konkurrierende

5 Hierzu eingehend: *Künstler/Franz*, K&R 2017, 688, 690 f.; *Künstler*, GRUR 2019, 36, 39 f.

6 Siehe EuGH, 21. 7. 2016 – C-542/14, Rn. 20 ff. – VM Remonts; vgl. auch unverbindliche Preisempfehlungen von Lieferanten nach Art. 4 lit. a Vertikal-GVO und die Verwendung von Kalkulationshilfen nach WeKo, Bekanntmachung zur Verwendung von Kalkulationshilfen; abrufbar unter: [https://www.weko.admin.ch/dam/weko/de/dokumente/2019/Bekanntmachung%20zur%20Verwendung%20von%20Kalkulationshilfen.pdf](https://www.weko.admin.ch/dam/weko/de/dokumente/2019/Bekanntmachung%20zur%20Verwendung%20von%20Kalkulationshilfen.pdf.download.pdf/Bekanntmachung%20zur%20Verwendung%20von%20Kalkulationshilfen.pdf).

7 EuGH, 21. 1. 2016 – C-74/14, K&R 2016, 253 ff., Rn. 27 – Eturas.

8 *Zimmer*, in: Immenga/Mestmäcker, 6. Aufl. 2020, § 1 GWB Rn. 82.

9 *Mundt*, „Ein ausgeklügeltes System des Abguckens und Nachmachens“, Interview mit dem General-Anzeiger vom 20. 3. 2012; abrufbar unter: <https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Interviews/DE/GA%20-%20Ein%20ausgekl%C3%BCgeltes%20System%20des%20Abguckens%20und%20Nachmachens.html>.

10 *Pahlen/Vahrenholt*, ZWeR 2014, 442.

11 *Zimmer*, in: Immenga/Mestmäcker, 6. Aufl. 2019, Art. 101 Abs. 1 AEUV, Rn. 95 ff.

12 Siehe Sachverhalte bei EU-Kommission, Beschl. v. 7. 7. 2016 – AT.39850 – Container Shipping und BKartA, Fallbericht vom 14. 2. 2018 – B1-240/17 zur Praxis pauschaler Preiserhöhungsrundschreiben in der Zementindustrie.

13 BKartA, Hinweispapier Preisbindung im Lebensmitteleinzelhandel vom 12. 7. 2017, Rn. 52 ff.; abrufbar unter: https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Diskussions_Hintergrundpapier/Hinweispapier%20Preisbindung%20im%20Lebensmitteleinzelhandel.pdf;jsessionid=469B11E295BB0E51CFBB1F3F4E5AE965.2_cid362?__blob=publicationFile&v=8.

14 Vgl. EuGH, 21. 7. 2016 – C-542/14, Rn. 20 ff. – VM Remonts.

Händler denselben Anbieter nutzen und es darüber hinaus Umstände gibt, welche eine Übertretung des Selbstständigkeitspostulat vermuten lassen. Ein anschauliches Beispiel bietet die Berichterstattung über das Dynamic Pricing der Partneo-Software der Unternehmensberatung Accenture, über welche angeblich die Ersatzteilepreise der Automobilkonzerne PSA und Renault abgestimmt wurden.¹⁵

Die kartellrechtlich-relevanten Umstände können einerseits aus der Sphäre des Dynamic-Pricing-Anbieters (hierzu III.), andererseits aus der Sphäre der angeschlossenen Händler (hierzu IV.) stammen, wobei sich jeweils die Frage der kartellrechtlichen Haftungszurechnung für Verhalten der Vertragspartner stellt.

III. Kartellrechtswidrige Preisberatung im Wege des Dynamic Pricing

Hinsichtlich der kartellrechtskonformen Ausgestaltung der Preisberatung im Wege des Dynamic Pricing sind zwei Grundfragen zu unterscheiden: welchen Anforderungen muss die Preisberatung des Dynamic-Pricing-Anbieters genügen, um kartellrechtskonform zu sein (hierzu III. 1.) und unter welchen Umständen haftet ein Händler für die von ihm eingesetzte Dynamic-Pricing-Software (hierzu III. 2.).

1. Anbieterseitige Gestaltung und Durchführung des Dynamic Pricing

Auf Seiten der Dynamic-Pricing-Anbieter sind insbesondere zwei kartellrechtlich relevante Ebenen zu berücksichtigen, die sich je nach Fallkonstellation auch gegenseitig beeinflussen. Zum einen geht es um die kartellrechtskonforme Verwertung wettbewerbsrelevanter Informationen bei Durchführung der Dynamic-Pricing-Beratung konkurrierender Händler (hierzu III. 1. a)). Zum anderen geht es um eine kartellrechtskonforme Einstellung der Algorithmen, die auf die gemeinsame Erhöhung der Margen mehrerer konkurrierender Händler abzielt (hierzu III. 1. b)).

a) Kartellrechtskonforme Erhebung und Verarbeitung von Informationen

Insbesondere wenn mindestens zwei konkurrierende Händler denselben Preissetzungsalgorithmus nutzen, stellt sich die Frage nach dem Umgang des Anbieters mit den von den Kunden jeweils bereitgestellten Informationen aus den Warenwirtschafts- oder Shopsystemen. Diese sind regelmäßig als kartellrechtlich sensibel einzustufen, d. h. sie dürfen nicht zwischen den konkurrierenden Unternehmen ausgetauscht werden, wenn ein Verstoß gegen das Kartellverbot vermieden werden soll. Dies gilt insbesondere für aktuelle Informationen über allgemeine Preise und Mengen, gefolgt von Informationen über die Kosten und die Nachfrage.¹⁶ Das Verbot kann nicht dadurch umgangen werden, dass der Austausch dieser Informationen über „unbeteiligte Dritte“ abgewickelt wird.¹⁷ Gleiches gilt für Fälle, in denen Dritte von den konkurrierenden Händlern solche Informationen entgegennehmen, verarbeiten und darauf aufbauend das wettbewerbliche Verhalten der Händler beeinflussen.¹⁸ Dies zeigt auch die kartellrechtliche Unzulässigkeit von Marktinformationssystemen wie Preisspiegeln,¹⁹ Kalkulationshilfen²⁰ etc. Dynamic-Pricing-Anbieter dürfte es daher in der Regel kartellrechtlich untersagt sein, aktuelle, nicht-öffentliche strategische Informationen eines seiner Kunden für die Optimierung der Preise eines oder mehrerer anderer Kunden zu verwerten.

Kartellrechtlich problematisch kann aber bereits das „Füttern“ der Algorithmen mit Datensätzen konkurrierender Händler sein, die strategische Informationen umfassen, wenn dies das Verhalten des Dynamic Pricings auch im „Live“-Betrieb beeinflusst.²¹ Selbst wenn die Nutzung desselben Dynamic-Pricing-Anbieters durch konkurrierende Händler lediglich dazu führt, dass diese Händler mittelbar alle wesentlichen Informationen aus denselben öffentlichen Quellen (z. B. Preisvergleich auf Amazon) erhalten, kann das Selbstständigkeitspostulat erheblich eingeschränkt sein, weil sich die konkurrierenden Händler andernfalls eventuell aus unterschiedlichen Quellen informiert hätten.²²

Zur Vermeidung kartellrechtlicher Risiken können Dynamic-Pricing-Anbieter daher auf erster Stufe auf die Erhebung wettbewerblich sensibler Daten verzichten. Sofern dies nicht der Fall ist, dürfen Dynamic-Pricing-Anbieter keine auf Grundlage des Vertrags mit einem Händler gewonnenen internen Informationen bei der Preissetzung des konkurrierenden Händlers nutzen. Zur Verhinderung einer gemeinsamen Verwertung der Informationen sind adäquate technische und organisatorische Maßnahmen zu treffen (z. B. Chinese Walls, persönliche Trennung von Kundenbetreuern, etc.). Bei der Durchführung der Preisberatung sollten immer nur öffentlich verfügbare Preisinformationen verwertet werden, d. h. solche, die über Online-Shops, Händler-Plattformen oder Preissuchmaschinen verfügbar sind. Welche dieser öffentlich verfügbaren Quellen bei dem jeweiligen Händler zugrunde gelegt werden, sollte vollständig vom jeweiligen Händler entschieden werden. Insoweit sollte auch keine Vorauswahl der Optionen empfohlen werden, die die Händler lediglich bestätigen.

b) Kartellrechtskonforme Einstellung der Algorithmen

Auf Ebene der Einstellung des Dynamic Pricing entstehen kartellrechtliche Risiken für die Anbieter insbesondere im Falle koordinierter Empfehlungen gegenüber konkurrierenden Händlern, die auf eine Anhebung des Preisniveaus oder von Preisbestandteilen im Gesamtmarkt abzielen. Ein Beispiel für eine solche Koordination bietet die EuGH-Entscheidung in Sachen „Eturas“.²³ Dort nutzten konkurrierende Reisebüros eine Online-Buchungs-Plattform für von Reisenden online gebuchte Reisen. Die Plattform „ETURAS“ erhielt für jede gebuchte Reise eine Provision.

15 Siehe beispielsweise <https://www.spiegel.de/auto/aktuell/accenture-ver-half-renault-und-psa-zu-milliardengewinn-bei-ersatzteilen-a-1210152.html> und <https://www.spiegel.de/auto/aktuell/eu-kommission-prueft-moegliches-autoteilekartell-um-renault-psa-und-nissan-a-1254515.html>.

16 EU-Kommission, Leitlinien zur Anwendbarkeit von Art. 101 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit, ABl. C 2011 C 11/19, Rn. 86.

17 Siehe beispielsweise CNMC, Entscheidung vom 10. 4. 2019, S/DC/0607/17 TABACOS, S. 40 ff.; abrufbar unter https://www.cnmc.es/sites/default/files/2416763_64.pdf.

18 BKartA (Fn. 13), Rn. 52 ff.

19 BKartA, Fallbericht vom 29. 6. 2011 – B2-118/10, S. 2 – Marktinformationssysteme; abrufbar unter: https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/DE/Fallberichte/Kartellverbot/2011/B2-118-10.pdf?__blob=publicationFile&v=4.

20 WeKo, Bekanntmachung zur Verwendung von Kalkulationshilfen; abrufbar unter: <https://www.weko.admin.ch/dam/weko/de/dokumente/2019/Bekanntmachung%20zur%20Verwendung%20von%20Kalkulationshilfen.pdf.download.pdf/Bekanntmachung%20zur%20Verwendung%20von%20Kalkulationshilfen.pdf>.

21 CMA Pricing algorithms, Rn. 5.21 (dort Fn. 35); abrufbar unter: https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/746353/Algorithms_econ_report.pdf; bestätigend: ADCL/BKartA, Algorithms and Competition, S. 34, 39; abrufbar unter: <https://www.authoritedelaconurrence.fr/sites/default/files/algorithms-and-competition.pdf>.

22 ADCL/BKartA (Fn. 21), S. 34, 39.

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

Um die eigenen Provisionen zu steigern, begrenzte E-TURAS auf der Plattform den maximalen Rabatt, den die angeschlossenen Reisebüros ihren Kunden anbieten konnten, auf 3 %. E-TURAS teilte den Reisebüros diese neue Einstellung individuell über Mitteilungen innerhalb der Plattform mit. Der Maximalrabatt konnte von den Reisebüros manuell erhöht werden, wozu jedoch technische Einstellungen notwendig waren. Der EuGH stellte wenig überraschend fest, dass E-TURAS selbst mit der Begrenzung des Rabatts und der Mitteilung gegenüber den Reisebüros eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckte. Diese Überlegungen lassen sich ohne Weiteres auf den Betreiber von Dynamic-Pricing-Software übertragen, sofern dieser die Preise der konkurrierenden Händler im Zusammenhang so koordiniert, dass ein möglichst hohes Preisniveau entsteht (zur möglichen Haftung der Händler hierfür siehe III. 2.). Ein weiteres Beispiel der gezielten Koordinierung der Händler durch einen „Preisberater“ ist der Hersteller, der in Verhandlungen mit seinen Händlern jeweils die Preisstrategien der konkurrierenden Wettbewerber offenbart und auf dieser Grundlage die Höhe der Verkaufspreise anrät.²⁴

Die Beispiele belegen, dass jeder bewusste Eingriff eines Dynamic-Pricing-Anbieters zur gemeinsamen Margenerhöhung oder -stabilisierung seiner konkurrierenden Händler-Kunden Gefahr als gezielt wettbewerbsbeschränkender Akt gewertet werden. Insoweit sollten die Anbieter auch keine „versteckten Konflikte“ der jeweils für die konkurrierenden Händler agierenden Algorithmen mit dem Ziel eigenhändig auflösen, dass die Händler jeweils ihre Margen optimieren.

Hinsichtlich der Motivationslage der Dynamic-Pricing-Anbieter ist zu beachten, dass diese zwar in der Regel ihren Service nicht auf Provisionsbasis abrechnen, sondern über fixe Beiträge. Gleichwohl werden Händler zu diesen Ausgaben nur bereit sein, wenn das Dynamic Pricing an anderer Stelle dem Händler höhere Einnahmen verspricht. Folglich kann die gleichzeitige Umsatzsteigerung aller unter Umständen konkurrierender Händler im Interesse des gemeinsamen Dynamic-Pricing-Anbieters liegen. Um dieses Risiko zu vermeiden, sollten Dynamic-Pricing-Anbieter den Service und die ersparten Aufwendungen des Händlers hierdurch in den Vordergrund stellen und hinsichtlich werblicher Aussagen oder gar Zusagen über Steigerungen der Umsätze und Margen Zurückhaltung üben. Ebenso können Dynamic-Pricing-Anbieter versucht sein, extreme Ergebnisse durch das Zusammenspiel ungünstiger individueller Einstellungen der Händler eigenmächtig zu verhindern, beispielsweise das Algorithmus-gesteuerte gegenseitige Unterbieten eines Preises bis hin zum „Nullpreis“. Problematisch können schließlich auch Dynamic-Pricing-Anbieter mit gesellschaftlichen Verflechtungen konkurrierender Händler oder Rahmenverträge mit Verbänden sein, da auch insoweit ein Interesse des Dynamic-Pricing-Anbieters an der Gesamtsteigerung des Preisniveaus im Markt naheliegt.

c) Zwischenergebnis

Insbesondere wenn Dynamic-Pricing-Anbieter konkurrierende Händler als Kunden haben, müssen sie diese Kunden sowohl auf Ebene der Verwertung sensibler Informationen als auch der Einstellung der jeweiligen Algorithmen der Kunden isoliert betrachten und bearbeiten, so als berieten getrennte Dynamic-Pricing-Anbieter getrennte Händler. Andernfalls gehen sie nicht unerhebliche kartellrechtliche Gefahren ein. Die Compliance-Risiken steigen mit dem

Marktanteil der Dynamic-Pricing-Anbieter, d. h. mit zunehmender Händlerabdeckung.²⁵

2. Haftung der Händler für kartellrechtlich problematische Dynamic-Pricing-Software

Für Händler, die Dynamic Pricing nutzen wollen, stellt sich die Frage nach der kartellrechtlichen Haftung für Software, die den oben aufgezeigten Standards nicht entspricht und daher potentiell gegen Kartellrecht verstößt. Aus praktischer Sicht wird es für Händler nicht direkt erkennbar sein, ob und in welchem Umfang die Dynamic-Pricing-Software kartellrechtskonform ausgestaltet ist. Insoweit ist zu erörtern, welche Prüfungspflichten die Händler treffen, um einer möglichen Haftung zu entgehen.

Aus der Entscheidungspraxis des EuGH folgt zunächst, dass das Fehlverhalten externer Dienstleistungen nicht ohne Weiteres dem Auftraggeber zugerechnet werden kann.²⁶ Zugleich hat der EuGH Fallgruppen der Haftung des Auftraggebers für kartellrechtliches Fehlverhalten eines externen Dienstleisters gebildet, die auf den vorliegenden Fall des Dynamic Pricings übertragbar sind.²⁷

In dem konkreten Fall des EuGH ging es um eine staatliche Ausschreibung für die Lieferung mit Lebensmitteln. Auf diese bewarben sich drei konkurrierende Anbieter. Alle drei Anbieter nutzten zur Erstellung der Angebote inklusive des preislichen Angebots denselben Dienstleister, wobei nur ein Anbieter hiervon nichts wusste. Dem EuGH wurde die Frage vorgelegt, ob dieser Anbieter unter diesen Umständen gleichwohl für das Fehlverhalten des Dienstleisters haftet. Hinsichtlich der konkreten Tatsachen- und Beweiswürdigung verwies der EuGH an das nationale Gericht zurück, gab diesem aber zu verstehen, dass der Anbieter für das Fehlverhalten des Dienstleisters haften kann, wenn eine der folgenden Voraussetzungen erfüllt ist: der Dienstleister stand in Wirklichkeit unter der Leitung oder der Kontrolle des Anbieters (hierzu III. 2. a)); oder der Anbieter hatte von den wettbewerbswidrigen Zielen seiner Konkurrenten und des Dienstleisters Kenntnis und wollte durch sein eigenes Verhalten dazu beitragen (hierzu III. 2. b)); oder der Anbieter konnte das wettbewerbswidrige Verhalten seiner Konkurrenten und des Dienstleisters vernünftigerweise vorhersehen und war bereit, die daraus erwachsende Gefahr auf sich zu nehmen (hierzu III. 2. c)). Diese Fallgruppen werden im Folgenden unter dem Gesichtspunkt des Dynamic Pricing erörtert.

a) Zurechnung aufgrund Leitung oder Kontrolle über Dynamic Pricing

Grundsätzlich besteht keine wirtschaftliche Einheit zwischen dem Händler und einem Dynamic-Pricing-Anbieter, wie sie im EU-Kartellrecht etwa für das Verhältnis zwischen Mutter- und Tochtergesellschaft²⁸ oder Arbeitgeber oder Arbeitnehmer²⁹ gilt. Liegen jedoch ausnahmsweise besondere organisatorische, wirtschaftliche und rechtliche Bindungen zwischen dem betreffenden Dynamic-Pricing-Anbieter und dem Händler vor, der die Dienste in Anspruch nimmt und können aus diesen Bindungen Leitungs-

24 Vgl. BKartA (Fn. 13), Rn. 96.

25 CMA (Fn. 21), Rn. 5.20.

26 EuGH, 21. 7. 2016 – C-542/14, Rn. 25 – VM Remonts.

27 EuGH, 21. 7. 2016 – C-542/14, Rn. 25 – VM Remonts.

28 EuGH, 7. 6. 1983 – verb. Rs. 100/80 bis 103/80, Rn. 97 – Musique Diffusion française u. a./Kommission; EuGH, 7. 2. 2013 – C-68/12, Rn. 25 – Slovenská sporiteľňa; EuGH, 4. 12. 2014 – C-413/13, Rn. 35 f. – FNV Kunsten Informatie en Media.

29 EuGH, 6. 10. 2021 – C-882/19, Rn. 41 ff. m. w. N. – Sumal.

oder Kontrollfunktionen abgeleitet werden, haften die Händler gleichwohl unmittelbar für Kartellverstöße des Dienstleisters. Im Falle des Dynamic Pricing sind solche Verbindungen denkbar, wenn Händler oder deren Verbände bzw. berufsständische Vertretungen selbst an den Dynamic-Pricing-Anbietern beteiligt sind oder besondere Rahmenvereinbarungen bestehen.

b) Kenntnis der wettbewerbswidrigen Ziele und Wille zu eigenem Beitrag

Sofern ein Händler beispielsweise positive Kenntnis davon hat, dass der Dynamic-Pricing-Anbieter sensible Wettbewerbsinformationen von konkurrierenden Händlern nutzt, um deren jeweilige Preissetzung zu optimieren, stellt eine gleichwohl erfolgte Nutzung dieses Dynamic Pricings des Händlers einen eigenen Beitrag zu diesem Ziel bei, da der Händler sowohl seine eigenen wettbewerbslich sensiblen Daten zur Verfügung stellt als auch die von Wettbewerbern in seine Bepreisung einfließen lässt.

Die Entscheidungspraxis insbesondere des EuGH verdeutlicht, wie weitgehend die Sachverhalte sind, für die eine Vorhersehbarkeit nicht von vorneherein ausgeschlossen werden kann. Im bereits skizzierten Fall „Eturas“ stellte sich für den EuGH die Frage, unter welchen Umständen die Reisebüros für E-TURAS' autonome Entscheidung haften, die Rabatte pauschal auf maximal 3 % zu beschränken. Der EuGH bestätigte, unter Vorbehalt der Tatsachen- und Beweiswürdigung des nationalen Gerichts, die Annahme einer stillschweigenden Billigung des wettbewerbsbeschränkenden Ziels der Vorgehensweise von E-TURAS durch die Reisebüros, da diese weder auf die Mitteilungen von E-TURAS reagierten noch die Beschränkung der Rabatte auf 3 % aufheben ließen. Der EuGH entschied, dass in einer solchen Konstellation durchaus auf eine Billigung der Reisebüros geschlossen werden könne, sofern sie sich nicht durch Kommunikation oder Handlungen distanzieren, beispielsweise durch Widerspruch gegenüber E-TURAS oder ein deutlich abweichendes Verhalten bei der Einräumung der Rabatte.

c) Vorhersehbarkeit und Inkaufnahme der Gefahr

Daneben kann ein Verstoß gegen das Kartellverbot dem auftraggebenden Unternehmen auch dann zugerechnet werden, wenn es vernünftigerweise vorhersehen konnte, dass der von ihm beauftragte Dienstleister seine Geschäftsinformationen mit seinen Konkurrenten teilen würde und es bereit war, die daraus erwachsende Gefahr auf sich zu nehmen.³⁰

Diese Fallgruppe ersetzt die positive Kenntnis und den Beitrag zum wettbewerbswidrigen Ziel durch die Kriterien der vernünftigen Vorhersehbarkeit und der Gefahreingehung. Die Kombination dieser beiden Kriterien spricht dafür, dass Fälle erfasst werden sollen, in denen der Händler mit Eventualvorsatz bzw. zumindest bewusster Fahrlässigkeit im Hinblick auf den wettbewerbswidrigen Zweck des Dynamic Pricing dessen Dienste in Anspruch nimmt.

Gerade im Kontext des Dynamic Pricing stellt sich die Frage, ab wann bestimmte Verhaltensweisen der dem Dynamic Pricing zugrunde gelegten Algorithmen für den Händler vernünftigerweise vorhersehbar sind. Zentral ist auch, unter welchen Umständen den Händler bestimmte Nachforschungspflichten treffen, um dem Vorwurf der Unvernunft zu entgehen.

Die Bewertung der vernünftigen Vorhersehbarkeit kann nur fallbezogen anhand der konkreten Umstände erfolgen.

Als Kriterium zur Bewertung der Vorhersehbarkeit kommt beispielsweise die werbliche Anpreisung des Dynamic Pricing durch den Anbieter in Betracht.³¹

Maßgeblich kann auch der ersichtliche Funktionsumfang des Dynamic Pricing sein.³² Das betrifft insbesondere Angaben zur Auswahl der Datensätze, die für den Preisvergleich herangezogen werden. Beschränken sich diese auf öffentlich einsehbare Plattformen, liegt zunächst kein Verdacht nahe, dass auch kartellrechtlich sensible Daten unrechtmäßig herangezogen werden. Wird dagegen jedenfalls angedeutet, dass auch Wettbewerberdaten aus nicht-öffentlichen Quellen einbezogen werden, ist aus Sicht des Händlers Vorsicht geboten. Das gilt insbesondere bei Anhaltspunkten dafür, dass teilnehmende Händler auch ihre stationären Preise regelmäßig oder in Echtzeit an den Dynamic-Pricing-Anbieter melden, da diese Preise nicht öffentlich verfügbar, sondern nur in den Ladenlokalen einsehbar sind.

Auch aus Einwilligungen zum Datenschutz können für den Händler gegebenenfalls Anhaltspunkte ersichtlich werden, ob und in welchem Umfang der Dynamic-Pricing-Anbieter sensible Informationen des Händlers verarbeitet. Gegebenenfalls sollten Händler gegenüber Dynamic-Pricing-Anbietern die Nutzung der vertraulichen Daten des Händlers auf die Berechnung der eigenen Preise des Händlers beschränken.

Maßgeblich sind ebenfalls Anreizsysteme des Dynamic-Pricing-Anbieters. Wie bereits erwähnt, können Anreize für den Anbieter bestehen, den Preiswettbewerb zwischen seinen Kunden zu reduzieren, wenn der Anbieter zumindest teilweise auf Provisionsbasis vergütet wird oder den Kunden die Steigerung des Umsatzes zumindest marketingseitig in Aussicht gestellt hat.³³

3. Zwischenergebnis

Dynamic-Pricing-Anbieter müssen bei der Ausgestaltung und Durchführung ihrer Dienstleistungen die allgemeinen kartellrechtlichen Grenzen des Informationsaustauschs und der Koordinierung der von ihnen bedienten Märkte beachten. Dabei kann auf eine jahrzehntelange Praxis zu Preisberatung durch Dritte und zu sog. Kartellgehilfen zurückgegriffen werden.

Nutzer des Dynamic Pricing können insoweit nicht blind auf die kartellrechtliche Compliance der Angebote vertrauen, sondern müssen bei Auffälligkeiten der Werbung, Funktionsbeschreibung und Art und Weise der Datenerhebung geeignete Maßnahmen ergreifen, z. B. Zusage kartellrechtskonformen Verhaltens seitens des Dynamic-Pricing-Anbieters.³⁴

IV. Kartellrechtswidrige Nutzung des Dynamic Pricing durch Händler

Es sind kartellrechtswidrigen Formen der Nutzungen von grundsätzlich kartellrechtskonformen Dynamic-Pricing-Angeboten seitens der Händler denkbar. Die bisherige kartellrechtliche Praxis und die Diskussionen im Schrift-

30 EuGH, 21. 7. 2016 – C-542/14, Rn. 31 – VM Remonts; Vorhersehbarkeit ist auch für die Haftung nach deutschem Recht im Sinne der §§ 30, 130 OWiG maßgeblich, vgl. ADCL/BKartA (Fn. 21), S. 56 (dort Fn. 253).

31 Vgl. Zimmer, in: Immenga/Mestmäcker (Fn. 11), Art. 101 Abs. 1 AEUV, Rn. 78.

32 *Ezrachi/Stucke*, University of Illinois Law Review 2017, 1775, 1801; ADCL/BKartA (Fn. 21), S. 57.

33 ADCL/BKartA (Fn. 21), S. 32.

34 *Ritz/Marx*, GRUR-Prax 2018, 415, 423.

tum zu Algorithmen und Preissetzung drehen sich in erster Linie um Fälle der Umsetzung „klassischer“ Kartellsprachen unter Zuhilfenahme von Algorithmen.³⁵ Beispiele hierfür sind absprachegemäße Einstellungen der jeweils genutzten Preissetzungsalgorithmen durch am Kartell beteiligte Online-Posterhändler auf dem Amazon Marketplace³⁶ oder die Algorithmus-basierte Überwachung einer zuvor getroffenen Kundenschutzabsprache zwischen konkurrierenden Energieversorgern.³⁷ Die Erfassung solcher Absprachen durch das Kartellverbot wirkt auch unter dem Gesichtspunkt der Verwendung von Algorithmen und der Einschaltung Dritter in Form der Dynamic-Pricing-Anbieter keine Schwierigkeiten auf.³⁸ Gleiches gilt im Ergebnis auch im Falle einer bewussten Absprache zwischen mindestens zwei Händlern hinsichtlich der Nutzung desselben Dynamic-Pricing-Anbieters. Auch insoweit kann anhand der allgemeinen Kriterien zu bezweckten und bewirkten Wettbewerbsbeschränkungen im Einzelfall festgestellt werden, ob allein diese Abstimmung im konkreten Kontext ausreicht, um einen Verstoß gegen das Kartellverbot zu bejahen.

Hinsichtlich der Haftung der Dynamic-Pricing-Anbieter für kartellrechtswidriges Verhalten der Händler im Kontext der Nutzung des Services gelten die unter III. 2. a) bis III. 2. c) dargestellten Maßstäbe entsprechend. Dynamic-Pricing-Anbieter sollten daher insbesondere dann vorsichtig werden, wenn sie von mehreren konkurrierenden Händlern gleichzeitig angesprochen, nach Strategien der gemeinsamen Erhöhung des allgemeinen Preisniveaus gefragt oder zu Kontaktaufnahmen anderer Händler wegen niedrigerer Preise oder der Verhinderung eines „Preiskampfs“ kontaktiert werden. Auch auffällige Muster paralleler Einstellungen oder Verhaltensweisen können Prüfbliedenheiten auslösen. Gegebenenfalls sollten entsprechende technische „Frühwarnsysteme“ implementiert werden, beispielsweise bei auffälligen Anstiegen der Preisniveaus.

V. Ausblick: zunehmende Bedeutung des Dynamic Pricing im stationären Handel

Nicht zuletzt aufgrund der Verbreitung digitaler Preisschilder nimmt die Bedeutung des Dynamic Pricing auch im stationären Handel zu.³⁹ Aber auch über dynamische Preisschilder hinaus lassen sich mittlerweile sektorspezifische Angebote für Dynamic Pricing finden, die gezielt auch den stationären Handel ansprechen und selbst so stark regulierte Bereiche wie den Gesundheitsmarkt und den Handel über Apotheken betreffen, bei denen Verbraucher dies am wenigsten erwarten dürften.⁴⁰ Auch dort geht es um die Optimierung der Margen.⁴¹ Dies wiegt insbesondere in einem Bereich mit territorialen Monopolen (Gebietsschutz) besonders stark.

Insoweit ist zunächst festzustellen, dass die wettbewerbliche Beratung durch Dritte im stationären Handel kein neues Phänomen des digitalen Zeitalters ist. Vielmehr spielt das Produktgruppenmanagement bzw. Category Management in vielen Handelsbereichen wie etwa dem LEH seit geraumer Zeit eine wichtige Rolle. Die Beratung über die „Produktgruppen am Regal“ erfolgt dabei nicht selten durch Category Captains eines Lieferanten des Händlers aus der jeweiligen Produktgruppe. In einer solchen Konstellation entstehen aufgrund des möglichen Informationsflusses und der potentiellen Koordinierung des Preisverhaltens der Händler durch die Lieferanten kartellrechtliche Compliance-Risiken,⁴² die denjenigen des Dynamic Pricing nicht unähnlich sind.

Gegenüber den dargestellten Risiken des Dynamic Pricing im Online-Handel kommt im stationären Handel der Umstand verschärfend hinzu, dass die stationären Preise außerhalb des jeweiligen Ladenlokals nicht einsehbar und daher, anders als Online-Preise, nicht „öffentlich“ sind. Eine massenweise und fortlaufende automatisierte Verarbeitung und Verwertung der stationären Preise konkurrierender Händler dürfte daher für Dynamic-Pricing-Anbieter nur dann wirtschaftlich vertretbar sein, wenn die Dynamic-Pricing-Anbieter die jeweiligen Preisinformationen von den jeweils angeschlossenen Händlern direkt übermittelt bekommen. Die Auswertung der kartellrechtlichen Entscheidungspraxis in diesem Beitrag belegt, dass ein solches Vorgehen mit nicht unerheblichen kartellrechtlichen Risiken behaftet wäre. Dies gilt gerade auch für teilnehmende Händler, die einen Vertrag mit dem Dynamic-Pricing-Anbieter abschließen, sofern die Händler darin einwilligen, ihre „stationären“ Preise mit dem Anbieter zu teilen. Daher ist beim Dynamic Pricing im stationären Bereich besondere Vorsicht geboten.

Bei stark reglementierten Bereichen wie dem Gesundheitsmarkt ist zudem zu beachten, dass Dynamic Pricing nur auf bestimmte Warenssegmente angewendet werden kann. So sind rezeptpflichtige Präparate strikt preisgeregelt, während andere Segmente von einigen Apotheken mit Dynamic Pricing Ansätzen erhöht werden. Es besteht daher zusätzlich die Gefahr, dass das gewonnene Kundenvertrauen aus einem Warenssegment, in einem anderen Warenssegment zu Zwecken der Gewinnoptimierung ausgenutzt wird.

VI. Zusammenfassung und Ausblick

Nimmt man die Selbstbeschreibung einiger Dynamic-Pricing-Anbieter zum Maßstab, erscheint die Annahme nicht fernliegend, dass es in absehbarer Zukunft kartellrechtliche Untersuchungen in diesem Sektor geben wird. Zu groß ist die praktische Bedeutung des Dynamic Pricing für den Handel mit zahlreichen Produktgruppen und zu naheliegend ist eine „Verbesserung“ des Services unter Zugrundelegung vertraulicher Informationen, die Konkurrierende untereinander nicht austauschen dürfen. Die Entscheidungslinien des EuGH zeugen zudem von einer tendenziell großzügigen Bejahung der Zurechnung von kartellrechtlichen Übertretungen durch Preisberater. Dynamic-Pricing-Anbieter und angeschlossene Händler sind daher gut beraten, die auch in diesem Beitrag skizzierten Grundsätze der kartellrechtlichen Compliance zu berücksichtigen. Für die Zukunft ist es zudem nicht ausgeschlossen, dass die Wettbewerbsbe-

35 *Salaschek/Serafimova*, WuW 2018, 8 ff.; *Künstler/Franz*, K&R 2017, 688, 690 f.; *Künstler*, GRUR 2019, 36, 39 f.

36 CMA, Entscheidung vom 12. 8. 2016 – Case 50223 – Online sales of posters and frames; DOJ, Pressemitteilung vom 11. 8. 2016, „Online Retailer Pleads Guilty for Fixing Prices of Wall Posters“, abrufbar unter: <https://www.justice.gov/opa/pr/online-retailer-pleads-guilty-fixing-prices-wall-posters>.

37 OFGEM, Entscheidung vom 26. 7. 2019, Rn. 1.4, 5.30; abrufbar unter: https://www.ofgem.gov.uk/sites/default/files/docs/2019/07/decision_on_economy_energy_-_e_gas_and_electricity_-_dyball_associates_infringement_of_chapter_i_ca98_doorstep_sales_redacted_decision_document_26_july_2019.pdf.

38 *Künstler/Franz*, K&R 2017, 688, 690 f.; *Künstler*, GRUR 2019, 36, 39 f.

39 CMA (Fn. 21), Rn. 3.9 ff.; ADCL/BKartA (Fn. 21), S. 5.

40 Siehe beispielsweise <https://solvena.de/bzw>. <https://solvena.de>.

41 Siehe beispielsweise die werbliche Anpreisung unter <https://solvena.de/bestellen/>: „Bei TruePrice geht es nicht zwangsläufig darum, immer den günstigsten Preis vorzuschlagen. Es geht ebenso darum, PZN in einem Sortiment zu identifizieren, die ‚unterpreisig‘ angeboten werden. Dies ist immer dann der Fall, wenn das eigene Angebot mit Abstand das günstigste ist. In diesem Fall ist zu überlegen, ob nicht der Preis erhöht werden sollte, um mehr Marge abzuschöpfen“.

42 *Klaus/Derra*, PharmR 2020, 115, 126; v. *Graevenitz*, WRP 2012, 782.

hörden – auch ohne Verschärfung der jahrzehntealten Kartellverbotsbestände – das Verbot wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen extensiv auslegen werden, um ungewünschte Oligopolisierungseffekte zu verhindern.⁴³

43 Vgl. Zimmer, in: Immenga/Mestmäcker (Fn. 11), Art. 101 Abs. 1 AEUV, Rn. 99.



Kim Manuel Künstner

Jahrgang 1981; Studium und Promotion an der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg bzw. Universität de Barcelona; seit 2013 Rechtsanwalt in der Kanzlei SCHULTE RECHTSANWÄLTE in Frankfurt a. M.; Schwerpunktbereiche: Kartellrecht, Kartellschadensersatz und Compliance.

RA Prof. Dr. Felix Buchmann und RAin Chiara Panfil^{*}

Das neue Schuldrecht – Teil 4: Die Umsetzung der Modernisierungsrichtlinie im BGB und EGBGB

Kurz und Knapp

Am 28. 5. 2022 treten eine Reihe von neuen Vorschriften in Kraft. Betroffen sind von den Novellierungen das BGB, EGBGB und UWG sowie die Preisangabenverordnung. Die Neuregelungen setzen die Vorgaben der Modernisierungsrichtlinie in deutsches Recht um und verfolgen insgesamt das Ziel, die Verbraucherschützenden Vorschriften zu modernisieren und die Durchsetzung des Verbraucherschutzrechts zu verbessern. Der Beitrag verschafft einen Überblick über die wesentlichen Änderungen im BGB und EGBGB und gibt einen kurzen Ausblick auf die weiteren Änderungen im UWG und in der PAngV.

I. Einführung und Hintergrund

Grund der Änderungen in den Normen des deutschen Rechts ist die RL (EU) 2019/2161 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. 11. 2019 zur Änderung der RL 93/13/EWG des Rates und der Richtlinien 98/6/EG, 2005/29/EG und 2011/83/EU des Europäischen Parlaments und des Rates zur besseren Durchsetzung und Modernisierung der Verbraucherschutzvorschriften der Union (im Folgenden die „Modernisierungsrichtlinie“). Die Modernisierungsrichtlinie macht keine direkt umzusetzenden eigenen Vorgaben, sondern ändert bestehende Richtlinien, nämlich die RL 93/13/EWG (im Folgenden „Klausel-Richtlinie“), die RL 98/6/EG (im Folgenden „Preisangaben-Richtlinie“), die RL 2005/29/EG (im Folgenden „UGP-Richtlinie“) und die RL 2011/83/EU (im Folgenden „Verbraucherrecht-Richtlinie“). Der Regelungsgehalt dieser vier modernisierten Richtlinien bleibt damit grundsätzlich erhalten, sofern er nicht durch die Modernisierungsrichtlinie modifiziert wird. Dies gilt insbesondere auch hinsichtlich der Frage der (Voll-)Harmonisierung des Rechts. Bei der Umsetzung der Modernisierungsrichtlinie ist daher stets genau zu beachten, welcher Gestaltungsspielraum dem deutschen Gesetzgeber tatsächlich eingeräumt wird.

Am 28. 5. 2022 treten das Gesetz zur Änderung des BGB und des EGBGB vom 10. 8. 2021,¹ das Gesetz zur Stärkung des Verbraucherschutzes im Wettbewerbs- und Gewerberecht vom 10. 8. 2021² und die neue Preisangabenverordnung³ in Kraft. Während das Gesetz zur Änderung

des BGB und des EGBGB der Umsetzung der durch die Modernisierungsrichtlinie eingeführten Änderungen der Klausel-Richtlinie und der Verbraucherrecht-Richtlinie dient, hat der Gesetzgeber die Änderungen der UGP-Richtlinie mit dem Gesetz zur Stärkung des Verbraucherschutzes im Wettbewerbs- und Gewerberecht umgesetzt. Die Preisangabenverordnung wurde aufgrund der Änderungen der Preisangaben-Richtlinie insgesamt neu gefasst.

II. Umsetzung im BGB und EGBGB

Die Neuregelungen im BGB und im EGBGB betreffen insbesondere eine Veränderung im Anwendungsbereich der verbraucherschützenden Vorschriften sowie die allgemeinen und besonderen Informationspflichten bei Verbraucherverträgen, Fernabsatzverträgen und außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen. Anpassungen erfolgen beim Widerrufsrecht, neu eingeführt werden Regelungen für Betreiber von Online-Marktplätzen und Sanktionen bei Verstößen gegen verbraucherschützende Vorschriften. Die Auswirkungen auf die Praxis sind gravierend.

1. Anwendungsbereich der verbraucherschützenden Vorschriften

§ 312 BGB, dessen Anwendungsbereich durch Aufnahme des „Bezahlens mit Daten“⁴ in Abs. 1a bereits im vorausliegenden Gehorsam⁵ mit der Umsetzung der Digitale-Inhalte-Richtlinie⁶ geändert wurde, erfährt zum 28. 5. 2022 durch die Umsetzung der Modernisierungsrichtlinie weitere Änderungen. Die bislang in § 312 Abs. 2 Nr. 5 BGB normierten Verträge über die Beförderung von Personen haben im neuen § 312 Abs. 8 BGB einen eigenen Minimalanwendungsbereich erhalten, wonach auf diese Verträge nur § 312a Abs. 1 und die Abs. 3 bis 6 BGB anzuwenden sind. Folge ist, dass nunmehr auch § 312a Abs. 5 BGB Anwendung findet und damit Verbraucher kein Entgelt für telefonische Auskünfte zur Vertragsabwicklung im Rah-

* Mehr über die Autoren erfahren Sie am Ende des Beitrags.

1 BGBl. I 2021, S. 3483 ff.

2 BGBl. I 2021, S. 3504 ff.

3 BGBl. I 2021, S. 4921 ff.

4 Dazu ausführlich Schneider/Conrad, K&R 2022, 225 ff.; Buchmann/Panfil, K&R 2022, 232 ff.

5 Vgl. Begründung, BT-Drs. 19/27653, S. 34 f.

6 RL (EU) 2018/770 v. 20. 5. 2019 über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte und digitaler Dienstleistungen.