

Zum XXII. Hauptgutachten der Monopolkommission

Vorbemerkung

DIE FAMILIENUNTERNEHMER sprechen der Monopolkommission auch für dieses Hauptgutachten ihre große Anerkennung und ihren Dank aus. Die Monopolkommission macht sich wiederum um die Wahrung und laufende Weiterentwicklung eines dem Wettbewerb in Deutschland förderlichen Rahmens verdient.

Die folgenden Anmerkungen und Kommentare von DIE FAMILIENUNTERNEHMER konzentrieren sich auf das Kapitel „Algorithmen und Kollusion“.

Preisalgorithmen als abgestimmtes Verhalten

Im Zeitalter von Digitalisierung, Vernetzung und fortlaufender Evolution des Internets steht auch die Wettbewerbsaufsicht vor immer neuen Herausforderungen. Bei ihren Versuchen, diesen gerecht zu werden, erfahren Verwaltung und Gesetzgebung durch die sachkundige Arbeit der Monopolkommission wertvolle Hilfestellungen. Dies wissen DIE FAMILIENUNTERNEHMER als tägliche und politische Freunde des Wettbewerbs seit Jahrzehnten zu schätzen.

Wichtig ist, dass die Monopolkommission auf die möglichen wettbewerbsverzerrenden Effekte durch den Einsatz von Preisalgorithmen hinweist und diese auch für eine größere interessierte Öffentlichkeit verständlich darstellt. Erst auf der Grundlage derartiger Problemskizzen kann der verständige Regulator versuchen, Probleme zu lösen.

Angemessene Vorverlagerung der Kartellprüfung

Die Autoren des Hauptgutachtens sprechen richtigerweise von einer möglichen „Vorverlagerung“ eines wettbewerbsrechtlich anstößigen unternehmerischen Verhaltens. Die „maßgebliche unternehmerische Entscheidung“ liegt also nicht erst zu dem Zeitpunkt vor, in dem die eingesetzten Algorithmen sozusagen kollusiv zusammenwirken, sondern bereits mit der Entscheidung, bestimmte Arten preisvergleichender Algorithmen einzusetzen. Dies führt faktisch leicht zu paralleler Preisbildung. Um das schädliche Verhalten erfassen zu können, muss man die Kontrolle vorverlagern.

Die Monopolkommission lehnt sich damit an die anerkannte juristische Denkfigur der *actio libera in causa* an. Bei dieser wird das strafbare Tun auf den Zeitpunkt vorverlagert, zu dem sich der Täter planmäßig in den Zustand der Schuldunfähigkeit versetzt, um so seine spätere Tat zu begehen. Um auch moderne Techniken der Kartellbildung erfassen zu können, ist an einer solchen Analogie zu einem eingeführten Rechtsinstitut wettbewerbsrechtlich nichts auszusetzen: Bestimmte Arten der Preisniveaubeobachtung und Automatismen zur Preis-anpassung sollten also auch im Vorfeld kartellrechtlich überprüfbar sein. Dies gilt auch, wenn der Akteur einen auch nur vagen Willen der Harmonisierung eines Preisniveaus mit Wettbewerbern hat.

Allerdings sollte nicht jeder Algorithmus unter Generalverdacht stehen, sondern nur solche, bei denen erkennbar Preise nahezu synchron erhöht werden.

Verbraucherverbände als Verfahrensbeteiligte

Einem anderen, weniger innovativen wettbewerbsrechtspolitischen Vorschlag der Monopolkommission stehen DIE FAMILIENUNTERNEHMER dagegen mit erheblicher Skepsis gegenüber. Die Monopolkommission schlägt vor, „den“ oder auch einigen Verbraucherschutzverbänden das Recht einzuräumen, die Durchführung kartellbehördlicher Sektoruntersuchungen zu initiieren - eine Ablehnung eines solchen „Antrags“ müsste die Kartellbehörde dann näher begründen.

Nach Überzeugung von DIE FAMILIENUNTERNEHMER ist die Installation derartiger Intermediäre zwischen den jeweiligen Teilnehmern am Wettbewerb potentiell eher schädlich und ineffektiv als nützlich.

Gerade bemüht sich das Bundesministerium für Justiz und Verbraucherschutz über einen Entwurf zur Änderung des UWG darum, etwas gegen die Herausbildung einer sog., „Abmahnindustrie“ zu unternehmen. Diese Bestrebung ist richtig, obwohl es auch hier wieder dazu kommt, dass einzelne Verbände herausgehoben bzw. zum Abmahnen privilegiert werden sollen. Unternehmer, die sich selbst und ihre Kunden (Verbraucher) vor wettbewerbswidrigen Aktivitäten ihrer Konkurrenten zu verteidigen bestrebt sind, brauchen keine Nichtregierungsorganisationen, Anwaltsverbände, Klägervereine und sonstige Spendengeld-Sammelstellen, um gegen Kartellsünder vorzugehen.

Die selbst sehr kampfeswilligen Kartellbehörden brauchen keine weiteren Organisationen um sie anzutreiben, der Markt selbst ist wettbewerbs-sensibel genug, um Verfahren in Gang zu setzen. Ein Zwang zur Begründung einer Ablehnung von Anträgen erzeugt weitere Bürokratie und Verfahrenszwänge. Es liegt ein Fehler in der Annahme, dass nur oder auch bloß in erster Linie Verbraucherschutzvereine gut dafür sorgen können, dass Wettbewerbsverstöße verfolgt werden. Auch betroffene Wettbewerber selbst haben hier eigene, starke Antriebe (Marktwirtschaft). Und die Kartellbehörden können Preise beobachten und Verfahren einleiten. Verbraucherschützer u. ä. sollten aber natürlich - wie jedermann - Hinweise geben können.

Ergebnis

Es ist gut und zielführend, wenn z. B. im Zuge der nächsten GWB-Novelle die Verwendung von Preisalgorithmen zur kollusiven parallelen Preissetzung zum Gegenstand einer dann auch hier durchgriffstarken Kartellaufsicht gemacht wird.

Dabei wird freilich darauf zu achten sein, dass eine vorgeschlagene „Vorverlagerung“ der die Aufsicht auslösenden Entscheidung zwar die Kartell-Nachweisschwierigkeiten der Kartellaufsichtsbehörden effektiv mildert, dass hierbei aber keine Vorverlagerungsexzesse auftreten. Wie beispielhaft könnte ein hier so genannter „Vorverlagerungsexzess“ sein? Hier könnte an die derzeit im Bundesministerium für Wirtschaft und Energie ebenfalls erörterte „präventive Missbrauchsaufsicht“ gegenüber der Marktmachtbildung von „Internetriesen“ zu denken sein. Im Bundeswirtschaftsministerium wird an dieser Stelle derzeit erwogen, schon eine lediglich „subjektive Willensbildung“ oder „kaufmännische Strategie“ dafür genügen zu lassen, einen „Missbrauch“ von (werdender!) Marktmacht anzunehmen. So früh darf vorverlagertes Fehlverhalten nicht angesetzt werden, weder bei einer Kartell- noch bei einer Missbrauchsaufsicht, so DIE FAMILIENUNTERNEHMER.

Die Zwischenschaltung unbeteiligter Dritter (Verbraucherverbänden etc.) in die Startphase von Verfahren gegen Preisabsprachen, ist abzulehnen, sie nützt in erster Linie den Dritten.

+++