

Auf der Suche nach dem besten Preis

Preisabsprachen finden längst nicht mehr nur in geheimen Hinterzimmern statt. Algorithmen haben auch hier die Macht übernommen – mit Auswirkungen nicht nur auf Flugtickets.

/ Von Anna Blume Huttenlauch



Kartellabsprachen werden traditionellerweise mit verschwörerischen Runden in anonymen Hotel- oder Hinterzimmern assoziiert, in denen sich die Kartellanten über Preise, Marktaufteilungen oder andere Erfolgsparameter verständigen. Ziel solcher Absprachen ist es, den gesunden Wettbewerb zu unterlaufen und Preise oder Absatzerfolge zu erzielen, die bei wettbewerbsmäßigem Verhalten vermeintlich nicht erzielt würden.

Die Ermittlungsakten zu diesen Fällen lesen sich daher häufig wie Kriminalromane, spektakulär illustrierte dies zuletzt das sogenannte Schienenkartell: Über mehrere Jahrzehnte trafen sich die sogenannten

„Schienenfreunde“, darunter Voestalpine, Thyssen-Krupp, Moravia Steel und Vossloh, um Preise und Mengen auf dem deutschen Schienenmarkt festzulegen. Mitarbeiter der ausschreibenden Kommunen wurden häufig gleich mit eingeladen, um die Deals einzutüten. Die Kartellbrüder trugen interne Spitznamen wie „Nuttenprinz“, und zur Tarnung wurden die Preisangaben als Aktien- oder Börsenwerte, bisweilen auch als Lottozahlen übermittelt. Die Kommunikation im Kartell fand vorwiegend über Telefonate und persönliche Treffen, manchmal auch durch E-Mails statt.

Auch aus anderen Fällen sind mehr oder weniger einfallsreiche Codenamen bekannt, die sich Kartellanten füreinander einfallen ließen: Ausgerechnet die rustikale Speditionsbranche entschied sich etwa für poetische Anleihen aus der Botanik und traf sich unter dem Deckmantel „Gardening Club“; ihre verschiedenen Kundenkategorien kategorisierten sie in ihren Preisfixierungsrunden nach Gemüsesorten wie „Asparagus“ oder „Baby Courgettes“. Für ihre Besprechungen nutzten die Kartellmitglieder glamouröse Treffpunkte in Rio de Janeiro, Hongkong, Zürich oder Mexiko City in der Vergangenheit ebenso gerne wie geheime Konferenzräume in Flughäfen auf der ganzen Welt.

Längst aber mussten sich auch Kartellabsprachen dem technischen Fortschritt anpassen und modernere Formen finden, um auf immer versiertere Ermittlungsmethoden der Kartellbehörden reagieren und das Entdeckungsrisiko mindern zu können. So sind in jüngerer Zeit kaum noch Kartellfälle aufgrund handfester schriftlicher Beweise aufgedeckt worden. Auch Kartellanten wissen mittlerweile, dass selbst gelöschte E-Mails den forensischen Instrumenten der Behörden nicht entgehen und dass „Lesen, Löschen, Aufessen“ keinen adäquaten Schutz mehr bietet.

Kommuniziert wird deshalb nur noch selten schriftlich, auch Aufzeichnungen mündlicher Absprachen werden kaum noch angefertigt. Umso bedeutender sind in den letzten Jahren für die weltweite Kartellaufdeckung sogenannte Kronzeugenprogramme geworden: Sie bieten den Kartellbeteiligten einen Anreiz, ihre Verstöße selbst einzugestehen, den Behörden Beweise zu liefern und diese bei der Ermittlungsarbeit tatkräftig zu unterstützen. Die Kartellanten gehen dafür weitgehend strafbeziehungsweise bußgeldfrei aus.

Inzwischen ist die „Verflüchtigung“ menschlicher Kommunikation sogar so weit fortgeschritten, dass Kartellbehörden der Frage nachgehen, ob Preisabsprachen durch reine Maschinenkommunikation, also allein durch Algorithmen zustande kommen können. Der menschliche Beitrag reduziert sich in solchen Fällen auf die Programmierung von Algorithmen, alles Weitere wird den Maschinen überlassen.

Tatsächlich stellt man sich aus Nutzersicht häufig die Frage, ob plötzliche, unerklärliche Preissteigerungen kurz vor der Buchung oder die berühmten „letzten Plätze“, die nur noch „kurze Zeit“ verfügbar sind, Ausdruck eines tatsächlich knapper werdenden Angebots sind oder ob dem Nutzer dies nur suggeriert werden soll. Nicht selten unterscheiden sich Preisangaben darüber hinaus je nach IP-Adresse. Immer häufiger schleicht sich deshalb das Gefühl ein, über den Tisch gezogen zu werden. Aber stehen hinter diesen Vermutungen tatsächlich kartellrechtlich angreifbare Verhaltensweisen?

Es gibt durchaus Fälle, in denen Kartellbehörden eingeschritten sind: Die britische Kartellbehörde etwa hat Händler zu einem Bußgeld verurteilt, die Poster über Amazon verkauften und dafür die Preise abgesprochen hatten. Da ihnen die manuelle Umsetzung zu aufwendig war, entschieden sich die Händler, auf eine Software zur automatischen Preisanpassung zurückzugreifen. Sie sorgte dafür, dass der Wettbewerberpreis unterboten wurde, jedoch nicht unter den von den Händlern festgesetzten Mindestpreis fiel. Sofern jedoch kein anderer Wettbewerber mit niedrigeren Preisen existierte, passte die Software die von den an der Absprache beteiligten Unternehmen gesetzten Preise automatisch an.

Absurde Ausmaße hat die Preissetzung durch aufeinander reagierende Algorithmen in einem berühmt gewordenen Fall genommen: Zwei Buchhändler auf Amazon wollten sicherstellen, stets etwas mehr zu verdienen als ihr engster Wettbewerber. Dies führte letztlich dazu, dass Peter Lawrence's *The Making of a Fly*, ein Standardwerk zur Evolutionsbiologie, gut 23 Millionen Dollar kostete. Ein Student aus Berkeley entdeckte das Versehen, als ihm bei seiner Suche 17 Exemplare des Buches angezeigt wurden, davon 15 gebrauchte (ab 35,54 Dollar) und zwei neue: eines für gut eine Million Dollar und eines für gut zwei Millionen Dollar. Als der Student am nächsten Tag wieder suchte, war der Preis für die beiden neuen Exemplare jeweils auf etwa 2,8 Millionen Dollar gestiegen. Es stellte sich heraus, dass der eine Händler seinen Preismechanismus so eingestellt hatte, dass der Preis seines engsten Wettbewerbers einmal täglich mit 0,983 multipliziert wurde, um diesen zu unterbieten, während ebendieser Wettbewerber seinen Preis jeweils um 1,270589 höher ansetzte als den Wettbewerberpreis.

Der entscheidende Unterschied zum Poster Fall lag allerdings darin, dass sich die Händler hier untereinander nicht abgestimmt hatten. Damit war die Nutzung des Algorithmus kartellrechtlich letztlich nicht angreifbar, es fehlte am „kommunikativen Element“.

Eine vergleichbare Konstellation ist aus dem Tankstellenmarkt bekannt, den das Bundeskartellamt über lange Zeit hinweg wegen auffälliger Preisangleichungen untersucht hat; es konnte jedoch bis zuletzt keine Vereinbarung zwischen einzelnen Tankstellenbetreibern feststellen.

Kartellrechtlich ist es zumindest fragwürdig, wenn einzelne Händler Algorithmen zwar unabhängig voneinander, wohl aber gezielt nutzen, um die eigenen Preise an die der Wettbewerber anzupassen. Wie solches Verhalten im Ergebnis zu beurteilen ist, lässt sich pauschal allerdings nicht beantworten. Vielmehr hängt dies von den konkret betroffenen Märkten und den sie beherrschenden Wettbewerbsverhältnissen ab.

Als bei der Lufthansa kürzlich Preissteigerungen um bis zu dreißig Prozent zu beobachten waren, verteidigte sich die Fluggesellschaft mit dem Argument, dass dafür Algorithmen verantwortlich seien. Andreas Mundt, der Präsident des Bundeskartellamts, witterte jedoch auch hier einen Kartellrechtsverstoß und ließ verlauten, dass „solche Algorithmen ja nicht im Himmel vom lieben Gott geschrieben“ werden. Im Raum steht hier zwar kein Vorwurf einer unzulässigen Preisabstimmung, wohl aber ein möglicher Missbrauch von Marktmacht.

Wenn Algorithmen eingesetzt werden, um – je nach Zahlungsbereitschaft – individuelle Preise festzusetzen, bemerken die Kunden dies meist nicht einmal. Die Grundlage der Algorithmen ist Big Data, also gesammelte Daten zum Such- und Kaufverhalten der betreffenden Person. Flugpreise etwa können bis zu 160 Euro teurer angezeigt werden, je nachdem, welches Endgerät – PC oder Smartphone – der Suchende nutzt. Kartellrechtlich sind solche Differenzierungen zulässig, solange der Anbieter nicht marktbeherrschend ist, solange der Anbieter also durch ausreichenden Wettbewerb im Zaum gehalten wird. Ökonomisch gelten Preisdiskriminierungen sogar als begrüßenswert, weil sie Wettbewerbsanreize setzen und die Konsumentenwohlfahrt insgesamt steigern. Kunden und Verbraucherschützer dagegen empfinden es in der Regel als ungerecht, wenn Einzelne mehr bezahlen müssen als andere und laufen gegen solche Praktiken Sturm.

Ob und in welchem Umfang diese neuartigen Konstellationen reguliert werden sollen, wird derzeit heftig diskutiert. Die digitale Ökonomie stellt das Kartellrecht insgesamt vor neue Herausforderungen. Dynamische Algorithmen sind dabei – neben Plattformmärkten, dem Internet of Things, Big Data und Blockchain – nur einer von vielen Bereichen, die unter Insidern unter dem Stichwort „Hipster Antitrust“ diskutiert werden. Ob das klassische Instrumentarium des Kartellrechts hier ausreicht oder ob neue Methoden und Rechtsgrundlagen erforderlich werden, muss sich künftig zeigen. Der Wettbewerbsökonom Justus Haucap sagte dazu jüngst: „Das Kartellrecht ähnelt eher den Zehn Geboten: Man darf keine Preise absprechen. Man darf seine marktbeherrschende Stellung nicht missbrauchen. Das sind Grundsätze, die auch in der digitalen Welt unverändert gelten.“ Entscheidend aber wird künftig sein, wie man erkennt, ob diese Grundsätze eingehalten werden.

Auch der Koalitionsvertrag konstatiert Bedarf für „eine Modernisierung des Kartellrechts in Bezug auf die Digitalisierung und Globalisierung der Wirtschaftswelt“ und eine „Ergänzung für digitale Geschäftsmodelle“. Im Spannungsfeld zwischen dem Risiko, dass kartellrechtswidrige Verhaltensweisen unerkannt bleiben und der Gefahr einer übermäßigen Intervention in Geschäftsmodelle, die sich gerade erst noch in der Entwicklung befinden, ist indes noch vieles ungeklärt.

Anna Blume Huttenlauch ist Gründungspartnerin der Kanzlei Blomstein.