

Kronberger Kreis

**Research Report**

## Neue Diskriminierungsverbote für die digitale Welt?

Kronberger Kreis-Studien, No. 63

**Provided in Cooperation with:**

Stiftung Marktwirtschaft / The Market Economy Foundation, Berlin

*Suggested Citation:* Kronberger Kreis (2017) : Neue Diskriminierungsverbote für die digitale Welt?, Kronberger Kreis-Studien, No. 63, ISBN 389015123X, Stiftung Marktwirtschaft, Berlin

This Version is available at:

<https://hdl.handle.net/10419/168363>

**Standard-Nutzungsbedingungen:**

Die Dokumente auf EconStor dürfen zu eigenen wissenschaftlichen Zwecken und zum Privatgebrauch gespeichert und kopiert werden.

Sie dürfen die Dokumente nicht für öffentliche oder kommerzielle Zwecke vervielfältigen, öffentlich ausstellen, öffentlich zugänglich machen, vertreiben oder anderweitig nutzen.

Sofern die Verfasser die Dokumente unter Open-Content-Lizenzen (insbesondere CC-Lizenzen) zur Verfügung gestellt haben sollten, gelten abweichend von diesen Nutzungsbedingungen die in der dort genannten Lizenz gewährten Nutzungsrechte.

**Terms of use:**

*Documents in EconStor may be saved and copied for your personal and scholarly purposes.*

*You are not to copy documents for public or commercial purposes, to exhibit the documents publicly, to make them publicly available on the internet, or to distribute or otherwise use the documents in public.*

*If the documents have been made available under an Open Content Licence (especially Creative Commons Licences), you may exercise further usage rights as specified in the indicated licence.*

Der fortschreitende Digitalisierungsprozess führt zu grundlegenden Veränderungen im wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Zusammenleben. Der digitale Wandel erzeugt mit seinen Innovationen zahlreiche Vorteile für Verbraucher und Produzenten, gleichwohl werden etablierte Geschäftsmodelle hinterfragt und neuer Konkurrenz ausgesetzt. Die Sorge vor Machtkonzentration und neuen Risiken ist in der Diskussion allerdings noch präsenter als die Gefahren, die man vor gut 100 Jahren in Fahrzeugen ohne Pferde sah – deren Nutzung durch überschießende Regulierung dann erheblich erschwert wurde.

Vor diesem Hintergrund warnt der Kronberger Kreis, wissenschaftlicher Beirat der Stiftung Marktwirtschaft, in seiner Studie vor überstürzten Regulierungsimpulsen. Die derzeit zu beobachtende Tendenz zu weiteren Diskriminierungsverboten und Neutralitätsgeboten ist Ausdruck einer populären, aber unscharfen Gerechtigkeitsdebatte, die oftmals eher von diffusen Gefühlen als von Fakten und empirischer Evidenz geleitet wird. Was als Diskriminierung bezeichnet wird, ist häufig eine legitime unternehmerische Differenzierung, die auch den Verbrauchern Vorteile bringt. Umgekehrt schränken strikte Verbote von Differenzierung den freien Wettbewerb und Innovationen ein. Der Versuch, ein politisches Gleichheitsideal in verallgemeinernder Form in die Wirtschaftswelt zu übertragen, ist verfehlt. Die Politik schießt mit ihren Verboten als Reaktion auf vermeintliche Gefahren über das Ziel hinaus und riskiert es, die vielfältigen Chancen der Digitalisierung zu verpassen.

„Mehr Mut zum Markt“ lautet die Devise des Kronberger Kreises, wissenschaftlicher Beirat der Stiftung Marktwirtschaft. Der 1982 gegründete Kronberger Kreis entwickelt ordnungspolitische Reformkonzepte, mit dem Ziel, die freiheitliche Ordnung in Deutschland und Europa weiterzuentwickeln. Den Staat sieht er als Regelsetzer und Schiedsrichter, nicht als Mitspieler und „Übervater“. Mit seinen Konzepten prägt der Kronberger Kreis seitdem die wirtschaftspolitische Diskussion mit.

## Neue Diskriminierungsverbote für die digitale Welt?



### Kronberger Kreis

Lars P. Feld, Clemens Fuest, Justus Haucap,  
Heike Schweitzer, Volker Wieland, Berthold U. Wigger

## **Neue Diskriminierungsverbote für die digitale Welt?**

**Kronberger Kreis**

Lars P. Feld, Clemens Fuest, Justus Haucap,  
Heike Schweitzer, Volker Wieland, Berthold U. Wigger

Gefördert durch die informedia-Stiftung  
Gemeinnützige Stiftung für Gesellschaftswissenschaften  
und Publizistik, Köln

Bibliographische Information der Deutschen Bibliothek  
Die Deutsche Bibliothek verzeichnet diese Publikation in der  
Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische  
Daten sind im Internet über <http://ddb.de> abrufbar.

© 2017

Stiftung Marktwirtschaft (Hrsg.)  
Charlottenstraße 60  
10117 Berlin  
Telefon: +49 (0)30 206057-0  
Telefax: +49 (0)30 206057-57  
[www.stiftung-marktwirtschaft.de](http://www.stiftung-marktwirtschaft.de)

ISBN: 3-89015-123-X

Titelfoto: © National Motor Museum, Beaulieu / Montage

	Executive Summary	5
I	Einleitung	7
II	Diskriminierungsverbote im Wirtschaftsrecht – Gründe und Grenzen	11
III	Ökonomische Perspektive: Differenzierung als Teil des Wettbewerbsprozesses	15
	3.1 Diskriminierung im wirtschaftlichen Wettbewerb	15
	3.2 Zur ökonomischen Begründung von Diskriminierungsverboten	20
IV	Diskriminierungsverbote in der digitalen Wirtschaft	25
	4.1 Diskriminierungsverbote für „Gatekeeper“	25
	4.1.1 Netzneutralität	26
	4.1.2 Plattformneutralität	32
	4.2 Diskriminierungsverbote im Internethandel	38
	4.2.1 Geoblocking	38
	4.2.2 Personalisierte Preise / Individuelle Preisdifferenzierung	46
V	Fazit	55
	Literaturverzeichnis	59

## Executive Summary

Mit großer Geschwindigkeit erfasst die Digitalisierung immer weitere Bereiche von Wirtschaft und Gesellschaft. Der fortschreitende Digitalisierungsprozess führt zu zahlreichen Vorteilen für Verbraucher und Produzenten durch Produkt- und Prozessinnovationen und schafft neue Geschäftsmodelle für innovative und anpassungsfähige Unternehmen. In der deutschen Debatte wird der digitale Wandel allerdings verstärkt als Bedrohung wahrgenommen. Digitale Angebote treten zunehmend in Konkurrenz zu bestehenden Geschäftsmodellen und Arbeitsplätzen und stellen diese auf den ökonomischen Prüfstand. Etablierte Unternehmen fürchten um den Verlust ihrer Marktstellung. Darüber hinaus besteht die Sorge, digitale Monopole könnten ihre marktbeherrschende Stellung nutzen, um das Verhalten von Marktteilnehmern zu steuern und eine Ungleichbehandlung im Markt zu befördern.

Um die Potenziale des digitalen Wandels voll ausschöpfen zu können, wird vielfach eine Ergänzung oder Änderung der bestehenden Wettbewerbsordnung erforderlich sein. Seitens des Gesetzgebers wird bislang jedoch fast reflexartig mit einer strikten Regulierung auf die Herausforderungen der Digitalisierung reagiert. Die zu beobachtende Tendenz zu weiteren Diskriminierungsverboten und Neutralitätsgeboten ist dabei Ausdruck einer populären, aber unscharfen Fairnessdebatte, die selten von Fakten und empirischer Evidenz geleitet wird. Diffuse Gefühle und pauschale Urteile über die politische Wünschbarkeit einer allgemeinen Gleichbehandlung sind oftmals Grundlage des Regulierungsimpulses. Was regelmäßig fehlt, ist eine präzise Analyse der häufig komplexen und nicht selten innovationshemmenden Wirkungen von Diskriminierungsverboten und der Bürokratiekosten, die durch die Überwachung von solchen Verboten verursacht werden. In der vorliegenden Studie werden diese Beobachtungen exemplarisch anhand neuer Diskriminierungsverbote zu Netzneutralität, Plattformneutralität, Geoblocking und personalisierten Preisen erläutert.

Tatsächlich können im digitalen Umfeld neuartige Machtlagen auftreten. Diskriminierungsverbote greifen jedoch intensiv in die unternehmerische Gestaltungsfreiheit und die Wettbewerbsprozesse ein, die Grundlage der Marktprozesse und damit der Anpassung von Märkten an neue Marktgegebenheiten ist. Nicht mehr die Marktteilnehmer entscheiden über die Akzeptanz neuer Dienste und Produkte, sondern Regulierungsbehörden.

Der sogenannte *Red Flag Act* des späten 19. Jahrhunderts verdeutlicht dies besonders anschaulich: Dem Gesetz zufolge durften in Großbritannien und Irland Gefährte ohne Pferde mit einer Höchstgeschwindigkeit von maximal zwei bis vier Meilen pro Stunde fahren. Darüber hinaus musste jedem Automobil ein Fußgänger vorausgehen und zur Warnung der Bevölkerung eine rote Flagge tragen (siehe Titelbild) – ein anschauliches Beispiel für einen „verwalteten Wettbewerb“.

Was als Diskriminierung bezeichnet wird, ist zudem häufig eine legitime unternehmerische Differenzierung, die auch den Verbrauchern nutzt. Ökonomisch gehört die Möglichkeit zur Differenzierung zwischen Vertragspartnern zu den Grundelementen des Wettbewerbs. Ein Verbot von Differenzierung kann dazu führen, dass sich Anbieter vom Markt zurückziehen oder Markteintritte erschwert werden und somit der Wettbewerb geschwächt wird.

Es ist daher eine Rückbesinnung auf die wirtschaftsrechtlichen und ökonomischen Voraussetzungen für Diskriminierungsverbote geboten. Sie sind nur dort gerechtfertigt, wo vorab eine erhebliche Form des Marktversagens festgestellt werden kann. Diskriminierendes Verhalten eines marktbeherrschenden Unternehmens im Verhältnis zu unmittelbaren Wettbewerbern kann nur dann als missbräuchlich qualifiziert werden, wenn es im Einzelfall zu einer nicht mit den Anforderungen des Leistungswettbewerbs vereinbaren Behinderung der Wettbewerber führt.

Eine politisch verfügte Gleichbehandlung ist gerade in Zeiten der Digitalisierung für die erforderliche Innovations- und Anpassungsfähigkeit der Märkte besonders problematisch. Oftmals dienen die neuen Verbote und Gebote nur vordergründig dem Schutz der Verbraucher. Bei näherer Betrachtung schaden sie ihnen mittelfristig, indem sie Wettbewerb und Innovation beschränken. Die Politik schießt mit ihren präventiven Maßnahmen als Reaktion auf vermeintliche Gefahren über das Ziel hinaus und kann den technologischen Fortschritt doch nicht verhindern, allenfalls verzögern. Auch der als technikfeindlich empfundene *Red Flag Act* konnte die Entwicklung auf dem Markt nicht aufhalten. Der Tag, an dem das Gesetz außerkraftgesetzt wurde, ging als „Emancipation Day“ in die Geschichte ein und wurde als Tag der Befreiung gefeiert.

## I Einleitung

1. Mit großer Geschwindigkeit erfasst die Digitalisierung immer weitere Bereiche von Wirtschaft und Gesellschaft. Smartphones mit einer wachsenden Anzahl von Apps und digitale Plattformen sind seit langem ein zentraler Bestandteil des täglichen Lebens. Google, Amazon, Facebook und Apple gehören zu den wertvollsten Unternehmen der Welt und haben diesbezüglich die Giganten der Old Economy abgelöst. Das „Internet der Dinge“ (IoT) entwickelt sich rasant und führt zur zunehmenden Vernetzung in und von Produktion und Vertrieb sowie von Verbrauchern, Haushaltsgeräten und Handel: Kühlschränke sollen in Zukunft ihre Inhalte scannen, Rezeptvorschläge unterbreiten und entsprechende Bestellungen vorbereiten, Waschmaschinen online ihr Waschpulver bestellen. Selbstfahrende Autos sollen ab dem Jahr 2021 regulär auf den Straßen fahren (Welt.de 2017, Faz.net 2016). Medizinische Diagnosen werden in Zukunft aus der Ferne möglich sein. Es zeichnet sich ab, dass wir in einer nicht allzu fernen Zukunft in einer fast vollständig digitalisierten und digital vernetzten Welt leben werden.

2. Im Zuge dieser rasanten Entwicklung mit ihren vielfältigen wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Chancen lassen sich die damit verbundenen gesellschaftlichen Herausforderungen erst punktuell absehen. Die Sorge vor neuen Macht- und Gefährdungslagen ist in der deutschen Diskussion allerdings schon jetzt sehr präsent. Verbreitet wird die Digitalisierung als Bedrohung wahrgenommen – eine Bedrohung deutscher Technologieführerschaft, etablierter Strukturen und Geschäftsmodelle, bestehender Arbeitsplätze, geschützter privater Räume und individueller Freiheit. Der Mensch, so etwa Martin Schulz, werde in digitalen Geschäftsmodellen auf die Summe seiner Daten reduziert und anhand dieser ökonomisch vermessen. Werde man nur noch über Kaufangebote informiert, die vermeintlich zu einem passen, und erhalte man nur noch die Information, die vermutlich dem eigenen Interesse entspreche, so habe sich die Vorstellung von einer freien Entwicklung des Menschen erledigt (Schulz 2015, S. 15, 19). Ähnliche Bedenken äußert die Schriftstellerin Juli Zeh: Die neue Datenwirtschaft bedeute „Messbarkeit, Vergleichbarkeit, Regulierbarkeit und Erpressbarkeit“. Die eigene Welt verenge sich „auf ein Spektrum aus vorsortierten Möglichkeiten“ und auf „Handlungsoptionen, die von mächtigen Akteuren als besonders effizient, besonders sicher oder besonders profitabel eingestuft wurden“ (Zeh 2015, S. 15, 19). Frank Schirrmacher hat vor der Auflösung von Hayeks Rechtfertigung von Märkten als

Mechanismen zur Koordination nur dezentral vorhandenen Wissens gewahrt: Das absolute und zentralisierte Wissen sei heute „Unternehmenszweck von imperialen Digitalmonopolen“ (Schirmmacher 2015, S. 62, 63).

3. Angesichts solch dringlicher, wenngleich diffuser Warnungen ist der politische Handlungswille groß. Das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie (BMWi) hat jüngst ein Weißbuch zu digitalen Plattformen vorgelegt, das den Handlungsbedarf aus Sicht des Wirtschaftsministeriums beschreibt (BMWi 2017). Die 9. GWB-Novelle bringt Klarstellungen zur Anwendung des Wettbewerbsrechts auf Plattformen und Netzwerke.<sup>1</sup> Die EU-Kommission hat unter anderem eine „Strategie für den digitalen Binnenmarkt für Europa“ und eine Mitteilung zu Online-Plattformen im digitalen Binnenmarkt veröffentlicht (Europäische Kommission 2015, 2016a).

4. Als probates Mittel gegen die befürchtete Wirtschaftslenkung und Verhaltenssteuerung durch neue digitale Monopole wird außerdem in ganz verschiedenen Zusammenhängen der Ruf nach Diskriminierungsverboten laut. Insbesondere „Gatekeeper“, die Schlüsselstellungen in der Durchleitung von Daten oder Information einnehmen, sollen breiten Diskriminierungsverboten unterworfen werden. Dies gilt seit Erlass der Netzneutralitätsverordnung<sup>2</sup> für die Betreiber elektronischer Kommunikationsnetze. In ihrer „Google Shopping“-Entscheidung vom 27. Juni 2017 unterwirft die EU-Kommission die Google-Suchmaschine einem „Grundsatz der Gleichbehandlung“ in der Anzeige von Google Shopping und fremden Preisvergleichsdiensten (Europäische Kommission 2017). Die von der Bundesregierung im o.g. Weißbuch als „effektive Eingriffsbehörde“ geplante Digitalagentur soll sich u.a. dem Thema Plattformneutralität widmen (BMWi 2017, S. 99). Verbraucherschützer fordern zum Teil ein allgemeines Verbot individueller Preisdifferenzierung (Remmel 2016) und Bundesjustizminister Heiko Maas hat jüngst eine Gesetzesinitiative zur Neutralitätsverpflichtung von Algorithmen gestartet.

5. Die niedrige Hemmschwelle gegenüber neuen Diskriminierungsverboten zeigt sich ferner im Vorschlag der Europäischen Kommission, das Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit in seiner Anwendung auf im Internethandel tätige Unternehmen zu schärfen und von den

<sup>1</sup> Siehe insb. § 18 Abs. 2a und Abs. 3a GWB n.F. und § 35 Abs. 1a GWB n.F.

<sup>2</sup> VO 2015/2120 über Maßnahmen zum Zugang zum offenen Internet. Das GEREK hat im August 2016 Leitlinien zur Konkretisierung dieser Vorgaben veröffentlicht.

wettbewerbsrechtlichen Voraussetzungen zu lösen,<sup>3</sup> um so den Binnenmarkt zu stärken.

6. Den genannten Diskriminierungsverboten liegen ganz unterschiedliche Erwägungen zugrunde. Ungeachtet der negativen Konnotation, den der Begriff der „Diskriminierung“ umgangssprachlich hat, ist bei der Einführung von Diskriminierungsverboten jedoch stets große Vorsicht geboten. Zwar kennen das europäische wie das deutsche Wirtschaftsrecht von jeher Diskriminierungsverbote. Sie sind jedoch durchgängig an enge Voraussetzungen geknüpft (II.). Denn ökonomisch gehört die Möglichkeit zur Differenzierung zwischen Vertragspartnern zu den Grundelementen des Wettbewerbs (dazu III.). Mit der Ausdehnung von Diskriminierungsverboten gerade in der digitalen Ökonomie werden deren herkömmliche Anwendungsvoraussetzungen gelockert oder aufgelöst. Oftmals dienen die neuen Verbote dabei nur vordergründig dem Schutz der Verbraucher. Bei näherer Betrachtung schaden sie ihnen mittelfristig sogar, indem sie Wettbewerb und Innovation beschränken (IV).

<sup>3</sup> Verordnungsentwurf über Maßnahmen gegen Geoblocking und andere Formen der Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit, des Wohnsitzes oder des Ortes der Niederlassung des Kunden im Binnenmarkt (Europäische Kommission 2016b).

## II Diskriminierungsverbote im Wirtschaftsrecht – Gründe und Grenzen

7. Alle Menschen sind vor dem Gesetz gleich (Art. 3 Abs. 1 GG). Männer und Frauen sind gleichberechtigt (Art. 3 Abs. 2 GG). Niemand darf wegen seines Geschlechtes, seiner Abstammung, seiner Rasse, seiner Sprache, seiner Herkunft, seines Glaubens, seiner religiösen oder politischen Anschauungen benachteiligt oder bevorzugt werden (Art. 3 Abs. 3 GG). Der grundgesetzliche Gleichheitssatz bindet alle Staatsgewalt: Dem Staat kommt im Verhältnis zum Bürger keine Willkürfreiheit zu. Der allgemeine Gleichheitssatz bindet jedoch nicht Private. Vorbehaltlich spezieller gesetzlicher Vorgaben dürfen Private in der Ausgestaltung ihrer Lebens- und Rechtsverhältnisse nach beliebigen Merkmalen differenzieren. Für die Bürger ist das Recht zur Differenzierung Teil der grundgesetzlich geschützten Freiheitsrechte. Sie verfügen im Regelfall über keine der staatlichen vergleichbare Machtstellung.

8. Das – sachlich engere – Diskriminierungsverbot des Art. 18 AEUV ist im Ausgangspunkt allgemeiner formuliert: Im Anwendungsbereich der europäischen Verträge ist „jede Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit verboten“. Allerdings gilt Art. 18 Abs. 1 AEUV nur vorbehaltlich anderer Bestimmungen der Verträge, welche das Diskriminierungsverbot konkretisieren. Von grundlegender Bedeutung für den europäischen Binnenmarkt sind die Konkretisierungen des Verbots der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit in den Grundfreiheiten. Regelungsadressat der Grundfreiheiten sind die Mitgliedstaaten. In einer Rechtsgemeinschaft, in der die Mitgliedstaaten in ihren politischen Entscheidungen grundsätzlich eigenständig bleiben, setzt die Realisierung des Binnenmarktes einen Schutz der in den nationalen demokratischen Entscheidungsprozessen nicht repräsentierten Angehörigen anderer Mitgliedstaaten durch das Diskriminierungsverbot voraus. Die Rechtsprechung des EuGH hat die Geltung der Grundfreiheiten ferner auf Verbände und Einrichtungen erstreckt, die über gesellschaftliche Macht verfügen und deren Regelsetzung ähnliche Wirkungen entfaltet, wie sie von einer entsprechenden staatlichen Gesetzgebung ausgehen würden (Mestmäcker & Schweitzer 2014). Entgegen einer zum Teil erhobenen



Forderung<sup>4</sup> sind die Grundfreiheiten aber nicht generell auf Private anwendbar: Die Machtlagen im Verhältnis Staat – Bürger und im Verhältnis von Privaten zueinander sind unterschiedlich. Dasselbe gilt für mögliche Rechtfertigungsgründe.

9. Die Voraussetzungen verbotener Diskriminierung im Wirtschaftsverkehr sind vor allem in den Wettbewerbsregeln konkretisiert. Kooperative Wettbewerbsbeschränkungen, die Diskriminierungen aus Gründen der Staatsangehörigkeit enthalten, verstoßen gegen Art. 101 AEUV, ein entsprechendes unilaterales Verhalten eines marktbeherrschenden Unternehmens ist nach Art. 102 AEUV verboten. Das Wettbewerbsrecht verbietet ferner die Ungleichbehandlung von Handelspartnern, wenn diese zu Wettbewerbsverzerrungen auf Folgemärkten führt (Art. 101 Abs. 1 lit. d AEUV; Art. 102 S. lit. c AEUV; § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB). Ziel der letztgenannten Diskriminierungsverbote ist nicht die Bindung von Unternehmen an ein allgemeines Gleichbehandlungsziel, sondern der Schutz des Wettbewerbs.

10. Gesellschaftspolitisch greift allerdings der Gedanke einer Bindung von Unternehmen an ein allgemeines Gleichbehandlungsziel immer weiter Raum – und zwar unabhängig von besonderen Machtlagen. Hierfür steht insbesondere das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (AGG), das Unternehmen unter anderem eine Benachteiligung von Kunden aus Gründen der Rasse oder der ethnischen Herkunft, des Geschlechts, der Religion oder Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Identität beim Zugang zu oder der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen untersagt, soweit diese der Öffentlichkeit zur Verfügung stehen (§ 2 Abs. 1 Nr. 8 AGG i.V.m. § 1 AGG). Als Erweiterung des AGG hat Bundesjustizminister Heiko Maas jüngst ein digitales Antidiskriminierungsgesetz vorgeschlagen: Für Algorithmen müsse ein Transparenzgebot gelten, und sie müssten einer Aufsicht und Kontrolle unterworfen werden. Nutzer müssten selbstbestimmt entscheiden können, welche Filter und Personalisierungen sie akzeptieren wollen. In einem Rechtsstaat seien alle Entscheidungen begründungspflichtig (Maas 2017). Ganz abgesehen von der Praktikabilität eines solchen Vorhabens: Von Freiheitsrechten bleibt wenig übrig, wenn ihr Gebrauch einer allgemeinen Begründungspflicht und Kontrolle unterworfen ist. Differenziert wird online wie offline. In einem freiheitlichen Rechtsstaat verbietet sich eine allgemeine Begründungspflicht.

4 Z. B. GA Maduro, Schlussanträge, Rn. 43, in: EuGH 11.12.2007, Rs. C-438/05 – Viking.

11. Die Bereitschaft, Unternehmen einem weitreichenden Rechtfertigungserfordernis zu unterwerfen, trifft zusammen mit sinkenden Anforderungen an die Annahme regulierungsbedürftiger Machtlagen, wie sie nicht zuletzt in der Diskussion über digitale Plattformen zu beobachten ist. Tatsächlich können im digitalen Umfeld neuartige Machtlagen auftreten. Diskriminierungsverbote greifen jedoch intensiv in die unternehmerische Gestaltungsfreiheit und die Wettbewerbsprozesse ein. Es ist daher eine Rückbesinnung auf die ökonomische Funktion von Differenzierung im Wettbewerb geboten.

### III      **Ökonomische Perspektive: Differenzierung als Teil des Wettbewerbsprozesses**

#### 3.1   **Diskriminierung im wirtschaftlichen Wettbewerb**

12. Von Diskriminierung spricht man, wenn gleiche Sachverhalte unterschiedlich behandelt werden. Keine Diskriminierung ist die ungleiche Behandlung ungleicher Sachverhalte. Welche Sachverhalte gleich und welche ungleich sind, kann nach unterschiedlichen Gesichtspunkten ermittelt werden. Das Recht schließt mitunter die Berücksichtigung ökonomisch relevanter Gesichtspunkte als Rechtfertigung für eine Ungleichbehandlung aus. So untersagt etwa die Richtlinie 2004/113/EG<sup>5</sup> jede Diskriminierung aufgrund des Geschlechts beim Zugang zu und bei der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen. In einem viel diskutierten Urteil aus dem Jahr 2011 hat der EuGH auf dieser Grundlage festgestellt, dass Unterschiede bei Versicherungsprämien und Leistungen, die sich aus der Berücksichtigung des Geschlechts ergeben, unzulässig sind – selbst dann, wenn sich die Risiken des Eintretens eines Versicherungsfalles statistisch unterscheiden.<sup>6</sup> Im Wettbewerb ist demgegenüber eine nach Geschlecht differenzierende Preisgestaltung geradezu zu erwarten, wenn sie unterschiedliche Risiken oder Kosten reflektiert. Ein Verbot der Differenzierung greift dann in den Wettbewerb ein. Es ist anzunehmen, dass ein solcher Eingriff zur Suche nach anderen, nicht verbotenen Differenzierungskriterien führt, welche dieselben Unterschiede in Risiken und Kosten reflektieren. Die Verfügbarkeit immer größerer Datenmengen und ein sich stetig erweiterndes Verständnis von Korrelationen zwischen bestimmten Merkmalen und Risiken können in Zukunft zu einer immer kleinteiligeren Differenzierung führen.

13. Eine politisch verfügte Gleichbehandlung trotz erheblicher Kostenunterschiede ist auch für Angebote der sogenannten Daseinsvorsorge wie z. B. die Versorgung mit Trinkwasser, Strom, Gas und postalischen Dienstleistungen

---

<sup>5</sup> Richtlinie 2004/113/EG des Rates v. 13.12.2004 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen beim Zugang zu und bei der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen, ABl. 2004 Nr. L 373/37.

<sup>6</sup> So scheinen Frauen im Durchschnitt risikoaverser zu sein als Männer, was sich vorteilhaft auf das Unfallrisiko beim Autofahren auswirkt, sodass sich Frauen prinzipiell günstiger versichern ließen als Männer.

charakteristisch.<sup>7</sup> Oftmals zahlen Verbraucher in einer bestimmten Region für eine definierte Grundversorgung mit Telefon, Gas, Strom und Wasser denselben Preis, selbst wenn sich die Kosten der Versorgung unterscheiden. Bei funktionierendem Wettbewerb würden sich – zumindest bei hinreichend großen Kostenunterschieden in der Versorgung – differenzierte Preise ergeben. Weil etwa der Breitbandausbau in dünn besiedelten (ländlichen) Gebieten pro Kunde teurer ist, wäre hier mit höheren Preisen zu rechnen. Politisch sind jedoch nicht selten einheitliche Preise trotz unterschiedlicher Kosten – eigentlich ihrerseits eine Diskriminierung – erwünscht. Eine die Kostenunterschiede widerspiegelnde Preisdifferenzierung wird offenbar als ungerecht empfunden. Hingegen scheint es bei der Trinkwasserversorgung sowie den Entgelten für Strom- und Gasnetze durchaus akzeptabel zu sein, dass selbst zwischen benachbarten Gemeinden erhebliche Preisunterschiede bestehen. Von einer Diskriminierung wird hier nicht gesprochen. Das, was politisch und z.T. gesellschaftlich als Diskriminierung wahrgenommen wird, ist hier offenbar in hohem Maße kontext- und erwartungsabhängig und weicht vom ökonomischen Verständnis von Diskriminierung ab.

14. Ökonomisch ist bei intensivem Wettbewerb stets zu erwarten, dass sich die unterschiedlichen Kosten einer Dienstleistung zwischen verschiedenen Kunden und Kundengruppen in unterschiedlichen Preisen abbilden. Da die Kostenunterschiede ungleiche Sachverhalte begründen, ist aus ökonomischer Sicht nicht von einer Diskriminierung auszugehen.

15. Doch auch „echte“ Diskriminierung kann sich im Wettbewerb ergeben, sofern auf einem Markt kein vollständiger Wettbewerb besteht. In der Realität ist der Wettbewerb fast immer zu einem gewissen Grad „unvollständig“, z. B. aufgrund von Produktdifferenzierung, Suchkosten, Wechselkosten oder anderen Transaktionskosten, die auf den meisten Märkten in der Realität anzutreffen sind. Ein gewisses Maß an Preisdiskriminierung und anderer Differenzierung (z. B. im Serviceniveau, bei der Qualität o.ä.) ist somit auf den meisten real existierenden Märkten durchsetzbar.

<sup>7</sup> Beim Begriff der Daseinsvorsorge handelt es sich nicht um einen ökonomischen, sondern um einen politisch definierten Begriff, der die öffentliche Verantwortung für die Sicherstellung der "Grundversorgung" der Bevölkerung mit wesentlichen Diensten bezeichnen soll. Oftmals (aber nicht immer) handelt es sich um Leistungen, welche von kommunalwirtschaftlichen Betrieben erbracht werden, wie z. B. Verkehrs- und Beförderungsleistungen im ÖPNV, Gas- und Stromversorgung (Stadtwerke), Müllabfuhr, Wasserversorgung und Abwasserbeseitigung, Finanzdienstleistungen (Sparkassen), Bildungs- und Kulturangebote oder Dienstleistungen im Bereich des Gesundheitswesens (Krankenhäuser, Landärzte). Auf Bundesebene zählen die Kommunikationsdienste (Post und Telekommunikation) zur Daseinsvorsorge.

16. In der ökonomischen Literatur wird hinsichtlich des Preises zwischen Preisdifferenzierung ersten, zweiten und dritten Grades unterschieden. Unter Preisdifferenzierung ersten Grades wird die perfekte Preisdifferenzierung verstanden, bei der jeder Nachfrager seine maximale Zahlungsbereitschaft zu entrichten hat und die Konsumentenrente somit vollständig in Produzentenrente umgewandelt wird. Aufgrund von Informationsasymmetrien, Arbitrage (etwa durch Weiterverkauf) und Wettbewerb unter Anbietern ist Preisdifferenzierung ersten Grades jedoch in der Realität nicht beobachtbar. Weit verbreitet sind hingegen sowohl Preisdifferenzierung zweiten als auch dritten Grades. Preisdifferenzierung zweiten Grades meint eine endogene Sortierung der Nachfrager, indem z. B. Vielnutzer Rabatte bekommen oder Rabatte zu bestimmten Jahres- oder Tageszeiten gewährt werden, diese Rabatte jedoch prinzipiell jedem zur Verfügung stehen. Als Diskriminierung wird dies meist nicht verstanden, da prinzipiell jeder Nachfrager sein Nachfrageverhalten ändern kann.

17. Preisdifferenzierung dritten Grades meint hingegen eine exogene Sortierung der Nachfrager in Gruppen, etwa Studierende, Rentner und andere Kunden oder weibliche und männliche Kunden, die unterschiedliche Tarife bekommen (etwa beim Frisör). Zur Preisdifferenzierung dritten Grades zählt die Diskriminierung von Kunden nach Wohnort, Wohnsitzland oder Nationalität. Diese exogene Sortierung entspricht eher einer Diskriminierung, da die betroffenen Nachfrager nicht durch Verhaltensänderungen selbst ihre Gruppenzugehörigkeit ändern können. Im Wettbewerb (etwa unter Frisörsalons) ist die Preisdifferenzierung dritten Grades jedoch durchaus verbreitet.

18. Empirisch uneinheitlich sind die Befunde zu der Frage, ob Preisdifferenzierung mit zunehmender Wettbewerbsintensität automatisch abnimmt. Katz (1984), Borenstein (1985) und Holmes (1989) etwa zeigen, dass Preisdifferenzierung auf wettbewerblichen Märkten Bestand haben und sogar effizienzsteigernd wirken kann. Allerdings führt Preisdifferenzierung zur Umverteilung nicht nur von Konsumenten zu Produzenten, sondern auch unter Konsumenten, z. B. von Vielnutzern zu Wenignutzern oder umgekehrt.

19. Die diesbezüglich am meisten untersuchte Branche ist vermutlich die Luftfahrt. Borenstein und Rose (1994) sowie Stavins (2001) etwa finden, dass Preisdifferenzierung mit steigender Wettbewerbsintensität zunimmt, während Gerardi und Shapiro (2009) zum gegenteiligen Befund kommen. Chandra und Lederman (2016) zeigen, dass andere Faktoren wie das Ausmaß und die Na-

tur der Verbraucherunterschiede maßgeblichen Einfluss darauf haben, wie Wettbewerb auf das Ausmaß der Preisdifferenzierung wirkt. Verboven (1996) hat das Ausmaß der Preisdifferenzierung nach Ländern im europäischen PKW-Markt belegt. Ein Verbot der Preisdiskriminierung kann jedoch ambivalente Effekte für den Wettbewerb haben. Im Extremfall kann ein solches Verbot dazu führen, dass sich Anbieter von einem Markt zurückziehen und so der Wettbewerb geschwächt wird. Zudem kann Preisdifferenzierung auch als Mittel zur Kundenakquise und zum Markteintritt dienen, sodass ein Verbot den Markteintritt erschweren und den Wettbewerb sogar schwächen würde.

20. Aus ökonomischer Perspektive ist zudem hinsichtlich der Wohlfahrtseffekte zwischen Endkundenmärkten (B2C) und Zwischenprodukten (B2B) zu unterscheiden. Während auf Endkundenmärkten Preisdifferenzierung tendenziell oft positive Wohlfahrtseffekte hervorruft, ist dies auf B2B-Märkten weniger klar (vgl. etwa Stole 2007). Allerdings ist auf letzteren Preisdifferenzierung von jeher verbreitet und kein neues Phänomen der Digitalisierung. Viele Hersteller von Markenprodukten etwa verlangen traditionell unterschiedliche Preise von verschiedenen Einzelhändlern – ein Thema, das schon lange kontrovers diskutiert wird (vgl. Bundeskartellamt 2014), wobei theoretisch und empirisch unklar ist, ob und wann große oder kleine Händler eher bevorzugt oder benachteiligt werden. Es gibt allerdings bisher kaum öffentlich geäußerte Befürchtungen oder gar Evidenz dafür, dass die Preisdifferenzierung im B2B-Bereich aufgrund der Digitalisierung zunehmen wird.

21. Eine Ausnahme im B2B-Bereich mögen die – auch als Doppelpreissysteme bezeichneten – Preisspaltungen zwischen Onlinevertrieb und stationärem Handel sein, bei denen dem stationären Handel oftmals günstigere Konditionen als dem Internethandel eingeräumt werden. Während der Intra-Brand-Wettbewerb und der Wettbewerb zwischen den Vertriebswegen im Einzelfall bei einem Verbot von Preisspaltungen bzw. Doppelpreissystemen zumindest kurzfristig zunehmen dürften, ist dies im Inter-Brand-Wettbewerb keinesfalls zwingend, da Preisspaltungen wettbewerbsstützend wirken können, wenn sie Trittbrettfahrerprobleme lösen, ein Markenimage schützen oder andere prokompetitive Effekte auslösen. Selbst im Intra-Brand-Wettbewerb können sich mittelfristig negative Wettbewerbswirkungen ergeben, wenn kleinere oder weniger produktive Händler durch Preiskonzessionen im Markt gehalten werden (Dertwinkel-Kalt, Haucap und Wey 2016). Insbesondere bei wirksamem Inter-Brand-Wettbewerb geht die ökonomische Theorie davon aus, dass eine Differenzierung der Herstellerpreise nach Vertriebswegen (etwa online versus

offline) wie andere Vertikalbeschränkungen den Wettbewerb der Hersteller tendenziell eher fördern als behindern. Existiert kein wirksamer Inter-Brand-Wettbewerb ist die Beurteilung weniger eindeutig.

22. Auf B2C-Märkten sind die Wohlfahrtseffekte hingegen tendenziell eindeutiger und oftmals positiv, doch es gibt auch hier Ausnahmen. So zeigt die neuere verhaltensökonomische Literatur (Heidhues und Köszegi 2015), dass Preisdifferenzierung negative Wohlfahrtseffekte haben kann, wenn bestimmte „naive“ Verbraucher zum Kauf von Produkten verleitet werden, die einen geringeren Nutzen oder höhere Folgekosten haben als beim Kauf erwartet. Zu bedenken ist jedoch, dass (a) die Implementierung von Preisdifferenzierung – selbst bei Big Data – kostspielig ist und (b) die Nachfrager als Reaktion oftmals Mechanismen entwickeln, um die Preisdifferenzierung zu umgehen. Dadurch können zusätzliche Transaktionskosten (wie etwa Suchkosten) entstehen, die ebenfalls wohlfahrtsmindernd wirken. Im Extremfall mag es sogar zu einem „Wettrüsten“ kommen, bei dem Anbieter immer ausgeklügeltere Preisdifferenzierungsmechanismen entwickeln und Verbraucher entsprechende Ausweichmechanismen. Somit sind die Auswirkungen der Preisdifferenzierung auch im B2C-Bereich nicht eindeutig, sondern vom Einzelfall abhängig.

23. Andere Formen der Diskriminierung können sich im Wettbewerb ergeben, z.B. wenn ein Unternehmer oder Manager Abneigungen gegenüber bestimmten Personen oder Gruppen – zumeist Minderheiten, so die Befürchtung – hegt. Je intensiver der Wettbewerb ist, desto eher trägt jedoch das diskriminierende Unternehmen selbst die ökonomische Last aus der Abneigung gegen bestimmte Gruppen (Becker 1957). Unternehmen, die nicht diskriminieren, erlangen dann einen Wettbewerbsvorteil, z. B. weil sie – anders als das diskriminierende Unternehmen – nicht auf qualifizierte Mitarbeiter oder zahlungswillige Kunden verzichten.

24. In der Tat gibt es zumindest für Österreich Evidenz dafür, dass Unternehmen, die systematisch Frauen diskriminieren, im Wettbewerb im Durchschnitt weniger erfolgreich sind als solche, die dies nicht tun (Weber und Zulehner 2010, 2014). Wichtig ist, dass der Kunde (oder der Arbeitnehmer) ausweichen kann. Der Wettbewerb bestraft in diesen Fällen also (durch den Verlust von Wettbewerbsfähigkeit) die Diskriminierer. Bei zunehmendem Wettbewerb – etwa durch das Internet – wird Diskriminierung damit tendenziell noch schwieriger durchzusetzen sein, will das diskriminierende Unternehmen nicht an Wettbewerbsfähigkeit (und damit Gewinn) einbüßen.

### 3.2 Zur ökonomischen Begründung von Diskriminierungsverboten

25. Mögen die bisherigen Ausführungen implizieren, dass Diskriminierung aus ökonomischer Sicht kein Problem darstellt, so ist zu betonen, dass dies nur bei intensivem Wettbewerb gilt. Bei imperfektem Wettbewerb ist die Beurteilung anders, insbesondere wenn Monopole oder marktbeherrschende Stellungen bestehen.

26. Aus ökonomischer Sicht kann es für Diskriminierungsverbote nämlich insbesondere dann gute Gründe geben, wenn ansonsten mit Marktversagen zu rechnen ist, d.h. mit einer ineffizienten Allokation von Ressourcen. Im Regelfall sorgen Wettbewerbsmärkte für diese effiziente Allokation, sofern nicht besondere Umstände vorliegen, die einer effizienten Allokation von Ressourcen durch Markt und Wettbewerb im Wege stehen. Ein solcher besonderer Umstand ist das Vorliegen eines natürlichen Monopols, wie es insbesondere in den sogenannten Netzwirtschaften eben in den Netzen besteht.

27. Betrachten wir dazu exemplarisch die Elektrizitätsbranche. Hier wird im Allgemeinen davon ausgegangen, dass bei den Übertragungs- und Verteilnetzen sowohl Subadditivität als auch Irreversibilität der Kosten vorliegt, d.h. ein Produzent kann in einem Gebiet immer günstiger operieren als wenn es zwei oder mehrere gäbe. Ein solcher Anbieter ist, insbesondere wenn die Investitionen irreversibel sind, wie es bei Netzinvestitionen regelmäßig für einen großen Teil der Investitionskosten der Fall ist, auf natürliche Weise vor Wettbewerb geschützt. Es handelt sich um resistente natürliche Monopole im Sinne von Baumol, Panzar und Willig (1982). Eine Duplizierung der Stromnetze wäre nicht nur für mögliche Wettbewerber schwierig, sondern auch gesamtwirtschaftlich aufgrund der Duplizierung der Fixkosten ineffizient. Nun ist die (teilweise) Nutzung der Netze jedoch für (potenzielle) Wettbewerber auf der Erzeugerstufe wie auch auf der Vertriebsstufe entscheidend, um überhaupt auf dem Strommarkt tätig werden zu können. Ein neuer Anbieter benötigt zwangsläufig Zugang zum Stromnetz, um seine Dienstleistungen anbieten zu können, sodass das Stromnetz als wesentliche Einrichtung („essential facility“) anzusehen ist, für die grundsätzlich ein Regulierungsbedarf besteht, zumindest aber eine kartellrechtliche Missbrauchsaufsicht aufgrund der Persistenz des Problems sinnvoll ist (Lipsky und Sidak 1999; Rottenbiller 2002).

28. Ähnlich gestaltet sich die Situation in anderen netzbasierten Industrien. Ohne einen Zugang zu den sogenannten wesentlichen Einrichtungen wie der

Teilnehmeranschlussleitung in der Telekommunikation, dem Schienennetz, dem Gasnetz, einem Flughafen oder Hafen ist es Wettbewerbern auf vor- oder nachgelagerten Märkten ökonomisch oft nicht möglich, ihre Dienste anzubieten. Aus diesem Grund ist der ordnungspolitische Rahmen für liberalisierte Netzindustrien durch zahlreiche *marktöffnende* Diskriminierungsverbote gekennzeichnet, damit der oftmals vertikal integrierte etablierte Anbieter nicht seine eigenen konzernverbundenen Unternehmen auf der Erzeugungs- und Vertriebsstufe bevorzugt und so im Extremfall einen Marktverschluss dieser Wertschöpfungsstufen herbeiführt und den Wettbewerb erdrosselt.

29. Im Gegensatz zur traditionellen Monopolpreisregulierung, die zur Vermeidung allokativer Ineffizienz und/oder aus verteilungspolitischen Gründen direkt die Endverbraucher vor einem *Ausbeutungsmisbrauch* schützen soll, zielen *marktöffnende* Diskriminierungsverbote darauf ab, für potenzielle oder tatsächliche Wettbewerber den Zugang zu wesentlichen Einrichtungen, d.h. den monopolistischen Engpassbereichen, sicherzustellen. Durch die (Monopol-)Preisregulierung bei wesentlichen Einrichtungen soll also verhindert werden, dass ein *Behinderungsmisbrauch* des etablierten Anbieters in Form von kostentreibenden Strategien („raising rivals' costs“) stattfindet. Wird nämlich der Zugang zu wesentlichen Einrichtungen nicht durch geeignete Maßnahmen sichergestellt, so bestehen für einen vertikal integrierten Betreiber einer wesentlichen Einrichtung gegebenenfalls Anreize, etwaige Konkurrenten durch hohe Zugangsentgelte vom Markt fernzuhalten oder zumindest das Verhalten der Konkurrenz durch geeignete Entgelte oder andere Zugangskonditionen signifikant in seinem Sinne zu beeinflussen.

30. Um eine solche Marktabschottung zu verhindern, ist der ordnungspolitische Rahmen für viele netzbasierte Industriezweige mit Vorschriften ausgestattet worden, die nicht nur den Zugang zu wesentlichen Einrichtungen sicherstellen sollen, sondern darüber hinaus einen Zugang zu nicht-diskriminierenden Bedingungen gebieten. So kann etwa die Bundesnetzagentur gemäß §19 TKG einen Betreiber eines öffentlichen Telekommunikationsnetzes mit beträchtlicher Marktmacht dazu verpflichten, „dass Vereinbarungen über Zugänge auf objektiven Maßstäben beruhen, nachvollziehbar sein, einen gleichwertigen Zugang gewähren und den Geboten der Chancengleichheit und Billigkeit genügen müssen.“ Diese Gleichbehandlungsverpflichtungen sollen insbesondere sicherstellen, „dass der betreffende Betreiber anderen Unternehmen, die gleichartige Dienste erbringen, unter den gleichen Umständen den gleichwertige Bedingungen anbietet und Dienste und Informationen für

Dritte zu den gleichen Bedingungen und mit der gleichen Qualität bereitstellt wie für seine eigenen Produkte oder die seiner Tochter- oder Partnerunternehmen.“ Ähnliche Regeln finden sich auch im Energiewirtschaftsgesetz und im Eisenbahnregulierungsgesetz. Ihre wettbewerbsrechtliche Grundlage haben diese sektorspezifischen Diskriminierungsverbote im Verbot des Missbrauchs marktbeherrschender Stellungen (Art. 102 AEUV; § 19 Abs. 1 GWB), das die Übertragung von Marktmachtstellungen von einem beherrschten Markt auf angrenzende Märkte („leverage of monopoly power“) mit anderen Mitteln als denen des Leistungswettbewerbs verbietet.

31. Unabhängig von der besonderen Konstellation einer Erstreckung von Marktmacht auf angrenzende Märkte normieren sowohl das europäische wie das deutsche Wettbewerbsrecht ein Diskriminierungsverbot für marktbeherrschende Unternehmen, wenn die Diskriminierung zu Wettbewerbsverzerrungen auf Folgemärkten führt. So soll nach Art. 102 S. 2 lit. c AEUV die Anwendung unterschiedlicher Bedingungen bei gleichwertigen Leistungen gegenüber Handelspartnern einen Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung darstellen, wenn diese hierdurch im Wettbewerb benachteiligt werden. Nach §19 Abs. 2 GWB liegt ein Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung unter anderem dann vor, „wenn ein marktbeherrschendes Unternehmen als Anbieter oder Nachfrager einer bestimmten Art von Waren oder gewerblichen Leistungen ein anderes Unternehmen unmittelbar oder mittelbar unbillig behindert oder ohne sachlich gerechtfertigten Grund unmittelbar oder mittelbar anders behandelt als gleichartige Unternehmen“ (Nr. 1). Das beherrschende Unternehmen soll nicht durch ungleiche Behandlung in die Wettbewerbschancen seiner Partner eingreifen dürfen. Allerdings begründen weder Art. 102 Abs. 2 lit. c AEUV noch § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB ein allgemeines Gleichbehandlungsgebot zwischen (aktuellen und potenziellen) Lieferanten und Nachfragern. Das marktbeherrschende Unternehmen bleibt in der Auswahl von Lieferanten und Abnehmern grundsätzlich frei. Das Diskriminierungsverbot ist ferner auf Situationen beschränkt, in denen das marktbeherrschende Unternehmen von den Handelspartnern gleichwertige Leistungen bezieht. Maßgeblich ist, ob ein Unternehmen ohne Marktmacht Leistungen der fraglichen Art als gleichwertig anerkennen würde. Bestehen für dasselbe Produkt regional getrennte Märkte, so sind beherrschende Unternehmen grundsätzlich berechtigt, ihr Verhalten den Besonderheiten der regionalen Märkte anzupassen. Art. 102 AEUV und § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB verpflichten beherrschende Unternehmen nicht, eine Absatzpolitik zu betreiben, als ob es einen einheitlichen Markt gäbe, wenn er in Wirklichkeit nicht besteht. Die

Entscheidungspraxis zu Art. 102 Abs. 2 lit. c AEUV und § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB ist angesichts dieser Einschränkungen begrenzt geblieben.

32. Diskriminierendes Verhalten eines marktbeherrschenden Unternehmens im Verhältnis zu unmittelbaren Wettbewerbern kann nur dann als missbräuchlich qualifiziert werden, wenn es im Einzelfall zu einer wettbewerbswidrigen, weil nicht mit den Anforderungen des Leistungswettbewerbs vereinbaren Behinderung der Wettbewerber führt.

#### IV Diskriminierungsverbote in der digitalen Wirtschaft

33. In der gegenwärtigen Diskussion über einen neuen Regelrahmen für die digitale Wirtschaft werden die skizzierten Gründe für Diskriminierungsverbote erheblich ausgeweitet, und ihre aus der ökonomischen Logik von Differenzierungen im Wettbewerb folgenden Begrenzungen geraten ins Wanken. Grundlage der fast reflexhaften Ausdehnung von Diskriminierungsverboten sind oftmals pauschale Urteile über die politische und z.T. ökonomische Wünschbarkeit einer allgemeinen Gleichbehandlung. Die neuen Diskriminierungsverbote werden dabei auf unterschiedliche Überlegungen gegründet, etwa auf den Infrastrukturcharakter bestimmter Leistungen, die Vermittlerrolle von Plattformen, das Binnenmarktziel oder neue Gefahrenlagen für Verbraucher. Was regelmäßig fehlt, ist eine präzise Marktversagensanalyse, eine Analyse der vorhersehbaren Wirkungen von Diskriminierungsverboten, der Ausweichstrategien und der Bürokratiekosten, die durch die Überwachung von solchen Verboten verursacht werden und der innovationshemmenden Effekte. Im Folgenden sollen diese Beobachtungen exemplarisch anhand diverser neuer Diskriminierungsverbote erläutert werden.

##### 4.1 Diskriminierungsverbote für „Gatekeeper“

34. Die Masse und Unübersichtlichkeit der über das Internet verfügbaren Information hat zur Herausbildung neuer Intermediäre geführt. Die mittlerweile hohe Angewiesenheit von Verbrauchern wie Unternehmen auf den Zugang zum und die Auffindbarkeit im Internet wird als – jedenfalls dem Ausmaß nach – neue und möglicherweise regulierungsbedürftige Machtstellung wahrgenommen. Intermediäre treten dabei in neuer Form und Vielfalt auf. Internetzugangsanbieter<sup>8</sup> sorgen für die Durchleitung von Information im Internet – und können dabei gegebenenfalls auf Qualität und Geschwindigkeit der Durchleitung Einfluss nehmen. Suchmaschinen und Vergleichsportale sorgen für die Auffindbarkeit von Information und nehmen, indem sie diese Information ordnen, erheblichen Einfluss auf die Wahrnehmung der Information durch die Nutzer. Ebenso nehmen soziale Medien wie Facebook oder Inhalte-Plattformen wie Youtube in der Art der Darstellung der Inhalte Einfluss auf deren Wahrnehmung.

<sup>8</sup> Internetzugangsanbieter (auch Internet Service Provider (ISP) genannt) sind etwa alle Telekommunikationsunternehmen (fest und mobil) sowie die Kabelnetzbetreiber, die Kunden einen Zugang zum Internet ermöglichen.

35. Die öffentliche Meinung begegnet den neuen Informationsmittlern weithin mit Skepsis. Es besteht die Sorge, dass die Intermediation nicht hinreichend objektiv erfolgt und durch die eigenen Präferenzen und Interessen der Mittler beeinflusst sein kann. Diese Sorge hat in verschiedenen Zusammenhängen zu Rufen nach Diskriminierungsverboten für Intermediäre geführt. Häufig bleibt dabei unklar, ob diese Diskriminierungsverbote auf eine (vermeintliche) wettbewerbsrechtlich zu bestimmende Marktmachtstellung reagieren sollen, oder ob sie ihrem Zweck nach auf die Neutralisierung einer anders gearteten, eher gesellschaftlichen Machtposition abzielen. Das Ziel der Bekämpfung von Machtstellungen, die keine Marktmachtstellung sind, würde einen neuartigen Gefährdungstatbestand in die wirtschaftsrechtliche Regulierung einführen. Völlig offen ist derzeit, an welchen Voraussetzungen ein solcher Eingriff in die unternehmerische Freiheit anknüpfen soll.

#### 4.1.1 Netzneutralität

36. Die Notwendigkeit und Rechtfertigung von Diskriminierungsverboten für Informationsintermediäre war Kern der heftig geführten Debatte um die Netzneutralität.

37. Das Internet in seiner gegenwärtigen Form hat sich auf der Grundlage einer sogenannten „Best-Effort“-Datenübertragung entwickelt, bei der alle Daten unabhängig von ihrem Inhalt, ihrem Verwendungszweck, ihrer Herkunft oder dem Empfänger in den verschiedenen, im Internet verbundenen Netzen nach Maßgabe des „first-in-first-out“-Prinzips (FIFO) weitergeleitet werden. Eine bestimmte Qualität der Datenübertragung wird hierbei nicht garantiert. Einer Rolle der Netze als vollständig neutrale Infrastrukturanbieter („common carrier“) entspricht es ferner, dass keine direkten Entgeltbeziehungen zwischen Dienste- und Inhaltenanbietern (wie etwa Netflix, Youtube, faz.net oder jeder anderen Webseite) einerseits und den Internetzugangsanbietern der Endkunden (wie etwa der Deutschen Telekom, Vodafone, O2, Netcologne, Unitymedia etc.) andererseits bestehen. Endkunden sind vertraglich mit ihrem jeweiligen Internetzugangsanbieter verbunden, den sie – gegebenenfalls mengen- oder bandbreitenabhängig – für ihren Zugang zum Netz bezahlen. In der Vergangenheit ging diese Struktur mit einem dezentralen Experimentieren mit einer Vielzahl von kommerziellen wie nicht-kommerziellen Diensten

und Anwendungen einher und mag zur schnellen Entwicklung des Internet beigetragen haben.<sup>9</sup>

38. Das Best-Effort-Prinzip wird in der Datenübertragung nicht ausnahmslos praktiziert. Im Rahmen des Datenverkehrsmanagements – insbesondere des Staumanagements – greifen Netzbetreiber auf Priorisierungsregeln zurück. In die Diskussion geraten sind Maßnahmen des Datenverkehrsmanagements, die über ein reines Staumanagement hinausgingen, insbesondere Fälle, in denen lokale Internetzugangsanbieter die Übertragung der Daten für spezifische Dienste – insbesondere VoIP-Dienste – gezielt blockierten, um Einkünfte aus selbst angebotenen, konkurrierenden Diensten zu schützen. In anderen Fällen wurde die Datenübertragung für File-Sharing-Dienste oder Video-on-Demand-Dienste teils vorübergehend, teils dauerhaft blockiert oder qualitativ degradiert. Nicht immer ließ sich klären, ob diese Maßnahmen eine Reaktion auf Datenstaus darstellten, oder ob ihnen eine systematische Behinderung von Wettbewerbern auf Dienstemärkten zugrunde lag.

39. Gründe für Abweichungen vom Best-Effort-Prinzip können sich nicht nur aus dem Interesse an der Privilegierung vertikal verbundener Unternehmen ergeben. Immer offenkundiger wird, dass neuartige Dienste auf eine qualitativ hochwertige, sichere Datenübertragung in Echtzeit angewiesen sein können, um die ihnen zugeordneten Funktionen zu erfüllen. Häufig genannt wird die Telemedizin. Im Kontext der selbstfahrenden Autos werden besondere Anforderungen an die Datenübertragung unerlässlich sein. Selbst dort, wo eine qualitativ hochwertige und schnelle Datenübertragung nicht in gleichem Umfang zwingend ist, ist denkbar, dass sich bestimmte Anbieter – etwa im Bereich der Streaming-Dienste – im Wettbewerb mit besonders hochwertigen Leistungen positionieren wollen. Netzbetreiber haben vor diesem Hintergrund ihr Interesse bekundet, Dienste- und Inhaltenanbietern künftig gegen ein gesondertes Entgelt eine qualitativ hochwertige Datenübertragung anzubieten und sie in der Durchleitung zu priorisieren. Vom Best-Effort-Grundsatz, dem zufolge Daten ohne Rücksicht auf ihre Herkunft und ihren Inhalt übertragen werden, würde damit abgewichen. Die Qualität der Datenübertragung würde nach Maßgabe der Zahlungsbereitschaft von Dienste- und Inhaltenanbietern ausdifferenziert.

<sup>9</sup> Belastbare Evidenz für die oft gehörte These, dass gerade die gelebte Netzneutralität für den Erfolg des Internets ausschlaggebend war, gibt es jedoch mangels kontrafaktischer Situation nicht. Klar ist, dass sich der Erfolg des Internet auch ohne eine Regulierung der Netzneutralität eingestellt hat.



40. Diese Pläne haben die „Verfechter eines offenen Internets“ auf den Plan gerufen. Die Trennung zwischen Datentransport und Inhalten habe in der Vergangenheit für niedrige Marktzutrittsschranken auf der Inhalte- und Anwendungsebene gesorgt und damit die Wahlfreiheit der Endnutzer und Innovationen auf der Anwendungsebene geschützt. Auch in Zukunft dürften Inhalte- und Anwendungsanbieter im Zugang zu ihren Kunden nicht von der Willkür von Internetzugangsanbietern abhängig sein. Demgegenüber haben andere auf das Innovationspotenzial des Experimentierens mit neuen Geschäftsmodellen verwiesen, die unter Umständen neue und innovative Dienste ermöglichen und neue Wege für die Finanzierung des Netzausbaus aufweisen könnten.

41. In der EU hat die auf beiden Seiten des Atlantik hart geführte Debatte ihren vorläufigen Abschluss mit Erlass der sogenannten Netzneutralitätsverordnung gefunden,<sup>10</sup> die – mit eng eingegrenzten Ausnahmen – das Prinzip der Netzneutralität nun zwingend vorschreibt. Endnutzern wird in Art. 3 Abs. 1 der Verordnung (VO) das Recht eingeräumt, über ihren Internetzugangsdienst beliebige Inhalte, Anwendungen oder Informationen abzurufen und zu verbreiten. Dieses Recht darf durch Vereinbarungen zwischen Internetzugangsanbietern und Endnutzern oder durch einseitige Geschäftspraktiken von Internetzugangsanbietern nicht eingeschränkt werden (Art. 3 Abs. 2). Der Internetzugangsanbieter darf demgemäß den Zugang zu spezifischen Inhalten, Anwendungen oder Diensten oder Dienstekategorien (z. B. zu VoIP) weder technisch noch vertraglich ausschließen.<sup>11</sup> Internetzugangsanbieter sind gemäß Art. 3 Abs. 3 der Verordnung verpflichtet, den gesamten Datenverkehr gleich zu behandeln. Bei der Durchleitung der Daten darf nicht nach Sender, Empfänger, Inhalten, Anwendungen oder Endgeräten diskriminiert werden.

42. Nicht abschließend geklärt ist, in welchem Maße der Internetzugangsanbieter ökonomische Anreize zur Nutzung bestimmter Inhalte, Anwendungen oder Dienste durch Verbraucher schaffen darf, ohne gegen Art. 3 Abs. 1 der Verordnung zu verstoßen. Sogenannte Zero-Rating-Angebote, bei denen der durch einzelne, spezifische Inhalte, Anwendungen oder Dienste generierte Datenverkehr nicht auf die Datenvolumengrenze angerechnet wird, verstoßen den BEREC-Leitlinien zufolge im Zweifel gegen Art. 3 Abs. 1. Zulässig kann demgegenüber die Politik eines Internetzugangsanbieter sein, den durch gan-

10 Verordnung (EU) 2015/2120 v. 25.11.2015 über Maßnahmen zum Zugang zum offenen Internet, ABl. 2015 Nr. L 310/1.  
11 BEREC-Leitlinien, Rn. 38.

ze Dienstekategorien generierten Datenverkehr nicht auf die Datenvolumengrenze anzurechnen.<sup>12</sup> Wenn beim sogenannten Zero-Rating nach Erreichen einer Datenübertragungs-Volumengrenze der Zugang zu allen Inhalten, Anwendungen und Diensten blockiert und nur noch der vom Internetzugangsanbieter privilegierte Dienst durchgeleitet wird, so verstößt dies in jedem Fall gegen Art. 3 Abs. 3 AEUV.<sup>13</sup>

43. Der Internetzugangsanbieter bleibt befugt, angemessene Maßnahmen des Verkehrsmanagements anzuwenden, wie sie zu einer effizienten Nutzung der Netzressourcen und zur Optimierung der Gesamtübermittlungsqualität erforderlich sind.<sup>14</sup> Diese Maßnahmen müssen allerdings transparent, nicht-diskriminierend und verhältnismäßig sein. Sie dürfen nicht auf kommerziellen Erwägungen beruhen. Unzulässig ist also eine Priorisierung verbundener Dienste oder von Diensten, die für eine Priorisierung bezahlen. Zulässig ist es hingegen, auf objektiv unterschiedliche technische Anforderungen verschiedener Dienstekategorien – etwa bzgl. Verzögerungen, Verzögerungsschwankungen, Paketverlust und Bandbreite – Rücksicht zu nehmen. Eine Überwachung spezifischer Inhalte des Datenverkehrs kann dadurch nicht gerechtfertigt werden (Art. 3 Abs. 3 Unterabs. 2 der Verordnung). Eine gezielte Blockade, Verlangsamung oder sonstige Einschränkung und Diskriminierung bestimmter Inhalte, Anwendungen oder Dienste ist vorbehaltlich besonderer gesetzlicher Erlaubnistatbestände nur zulässig, soweit dies zur Wahrung der Integrität und Sicherheit des Netzes erforderlich ist oder eine drohende Netzüberlastung verhindert werden soll. Maßnahmen des Verkehrsmanagements zur Reaktion auf Netzüberlastungen müssen gleichartige Verkehrskategorien gleich behandeln.

44. Eine Öffnungsklausel enthält allein Art. 3 Abs. 5 der Netzneutralitäts-VO. Danach steht es den „Anbietern öffentlicher elektronischer Kommunikation, einschließlich der Internetzugangsanbieter und der Anbieter von Inhalten, Anwendungen und Diensten ... frei, andere Dienste als Internetzugangsdienste anzubieten, die für bestimmte Inhalte, Anwendungen oder Dienste ... optimiert sind, wenn die Optimierung erforderlich ist, um den Anforderungen der Inhalte, Anwendungen oder Dienste an ein bestimmtes Qualitätsniveau zu genügen“. Mit diesen sogenannten „spezialisierten Diensten“ sind solche

12 BEREC-Leitlinien, Rn. 42.

13 BEREC-Leitlinien, Rn. 41.

14 Ausführlich dazu: BEREC-Leitlinien, Rn. 57 ff.

Dienste angesprochen, die ein Qualitätsniveau voraussetzen, das im „Best Effort“-Netz nicht gewährleistet werden kann – als Beispiele werden vom BEREC z. B. „linear broadcasting IPTV“, Echtzeit-Gesundheitsdienste und bestimmte M2M-Dienste genannt. Nur Dienste, die objektiv ein bestimmtes Qualitätsniveau erfordern, unterfallen der Sonderregelung des Art. 3 Abs. 5. Die objektive Erforderlichkeit wird von der nationalen Regulierungsbehörde überprüft.<sup>15</sup> Außerdem dürfen diese spezialisierten Dienste nur angeboten oder ermöglicht werden, „wenn die Netzkapazität ausreicht, um sie zusätzlich zu den bereitgestellten Internetzugangsdiensten zu erbringen. Diese anderen Dienste dürfen nicht als Ersatz für Internetzugangsdienste nutzbar sein oder angeboten werden und dürfen nicht zu Nachteilen bei der Verfügbarkeit oder der allgemeinen Qualität der Internetzugangsdienste für Endnutzer führen“. Eine Verschlechterung der „Best Effort“-Übertragung und damit eine Umgehung der Vorgaben zur Gewährleistung der Netzneutralität soll auf diese Weise verhindert werden.

45. Das derart in der Netzneutralitätsverordnung verankerte Diskriminierungsverbot hat seine Rechtfertigung nicht primär im wettbewerbsrechtlichen Diskriminierungsverbot (Schweitzer und Fetzer 2014). Das Wettbewerbsrecht verbietet marktbeherrschenden Internetzugangsanbietern eine sachlich nicht gerechtfertigte Diskriminierung, wenn diese geeignet ist, den Wettbewerb zu verfälschen. Die Netzneutralitätsverordnung gilt unabhängig von einer festgestellten Marktbeherrschung,<sup>16</sup> und die sachliche Rechtfertigung einer Abweichung vom „Best-Effort“-Prinzip wird eng begrenzt. In einem unternehmerischen Umfeld, das durch die Entwicklung neuer Geschäftsmodelle gekennzeichnet ist, wird Internetzugangsanbietern die Entwicklung neuer Geschäftsmodelle untersagt.

46. Noch weiter entfernt sich die Netzneutralitätsverordnung vom Wettbewerbsrecht, wenn sie das Angebot neuer qualitätssensitiver Dienste einem

<sup>15</sup> BEREC-Leitlinien, Rn. 108 ff.

<sup>16</sup> Dies gilt nicht, wenn man vom Diktum „ein Netz, ein Markt“ ausgeht, demzufolge jeder Internetzugangsanbieter ein Monopol am eigenen Nutzernetz hat. Damit geraten allerdings der Wettbewerb der Internetzugangsanbieter untereinander und die Wechselmöglichkeiten der Nutzer aus dem Blick. Auch sind bei der Anwendung des wettbewerbsrechtlichen Diskriminierungsverbots die konkreten Wettbewerbswirkungen einer Ungleichbehandlung in den Blick zu nehmen. Dies bleibt bei der Netzneutralitätsverordnung außer Betracht. Selbst bei Zugrundelegung des dort normierten Diskriminierungsverbots bleibt das Idealbild eines „offenen Internets“ mit gänzlich dezentraler Innovation in weiter Ferne. Die „Gatekeeper“-Funktion wird dann vom Internetzugangsanbieter zu den Informationsintermediären – etwa den Suchmaschinen – verschoben, die nun ihrerseits einem Diskriminierungsverbot unterworfen werden müssen.

Erlaubnisvorbehalt unterstellt. Nach allgemeinem Wettbewerbsrecht steht auch dem marktbeherrschenden Unternehmen die Entwicklung neuer, qualitativ hochwertiger Produkte frei. Leistungswettbewerb kann gerade hierin zum Ausdruck kommen. Stattdessen entscheiden in Zukunft die Regulierungsbehörden darüber, wann objektiv ein bestimmtes Qualitätsniveau erforderlich ist.

47. Grundlage dieser rechtlichen Weichenstellungen ist die in der Netzneutralitätsverordnung festgeschriebene Entscheidung, das Internet auch in Zukunft als dienste- und inhaltsneutrale Infrastruktur zu erhalten. Diese Entscheidung beruht auf einer Mischung aus einer – empirisch nicht unterlegten – Industriepolitik und einer gesellschaftspolitischen Grundentscheidung, die präventiv auf das Risiko einer erheblichen Verschlechterung des „Best Effort“-Netzes reagiert, anstatt die Entwicklung der Internetzugangsanbieter im Wettbewerb abzuwarten und auf konkrete Fehlentwicklungen zu reagieren.

48. Zu bedenken ist zudem, dass die faktische Geschwindigkeit, mit der Dienste und Inhalte im festen und mobilen Internet heruntergeladen sind, nicht allein von Internetzugangsanbietern abhängen, sondern auch von Investitionen der Inhalte- und Diensteanbieter (a) in eigene Netz- und Serverinfrastrukturen oder die Anmietung derselben sowie (b) Kompressionstechniken. Gerade große Anbieter wie Google und Amazon haben erheblich in eigene Infrastrukturen investiert, sodass ihre Inhalte oftmals relativ nah zum Nutzer gespeichert werden. Dies erhöht die Download-Geschwindigkeit für diese Inhalte für die Nutzer und macht die Anbieter tendenziell weniger anfällig für Datenstaus. Selbst wenn also ein lokaler Internetzugangsanbieter sämtliche Inhalte gleich behandelt, können sich aufgrund unterschiedlicher Investitionen der Inhalteanbieter für die Nutzer unterschiedliche Downloadgeschwindigkeiten ergeben.

49. Die strikten Vorgaben zur Netzneutralität verhindern tendenziell nicht nur eine effiziente „Make-or-Buy“-Entscheidung der Inhalteanbieter. Aufgrund der mangelnden Möglichkeit, mit dem Netzbetreiber eine Garantie auf schnelle Durchleitung („First Class Quality“) vertraglich zu vereinbaren, bleibt nur die Substitution durch eigene Infrastrukturinvestitionen. Dies kann gegebenenfalls den Markteintritt neuer Inhalteanbieter erschweren und so selbst zu einer Markteintrittsbarriere werden. Die Regulierung der Netzneutralität verhindert faktisch, dass sich Inhalteanbieter wie Google, Amazon etc. an Investitionen der Netzbetreiber beteiligen. Da auch ein Abweichen nach oben vom „Best Effort“-Prinzip mit sehr wenigen Ausnahmen untersagt ist, können Netzbe-

treiber keine Kompensation für höhere Qualität von zahlungswilligen Inhalteanbietern erhalten, da das selektive Angebot höherer Qualität für zahlungswillige Inhalteanbieter nun unzulässig ist. Insbesondere für kleine Inhalteanbieter, die gegebenenfalls Interesse an einem hochqualitativen Service mit prioritärer Behandlung haben, erschweren die Vorschriften tendenziell die Situation, da ihnen – im Gegensatz etwa zu Google oder Amazon – die Mittel für eigene Infrastrukturinvestitionen womöglich fehlen.

50. Auch der Wettbewerb der Internetzugangsanbieter untereinander wird durch die strikten Gleichbehandlungsvorschriften, einschließlich des Verbots des „Zero Rating“, tendenziell reduziert. Ein Wettbewerbsvorstoß wie die temporäre Nicht-Anrechnung bestimmter Dienste auf Datenvolumina (was gerade im Mobilfunk interessant sein könnte) ist nun selbst für kleine Anbieter ohne jede Marktmacht unzulässig.

51. Die von den im Wettbewerbsrecht entwickelten Grundsätzen eines Missbrauchs von Marktmacht losgelöste Regulierung der Netzneutralität begrenzt die unternehmerische Freiheit der Internetzugangsanbieter wie der Inhalte- und Diensteanbieter mithin massiv. Während sich für die Vorgabe von Mindeststandards für die Datendurchleitung noch ökonomische Argumente finden lassen, gilt dies nicht für das nun verhängte umfassende, von jeglicher Marktmacht unabhängige Verbot der Differenzierung.

#### 4.1.2 Plattformneutralität

52. Ausgangspunkt der Debatte um die Netzneutralität war die „Gatekeeperstellung“ der Netze im Verhältnis zu Inhalteanbietern. Der Gedanke, dass Infrastrukturanbieter einer Neutralitätspflicht unterworfen werden sollten, wurde alsbald auf digitale Plattformen übertragen. Das Weißbuch „Digitale Plattformen“ des Bundeswirtschaftsministeriums sieht die Prüfung einer allgemeinen Neutralitätspflicht durch die geplante Digitalagentur vor (BMW i 2017, S. 99).

53. Die Diskussion um eine Rechtspflicht zur „Plattformneutralität“ hat sich zunächst an den Suchmaschinen entzündet und ist hier zum Teil unter dem Schlagwort der „Suchneutralität“ geführt worden. Ihren Bezugspunkt hat die Diskussion zunächst in kartellrechtlichen Verfahren gegen Google in Europa und den USA und in dem Vorwurf gefunden, Google habe Trefferlisten bewusst zum eigenen Vorteil gegen das eigentliche Interesse der suchenden

den Nutzer verzerrt (sogenannte „Search Bias“), um die marktbeherrschende Stellung auf einem möglichen allgemeinen Suchmarkt auf angrenzende Märkte auszudehnen.<sup>17</sup>

54. Die amerikanische Federal Trade Commission (2013) hat ein entsprechendes Verfahren 2013 eingestellt.<sup>18</sup> In Europa hat die EU-Kommission in einem Beschluss vom 27.06.2017 einen Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung auf den Märkten für allgemeine Internetsuche festgestellt und ein Bußgeld in Höhe von 2,42 Mrd. Euro verhängt (Europäische Kommission 2017). Beanstandet wird, dass Google seinem eigenen Preisvergleichsdienst Google Shopping bei der Anzeige von Suchergebnissen einen unrechtmäßigen Vorteil vor konkurrierenden Diensten verschafft und letztere damit im Wettbewerb behindert habe: Google Shopping sei bei der Produktsuche in den Suchergebnissen stets ganz oben angezeigt worden. Konkurrierende Dienste würden hingegen durch eine entsprechende Ausgestaltung der generischen Suchalgorithmen deutlich weiter unten angezeigt. Nutzer seien hierdurch künstlich von anderen Preisvergleichsdiensten umgelenkt worden, Googles Wettbewerber hätten dauerhaft starke Einbußen in den Nutzerzahlen verzeichnet. Googles Verhalten schade nicht nur den Verbrauchern, sondern beeinträchtige zudem den Leistungswettbewerb auf dem Markt für Preisvergleichsdienste („comparison shopping services“) und verhindere Innovation. Die EU-Kommission hat Google in der Folge zur Gleichbehandlung von Google Shopping und den Preisvergleichsdiensten anderer Anbieter verpflichtet: Die Platzierung und Anzeige sämtlicher Preisvergleichsdienste, inklusive Google Shopping, muss in Zukunft auf demselben Verfahren oder denselben Methoden beruhen.

55. Das Google Shopping-Verfahren wirft zahlreiche schwierige wettbewerbsrechtliche Fragen auf. Sie reichen von der richtigen Abgrenzung des sachlich relevanten Marktes über die Feststellung einer marktbeherrschenden Stellung, verbunden mit der Würdigung alternativer Wege zur Kundengewinn-

17 Daneben ging und geht es in den diversen Wettbewerbsverfahren gegen Google um (künstliche) Wechselkosten bei Online-Werbekampagnen, die unentgeltliche Nutzung einiger Inhalte von spezialisierten Suchmaschinen und Vergleichsportalen durch Google und mögliche Verdrängungsstrategien und Dumpingpreise bei der Verbreitung des Smartphone-Betriebssystems Android. Für Details zu diesen Verfahren siehe Bork und Sidak (2012), Haucap und Kehder (2013) sowie von Engelhardt, Freytag und Köllmann (2013).

18 Wörtlich führt die FTC (2013) aus: „We issue this Statement to explain the Commission’s unanimous decision to close the portion of its investigation relating to allegations that Google unfairly preferences its own content on the Google search results page and selectively demotes its competitors’ content from those results. Some parties refer to this alleged practice as ‘search bias’.“

nung durch konkurrierende Preisvergleichsdienste, bis hin zu der Frage, auf welche Rechtfertigungen sich ein marktbeherrschendes Unternehmen berufen kann. Google hat in der Vergangenheit auf eine Fortentwicklung der Suchmaschine von einer rein textbasierten Suchmaschine hin zu einem Inhalteanbieter verwiesen, die im Interesse von Nutzern wie Anzeigenkunden liege. Zu klären sind zudem die Kriterien, anhand derer zu bestimmen ist, wo das grundsätzliche Recht eines – auch marktbeherrschenden – Unternehmens, vertikal integrierte Dienste gegenüber externen Diensten besserzustellen, seine wettbewerbsrechtliche Grenze findet. Ökonomisch ist klar, dass für Suchmaschinen – ganz unabhängig von der Größe oder dem Marktanteil – Anreize zu einer gewissen Verzerrung der Trefferlisten zu Gunsten konzerninterner Inhalte (wie bei Google etwa Youtube, Google Maps etc.) bestehen. Das Gegenargument, dass Nutzer bei suboptimalen Trefferlisten sehr schnell die Suchmaschine wechseln würden (z. B. Manne und Wright 2011), setzt voraus, dass die Nutzer Verzerrungen bemerken. Gerade bei der Suche nach Informationen, die der Nutzer nicht bereits kennt, dürfte das jedoch schwierig sein. Im europäischen Wettbewerbsrecht war ein Gebot der Gleichbehandlung externer Anbieter bislang gleichwohl nur für die Fallgruppe der „essential facilities“-Doktrin etabliert. Der Google Shopping-Fall reicht hierüber hinaus und führt auf die allgemeinen Grundsätze des Missbrauchs marktbeherrschender Stellungen zurück.

56. Im Folgenden soll nicht der Beschluss der EU-Kommission im Google Shopping-Verfahren diskutiert werden. Von Interesse ist vielmehr die politische Dynamik der Diskussion. Der Google Shopping-Beschluss schreibt kein allgemeines Gleichbehandlungsgebot für Plattformbetreiber oder Suchmaschinenbetreiber fest, sondern geht von einer im Einzelfall festgestellten wettbewerbswidrigen Verdrängung von Wettbewerbern aus. Das Gebot der Gleichbehandlung von Wettbewerbern fungiert lediglich als Abhilfe für einen Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung. Politisch wird demgegenüber erörtert, ob es der gesetzlichen Verankerung eines allgemeinen, marktmacht- und missbrauchsunabhängigen Prinzips der „Suchneutralität“ oder – breiter – der „Plattformneutralität“ bedarf. So hat das BMWi in seinem Weißbuch zu digitalen Plattformen (BMW i 2017, S. 57 u. 74) den Infrastrukturcharakter von Suchmaschinen und ihre besondere Verantwortung für Vielfalt und Chancengleichheit betont und die Notwendigkeit marktmachtunabhängiger Diskriminierungsverbote und Transparenzpflichten erwogen. Die EU-Kommission hat in einer Mitteilung zu Online-Plattformen im digitalen Binnenmarkt – ebenfalls marktmachtunabhängig – die Objektivität und

Neutralität von Rezensions- und Bewertungsportalen gefordert (Europäische Kommission 2016a, S. 12). Hinter diesen weitreichenden Forderungen scheint die Vorstellung einer allgemeinen Neutralitäts- und Objektivitätsverpflichtung nicht näher eingegrenzter Informationsintermediäre und/oder die Vorstellung von einem quasi „infrastrukturellen“ Charakter von digitalen Such- und Vermittlungsdiensten zu stehen.

57. Die Idee eines von Marktmacht und Wettbewerbswirkungen unabhängigen Objektivitäts- und Neutralitätsgebots für Intermediäre in Form einer allgemeinen Such- oder gar Plattformneutralität ist allerdings nur scheinbar plausibel. So ist bislang noch niemand auf die Idee gekommen, Supermärkte – die in einem weiten Verständnis ebenfalls Produkte verschiedener Hersteller an Verbraucher vermitteln – einem allgemeinen Neutralitätsgrundsatz zu unterwerfen. Unternehmen dürfen grundsätzlich differenzieren – und sie tun dies im geschäftlichen Verkehr ständig. Soweit dies für die Marktgegenseite erkennbar ist und die Unternehmen in ihrem Verhalten durch Wettbewerb kontrolliert werden, ist hiergegen nichts einzuwenden. Ein allgemeines Prinzip der Such- oder gar Plattformneutralität wäre mit immensen Bürokratie- und Regulierungskosten und der Anmaßung von Wissen über komplexe Anpassungsprozesse im Wettbewerb verbunden: Es stellt sich die Frage, wie die Einhaltung solcher abstrakter Prinzipien in der Realität überprüft und durchgesetzt werden könnte. Verschiedene Gruppen und Individuen werden unterschiedliche Vorstellungen darüber haben, in welcher Reihenfolge Treffer angezeigt werden oder Produkte gerankt werden sollen. Behörden und Gerichte hätten über die zulässigen Grundlagen der jeweiligen unternehmerischen Bewertung und die Reichweite von Beurteilungsspielräumen zu entscheiden.

58. Am Beispiel der Suchneutralität zeigt sich: Würde diese – unabhängig von einem konkreten Verdacht eines Behinderungsmissbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung – zum allgemeinen Prinzip erhoben, so hätten Behörden zur effektiven Durchsetzung des Prinzips jede Veränderung im Suchalgorithmus einer behördlichen Kontrolle zu unterziehen. Angesichts der mehreren hundert Änderungen des Suchalgorithmus pro Jahr würde dies nicht nur sehr hohe Kosten verursachen, sondern überdies eine innovationsbremsende Wirkung entfalten. Nähme man das Prinzip der Suchneutralität ernst, so müsste man es ferner auf alle Plattformen mit Suchfunktion erstrecken. So blieben auch Amazon für die Suche nach Büchern und anderen Produkten, HRS für die Suche nach Hotels, Expedia für die Suche nach Flügen, Yelp und Four-square für die Suche nach Restaurants, Bars und Kneipen, wein.cc für die

Suche nach Weinen nicht verschont. Eine Beschränkung des Prinzips der „Plattformneutralität“ auf Plattformen mit infrastrukturellem Charakter würde zwingend eine Klärung des Begriffs der „Infrastruktur“ voraussetzen: Welches öffentliche Interesse genau soll die Regulierung auslösen und rechtfertigen?

59. Eben diese Frage muss Ausgangspunkt des Nachdenkens über digitale Plattformen sein. Wie von der EU-Kommission zu Recht hervorgehoben, sind regulatorische Eingriffe nur zur Behandlung konkreter Probleme gerechtfertigt (Europäische Kommission 2016a, S. 5 f). Mögliche Interessenkonflikte von Plattformen, die als Vermittler zwischen zwei Marktseiten tätig sind, rechtfertigen regulatorische Vorgaben nur dann, wenn die Interessenkonflikte nicht angemessen durch Wettbewerb kontrolliert werden. Gründe hierfür können in einer Marktmachtstellung oder in der Intransparenz des Interessenkonflikts liegen. Im ersten Fall stellt das Wettbewerbsrecht bereits jetzt ein geeignetes Eingriffsinstrumentarium bereit. Im zweitgenannten Fall ist zunächst über lauterkeitsrechtliche Transparenzpflichten nachzudenken. Soweit das Lauterkeitsrecht anwendbar ist, verbietet es die Irreführung von Verbrauchern bereits jetzt. Aus dem Irreführungsverbot können Pflichten zur Offenlegung von besonderen geschäftlichen Verbindungen und Interessenkonflikten folgen, wo andernfalls der Eindruck einer nur an Verbraucherpräferenzen orientierten Darstellung von Ergebnissen entsteht.

60. Das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) – wie auch entsprechende Vorschriften des Telemediengesetzes (TMG) – gelten allerdings nur für „geschäftliche“ Kommunikation. Eine Kommunikation, die vorrangig der Verbraucherinformation und der öffentlichen Meinungsbildung dient, unterliegt deutlich geringeren Anforderungen, und genießt den besonderen Schutz des Grundrechts auf Meinungsfreiheit (Art. 5 Abs. 1 GG). Bei Informationsportalen im Internet können sich schwierige Abgrenzungsfragen ergeben. Zwar ist Werbung stets als solche zu kennzeichnen. Der Umstand, dass die Darstellung von Inhalten mit einer Werbefinanzierung verbunden wird, genügt aber nicht, um die lauterkeitsrechtlichen Transparenzpflichten auch für die Darstellung der Inhalte auszulösen. Die mit Blick auf die klassischen, werbefinanzierten Medien entwickelte Grenzlinie zwischen „redaktionellen“ Beiträgen und geschäftlicher Tätigkeit verliert bei digitalen Plattformen an Trennschärfe. Informations- und Absatzförderungsfunktion sind hier in komplexer Weise miteinander verbunden. Lauterkeitsrechtliche Pflichten und der Schutz der Meinungsfreiheit müssen in ein neues Gleichgewicht gebracht werden.

61. Die Meinungsfreiheit ist in der Diskussion um Plattformneutralität noch in einer weiteren Hinsicht berührt. Vielen Verfechtern eines allgemeinen Grundsatzes der „Plattformneutralität“ gilt sie als eigentliche Rechtfertigung dieses Grundsatzes. Ein allgemeiner Neutralitätsgrundsatz versteht sich aber auch in dieser Hinsicht keineswegs von selbst. Medienunternehmen genießen schließlich den vollen Schutz der Meinungsfreiheit (Art. 5 Abs. 1 GG). Sie sind nicht auf Neutralität und Objektivität verpflichtet – und können es in einem demokratischen Gemeinwesen nicht sein. Besondere Anforderungen an Meinungsvielfalt und Ausgewogenheit werden lediglich an den öffentlich-rechtlichen Rundfunk gestellt. Eine allgemeine Vergleichbarkeit zwischen Internetplattformen und öffentlich-rechtlichem Rundfunk lässt sich nicht begründen. Selbst wenn man nur marktmächtige und potenziell meinungsrelevante Plattformen einbezieht, ist die Vergleichbarkeit entgegen einer in der Literatur z.T. vertretenen Ansicht nicht gegeben.

62. Schwierige Fragen eigener Art stellen sich bei digitalen Plattformen, die eigentlich nicht als Medienplattformen angelegt sind, durch Darstellung von populären Nachrichten aber anteilig die Funktion von Medienplattformen annehmen können. Der gegenüber Facebook erhobene Vorwurf einer „tendenziösen“ Listung von „trending news“ hat die Frage aufgeworfen, ob mit Blick auf die Auswahl der Nachrichten zugunsten von Facebook der volle Schutz des Art. 5 Abs. 1 GG greift. In jedem Fall wird man Facebook unter Berücksichtigung von Art. 5 Abs. 1 GG keine Neutralitäts- und Objektivitätsverpflichtung auferlegen können. Denkbar sind erneut Transparenzpflichten bezüglich der Kriterien, die bei der Auswahl der Nachrichten angewandt werden.

63. Das Postulat einer allgemeinen Plattform- und Suchneutralität ist nach alledem weder realistisch noch durchdacht. Ausgangspunkt sind auch im digitalen Umfeld die unternehmerische Freiheit und/oder die Meinungsfreiheit. Ausnahmen hiervon sind anhand klar zu benennender Ziele zu rechtfertigen. Die bislang erörterten Ziele sprechen unter bestimmten Umständen für Transparenzpflichten, nicht aber für Neutralitätspflichten. Die anerkannte Grenze bildet das Verbot des Missbrauchs marktbeherrschender Stellungen.

## 4.2 Diskriminierungsverbote im Internethandel

64. Weitreichende Diskriminierungsverbote werden derzeit nicht nur für Gatekeeper erwogen. Auch für den Internethandel werden neue Diskriminierungsverbote diskutiert. Sie sollen auf von der EU-Kommission oder nationalen Gesetzgebern identifizierte Gefahren für ganz verschiedene Schutzziele reagieren. Die EU-Kommission will mit einem Verbot des sogenannten Geoblocking den Binnenmarkt forcieren. Auf nationaler Ebene wird über die Notwendigkeit eines Schutzes der Verbraucher vor Preisdiskriminierung diskutiert.

### 4.2.1 Geoblocking

65. Der Binnenmarkt mit unverfälschtem Wettbewerb zählt zu den größten Errungenschaften der Europäischen Union. Die rechtlichen Grundpfeiler des Binnenmarktes sind das – zunächst an die Mitgliedstaaten gerichtete – Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit in seinen konkreten Ausformungen in den Grundfreiheiten<sup>19</sup> und die unternehmensgerichteten Wettbewerbsregeln, namentlich das Kartellverbot und das Verbot des Missbrauchs marktbeherrschender Stellungen.

66. Neben der Durchsetzung der Wettbewerbsregeln waren die Bemühungen der Kommission bislang vor allem darauf gerichtet, mitgliedstaatliche Beschränkungen der Grundfreiheiten zu beseitigen. Die Dienstleistungsrichtlinie<sup>20</sup> hat die Bindung der Unternehmen an das Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit hervorgehoben,<sup>21</sup> allerdings breite Ausnahmeverbehalte vorgesehen. In der Praxis hat es nur geringe praktische Wirksamkeit erlangt. Ein Großteil des Handels zwischen Unternehmen und Verbrauchern fand weiterhin auf regionaler oder nationaler Ebene statt.

67. Das Internet hat die Möglichkeiten für einen grenzüberschreitenden Handel – und damit zugleich für eine neue Realität des Binnenmarktes – nachhaltig verändert. Konkurrierende Angebote aus verschiedenen Mitgliedstaaten sind für Verbraucher nunmehr ohne hohe Suchkosten auffindbar. Verbraucher können in neuer Weise von günstigeren Preisen in anderen Mitgliedstaaten

profitieren. Die EU-Kommission sieht hierin eine Chance für die Schaffung eines nicht nur beschränkungsfreien, sondern in seiner geographischen Begrenzung tatsächlich europäischen Binnenmarktes.

68. Unternehmen haben auf die neuen Möglichkeiten des europaweiten Online-Handels allerdings unterschiedlich reagiert. Während ein Teil der Unternehmen die Möglichkeiten des europaweiten Vertriebs über das Internet proaktiv nutzt, versuchen andere Unternehmen, geographisch unterschiedliche Preise und Bedingungen im Internethandel aufrechtzuerhalten. Dies gilt in besonderem Maße für die Online-Bereitstellung digitaler Inhalte<sup>22</sup> – etwa Video-on-Demand-Dienste oder Streaming-Dienste. Bei der Bereitstellung solcher urheberrechtlich geschützter Leistungen ist zu berücksichtigen, dass Leistungsanbieter häufig nur über regional beschränkte Lizenzen verfügen.

69. Beschränkungen des grenzüberschreitenden E-Commerce finden sich aber auch im Warenhandel, etwa beim Verkauf von Kleidung, von Computerhardware und Elektronik, von Flugtickets und bei der Autovermietung.<sup>23</sup> So wird zum Teil der Zugriff auf E-Commerce-Webseiten durch Nutzer aus anderen Mitgliedstaaten blockiert, oder es findet ein „Re-routing“ auf andere nationale Webseiten statt. Zum Teil ist zwar der grenzüberschreitende Zugang zu den Webseiten möglich. Die grenzüberschreitende Aufgabe einer Bestellung oder das Herunterladen von Inhalten durch Nutzer aus anderen Mitgliedstaaten wird aber verwehrt – etwa indem als Zahlungsmittel nur Kreditkarten aus dem Vertriebsstaat akzeptiert werden. Mitunter sind Einzelhändler gegenüber ihren Lieferanten vertraglich verpflichtet, derartige Beschränkungen einzusetzen. Nicht selten beruht das Geoblocking aber auf einer einseitigen Geschäftsentscheidung des Einzelhändlers.

70. Vertragliche Beschränkungen des grenzüberschreitenden E-Commerce werden oft bereits durch das Verbot wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen (Art. 101 AEUV) erfasst. Beruht das Geoblocking auf einer unilateralen Geschäftsentscheidung eines Unternehmens, so kann es gegen das Verbot des Missbrauchs marktbeherrschender Stellungen (Art. 102 AEUV) verstoßen, wenn

19 Freier Warenverkehr, Dienstleistungsfreiheit, Personenfreizügigkeit, freier Kapital- und Zahlungsverkehr

20 Richtlinie 2006/123/EG v. 12.12.2006 über Dienstleistungen im Binnenmarkt, ABl. 2006 Nr. L 376/36.

21 Art. 20 Abs. 2 der Dienstleistungsrichtlinie.

22 Die EU-Kommission hat festgestellt, dass 68 Prozent der Anbieter digitaler Online-Inhalte, die sich an ihrer Sektoruntersuchung zum elektronischen Handel beteiligten, Verbraucher aus anderen EU-Mitgliedstaaten durch Geoblocking ausschlossen.

23 Die EU-Kommission hat festgestellt, dass 38 Prozent der Gebrauchsgüter verkaufenden Einzelhändler, die sich an ihrer Sektoruntersuchung zum elektronischen Handel beteiligten, Maßnahmen einsetzten, um Märkte anhand nationaler Grenzen zu segmentieren.

das fragliche Unternehmen über eine marktbeherrschende Stellung verfügt.

71. Außerhalb des Anwendungsbereichs der Wettbewerbsregeln verbleibt das unilaterale Handeln nicht marktbeherrschender Unternehmen. Die EU-Kommission sieht hier eine Lücke, die zur Realisierung des Binnenmarktes zu schließen sei. Mit Datum vom 25.05.2016 hat sie daher eine Verordnung über Maßnahmen gegen „ungerechtfertigtes“ Geoblocking vorgeschlagen (Europäische Kommission 2016b), die am 28.11.2016 in modifizierter Fassung (Rat der Europäischen Union 2016a) vom Rat in erster Lesung beschlossen wurde (Rat der Europäischen Union 2016b). Unabhängig von ihrer Marktstellung soll es Unternehmen untersagt werden, Kunden wegen ihres Wohnsitzes unmittelbar oder mittelbar<sup>24</sup> durch technische Mittel zu segmentieren und so den Binnenmarkt entlang nationaler Grenzen aufzuteilen, oder mit Blick auf den Wohnsitz unterschiedliche AGB vorzusehen.

72. Konkret wird Anbietern dreierlei untersagt:

Sie dürfen erstens den Zugang von Kunden zu ihren Websites und anderen Online-Schnittstellen nicht aus Gründen der Staatsangehörigkeit, des Wohnsitzes oder des Ortes der Niederlassung sperren oder beschränken (Art. 3 Abs. 1) oder sie ohne vorherige ausdrückliche Zustimmung aus einem der genannten Gründe zu einer anderen Länderversion weiterleiten (Art. 3 Abs. 2), es sei denn, dies ist erforderlich, um die Einhaltung unterschiedlicher nationaler Rechtsvorschriften zu gewährleisten (Art. 3 Abs. 3).

Zweitens sollen Anbieter, wenn sie in einem Mitgliedstaat AGB für ihre Waren oder Dienstleistungen für die breite Öffentlichkeit festlegen und zugänglich machen, an diese Bedingungen unabhängig von der Staatsangehörigkeit, dem Wohnsitz oder dem Ort der Niederlassung des Kunden gebunden sein (Art. 4). Zwar können Anbieter weiterhin unterschiedliche AGB für unterschiedliche Mitgliedstaaten und auch Kundengruppen festlegen.<sup>25</sup> Kunden, die bestimmte Waren oder Dienstleistungen ungeachtet ihrer Staatsangehörigkeit, ihres Wohnsitzes oder des Ortes ihrer

<sup>24</sup> Also aufgrund von nicht unmittelbar an Staatsangehörigkeit, Wohnsitz oder Ort der Niederlassung anknüpfenden Kriterien, die aber zu demselben Ergebnis führen. Beispiele hierfür sind z. B. die Diskriminierung anhand der verwendeten IP-Adresse, der Lieferungsanschrift oder der gewählten Sprache.

<sup>25</sup> Siehe Rat der Europäischen Union (2016a), Art. 4a; dazu auch Erwägungsgrund Nr. 21a.

Niederlassung zu den Bedingungen der auf einen anderen Mitgliedstaat abzielenden AGB beziehen wollen, müssen aber in nichtdiskriminierender Weise behandelt werden, wenn der Kunde die Ware an einen Ort innerhalb dieses Mitgliedstaates liefern lässt, zu dem der Anbieter ohnehin eine Lieferung anbietet oder die Ware von einem Abholpunkt des Anbieters abholt (Art. 4 Abs. 1 lit. a) – Abholgeschäfte), ferner bei elektronischen Dienstleistungen (Art. 4 Abs. 1 lit. b) und solchen, die an einem physischen Standort im Gebiet eines Mitgliedstaates bereitgestellt werden sollen, in dem der Anbieter tätig ist (Art. 4 Abs. 1 lit. c). Das Diskriminierungsverbot soll demgegenüber nicht gelten, wenn den Anbieter die Verantwortung für die Zustellung der Ware in einen anderen Mitgliedstaat trifft (Liefergeschäfte). Es gilt ferner nicht für elektronische Dienstleistungen, deren Hauptmerkmal in der Bereitstellung des Zugangs zu urheberrechtlich geschützten Werken<sup>26</sup> oder dem Verkauf urheberrechtlich geschützter Werke in unkörperlicher Form besteht.<sup>27</sup> Damit wird der rechtlich legitimen Praxis territorial beschränkter Lizenzvergaben Rechnung getragen.

Drittens ist es Anbietern untersagt, mit Blick auf die unterschiedliche Staatsangehörigkeit, den Wohnsitz, den Ort der Niederlassung des Kunden oder den Ort des Zahlungskontos oder den Ausstellungsort des Zahlungsinstruments (z. B. Kreditkarte) unterschiedliche Zahlungsbedingungen für den Verkauf von Waren oder die Erbringung von Dienstleistungen anzuwenden (Art. 5 Abs. 1). In der Entscheidung, welche Zahlungsmittel sie (allgemein) akzeptieren, bleiben sie frei (Begründungserwägung 24).

73. Die Geoblocking-VO ist auf die allgemeine Rechtsangleichungskompetenz des Art. 114 AEUV gestützt.<sup>28</sup> Zwar bekräftigt sie diejenigen Beschrän-

<sup>26</sup> Der Ausschuss für Binnenmarkt und Verbraucherschutz des Europäischen Parlaments hat eine Ausweitung des Verbots aus Art. 4 auf solche urheberrechtlich geschützten Werke empfohlen, für die der Anbieter über ausreichende Rechte auch im Mitgliedstaat des Kunden verfügt: Committee on the Internal Market and Consumer Protection, Draft Report, 19.12.2016, 2016/0152(COD), Amendment 59; der Rechtsausschuss des Parlaments schloss sich dem an: Committee on Legal Affairs, Opinion, 4.4.2017, 2016/0152 (OCD), Amendment 55. Die Beschlussfassung hierüber im Europäischen Parlament stand bei Fertigstellung dieser Studie noch aus.

<sup>27</sup> Die VO soll ferner nicht gelten für sämtliche audiovisuellen Dienstleistungen, einschließlich Dienstleistungen, die in erster Linie in der Bereitstellung des Zugangs zu Übertragungen von Sportveranstaltungen bestehen und auf der Grundlage von ausschließlichen Gebietslizenzen erbracht werden. Ebenfalls ausgenommen ist der Zugang zu Finanzdienstleistungen für Privatkunden – siehe Begründungserwägung 6.

<sup>28</sup> Kritisch Basedow, EuZW 2016, 641, 642: Bei der Rechtsangleichung nach Art. 114 AEUV zur Vollendung des Binnenmarktes gehe es um den Schutz der Verkehrsfreiheiten gegen staatliche Eingriffe, nicht gegen private Eingriffe.

kungsverbote, die bereits nach europäischem Wettbewerbsrecht gelten; insbesondere ist es Herstellern in den Grenzen des Art. 101 AEUV und der Vertikal-GVO untersagt, den passiven Verkauf<sup>29</sup> durch Händler zu beschränken (Art. 6). Der Grundgedanke der Verordnung liegt aber nicht in der Bekämpfung spezifischer Machtlagen im Wettbewerb, wie die ausdrückliche Erstreckung des Anwendungsbereichs auf kleine und mittlere Unternehmen sowie Kleinstunternehmen als Anbieter verdeutlicht (VO-Vorschlag, S. 7<sup>30</sup>). Vielmehr soll sie dem Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit zur Durchsetzung verhelfen,<sup>31</sup> wie es primärrechtlich in Art. 18 Abs. 1 AEUV verankert ist. Das Binnenmarktziel, so die EU-Kommission, sei nicht nur durch staatliche Maßnahmen, sondern auch dann gefährdet, wenn Private Hindernisse errichteten, die mit dem Binnenmarkt unvereinbar seien.<sup>32</sup>

74. Für Unternehmen galt das allgemeine Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit bislang allerdings in seiner Konkretisierung durch die (im Lichte des Diskriminierungsverbots auszulegenden) Wettbewerbsregeln. Ihm war keine generelle Erstreckung der Grundfreiheiten auf Unternehmen zu entnehmen.<sup>33</sup> Der Vorschlag von Generalanwalt Maduro, die Grundfreiheiten unmittelbar auf jede Tätigkeit von Privaten anzuwenden, die Dritte effektiv davon abhalten kann, ihre Verkehrsfreiheiten auszuüben,<sup>34</sup> ist überwiegend auf scharfe Kritik gestoßen (Mestmäcker und Schweitzer 2014, S. 59; Kluth in Calliess und Ruffert 2011, EUV/AEUV, Art. 56, 57 AEUV Rn. 49). Der damit verbundene Eingriff in die Vertragsabschluss- und -inhaltsfreiheit wäre nur durch eine umfassende Berücksichtigung der unionsgrundrechtlich geschützten Privatautonomie als Schranke aufzufangen (Müller-Graff in Streinz 2012, EUV/AEUV, Art. 56 AEUV Rn. 69, 118).

29 D.h. den Verkauf, der nicht auf einem aktiven Anwerben von Kunden beruht.

30 Zur Begründung wird darauf verwiesen, dass der elektronische Geschäftsverkehr in der Union größtenteils von kleinen und mittleren Unternehmen, einschließlich Kleinstunternehmen durchgeführt wird.

31 Siehe auch Begründungserwägung 1 zum VO-Vorschlag: Damit das Ziel eines reibungslos funktionierenden Binnenmarktes erreicht werden kann, genüge es nicht, „nur staatliche Schranken ... abzuschaffen. Die Abschaffung dieser Schranken kann zunichte gemacht werden, wenn private Parteien Hindernisse errichten, die mit den Freiheiten des Binnenmarktes unvereinbar sind“.

32 VO-Vorschlag, Begründungserwägung 1.

33 Nur für die Arbeitnehmerfreizügigkeit hat der EuGH die Bindung bislang pauschal auf Private erstreckt: Arbeitgeber dürfen bei der Auswahl von Arbeitnehmern nicht ohne besondere sachliche Rechtfertigung nach Maßgabe der Staatsangehörigkeit diskriminieren – siehe EuGH 6.6.2000, Rs. C-281/98 Rn. 46 – Angonese; EuGH 17.07.2008, Rs. C-97/07 Rn. 46 – Raccanelli. Im Übrigen hat die Rechtsprechung die Geltung der Grundfreiheiten auf Hindernisse erstreckt, die sich aus der kollektiven Regelung der Erwerbsarbeit und der Erbringung von Dienstleistungen durch mit besonderer Regelsetzungsautonomie ausgestattete Vereinigungen ergeben, wenn deren Maßnahmen für die Vollendung des Binnenmarktes ähnlich gefährlich sind wie solche der öffentlichen Gewalt.

34 GA Maduro, Schlussanträge, Rn. 43, in: EuGH 11.12.2007, Rs. C-438/05 – Viking.

75. Die Dienstleistungsrichtlinie hat eben diesen Versuch unternommen. Gemäß deren Art. 20 Abs. 2 sind die Mitgliedstaaten verpflichtet, eine Bindung der Dienstleistungserbringer an das Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit oder aufgrund des Wohnsitzes im Privatrechtsverkehr sicherzustellen.<sup>35</sup> Vorbehalten bleibt eine Rechtfertigung einer etwaigen Differenzierung anhand „objektiver Kriterien“. In den Erwägungsgründen werden beispielhaft „entfernungsunabhängige Zusatzkosten, technische Merkmale der Erbringung der Dienstleistung, unterschiedliche Marktbedingungen wie saisonbedingte stärkere oder niedrigere Nachfrage, unterschiedliche Ferienzeiten in den Mitgliedstaaten, unterschiedliche Preisgestaltungen der Wettbewerber“ oder besondere rechtliche Risiken angeführt. Die Handhabung dieser Rechtfertigungstopoi hat in der Praxis erhebliche Schwierigkeiten bereitet und zur unvollkommenen Durchsetzung des Diskriminierungsverbots beigetragen. Mit der Geoblocking-VO soll dem Verbot nunmehr zu praktischer Wirksamkeit verholfen werden – unter anderem durch eine deutliche Einschränkung der Rechtfertigungsgründe.

76. Hierin zeigt sich das grundlegende Problem im Übergang von einem System, in dem die Voraussetzungen für die Geltung des Diskriminierungsverbots aus Gründen der Staatsangehörigkeit spezialgesetzlich normiert sind – nämlich in den Wettbewerbsregeln – zu einem System, in dem die allgemeine Bindung der Unternehmen an das Diskriminierungsverbot den rechtlichen Ausgangspunkt bildet. Nicht nur kann nunmehr das Verhalten Privater im Wettbewerb zum Gegenstand der Rechtsangleichung nach Art. 114 AEUV werden (Basedow 2016, S. 641, 642). In den durch die Grundrechtecharta gezogenen Grenzen ist der europäische Gesetzgeber nunmehr weitergehend ermächtigt festzulegen, welche grundsätzlich legitimen unternehmerischen Interessen eine Beschränkung des Diskriminierungsverbots rechtfertigen und welche nicht.

77. Zwar hat sich die EU-Kommission mit ihrem Vorschlag für eine Geoblocking-VO gegen einen – im Vorfeld ebenfalls erwogenen – unionsweiten

35 Richtlinie 2006/123/EG v. 12.12.2006 über Dienstleistungen im Binnenmarkt, ABl. 2006 Nr. L 376/36. Art. 20 Abs. 2 der Dienstleistungsrichtlinie lautet: „Die Mitgliedstaaten stellen sicher, 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; dies berührt jedoch nicht die Möglichkeit, Unterschiede bei den Zugangsbedingungen vorzusehen, die unmittelbar durch objektive Kriterien gerechtfertigt sind“.



Belieferungszwang von Unternehmen entschieden.<sup>36</sup> „Nur“ technische Beschränkungen des Zugangs zu Vertragsangeboten und eine unterschiedliche Ausgestaltung der AGB je nach Wohnsitz oder Staatsangehörigkeit des Kunden werden untersagt. Der Kreis der Rechtfertigungsgründe wird allerdings eng gezogen. Technische Maßnahmen des Geoblocking sind nur noch zulässig, wenn dies zur „Erfüllung rechtlicher Verpflichtungen“ erforderlich ist. Der Einsatz unterschiedlicher AGB je nach Wohnsitz oder Staatsangehörigkeit bleibt zulässig, wenn der Anbieter mit der Anwendung der Rechtsregeln des jeweiligen Empfängerstaates und gegebenenfalls erhöhten Transportkosten rechnen muss<sup>37</sup> oder wenn die Hauptleistung in der Bereitstellung urheberrechtlich geschützter Werke liegt, bei denen die regional begrenzte Lizenzvergabe nicht beanstandet wird.

78. In Reaktion auf verbreitete Kritik soll die Geoblocking-VO allerdings nur auf den Verkauf von Waren oder Dienstleistungen zur Endnutzung anwendbar sein (Art. 2 lit. c). In den Grenzen der geltenden Wettbewerbsregeln soll es Unternehmen daher möglich bleiben, die Händler, mit denen sie im Rahmen eines Vertriebssystems zusammenarbeiten wollen, nach freiem Ermessen auszuwählen (Erwägungsgrund 12). Auch der Vertrieb von Waren oder Dienstleistungen an weiterverarbeitende Unternehmen ist von der Verordnung ausgenommen.

79. Der Eingriff in die durch Art. 16 Grundrechte-Charta geschützte unternehmerische Freiheit wird durch diese Eingrenzungen nunmehr deutlich abgeschwächt, bleibt aber im Ausgangspunkt bestehen. Das Recht der Unternehmen, vorbehaltlich einer besonderen Machtposition frei und ohne Rechtfertigungszwang über ihre Vertragspartner und den Vertragsinhalt zu entscheiden, ist fester Bestandteil der nationalen Rechtsordnungen und

<sup>36</sup> Im Impact Assessment war erwogen worden, eine allgemeine Verpflichtung von Unternehmen zur europaweiten Lieferung von Waren bzw. Bereitstellung von Dienstleistungen vorzusehen (SWD(2016)173 fin., 45). Diese Option wurde allerdings als übermäßiger Eingriff in die Privatautonomie und unternehmerische Freiheit (Art. 16 Grundrechte-Charta) verworfen.

<sup>37</sup> Die EU-Kommission hebt insbesondere hervor, dass Unternehmen durch die Geoblocking-VO nicht gegen ihre eigene unternehmerische Entscheidung der Umgang mit einer fremden Rechtsordnung aufgefordert wird: Verträge mit Verbrauchern unterliegen nach der VO 593/2008 nur dann dem Recht des Staates, in welchem der Verbraucher seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat, wenn ein Unternehmer seine gewerbliche Tätigkeit auf diesen Staat ausrichtet. Nur unter dieser Voraussetzung ist nach Maßgabe der VO Nr. 1215/2012 das Recht der Verbraucher gewährleistet, Klage gegen die andere Vertragspartei vor den Gerichten des Mitgliedstaats zu erheben, in dem er seinen Wohnsitz hat, und nur in diesem Staat verklagt zu werden. Die Einhaltung der Geoblocking-VO sei für eine solche Ausrichtung der gewerblichen Tätigkeit auf einen anderen Mitgliedstaat aber kein Indiz. Siehe VO-Vorschlag, Begründungserwägung 10.

Grundlage wettbewerblicher Märkte. Unternehmen können eine Vielzahl von Gründen dafür haben, nicht grenzüberschreitend tätig werden zu wollen. Sie reichen von der Vermeidung des Umgangs mit fremden Rechtsordnungen und von Prozessen vor anderen als den eigenen Gerichten bis hin zu einer gezielten Spezialisierung auf bestimmte Märkte. Technische Beschränkungen sind dabei regelmäßig ein effektives Mittel, eine solche Geschäftspolitik zu implementieren. Häufig werden sie sich nur schwer durch andere Mittel ersetzen lassen, die mit gleicher Rechtssicherheit gewährleisten, dass die abgeschlossenen Kauf- oder Lieferverträge nicht im Ergebnis doch den Rechtsregeln des Empfängerstaates und der Zuständigkeit von dessen Gerichtsbarkeit unterfallen (Peschel 2016, S. 194, 196 ff.). Gerade kleine und mittlere Unternehmen können hierdurch erheblichen zusätzlichen Risiken ausgesetzt werden. Bei funktionierendem Wettbewerb steht den legitimen Interessen der Unternehmen kein vergleichbar gewichtiges Interesse der Kunden gegenüber: Die Kunden können auf andere Anbieter ausweichen.

80. Dem stellt die EU-Kommission ein nicht mehr von der unternehmerischen Freiheit her gedachtes, sondern industriepolitisch uminterpretiertes Binnenmarktziel gegenüber. „Rein kommerziell“ motivierte diskriminierende Praktiken seien, so die Kommission, „ein wichtiger Faktor, der zum relativ geringen Umfang des grenzüberschreitenden Geschäftsverkehrs ... in der Union beiträgt, so dass das Wachstumspotenzial des Binnenmarkts nicht voll ausgeschöpft wird“.<sup>38</sup>

81. Ungeprüft geht die EU-Kommission dabei davon aus, dass die fehlende Ausschöpfung von Binnenmarktpotenzialen wesentlich auf unternehmerischen Beschränkungen des E-commerce beruht. Dies ist aber keinesfalls selbstverständlich. Ein mindestens ebenso gewichtiger Grund dürfte das Vertrauen der Verbraucher in etablierte Unternehmen und/oder die Rechtsordnung des eigenen Mitgliedstaates sein. Grenzüberschreitende Käufe, bei denen sie sich auf andere Rechtsregeln und gegebenenfalls eine andere Sprache einstellen müssen, in der sie ihre Gewährleistungsrechte geltend machen müssen, werden viele Käufer abschrecken. Die Überwindung dieser Hindernisse lässt sich nicht erzwingen. Sie erfolgt über die Zeit, indem sich neue Unternehmen grenzüberschreitend etablieren und Reputation aufbauen.

<sup>38</sup> VO-Vorschlag, Begründungserwägung 2.

82. Es sind die Wettbewerbsregeln mit ihren spezifischen Voraussetzungen und Grenzen, die im europäischen Recht diejenigen Gefährdungslagen konkretisieren, die in Abwägung von Binnenmarktziel und unionsgrundrechtlich geschützter Privatautonomie eine Beschränkung der unternehmerischen Handlungsfreiheit legitimieren. Anknüpfend an konkrete Machtlagen verhindern sie, dass staatliche Handelsschranken durch unternehmerische Vereinbarungen oder unilaterales Verhalten ersetzt werden. Die Loslösung des Diskriminierungsverbots von Machtlagen riskiert eine Behinderung des Wettbewerbs, anstatt ihn zu stärken.

#### 4.2.2 Personalisierte Preise / Individuelle Preisdifferenzierung

83. Durch Big Data wird es Unternehmen zunehmend erleichtert, die individuelle Zahlungsbereitschaft von Verbraucherinnen und Verbrauchern einzuschätzen. Intensiv diskutiert wird derzeit, inwieweit zusätzliche Informationen über das Verbraucherverhalten für eine stärker individualisierte Preissetzung benutzt werden und welche Konsequenzen dies hat.

84. Zu unterscheiden sind dabei zwei unterschiedliche, wenngleich verwandte Phänomene bei der Preissetzung. Zum einen ist dies die sogenannte dynamische Preissetzung („dynamic pricing“), die letztlich nichts Anderes als eine intertemporale Preisdifferenzierung darstellt, bei der sich die Preise nach Zeitpunkt des Kaufs unterscheiden. Dieses Phänomen ist nicht neu und wird bei Tankstellen, bei Flügen, bei Pauschalreisen (etwa „Last Minute“), bei Schlussverkäufen oder „Happy Hour“-Angeboten schon lange praktiziert. Durch die zunehmende Verbreitung elektronischer Preisschilder im stationären Einzelhandel und die einfache Möglichkeit der Preisänderung online besteht jedoch vielfach die Erwartung, dass sich die dynamische Preissetzung, also die intertemporale Preisdifferenzierung, weiter ausbreiten wird.

85. Zum anderen schafft Big Data Möglichkeiten, die interpersonelle Preisdifferenzierung weiter auszubauen. Insbesondere im Online-Bereich hegen einige Beobachter die Befürchtung, dass sich personalisierte Preise weiter durchsetzen werden, dass also unterschiedliche Verbraucher für dieselben Güter und Dienstleistungen unterschiedlich viel zahlen. Auch dieses Phänomen ist prinzipiell nicht neu, wenn man etwa an den privaten Kauf von Autos, Geschäfte im B2B-Bereich oder allgemeiner an sämtliche Märkte denkt, auf denen Preise ausgehandelt werden. Die Erwartung ist hier jedoch, dass sich

personalisierte Preise noch stärker als bisher durchsetzen werden.

86. Während die dynamische Preisbildung bisher in Politik und Medien relativ wenig kritisch kommentiert wird, gilt dies nicht für die personalisierte Preissetzung, die weithin als anstößig empfunden wird. Personalisierten Preisen sind bereits heute gewisse rechtliche Grenzen gezogen. So verbietet § 19 AGG eine Benachteiligung aus Gründen der Rasse oder der ethnischen Herkunft, des Geschlechts, der Religion, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Identität beim Abschluss von zivilrechtlichen Verträgen, die sich als Massengeschäfte darstellen und typischerweise ohne Ansehen der Person zu vergleichbaren Konditionen geschlossen werden. Art. 20 Abs. 2 der Dienstleistungsrichtlinie, für das deutsche Recht umgesetzt in § 5 Dienstleistungs-Informationspflichten-Verordnung, verbietet eine Preisdifferenzierung im Geschäftsverkehr aufgrund der Staatsangehörigkeit oder des Wohnsitzes. Problematisch kann damit eine Preissetzung unter Rückgriff auf eine Geolokalisierung sein (Hofmann 2016, S. 1074, 1079). Unter Bezugnahme auf das primärrechtliche Gleichbehandlungsgebot in Art. 21 und 23 der Grundrechte-Charta hat der EuGH festgestellt, dass Versicherungsprämien nicht unter Rückgriff auf das Differenzierungsmerkmal Geschlecht kalkuliert werden dürfen.<sup>39</sup>

87. Ferner ist von einer lauterkeitsrechtlichen Pflicht von Unternehmen auszugehen, Verbraucher zu informieren, wenn sie individualisierte Preise einsetzen: Nicht-individualisierte Preise entsprechen der ganz vorherrschenden Erwartung. Die Individualisierung der Preissetzung ist eine wesentliche Information, die geeignet ist, die Verbraucher in ihrem geschäftlichen Verhalten zu beeinflussen (§ 5a UWG) (Hofmann 2016, S. 1074, 1080 f.).<sup>40</sup> Ob eine solche Transparenzpflicht einen wirksamen Schutzmechanismus darstellt, mag man allerdings bezweifeln: Werden individualisierte Preise als individualisierte Rabatte verpackt, so kann ein entsprechender Hinweis – ungeachtet der ökonomisch identischen Wirkung – eher als Attraktion denn als Warnhinweis verstanden werden.

88. Nicht abschließend geklärt sind die datenschutzrechtlichen Anforderungen an den Einsatz individualisierter Preise. Unstrittig ist, dass die Erhebung, Verarbeitung und Nutzung personenbezogener Daten zu Zwecken der Kal-

<sup>39</sup> EuGH, Urteil v. 01.03.2011, Rs. C-236/09 Rn. 28-33 – Test-Achats.

<sup>40</sup> Ausführlich (und grds. zurückhaltend) zur Frage, ob aus dem UWG Informationspflichten folgen.

kulation individualisierter Preise einer wirksamen Einwilligung bedarf. Für sie gelten die allgemeinen Anforderungen an Lesbarkeit, Verständlichkeit und Transparenz sowie der Grundsatz der Zweckbindung. Eine offene Frage ist, welche praktische Bedeutung Art. 22 Abs. 1 der Datenschutz-Grundverordnung (DSGVO) für die individualisierten Preise zukommen wird, demzufolge jede betroffene Person das Recht hat, „nicht einer ausschließlich auf einer automatisierten Verarbeitung – einschließlich Profiling<sup>41</sup> – beruhenden Entscheidung unterworfen zu werden, die ihr gegenüber rechtliche Wirkung entfaltet oder sie in ähnlicher Weise erheblich beeinträchtigt.“ Auch insoweit kann sich die Zulässigkeit einer Datenverarbeitung aber aus einer ausdrücklichen Einwilligung ergeben. Die Öffnungsklausel in Art. 22 Abs. 2 lit. b DSGVO erlaubt es ferner der EU und den Mitgliedstaaten, Entscheidungen ausschließlich aufgrund der automatisierten Datenverarbeitung für zulässig zu erklären, wenn zugleich angemessene Maßnahmen zur Wahrung der Rechte und berechtigten Interessen der Betroffenen getroffen werden.

89. Umstritten ist, ob diese rechtlichen Anforderungen einen hinreichenden Verbraucherschutz gewährleisten. Mitglieder des Sachverständigenrates für Verbraucherfragen und Johannes Remmel, damals Verbraucherschutzminister in NRW, haben sich schon für eine weitgehende Regulierung bis hin zur Untersagung personalisierter Preise ausgesprochen (Der Westen 2016). Als weichere Maßnahme wird zum Teil eine jederzeitige Wahlmöglichkeit von Verbrauchern zwischen individualisierten Preisen und Preisen verlangt, die ohne Rückgriff auf ein Persönlichkeitsprofil gebildet wurden (Zander-Hayat, Reisch und Steffen 2016, S. 403, 409). Zudem wird eine ausdrückliche Information der Verbraucher über die Kriterien gefordert, die in den Preisbildungsalgorithmen einfließen. Auch der Vorstoß von Bundesjustizminister Heiko Maas für ein digitales Antidiskriminierungsgesetz scheint in diese Richtung zu zielen.

90. Wichtige Gesichtspunkte bei der Bewertung solcher Forderungen sind die Wohlfahrtswirkungen sowie die Verteilungseffekte von personalisierten Preisen sowie das Ausmaß ihres Einsatzes.

<sup>41</sup> Art. 4 Abs. 4 DSGVO definiert Profiling als „jede Art der automatisierten Verarbeitung personenbezogener Daten, die darin besteht, dass diese personenbezogenen Daten verwendet werden, um bestimmte persönliche Aspekte, die sich auf eine natürliche Person beziehen, zu bewerten, insbesondere um Aspekte bezüglich Arbeitsleistung, wirtschaftliche Lage, Gesundheit, persönliche Vorlieben, Interessen, Zuverlässigkeit, Verhalten, Aufenthaltsort oder Ortswechsel dieser natürlichen Person zu analysieren oder vorherzusagen“.

91. Ob sich stärker personalisierte Preise überhaupt durchsetzen werden, hängt dabei von einer ganzen Reihe von Faktoren ab. Erstens wird die Möglichkeit zur Preisdifferenzierung stets in Abhängigkeit von der Intensität des Wettbewerbs (inklusive Arbitrage- und Wiederverkaufsmöglichkeiten) beschränkt. Aus Diskussionen über Re-Importe und Parallelhandel ist dies lange bekannt. Da gerade im Internet viele Produkte stark standardisiert sind und daher Preissuchmaschinen Produktpreise sehr gut vergleichen können, sind der Personalisierung der Preissetzung Grenzen gesetzt. Gleichwohl gilt dies nicht für alle Produkte. Insbesondere Reisedienstleistungen (Flüge, Übernachtungen) und Finanzdienstleistungen (Verbraucherkredite, Versicherungen) sind, da die Verträge regelmäßig unter Namensnennung geschlossen werden, deutlich schwieriger einzuschätzen. Zugleich ist gerade bei Finanzdienstleistungen die Differenzierung der Zinssätze und Versicherungsprämien wettbewerbsimmanent, da sich die individuellen Risiken unterscheiden.

92. Zweitens spielen für Unternehmen aber schon heute Befürchtungen eine Rolle, Kunden könnten sich unfair behandelt fühlen, wenn sie für dasselbe Produkt zu demselben Zeitpunkt ohne objektiv erkennbaren und transparenten Grund (anders als etwa bei Senioren- oder Studententarifen) mehr zahlen als jemand anderes (Richards, Liaukonyte und Streletskaia 2016; Vulkan und Shem-Tovb 2015). Die Gefahr der Rufschädigung mag Unternehmen veranlassen, Preise nicht nach Personen zu differenzieren (Kalka und Krämer 2016). Im Gegenteil mögen sich Unternehmen sogar einen Ruf dafür aufbauen, keine Preisdifferenzierung zu betreiben, sondern „Dauerniedrigpreise“ anzubieten.

93. Drittens wäre bei einer stärker individualisierten Preisbildung zu erwarten, dass sich gerade im Internet Gegenmechanismen entwickeln. Schon heute gibt es spezielle Plattformen, die über Rabattcoupons informieren (Zander-Hayat, Reisch und Steffen 2016, S. 403, 404 f.). Ein anderes Beispiel ist die Entwicklung von Ad-Blockern als Reaktion auf zunehmende Internetwerbung. Sollten Verbraucher etwa merken, dass z. B. je nach Suchhistorie, Endgerät, GPS-Standort o.ä. Online-Preise differenziert werden, ist mit der Entwicklung von technischen Gegenmaßnahmen (die etwa Suchhistorien oder GPS-Standorte gezielt verbergen oder simulieren) zu rechnen, die Verbraucher vor hohen Preisen schützen.

94. Aktuell sind persönlich differenzierte Preise zumindest im Online-Bereich noch eher selten anzutreffen, wie eine Studie von Schleusener und Hosell (2015) im Auftrag des Sachverständigenrats für Verbraucherfragen beim Bun-

desminister für Justiz und Verbraucherschutz ergeben hat.<sup>42</sup> Während die intertemporale Preisdifferenzierung („dynamic pricing“) zuzunehmen scheint (Zander-Hayat, Reisch und Steffen 2016; Schleusener, 2016), gibt es für eine Zunahme der personalisierten Preissetzung bisher kaum belastbare Evidenz. Nach der Untersuchung von Schleusener und Hosell war eine Preisdifferenzierung nach Nutzermerkmalen sowie nach Betriebssystem lediglich bei hochpreisigen Pauschalreisen ersichtlich. Für niedrigpreisige Pauschalreisen konnte eine solche Preisdifferenzierung hingegen ebenso wenig nachgewiesen werden wie für die anderen experimentell getesteten Branchen (Tourismus-Flugreise, Consumer Electronics, Sportartikel, Mode, Versicherungen, Spielwaren, Medien/Tonträger, Food/Pet Food, Drogerie, Gartenmöbel).

95. Während nicht die dynamische, wohl aber die personalisierte Preissetzung im Internet noch weniger verbreitet zu sein scheint als manchmal vermutet, gilt dies im stationären Handel weniger. Vor allem bei relativ geringwertigen Gütern des täglichen Bedarfs wie Lebensmitteln und Drogerieartikeln spielt der Online-Handel noch eine sehr untergeordnete Rolle. Dies könnte aus verschiedenen Gründen durchaus so bleiben, da der noch immer vorhandene (geringe) Lieferverzug und die mangelnde Bequemlichkeit der Lieferung (etwa aufgrund der Notwendigkeit, zuhause zu sein) den Online-Einkauf hier relativ unattraktiv machen (etwa im Vergleich zu dauerhaften Gütern, die nicht täglich genutzt werden). Es ist zu erwarten, dass in absehbarer Zukunft der größte Teil der Verbraucher Lebensmittel und Drogerieartikel nach wie vor weitgehend im stationären Handel erwerben wird.

96. Im stationären Lebensmitteleinzelhandel sowie bei Drogeriemärkten sind individualisierte Preise bereits stärker verbreitet. So experimentieren aktuell etwa Penny, Rossmann sowie die Hamburger Drogeriemarktkette Budnikowski und auch Kaiser's (bis zur endgültigen Übernahme durch Edeka und Rewe) mit individualisierten Preisnachlässen. Typischerweise werden individualisierte Preise dabei als Nachlass/Rabatt auf den Originalpreis verpackt, da dies aus verbraucherpsychologischer oder verhaltensökonomischer Sicht einfacher durchsetzbar ist als Preisaufschläge.<sup>43</sup> Bei Kaiser's und Penny etwa werden über die Kundenkarten die historischen Einkaufsdaten gesammelt. Bei Betreten des Supermarktes können die Kunden dann am Automaten individuelle Coupons mit Preisnachlässen für bestimmte Produkte bekommen.

42 Für eine Zusammenfassung der bisherigen – bislang eher anekdotischen – Evidenz von personalisierten Preisen.

43 Auch im Autohandel werden traditionell individuell ausgehandelte Rabatte auf den Listenpreis gewährt.

97. Erklärbar ist die stärkere Verbreitung der Preisdifferenzierung im stationären Handel mit relativ geringpreisigen Artikeln, weil die Wechsel- und Preisvergleichsbereitschaft der Kunden gering ist, sobald der Kunde eine bestimmte Supermarktfiliale betreten hat. Im Internet hingegen ist die Konkurrenz in der Tat nur einen Click entfernt, ein Preisvergleich ist ungleich einfacher und die Wechselkosten sehr viel geringer. Es ist zwar richtig, dass Online-Händler und Plattformen Kunden nach Suchhistorie unterscheiden können, sofern sich diese nicht davor schützen. Dies ändert jedoch nichts daran, dass die Kosten des Preisvergleichs sowie Wechselkosten im Internet deutlich geringer sind als im stationären Handel. Die geringen Such- und Wechselkosten limitieren die Möglichkeit zur Preisdifferenzierung online. Ferner kann online eine höhere Zahlungsbereitschaft häufig bereits durch eine bevorzugte Anzeige höherpreisiger Produkte abgeschöpft werden. Im stationären Handel mit Lebensmitteln oder Drogerieprodukten ist die Produktpräsentation weniger individualisiert. Hingegen ist eine stärkere Preisdifferenzierung möglich, denn faktisch wird kaum jemand nach Betreten eines Supermarktes und Erhalt seiner Coupons noch Preisvergleiche mit anderen Supermärkten anstellen.

98. Gleichwohl gilt es, drei Dinge zu bedenken: Erstens kommt es nicht nur zu einer Umverteilung von Konsumenten zu Produzenten (sofern der Wettbewerb dies nicht verhindert), sondern zu einer Umverteilung innerhalb der Gruppe der Konsumenten. Individuen mit geringen Suchkosten – etwa aufgrund von geringen Opportunitätskosten der Zeit – werden die besten Kaufgelegenheiten aufspüren („Schnäppchenjäger“) und profitieren, während phlegmatische Kunden tendenziell mehr zahlen. Verteilungspolitisch ist nicht klar, wie eine Preisdifferenzierung zu bewerten ist, von der „Schnäppchenjäger“ profitieren, während andere Kunden mehr zahlen. Klar ist aber zweitens, dass der indirekte Schutz der nicht-suchenden Kunden durch preisvergleichende Kunden entfällt, wie ihn der Wettbewerb normalerweise gewährleistet. Allerdings ist davon auszugehen, dass die Entscheidung, Preise nicht zu vergleichen, endogen ist. Bei stärker personalisierten Preisen kann sich das Verhalten ändern. Drittens stellt sich die Frage, ob es durch eine zunehmende Preisdifferenzierung zu einer „Übersuche“ kommen kann, d.h. dass aus gesamtgesellschaftlicher Sicht jeder einzelne zu viel in die Suche und Preis- und Produktvergleiche investiert (Barzel 1982). Im Ergebnis bleiben sowohl die Wohlfahrts- wie die Verteilungseffekte ambivalent.

99. Die meisten Beispiele für negative Wohlfahrtseffekte der Preisdifferenzierung kommen bislang aus der Finanzbranche, von Versicherungen oder aus

anderen Branchen mit länger laufenden Verträgen (etwa im Mobilfunk). Hier sind personalisierte Preise jedoch schon lange Standard (etwa bei Kreditverträgen, Schadensfreiheitsrabatten bei Kfz-Versicherungen). Bei der Verlängerung von Mobilfunkverträgen werden von jeher individuelle Boni für die Verlängerung ausgehändigt. Neuere theoretische Arbeiten zu Kreditkartenmärkten (Heidhues und Köszegi 2010, 2015, 2017) sowie schon etwas ältere empirische Arbeiten zum Telekommunikationsmarkt (Narayanan, Chintagunta und Miravete 2007; Miravete und Palacios-Huerta 2014) zeigen, dass insbesondere weniger intelligente (und damit besonders schutzbedürftige) Verbraucher durch differenzierte Preise benachteiligt werden können. Verbraucher, die ihr eigenes Verhalten (etwa Überziehen der Kreditkarte, Telefonierverhalten) immer wieder falsch einschätzen, leiden regelmäßig unter differenzierten Preisen, wie die Literatur zeigt. Zugleich führen undifferenzierte Tarife aber gerade bei Finanzprodukten oder Versicherungen, bei denen Ausfallrisiken (bei Krediten) oder das Risiko eines Schadensfalles (bei Versicherungen) regelmäßig von Individuum zu Individuum unterschiedlich sind, zu Ineffizienzen und zu einer Benachteiligung bestimmter Kundengruppen mit einem geringen Kreditrisiko oder einem geringen Schadensrisiko. Ein Verbot der preislichen Differenzierung könnte sogar dazu führen, dass bestimmte Kundengruppen gar nicht mehr bedient werden, wenn nicht ein Kontrahierungszwang eingeführt wird, wie er etwa im Bereich der Gesetzlichen Krankenversicherung (GKV) existiert.

100. Mit dem Kontrahierungszwang und zugleich einem Verbot der individuellen Preis- und Leistungsdifferenzierung entsprechend dem individuellen Risiko steht die Gesetzliche Krankenversicherung für einen Lebensbereich, in dem sich der Gesetzgeber bewusst für den Solidaritätsgedanken entschieden hat.

101. Im Bereich von Gesundheits-Zusatzversicherungen wird demgegenüber schon heute mit persönlich differenzierten Preisen experimentiert. Vorreiter in Europa ist hier Generali (Evsan 2015). Im Rahmen eines Rabatt- und Punktesammelprogramms mit dem Namen Vitality können Versicherte eine Fitness-App oder elektronische Fitnessarmbänder nutzen, die mit dem Vitality Fitness Portal verbunden werden und so für tägliche Aktivitäten Punkte sammeln. Diese Punkte können später in Form von Preisnachlässen und Vergünstigungen eingelöst werden. Der Versicherer hat ein großes Netz an Partnern aufgebaut, bei denen der Versicherte Vergünstigungen erhält, wenn er sich gesundheitsbewusst verhält. Dazu zählen Fitnessstudios, Sportgeschäfte, Supermärkte, Kinos, Autovermietungen und sogar Airlines.

102. Schon länger existieren außerdem individualisierte Versicherungsangebote bei Kfz-Versicherungen. Der US-Versicherer Progressive etwa bot Kunden als erster Versicherer individuelle Tarife an, sofern diese ihr Fahrverhalten elektronisch überwachen lassen. Eine kleine Box im Auto übermittelt Daten an den Versicherer, der dann anhand der Fahrweise ein Risikoprofil erstellt und die Police entsprechend anpasst. Versicherte mit einer defensiven Fahrweise können davon profitieren und sparen, Raser hingegen zahlen mehr. In Italien muss mittlerweile jeder Versicherer einen solchen Tarif anbieten.

103. Bei Kfz-Versicherungen ist davon auszugehen, dass Tarife dieser Art aufgrund ihrer positiv verhaltenssteuernden Anlage gesellschaftlich positive Effekte haben. Auch im Handel mit Lebensmitteln und Drogerieprodukten sind wohlfahrtsschädliche Effekte kaum auszumachen. Preisdifferenzierung auf Endkundenmärkten führt bei rein wohlfahrtsökonomischer Betrachtung typischerweise zu Wohlfahrtssteigerungen, sofern nicht Informationsasymmetrien bei Verbrauchern ausgenutzt werden. Letztere Gefahr besteht vor allem bei komplexeren Produkten und Verträgen. Im Lebensmittelhandel jedoch sind die Produkte und Verträge (Waren gegen Geld) denkbar einfach strukturiert, sodass Preisdifferenzierung wohlfahrtsökonomisch unproblematisch sein sollte.

104. Der kurze Überblick zeigt die Vielfalt und Unterschiedlichkeit der Sachverhalte, die bei der Beurteilung individualisierter Preise zu berücksichtigen sind. Er zeigt ferner, dass dort, wo Preisdifferenzierung gesellschaftlich unerwünscht ist, bei hinreichender Transparenz mit Gegenreaktionen des Marktes gerechnet werden kann. Ob wir es bei dem Einsatz individualisierter Preise mit einem regelungsbedürftigen gesellschaftlichen Problem zu tun haben, ist gegenwärtig daher eine offene – und womöglich nur sektorspezifisch zu beantwortende – Frage. Ein Grund für eine über die bestehende Regulierung hinausreichende allgemeine präventive Regelung ist nicht ersichtlich.

105. Der beobachtbare Regulierungsimpuls scheint zum einen durch fehlendes Vertrauen in Markt- und Wettbewerbsprozesse ausgelöst zu werden, zum anderen durch die Befürchtung, dass sich Formen der Preisdifferenzierung entwickeln könnten, die dem Gerechtigkeitsempfinden und der Erwartung der Gleichbehandlung im Massenverkehr zuwider laufen. Bei genauer Betrachtung existiert diese Gleichbehandlung allerdings schon heute nicht. Es scheinen teilweise idealisierte Erwartungen an den Online-Handel gestellt zu werden, die der Offline-Realität schon heute nicht entsprechen. Anzumer-

ken ist zudem, dass – wenn überhaupt – individualisierte Rabatte eher im stationären Handel Einzug halten werden als im Online-Handel. Notabene: Dies gilt nicht für dynamische Preise, also die intertemporale Preisvariation nach Tageszeiten, Wochentagen etc., welche in der öffentlichen Diskussion teilweise mit personalisierten Preisen verwechselt oder gleichgesetzt werden. Eine intertemporale Preisvariation für sämtliche Nachfrager ist jedoch keine personalisierte Preissetzung und auch nicht auf den Rückgriff auf personenbezogene Daten angewiesen. Diese Art der „Tankstellenpreise“ dürfte in der Tat online stärker Verbreitung finden als offline. Allerdings könnten Händler auch gegenläufige Strategien („Everyday low prices“, „Dauerniedrigpreise“) als Differenzierungsmerkmal einsetzen, sofern hinreichend viele Nachfrager sich an Preisvariationen stören.

## V Fazit

106. Die Digitalisierung geht mit erheblichen wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Herausforderungen einher. Diese werden in Europa, zumal in Deutschland, zu Recht mit Aufmerksamkeit verfolgt. Vielfach wird eine Ergänzung, in bestimmten Bereichen eine Änderung des rechtlichen Rahmens erforderlich sein.

107. Die zu beobachtende Tendenz, auf die Veränderungen von Geschäftsmodellen und -strategien und die Herausbildung neuer Intermediäre fast reflexhaft mit neuen Diskriminierungsverböten oder „Neutralitätsgeboten“ zu reagieren, ist für die gerade in Zeiten der Digitalisierung erforderliche Innovationsfähigkeit und Anpassungsflexibilität gefährlich. Sie ist Ausdruck einer populären, aber unfokussierten Fairnessdebatte, die oftmals eher von diffusen Geföhlen als von Fakten und empirischer Evidenz geleitet wird. Die neuen Diskriminierungsverböte knüpfen an ganz unterschiedliche Überlegungen an, etwa an den „Infrastrukturcharakter“ bestimmter Leistungen, die Vermittlerrolle von Plattformen oder die Vision eines „perfektionierten“ Binnenmarktes. Sie appellieren damit vermeintlich an „common sense“ und verbreitete Gerechtigkeitskonzeptionen. Was regelmäßig fehlt, ist eine vorgeschaltete Marktversagensanalyse, eine präzise Analyse der häufig komplexen und nicht selten innovationshemmenden Wirkungen von Diskriminierungsverböten, die oftmals das erhoffte Ziel nicht erreichen werden, und eine Berücksichtigung der Bürokratiekosten, die durch die Überwachung von solchen Verböten verursacht werden.

108. Zu Unrecht erwecken Diskriminierungsverböte dabei in der Öffentlichkeit den Anschein eines Interventionsinstruments von geringer Eingriffsintensität. Was als Diskriminierung bezeichnet wird, ist oftmals eine legitime unternehmerische Differenzierung, mit der auf neue unternehmerische Möglichkeiten und Herausforderungen im Wettbewerb reagiert wird. Solche Formen der Differenzierung nutzen, indem sie Innovation und Wettbewerb befördern, auch den Verbrauchern. Umgekehrt greifen Diskriminierungsverböte tief in die unternehmerische Gestaltungsfreiheit ein, die Grundlage der Marktprozesse und damit der Anpassung von Märkten an neue Marktgegebenheiten ist. Dass die verfolgten Fairnessziele so im Ergebnis erreicht werden, ist in hohem Maße ungewiss. Die Umgehungsmöglichkeiten sind vielfältig. Die Fähigkeit zur fle-

xiblen Anpassung von Geschäftsmodellen, Vertriebsstrukturen und -strategien ist gerade im digitalen Umfeld von zentraler Bedeutung. Wird sie auf einer Ebene verhindert, so erfolgt sie im Zweifel auf andere Weise. So ist strikte und marktmachtunabhängige Netzneutralität keineswegs eine Garantie für ein offenes, innovationsfreundliches Internet. Bei strikter Netzneutralität wird die Fähigkeit zum Marktzugang und zur Gewinnung von Aufmerksamkeit und Kunden häufig von der Fähigkeit der Unternehmen zur Investition in eigene Infrastrukturen oder von Partnerschaften mit nachgelagerten marktmächtigen Plattformen abhängen. Die Filterfunktion, die Internetzugangsanbietern verboten wird, wird auf nachgelagerte Plattformen verlagert. Wird das Diskriminierungsverbot auf sämtliche Plattformen erstreckt, so bedeutet dies das Ende des freien und offenen Internets – und damit das Gegenteil dessen, was die Befürworter von Diskriminierungsverboten erreichen wollen. Eine Vielfalt konkurrierender Geschäftsmodelle – vom Internetzugang bis hin zu nachgelagerten Plattformen und Angeboten – kann im Ergebnis für mehr Pluralität und Offenheit sorgen.

109. Die Prüfung von Ausnahmen zum Diskriminierungsverbot anhand des Kriteriums der sachlichen Rechtfertigung hat einen stark regulatorischen Impetus, bei dem über die Akzeptanz neuer Dienste nicht mehr der Markt, sondern Regulierungsbehörden entscheiden. Dies bedeutet eine umfassende behördliche und gerichtliche Kontrolle darüber, was unternehmerisch legitim ist und was nicht. Es entsteht ein „verwalteter Wettbewerb“ (Mestmäcker 1984).

110. Dringend geboten ist in dieser Situation eine Rückbesinnung auf die etablierten wirtschaftsrechtlichen und ökonomischen Voraussetzungen für Diskriminierungsverbote. Sie sind dort und nur dort gerechtfertigt, wo vorab eine erhebliche Form des Marktversagens festgestellt werden kann, der durch ein Diskriminierungsverbot adäquat begegnet werden kann, oder wo anderweitige normative Ziele von erheblichem Gewicht den Eingriff rechtfertigen; und sie sollten nur dann eingesetzt werden, wenn ihr praktischer Nutzen die Kosten tatsächlich deutlich übersteigt. Der Schaffung neuer Diskriminierungsverbote sollte daher stets eine gründliche empirische Untersuchung der Problemlage und des Marktumfeldes vorgeschaltet sein. Präventiv sollten Diskriminierungsverbote nur dort eingesetzt werden, wo sich einschlägige Gefahrenlagen konkret abzeichnen. Ein pauschaler Verweis auf den Schutz kleiner Unternehmen oder von Verbraucherrechten sollte nicht genügen. Wo es an Marktmacht oder an konkreten Missbrauchsgefahren fehlt, bietet die Möglichkeit zur Differenzierung oftmals ganz erhebliche wettbewerbliche

Chancen – gerade für kleine und innovative Unternehmen. Der Versuch, ein politisches Gleichheitsideal in verallgemeinernder Form in die Wirtschaftswelt zu übertragen, ist verfehlt. Im Wettbewerb geht es ganz maßgeblich um neue Möglichkeiten der Differenzierung. In diesen liegt zugleich ein erheblicher Teil der Chancen und Attraktionen der Digitalisierung.

## Literaturverzeichnis

**Barzel, Y.** (1982), Measurement Cost and the Organization of Markets, *Journal of Law and Economics* 25, 27–48.

**Basedow, J.** (2016), Der Verordnungsentwurf zum Geoblocking – ein Trojanisches Pferd gegen die Vertragsfreiheit, *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* 17, 641–680.

**Baumol, W., J. Panzar und R. Willig** (1982), *Contestable Markets and the Theory of Industry Structure*, New York.

**Becker, G.** (1957), *The Economics of Discrimination*, Chicago.

**BMWi – Bundesministerium für Wirtschaft und Energie** (2017), Weißbuch Digitale Plattformen. Digitale Ordnungspolitik für Wachstum, Innovation, Wettbewerb und Teilhabe, März 2017.

**Borenstein, S.** (1985), Price Discrimination in Free-Entry Markets, *RAND Journal of Economics* 16, 380–397.

**Borenstein, S. und N. Rose** (1994), Competition and Price Dispersion in the U.S. Airline Industry, *Journal of Political Economy* 102, 653–683.

**Bork, R. H. und G. Sidak** (2012), What Does the Chicago School Teach About Internet Search and the Antitrust Treatment of Google? *Journal of Competition Law & Economics* 8, 663–700.

**Bundeskartellamt** (2014), Sektoruntersuchung Lebensmitteleinzelhandel: Darstellung und Analyse der Strukturen und des Beschaffungsverhaltens auf den Märkten des Lebensmitteleinzelhandels in Deutschland, Bericht gemäß § 32 e GWB, 24.09.2014, Bonn.

**Calliess, C. und M. Ruffert (Hrsg.)** (2011), Art. 56 und 57 AEUV in EUV/AEUV: Das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit Europäischer Grundrechtecharta, München.

**Chandra, A. und M. Lederman**, Revisiting the Relationship between Competition and Price Discrimination. *American Economic Journal: Microeconomics*, im Erscheinen.



**Dertwinkel-Kalt, M., J. Haucap und C. Wey** (2016), Procompetitive Dual Pricing, *European Journal of Law and Economics* 41, 527–557.

**Der Westen** (2016), NRW-Minister Remmel will personalisierte Preise im Online-Handel bekämpfen, abgerufen am 05.07.2017 von <https://www.derwesten.de/wirtschaft/nrw-minister-remmel-will-personalisierte-preise-im-online-handel-bekaempfen-id11511876.html>.

**Engelhardt, S. von, A. Freytag und V. Köllmann** (2013), Wettbewerbspolitischer Handlungsbedarf bei der Verknüpfung von zweiseitigen Märkten im Internet: Der Fall Google, *Zeitschrift für Wirtschaftspolitik* 62, 311–332.

**Europäische Kommission** (2017), Pressemitteilung – Kartellrecht: Kommission verhängt Geldbuße in Höhe von 2,42 Mrd. EUR gegen Google wegen Missbrauchs seiner marktbeherrschenden Stellung als Suchmaschine durch unzulässige Vorzugsbehandlung des eigenen Preisvergleichsdienst, Brüssel, 27.06.2017 {IP/17/1784}.

**Europäische Kommission** (2016a), Online-Plattformen im digitalen Binnenmarkt: Chancen und Herausforderungen für Europa, Brüssel, 25.05.2016, {COM(2016)288 fin.}.

**Europäische Kommission** (2016b), Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über Maßnahmen gegen Geoblocking und andere Formen der Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit, des Wohnsitzes oder des Ortes der Niederlassung des Kunden innerhalb des Binnenmarktes sowie zur Änderung der Verordnung (EG) Nr. 2006/2004 und der Richtlinie 2009/22/EG, Brüssel, 25.05.2016, {COM(2016)289 fin.}.

**Europäische Kommission** (2015), Strategie für den digitalen Binnenmarkt für Europa, Brüssel, 06.05.2015, {COM(2015)192 fin.}.

**Evsan, I.** (2015), Generali bringt die personalisierte Versicherung nach Europa, abgerufen am 05.07.2017 von E-Health Blog: <https://ehealthblog.de/2015/03/26/generali-bringt-die-personalisierte-versicherung-nach-europa/>.

**Faz.net** (2016), Ford will selbstfahrende Autos schon 2021 in Serie bauen, abgerufen am 05.07.2017 von Faz.net: <http://www.faz.net/aktuell/wirtschaft/neue-mobilitaet/ford-will-2021-selbstfahrende-autos-in-serie-bauen-14392141.html>.

**Federal Trade Commission** (2013), Google Agrees to Change Its Business Practices to Resolve FTC Competition Concerns in the Markets for Devices Like Smart Phones, Games and Tablets, and in Online Search, abgerufen am 10.07.2017 von <http://ftc.gov/opa/2013/01/google.shtm>.

**Gerardi, K. und A. Shapiro** (2009), Does Competition Reduce Price Dispersion? New Evidence from the Airline Industry, *Journal of Political Economy* 117, 1–37.

**Haucap, J. und C. Kehder** (2013), Suchmaschinen zwischen Wettbewerb und Monopol: Der Fall Google, in: Dewenter, R., J. Haucap & C. Kehder (Hrsg.), *Wettbewerb und Regulierung in Medien, Politik und Märkten: Festschrift für Jörn Kruse zum 65. Geburtstag*, Baden-Baden, 115–154.

**Heidhues, P. und B. Köszegi** (2017), Naiveté-based Discrimination, *Quarterly Journal of Economics* 132, 1019–1054.

**Heidhues, P. und B. Köszegi** (2015), On the Welfare Costs of Naiveté in the US Credit-card Market, *Review of Industrial Organization* 47, 341–354.

**Heidhues, P. und B. Köszegi** (2010), Exploiting Naiveté About Self-Control in the Credit Market, *American Economic Review* 100, 2279–2303.

**Hofmann, F.** (2016), Der maßgeschneiderte Preis, *Wettbewerb in Recht und Praxis*, 1074–1081.

**Holmes, T. J.** (1989), The Effects of Third-Degree Price Discrimination in Oligopoly, *American Economic Review* 79, 244–250.

**Kalka, R. und A. Krämer** (2016), Dynamic Pricing: Verspielt Amazon das Vertrauen seiner Kunden? Abgerufen am 05.07.2017 von Absatzwirtschaft: <http://www.absatzwirtschaft.de/dynamic-pricing-verspielt-amazon-das-vertrauen-seiner-kunden-75271/>.

**Katz, M.** (1984), Price Discrimination and Monopolistic Competition, *Econometrica* 52, 1453–1471.

**Lipsky, A. B. und G. J. Sidak** (1999), Essential Facilities, *Stanford Law Review* 51, 1187–1248.

**Maas, H.** (2017), Zusammenleben in der digitalen Gesellschaft – Teilhabe ermöglichen, Sicherheit gewährleisten, Freiheit bewahren, Rede vom 03.07.2017.

**Manne, G.A. und J.D. Wright** (2011), Google and the Limits of Antitrust: The Case against the Antitrust Case Against Google, *Harvard Journal of Law and Public Policy* 34(1), 171–244.

**Mestmäcker, E.-J.** (1984), *Der verwaltete Wettbewerb*, Tübingen.

**Mestmäcker, E.-J. und H. Schweitzer** (2014), *Europäisches Wettbewerbsrecht*, 3. Aufl., München 2014.

**Miravete, E. J. und I. Palacios-Huerta** (2014), Consumer Inertia, Choice Dependence and Learning from Experience in a Repeated Decision Problem, *Review of Economics and Statistics* 96, 524–537.

**Narayanan, S., P. K. Chintagunta und E. J. Miravete** (2007), The Role of Self Selection, Usage Uncertainty and Learning in the Demand for Local Telephone Service, *Quantitative Marketing and Economics* 5, 1-34.

**Peschel, O.** (2016), Kommt das Geoblockingverbot? *Zeitschrift für das Privatrecht der Europäischen Union* 4, 157–208.

**Rat der Europäischen Union** (2016a), Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über eine Maßnahme gegen ungerechtfertigtes Geoblocking und andere Formen der Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit, des Wohnsitzes oder des Ortes der Niederlassung des Kunden innerhalb des Binnenmarkts sowie zur Änderung der Verordnung (EG) Nr. 2006/2004 und der Richtlinie 2009/22/EG, Brüssel, 21.11.2016, {14663/16}.

**Rat der Europäischen Union** (2016b), Pressemitteilung – Geoblocking: Rat vereinbart, Hindernisse im elektronischen Handel auszuräumen, Brüssel, 28.11.2016, {692/16}.

**Remmel, J.** (2016), Individuelle Preise? Bitte nicht! Abgerufen am 05.07.2017 von Faz.net: <http://www.faz.net/aktuell/finanzen/meine-finanzen/geld-ausgeben/johannes-remmel-will-individuelle-preise-im-internet-stoppen-14044329.html>.

**Richards, T.J., J. Liaukonyte und N.A. Streletskaia** (2016), Personalized Pricing and Price Fairness, *International Journal of Industrial Organization* 44, 138–153.

**Rottenbiller, S.** (2002), *Essential Facilities als ordnungspolitisches Problem*, Frankfurt am Main.

**Schirmmayer, F.** (2015), Das Armband der Nellie Kroes, in: Schirmmayer, F. (Hrsg.), *Technologischer Totalitarismus*, Berlin.

**Schleusener, M.** (2016), Dynamisch und personalisiert: Wie entwickelt sich die Preissetzung im Online-Handel? *Wirtschaftsdienst* 96, 868–872.

**Schleusener, M. und S. Hosell** (2015), Personalisierte Preisdifferenzierung im Online-Handel. Untersuchung und Ausarbeitung im Auftrag des Sachverständigenrats für Verbraucherfragen beim Bundesminister der Justiz und für Verbraucherschutz, Berlin.

**Schulz, M.** (2015), Warum wir jetzt kämpfen müssen. in: Schirmmayer, F. (Hrsg.), *Technologischer Totalitarismus*, Berlin.

**Schweitzer, H. und T. Fetzer** (2014), *Wettbewerbsrechtliche Aspekte von Netzneutralität*, Studie für das BMWi.

**Stavins, J.** (2001), Price Discrimination in the Airline Market: The Effect of Market Concentration, *Review of Economics and Statistics* 83, 200–202.

**Stole, L.A.** (2007), Price Discrimination and Competition, in: Armstrong, M. and R. Porter (Hrsg.), *Handbook of Industrial Organization*, Vol. 3, Chapter 34, North-Holland, 2221–2299.

**Streinz, R.** (Hrsg.) (2012), Art. 56 AEUV in EUV/AEUV: Vertrag über die Europäische Union und Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union, München.

**Verboven, F.** (1996), International Price Discrimination in the European Car Market, *RAND Journal of Economics* 27, 240–268.

**Vulkan, N. und Y. Shem-Tovb** (2015), A Note on Fairness and Personalised Pricing, *Economics Letters* 136, 179–183.

**Weber, A. und C. Zulehner** (2014), Competition and Gender Prejudice: Are Discriminatory Employers Doomed to Fail? *Journal of the European Economic Association* 12, 492–521.

Weber, A und C. Zulehner (2010), Female Hires and the Success of Start-up Firms, The American Economic Review, 100(2), 358–361.

Welt.de (2017), BMW will selbstfahrende Autos 2021 auf den Straßen, abgerufen am 05.07.2017 auf Welt.de: [https://www.welt.de/print/welt\\_kompakt/webwelt/article161202343/BMW-will-selbstfahrende-Autos-2021-auf-den-Strassen.html](https://www.welt.de/print/welt_kompakt/webwelt/article161202343/BMW-will-selbstfahrende-Autos-2021-auf-den-Strassen.html).

Zander-Hayat, H., L. A. Reisch und C. Steffen (2016), Personalisierte Preise – Eine verbraucherpolitische Einordnung, Verbraucher und Recht 11, 403–409.

Zeh, J. (2015), Schützt den Datenkörper! in: Schirmmacher, F. (Hrsg.), Technologischer Totalitarismus, Berlin.

## Veröffentlichungen des Kronberger Kreises in dieser Schriftenreihe

- 63 Neue Diskriminierungsverbote für die digitale Welt?
- 62 Für eine echte Reform der Bund-Länder-Finanzbeziehungen (2016)
- 61 Das entgrenzte Mandat der EZB – Das OMT-Urteil des EuGH und seine Folgen (2016) *auch auf Englisch*
- 60 Erbschaftsteuer: Neu ordnen statt nachbessern (2015)
- 59 Europäische Bankenunion: Vom Prinzip Hoffnung zum Prinzip Haftung (2014)
- 58 Neustart in der Energiepolitik jetzt! (2014)
- 57 Renaissance der Angebotspolitik (2013)
- 56 Bildungsfinanzierung neu gestalten (2013)
- 55 Wie viel Koordinierung braucht Europa? (2012)
- 54 Reform der Geldbußen im Kartellrecht überfällig (2012) *auch auf Englisch*
- 53 Systemstabilität für die Finanzmärkte (2011)
- 52 Öffentliche Finanzen dauerhaft sanieren – in Deutschland und Europa (2010)
- 51 Mehr Mut zum Neuanfang (2010)
- 50 Beschäftigung gering qualifizierter Arbeitsloser (2009)
- 49 Für einen wirksamen Klimaschutz (2009)
- 48 Staatsfonds: Muss Deutschland sich schützen? (2008)
- 47 Unternehmensmitbestimmung ohne Zwang (2007)
- 46 Erbschaftsteuer: Behutsam anpassen (2007)
- 45 Dienstleistungsmärkte in Europa weiter öffnen (2007)
- 44 Den Subventionsabbau umfassend voranbringen (2006)
- 43 Den Stabilitäts- und Wachstumspakt härten (2005)
- 42 Tragfähige Pflegeversicherung (2005)
- 41 Flexibler Kündigungsschutz am Arbeitsmarkt (2004)
- 40 Gute Gemeindesteuern (2003)
- 39 Mehr Eigenverantwortung und Wettbewerb im Gesundheitswesen (2002)
- 38 Privatisierung von Landesbanken und Sparkassen (2001)
- 37 Abgeltungssteuer bei Kapitaleinkommen (2000)
- 36 Die föderative Ordnung in Not – Zur Reform des Finanzausgleichs (2000)
- 35 Arbeitszeiten und soziale Sicherung flexibler gestalten (1999)
- 34 Die Aufgaben – Wirtschaftspolitische Orientierung für die kommenden Jahre (1998)
- 33 Osterweiterung der Europäischen Union (1998) *auch auf Englisch*
- 32 Globalisierter Wettbewerb (1998)
- 31 Sozialunion für Europa? (1996) *auch auf Englisch* (1997)
- 30 Steuerreform für Arbeitsplätze und Umwelt (1996)

- 29 Einwanderungspolitik – Möglichkeiten und Grenzen (1994)
- 28 Mehr Langfristdenken in Gesellschaft und Politik (1994)
- 27 Zur Reform der Hochschulen (1993)
- 26 Privatisierung auch im Westen (1993)
- 25 Einheit und Vielfalt in Europa – Für weniger Harmonisierung und Zentralisierung (1992) *auch auf Englisch und Französisch*
- 24 Zur Wirtschaftsreform in Osteuropa (1992)
- 23 Reform der öffentlichen Verwaltung (1991)
- 22 Wirtschaftspolitik für das geeinte Deutschland (1990)
- 21 Soziale Marktwirtschaft in der DDR – Reform der Wohnungswirtschaft (1990)
- 20 Soziale Marktwirtschaft in der DDR  
– Währungsordnung und Investitionsbedingungen (1990)
- 19 Mehr Markt in Hörfunk und Fernsehen (1989)
- 18 Reform der Unternehmensbesteuerung (1989)
- 17 Mehr Markt in der Energiewirtschaft (1988)
- 16 Das soziale Netz reißt (1988)
- 15 Mehr Markt in der Telekommunikation (1987)
- 14 Reform der Alterssicherung (1987)
- 13 Mehr Markt im Gesundheitswesen (1987)
- 12 Mehr Mut zum Markt – Konkrete Problemlösungen (1986)
- 11 Bürgersteuer – Entwurf einer Neuordnung von direkten Steuern und Sozialleistungen (1986)
- 10 Mehr Markt im Arbeitsrecht (1986)
- 9 Mehr Markt für den Mittelstand (1985)
- 8 Für eine Neue Agrarordnung – Kurskorrektur für Europas Agrarpolitik (1984)
- 7 Mehr Markt in der Wohnungswirtschaft (1984)
- 6 Die Wende – Eine Bestandsaufnahme der deutschen Wirtschaftspolitik (1984)
- 5 Arbeitslosigkeit – Woher sie kommt und wie man sie beheben kann (1984)
- 4 Mehr Markt im Verkehr (1984)
- 3 Mehr Beteiligungskapital (1983)
- 2 Vorschläge zu einer „Kleinen Steuerreform“ (1983)
- 1 Mehr Mut zum Markt (1983)

**Veröffentlichungen des Kronberger Kreises in der Reihe  
„Argumente zu Marktwirtschaft und Politik“**

- 106 Lehren der Finanzmarktkrise (2009)
- 104 Irrwege in der Sozialpolitik (2008)
- 102 Gegen die Neubelebung der Entfernungspauschale (2008)
- 96 Wider die Aushöhlung der Welthandelsordnung – Für mehr Regeldisziplin (2006)
- 63 Ökologische Steuerreform: Zu viele Illusionen (1999)
- 54 Gegen eine Mehrwertsteuererhöhung zur Senkung der Sozialabgaben (1997)
- 52 Arbeitslosigkeit und Lohnpolitik – Die Tarifautonomie in der Bewährungsprobe (1995)
- 43 Wirtschaftspolitik im geeinten Deutschland:  
Der Kronberger Kreis zu Kernfragen der Integration (1992)
- 17 Die Reform des Gemeindesteuersystems (1988)
- 3 §116 Arbeitsförderungsgesetz: Es geht um die Neutralität des Staates (1986)

**Mehr Information zum Kronberger Kreis auf:  
[www.kronberger-kreis.de](http://www.kronberger-kreis.de)**

## Der Kronberger Kreis stellt sich vor:



**Prof. Dr. Lars P. Feld**

Sprecher des Kronberger Kreises, Direktor des Walter Eucken Instituts Freiburg, Mitglied des Sachverständigenrats zur Begutachtung der gesamtwirtschaftlichen Entwicklung.



**Prof. Dr. Dr. h.c. Clemens Fuest**

Präsident des ifo Instituts, Direktor des Center for Economic Studies (CES), Geschäftsführer der CESifo GmbH München, Mitglied des Wissenschaftlichen Beirats beim Bundesministerium der Finanzen.



**Prof. Dr. Justus Haucap**

Direktor des Düsseldorfer Instituts für Wettbewerbsökonomie (DICE), Vorsitzender der Arbeitsgemeinschaft Wettbewerb des Vereins für Socialpolitik, ehem. Vorsitzender der Monopolkommission.



**Prof. Dr. Heike Schweitzer, LL.M. (Yale)**

Geschäftsführende Direktorin des Instituts für deutsches und europäisches Wirtschafts-, Wettbewerbs- und Regulierungsrecht (IWWR), Freie Universität Berlin.



**Prof. Volker Wieland Ph.D.**

Geschäftsführender Direktor des Institute for Monetary and Financial Stability (IMFS), House of Finance, Frankfurt, Mitglied des Sachverständigenrats zur Begutachtung der gesamtwirtschaftlichen Entwicklung.



**Prof. Dr. Berthold U. Wigger**

Karlsruher Institut für Technologie (KIT), Mitglied des wissenschaftlichen Beirats beim Bundesministerium der Finanzen, Forschungsprofessor am ZEW Mannheim, Research Fellow am CESifo München.