

Algorithmen im Fokus der Monopolkommission: Digital Antitrust erfordert Anpassungen kartellrechtlicher Compliance

Rechtsanwalt Christian Ritz, LL. M. (USYD) und Rechtsanwalt Dr. Lorenz Marx, LL. M., beide Hogan Lovells, München

Der Einsatz von Algorithmen im Rahmen eines Dynamic Algorithmic Pricing steht im Fokus der Durchsetzung des Kartellrechts in der Digital Economy. Einen der jüngsten Beiträge zu dieser Debatte hat die Monopolkommission in ihrem am 3.7.2018 veröffentlichten XXII. Hauptgutachten geliefert. Darin identifiziert sie potenzielle wettbewerbliche Risiken und bringt zum Teil weitreichende Änderungen der gegenwärtigen Kartellrechtsdurchsetzung ins Gespräch.

Auch auf europäischer Ebene gewinnt das digitale Kartellrecht zunehmend an Bedeutung, wie die aktuelle Konsultation der EU-Kommission zur Gestaltung der digitalen Wettbewerbsordnung zeigt. Die zunehmende Digitalisierung sämtlicher Wirtschaftsbereiche hat das Interesse der Kartellbehörden geweckt.

Digital Antitrust sollte daher fester Bestandteil kartellrechtlicher Compliance werden.

I. Einleitung

Die rasant fortschreitende Digitalisierung und der wachsende Onlinehandel führen dazu, dass die kartellrechtlichen Risiken digitaler Geschäftsmodelle zunehmen und Digital Antitrust als wesentlicher Baustein kartellrechtlicher Compliance integriert werden sollte. Der Einsatz von Preisalgorithmen ist dabei neben Big Data und digitalen Plattformlösungen das derzeit am intensivsten diskutierte Thema der Kartellrechtsdurchsetzung in der Digital Economy.

Aktuell vergeht kaum eine Woche, in der sich nicht mindestens eine europäische Wettbewerbsbehörde des Themas „Algorithmen im Wettbewerb“ annimmt. So befassten sich in den letzten Monaten mehrere europäische Kartellbehörden mit dem Einsatz von Preisalgorithmen im Luftverkehr. Zudem war der Preisalgorithmus einer Taxi-App Gegenstand einer kartellbehördlichen Prüfung. Schließlich verkündeten die französische Autorité de la Concurrence und das Bundeskartellamt den Start eines gemeinsamen Forschungsprojekts zur Untersuchung von Algorithmen und deren Auswirkungen auf den Wettbewerb (https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/DE/Pressemitteilungen/2018/19_06_2018_Algorithmen.html).

Der Präsident des Bundeskartellamts, Andreas Mundt, hat in seinem Vorwort zu dem am 27.8.2018 veröffentlichten Jahresbericht 2017 des Bundeskartellamts erneut die Bedeutung der kartellrechtlichen Einordnung von Algorithmen betont und die Frage aufgeworfen, was zu tun sei, „[...] wenn künftig selbstlernende Software auf die Idee kommt, Preise mit der Konkurrenz zu koordinieren, anstatt sich dem Wettbewerb auszusetzen?“ (Bundeskartellamt, Jahresbericht 2017, S. 4 f., https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Jahresbericht/Jahresbericht_2017.html; https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Jahresbericht/Jahresbericht_2017.html?jsessionid=3C127F6D5F215AC3D5DC3B2A6C482B26.1_cid387?nn=3591568). Am 19.1.2019 wird die EU-Kommission eine Konferenz zum Thema ‚Shaping competition policy in the era of digitisation‘ ausrichten (<http://ec.europa.eu/competition/scp19/>).

Am 19.1.2019 wird die EU-Kommission eine Konferenz zum Thema ‚Shaping competition policy in the era of digitisation‘ ausrichten (<http://ec.europa.eu/competition/scp19/>).

II. Monopolkommission sieht erhebliche Risiken für den Wettbewerb

Vor dem Hintergrund dieser Entwicklungen hat die Monopolkommission der Frage, inwieweit der Einsatz von Algorithmen Wettbewerbsverstöße ermöglicht oder begünstigt, in ihrem jüngsten Hauptgutachten ein ganzes Kapitel gewidmet (https://www.monopolkommission.de/images/HG22/HGXXII_Kap1_Algorithmen.pdf). Darin sieht die Monopolkommission Anlass zur Prüfung, ob der Einsatz von Algorithmen ein erhöhtes Kollisionsrisiko birgt und in welchem Umfang regulatorische Gegenmaßnahmen zum Schutz des Wettbewerbs im Onlinehandel erforderlich sind.

Auch wenn die Monopolkommission als Beratungsgremium der Bundesregierung, der Gesetzgebung sowie der Öffentlichkeit auf den Gebieten der Wettbewerbspolitik, des Wettbewerbsrechts und der Regulierung keine direkten Eingriffsmöglichkeiten in den Wettbewerb hat, so entfaltet sie dennoch durch ihre zweijährlichen Gutachten zu aktuellen wettbewerbspolitischen Fragen erheblichen Einfluss auf die Gesetzgebung und die öffentliche Meinung. Ihre umfassenden Hauptgutachten geben regelmäßig einen wissenschaftlich fundierten Einblick in aktuelle und zukünftige Schwerpunkte der kartellrechtlichen Durchsetzung.

1. Bedeutung von Big Data und Algorithmen für die Digital Economy

Die Preissetzung im Onlinehandel steht typischerweise im engen Zusammenhang mit Big Data (Salascheck/Serafimova WuW 2018, 8 [8]). Algorithmen stellen die zentralen Instrumente dar, mit denen große Datenmengen analysiert und einem wirtschaftlichen Nutzen zugeführt werden. Dabei ist die Verwendung von Algorithmen und gerade auch von Preisalgorithmen für die Marktteilnehmer durchaus mit wirtschaftlichen Vorteilen verbunden, von denen auch die Verbraucher profitieren (Monopolkommission, Hauptgutachten XXII, Rn. 165 f.). So kann der Einsatz von Algorithmen zB Such- und Transaktionskosten senken oder Verbrauchern über Vergleichsportale die Möglichkeit geben, aus einer Vielzahl von Angeboten das beste und preis-

günstigste Angebot herauszufiltern. Die Analyse von Big Data durch Algorithmen führt typischerweise zu einer erhöhten Markttransparenz, die eine Intensivierung des Wettbewerbs zum Nutzen der Verbraucher bedeuten kann. Die erhöhte Markttransparenz führt dazu, dass bestehende Informationsasymmetrien zwischen Unternehmen und Verbrauchern abgebaut werden (Monopolkommission, Rn. 166).

2. Monopolkommission sieht wettbewerbshindernde Effekte durch Kollusion

Neben den zweifelsohne vorhandenen positiven Auswirkungen von Algorithmen sieht die Monopolkommission jedoch zunehmend auch wettbewerbshindernde Effekte, gerade von Preisalgorithmen.

Zentraler Anknüpfungspunkt der Untersuchung der Monopolkommission ist der Begriff der Kollusion (Monopolkommission, Rn. 172). Unter einer Kollusion wird typischerweise ein Marktergebnis verstanden, bei dem Unternehmen durch eine Form von Koordinierung höhere Gewinne als im Wettbewerb erzielen, indem sie etwa Preise oder Mengen koordinieren. Dabei wird zwischen der expliziten Kollusion und der impliziten Kollusion unterschieden. Während Unternehmen bei der expliziten Kollusion direkt miteinander kommunizieren, kommt eine implizite Kollusion ohne direkte Kommunikation zwischen den Wettbewerbern zustande (Monopolkommission, Rn. 174). Nach der Rechtsprechung des EuGH handelt es sich bei dem Begriffspaar der kartellrechtlich im Sinne des Art. 101 AEUV bzw. § 1 GWB untersagten wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarung bzw. der abgestimmten Verhaltensweise um „Formen der Kollusion [...], die [...] in ihrer Art übereinstimmen [und] sich nur in ihrer Intensität und ihrer Ausdrucksform unterscheiden.“ (EuGH Urt. v. 4.6.2009 – C-8/08 Rn. 23 – T-Mobile Netherlands, BeckRS 2009, 70612).

In ihrer Analyse kommt die Monopolkommission zu dem Ergebnis, dass die zunehmende Verwendung von Preisalgorithmen kollusive Marktergebnisse wahrscheinlicher machen kann. Dabei identifiziert sie insbesondere die folgenden Risiken, die durch den Einsatz von Preisalgorithmen im Wettbewerb entstehen können (Stucke/Ezrachi Artificial Intelligence & Collusion: When Computers Inhibit Competition, University of Illinois Law Review 2017, 1775; Salascheck/Serafimova WuW 2018, 8).

a) Können Algorithmen Kollusion begünstigen?

Nach Ansicht der Monopolkommission kann der Einsatz von Preisalgorithmen eine Kollusion begünstigen, da durch ihre Verwendung eine verstärkte Häufigkeit von Preisanpassungen stattfindet und insgesamt eine erhöhte Markttransparenz hergestellt wird. Gerade in datenintensiven Wirtschaftsbereichen wie der Internetökonomie ermöglicht es der Einsatz von Algorithmen, große Datenmengen schnell auszuwerten und somit das Verhalten einer größeren Anzahl von Unternehmen zu koordinieren und zu überwachen (Monopolkommission, Rn. 183).

b) Algorithmen als wesentliches Instrument einer Kollusion?

Die Monopolkommission sieht ein erhebliches wettbewerbsliches Risiko darin, dass Algorithmen als ein Instrument in Kollusionsszenarien eingesetzt werden könnten, mit dem vorgelagerte Entscheidungen des anwendenden Unternehmens technisch umgesetzt werden. Typische Handlungen eines Kartells, wie die Durchführung vereinbarter Preisanpassungen, die Überwachung von Vereinbarungen sowie das Signalisieren von Kollusionsabsichten (sog. Signalling), könnten durch die Anwendung von Algorithmen automatisiert werden (Monopolkommission, Rn. 184 ff.).

Dabei scheint die Monopolkommission gerade in dem Signalling ein zunehmendes Risiko von Kollusionen durch den Einsatz von Algorithmen zu sehen. Denn durch Algorithmen könnten die Kosten des Signalling in Form entgangener Umsätze in dem Zeitraum, bis andere Wettbewerber die Preisanpassung im Onlinehandel nachvollziehen, reduziert werden, da Algorithmen diese Anpassungsvorgänge deutlich beschleunigen würden (Monopolkommission, Rn. 187 f.).

c) Kollusion durch Nutzung desselben Algorithmus?

Ein weiteres wettbewerbsliches Risiko sieht die Monopolkommission darin, dass Unternehmen ihre Verhaltensweisen im Markt durch die Verwendung desselben Algorithmus aneinander angleichen könnten (Monopolkommission, Rn. 189 ff.). Gerade in Märkten wie dem Hotel- oder Luftverkehrsmarkt, in denen Dynamic Pricing eine wichtige Rolle bei der Preissetzung spielt, könne die Verwendung desselben Algorithmus dazu führen, dass Unternehmen ihre Verhaltensweisen automatisiert an sich ändernde Marktgegebenheiten anpassen.

Dieses Risiko sieht die Monopolkommission in der Internetökonomie gerade auch in der Form möglicher sog. „Hub-and-Spoke“-Kartelle, in denen das Verhalten von Unternehmen auf verschiedenen Wertschöpfungsstufen durch einen als zentralen Hub fungierenden Unternehmen gegenüber mehreren Unternehmen (Spokes) organisiert wird. Dieses Risiko bestehe insbesondere bei Transaktionsplattformen, die für zwei oder mehr Nutzergruppen fungieren und die Preise für die Transaktionen vorgeben. Dadurch, dass unabhängige Unternehmen ihre Preissetzung einer Plattform überließe, die die Preise einheitlich optimiere, könne es dazu kommen, dass eigentlich unabhängige Unternehmen ihre Preise gegebenenfalls branchenweit aneinander angleichen könnten (Monopolkommission, Rn. 192 ff.).

3. Monopolkommission schlägt Ergänzung der kartellrechtlichen Regelungen zur Erfassung impliziter Kollusion vor

In ihrer Bewertung des bestehenden kartellrechtlichen Rahmens für die Erfassung der zunehmenden Risiken kollusiver Marktergebnisse durch den Einsatz von Al-

gorithmen, stellt die Monopolkommission einen Anpassungsbedarf fest (Monopolkommission, Rn. 206-224).

Die Fälle expliziter Kollusion sind kartellrechtlich an der Regelung des Art. 101 AEUV bzw. § 1 GWB zu messen. Danach sind wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen (Willensäußerung erforderlich) bzw. abgestimmte Verhaltensweisen (erfordern ein durch einen gemeinsamen Willen zu erklärendes Marktverhalten) untersagt. In Abgrenzung dazu ist ein ledigliches Parallelverhalten trotz möglicherweise wettbewerbsbeschränkender Auswirkungen zulässig (Ebers NZKart 2016, 554). Ein derartiges Parallelverhalten kann nur in spezifischen Fällen der gemeinsamen Marktbeherrschung unter das Missbrauchsverbot des Art. 102 AEUV bzw. §§ 18, 19 GWB subsumiert werden.

Daher sieht die Monopolkommission einen gewissen Spielraum für Unternehmen, sich dem festgestellten oder erwarteten Marktverhalten ihrer Konkurrenten durch den Einsatz von Preisalgorithmen auf eine Art und Weise anzupassen, die mangels Vorliegen einer Vereinbarung oder abgestimmten Verhaltensweise nicht unter das Kartellverbot des Art. 101 AEUV bzw. des § 1 GWB fallen würde. Denn die Verwendung von Preisalgorithmen ist nach der bisherigen Entscheidungspraxis solange kartellrechtlich zulässig, wie diese lediglich dazu eingesetzt werden, die Preissetzung ohne Kollusion an diejenige der Konkurrenten anzupassen (Monopolkommission, Rn. 227).

Vor diesem Hintergrund wirft die Monopolkommission die Frage auf, ob Verbraucher in Zukunft ausreichend vor dem durch den Einsatz von Algorithmen zunehmenden Risiko kollusiver Marktergebnisse geschützt sind bzw. welche Maßnahmen erforderlich sind, um diesen Schutz zu gewährleisten.

4. Monopolkommission hält kartellbehördliche Sektoruntersuchungen auf Initiative von Verbraucherschutzverbänden für probates Instrument

Die Monopolkommission schlägt zur Identifizierung algorithmusbasierter Preissetzungskollusion eine verstärkte Marktbeobachtung insbesondere der datenintensiven Wirtschaftsbereiche wie der Internetökonomie vor. Dazu solle das Instrument der kartellbehördlichen Sektoruntersuchung ausgebaut werden. Da Informationen über möglicherweise kollusiv überhöhte Preise nach Ansicht der Monopolkommission am ehesten bei den Verbraucherschutzverbänden anfallen, sollte diesen das Recht eingeräumt werden, die Durchführung kartellbehördlicher Sektoruntersuchungen zu initiieren. Die Ablehnung des Antrags wäre durch die Kartellbehörde näher zu begründen (Monopolkommission, Rn. 232-234). Aus Sicht der Monopolkommission kann die Einführung eines solchen Rechts für Verbraucherverbände auch dazu führen, dass sie die gesetzlich vorgesehene Möglichkeit einer Klage auf Vorteilsabschöpfung nach § 34 a GWB in Zukunft effektiver nutzen können.

5. Einführung spezifischer Maßnahmen zur Neutralisierung algorithmusspezifischer Kollusionsrisiken

Im Ergebnis spricht sich die Monopolkommission dafür aus, die Rolle von Preisalgorithmen im Marktumfeld sowie die damit möglicherweise einhergehenden Kollusionsrisiken zunächst zu beobachten (Monopolkommission, Rn. 240).

Sollte die Marktbeobachtung ergeben, dass die Verwendung von Preisalgorithmen tatsächlich Kollusion begünstigt und deren Aufdeckung erschwert, bringt die Monopolkommission perspektivisch zwei deutlich weitreichendere Rechtsänderungen ins Spiel:

- Einführung einer Beweislastumkehr in Bezug auf den durch einen wettbewerbsrechtlichen Verstoß verursachten Schaden, sodass in einem Kartellverfahren allein die Tatsache, dass die Preisfindung mittels Algorithmen stattfindet, als Indiz für einen überhöhten Preis angesehen werden könnte.
- Einführung einer Haftungserweiterung für etwaige Kartellrechtsverstöße im Zusammenhang mit Preisalgorithmen auf die übrigen Stakeholder, zB IT-Dienstleister oder Plattformbetreiber.

III. Praxishinweis

Auch wenn eine spezifische kartellrechtliche Regulierung von Algorithmen noch Zukunftsmusik ist, so sind die kartellrechtlichen Linien anhand der bestehenden Regularien bereits abgesteckt. Die zunehmenden Aktivitäten der Kartellbehörden machen zudem deutlich, dass sie der Durchsetzung des Kartellrechts in der Digital Economy eine hohe Bedeutung zumessen. In diesem Kontext ist auch der jüngste Vorstoß der EU-Kommission zu deuten.

Unternehmen sollten ihre kartellrechtlichen Compliance Systeme an die Herausforderungen der Digitalisierung anpassen. Dies gilt insbesondere für den kartellrechtlich zulässigen Umgang mit Big Data, Algorithmen und digitalen Plattformlösungen.

Beim Einsatz von Preisalgorithmen sollten Unternehmen im Wesentlichen die folgenden drei Grundregeln beachten:

- Beteiligen Sie sich nicht an einem Austausch mit Wettbewerbern über die verwendeten Preisalgorithmen, auch nicht vermittelt durch einen IT-Dienstleister.
- Unterwerfen Sie Ihre IT-Dienstleister (intern und extern) strikten Compliance-Regularien bzgl. der Entwicklung und Verwendung von Preisalgorithmen (sog. Compliance by Design).
- Beziehen Sie Ihre IT-Kollegen in Compliance-Programme und Schulungen ein und informieren Sie sich regelmäßig über aktuelle Pläne Ihrer IT-Abteilung für den Einsatz von Algorithmen. ■