

Oppenhoff

FIW Forschungsinstitut
für Wirtschaftsverfassung
und Wettbewerb e.V.

Daten, Algorithmen und Kartellrecht

Kartellrechtliche Compliance im Zeitalter der Digitalisierung

FIW Akademie, 23. September 2020
Dr. Daniel Dohrn

Wettbewerbliche Problemkreise im Bereich Digitalisierung

(1) „Datenmacht“

Zugang zu Daten verschafft einem Unternehmen einen erheblichen wettbewerblichen Vorteil, der nicht repliziert werden kann.

(2) Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung

Daten/Algorithmen können es einem Unternehmen erlauben, seine Marktmacht zu missbrauchen.

(3) Koordinierung und Preisüberwachung

- Daten/Algorithmen erlauben es Unternehmen, ihr Verhalten (explizit oder stillschweigend) abzustimmen
- Daten/Algorithmen erlauben es Unternehmen, das Verhalten ihrer Abnehmer zu überwachen

Warum sind Algorithmen kartellrechtlich relevant?

- Algorithmen erhöhen die Markttransparenz durch schnelleres Ermitteln und „Verstehen“ von Marktdaten
- Algorithmen ermöglichen eine exponentielle Zunahme an Interaktion
- Algorithmen erleichtern die Koordination und Überwachung auch einer größeren Anzahl von Teilnehmern ➔ nicht mehr auf konzentrierte Märkte beschränkt
- Algorithmen erhöhen daher das Potential für eine Koordination (Kollusion) zwischen Unternehmen



Warum sind Algorithmen kartellrechtlich relevant?

Nahezu alle Online-Händler in der Spielzeugbranche nutzten eine Software, welche die Online-Preise der Konkurrenz im Internet beobachtet. Dadurch können die Händler sehr schnell auf Preisbewegungen reagieren und ihre eigenen Preise anpassen.

- Die Praxis könnte den Anreiz für Preissenkungen vermindern. Durch schnelle Reaktionen auf Preisbewegungen könnten sich Händler im Zweifel nicht als „Preisbrecher“ gegenüber Kunden verkaufen.
- Preiserhöhungen könnten evtl. schneller durchgesetzt werden, wenn die Software der Konkurrenz auf Preiserhöhungen mit eigenen Preiserhöhungen reagiert. Es könnte ein Anreiz entstehen, Preiserhöhungen im Markt zu „signalisieren“, insb. wenn die Händler wissen, dass der Wettbewerb nicht mit Preisreduzierungen auf die Preiserhöhungen antwortet.

Warum sind Algorithmen kartellrechtlich relevant?

- Nicht jede Kollusion mit wettbewerbsschädlichen Effekten ist (de lege lata) auch kartellrechtlich verboten
- Voraussetzung für Verstoß nach Art. 101 AEUV / § 1 GWB: Vorliegen einer „Vereinbarung“ oder „abgestimmten Verhaltensweise“ zwischen Unternehmen
- Mindestens „Fühlungnahme“ erforderlich ➔ *„Koordinierung zwischen Unternehmen, die zwar noch nicht bis zum Abschluss eines Vertrags [...] gediehen ist, jedoch bewusst eine praktische Zusammenarbeit an die Stelle des mit Risiken verbundenen Wettbewerbs treten lässt.“* (EuGH, C-8/08, Rn. 26 – T-Mobile Netherlands, Hervorhebung durch Verfasser)
- Problem: Abgrenzung zwischen einer zulässigen stillschweigenden Verhaltensabstimmung („Tacit Collusion“) und einer kartellrechtswidrigen Abstimmung/Absprache

Algorithmen als „Kartellgehilfen“

Kartellwerkzeug

Zwei Stromanbieter vereinbaren, den Wechsel von jeweils eigenen Bestandskunden zum Wettbewerber zu unterbinden bzw. ihn zu erschweren. Mit der Überwachung dieser Vereinbarung wird ein Beratungsunternehmen beauftragt. Dieses setzt eine eigens hierfür programmierte Software ein. Die Software gleicht die Bestandskunden der beiden Stromanbieter ab und blockiert etwaige aktive Abwerbeversuche der Stromanbieter von Kunden des jeweils anderen. Freiwillige Kundenwechsel werden nicht unterbunden.

- UK Energieregulierungsbehörde (Ofgem vs. Economy Energy/E Gas and Electricity, 26.7.2019): Illegale Kundenschutzabsprache/Marktaufteilung über einen Kartellgehilfen (Beratungsunternehmen) ➔ Auch das Beratungsunternehmen wurde bebußt
- Verhalten nach deutschem und europäischem Kartellrecht verboten (Verstoß gegen § 1 GWB / Art. 101 Abs. 1 AEUV) ➔ *AC Treuhand*-Rechtsprechung des EuGH (C-194/14 P)

Kartellwerkzeug

T vertreibt Spielzeug im Internet, u.a. auch über die Verkaufsplattform A. Gemeinsam mit anderen Spielzeug-Händlern benutzt T eine Repricing-Software. Das Programm überwacht die Verkaufspreise der teilnehmenden Händler und soll ein vorher zwischen den Händlern vereinbartes Preisniveau aufrecht erhalten.

- US Department of Justice: illegale Preisabsprache (US vs. David Topkins, 30.4.2018)
- Nachweis einer expliziten Kartellabsprache zwischen den Händlern
- Verhalten auch nach deutschem und europäischem Kartellrecht verboten (Verstoß gegen § 1 GWB / Art. 101 Abs. 1 AEUV)

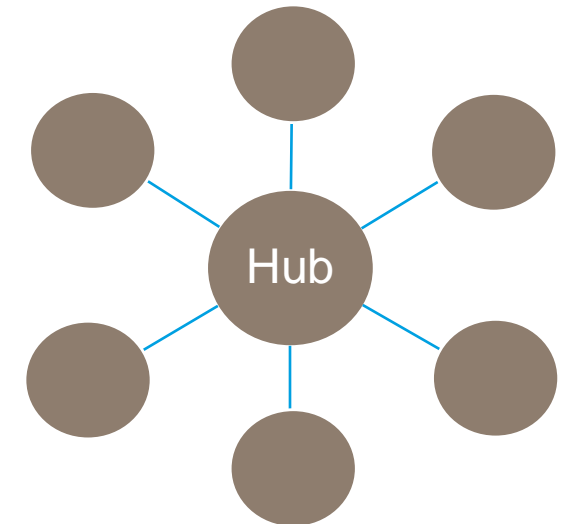
Signaling

Verschiedene Fluggesellschaften veröffentlichen über eine Datenbank täglich aktuelle Informationen u.a. zu Ticketpreisen und Reisedaten. An diese Datenbank sind nicht nur Reisebüros und Verbraucher, sondern auch die Airlines selbst angeschlossen. Computerprogramme der Fluggesellschaften werten die bereitgestellten Informationen aus der Datenbank aus und passen die eigenen Preise und Konditionen entsprechend den Preis- und Ticketinformationen ihrer Konkurrenten an. In der Folge kommt es zu zeitgleichen Preiserhöhungen und Preisanpassungen bei den Airlines.

- US Department of Justice: Preiskartell (US vs. Airline Tariff Publishing)
- Problem: Zulässige stillschweigende Kollusion oder verbotene (explizite) Kartellabsprache der Airlines?
- Vergleich: Verpflichtung der Fluggesellschaften, zukünftige Preiserhöhungen nicht mehr über die Datenplattform zu veröffentlichen

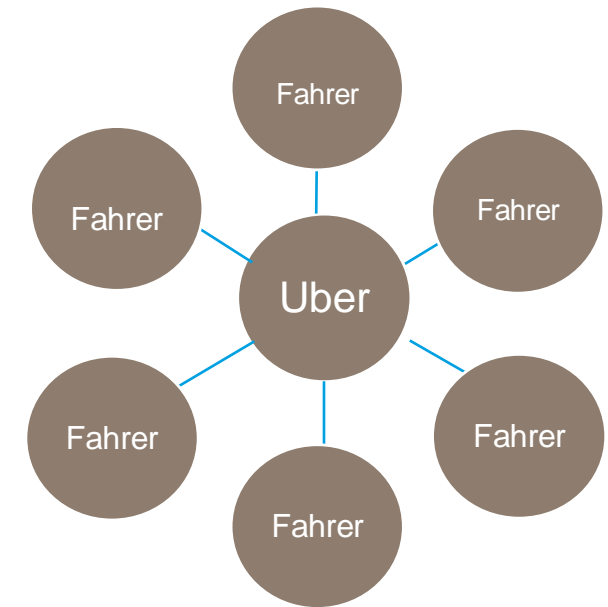
„Digitales“ Hub-and-Spoke

- Zentrale Stelle („Hub“) koordiniert Informationsfluss zwischen Unternehmen („Spokes“)
- Digitale Plattformen oder Softwareprogramme können als „Hub“ dienen
- Problematisch: Nutzung derselben Plattform/Software kann zu einer wettbewerbsschädlichen Koordinierung zwischen Unternehmen führen



„Digitales“ Hub-and-Spoke

- Fall „Uber“ (Meyer vs. Kalanick)
 - Uber vermittelt über seine Plattform Fahrdienstleistungen
 - Der Fahrpreis wird von Uber für alle Fahrer mittels eines Preisalgorithmus in Echtzeit dynamisch festgelegt (abhängig von Fahrzeugklasse, Distanz, Nachfrageschwankungen)
 - Kartellrechtswidrige Absprache zwischen Fahrern mit Uber als „Vermittler“?
 - Fahrer = Selbständige „Unternehmen“ i.S.d. Kartellrechts?
- Fall „Webtaxi“ (Luxemburgische Kartellbehörde, 7.6.2018)
 - Horizontale Preisabsprache, aber gerechtfertigt wg. Effizienzgründen (z.B. Vermeidung von Wartezeiten)



„Digitales“ Hub-and-Spoke

Mehrere, im Wettbewerb zueinander stehende Reisebüros nutzen gemeinsam eine Cloud-basierte Buchungssoftware. Über seinen Mitteilungsdienst teilt der Softwareadministrator den angeschlossenen Reisebüros mit, dass nunmehr für alle über das System durchgeführten Onlinebuchungen eine Rabattobergrenze von 3% festgelegt worden ist. Die Reisebüros können zwar von der Rabattobergrenze individuell abweichen und Kunden einen höheren/niedrigeren Rabatt gewähren. Eine Abweichung ist aber nicht ohne einen gewissen technischen Aufwand möglich. Die meisten der Reisebüros bewerben daher in der Folgezeit einheitliche Preisnachlässe von 3%.

„Digitales“ Hub-and-Spoke

- EuGH: Stillschweigend eingegangenes illegales Preiskartell (Eturas, C-74/14)
- Kenntnis von der Mitteilung, dass ein einheitliches Marktverhalten koordiniert werden soll, begründet Vermutung einer abgestimmten Verhaltensweise iSd Art. 101 Abs. 1 AEUV
- Enthftung:
 - Ausdrückliche Beanstandung der Mitteilung gegenüber dem Systemadministrator
 - Nachweis über die systematische Gewährung von Preisnachlässen oberhalb der systemseitig festgelegten Grenze

Preisüberwachung

Preisüberwachung

- Web robots / price crawler ermöglichen die Überwachung von Preisen im Internet in Echtzeit
- Wenn Hersteller/Lieferant Einfluss auf die Preise auf der nächsten Handelsstufe nimmt ➡ vertikale Preisbindung (Verstoß gegen Art. 101 Abs. 1 AEUV / § 1 GWB)
- Schwerwiegende Wettbewerbsbeschränkung („Kernbeschränkung“) idR nicht über Art. 101 Abs. 3 AEUV / § 2 GWB zu rechtfertigen
- EU Sektoruntersuchung „E-Commerce“: Im elektronischen Handel ist vertikale Preisbindung die mit Abstand häufigste Wettbewerbsbeschränkung

Preisüberwachung

Hersteller A greift regelmäßig auf eine Software zwecks price monitoring zurück. Als er mit Hilfe der Software herausfindet, dass sein Händler X die UVP unterschreitet, kontaktiert ein Mitarbeiter des Herstellers A den Händler X und bittet um eine Anhebung des Verkaufspreises. X weigert sich, den Preis anzuheben. Daraufhin droht Hersteller A mit einem Lieferungsstopp, wenn sich Händler X zukünftig nicht an die UVP hält. Händler X folgt daraufhin der Aufforderung durch A und hebt seine Preise an.

- Androhung: Verstoß gegen § 21 Abs. 2 GWB
- Einwilligung des Händlers: Verstoß gegen das Kartellverbot, § 1 GWB bzw. Art. 101 AEUV

Preisüberwachung

Fall wie zuvor. In der Branche des Händlers X nutzen eine Vielzahl von Einzelhändlern ebenfalls eine Preisssoftware, die die Einzelhandelspreise im Netz regelmäßig überprüft und automatisch an die Preise der konkurrierenden Händler anpasst. Händler X gilt als Preisführer im Markt.

- Aufgrund der verbreiteten Nutzung von Preis-Crawlern auf Händlerebene kann bereits die Einflussnahme des Herstellers auf die Preisgestaltung einzelner großer Händler/Preisführer eine Kettenreaktion im ganzen Markt auslösen (z.B. umfassende Preiserhöhungen).
- Kartellbehörden berücksichtigen diesen Umstand bei Bußgeldbemessung ➔ Kommission verhängt Bußgelder wegen unzulässiger vertikaler Preisbestimmung in einer Gesamthöhe von EUR 111 Mio. (COMP/AT.40465 Asus, COMP/AT.40469 Denon, COMP/AT.40181 Philips, COMP/AT.40182 Pioneer)

Machine Learning

- ein Ausblick -

Machine Learning – ein Ausblick

- Libratus, Google-KI, Quantencomputer – Datenverarbeitung auf völlig neuem (übermenschlichem?) Niveau
- Algorithmen entwickeln sich autonom weiter
- These: KI könnte Entscheidungen zukünftig „selbstständig“ und ohne Kenntnis der Verwender/Programmierer treffen (z.B. „Interaktionen“ mit anderen Programmen zwecks Gewinnmaximierung) ➔ „Black Box“
- Hocheffiziente Computer-Kartelle? *“The computer does not fear detection and possible financial penalties; nor does it respond to anger.”* (Ezrachi/Stucke)



Machine Learning – ein Ausblick

Hersteller A setzt eine innovative Preissoftware ein, die nicht nur automatisch das Preisgefüge seiner Händler am Markt überwacht, sondern auch in der Lage ist, mit Programmen/Plattformen anderer Unternehmen im Netz in „Kontakt“ zu treten und Änderung am dortigen Preiscalgorithmus vorzunehmen. Der Algorithmus des A ist auf Gewinnmaximierung programmiert, d.h. er hebt Händlerpreise, die unter dem UVP des Herstellers A liegen, automatisch und ohne Zutun der Händler auf UVP-Niveau an. Auf der Internetseite des Händlers X findet die Software einen Preis unter UVP-Niveau und hebt den Verkaufspreis des X an. X erkennt die Preisänderung, geht aber davon aus, dass seine eigene Preisüberwachungssoftware nur auf Preisänderungen von konkurrierenden Händlern im Netz reagiert hat. Er unternimmt daher nichts.

- Problem: Fehlen eines „meeting of minds“ iSd Art. 101 AEUV / Software des A bewusst auf „Fühlungnahme“ programmiert?
- Unternehmen künftig für „Verhalten“ ihrer Software verantwortlich? Hätte X „Safe Guards“ gegen Beeinflussung vorsehen müssen?

Machine Learning – ein Ausblick

- EU Kommission: Einsatz von KI befreit nicht von kartellrechtlicher Verantwortlichkeit:
„...when they decide to use an automated system, they will be held responsible for what it does. So they had better know how that system works.“ (Vestager)
- Neue Haftungsansätze in der Diskussion
 - „Compliance by design“ ➔ Programmierungs-, Überwachungs-, Offenlegungspflichten von Unternehmen?
 - „Facilitating practice“ ➔ Einsatz von KI „auf eigene Gefahr“?
 - Umkehr der Beweislast? ➔ Unternehmen müssten nachweisen, dass Algorithmus nicht zum Verstoß beigetragen hat
 - Aufnahme der „Tacit Collusion“ unter das Kartellverbot? (Louis Kaplow, US Antitrust)

Auswahl an Literaturhinweisen

- Autorité de la concurrence/BKartA: „Competition Law and Data“, 10.5.2016 und „Algorithms and Competition“, 6.11.2019
- Schriftenreihe BKartA „Wettbewerb und Verbraucherschutz in der digitalen Wirtschaft“
- EU Kommission: „Final Report on the E-commerce Sector Inquiry“ und „Staff Working Document“, 10.5.2017
- EU-Kommission: Report on Competition Policy, Juni 2018
- OECD, Algorithms and Collusion, Competition policy in a digital age, 2017
- Ezrachi/Stucke, Virtual Competition, Harvard University Press, 2016
- Competition Policy for the digital era, EU Kommission, 2019

Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit!

Dr. Daniel Dohrn • Partner
Konrad-Adenauer-Ufer 23, 50668 Köln
Tel.: +49 (0) 221 2091-441
daniel.dohrn@oppenhoff.eu