
Algorithmen und Kollusion

Kurz gefasst

Summary

- 1 Einleitung
 - 2 Merkmale von Preisalgorithmen
 - 3 Algorithmen und Kollusion
 - 3.1 Was ist Kollusion? (Ökonomische Grundlagen)
 - 3.2 Einfluss von Algorithmen auf Kollusion
 - 3.3 Zwischenfazit
 - 4 Weiterentwicklung des Rechtsrahmens
 - 4.1 Einführung
 - 4.2 Reichen die Wettbewerbsregeln aus, um Kollusion zu verhindern?
 - 4.3 Reicht es aus, für die rechtliche Verantwortlichkeit für das Entstehen kollusiver Marktergebnisse wie bisher an das Verhalten der Verwender anzuknüpfen?
-

Kurz gefasst

Trotz der zahlreichen Vorteile, die mit der Verwendung von Preisalgorithmen einhergehen, werden zunehmend auch potenzielle Nachteile diskutiert. Wettbewerbshindernde Effekte durch den Einsatz von Preisalgorithmen werden insbesondere im Zusammenhang mit Kollusion für möglich gehalten. Unter 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. Kollusives Verhalten geht daher zulasten der Nachfrager und ist aus gesamtgesellschaftlicher Sicht unerwünscht.

Der Einfluss, den Preisalgorithmen auf Kollusion haben, hängt maßgeblich von den strukturellen Eigenschaften des jeweiligen Marktes sowie weiteren angebots- und nachfrageseitigen Faktoren ab. Je nachdem, wie diese Faktoren ausgestaltet sind, können Preisalgorithmen als weiteres Element Kollusion begünstigen. Verlässliche Aussagen dazu, ob es zukünftig öfter zu Kollusion kommen wird, lassen sich aus heutiger Sicht jedoch nicht treffen. Letztendlich wird Kollusion auch weiterhin vorrangig auf Märkten zu erwarten sein, die entsprechende Voraussetzungen dafür bieten. Hierzu zählen unter anderem hohe Markteintrittshürden, eine eher geringe Anzahl an Unternehmen und eine hohe Markttransparenz.

In datenintensiven Wirtschaftsbereichen wie der Internetwirtschaft können Preisalgorithmen Kollusion erleichtern, indem kollusives Verhalten automatisiert und damit technisch beschleunigt wird. Beispielsweise können sie Kollusion stabilisieren, indem Informationen über die Preise der Wettbewerber gesammelt und Abweichungen vom kollusiven Marktergebnis schneller sanktioniert werden. Der Einsatz von Preisalgorithmen kann zudem eine explizite wettbewerbsbeschränkende Vereinbarung bzw. Verhaltensabstimmung entbehrlich machen. Bei selbstlernenden Algorithmen ist schließlich die maßgebliche unternehmerische Entscheidung auf den Zeitpunkt der Entscheidung über den Preisalgorithmus vorverlagert und wird nicht erst im Rahmen der Preissetzung getroffen.

Die Entdeckung kollusiven Verhaltens aufseiten der Unternehmen durch Kartellbehörden ist regelmäßig schwierig. Dies betrifft zunächst die Feststellung der abgestimmten Verhaltensweisen als solches. Diese Schwierigkeiten werden beim Einsatz von Preisalgorithmen tendenziell zunehmen. Dies betrifft zudem den Nachweis einer möglichen Preisüberhöhung.

Daher sollten die Märkte im Hinblick auf Kollusionsrisiken beobachtet werden. Die Monopolkommission hält es insbesondere für geboten, die Marktbeobachtung im Wege kartellbehördlicher Sektoruntersuchungen zu verstärken. Da Informationen über möglicherweise kollusiv überhöhte Preise am ehesten bei den Verbraucherschutzverbänden anfallen, empfiehlt die Monopolkommission, den Verbraucherschutzverbänden ein Recht einzuräumen, die Durchführung kartellbehördlicher Sektoruntersuchungen zu initiieren. Die Ablehnung des Antrags wäre durch die Kartellbehörde näher zu begründen. Sollten sich im Rahmen der Marktbeobachtung konkrete Hinweise darauf ergeben, dass die Verwendung von Preisalgorithmen zum einen kollusive Marktergebnisse in beträchtlichem Umfang begünstigt und dass zum anderen die Durchsetzung der Wettbewerbsregeln dauerhaft unzureichend ist, könnte eine Beweislastumkehr in Bezug auf den durch einen wettbewerbsrechtlichen Verstoß verursachten Schaden in Betracht gezogen werden. Denn dadurch kann die Haftung für die Vermögensnachteile, die der kollusive Einsatz von Preisalgorithmen mit sich bringen kann, im Zweifel den Verwendern solcher Algorithmen zugewiesen werden.

Zuletzt werden Preisalgorithmen häufig nicht von den mit dem Vertrieb befassten Unternehmen selbst entwickelt, sondern von IT-Dienstleistern mit einer speziellen Expertise bereitgestellt. Die Frage, ob ein solcher Dritter für wettbewerbsrechtliche Verstöße haftet, ist typischerweise von der Verantwortlichkeit der Unternehmen, die den Algorithmus zur Preisfindung einsetzen, abhängig. Damit können IT-Dienstleister entweder einer besonders weitreichenden Haftung unterliegen oder umgekehrt von Haftungslücken profitieren, je nachdem, ob die Entscheidung über die Ausgestaltung des konkreten Preisalgorithmus eher bei den Verwendern oder bei dem jeweiligen IT-Dienstleister liegt. Die Haftung solcher Dritter sollte grundlegend überprüft werden.

Summary

Despite the numerous advantages associated with the use of price algorithms, potential disadvantages are likewise increasingly being discussed. Commentators consider anti-competitive effects in connection with collusion possible where price algorithms are used. Collusion is typically understood as a market result in which companies achieve higher profits than in competition where they coordinate, for example in relation to prices or quantities. Collusive behaviour is therefore to the detriment of the demand side of the market and is undesirable from the point of view of society as a whole.

The influence of price algorithms on collusion largely depends on the structural characteristics of the respective market and on other supply and demand factors. Depending on how these factors are shaped, price algorithms as one further element can promote collusion. However, from today's perspective, no reliable predictions can be made as to whether collusion will occur more frequently in the future. In the end, collusion can be expected primarily in markets that offer favourable conditions for collusion. Such conditions include high barriers to market entry, a relatively small number of companies and a high degree of market transparency.

In data-intensive sectors such as the Internet economy, price algorithms can facilitate collusion by automating collusive behaviour and, thus, accelerating it technically. For example, they can stabilise collusion by collecting information on competitors' prices and sanctioning deviations from collusive market outcomes more quickly. The use of price algorithms can also make explicit agreements or agreements restricting competition unnecessary. Lastly, in the case of self-learning algorithms, the relevant business decision is already made at the time of the decision regarding the price algorithm and is not made in the price-setting process.

The discovery of collusive behaviour of companies by competition authorities is generally difficult. This holds true for the determination of concerted practices as such. These difficulties tend to increase when price algorithms are used. This also concerns the proof of potentially excessive prices.

Therefore, markets should be monitored for collusive risks. In particular, the Monopolies Commission considers it necessary to strengthen market monitoring through competition sector inquiries. As information on possibly collusive excessive pricing is most likely to emerge through consumer associations, the Monopolies Commission recommends that consumer associations receive a right to initiate competition sector inquiries. Where the competition authorities reject the application, they would have to provide detailed reasons for their decision. If, in the context of market observation, concrete indications were to arise that the use of price algorithms favours collusive market results to a considerable extent and that the enforcement of the competition rules is insufficient, a reversal of the burden of proof with regard to the damage caused by an infringement of competition law could be considered. In that way, the liability for financial losses which the collusive use of price algorithms can entail could, in case of doubt, be assigned to the users of such algorithms.

Finally, price algorithms are often not designed by the companies themselves but are provided by IT service providers with special expertise. Whether such a third party is liable for violations of competition law typically depends on the responsibility of the companies using the price algorithm. This means that IT service providers can either be subject to particularly far-reaching liability or, conversely, benefit from liability gaps, depending on whether the decision on the design of the price algorithm in question lies more with the user or with the respective IT service provider. The liability of such third parties should be generally reviewed.

1 Einleitung

164. In der digitalen Wirtschaft gewinnen die Analyse und die wirtschaftliche Nutzung großer Datenmengen („Big Data“) zunehmend an Bedeutung.¹ Die dazu verwendeten Instrumente werden schlagwortartig unter dem Begriff „Algorithmen“ zusammengefasst. Derartige Algorithmen werden unter anderem zur Preisfindung eingesetzt (Preisalgorithmen).

165. Die Verwendung von Algorithmen – einschließlich Preisalgorithmen – ist für die Marktteilnehmer mit wirtschaftlichen Vorteilen verbunden. Auf Unternehmensseite werden Algorithmen unter anderem bei der Optimierung von Preisen und Mengen eingesetzt. Beispielsweise werden in der Luftverkehrs- und Hotelbranche Preisalgorithmen verwendet, um Preise für Sitzplätze bzw. Hotelübernachtungen dynamisch den sich ändernden Marktgegebenheiten anzupassen. Auch im E-Commerce-Bereich nutzt ein erheblicher Teil der Onlinehändler Softwarelösungen, um die Preise von Wettbewerbern zu beobachten und die eigenen Preise entsprechend anzupassen.² Zudem werden Algorithmen eingesetzt, um die Qualität von Produkten und Dienstleistungen wie Suchergebnissen oder personalisierten Produktempfehlungen zu verbessern.

166. Verbraucher können durch die Verwendung von Algorithmen direkt und indirekt profitieren, indem z. B. Such- und Transaktionskosten gesenkt werden. Vergleichsportale ermöglichen es beispielsweise, eine Vielzahl von Produkten und Dienstleistungen zu vergleichen und daraus das beste Angebot auszuwählen. Gleichzeitig können mögliche Informationsasymmetrien zwischen Unternehmen und Kunden sowie zwischen Kundengruppen abgebaut werden, was es Unternehmen erschwert, zwischen Kunden zu diskriminieren. Die größere Markttransparenz kann zudem dazu führen, dass sich der Wettbewerb zwischen Unternehmen intensiviert, wovon indirekt wiederum die Verbraucher profitieren.

167. Demgegenüber sind allerdings auch Bedenken geäußert worden. Diese beziehen sich darauf, dass die Verwendung von Preisalgorithmen das Risiko einer ökonomisch unerwünschten parallelen Preissetzung (Kollusion) erhöhen kann. Dabei kann die Kollusion zwar im Rahmen von Verstößen gegen die Wettbewerbsregeln erfolgen, doch können die Beteiligten dasselbe Ergebnis unter Umständen auch ohne einen solchen Verstoß erreichen, z. B. wenn sie die von IT-Dienstleistern bereitgestellten Preisalgorithmen ohne eine explizite Absprache auf einheitliche Weise verwenden. Damit besteht Anlass zur Prüfung, ob vom Markt selbst entwickelte Gegenmaßnahmen genügen oder ob zusätzliche regulatorische Maßnahmen erforderlich sind, um der erhöhten Kollusionsgefahr zu begegnen. Dieser Frage wird im vorliegenden Abschnitt nachgegangen.

168. Im Folgenden wird zunächst knapp die Funktionsweise von Preisalgorithmen umrissen (Abschn. 2). Anschließend wird erläutert, in welcher Hinsicht der Einsatz von Algorithmen das Risiko von Kollusion erhöht (Abschn. 169). Auf dieser Grundlage wird sodann erörtert, in welchem Umfang marktbasierende Lösungen zur Verminderung der bestehenden Kollusionsrisiken zu erwarten sind (Abschn. 3.2.3) bzw. ob und inwiefern eine Weiterentwicklung des Rechtsrahmens geboten erscheint (Abschn. 4).

2 Merkmale von Preisalgorithmen

169. Algorithmen sind Anweisungen in Form von Programmcode, mit denen bestimmte Probleme gelöst werden können. Die algorithmische Preisfindung erfolgt innerhalb eines mehr oder minder komplexen Systems, in dem einer oder mehrere Algorithmen zugleich eingesetzt werden können. Die Algorithmen bilden dabei jeweils Eingabewerte in deterministisch oder probabilistisch ermittelten Ausgabewerten ab. Deterministisch heißt, dass die Eingabewerte in den Ausgabewerten nach eindeutigen Vorgaben abgebildet werden (Wahr-falsch-Beziehung),

¹ Siehe Autorité de la concurrence/Bundeskartellamt, Competition Law and Data, 10. Mai 2016; JFTC, CPRC, Report of Study group on Data and Competition Policy, 6. Juni 2017; Competition Bureau, Big data and innovation: key themes for competition policy in Canada, Report vom 19. Februar 2018; sowie dasselbe, Big data and Innovation: Implications for Competition Policy in Canada, Draft Discussion Paper vom 18. September 2017, zur wettbewerbsökonomischen Beurteilung von Big Data.

² EU-Kommission, Staff Working Document accompanying the Final Report on the E-commerce Sector Inquiry, document SWD (2017) 154 final vom 10. Mai 2017, Tz. 149.

wogegen eine probabilistische Abbildung auch Wahrscheinlichkeiten berücksichtigt. Preisalgorithmen ermöglichen somit eine mehr oder weniger regelbasierte Preisfindung. Dazu ist eine vorab definierte Zielfunktion nötig, die die eingegebenen Daten nach Maßgabe vorgegebener oder ausgeschlossener Regeln auswertet.

170. Derzeit werden zur Preissetzung vorrangig statische und seltener dynamische Algorithmen eingesetzt. Algorithmen sind statisch, wenn sie für die Ausführung einzelner Aufgaben einem durch die Funktion vorbestimmten Ablaufplan folgen, der nach seiner Erstellung nicht mehr verändert wird. Bei dynamischen Algorithmen ist der Ablaufplan veränderlich. Die Grenze zwischen Eingangsparametern und Funktion ist allerdings fließend. Algorithmen können also, abhängig von den ihnen eingeräumten Handlungsspielräumen, die vorab festgelegten Abläufe weiterentwickeln bzw. vollständig umgehen und ihnen nicht explizit vorgegebene Parameter nutzen. Darüber hinaus sind die Ablaufpläne bei selbstlernenden Preisalgorithmen nicht nur veränderlich, sondern für Menschen auch nicht notwendigerweise interpretierbar. Solche Algorithmen decken Muster in Daten auf und finden selbstständig Lösungen, anstatt lediglich vorprogrammierten Regeln zu folgen. Insbesondere selbstlernende Algorithmen können folglich andere Regeln entwickeln, mit denen dasselbe oder ein besseres Ergebnis erzielt wird.³

171. Ein effektiver Ausschluss bestimmter Regeln ist je nach Algorithmus folglich schwierig oder gar nicht möglich. Ein Programmcode kann zudem so verändert werden, dass kein praktikabler Weg besteht, um den Code und damit den Lösungsweg nachzuvollziehen (sog. „obfuscation“). Das ist im hier interessierenden Kontext z. B. der Fall, wenn in einem Kartell eingesetzte Preisalgorithmen so programmiert werden, dass die Preissetzung der Beteiligten autonom erscheint und so der Nachweis eines abgestimmten Verhaltens erschwert wird. Das kann dazu führen, dass der Nachweis eines Kartells kaum und nur mit ganz erheblichem Aufwand zu führen ist.

3 Algorithmen und Kollusion

172. Vor dem Hintergrund der vielen Vorteile, die für die Wirtschaftsakteure mit der Verwendung moderner Algorithmen verbunden sind, werden zunehmend auch potenzielle Nachteile dieser neuen Technologie diskutiert. Wettbewerbshindernde Effekte durch den Einsatz moderner Algorithmen werden derzeit insbesondere im Zusammenhang mit Kollusion erwartet.⁴

3.1 Was ist Kollusion? (Ökonomische Grundlagen)

173. In der Ökonomie wird unter Kollusion typischerweise ein Marktergebnis verstanden, bei dem Wettbewerber durch eine Form von Koordinierung höhere Gewinne als im Wettbewerb erzielen, indem etwa Preise oder Mengen koordiniert werden.⁵ Ein solches Verhalten geht zulasten der Verbraucher, weil sie z. B. höhere Preise zahlen müssen. Auch gesamtgesellschaftlich ist Kollusion unerwünscht, da der Rückgang der Verbraucherrente typischerweise höher ausfällt als die zusätzlichen Gewinne der Unternehmen.

174. Unterschieden werden zwei Arten von Kollusion. Bei der expliziten Kollusion kommt es zu einer direkten Form von Kommunikation der Wettbewerber miteinander – z. B. in schriftlicher oder mündlicher Form. Bei der impliziten

³ Der Einsatz selbstlernender Algorithmen ist ein Merkmal der sog. Künstlichen Intelligenz (KI); siehe dazu OECD (2017), *Algorithms and Collusion: Competition Policy in the Digital Age*, S. 8 ff., www.oecd.org/competition/algorithms-collusion-competition-policy-in-the-digital-age.htm, Abruf am 29. März 2018. Die Verbesserungspotenziale von selbstlernenden Algorithmen schließen nicht aus, dass eine fehlerhafte Konfiguration auch zu unklaren Verantwortlichkeiten beitragen kann; vgl. hierzu z. B. BITKOM e. V./DFKI, *Entscheidungsunterstützung mit Künstlicher Intelligenz*, 2017, S. 89 f., <https://www.uni-kassel.de/fb07/fileadmin/datas/fb07/5-Institute/IWR/Horning/170901-KI-Gipfpapier-online.pdf>, Abruf am 16. April 2018.

⁴ OECD, a. a. O.; Ezrachi, A./Stucke, M. E., *Virtual Competition, The Promise and Perils of the Algorithm-Driven Economy*, Cambridge, Massachusetts 2016; Käseberg, T./von Kalben, J., *Herausforderungen der Künstlichen Intelligenz für die Wettbewerbspolitik*, *Wirtschaft und Wettbewerb* vom 5. Januar 2018, S. 2–8; Gal, M. S./Elkin-Koren, N., *Algorithmic Consumers*, *Harvard Journal of Law and Technology*, 2017.

⁵ Neben Preisen und Mengen können im Rahmen von Kollusion z. B. auch Märkte etwa nach geografischen Merkmalen oder Kundengruppen aufgeteilt werden. Ivaldi, M. u. a. *The Economics of Tacit Collusion*, Final Report for DG Competition, European Commission, 2003, S. 58. http://ec.europa.eu/competition/mergers/studies_reports/the_economics_of_tacit_collusion_en.pdf, Abruf am 23. März 2018.

ten Kollusion gleichen die Beteiligten ihr Verhalten einander ohne direkte Kommunikation an.⁶ Beide Arten der Kollusion sind in vergleichbarer Weise wohlfahrtsschädigend.

175. Trotz der Aussicht auf höhere Gewinne ist Kollusion eher selten, da insbesondere explizite Kollusion in der Regel kartellrechtlich verboten ist. Hinzu kommt, dass die Unternehmen bei allen Kollusionsformen grundsätzlich ein Koordinierungsproblem haben. Unabhängig davon, ob eine explizite oder implizite Form von Kollusion angestrebt wird, muss eine Reihe von Voraussetzungen gegeben sein, damit Unternehmen das Koordinierungsproblem lösen und ihr Verhalten aufeinander abstimmen können.⁷

176. Erstens müssen Wettbewerber ein einheitliches Verständnis darüber haben, zu welchen Bedingungen (z. B. Preise und Mengen) sie ihre Güter am Markt anbieten wollen. Diese Bedingungen müssen so ausgestaltet werden, dass alle beteiligten Unternehmen bessergestellt werden als ohne Kollusion. Zweitens müssen potenzielle Abweichungen von dem vereinbarten Kollusionsziel beobachtbar sein. Wenn Abweichungen nicht zeitnah und mit ausreichender Sicherheit erkannt werden können, bestünde aus Sicht eines einzelnen Unternehmens ein Anreiz, vom Kollusionsergebnis abzuweichen, um den eigenen Gewinn zu maximieren. Drittens braucht es eine glaubhafte Androhung von Vergeltungsmaßnahmen gegenüber Abweichlern. Unter Vergeltungsmaßnahmen sind in diesem Zusammenhang Reaktionen der übrigen Unternehmen gemeint. Eine solche kann z. B. in einer Rückkehr zu Wettbewerbspreisen bestehen, wodurch mögliche Gewinne aus einem Abweichen vom Kollusionsergebnis verloren gingen. Ohne Vergeltungsmaßnahmen bliebe ein etwaiges Abweichen ohne Konsequenzen.

177. Zudem ist Kollusion nicht auf allen Märkten gleich wahrscheinlich. Die ökonomische Literatur hat eine Reihe von Faktoren identifiziert, die die Möglichkeit von Kollusion beeinflussen können. Diese Faktoren lassen sich grob den Kategorien (i) Marktstruktur (z. B. Anzahl der Wettbewerber, Markteintrittsbarrieren, Häufigkeit, mit der Unternehmen interagieren, und Markttransparenz), (ii) Eigenschaften der Nachfrageseite (Entwicklung der Nachfrage, Nachfrageschwankungen und -zyklen) und (iii) Eigenschaften der Angebotsseite (Grad der Produktdifferenzierung, Symmetrie der Unternehmen z. B. mit Blick auf Kostenstrukturen und Produktionskapazitäten, Häufigkeit von Innovationen) zuordnen.⁸

3.2 Einfluss von Algorithmen auf Kollusion

178. Mit Blick auf die zunehmende Verwendung von Preisalgorithmen stellt sich die Frage, inwieweit kollusive Marktergebnisse tatsächlich wahrscheinlicher werden. Dazu soll zunächst der Einfluss von Algorithmen auf bestimmte Markteigenschaften, die Kollusion begünstigen können, diskutiert werden (Abschn. 3.2.1). Danach werden verschiedene Kollusionsszenarien betrachtet, in denen Algorithmen eine Rolle spielen könnten (Abschn. 3.2.2). Abschließend wird dargestellt, welchen Einfluss die Verwendung von Algorithmen auf der Nachfrageseite auf das Entstehen von Kollusion auf der Anbieterseite haben kann (Abschn. 3.2.3).

3.2.1 Algorithmen können Kollusion begünstigen

179. Die Wahrscheinlichkeit von Kollusion wird durch eine Reihe verschiedener Faktoren beeinflusst. Nicht alle diese Faktoren werden durch Algorithmen in gleicher Weise verändert. Ein eher großer Einfluss von Algorithmen ist auf die beiden strukturellen Faktoren Häufigkeit von Preisanpassungen und Markttransparenz zu erwarten.

180. Kollusion ist leichter auf Märkten aufrechtzuerhalten, auf denen häufiger Interaktionen stattfinden, weil Abweichungen von der Kollusion schneller entdeckt und sanktioniert werden können.⁹ In ähnlicher Weise erleichtern

⁶ Da es für implizite Kollusion keiner Kommunikation bedarf, wird der Begriff „Kollusion“ in diesem Zusammenhang mitunter als irreführend empfunden. Einige Autoren schlagen daher vor, stattdessen von impliziter Koordinierung zu sprechen. Ivaldi, M. u. a., a. a. O., S. 4 (Fn. 2). Die Monopolkommission verwendet hier den gebräuchlicheren Begriff der impliziten Kollusion.

⁷ Stigler, G. J., A Theory of Oligopoly, The Journal of Political Economy, Vol. 72, Issue 1, 1964, S. 44–61.

⁸ Ivaldi, M. u. a., a. a. O.

⁹ Daher kann es beispielsweise sinnvoll sein, Auktionen und andere Vergabeverfahren eher selten durchzuführen. Häufig stattfindende Vergabeverfahren erleichtern es den beteiligten Unternehmen, die Einhaltung von Absprachen, z. B. hinsichtlich des Biet-

Märkte, auf denen Unternehmen ihre Preise häufig anpassen können, Kollusion. Häufige Preisanpassungen erlauben es den Unternehmen, schneller auf mögliche Abweichungen zu reagieren, was wiederum Anreize zu abweichendem Verhalten mindert. Besonders auf digitalen Märkten können Algorithmen eingesetzt werden, um Preise sehr schnell den jeweiligen Marktbedingungen dynamisch anzupassen. Damit können Unternehmen in Echtzeit auf mögliche Abweichungen reagieren bzw. diese sogar antizipieren. Die relativ hohe Geschwindigkeit, mit der reagiert werden kann, verhindert, dass Abweichungen zumindest kurzfristig profitabel sein können, da sie rasch identifiziert werden können.¹⁰

181. Eine hohe Markttransparenz kann die Wahrscheinlichkeit von Kollusion erhöhen.¹¹ Um auf mögliche Abweichungen reagieren zu können, ist es erforderlich, dass diese zeitnah erkennbar sind. Transparente Märkte, auf denen das Verhalten anderer Unternehmen leicht zu beobachten ist, machen daher Abweichungen unattraktiver. Durch die Verwendung von Algorithmen kann die Transparenz von Märkten zusätzlich ansteigen, weil sie in der Lage sind, auch aus sehr großen Datenmengen Informationen zu gewinnen, die mit herkömmlichen Methoden nicht zu erlangen wären. Auch ist es möglich, durch Algorithmen verlässlicher zwischen absichtlichen Abweichungen von der Kollusion und marktbedingten Anpassungen (z.B. an Nachfrageschwankungen), die keine Sanktionierung durch die anderen Unternehmen nach sich ziehen würden, zu unterscheiden.¹²

182. Hinzu kommt, dass weitere Einflussfaktoren, wie die Anzahl der Marktteilnehmer, die Möglichkeit des Zustandekommens von Kollusion beeinflussen. Beispielsweise erschwert eine größere Anzahl an beteiligten Unternehmen Kollusion, weil es aufwendiger wird, Absprachen zu treffen und deren Einhaltung zu überwachen. Kollusion ist daher traditionell insbesondere in relativ konzentrierten Märkten zu erwarten.¹³ Durch die Möglichkeit, mithilfe von Algorithmen auch große Datenmengen schnell auszuwerten, wird es leichter, das Verhalten einer größeren Anzahl an Unternehmen zu koordinieren und zu überwachen. Kollusion wird mit dem Einsatz von Algorithmen daher auch auf weniger stark konzentrierten Märkten möglich.

183. Bei anderen für Kollusion wichtigen Faktoren ist derzeit weniger klar zu erkennen, was sich durch den Einsatz von Algorithmen verändern könnte. Beispielsweise ist nicht eindeutig zu beantworten, wie (Preis-)Algorithmen den Eintritt neuer Anbieter in einem Markt beeinflussen. Im Allgemeinen erschweren niedrige Markteintrittsbarrieren Kollusion, weil sich neue Anbieter entweder nicht an der Kollusion beteiligen oder sich die Anzahl der beteiligten Unternehmen und damit der Koordinierungsaufwand erhöht. Durch Algorithmen könnten Markteintrittsbarrieren einerseits sinken, wenn die Chancen und Risiken eines Markteintritts besser bewertet werden können. Andererseits ist denkbar, dass durch Algorithmen Markteintritte auch erschwert werden, wenn diese von etablierten Anbietern mithilfe von Algorithmen schneller erkannt und abgewehrt werden können.¹⁴

3.2.2 Die Rolle von Algorithmen bei Kollusion

3.2.2.1 Algorithmen als Instrument

184. Eine naheliegende und bereits heute zu beobachtende Rolle von Algorithmen in Kollusionsszenarien ist die eines Instruments, mit dem vorgelagerte wirtschaftliche Entscheidungen der Verwender des Algorithmus tech-

verhaltens, zu beobachten und bei Abweichungen schneller zu reagieren. Dadurch sinken die Anreize, sich nicht an die Absprache zu halten, weil die Vorteile aus einer Abweichung schneller verloren gehen. Ivaldi u. a., a. a. O., S. 19 ff.

¹⁰ BKartA/Autorité de la concurrence, Competition Law and Data, Gemeinsames Arbeitspapier vom 10. Mai 2016, S. 14 f. https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Berichte/Big%20Data%20Papier.pdf?__blob=publicationFile&v=2, Abruf am 19. April 2018.

¹¹ Ivaldi u. a., a. a. O., S. 22 ff.

¹² OECD, a. a. O., S. 22.

¹³ Gemessen an den zwischen den Jahren 2001 und 2015 von der Europäischen Kommission aufgedeckten Kartellen in der EU bestanden Kartelle im Durchschnitt aus sieben Unternehmen. Hellwig, M./Hüschelrath, K., Cartel Cases and the Cartel Enforcement Process in the European Union 2001 – 2015: A Quantitative Assessment, ZEW Discussion Paper No. 16-063 vom September 2016.

¹⁴ OECD, a. a. O., S. 21.

nisch umgesetzt werden. Hierzu gehört die Durchführung abgesprochener Preisanpassungen ebenso wie das Überwachen von Vereinbarungen. Auch das Signalisieren von Kollusionsabsichten lässt sich durch Algorithmen automatisieren.

185. In der auch als „Messenger-Szenario“ bekannten Situation fungieren Algorithmen als Instrument, mit dessen Hilfe zuvor getroffene Absprachen im Rahmen expliziter Kollusion umgesetzt werden. Beispielhaft zu nennen sind hier die Verfahren des US-amerikanischen Department of Justice (DoJ) und der Competition & Markets Authority (CMA) des Vereinigten Königreichs in Bezug auf den Vertrieb von Postern über den Amazon Marketplace.¹⁵ Die beteiligten Unternehmen hatten sich zunächst per E-Mail darauf verständigt, sich nicht länger gegenseitig zu unterbieten. Nachdem sich eine manuelle Anpassung der Preise als zu aufwendig erwiesen hatte, setzten beide Unternehmen (unterschiedliche) Repricing-Software ein.¹⁶ Diese Software erlaubt es unter anderem, die Preise der Wettbewerber zu beobachten und die eigenen Preise dynamisch denen der Wettbewerber anzupassen. In diesem Fall wurde die Software so eingestellt, dass die Produkte solange zum selben Preis angeboten wurden, wie kein dritter (unbeteiligter) Händler mit einem niedrigeren Preis am Markt aktiv war.

186. Zusätzlich zur Implementierung von Absprachen lassen sich Algorithmen auch dazu nutzen, die Einhaltung von Absprachen zu überwachen und, falls nötig, Abweichungen zu sanktionieren.¹⁷ In dieser Funktion lassen sich Algorithmen grundsätzlich sowohl bei Szenarien mit expliziter Kollusion als auch impliziter Kollusion einsetzen. In dem oben genannten Beispiel müsste die Repricing-Software lediglich so konfiguriert werden, dass Preise der beteiligten Unternehmen unterhalb des vereinbarten Niveaus automatisch unterboten würden. Die Sanktionierung bestünde in dem Fall in der Rückkehr zu einem wettbewerblichen Preissetzungsverhalten.

187. Eine Methode, mit der Unternehmen das Koordinationsproblem lösen können, ohne direkt miteinander zu kommunizieren, ist das sog. Signalling. Ein solches Signalling kann auf Basis einer Absprache oder im Rahmen eines selbstständigen Verhaltens nebeneinander erfolgen. Unternehmen können ihre Bereitschaft für Kollusion signalisieren, indem sie unilateral ihre Preise zumindest kurzzeitig erhöhen. Andere Unternehmen können dann darauf reagieren, indem sie ebenfalls ihre Preise anheben, wobei die erste Preiserhöhung als gemeinsamer Orientierungspunkt fungiert. Eine solche Strategie birgt das Risiko, dass die Wettbewerber auf eine eigene Preisanhebung verzichten. In so einem Fall entstehen dem Unternehmen aufgrund der einseitigen Preiserhöhung Kosten in Form entgangener Umsätze.

188. Das Signalisieren einer Kollusionsbereitschaft und das Setzen von Orientierungspunkten können durch entsprechend programmierte Algorithmen ausgeführt werden. Andere Unternehmen, die ebenfalls Algorithmen nutzen, können diese Signale beobachten und ihre Preise entsprechend anpassen. Da dieser Prozess durch Algorithmen wesentlich schneller ablaufen kann als zuvor, können die Kosten des Signalling in Form entgangener Umsätze deutlich reduziert werden. Damit dürfte es durch die Nutzung von Algorithmen öfter zum Signalisieren einer Kollusionsbereitschaft und damit letztlich zu Kollusion selbst kommen.

3.2.2.2 Kollusion durch Nutzung desselben Algorithmus

189. Kollusive Marktergebnisse können sich auch in Szenarien ergeben, in denen es zu einer Angleichung von Verhaltensweisen von Unternehmen kommt, die ähnliche Algorithmen oder gar denselben Algorithmus verwenden.

190. Viele Märkte zeichnen sich durch eine Dynamik aus, die es erforderlich macht, dass Unternehmen ihr Verhalten laufend sich ändernden Gegebenheiten anpassen müssen. Wie eingangs bereits dargestellt, ist es in zahlreichen Branchen wie dem Hotelgewerbe und der Luftfahrt inzwischen üblich, Preise dynamisch dem Marktgesche-

¹⁵ DoJ, Plea Agreement vom 30. April 2015, Case U.S. v. David Topkins; DoJ, Plea Agreement vom 11. August 2016, Case U.S. v. Daniel William Aston and Trod Limited; CMA, Case 50223 – Online sales of posters and frames, Entscheidung vom 12. August 2016.

¹⁶ CMA, Case 50223 – Online sales of posters and frames, Entscheidung vom 12. August 2016, S. 25 (Rn. 3.62 f.).

¹⁷ EU-Kommission, Staff Working Document accompanying the Final Report on the E-commerce Sector Inquiry, document SWD(2017) 154 final vom 10. Mai 2017, para. 608; zum Begriff der „monitoring algorithms“ OECD, a. a. O., S. 26 f.

hen anzupassen, was in vielen Fällen ein wettbewerblesches Preissetzungsverhalten der Unternehmen widerspiegeln dürfte. Gleichzeitig erschwert die Dynamik solcher Märkte Kollusion, weil Unternehmen ihre Preisanpassungen öfter koordinieren müssten. Durch die Verwendung desselben Algorithmus könnten Unternehmen ihre Verhaltensweisen zum Zwecke der Kollusion abstimmen und automatisch sich verändernden Marktgegebenheiten anpassen lassen.

191. Eine Variante dieses Szenarios stellt die Verwendung von Algorithmen in sog. Stern- oder Hub-and-Spoke-Kartellen dar. Diese zeichnen sich dadurch aus, dass nicht (nur) Wettbewerber auf der gleichen Wertschöpfungsstufe ihr Verhalten horizontal angleichen, sondern dass dieses Verhalten durch einen zentralen Akteur (Hub) gegenüber mehreren Unternehmen (Spokes) organisiert wird. In so einer Konstellation können dieselben oder ähnliche Algorithmen verwendet werden, um dafür zu sorgen, dass die Beteiligten ihr Verhalten einander angleichen.¹⁸

192. In der Internetökonomie kann dieses Szenario insbesondere in Bezug auf Plattformen relevant werden, die als Transaktionsplattformen für zwei oder mehr Nutzergruppen fungieren und zudem die Preise für diese Transaktionen bestimmen. Ein aktuelles Beispiel hierfür ist das Geschäftsmodell von Uber. Uber vermittelt auf seiner Plattform unter anderem Fahrdienstleistungen an Fahrgäste, die von Privatpersonen mit ihren eigenen Fahrzeugen erbracht werden.¹⁹ Die Fahrer agieren als selbstständige Vertragspartner gegenüber Uber, womit kein Angestelltenverhältnis zur Vermittlungsplattform vorliegt. Der Fahrtpreis wird durch Uber mithilfe eines Preialgorithmus festgelegt, der von allen Fahrern verwendet wird. Dabei werden neben der Fahrzeugklasse und der zurückzulegenden Distanz auch Nachfrageschwankungen in Echtzeit berücksichtigt und die Preise dynamisch angepasst (sog. „Surge Pricing“).²⁰ Ein Preiswettbewerb zwischen den eigentlich selbstständigen Fahrern ist damit praktisch nicht mehr möglich, da der Preis für alle Fahrer über dieselbe Software gesteuert wird.

193. In dieser Konstellation agiert Uber als Hub und die einzelnen Fahrer als Spokes.²¹ Sofern eine Plattform (Uber) bzw. Anbieter (Fahrer) über einen marktmachtbedingten Verhaltensspielraum verfügen, könnte bzw. könnten sie diesen nutzen, um überhöhte Preise zu verlangen.²² Dies dürfte auf dem Markt für Fahrdienste eher unwahrscheinlich sein, solange klassische Taxis ein enges Substitut für Uber-Fahrten darstellen. Typischerweise unterbieten Uber-Fahrer derzeit die (regulierten) Preise der Taxi-Konkurrenz. Dort, wo Taxis z. B. aus Qualitätsgründen einen Wettbewerbsnachteil gegenüber Uber-Fahrern haben, kosten Uber-Fahrten jedoch bereits heute mehr als klassische Taxifahrten.²³

194. Dessen ungeachtet deutet das Beispiel an, welche Auswirkung derartige algorithmenbasierte Preissetzungssysteme mit Blick auf eine koordinierte Preisgestaltung haben können. Dadurch, dass unabhängige Wettbewerber ihre Preissetzung einer Plattform überlassen, die Preise einheitlich auf Basis der ihr zur Verfügung stehenden Daten optimiert, kann es dazu kommen, dass eigentlich unabhängige Unternehmen ihre Preise aneinander gegebenenfalls branchenweit angleichen.²⁴

¹⁸ Ezrachi, A./Stucke, M. E., a. a. O., S. 46 ff; Käseberg, T./von Kalben, J., a. a. O., S. 4.

¹⁹ Vgl. für eine ausführliche Diskussion Monopolkommission, XXI. Hauptgutachten, Wettbewerb 2016, Baden-Baden 2016, Tz. 1242 ff.

²⁰ <https://www.uber.com/de/drive/partner-app/how-surge-works/>; Abruf am 28. März 2018.

²¹ United States District Court Southern District of New York (S.D.N.Y.), Case Meyer v. Kalanick vom 31. März 2016. Ezrachi, A./Stucke, M. E., a. a. O., S. 50 ff. Kritisch auch Monopolkommission, XXI. Hauptgutachten, Wettbewerb 2016, Baden-Baden 2016, Tz. 1279.

²² Ezrachi, A./Stucke, M. E., a. a. O., S. 55.

²³ The Economist, Where Uber costs more than a cab, 24. März 2018.

²⁴ OECD, Algorithmic Collusion: Problems and Counter-Measures – Note by A. Ezrachi & M. Stucke vom 31. Mai 2017, S. 10.

3.2.3 Zur Wirkung nachfrageseitiger Algorithmen

195. Angesichts der potenziellen Gefahr algorithmischer Kollusion stellt sich die Frage, ob der Markt selbst Lösungen entwickelt, um dieser Gefahr zu begegnen. Von einigen Autoren wird die Position vertreten, dass Verbraucher selbst Algorithmen einsetzen könnten, um die negativen Auswirkungen von Kollusion zumindest teilweise auszugleichen.²⁵ Unter dem Stichwort „Algorithmic Consumers“ wird diskutiert, dass Algorithmen für Verbraucher Preise beobachten und deren Entwicklung vorhersagen könnten, um sie so bei Kaufentscheidungen zu beraten. Bereits heute unterstützen digitale persönliche Assistenten Verbraucher im Alltag, indem sie aktuelle Informationen (z. B. zu Verkehrslage oder Wetter) bereitstellen und Bestellungen entgegennehmen.²⁶ Es wird erwartet, dass Algorithmen zukünftig vermehrt Entscheidungen für Verbraucher treffen und Käufe autonom tätigen werden. Entscheidungsprozesse werden so schneller und effizienter gestaltet als bisher.

196. Mit Blick auf das Problem der algorithmenbasierten Kollusion könnten Verbraucher ihrerseits Algorithmen einsetzen, um überhöhten Preisen auszuweichen oder ihre Nachfragemacht zu bündeln. In beiden Fällen würde die Durchsetzung höherer Preise für die Angebotsseite erschwert werden. Die Effektivität solcher marktbasierter Lösungen erscheint aus heutiger Sicht zumindest fraglich. Im Endeffekt ginge es darum, welche Seite Zugang zu besseren Daten und Algorithmen besäße. Bei so einem Wettrennen zwischen Käufern und Verkäufern wären die Händler im Zweifelsfall in der besseren Position. Auch erscheint eine nachfrageseitige Koordinierung schwierig, weil die Anzahl der Verbraucher in der Regel deutlich höher ist als die der Unternehmen in einem oligopolistischen Markt. Zudem besteht die Gefahr, dass solche marktgetriebenen Lösungen zu spät oder möglicherweise gar nicht am Markt entstehen.

3.3 Zwischenfazit

197. Es lässt sich festhalten, dass der Einfluss von Algorithmen auf die Wahrscheinlichkeit eines kollusiven Marktergebnisses stark von den jeweiligen strukturellen Eigenschaften eines Marktes sowie weiteren angebots- und nachfrageseitigen Faktoren abhängt. Je nachdem, wie diese Faktoren ausgestaltet sind, können Algorithmen im Einzelfall als weiteres Element Kollusion begünstigen. Verlässliche Aussagen dazu, ob es zukünftig öfter zu Kollusion kommen wird, lassen sich aus heutiger Sicht nicht machen. Letztendlich wird Kollusion auch weiterhin vorrangig auf Märkten zu erwarten sein, die entsprechende Voraussetzungen dafür bieten. Hierzu zählen unter anderem hohe Markteintrittshürden, eine eher geringe Anzahl an Unternehmen und eine hohe Markttransparenz.

198. Insbesondere in datenintensiven Wirtschaftsbereichen wie der Internetwirtschaft kann die Verwendung von Algorithmen Kollusion erleichtern, indem kollusives Verhalten automatisiert und damit technisch beschleunigt wird. Beispielsweise können Algorithmen so gestaltet werden, dass sie durch Preisanpassungen Signale an Wettbewerber zur Preiserhöhung geben. Auch können Algorithmen helfen, Kollusion zu stabilisieren, indem Informationen über die Preise der Wettbewerber gesammelt und Abweichungen vom kollusiven Marktergebnis schneller sanktioniert werden.

199. Die Verwendung von Algorithmen könnte zudem Auswirkungen auf die Art der Kollusion haben. Es ist nicht auszuschließen, dass speziell implizite Kollusion zukünftig häufiger auftreten könnte, weil durch Algorithmen die Notwendigkeit expliziter Absprachen zwischen Unternehmen sinkt. So könnte es auf Märkten, auf denen Kollusion ohne Algorithmen nur mithilfe expliziter Absprachen zu erreichen war, häufiger zu impliziter Kollusion kommen. Explizite Kollusion würde in diesen Fällen also durch algorithmenbasierte implizite Kollusion ersetzt werden und dadurch seltener auftreten. Da es aber auch einen gegenläufigen Effekt gibt – explizite Kollusion wird durch Algorithmen erleichtert – ist der Gesamteffekt in Bezug auf das Auftreten expliziter Kollusion unklar.

²⁵ Gal, M. S./Elkin-Koren, N., Algorithmic Consumers, Harvard Journal of Law and Technology, 2017; siehe auch OECD, Directorate for financial and enterprise affairs – Competition Committee, Algorithms and Collusion – Note from the European Union, 21.–23. Juni 2017, DAF/COMP/WD(2017)12, Tz. 31.

²⁶ Beispiele für solche Assistenten sind Alexa von Amazon, Cortana von Microsoft, Google Assistant und Siri von Apple.

4 Weiterentwicklung des Rechtsrahmens

4.1 Einführung

200. Die Wettbewerbsregeln (Art. 101 f. AEUV) enthalten kein allgemeines Verbot der Kollusion.²⁷ Dies gilt zumindest dann, wenn Kollusion als Marktergebnis verstanden wird.²⁸ Ein allgemeines Verbot kollusiver Marktergebnisse wäre nur schwer durchsetzbar, weil offenbliebe, wer dafür rechtlich verantwortlich ist, dieses Marktergebnis entweder zu vermeiden oder dafür einzustehen. Um eine solche Verantwortlichkeit festzulegen, knüpfen die Wettbewerbsregeln stets an ein von den Marktteilnehmern beherrschbares und wettbewerbsbeschränkendes Marktverhalten an. Soweit es um die Preissetzung geht, ist das Marktverhalten nach der Rechtsprechung des EuGH wettbewerbsbeschränkend, wenn die beteiligten Unternehmen

„durch ihre Handlungsweise bei den Preisen [...] Wettbewerbsbedingungen des Marktes aus[schalten], die einem einheitlichen Parallelverhalten entgegen[stehen]“²⁹.

Dagegen reicht es für die Annahme eines wettbewerbsbeschränkenden Verhaltens im Rechtssinne noch nicht aus, dass sich ein Parallelverhalten als solches (d. h. ein gleichartiges Marktverhalten) feststellen lässt.³⁰ Das gilt ungeachtet der Tatsache, dass das Parallelverhalten möglicherweise zu gleichen Preisen und damit zu einem kollusiven Marktergebnis führt.

201. Die Wettbewerbsregeln sind auch dann zu beachten, wenn die Preissetzung algorithmusbasiert erfolgt und wenn dies seinerseits zu einem kollusiven Marktergebnis beitragen kann. Dabei kommt es nicht darauf an, ob sich die Kollusion durch den parallelen Einsatz statischer oder dynamischer Algorithmen ergibt oder ob der Algorithmus sogar selbstlernend ist und sich somit autonom dem Marktumfeld anpasst. Es kommt auch nicht darauf an, dass der Einsatz von Preisalgorithmen mit vorteilhaften ökonomischen Effekten einhergehen kann. Solche Effekte lassen sich im Rahmen der Wettbewerbsregeln berücksichtigen.

202. Bei der Anwendung der Wettbewerbsregeln ist allerdings zwei Herausforderungen zu begegnen, die diese Anwendung beim Einsatz von Preisalgorithmen erschweren:

- Die Erstellung solcher Algorithmen erfordert nach den mathematischen Gesetzmäßigkeiten lediglich die Definition einer Zielfunktion (z. B. Gewinnmaximierung). Dagegen ist der Übergang zwischen den Parametern, die in die Funktion eingehen, und der Funktion selbst – abhängig von der Gestaltung des Algorithmus – fließend.³¹ Es fehlt somit an eindeutig abgrenzbaren Tatsachen, an die rechtliche Regelungen problemlos anknüpfen können.
- Ein kollusives Marktergebnis kommt auf Basis ökonomischer Gesetzmäßigkeiten zustande. Allerdings kann nicht nur ein im Rechtssinne wettbewerbsbeschränkendes Verhalten, sondern – abhängig von den Marktbedingungen – auch ein rechtlich nicht erfasstes Parallelverhalten zu einem solchen Marktergebnis führen.³² Die Feststellung eines kollusiven Marktergebnisses ist regelmäßig sehr schwierig, da es dafür typi-

²⁷ Siehe im deutschen Recht auch §§ 1 ff. GWB.

²⁸ Siehe oben Tz. 173 ff.; außerdem EU-Kommission, Leitlinien zur Anwendbarkeit von Artikel 101 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit (Horizontal-Leitlinien), ABl. C 11 vom 14. Januar 2011, S. 1, Tz. 65 ff.

²⁹ Siehe (gleichlautend) EuGH, Urteile vom 14. Juli 1972, 48/69 – ICI, Slg. 1972, 619, ECLI:EU:C:1972:70, Rz. 99/103; 49/69 – BASF, Slg. 1972, 713, ECLI:EU:C:1972:71, Rz. 30 f.; 51/69 – Bayer AG, Slg. 1972, 745, ECLI:EU:C:1972:72, Rz. 33; 52/69 – Geigy AG, Slg. 1972, 787, ECLI:EU:C:1972:73, Rz. 34; 54/69 – Francolor, Slg. 1972, 851, ECLI:EU:C:1972:75, Rz. 86/90; 55/69 – Cassella Farbwerte, Slg. 1972, 887, ECLI:EU:C:1972:76, Rz. 38.

³⁰ Vgl. hierzu EuGH, Urteil vom 31. März 1993, C-89/85 u. a. – Ahlström Osakeyhtiö, Slg. 1993, I-1307, ECLI:EU:C:1993:120, Rz. 71 ff.

³¹ Siehe oben Tz. 170.

³² Siehe oben Tz. 174 ff., 199.

scherweise eines Vergleichs mit der Situation auf Märkten ohne Kollusion bedarf. Diese Schwierigkeiten zeigen sich etwa bei der Ermittlung ersatzfähiger Schäden wegen Wettbewerbsverstößen.

Der Einsatz von Preisalgorithmen wirft in Bezug auf den Sachverhalt also Schwierigkeiten auf, und zwar sowohl was die Eingangsbedingungen als auch was das im Ausgang eintretende Ergebnis betrifft.

203. Zwar ging es in den bisher entschiedenen Wettbewerbsfällen vor allem um relativ einfache statische Preisalgorithmen, mit denen die Marktteilnehmer Strategien verfolgt haben, die auch unabhängig vom Algorithmus als wettbewerbswidrig anzusehen waren.³³ Die genannten Merkmale der Verwendung von Preisalgorithmen können die Anwendung der Wettbewerbsregeln zukünftig aber erschweren. Denn die Möglichkeit, dasselbe Ergebnis durch eine unterschiedliche Ausgestaltung solcher Algorithmen zu erreichen, eröffnet einen Spielraum für die Umgehung bestehender Regelungen. Daneben wirft die Möglichkeit, dass das Ergebnis sowohl durch ein gegen die Wettbewerbsregeln verstoßendes als auch durch sonstiges Marktverhalten zustande gekommen sein kann, die Frage auf, welchen Mehrwert die Durchsetzung der Wettbewerbsregeln in den betreffenden Fällen hat. Außerdem folgen daraus Schwierigkeiten, eine etwaige Verletzung der Wettbewerbsregeln nachzuweisen.

204. In jedem Fall ist abzusehen, dass sich das möglicherweise kollusionsbegründende Verhalten zunehmend auf den Zeitpunkt der Entscheidung über einen mehr oder weniger komplexen Preisalgorithmus vorverlagert. Daneben hängt das Verhalten immer weniger lediglich von den Verwendern ab. Denn für diese sind gerade komplexere Algorithmen undurchschaubar („Black Box“). Die Verwender machen nur zu den von ihnen verfolgten Zielen Vorgaben, die anschließend unter Umständen von unabhängigen IT-Dienstleistern umgesetzt werden. Dabei berücksichtigen sie unter Umständen auch die Interessen von weiteren Dritten, etwa von Plattformbetreibern, auf deren Plattformen der Algorithmus eingesetzt werden soll. Bei der Ausgestaltung des Algorithmus im Einzelfall kommt es auf die Umsetzung der jeweiligen Vorgaben durch die IT-Dienstleister an.

205. Aus diesen Überlegungen folgen zwei Fragen:

- Reichen die Wettbewerbsregeln ihrem Ansatz nach aus, um Kollusion als solche zu verhindern?
- Reicht es aus, für die rechtliche Verantwortlichkeit für das Entstehen kollusiver Marktergebnisse wie bisher an das Verhalten der Verwender anzuknüpfen?

Diesen Fragen ist in den folgenden Abschnitten nachzugehen (Abschn. 4.2 und 4.3).

4.2 Reichen die Wettbewerbsregeln aus, um Kollusion zu verhindern?

206. Der Einsatz von Preisalgorithmen trägt nach den bisherigen Erkenntnissen möglicherweise dazu bei, dass kollusive Marktergebnisse in größerem Ausmaß als in früheren Zeiten eintreten können.³⁴ Während jedoch die Fälle der expliziten Kollusion grundsätzlich vom Kartellverbot des Art. 101 AEUV abgedeckt sind, lässt sich implizite Kollusion nur unter engen Voraussetzungen unter das Verbot des Marktmachtmissbrauchs (Art. 102 AEUV) fassen (Abschn. 4.2.1 und 4.2.2). Die bestehenden Wettbewerbsregeln sollten aus Sicht der Monopolkommission um Vorschriften ergänzt werden, mit denen ein potenzieller Beitrag von Preisalgorithmen zu kollusiven Marktergebnissen möglichst neutralisiert würde (Abschn. 4.2.3).

4.2.1 Kartellverbot auf explizite Kollusion grundsätzlich anwendbar

207. Art. 101 Abs. 1 AEUV verbietet Vereinbarungen und abgestimmte Verhaltensweisen, sofern diese einen Binnenmarktbezug aufweisen und eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken, vorbehaltlich einer Rechtfertigung durch damit einhergehende Verbrauchervorteile. Dabei erfordert eine Vereinbarung die Kommuni-

³³ Siehe EuGH, Urteil vom 21. Januar 2016, C-74/14 – Eturas, ECLI:EU:C:2016:42; U.S. v. Airline Tariff Publishing Company, 836 F. Supp. 9 (D.D.C. 1993); CMA, Pressemitteilungen vom 21. Juli und 12. August 2016 – Trod Limited/GB eye Limited; U.S. v. Topkins, Case3:15-cr-00201-WHO, eingeleitet (filed): 6. April 2015 sowie unten Tz. 214.

³⁴ Siehe oben Abschn. 3.2.1 und 3.2.2.

kation eines gemeinsamen Willens (Willensäußerung). Ein abgestimmtes Verhalten erfordert ein durch einen gemeinsamen Willen zu erklärendes Marktverhalten (Willensbetätigung).

208. Eine solche Vereinbarung oder Verhaltensabstimmung ist gemäß Art. 101 Abs. 1 AEUV wettbewerbsbeschränkend, wenn sie spürbare negative Auswirkungen auf einen oder mehrere Wettbewerbsparameter zum Ziel hat oder solche Auswirkungen zu erwarten sind.³⁵ Es ist nicht erforderlich, dass tatsächlich ein kollusives Marktergebnis eintritt und es etwa zu einer Schädigung der Verbraucher kommt.³⁶ Ebenso wenig wird eine Wettbewerbsbeschränkung im Rechtssinn dadurch ausgeschlossen, dass das relevante Verhalten mit vorteilhaften ökonomischen Effekten einhergeht. Solche Effekte können die Wettbewerbsbeschränkung allerdings rechtfertigen (Art. 101 Abs. 3 AEUV).

209. Im Gegensatz zu wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarungen und Verhaltensabstimmungen bleibt ein wettbewerbsbeschränkendes Parallelverhalten nach Art. 101 AEUV zulässig. Ein solches Parallelverhalten kann nur ausnahmsweise nach Art. 102 AEUV als missbräuchliche Ausnutzung einer gemeinsamen marktbeherrschenden Stellung unzulässig sein, sofern marktmachtverstärkende Mittel eingesetzt werden.³⁷

210. Der EuGH betont demgemäß in seiner ständigen Rechtsprechung zu Art. 101 AEUV, dass

„jeder Wirtschaftsteilnehmer selbständig zu bestimmen hat, welche Politik er auf dem Gemeinsamen Markt zu betreiben gedenkt. [Dieses Erfordernis der Selbständigkeit steht] streng jeder unmittelbaren oder mittelbaren Fühlungnahme zwischen solchen Wirtschaftsteilnehmern entgegen, die geeignet ist, entweder das Marktverhalten eines [...] Wettbewerbers zu beeinflussen oder einen solchen Wettbewerber über das [eigene] Verhalten ins Bild zu setzen [...], wenn diese Kontakte bezwecken oder bewirken, dass Wettbewerbsbedingungen entstehen, die nicht den normalen Bedingungen des betreffenden Marktes entsprechen.“³⁸

211. Dabei ist unter Fühlungnahme jede von Art. 101 AEUV erfasste Vereinbarung oder abgestimmte Verhaltensweise zu verstehen. Bei Vereinbarungen und abgestimmten Verhaltensweisen handelt es sich nach der EuGH-Rechtsprechung um

„Formen der Kollusion [...], die [...] in ihrer Art übereinstimmen [und] sich nur in ihrer Intensität und ihren Ausdrucksformen unterscheiden.“³⁹

Zwar genügt selbst eine Kontaktaufnahme, die lediglich im Versuch einer Einigung über die Preise besteht, da das Marktverhalten des betreffenden Wirtschaftsteilnehmers auch in diesem Fall dem Selbstständigkeitspostulat nicht mehr entspricht.⁴⁰ Allerdings ist es dennoch erforderlich, dass jeder beteiligte Wirtschaftsteilnehmer durch sein Verhalten zu dem kollusiven Marktergebnis

„beitragen [will] und von dem von anderen Unternehmen in Verfolgung dieser Ziele beabsichtigten oder an den Tag gelegten Verhalten [weiß] oder es vernünftigerweise vorhersehen [kann] und bereit [ist], die daraus erwachsende Gefahr auf sich zu nehmen.“⁴¹

³⁵ EuGH, Urteil vom 28. Mai 1998, C-7/95 P – Deere, Slg. 1998, I-3111, ECLI:EU:C:1998:256, Rz. 76 f.; EU-Kommission, Bekanntmachung zur Anwendung von Art. 81 Abs. 3 EG-Vertrag, ABl. C 101 vom 27. April 2004, S. 97, Tz. 24; Horizontal-Leitlinien, Tz. 72 f., 75 (zum Informationsaustausch).

³⁶ Deshalb ist es auch mit Art. 101 f. AEUV vereinbar, dass das deutsche Recht eine Beweislastumkehr in Bezug auf den Eintritt eines kartellbedingten Schadens vorsieht; § 33a Abs. 2 Satz 1 GWB.

³⁷ Siehe nachfolgend Abschn. 4.2.2.

³⁸ EuGH, Urteil vom 16. Dezember 1975, 40/73 – Suiker Unie, Slg. 1975, S. 1663, ECLI:EU:C:1975:174, Rz. 173/174; Urteil vom 4. Juni 2009, C-8/08 – T-Mobile Netherlands, Slg. 2009, I-4529, ECLI:EU:C:2009:343, Rz. 32 f.; Urteil vom 21. Januar 2016, C-74/14 – Eturas, ECLI:EU:C:2016:42, Rz. 27; siehe auch EU-Kommission, Horizontal-Leitlinien (Fn. 35), Tz. 60 f.

³⁹ EuGH, Urteil vom 4. Juni 2009, C-8/08 – T-Mobile Netherlands, Slg. 2009, I-4529, ECLI:EU:C:2009:343, Rz. 23.

⁴⁰ EuGH, Urteil vom 26. Januar 2017, C-609/13 P – Duravit, ECLI:EU:C:2017:46, Rz. 73.

⁴¹ EuGH, Urteil vom 8. Juli 1999, C-49/92 P – Anic Partecipazioni, Slg. 1999, I-4125, ECLI:EU:C:1999:356, Rz. 87; Urteil vom 21. Juli 2016, C-542/14 – VM Remonts, ECLI:EU:C:2016:578, Rz. 29.

Die Tatsache, dass ein kollusives Marktergebnis objektiv vorhersehbar ist, genügt also nicht, wenn nicht zugleich das Wissen und der Wille bestehen, ein solches kollusives Marktergebnis in Kauf zu nehmen.⁴²

212. Die Voraussetzungen, unter denen die Rechtsprechung einen gemeinsamen Willen annimmt, sind zumindest im Fall eines wechselseitigen Informationsaustauschs gering. Denn

„vorbehaltlich des den betroffenen Unternehmen obliegenden Gegenbeweises [besteht] die Vermutung, dass die an der Abstimmung beteiligten und weiterhin auf dem Markt tätigen Unternehmen die mit ihren Wettbewerbern ausgetauschten Informationen bei der Bestimmung ihres Marktverhaltens berücksichtigen“⁴³.

Dies gilt umso mehr, wenn die Abstimmung während eines längeren Zeitraums regelmäßig stattfindet.⁴⁴

213. Die Frage, ob ein Informationsaustausch eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckt oder bewirkt, ist getrennt von der nach dem Vorliegen einer Vereinbarung bzw. Verhaltensabstimmung zu beantworten. Hinsichtlich der möglichen Auswirkungen kommt es nach den einschlägigen Leitlinien auf die Marktstruktur, die Art der Informationen und die Art des Austauschs an.⁴⁵ Preisalgorithmen sind ein Instrument, das die Marktstruktur dadurch beeinflussen kann, dass es einen Informationsaustausch erleichtert und so zur Erhöhung der Markttransparenz beiträgt.⁴⁶

214. Die bisher entschiedenen oder diskutierten Fälle bestätigen dieses Verständnis des Kartellverbots. Diese Fälle lassen sich mehreren Fallgruppen zuordnen:

1. Kartell durch eine Vereinbarung zwischen Wettbewerbern über Preisparameter oder die Funktionsweise eines Preisalgorithmus oder zur Herbeiführung von Preisgleichheit unter Nutzung von Algorithmen. Hier ist die Vereinbarung darauf gerichtet, Algorithmen als Mittel zur Preisabstimmung einzusetzen und dadurch ein Kollusionsergebnis herbeizuführen. Nicht anders zu beurteilen ist der Fall, dass Algorithmen eingesetzt werden, um die Einhaltung einer solchen Preisvereinbarung zu überwachen.⁴⁷
2. Sternkartell durch Beteiligung eines Unternehmens, das nicht selbst auf dem jeweils betroffenen Markt tätig ist, um ein Kartell zwischen den dort Preise abstimmenden Unternehmen zu koordinieren (z. B. Plattformbetreiber, IT-Dienstleister).⁴⁸ Hier ist der Algorithmus insbesondere dann relevant, wenn gerade die externe Partei den Algorithmus konfiguriert, sodass sich dieser als Mittel zur Preisabstimmung einsetzen lässt.
3. Einsatz in Vertriebsbeziehungen, um es Herstellern oder anderen Händlern zu ermöglichen, die Einhaltung von Preisbindungen zu überwachen, oder um andere Beschränkungen entlang der Vertriebskette durchzusetzen.⁴⁹

⁴² EuGH, Urteil vom 21. Januar 2016, C-74/14 – Eturas, ECLI:EU:C:2016:42, Rz. 45.

⁴³ EuGH, Urteil vom 8. Juli 1999, C-49/92 P – Anic Partecipazioni, Slg. 1999, I-4125, ECLI:EU:C:1999:356, Rz. 121; Urteil vom 8. Juli 1999, C-199/92 P – Hüls, Slg. 1999, I-4287, ECLI:EU:C:1999:358, Rz. 162; Urteil vom 21. Januar 2016, C-74/14 – Eturas, ECLI:EU:C:2016:42, Rz. 44.

⁴⁴ EuGH, Urteil vom 8. Juli 1999, C-199/92 P – Hüls, Slg. 1999, I-4287, ECLI:EU:C:1999:358, Rz. 162; Urteil vom 4. Juni 2009, C-8/08 – T-Mobile Netherlands, Slg. 2009, I-4529, ECLI:EU:C:2009:343, Rz. 51.

⁴⁵ EU-Kommission, Horizontal-Leitlinien (Fn. 35), Tz. 72 ff.

⁴⁶ Siehe oben Tz. 181, 184 ff.

⁴⁷ Siehe die in Fn. 33 genannten Fälle; allgemein zur Problematik auch OECD, Directorate for Financial and Enterprise Affairs, Competition Committee, Algorithms and Collusion – Note from the European Union, 21.–23. Juni 2017, JT03415981, 17 ff.; Kanadisches Competition Bureau, Big data and Innovation: Implications for Competition Policy in Canada, Draft Disc. Paper, S. 28 ff.

⁴⁸ Siehe erneut EuGH, Urteil vom 21. Januar 2016, C-74/14 – Eturas, ECLI:EU:C:2016:42, Rz. 26 ff.

⁴⁹ Siehe beispielhaft: EU-Kommission, 40.469 Denon & Marantz – (vertical restraints); 40.308 – Holiday Pricing; 40.524 – REWE/DER (Holiday Pricing); 40.525 – TUI (Holiday Pricing); 40.526 – Thomas Cook (Holiday Pricing); 40.527 – Kuoni (Holiday Pricing); 40.528 – Melia (Holiday Pricing).

215. Der Algorithmus bildet in allen genannten Fällen jeweils nur den vorgelagerten Willen des Verwenders bei seiner Preissetzung im Markt ab. Beim Einsatz dynamischer bzw. selbstlernender Algorithmen kann es zu einer weiteren Vorverlagerung der Haftung kommen. Denn hier ist der Auftrag des Verwenders an seinen IT-Dienstleister maßgeblich, einen Algorithmus mit einem eigenen Handlungs- und (gegebenenfalls) Entwicklungsspielraum zu entwerfen. Ein solcher Auftrag kann noch vor einer Kartellvereinbarung liegen. Wenn der Algorithmus seine Preissetzung dann derjenigen der späteren Kartellbeteiligten anpasst, kann es wegen der ihm eingeräumten Spielräume gerechtfertigt sein, dass auch der Verwender des Algorithmus als Kartellbeteiligter haftet.⁵⁰

216. Für die Beurteilung nach Art. 101 AEUV ist schließlich unerheblich, dass die Beteiligten dadurch, dass sie ohne Abstimmung nebeneinander vorgehen (Parallelverhalten), möglicherweise dieselbe Wettbewerbsbeschränkung wie in zuvor beschriebenen Kartellfällen erreichen können. Denn für einen Verstoß gegen Art. 101 AEUV genügt das Vorliegen einer bestimmten Wettbewerbsbeschränkung isoliert betrachtet nicht.

4.2.2 Verbot des Marktmachtmissbrauchs erfasst implizite Kollusion nur eingeschränkt

217. Im Fall eines Parallelverhaltens kann ein kollusives Marktergebnis unter engen Voraussetzungen nach Art. 102 AEUV von den Wettbewerbsregeln erfasst werden. Das ist dann der Fall, wenn die Beteiligten gemeinsam marktbeherrschend sind und wenn sie nebeneinander (d. h. ohne einen gemeinsamen Willen) ein Verhalten zeigen, das zu dem Marktergebnis beiträgt und durch das sie ihre beherrschende Stellung missbrauchen. In der Praxis wirft der Nachweis dieser Tatbestandsmerkmale beträchtliche Schwierigkeiten auf.⁵¹

218. Mit „marktbeherrschender Stellung“ ist

„die wirtschaftliche Machtstellung eines Unternehmens gemeint, die dieses in die Lage versetzt, die Aufrechterhaltung eines wirksamen Wettbewerbs auf dem relevanten Markt zu verhindern, indem sie ihm die Möglichkeit verschafft, sich seinen Wettbewerbern, seinen Abnehmern und schließlich den Verbrauchern gegenüber in einem nennenswerten Umfang unabhängig zu verhalten“⁵².

Mehrere Unternehmen können gemeinsam marktbeherrschend sein, wenn sie „auf einem bestimmten [relevanten] Markt eine kollektive Einheit“ darstellen.⁵³

219. Die Feststellung einer marktbeherrschenden Stellung erfolgt in Bezug auf einzelne relevante Märkte. Im Fall von auch über das Internet vertriebenen Waren und Dienstleistungen sind die relevanten Märkte räumlich häufig weiter abzugrenzen, als dies vormals im ausschließlich stationären Handel der Fall war.⁵⁴ In sachlicher und eventuell zeitlicher Hinsicht können die Märkte hingegen eng abzugrenzen sein, sofern Preisdiskriminierung möglich ist.⁵⁵ Zum Beleg der Marktbeherrschung ist sodann nachzuweisen, dass das Unternehmen, das auf dem relevanten Markt tätig ist, unter den gegebenen Marktbedingungen über einen nicht nur unerheblichen Verhaltensspielraum verfügt, der seine Marktposition von der Position im Wettbewerb stehender Marktteilnehmer unterscheidet.

220. Bei möglicherweise gemeinsam marktbeherrschenden Unternehmen ist zu prüfen, ob eine enge wirtschaftliche Verbindung zwischen den betreffenden Unternehmen besteht, die es rechtfertigt, sie im Verhältnis zu den

⁵⁰ Maßgeblich ist nach der Rechtsprechung zu Art. 101 AEUV, ob jeder Beteiligte das Verhalten der anderen Beteiligten zumindest „vernünftigerweise vorhersehen [kann] sowie bereit [ist], die daraus erwachsende Gefahr auf sich zu nehmen“; siehe EuGH, Urteil vom 8. Juli 1999, C-49/92 P – Anic Partecipazioni, Slg. 1999, I-4125, ECLI:EU:C:1999:356, Rz. 203.

⁵¹ Vgl. BKartA, B8-200/09 – Sektoruntersuchung Kraftstoffe, Abschlussbericht vom Mai 2011, S. 138.

⁵² EuGH, Urteil vom 14. Februar 1978, 27/76 – United Brands, Slg. 1978, 207, ECLI:EU:C:1978:2227/76, Rz. 65 f.; Urteil vom 13. Februar 1979, 85/76 – Hoffmann-La Roche, Slg. 1979, 461, ECLI:EU:C:1979:3685/76, Rz. 38.

⁵³ EuGH, Urteil vom 16. März 2000, C-395/96 P und C-396/96 P – Compagnie Maritime Belge Transports u. a., Slg. 2000, I-1365, ECLI:EU:C:2000:132, Rz. 39.

⁵⁴ EU-Kommission, GD Wettbewerb, Market definition in a globalised world, Policy Brief 2015-12, S. 1 (2 f.) m. Nachw.

⁵⁵ Siehe EU-Kommission, Bekanntmachung über die Definition des relevanten Marktes im Sinne des Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft, ABl. C 372 vom 9. Dezember 1997, S. 5, Tz. 43; ausführlich ferner U.S. DOJ und FTC, Horizontal Merger Guidelines, Fassung vom 19. August 2010, Abschn. 3.

anderen Marktteilnehmern als kollektive Einheit zu betrachten.⁵⁶ Wenn die Unternehmen sich auf dem relevanten Markt im Innenverhältnis parallel verhalten, spricht dies für das Vorliegen einer engen wirtschaftlichen Verbindung. Zusätzlich müssen die Unternehmen im Außenverhältnis über einen nicht unerheblichen Verhaltensspielraum verfügen.⁵⁷ Aus ökonomischer Sicht hängt beides freilich zusammen.⁵⁸ Das spricht dafür, eine gemeinsame marktbeherrschende Stellung immer dann in Betracht zu ziehen, wenn kein Kartellverstoß vorliegt und die gegebenen Marktbedingungen als solche zum Auftreten von Parallelverhalten führen.⁵⁹ Etwas anderes dürfte allerdings im Hinblick auf Unternehmen gelten, die sich ohne einen eigenen marktbeherrschungsbedingten Verhaltensspielraum einem kollusiven Verhalten anderer Unternehmen anpassen (sog. Preisschirmeffekt).⁶⁰

221. Das Vorliegen einer gemeinsamen marktbeherrschenden Stellung verstößt für sich genommen nicht gegen das Verbot des Marktmachtmissbrauchs. Hinzu muss ein missbräuchliches Verhalten kommen. Der EuGH verlangt insofern zu prüfen, ob das jeweilige, allein oder gemeinsam beherrschende Unternehmen

„Verhaltensweisen [zeigt], die die Struktur des Marktes beeinflussen können, auf dem der Wettbewerb gerade wegen der Anwesenheit des fraglichen Unternehmens bereits geschwächt ist, und die die Aufrechterhaltung des auf dem Markt noch bestehenden Wettbewerbs oder dessen Entwicklung durch die Verwendung von Mitteln behindern, welche von den Mitteln eines normalen Produkt- oder Dienstleistungswettbewerbs auf der Grundlage der Leistungen der Marktbürger abweichen“⁶¹.

Dieser Missbrauchsbegriff besteht im Wesentlichen aus zwei Elementen. Zum einen muss die Marktstruktur bereits wegen der Anwesenheit des betreffenden Unternehmens geschwächt sein (= Folge der Marktbeherrschung). Zum anderen muss das Unternehmen ein Verhalten zeigen, das von einem normalen Wettbewerbsverhalten abweicht und den Wettbewerb zusätzlich beschränkt.⁶²

222. Ein Missbrauch im zuvor genannten Sinn kann auch in einer Preissetzung bestehen, die zu – im Rechtssinne – „unangemessen“ überhöhten Preisen führt. Dazu genügt es noch nicht, dass mehrere gemeinsam marktbeherrschende Unternehmen aufgrund der Marktbedingungen parallel Preise setzen, selbst wenn diese Preise im Vergleich mit Wettbewerbspreisen erhöht sind (sog. koordinierte Effekte). Denn die Preissetzung stellt unter solchen Bedingungen grundsätzlich ein normales Marktverhalten dar.⁶³ Die Voraussetzungen eines Missbrauchs sind nach der Rechtsprechung aber dann erfüllt, wenn die kollusive Preissetzung bei normativ-wertender Betrachtung für die

⁵⁶ Vgl. EuGH, Urteil vom 16. März 2000, C-395/96 P und C-396/96 P – Compagnie Maritime Belge Transports u. a., Slg. 2000, I-1365, ECLI:EU:C:2000:132, Rz. 41.

⁵⁷ EuGH, Urteil vom 31. März 1998, C-68/94 und C-30/95 – Frankreich und Société commerciale des potasses et de l’azote and Entreprise minière et chimique, Slg. 1998, I-1375, ECLI:EU:C:1998:148, Rz. 221.

⁵⁸ Siehe oben Tz. 177.

⁵⁹ In diese Richtung EU-Kommission, Entscheidung 89/93/EWG vom 7. Dezember 1988, 31.906 – Flachglas, ABl. L 33 vom 4. Februar 1989, S. 44, Tz. 78 ff.; siehe auch Weiß in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 5. Aufl. 2016, Art. 102 AEUV Rz. 20; Wessely, Frankfurter Kommentar Kartellrecht, FK Lfg. 57 (April 2005), Art. 82 EG (Normadressaten) Rz. 139 ff.; Wirtz in: Mäger, Europäisches Kartellrecht, 2. Aufl. 2011, Kap. 6, Rz. 26 ff.; Mestmäcker/Schweitzer, Europäisches Wettbewerbsrecht, 3. Aufl. 2014, § 17, Rz. 59.

⁶⁰ Dazu EuGH, Urteil vom 5. Juni 2014, C-557/12 – Kone, ECLI:EU:C:2014:1317, Rz. 29 ff.

⁶¹ EuGH, Urteil vom 13. Februar 1979, 85/76 – Hoffmann-La Roche, Slg. 1979, 461, ECLI:EU:C:1979:36, Rz. 91 (st. Rspr.); dazu auch Monopolkommission, SG 68, Tz. 493.

⁶² EuGH, Urteil vom 13. Februar 1979, 85/76 – Hoffmann-La Roche, Slg. 1979, 461, ECLI:EU:C:1979:36, Rz. 123.

⁶³ Das schließt nicht aus, dass ein Zusammenschluss, der die Marktbedingungen verändert, sodass koordinierte Effekte entstehen, grundsätzlich zu untersagen ist; vgl. Art. 2 Abs. 3 VO 139/2004 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen („EG-Fusionskontrollverordnung“), ABl. L 024 vom 29. Januar 2004, S. 1.; dazu EuGH, Urteil vom 10. Juli 2008, C-413/06 P – Bertelsmann and Sony Corporation of America/Impala, Slg. 2008, I-4951, ECLI:EU:C:2008:392, Rz. 119–125 (zur Vorgängerregelung in VO 4064/89); siehe auch EU-Kommission, Leitlinien zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse gemäß der Ratsverordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, ABl. C 31 vom 5. Februar 2004, S. 5, Tz. 39 ff.; Leitlinien zur Bewertung nichthorizontaler Zusammenschlüsse gemäß der Ratsverordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, ABl. C 265 vom 18. Oktober 2008, S. 6, Tz. 79 ff., 119 ff.

Beteiligten beispielsweise zu einer überhöhten Gewinnspanne führt (= „übertriebenes Missverhältnis“ zwischen Kosten und Preis) und der Preis entweder absolut oder im Vergleich zu Konkurrenzprodukten unangemessen ist.⁶⁴

223. Wenn die gemeinsame Preissetzung in den zuvor genannten Fällen unter Verwendung von Preisalgorithmen erfolgt, ergibt sich auch hier eine Vorverlagerung der Haftung.⁶⁵ Denn maßgeblich für die rechtliche Anknüpfung des Missbrauchsvorwurfs ist, dass die Verwender durch ihre Vorgaben für die Ausgestaltung der betreffenden Preisalgorithmen dafür sorgen, dass es zu einer unangemessen überhöhten Preissetzung kommt. Die Preisalgorithmen setzen diese Vorgaben lediglich automatisiert um.

224. Zusammenfassend genügt es für eine Missbrauchshaftung nach Art. 102 AEUV ebenso wenig wie für eine Kartellhaftung nach Art. 101 AEUV, dass die Beteiligten aufgrund des individuellen Einsatzes von Preisalgorithmen parallel Preise setzen. Etwas anderes gilt nur dann, wenn die Beteiligten außerdem marktbeherrschend sind und sich feststellen lässt, dass die Preissetzung zugleich die Voraussetzungen einer missbräuchlichen Preisüberhöhung erfüllt (d. h., dass die verlangten Preise ihrer Höhe nach unangemessen sind).

4.2.3 Sind die Wettbewerbsregeln zu ergänzen, um einen potenziellen Beitrag von Preisalgorithmen zu Kollusion zu neutralisieren?

4.2.3.1 Kollusive Marktergebnisse als eigenständiges Wettbewerbsproblem

225. Die Verwender setzen Preisalgorithmen zum eigenen Nutzen ein. Die Verbraucher sind an den zugrunde liegenden wirtschaftlichen Entscheidungen nicht beteiligt. Die Algorithmen können die Gewinne also unter anderem dadurch maximieren, dass sie zu kollusiven Marktergebnissen beitragen.⁶⁶

226. EU-Wettbewerbskommissarin Vestager hat auf die Notwendigkeit hingewiesen, den Wettbewerb auch unter derartigen Bedingungen konsequent zu schützen:

„[A]s competition enforcers, I think we need to make it very clear that companies can't escape responsibility for collusion by hiding behind a computer program“⁶⁷.

Denn auch in der Rechtsprechung zu Art. 101 f. AEUV ist anerkannt, dass dann, wenn Unternehmen kollusiv vorgehen, um so die eigenen Gewinne zu maximieren, dieses Vorgehen entsprechende nachteilige Wirkungen für die Verbraucher in Form von höheren Preisen und einer geringeren Angebotsvielfalt hat.⁶⁸

227. Die Wettbewerbsregeln verbieten die Herbeiführung kollusiver Marktergebnisse allerdings trotzdem nicht allgemein, sondern nur dann, wenn sie auf den in den vorigen Abschnitten beschriebenen wettbewerbswidrigen Verhaltensweisen beruht.⁶⁹ Damit verbleibt ein gewisser Spielraum, der es Unternehmen gestattet, sich dem festgestellten oder erwarteten Verhalten ihrer Konkurrenten auf intelligente Weise anzupassen.⁷⁰ Ein solcher Spielraum besteht auch, wenn die Beteiligten Preisalgorithmen einsetzen. Denn deren Verwendung ist grundsätzlich

⁶⁴ EuGH, Urteil vom 14. Februar 1978, 27/76 – United Brands, Slg. 1978, 207, ECLI:EU:C:1978:22, Rz. 248/257. Die Voraussetzungen einer unangemessenen Preisüberhöhung können freilich auch auf andere Weise festgestellt als durch den angeführten zweistufigen Test ermittelt werden.

⁶⁵ Vgl. Tz. 215.

⁶⁶ Siehe oben Abschn. 3.2.1 und 3.2.2.

⁶⁷ Kommissarin Vestager, Algorithms and competition, Bundeskartellamt 18th Conference on Competition, Berlin, 16. März 2017.

⁶⁸ Vgl. EuGH, Urteil vom 7. Januar 2004, C-204/00 P u. a. – Aalborg Portland, Slg. 2004, I-123, ECLI:EU:C:2004:6, Rz. 53. Vgl. auch Art. 101 Abs. 3 AEUV i. V. m. EU-Kommission, Bekanntmachung zu Art. 81 Abs. 3 EG, Tz. 13.

⁶⁹ Siehe Abschn. 4.2.1 und 4.2.2. Dem steht nicht entgegen, dass die Horizontalleitlinien ein Kollusionsergebnis ausdrücklich als zu verhinderndes Ziel ansprechen; siehe EU-Kommission, Mitteilung – Leitlinien zur Anwendbarkeit von Artikel 101 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit, Tz. 65 ff.

⁷⁰ Siehe zu dieser Formulierung EuGH, Urteil vom 26. Januar 2017, C-609/13 P – Duravit, ECLI:EU:C:2017:46, Rz. 72. Siehe ferner Tz. 209 f. und die in Fn. 38 zitierte Rechtsprechung.

zulässig, solange die Verwender diese lediglich nutzen, um ihre Preissetzung intelligent derjenigen ihrer Konkurrenten anpassen. Dem steht nicht entgegen, dass die Verwendung von Preisalgorithmen auch kollusive Marktergebnisse begünstigen kann.⁷¹

228. Hinsichtlich der Voraussetzungen eines Wettbewerbsverstoßes nach Art. 101 f. AEUV ergeben sich, bei Lichte betrachtet, ebenfalls keine Besonderheiten daraus, dass die Beteiligten Preisalgorithmen verwenden. So wurde bereits darauf hingewiesen, dass ein Verstoß gegen Art. 101 AEUV eine vorgelagerte wettbewerbsbeschränkende Vereinbarung bzw. Verhaltensabstimmung erfordert.⁷² Ein Verstoß gegen Art. 102 AEUV erfordert stattdessen die Feststellung gemeinsamer Marktbeherrschung und den Nachweis, dass die – im Interesse des Marktbeherrschers stattfindende – Preisüberhöhung unangemessen ist. In beiden Fällen setzt der verwendete Preisalgorithmus den Willen der beteiligten Unternehmen lediglich informationstechnisch um.

229. Die Feststellung eines kollusiven Marktergebnisses hat beim Einsatz von Preisalgorithmen für den Schutz der Verbraucher gleichwohl eine hohe Bedeutung. Denn erstens lässt sich nicht von vornherein ausschließen, dass kollusive Preiserhöhungen (bzw. die damit einhergehenden Verbrauchernachteile) auf ein Kartell oder auf ein koordiniertes und gegen das Verbot des Marktmachtmissbrauchs verstoßendes Verhalten zurückzuführen sind (= Indizwirkung). Zweitens bemisst sich nach dem kollusiven Marktergebnis der Schaden, für den die Verbraucher im Fall eines nachweisbaren Wettbewerbsverstoßes Ersatz verlangen können.

230. Der zunehmende Einsatz von Preisalgorithmen macht kollusionsbedingte Verbrauchernachteile in Zukunft wahrscheinlicher. Denn überall dort, wo kollusive Marktergebnisse möglich sind, kann die Verwendung von Preisalgorithmen ein kollusives Parallelverhalten erleichtern. Zugleich kann sie insoweit wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen bzw. Verhaltensabstimmungen entbehrlich machen.⁷³ Damit ist es denkbar, dass Algorithmen zukünftig eingesetzt werden, um die Wirkung eines Kartells unter Verzicht auf wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen bzw. Verhaltensabstimmungen zu erzielen. Die relevanten Praktiken könnten stattdessen zwar anhand des Verbots des gemeinsamen Marktmachtmissbrauchs überprüft werden. Bei diesem Verbot ist freilich zu beachten, dass es auf implizite Kollusion nur unter einschränkenden Voraussetzungen anwendbar ist und dass seine Anwendung in der Praxis zudem erhebliche Schwierigkeiten aufwirft.⁷⁴

231. In Anbetracht dessen stellt sich die Frage, ob die Verbraucher in Zukunft ausreichend vor dem Beitrag von Preisalgorithmen zum zunehmenden Risiko kollusiver Marktergebnisse geschützt sind. Diese Frage zerfällt erneut in zwei Teilfragen:

- Wie lässt sich Kollusion bei einer algorithmusbasierten Preissetzung identifizieren (Abschn. 4.2.3.2)?
- Welche ergänzenden Maßnahmen sind in Betracht zu ziehen, um die mit dem Einsatz von Preisalgorithmen einhergehenden zusätzlichen Kollusionsrisiken zu neutralisieren (Abschn. 4.2.3.3)?

4.2.3.2 Wie lässt sich Kollusion bei einer algorithmusbasierten Preissetzung identifizieren?

232. Ein Schutz der Verbraucher vor durch eine algorithmische Preissetzung herbeigeführten kollusionsbedingten Nachteilen setzt voraus, dass diese Kollusion überhaupt identifiziert wird. Das ist ermittlungstechnisch beispielsweise dadurch möglich, dass die Preissetzung auf verschiedenen räumlich bzw. sachlich relevanten Märkten oder zu unterschiedlichen Zeitpunkten miteinander verglichen wird, um so Muster oder (umgekehrt) Anomalien aufzudecken, die auf kollusive Marktergebnisse hindeuten können.⁷⁵

⁷¹ Siehe erneut oben Abschn. 3.2.1.

⁷² Siehe oben Tz. 215.

⁷³ Siehe oben Tz. 199.

⁷⁴ Siehe oben Tz. 217.

⁷⁵ Vgl. (gleichlautend) EuGH, Urteile vom 14. Juli 1972, 48/69 – ICI, Slg. 1972, 619, ECLI:EU:C:1972:70, Rz. 64/67; 49/69 – BASF, Slg. 1972, 713, ECLI:EU:C:1972:71, Rz. 22; 51/69 – Bayer AG, Slg. 1972, 745, ECLI:EU:C:1972:72, Rz. 25; 52/69 – Geigy AG, Slg. 1972, 787, ECLI:EU:C:1972:73, Rz. 26; 54/69 – Francolor, Slg. 1972 p. 851, ECLI:EU:C:1972:75, Rz. 51/54; 55/69 – Cassella Farbwerke,

233. Die Kartellbehörden verfügen insofern über wesentlich weiter reichende Ermittlungsbefugnisse als private Kläger (z. B. Verbraucherschutzverbände oder einzelne Verbraucher). Die Kartellbehörden beobachten die Marktentwicklung laufend zur Feststellung von Wettbewerbsverstößen und können Sektoruntersuchungen durchführen, wenn Anlass zu der Vermutung besteht, dass der Wettbewerb möglicherweise eingeschränkt oder verfälscht ist.⁷⁶ Die Behörden können dabei alle zur Aufdeckung etwaiger Wettbewerbsrechtsverstöße erforderlichen Ermittlungen durchführen und verfügen über sehr weitreichende Auskunftsbefugnisse.

234. Der durch die kartellbehördliche Marktbeobachtung mögliche Schutz kann allerdings nur dann effektiv sein, wenn allen Verdachtsfällen und nicht nur solchen Fällen nachgegangen wird, in denen die Kartellbehörden eine nähere Untersuchung selbst im Rahmen ihres Aufgreifermessens für geboten erachten. Insofern besteht ein Problem darin, dass die Kartellbehörden nur die Aufgabe haben, die Wettbewerbsregeln durchzusetzen. Dagegen ist es nicht ihre Aufgabe, kollusionsbedingte Preise als solche zu verhindern und den damit einhergehenden Vermögensvorteil abzuschöpfen.⁷⁷ Dies ist eher im Interesse der Verbraucherschutzverbände, da kollusive Preise mit einem entsprechenden Verbrauchernachteil einhergehen. Dieses Interesse dürfte mit der Zahl von Verdachtsfällen zunehmen, in denen eine algorithmenbasierte kollusive Preissetzung vermutet wird. Deshalb ist zu erwägen, den Verbraucherschutzverbänden das Recht einzuräumen, die kartellbehördliche Untersuchung bestimmter Sektoren zu verlangen, bei denen der Verdacht besteht, dass es zu verbraucherschädigender Kollusion durch überhöhte Preise kommt. Dies sollte zumindest dann gelten, wenn die Verbraucherschutzverbände die Ergebnisse der Sektoruntersuchung nutzen würden, um eine Klage auf Schadenersatz bzw. – im deutschen Recht – auf Vorteilsabschöpfung nach § 34a GWB zu erheben.⁷⁸

235. Die Vorschrift des § 34a GWB führt bisher ein Schattendasein.⁷⁹ Das liegt daran, dass sie lediglich eine ergänzende Funktion hat (Abführung des Vorteils an den Bundeshaushalt!) und zugleich hohe Voraussetzungen an die Bezifferung des abzuschöpfenden Vorteils stellt.⁸⁰ Die Einführung eines Rechts, die kartellbehördliche Untersuchung bestimmter Sektoren zu verlangen, könnte somit auch dazu beitragen, dass die Verbraucherverbände den bestehenden § 34a GWB effektiver nutzen können.

236. Eine Regelung im Sinne der vorigen Textziffern könnte wie folgt gefasst werden:

„In den Fällen des [Art. 17 Abs. 1 VO 1/2003 bzw. § 32e Abs. 1 GWB] genügt es, dass die Vermutung durch begründeten Antrag einer Einrichtung im Sinne von [Art. 4 Abs. 3 RL 2009/22/EG bzw. § 4 UKlaG] geltend gemacht wird. In dem Antrag ist darzulegen, dass es in einem bestimmten Wirtschaftszweig vermutlich zu Verbrauchernachteilen durch überhöhte Preise kommt und dass die Einrichtung die Ergebnisse der Untersuchung zur Erhebung einer Klage [auf Schadenersatz nach einzelstaatlichem Recht/auf Vorteilsabschöpfung gemäß § 34a GWB] benötigt. Die Ablehnung des Antrags ist zu begründen.“

Dabei würde der letzte Satz (Satz 3) der Vorschrift klarstellen, dass die Kartellbehörde den Antrag ablehnen kann, z. B. wenn die Anforderungen an die Antragsbegründung (Satz 2 der Vorschrift) nicht erfüllt sind, wenn die Kartell-

Slg. 1972, 887, ECLI:EU:C:1972:76, Rz. 30; 57/69 – ACNA, Slg. 1972, 933, ECLI:EU:C:1972:78, Rz. 55/58; 53/69 – Sandoz AG, Slg. 1972, 845, ECLI:EU:C:1972:74, Ls. 10; 56/69 – Hoechst AG, Slg. 1972, 927, ECLI:EU:C:1972:77, Ls. 9 („Wettbewerbsbedingungen [...], [...] die nicht den normalen Marktbedingungen entsprechen“).

⁷⁶ Art. 17 VO 1/2003; § 32e GWB. Dasselbe gilt nach deutschem Recht auch bei einem begründeten Verdacht auf erhebliche, dauerhafte oder wiederholte Verstöße gegen verbraucherrechtliche Vorschriften, z. B. solchen, die die Ausnutzung von Informationsvorteilen gegenüber den Verbrauchern betreffen (§ 32e Abs. 5 GWB).

⁷⁷ Dem steht nicht entgegen, dass die deutschen Kartellbehörden nach § 34 GWB die Abschöpfung des wirtschaftlichen Vorteils anordnen können, den Unternehmen aus einem Verstoß gegen die Wettbewerbsregeln erlangt haben. Die Vorschrift spielt in der kartellbehördlichen Praxis keine Rolle.

⁷⁸ Verbraucherschutzverbände sind nach deutschem Recht nur berechtigt, durch Klage den Vermögensvorteil abzuschöpfen, den Unternehmen durch einen Verstoß gegen Art. 101 f. AEUV oder deutsches Kartellrecht erlangt, können aber einen darüber hinausgehenden Verbraucherschaden nicht geltend machen.

⁷⁹ Raible in: Kamann/Ohlhoff/Völcker, Kartellverfahren und Kartellprozess, 1. Aufl. 2017, § 28 Rz. 2.

⁸⁰ Raible in: Kamann/Ohlhoff/Völcker, Kartellverfahren und Kartellprozess, 1. Aufl. 2017, § 28 Rz. 22.

behörde entschieden hat, ein eigenes Verfahren zur Abschöpfung des Vermögensvorteil einzuleiten (im deutschen Recht: § 34 GWB), oder wenn der Aufwand der Sektoruntersuchung und der möglicherweise durch Kollusion erlangte Vermögensvorteil außer Verhältnis zueinander stehen.

237. Die Monopolkommission weist in diesem Kontext darauf hin, dass in Deutschland eine zunehmende Anzahl an Sektoruntersuchungen in Bereichen, in denen kollusionsbedingte oder sonstige Verbrauchernachteile vermutet werden, zu erwarten ist.⁸¹ Das könnte es in absehbarer Zeit erforderlich machen, die Vorschriften zur Durchführung von Sektoruntersuchungen und auch zu dem in diesem Rahmen erforderlichen Rechtsschutz zu ergänzen.

4.2.3.3 Welche ergänzenden Maßnahmen sind zur Neutralisierung algorithmenspezifischer Kollusionsrisiken in Betracht zu ziehen?

238. Die Einführung einer speziellen Regulierung von Preisalgorithmen zur Begrenzung der mit ihrer Verwendung einhergehenden Kollusionsrisiken wird zurzeit international diskutiert.⁸² Die in der bisherigen Diskussion gemachten Regulierungsvorschläge setzen allerdings häufig ein genaueres behördliches Verständnis der eingesetzten Preisalgorithmen voraus.⁸³ Sie erfassen den Beitrag solcher Algorithmen zu kollusiven Marktergebnissen oft auch nur relativ grob und würden im Fall ihrer Umsetzung mit tiefgreifenden Markteingriffen einhergehen. Das gilt etwa, soweit grundlegende Änderungen der Wettbewerbsregeln (z. B. ein Verbot der Kollusion) oder ergänzende Beschränkungen für die algorithmische Preissetzung (z. B. Offenlegung von Algorithmen; asymmetrische Zulassung von Preiserhöhungen/-senkungen bzw. Preisobergrenzen) gefordert werden.⁸⁴

239. In diesem Zusammenhang ist weiterhin vorgeschlagen worden, den Unternehmen, die Preisalgorithmen einsetzen, in Fällen, in denen sonstige Indizien auf ein rechtlich verbotenes Wettbewerbsverhalten hindeuten, die Beweislast dafür aufzuerlegen, dass der Einsatz des Algorithmus nicht zum Verstoß beigetragen hat.⁸⁵

240. Aus Sicht der Monopolkommission sollte die Situation allerdings zunächst beobachtet werden. Denn es ist zu bedenken, dass Preisalgorithmen – ungeachtet der Diskussion um die damit möglicherweise einhergehenden Kollusionsrisiken – bisher nur ganz vereinzelt eine Rolle im Rahmen aktenkundiger Wettbewerbsverstöße gespielt haben. Dabei haben sich die Verstöße ohne Weiteres identifizieren lassen, nicht zuletzt, weil die Absprachen häufig einzelne Parameter der Preissetzung betrafen und die Verwendung komplexerer Preisalgorithmen, bei denen denkbar wäre, dass sie die Voraussetzungen der Preisfindung oder das Preisfindungsverfahren verschleiern, bisher wenig verbreitet ist. Hinzu kommen folgende Gesichtspunkte:

- Zum gegenwärtigen Zeitpunkt steht noch immer nicht fest, dass die kartellbehördliche und die zivilgerichtliche Durchsetzung der Wettbewerbsregeln in Zukunft nicht ausreichen werden, um die Verbraucher vor kollusionsbedingten Nachteilen durch den Einsatz von Preisalgorithmen zu schützen.
- Zugleich könnte ein gesetzlicher Eingriff die Marktentwicklung beeinträchtigen, wenn er mit Blick auf die Weiterentwicklung digitaler Preisfindungswerkzeuge abschreckend wirkt.⁸⁶

⁸¹ Siehe in diesem Hauptgutachten, Kapitel III, Abschn. 3.9.1, zu den in der 9. GWB-Novelle eingeführten kartellbehördlichen Befugnissen zu Sektoruntersuchungen in verbraucherschutzrelevanten Bereichen.

⁸² Siehe z. B. OECD (2017), Algorithms and Collusion: Competition Policy in the Digital Age, Abschn. 5–6, www.oecd.org/competition/algorithms-collusion-competition-policy-in-the-digital-age.htm, Abruf am 17. April 2018, für einen Überblick.

⁸³ Siehe z. B. Ezrachi/Stucke, Algorithmic Collusion: Problems and Counter-Measures, Diskussionspapier (Note) zum Roundtable on Algorithms and Collusion, 21.–23. Juni 2017, DAF/COMP/WD(2017)25, Tz. 105 ff., 133 ff.; Mehra, S. K. (2015). Antitrust and the robo-seller: Competition in the time of algorithms, 100 Minn. L. Rev. 1323, 1368 ff. (2016).

⁸⁴ Siehe zum Stand der Diskussion z. B. Ezrachi, A./Stucke, M., a. a. O., Tz. 108 ff. 113 ff., 123 ff., 129 ff.; Haucap, J., WirtschaftsWoche 18/2018, 74; Mehra, S. K. (2015), a. a. O. 1323, 1371 ff. (2016); Göhsl, F., WuW 2018, 121 (123 f.); Janka, S. F./Uhsler, S. B., ECLR 2018, 112 (121 f.); Käseberg, T./von Kalben, J., WuW 2018, 2 (3, 5 ff.); Oxera, When algorithms set prices: winners and losers, Diskussionspapier vom 19. Juni 2017, S. 29 ff.; Pereira, V., ECLR 2018, 212 (220); Roman, V. D., ECLR 2018, 37 (42 ff.); allgemeiner auch Spindler, G., DB 2018, 41 (45 f.).

⁸⁵ Dazu Ezrachi, A./Stucke, M., a. a. O., Tz. 87; Roman, V. D., ECLR 37, 44 (2018).

Deshalb sollten weitergehende gesetzliche Maßnahmen nur dann erwogen werden, wenn sich bei der Beobachtung der Marktentwicklung konkrete Hinweise darauf ergeben, dass die Verwendung von Preisalgorithmen kollusive Marktergebnisse in beträchtlichem Umfang begünstigt und dass die Durchsetzung der Wettbewerbsregeln dauerhaft unzureichend ist, um die Verbraucher vor entsprechenden Schäden zu schützen.

241. Sofern unter solchen Umständen weitere Maßnahmen als geboten angesehen werden, erscheint der Vorschlag einer Beweislastumkehr sinnvoll. Denn dadurch kann die Haftung für die nachteiligen Folgen, die der Einsatz von Preisalgorithmen mit sich bringen kann, im Zweifel den Verwendern solcher Algorithmen zugewiesen werden. Dabei wäre freilich eine EU-weite Regulierung anzustreben, sodass die neuen Vorschriften die bestehenden Wettbewerbsregeln in deren gesamtem Anwendungsbereich ergänzen würden. Bei einer solchen Beweislastumkehr ist fraglich, ob sie sich auf die Voraussetzungen eines Wettbewerbsverstoßes (Tz. 242 ff.) oder auf die Herbeiführung eines kollusiven Marktergebnisses (Tz. 246 ff.) beziehen sollte.

Keine Beweislastumkehr in Bezug auf die Voraussetzungen eines Wettbewerbsverstoßes

242. Eine Beweislastumkehr in Bezug auf die Voraussetzungen eines Wettbewerbsverstoßes würde den Kartellbehörden die Verfolgung von Wettbewerbsverstößen durch eine algorithmische Preissetzung erleichtern. Sie wäre rechtlich allerdings problematisch und dürfte auch tatsächlich nicht sachgerecht sein. Dem steht nicht entgegen, dass Befürworter einer solchen Regelung anführen, dass verhindert werden muss, dass die Wettbewerbsregeln im Fall des Einsatzes von Preisalgorithmen ohne sachliche Rechtfertigung leerlaufen.

243. Zum einen ist erneut zu bedenken, dass ein Parallelverhalten nach Art. 101 f. AEUV neutral zu beurteilen ist, außer die beteiligten Unternehmen schalten zusätzlich die Wettbewerbsbedingungen aus, die einem solchen Parallelverhalten entgegenstehen.⁸⁷ Der EuGH hat deshalb entschieden, dass

„ein Parallelverhalten nur dann als Beweis für eine Abstimmung angesehen werden kann, wenn es sich nur durch die Abstimmung einleuchtend erklären lässt“⁸⁸.

Aus anerkannten Grundsätzen des Beweisverfahrens folgt zudem, dass die Partei oder Behörde, die sich darauf beruft, eine Zuwiderhandlung durch ein wettbewerbsbeschränkendes Verhalten im Sinne der Art. 101 f. AEUV nachweisen muss.⁸⁹ Zwar kann ein Parallelverhalten insofern ein wichtiges Indiz sein. Das gilt allerdings nur dann, wenn es zu Wettbewerbsbedingungen führt, die nicht den normalen Marktbedingungen entsprechen.⁹⁰ Eine von diesen Grundsätzen abweichende Regelung wäre jedenfalls von Art. 101 f. AEUV nicht gedeckt und somit nur außerhalb der bestehenden Wettbewerbsregeln möglich.

244. Zum anderen ist die parallele Preissetzung, wenn man von den Voraussetzungen der Art. 101 f. AEUV absieht, nur ein Marktergebnis. Wenn dieses Marktergebnis aufgrund einer Neubewertung als unerwünscht anzusehen ist, dann muss dies unabhängig davon gelten, ob es durch einen Verstoß gegen die Wettbewerbsregeln oder anderweitig zustande gekommen ist. Eine auf die Voraussetzungen eines Wettbewerbsverstoßes bezogene Beweislastumkehr kann dieser Wertung keine Rechnung tragen.

245. Diese Überlegungen werden schließlich auch nicht durch neuere Entwicklungen in anderen Rechtsordnungen in Zweifel gezogen. Das gilt insbesondere für das australische Recht, in dem es kürzlich zu Rechtsänderungen ge-

⁸⁶ Siehe hierzu auch nachfolgend Tz. 249 (Gefährdungshaftung).

⁸⁷ Siehe oben Tz. 209 f. und 227.

⁸⁸ EuGH, Urteil vom 31. März 1993, C-89/85 u. a. – Ahlström Osakeyhtiö, Slg. 1993, I-1307, ECLI:EU:C:1993:120, Rz. 71.

⁸⁹ Vgl. EuGH, Urteil vom 17. Dezember 1998, C-185/95 P – Baustahlgewebe, Slg. 1998, I-8417, ECLI:EU:C:1998:608, Rz. 58; Urteil vom 8. Juli 1999, C-49/92 P – Anic Partecipazioni, Slg. 1999, I-4125, ECLI:EU:C:1999:356, Rz. 87; Urteil vom 22. November 2012, C-89/11 P – E.ON Energie, ECLI:EU:C:2012:738, Rz. 71; vgl. auch Urteil vom 7. Januar 2004, C-204/00 P u. a. – Aalborg Portland, Slg. 2004, I-123, ECLI:EU:C:2004:6, Rz. 78 (unter Bezugnahme auf Erwägungsgrund 5 der VO 1/2003). Siehe ferner die ausdrückliche Beweisregelung in Art. 2 Satz 1 VO 1/2003.

⁹⁰ Siehe erneut die in Fn. 76 zitierte Rechtsprechung (dort zu Art. 101 AEUV).

kommen ist.⁹¹ Die besagten Änderungen sollen abgestimmte Verhaltensweisen den Wettbewerbsregeln unterwerfen. Sie zielen damit lediglich auf eine Angleichung an das EU-Recht bzw. das britische Recht.⁹² Eine Ahndung algorithmusbasierter Parallelverhalten nach den Wettbewerbsregeln wird mit den Änderungen offensichtlich nicht angestrebt, auch wenn dies bisweilen anders kolportiert wird.

Gegebenenfalls Beweislastumkehr in Bezug auf die Herbeiführung eines kollusiven Marktergebnisses

246. Fraglich ist, ob eine Beweislastumkehr sinnvoll sein könnte, soweit es um die Frage geht, ob der Einsatz von Preisalgorithmen zur Herbeiführung eines kollusiven Marktergebnisses beitragen kann. In der Sache würde damit die widerlegliche Vermutung eines Kartellschadens nach der Richtlinie 2014/104/EU und der deutschen Umsetzungsvorschrift in § 33a Abs. 2 GWB auf alle Fälle erweitert, in denen Preisalgorithmen zu wettbewerbsrechtlichen Verstößen eingesetzt werden. Eine solche Regelung käme unmittelbar den durch kollusionsbedingte Preiserhöhungen benachteiligten Verbrauchern in Schadensersatzklagen zugute.

247. Die Beweislastumkehr hätte zur Folge, dass der Verwender nachweisen müsste, dass sein Preisalgorithmus nicht zum geltend gemachten Schaden beigetragen hat. Speziell in Fällen einer gemeinsamen marktbeherrschenden Stellung würde die Erweiterung zusätzlich dazu führen, dass sich die Anforderungen für die Kläger an den Nachweis eines Missbrauchs durch Preisüberhöhung vermindern würden. Dies würde freilich nur in Schadensersatzprozessen und nicht in kartellbehördlichen Verfahren gelten.⁹³

248. Für eine solche Regelung spricht auf den ersten Blick, dass ein kollusives Marktergebnis wirtschaftliche Nachteile für die Verbraucher in Form höherer Preise als unter Wettbewerbsbedingungen bedeutet. Die Verbraucher sind auch nicht ohne Weiteres in der Lage, anderweitig ihre Interessen zu wahren. Sie können zwar Preisvergleichswerkzeuge, Preistracker und ähnliche Werkzeuge nutzen, um den günstigsten verfügbaren Preis im Internet zu identifizieren. Die Verwender von Preisalgorithmen können diese Werkzeuge aber ebenfalls nutzen und ihre Algorithmen daraufhin optimieren.⁹⁴

249. Bei den bisher verwendeten Standardalgorithmen dürften die Verwender von Preisalgorithmen die zu ihrer Entlastung erforderlichen Nachweise zudem relativ einfach erbringen können. Denn die Verwender haben hier weitgehende Kontrolle über das Preissetzungsverhalten des Algorithmus. Bei komplexeren Preisalgorithmen (insb. selbstlernenden Algorithmen) wäre ein solcher Nachweis zwar kaum zu führen, da die Verwender das Preissetzungsverhalten eines solchen Algorithmus nicht beherrschen können.⁹⁵ Die Beweislastumkehr würde insofern folglich eine Art der Gefährdungshaftung begründen. Allerdings drängt sich in mancher Hinsicht eine Parallele zum Einsatz selbstfahrender Autos auf. Auch bei diesen können Gefährdungen von Leib und Leben im Straßenverkehr nicht von der Beherrschung der eingesetzten Algorithmen abhängig gemacht werden.⁹⁶

⁹¹ Section 45 of the Competition and Consumer Act 2010; siehe dazu ACCC, New competition laws a protection against big data collusion, Pressemitteilung vom 16. November 2017. Die Vorschrift erweitert das Verbot der 2011 eingeführten Section 44ZZW betreffend Preissignale; siehe dazu Harper u. a., The Australian Government Competition Policy Review, Final Report vom 29. März 2015 („Harper Report“), Recommendation No. 29 und austral. Regierung, Australian Government Response to the Competition Policy Review, 24. November 2015, S. 24; jeweils abrufbar: <http://competitionpolicyreview.gov.au/>.

⁹² The Parliament of the Commonwealth of Australia, House of Representatives, Competition and Consumer Amendment (Competition Policy Review) Bill 2017, Explanatory Memorandum, Tz. 3.16 ff.; ACCC, Draft framework for concerted practices guidelines, September 2016, S. 2 f.

⁹³ In kartellbehördlichen Bußgeldverfahren bliebe es hingegen beim Untersuchungsgrundsatz, nach dem die Behörde nachzuweisen hat, dass alle positiven und negativen Voraussetzungen eines Missbrauchs erfüllt sind. Eine abweichende Regelung wäre mit der Unschuldsvermutung als einem allgemeinen Rechtsgrundsatz der Mitgliedstaaten unvereinbar; dazu Rat, Dokument 15-435/02 ADD 1 vom 10. Dezember 2002.

⁹⁴ Siehe ergänzend oben Tz. 195 f.

⁹⁵ Siehe oben Tz. 204 (Black Box).

⁹⁶ Siehe z. B. Borges, NJW 2018, 977 (980 ff.) zu den Einzelheiten.

250. Dennoch lässt sich die tatsächliche Situation zum jetzigen Zeitpunkt zu wenig überblicken, als dass auf Basis der vorhandenen Informationen die Einführung einer Beweislastumkehr bereits empfohlen werden kann. Denn es ist zu bedenken, dass die Beweislastumkehr sich nicht auf die digitale Wirtschaft begrenzen lassen dürfte und demzufolge auch in anderen Wirtschaftsbereichen anwendbar wäre, in denen Preisalgorithmen verwendet werden (z. B. auch auf den Tankstellenmärkten). Die tatsächlichen Gegebenheiten können sich im Einzelfall erheblich voneinander unterscheiden. Trotzdem entstünde auf allen relevanten Märkten ein nicht unerhebliches Haftungsrisiko; und zwar auch dann, wenn die algorithmusbasierte Preissetzung in den betreffenden Fällen rechtlich zulässig und ökonomisch effizient ist, weil die Unternehmen sich dadurch lediglich intelligent dem Verhalten ihrer Konkurrenten anpassen. Denn entscheidend wäre allein, ob die Unternehmen nachweisen können, dass der von ihnen eingesetzte Preisalgorithmus nicht zu dem geltend gemachten Schaden beigetragen hat.

251. Das angesprochene Haftungsrisiko ließe sich zwar durch eine entsprechende Auswahl bzw. Ausgestaltung der am Markt eingesetzten Algorithmen reduzieren (Compliance by Design). Hierdurch würden die Unternehmen aber auf Standards für die algorithmische Preissetzung festgelegt, bei denen derzeit noch unklar ist, ob sie überhaupt sachlich gerechtfertigt sind. Dies würde die Fähigkeit der Unternehmen zur Anpassung ihrer Preissetzung an die Marktverhältnisse beeinträchtigen und Marktzutrittschürden durch regulatorische Kosten errichten.⁹⁷

4.3 Reicht es aus, für die rechtliche Verantwortlichkeit für das Entstehen kollusiver Marktergebnisse wie bisher an das Verhalten der Verwender anzuknüpfen?

252. Die Beteiligung von Dritten an einer etwaigen rechtswidrigen Kollusion liegt im Fall der Verwendung von Preisalgorithmen in der digitalen Wirtschaft besonders nahe. Zum einen sind hier beim Vertrieb von Waren und Dienstleistungen vielfach Plattformbetreiber als Intermediäre zwischengeschaltet. Zum anderen werden die Algorithmen, die bei online vertriebenen Waren und Dienstleistungen zur Preisfindung eingesetzt werden, häufig nicht von den mit dem Vertrieb befassten Unternehmen selbst entwickelt, sondern von IT-Dienstleistern mit einer speziellen Expertise bereitgestellt.

253. Die bestehenden Wettbewerbsregeln gestatten es unter bestimmten Bedingungen, wettbewerbsrechtliche Verstöße Dritten zuzurechnen (Abschn. 4.3.1). Der Beitrag von Plattformbetreibern ist über die bestehenden Wettbewerbsregeln in angemessener Weise erfasst (Abschn. 4.3.2). Dagegen erfassen die Wettbewerbsregeln das Verhalten von IT-Dienstleistern nur unvollständig und tragen dabei auch der besonderen Interessenlage solcher Drittbeteiligter keine Rechnung (Abschn. 4.3.3).

4.3.1 Kriterien für die Zurechnung wettbewerbsrechtlicher Verstöße bei Beteiligung Dritter

254. Die Frage, ob ein Dritter für einen wettbewerbsrechtlichen Verstoß haftet, ist von der Verantwortlichkeit der auf dem betreffenden Markt tätigen Unternehmen für diesen Verstoß abhängig. Hinsichtlich der zuletzt genannten Unternehmen ist in der europäischen Rechtsprechung anerkannt, dass das Verhalten eines selbstständigen Dienstleisters den an einem Kartell beteiligten Unternehmen zugerechnet werden kann, wenn sowohl der Dienstleister als auch die übrigen Kartellbeteiligten von den wettbewerbswidrigen Zielen der jeweils anderen Beteiligten Kenntnis haben und durch ihr eigenes Verhalten dazu beitragen wollen.⁹⁸

255. Daneben kommt – jedenfalls bei Haftung der auf dem betreffenden Markt tätigen Unternehmen – auch eine Haftung des Dritten selbst in Betracht. Denn ein Verstoß gegen Art. 101 AEUV setzt nicht voraus, dass die daran

⁹⁷ Siehe Gomes, Disruptive innovation, Big Data and Algorithms, Präsentation für die OECD vom 31. August 2017, Folie 40, <http://www.sic.gov.co/sites/default/files/documentos/092017/antonio-ferreira-gomes-disruptive-innovation-big-data-and-algorithms.pptx>, Abruf am 18. April 2018.

⁹⁸ EuGH, Urteil vom 21. Juli 2016, C-542/14 – VM Remonts, ECLI:EU:C:2016:578, Rz. 25, 28–30, 33. Siehe auch die britische Rechtsprechung in den Fällen Argos Ltd v Office of Fair Trading [2006] EWCA Civ 1318, Rz. 102 f.; Tesco Stores Ltd v Office of Fair Trading [2012] CAT 31, §§ 44 ff. (relev. EU-Rspr.), 57.

beteiligten Unternehmen auf dem von den Wettbewerbsbeschränkungen betroffenen Markt oder einem bestimmten anderen Markt tätig sind.⁹⁹ Das Kartellverbot gilt im Grundsatz vielmehr

„unabhängig davon, auf welchem Markt die Parteien tätig sind, und unabhängig davon, dass nur das Geschäftsverhalten einer der Parteien durch die Bedingungen der in Rede stehenden Vereinbarungen betroffen ist“¹⁰⁰.

256. Der Dritte haftet deshalb zumindest dann, wenn er sich aktiv und in voller Kenntnis der Sachlage an der Durchführung oder der Überwachung eines Kartells beteiligt.¹⁰¹ Dabei ist der Kontext für die Frage relevant, ob die Beteiligung ihrer Art nach ausreicht.¹⁰² Ein ausreichender Beitrag liegt zumindest nahe, wenn der Dritte Kenntnis von der Kollusion der anderen Beteiligten hatte und sein Beitrag eine ergänzende Funktion hatte, die über eine an sich neutrale Dienstleistung hinausgeht.¹⁰³ Dagegen reicht jedenfalls eine rein nebensächliche Dienstleistung, die nichts mit der Vereinbarung oder Verhaltensabstimmung der übrigen Beteiligten und den sich daraus ergebenden Wettbewerbsbeschränkungen zu tun hat, nicht aus.¹⁰⁴

257. Zuletzt ist bislang auf EU-Ebene noch offen, ob Verstöße gegen Art. 101 AEUV auch dadurch möglich sind, dass die an einer Kollusion interessierten Wettbewerber auf einen Austausch untereinander verzichten und das Kartell allein durch voneinander unabhängige, bilaterale Abstimmung mit einem Dritten bilden. Ein solcher Verstoß erscheint immerhin dann denkbar, wenn der Dritte ein Lieferant der kartellinteressierten Wettbewerber ist und diese die Informationen, die der Lieferant über die Preise bzw. Konditionen der jeweils anderen Wettbewerber weitergibt, beim Vertrieb der an sie gelieferten Waren und Dienstleistungen berücksichtigen.¹⁰⁵

4.3.2 Angemessene Haftung von Plattformbetreibern

258. Die Zurechnung wettbewerbsrechtlicher Verstöße zu Plattformbetreibern, über die andere Unternehmen die von dem Verstoß betroffenen Waren und Dienstleistungen vertreiben, wirft keine besonderen Probleme auf. Dabei ist unerheblich, dass die Rolle der Plattformbetreiber einzelfallabhängig sehr unterschiedlich ausgestaltet sein kann, je nachdem, welches Geschäftsmodell mit der Plattform verfolgt wird.

259. Die Plattformbetreiber haben grundsätzlich ein Interesse daran, viele Nutzer für ihre Plattform zu gewinnen. Aus diesem Grund können sie im Einzelfall auch ein Interesse daran haben, die Preisbildung für Waren und Dienstleistungen, die über ihre Plattform vertrieben werden, zu beeinflussen. Beispielsweise mag es in Fällen, in denen die Preisfindung für die Nutzer sowohl auf Anbieter- als auch auf Kundenseite schwierig ist, für einen Plattformbetreiber sinnvoll sein, dass er selbst einen algorithmisch ermittelten Preis vorgibt, der mehr oder weniger verbindlich ist und der beiden Seiten gerecht wird. Eine solche Preisvorgabe kann zwar den Wettbewerb beschränken, wenn die Nutzer auf der Anbieterseite die Preisvorgabe berücksichtigen und keine eigenen Preise mehr im Wettbewerb untereinander setzen (Art. 101 Abs. 1 AEUV). Sie kann aber trotzdem wegen der damit einhergehenden wirtschaftlichen Vorteile für die Verbraucher zu rechtfertigen sein (Art. 101 Abs. 3 AEUV). Derartige Preisvorgaben gibt es z. B. bei Übernachtungs- und Fahrdienstleistungen.¹⁰⁶

⁹⁹ EuGH, Urteil vom 22. Oktober 2015, C-194/14 P – AC-Treuhand, ECLI:EU:C:2015:717, Rz. 34.

¹⁰⁰ EuGH, Urteil vom 22. Oktober 2015, C-194/14 P – AC-Treuhand, ECLI:EU:C:2015:717, Rz. 35.

¹⁰¹ EuGH, Urteil vom 22. Oktober 2015, C-194/14 P – AC-Treuhand, ECLI:EU:C:2015:717, Rz. 26, 36.

¹⁰² EuGH, Urteil vom 22. Oktober 2015, C-194/14 P – AC-Treuhand, ECLI:EU:C:2015:717, Rz. 29-31; EuG, Urteil vom 10. November 2017, T-180/15 – Icap, ECLI:EU:T:2017:795, Rz. 100, 120 (nicht rechtskräftig).

¹⁰³ EuG, Urteil vom 10. November 2017, T-180/15 – Icap, ECLI:EU:T:2017:795, Rz. 142, 171, 180 (nicht rechtskräftig).

¹⁰⁴ EuGH, Urteil vom 22. Oktober 2015, C-194/14 P – AC-Treuhand, ECLI:EU:C:2015:717, Rz. 39.

¹⁰⁵ Dazu BKartA, Tätigkeitsbericht 2011/2012, BT-Drs. 17/13675, S. 59 f.; Becker, 45. FIW-Smposium, „Preis- und Markenpflege“ bei Lebensmitteln im Lichte des Wettbewerbsschutzes, 2. März 2012, Folie 14.

¹⁰⁶ Vgl. Meyer v. Kalanick, Opinion and Order vom 31. März 2016, 15 Ci. 9796 (N.Y.S.D. 2016), wo eine Abstimmung im Sinne des US-Kartellverbots (15 U.S.C. § 1) angenommen wurde; vgl. auch oben Tz. 192 f.

260. Bei Plattformen, deren Betreiber keinen Informationsvorteil gegenüber den Nutzern hat, können andere Faktoren wie z. B. der Wettbewerb auf Plattformebene und das Interesse, die Plattform speziell für eine der Nutzerseiten attraktiv zu gestalten, für die Frage bedeutsam werden, wie sich der Plattformbetreiber im Hinblick auf ein etwaiges Kartell der Plattformnutzer verhält. Zur aktiven Beteiligung an einem Kartell der Nutzer auf Anbieterseite kann es kommen, wenn der Plattformbetreiber aufgrund jener Faktoren ein eigenes Interesse daran hat, die algorithmisch ermittelten Preise der betreffenden Nutzer wettbewerbsbeschränkend zu beeinflussen (Art. 101 Abs. 1 AEUV).¹⁰⁷ Doch ist eine Rechtfertigung der Wettbewerbsbeschränkung grundsätzlich auch hier möglich (Art. 101 Abs. 3 AEUV). In den vergangenen Jahren gab es in der EU mehrere gerichtliche und behördliche Verfahren wegen Fällen, in denen die Betreiber von Flug- und Hotelbuchungsportalen oder von Onlinemarktplätzen aktiv Einfluss auf die Preissetzung der Plattformnutzer genommen hatten.¹⁰⁸ Diese Fälle waren im Einzelnen allerdings sehr unterschiedlich gelagert. Ihre ökonomische und rechtliche Beurteilung ist zum Teil umstritten geblieben.¹⁰⁹

261. In jedem Fall hat ein Plattformbetreiber, der sich im zuvor beschriebenen Sinne bewusst und aktiv an einem Verstoß unter Nutzung von Preisalgorithmen beteiligt, ein eigenes Interesse am herbeigeführten Marktergebnis. Daher erscheint es durchaus angemessen, wenn der Plattformbetreiber wegen der Beteiligung an einer wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarung oder einem anderen Wettbewerbsverstoß haftet, vorbehaltlich einer Rechtfertigung durch damit einhergehende Verbrauchervorteile.

4.3.3 Problematische Haftung von IT-Dienstleistern

262. Eine völlig andere Situation besteht im Fall von IT-Dienstleistern, deren Algorithmus im Rahmen kollusiver Preissetzung verwendet wird. Dies gilt ungeachtet der Frage, ob diese Preissetzung im Rahmen eines Verstoßes gegen die Wettbewerbsregeln oder im Rahmen eines davon nicht erfassten Parallelverhaltens erfolgt. Bei den IT-Dienstleistern handelt es sich um Auftragnehmer, die den Preisalgorithmus als Produkt in einem vertraglichen Austauschverhältnis bereitstellen.

263. Zwar mag es vorkommen, dass ein solcher IT-Dienstleister einen Algorithmus vertreibt, von dem er weiß oder in Kauf nimmt, dass dieser zu einem kollusiven Marktergebnis beitragen kann. Denkbar ist sogar, dass einzelne IT-Dienstleister einen solchen Beitrag als Vorteil ansehen, da der Algorithmus so für die an Gewinnmaximierung interessierten Verwender attraktiver wird. Allerdings hat der betreffende IT-Dienstleister auch in diesem Fall grundsätzlich nur ein Interesse daran, den Preisalgorithmus als ein attraktives Produkt zu vermarkten. Dagegen hat er typischerweise kein weitergehendes Interesse an den mit der Kollusion einhergehenden Gewinnen.

264. Diesem Umstand lässt sich speziell im Rahmen von Art. 101 AEUV allerdings nicht gesondert Rechnung tragen. Art. 101 AEUV sieht beim Zustandekommen einer wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarung lediglich eine einheitliche Haftung aller daran Beteiligten vor, ohne dass es auf besondere Interessen einzelner Beteiligten ankommt. Dies kann dazu führen, dass die Haftung von IT-Dienstleistern zu weit reicht oder umgekehrt nicht weit genug geht. Das hängt davon ab, ob die Entscheidung, den Preisalgorithmus so auszugestalten und einzusetzen, dass er zu einem kollusiven Marktergebnis beiträgt, eher bei den auf dem betroffenen Markt tätigen Unternehmen oder bei dem IT-Dienstleister liegt.

265. In dem Fall, dass diese Entscheidung von dem auf dem betroffenen Markt tätigen Unternehmen getroffen wird, besteht ein weitreichendes Haftungsrisiko für den IT-Dienstleister. Denn es genügt schon, wenn der Dienstleister den Preisalgorithmus in Kenntnis und mit Billigung der Tatsache bereitstellt, dass spätere Verwender den Algorithmus im Rahmen einer kollusiven Preissetzung einsetzen können (= er handelt sozusagen als „Beihelfer“).

¹⁰⁷ Siehe beispielhaft EuGH, Urteil vom 21. Januar 2016, C-74/14 – Eturas, ECLI:EU:C:2016:42.

¹⁰⁸ EuGH, Urteil vom 21. Januar 2016, C-74/14 – Eturas, ECLI:EU:C:2016:42, Rz. 43–45; BKartA, B6-46/12, Pressemitteilungen vom 27. August und vom 26. November 2013 und Fallbericht vom 9. Dezember 2013 – Amazon Marketplace; BKartA, Beschluss vom 20. Dezember 2013, B9-66/10 – HRS; Beschluss vom 22. Dezember 2015, B9-121/13 – Booking.

¹⁰⁹ Dies gilt insb. für die Fälle betreffend Hotelbuchungsportale; siehe dazu zuletzt Monopolkommission, XXI. Hauptgutachten, Tz. 980 ff.; im Schrifttum z. B. Hamelmann/Haucap/Wey, ZWeR 2015, 245.

Das gilt ungeachtet der Tatsache, dass der IT-Dienstleister keinen Einfluss darauf hat, ob und wann die Kunden, die den Algorithmus verwenden, den für einen Verstoß gegen das Kartellverbot nötigen gemeinsamen Willen bilden.

266. Zu Haftungslücken kann es umgekehrt kommen, wenn der IT-Dienstleister ein kollusives Marktergebnis ohne Billigung der Beteiligten herbeiführt.¹¹⁰ So kann es sein, dass mehrere Nutzer Preisalgorithmen einsetzen, deren Verwendung zu einer kollusiven Preissetzung führt. Die Nutzer können dieses kollusive Marktergebnis – z. B. aufgrund der Komplexität des Produktes oder der Marktverhältnisse – aber möglicherweise selbst nicht erkennen und daher auch keinen kartellbegründenden gemeinsamen Willen bilden. Zugleich kann es aber sein, dass der IT-Dienstleister, der die Preisalgorithmen bereitgestellt hat, sich der Möglichkeit einer kollusiven Preissetzung sehr wohl bewusst ist und diese auch billigt. Die Situation ist in einem solchen Fall mit der vergleichbar, dass ein externer Berater mehrere Unternehmen so berät, dass sie sich parallel verhalten, ohne dass dies auf einem gemeinsamen Willen aller Beteiligten beruht. Derartige Konstellationen (= der IT-Dienstleister handelt sozusagen als „mittelbarer Täter“) lassen sich nicht oder nur unter Schwierigkeiten von Art. 101 AEUV erfassen.¹¹¹

267. Es erscheint auch nicht ohne Weiteres möglich, die Haftung des IT-Dienstleisters nach Art. 101 AEUV damit zu begründen, dass das kollusive Marktergebnis auf den Vertrag zur Bereitstellung des jeweiligen Algorithmus zurückgeführt werden kann und dass dieser eine Vereinbarung im Sinne der Vorschrift darstellt.¹¹² Denn Gegenstand des Vertrags ist allein die Bereitstellung des Algorithmus, nicht aber der Austausch strategischer Informationen oder die Verwendung des Algorithmus zur Verhaltensabstimmung. Die Nichthaftung des IT-Dienstleisters erscheint trotzdem unbillig, da ein Verhalten vorliegt, an das durchaus eine rechtliche Verantwortlichkeit anknüpfen könnte und das zu einem kollusiven Marktergebnis führt.

268. Die besondere Rolle des IT-Dienstleisters lässt sich nach Art. 101 AEUV lediglich in der zuvor zuerst beschriebenen Konstellation berücksichtigen. Dabei kommt es für die Beurteilung der Rolle von Dritten nach der Rechtsprechung unter anderem darauf an, in welchem Verhältnis sie zu dem von dem Verstoß betroffenen Markt stehen.¹¹³ Bei Dritten, die wie IT-Dienstleister nicht auf dem betroffenen Markt tätig sind, spricht dies grundsätzlich dafür, dass die Kartellbehörden ihr Verfolgungsermessen zurückhaltend ausüben. In der als Zweites beschriebenen Konstellation ist Art. 101 AEUV auf das Verhalten der Unternehmen, die auf dem von der Kollusion betroffenen Markt tätig sind, nicht anwendbar. Damit fehlt ein rechtlicher Anknüpfungspunkt für die Haftung des IT-Dienstleisters.

4.3.4 Empfehlung: Überprüfung und gegebenenfalls Regelung der Verantwortlichkeit von Dritten nach ihrem jeweiligen Beitrag zu kollusiven Marktergebnissen

269. Zuvor wurde empfohlen, abhängig von den ermittelbaren Informationen über die Marktentwicklung eine Ergänzung der Wettbewerbsregeln in Betracht zu ziehen, um den Beitrag von Preisalgorithmen zu kollusiven Marktergebnissen zu neutralisieren. Ebenso erscheint es sinnvoll, ergänzende Regelungen zur Verantwortlichkeit von Dritten in Betracht zu ziehen, die dadurch, dass sie ihre informationstechnische Expertise in die algorithmische Preissetzung einbringen, einen eigenständigen Beitrag zu solchen kollusiven Marktergebnissen leisten, für die eine wettbewerbsrechtliche Haftung in Betracht kommt.

270. Die vorstehende Überlegung nimmt erneut eine Forderung der Europäischen Kommission auf, deren Wettbewerbskommissarin klargestellt hat:

¹¹⁰ EuGH, Urteil vom 21. Juli 2016, C-542/14 – VM Remonts, ECLI:EU:C:2016:578, Rz. 30; EuGH, Urteil vom 21. Januar 2016, C-74/14 – Eturas, ECLI:EU:C:2016:42, Rz. 45.

¹¹¹ Vgl. zur Haftung externer Berater nach Art. 101 AEUV grundlegend EuGH, Urteil vom 22. Oktober 2015, C-194/14 P – AC-Treuhand, ECLI:EU:C:2015:717.

¹¹² Siehe oben Tz. 257.

¹¹³ Vgl. EuG, Urteil vom 8. September 2010, T-29/05 – Deltafina, Slg. 2010, II-4077, ECLI:EU:T:2010:355, Rz. 51.

“[P]ricing algorithms need to be built in a way that doesn’t allow them to collude”¹¹⁴.

271. Die hier erwogene Regelung würde insbesondere IT-Dienstleister betreffen, die den Verwendern Preisalgorithmen als wirtschaftliche Produkte bereitstellen. Die Verantwortlichkeit sollte nach dem zuvor Ausgeführten so ausgestaltet werden, dass es für eine Haftung nicht wie bisher auf das Verhalten der Verwender des Algorithmus, sondern ausschließlich auf das Verhalten des IT-Dienstleisters selbst ankommt. Durch eine an das eigene Verhalten der IT-Dienstleister anknüpfende Verantwortlichkeit könnten die Dienstleister veranlasst werden, eine kollusionsförderliche Ausgestaltung des Algorithmus zu unterlassen oder Algorithmen, bei denen sich Wettbewerbsprobleme erst während ihres Einsatzes zeigen, abzuändern oder unbrauchbar zu machen, um so die eigenen Haftungsrisiken zu vermindern. Dies würde im Wesentlichen auf eine laufende Produktbeobachtungspflicht und gegebenenfalls eine Produkthaftung für die Funktionsweise des betreffenden Algorithmus hinauslaufen.

272. Allerdings wurde auch darauf hingewiesen, dass es um ein weiterreichendes Problem geht, da die Haftung Dritter insgesamt nur unvollständig geregelt ist.¹¹⁵ Abgesehen von der Verantwortlichkeit von IT-Dienstleistern für die von ihnen bereitgestellten Preisalgorithmen kann es somit auch z. B. zu Haftungslücken kommen, wenn Berater oder andere nicht selbst auf dem relevanten Markt tätigen Unternehmen ein kollusives Verhalten der dort tätigen Unternehmen ohne deren Wissen veranlassen. Die Frage, wie die Haftung von Beratern und anderen Dritten angemessen zu regeln ist, geht allerdings über das Thema dieses Abschnitts hinaus.

273. Die Monopolkommission empfiehlt deshalb, die Haftung von nicht selbst auf dem relevanten Markt tätigen Unternehmen für ein dort stattfindendes kollusives Verhalten der Marktteilnehmer grundlegend zu überprüfen. Ziel sollte es sein, die bislang unvollständige Haftungsregelung nach Art. 101 f. AEUV für alle relevanten Dritten in einheitlicher Weise zu ergänzen.

¹¹⁴ Siehe Vestager (EU-Kommission), Algorithms and competition, Bundeskartellamt 18th Conference on Competition, Berlin, 16. März 2017.

¹¹⁵ Siehe oben Tz. 266.