



Preisfestsetzung durch Algorithmen

Forum Wettbewerbsrecht 2019, Wien, 21. November 2019

Univ.-Prof. Dr. Florian Schuhmacher, LL.M. (Columbia)

Einleitung

- Air Berlin/Lufthansa (BKartA B9-175/17)
 - 2017 Marktaustritt von Air Berlin
 - Preiserhöhungen von etwa 25-30 % auf bestimmten Strecken durch Lufthansa
 - Lufthansa brachte vor, dass sich die Preise automatisch auf Basis des verwendeten Algorithmus verändern
- „Signalling“ durch ein Online-Buchungssystem (EuGH Rs C-74/14, *Eturas*)

Einleitung

- Weites Begriffsverständnis als jede Art der Preisfestsetzung durch ein automatisiert ablaufendes Programm
- Algorithmen erleichtern und beschleunigen Preisfestsetzung in vielen Branchen
 - Schnellere Reaktion ohne menschliches Eingreifen
 - Schnellere Angleichung von Angebot und Nachfrage
 - Marktüberwachung
 - Personalisierte Preisgestaltung und Preisdifferenzierung
 - Effizienzgewinne

Einleitung

- Mögliche wettbewerbswidrige Auswirkungen:

- Absprachen und stillschweigende Kollusion

- Messenger Scenario

- Hub and Spoke

- Predictable Agent

- Künstliche Intelligenz

- Diskriminierung

- Insb. Behavioural Discrimination

(z.B. *Ezrachi/Stucke*, Virtual Competition [2016]; Monopolkommission, XXII.

Hauptgutachten Wettbewerb 2018 62 ff; *Bundeskartellamt/Autorité de la concurrence*, Algorithms and Competition [2019])

Einleitung

- Inwiefern können diese potentiell wettbewerbswidrigen Auswirkungen vom bestehenden Rechtsrahmen erfasst werden?
 - Verbot wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen und Verhaltensweisen
(Art 101 AEUV und §§ 1, 2 KartG)
 - Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung
(Art 102 AEUV und §§ 4, 5 KartG)
- Notwendigkeit zusätzlicher Regulierung?

Art 101 AEUV bzw. § 1 KartG

- Verboten **Vereinbarungen** und **abgestimmte Verhaltensweisen** zwischen Unternehmen, welche geeignet sind, eine Einschränkung des Wettbewerbs zu bezwecken oder zu bewirken
 - Vereinbarungen
 - „[...] eine Vereinbarung im Sinne von Artikel [101(1)] des Vertrages [liegt] vor, wenn die betreffenden Unternehmen ihren gemeinsamen Willen zum Ausdruck gebracht haben, sich auf dem Markt in einer bestimmten Weise zu verhalten.“ (vgl. EuGH Rs C-49/92 P, *Anic Partecipazioni*, Rz 130 ua)

Art 101 AEUV bzw. § 1 KartG

- Abgestimmte Verhaltensweisen
 - „eine Form der Koordinierung zwischen Unternehmen [...], die zwar noch nicht bis zum Abschluss eines Vertrags im eigentlichen Sinn gediehen ist, jedoch bewusst eine praktische Zusammenarbeit an die Stelle des mit Risiken verbundenen Wettbewerbs treten lässt“ (EuGH Rs C-8/08, T-Mobile Netherlands, Rz 26 ua)
 - Umfasst Informationsaustausch zwischen Wettbewerbern, der das zukünftige Verhalten auf dem Markt beeinflusst

Art 101 AEUV bzw. § 1 KartG

- Abgestimmte Verhaltensweisen
 - „*Es ist zwar richtig, daß dieses Selbständigkeitspostulat nicht das Recht der Unternehmen beseitigt, sich dem festgestellten oder erwarteten Verhalten ihrer Mitbewerber mit wachem Sinn anzupassen; es steht jedoch **streng jeder unmittelbaren oder mittelbaren Fühlungnahme zwischen Unternehmen entgegen**, die bezweckt oder bewirkt, entweder das Marktverhalten eines gegenwärtigen oder potentiellen Mitbewerbers zu beeinflussen oder **einen solchen Mitbewerber über das Marktverhalten ins Bild zu setzen, das man selbst an den Tag zu legen entschlossen ist oder in Erwägung zieht.**“ (EuGH verb Rs C-40/73 ua, Suiker Unie ua/Kommission, Rz 173/174 ua)*

Art 101 AEUV bzw. § 1 KartG

- Parallelverhalten
 - Es ist zulässig für Unternehmen, „**sich dem festgestellten oder erwarteten Verhalten ihrer Mitbewerber mit wachem Sinn anzupassen**“ (EuGH verb Rs C-40/73 ua, *Suiker Unie ua/Kommission*, Rz 173/174 ua)
 - „Bloßes“ Parallelverhalten stellt keine Verletzung der Wettbewerbsregeln dar (vgl EuGH verb Rs 89/85 ua, *Zellstoff*)
 - Parallelverhalten stellt keinen Beweis für eine Vereinbarung oder Abstimmung dar, außer es gibt keine andere plausible ökonomische Erklärung (vgl EuGH verb Rs 89/85 ua, *Zellstoff*)

Verschiedene Anwendungsszenarien

- Messenger Scenario
 - Algorithmen als Werkzeug zur Durchführung und Überwachung bestehender Kartellvereinbarungen
 - Diese Absprachen fallen unter den Vereinbarungsbegriff des Art 101 AEUV
 - Algorithmen erleichtern Überwachung und Bestrafung von Abweichungen, lassen jedoch die rechtliche Beurteilung sowie Anreize der Kartellmitglieder unberührt
- Hub and Spoke (Sternkartell)
 - Algorithmen als Kommunikationsmittel (hub)
 - Für Vereinbarungen und Informationsaustausch gelten die gleichen Regelungen wie für nicht virtuelle Vereinbarungen

Verschiedene Anwendungsszenarien

- Predictable Agent
 - Art 101 AEUV bzw. § 1 KartG gelangen zur Anwendung, wenn eine Vereinbarung über die parallele Anwendung von Algorithmen vorliegt
 - Art 101 AEUV bzw. § 1 KartG gelangen nicht zur Anwendung, wenn nur „algorithmisches“ Parallelverhalten vorliegt
 - Es bestehen verschiedene Modelle, ob Algorithmen die Dynamik von oligopolistischem Parallelverhalten und Spieltheorie wirklich verändern (zweifelnd *Schwalbe* FS Schroeder 739)
- Künstliche Intelligenz und maschinelles Lernen
 - Können Algorithmen über einen Lernprozess zu (neuartigen) kollusiven Ergebnissen führen ohne miteinander zu kommunizieren?
 - Jede Art von vorheriger direkter oder indirekter Information würde eine Vereinbarung oder abgestimmte Verhaltensweise darstellen
 - Das gilt nach dem bisher Gesagten auch für Kommunikation durch den Algorithmus selbst
 - Die Frage, ob erweiterte Kollusionsrisiken ohne direkte oder indirekte Kommunikation bestehen, ist nach derzeitigem Forschungsstand offen

Zurechnung und Verantwortlichkeit

- Können Unternehmen für Preisfestsetzungen durch Algorithmen verantwortlich gemacht werden?
 - Vereinbarung oder abgestimmte Verhaltensweise
 - Gemeinsame Absicht, objektiver Aussagegehalt ausreichend (vgl. *Pohlmann* FS Schroeder 645ff)
 - Austausch von Informationen über zukünftiges Marktverhalten objektiv ausreichend
 - Objektiver „Minimalgehalt“ des Verbots

Zurechnung und Verantwortlichkeit

- Zurechnung
 - Verpflichtung der Unternehmen, **die Wettbewerbsregeln zu kennen und sich dementsprechend zu verhalten** (vgl. EuGH 19/77, *Miller/Kommission* Rz 17ff; EuGH 27/76, *United Brands* Rz 299, 301 ua)
 - Verletzung der Verpflichtung, Geschäftsbetrieb rechtskonform zu gestalten
 - Subjektives Verschulden auf dieser Ebene nicht erforderlich (uU Einfluss auf Höhe der Geldbuße)
 - Marktverhalten ist auch dann zurechenbar, wenn es an den Markt durch einen Algorithmus weitergeleitet wurde, der unter der Kontrolle eines Unternehmens steht
 - Aus der Verpflichtung zum ordnungsgemäßen Geschäftsverhalten folgt die Verpflichtung, Algorithmen dementsprechend zu gestalten (**compliance by design**)

Einseitige Preisfestsetzung

- Einseitige Preisfestsetzung durch Unternehmen grundsätzlich nicht beschränkt
 - Das gilt auch für Preisfestsetzung durch Algorithmen und andere Formen personalisierter Preise
 - Lauterkeitsrecht
 - verbietet irreführende Informationen (zB § 2 Abs 1 Z 4 UWG; Anhang Z 7, Z 18), nicht aber personalisierte Preisfestsetzung an sich
 - Eine allgemeine Informationspflicht über eine personalisierte Preisfestsetzung ist mE aus dem Irreführungsverbot nicht ableitbar

Einseitige Preisfestsetzung

- Art 102 AEUV bzw. §§ 4, 5 KartG
 - Marktbeherrschung als unabdingbare Voraussetzung
 - Überhöhte Preise und Diskriminierung
 - vgl Lufthansa/Air Berlin (BKartA B9-175/17)
 - Preissetzung durch Algorithmen ist auch hier dem Unternehmen zuzurechnen
 - Nicht jede Preiserhöhung ist überhöht
 - nur eine „starke“ bzw „eindeutige“ Überhöhung (zB EuGH Rs 395/87, *Ministere Public/Tourner* ua)
 - Sachliche Rechtfertigung von Preisunterschieden (unterschiedliche Kosten, Wettbewerbsbedingungen; zB EuGH Rs 27/76, *United Brands*)

Zusammenfassung der Ergebnisse

- Preisfestsetzung durch Algorithmen stellt eine neue Herausforderung im Wettbewerbsrecht dar
- Positiv können Effizienzsteigerungen wirken
- Wettbewerbsbeschränkende Wirkungen möglich, wenn es zu einem Kollusionsergebnis kommt
- Großteil der Anwendungsfälle wird von den bestehenden Wettbewerbsregeln erfasst; Algorithmen verändern rechtliche Beurteilung nicht maßgeblich
- Zurechnung erfolgt über Organisationspflicht des Unternehmens
- Durchsetzung der Wettbewerbsregeln erfordert vor allem Beobachtung der Märkte durch die Wettbewerbsbehörden
- Wenn künstliche Intelligenz und maschinelles Lernen zu neuartigen Kollusionsergebnissen führen, könnten daraus resultierende Wettbewerbsbeschränkungen uU neue Regulierungsmechanismen erfordern