B. Algorithmische Kollusion als Lücke des Kartellrechts

Im Kapitel A. wurden verschiedene Szenarien dargestellt, in denen Preissetzungsalgorithmen wettbewerbsschädliches Potenzial entfalten.[188] Im Folgenden soll untersucht werden, inwiefern die bestehenden gesetzlichen Rahmenbedingungen geeignet sind, entsprechende Gefahren für den Wettbewerb sowie für die Konsumenten rechtlich zu erfassen. Hierfür werden die unterschiedlichen Szenarien unter das europäische und das deutsche Kartellrecht sowie unter die fusionskontrollrechtlichen Vorschriften subsumiert. Das Kapitel gliedert sich wie folgt: Beginnend mit dem Verhältnis vom nationalen zum europäischen Recht (I.) wird in der Folge eine wettbewerbsrechtliche Einordnung der algorithmischen *tacit collusion* vorgenommen (II.). Anschließend werden die weiteren wettbewerbsbeschränkenden Szenarien algorithmischer Preissetzung rechtlich beleuchtet (III.).

I. Vorrang des europäischen Rechts

Der Fokus dieser Arbeit liegt auf dem europäischen Recht, wobei zwischen deutschem und europäischem Kartellrecht ein enger Zusammenhang besteht. Mit dem Motiv einer einheitlichen Rechtsanwendung innerhalb der Europäischen Union (EU) entschied sich der deutsche Gesetzgeber dazu, die nationalen Vorschriften weitgehend an das europäische Recht anzupassen.[189] Aus diesem Grund wurden viele Formulierungen aus den europäischen Rechtsnormen im Zuge vergangener Novellen direkt in das deutsche Recht übertragen.[190]

Während das deutsche Kartellrecht im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) normiert ist, finden sich die europäischen Vorschriften vor allem im Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV). Bedingung für die Anwendbarkeit des Unionsrechts ist im Rahmen des Kartell- sowie des Missbrauchsverbots gemäß der Art. 101 und 102 AEUV die

188 Vgl. Kapitel A. IV.

189 *Wiedemann*, in: Handbuch des Kartellrechts, *§ 3 Grundzüge des dt. KartellR*, Rn. 1; *Fuchs,* in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht - Band 2, *§ 18 GWB*, Rn. 17.

190 *Kling/Thomas*, Kartellrecht, S. 521.

https://doi.org/10.5771/9783748937623-61 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

zwischenstaatliche Auswirkung eines Sachverhalts (Zwischenstaatlichkeitsklausel).[191] Ist die Zwischenstaatlichkeit gegeben, bleiben die nationalen Vorschriften gem. Art. 103 Abs. 2 lit. e) AEUV parallel anwendbar,[192] wenngleich sie im Konfliktfall inhaltlich weitgehend verdrängt werden: So ist die „gleichzeitige Anwendung des nationalen Rechts […] nur statthaft, soweit sie die einheitliche Anwendung des Gemeinschaftskartellrechts und die volle Wirksamkeit der zu seinem Vollzug ergangenen Maßnahmen auf dem gesamten Gemeinsamen Markt nicht beeinträchtigt."[193] Nach Art. 3 Abs. 1 S. 1 und Abs. 2 S. 1 VO 1/2003 sind im Rahmen des Kartellverbots weder strengere noch mildere nationale Vorschriften zulässig, sodass es zu einem „Grundsatz der ausschließlichen Betrachtung"[194] des europäischen Rechts kommt.[195] Das Missbrauchsverbot stellt nach nach Art. 3 Abs. 1 S. 2 VO 1/2003 einen „europaweiten Mindeststandard"[196] dar, neben dem nach Art. 3 Abs. 2 S. 2 VO 1/2003 strengere nationale Vorschriften zulässig bleiben.[197] Ist der Handel zwischen den Mitgliedstaaten nicht betroffen, kommen ausschließlich die nationalen Vorschriften zur Anwendung.[198]

Im Rahmen der Fusionskontrolle besteht der Grundsatz des *one-stop shop*.[199] Liegt ein Zusammenschluss im Sinne der Fusionskontrollverordnung

191 Sofern eine Maßnahme geeignet ist, die Freiheit des Handels zwischen den Mitgliedstaaten so zu gefährden, dass dies für die Verwirklichung des Bestrebens nach der Errichtung eines gemeinsamen Binnenmarktes innerhalb der EU nachteilig ist, findet das europäische Recht Anwendung, vgl. *Meessen/Kersting,* in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, *Einführung*, Rn. 89ff; *Kirchhoff,* in: MüKo, Wettbewerbsrecht - Band1, *Grdl.*, Rn. 1535; *Zimmer,* in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht - Band 1, *Art. 101 I AEUV*, Rn. 171ff.

192 EuGH, Urt. v. 14.2.2012, Rs. C-17/10, *Toshiba*; Urt. v. 13.2.1969, Rs. C-14/68, Rn. 4, *Walt Wilhelm*; Urt. v. 9.10.2003, Rs. C-137/00, Rn. 61, *Milk Marque und National Farmers' Union*; Urt. v. 13.6.2006, verb. Rs. C-295/04 bis C-298/04, Rn. 38, *Manfredi.*

193 EuGH, Urt. v. 13.2.1969, Rs. C-14/68, Rn. 4, *Walt Wilhelm.*

194 *Meessen/Kersting,* in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, *Einführung*, Rn. 90.

195 *Säcker,* in: MüKo Wettbewerbsrecht - Band 2, *Einleitung*, Rn. 35; *Käseberg,* in: Bunte, Kartellrecht - Band 1, *Einl.*, Rn. 179ff; *Schröter,* in: Schröter/Jakob/Klotz/Mederer, EU Wettbewerbsrecht, *A. Vorbemerkungen*, Rn. 167f.

196 *Meessen/Kersting,* in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, *Einführung*, Rn. 91.

197 *Säcker,* in: MüKo Wettbewerbsrecht - Band 2, *Einleitung*, Rn. 33; *Käseberg,* in: Bunte, Kartellrecht - Band 1, *Einl.*, Rn. 179ff; *Schröter,* in: Schröter/Jakob/Klotz/Mederer, EU Wettbewerbsrecht, *A. Vorbemerkungen*, 170; *Fuchs,* in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht - Band 2, *§ 19 GWB*, Rn. 59.

198 Vgl. EuGH, Urt. v. 30.6.1966, Rs. C-56/65 Slg. 1966, S. 303, *Maschinenbau Ulm.*

199 *Wessely,* in: MüKo Wettbewerbsrecht - Band 2, *36 GWB*, Rn. 79; *Körber,* in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht - Band 3, *Einleitung*, Rn. 36; *Mestmäcker/Schweitzer*, Europäisches Wettbewerbsrecht, § 24 Rn. 47.

https://doi.org/10.5771/9783748937623-61 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

(FKVO) vor, fällt dieser gem. Art. 21 Abs. 2 FKVO ausschließlich unter die Zuständigkeit der Kommission.[200] Ist dies nicht der Fall, sind die nationalen Vorschriften zur Zusammenschlusskontrolle anwendbar.[201]

II. Die wettbewerbsrechtliche Erfassung (algorithmischer) *tacit collusion*

Tacit collusion bezeichnet die Koordination zwischen Wettbewerbern auf ein überwettbewerbliches Gleichgewicht.[202] Diese spezielle Form der Kollusion tritt auf, wenn die Unternehmen in einem Markt unabhängig voneinander zu der Einsicht gelangen, dass „das Absehen von Wettbewerb langfristig zweckmäßiger ist als kompetitives Verhalten."[203] Es wird befürchtet, dass diese schon lange bekannte Form der Kollusion durch die Eigenschaften algorithmischer Preissetzung[204] befördert werden könnte und sich auf digitalen Märkten verstärkt ausbreitet.[205] Die Erfassung entsprechender algorithmischer *tacit collusion* wird im Folgenden sowohl im Rahmen des Kartellverbots (1.), als auch der Missbrauchsaufsicht (2.) sowie der Fusionskontrolle (3.) diskutiert.

1. Kartellverbot

Die kollusiv wirkende Preissetzung mehrer Algorithmen könnte ein unzulässiges Verhalten im Wettbewerb zueinanderstehender Unternehmen gemäß dem Kartellverbot aus Artikel 101 Abs. 1 AEUV darstellen. Das unionsrechtliche Kartellverbot untersagt „alle Vereinbarungen zwischen Unternehmen, Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen, welche […] eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs innerhalb des Binnenmarkts bezwecken oder bewirken." Im deutschen Recht ist das Kartellverbot in § 1 GWB normiert.

200 *O. Koch,* in: MüKo, Wettbewerbsrecht - Band1, *Grdl. FKVO*, Rn. 136; *Meessen/Kersting,* in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, *Einführung*, Rn. 93; *Simon,* in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, *Einf. FKVO*, Rn. 46.
201 Vgl. *Körber,* in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht - Band 3, *Einleitung*, Rn. 38.
202 Zum Begriff vgl. näher Kapitel A. IV. 1 a).
203 *Thomas,* in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht - Band 3, *§ 36 GWB*, Rn. 283.
204 Zu den Eigenschaften algorithmischer Preissetzung und ihres möglichen Einflusses auf eine Kollusion vgl. Kapitel A. IV. 1.
205 So etwa *Ezrachi/Stucke*, Virtual Competition, S. 36 f.

https://doi.org/10.5771/9783748937623-61 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

a) Übersicht über den Tatbestand

Adressaten des Art. 101 Abs. 1 AEUV sind Unternehmen und Unternehmensvereinigungen. Der Begriff des Unternehmens umfasst nach ständiger Rechtsprechung „jede eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübende Einheit unabhängig von ihrer Rechtsform und der Art ihrer Finanzierung".[206] Zu prüfen ist, ob eine Koordinierungshandlung „zwischen Unternehmen […] einen wettbewerbswidrigen Zweck verfolgt oder tatsächliche bzw. potenzielle wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen hat."[207] Mithin untersagt Art. 101 Abs. 1 AEUV jede durch eine der erfassten Handlungen bezweckte oder bewirkte Wettbewerbsbeschränkung.[208] Die Norm umfasst drei Formen der Koordinierung: die Vereinbarung, Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen sowie aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen. Das Schutzgut des Kartellverbots sind der aktuelle ebenso wie der potenzielle Wettbewerb.[209] Eine Vereinbarung gilt als bezweckte Wettbewerbsbeschränkung, wenn sie „schon ihrer Natur nach als schädlich für das gute Funktionieren des normalen Wettbewerbs angesehen werden [kann],"[210] sodass es keines Nachweises eines tatsächlichen oder potenziellen wettbewerbsbeschränkenden Effekts der Abstimmungshandlung bedarf.[211] Im Rahmen der bezweckten Beschränkung ist nicht auf die Absicht der Unternehmen, sondern auf den konkreten Inhalt der geschlossenen Vereinbarung und sein objektives Schädigungspotenzial abzustellen.[212] Unter einer „der Natur nach als schädlich" zu beurteilenden Vereinbarung sind Kernbeschränkungen, wie die Festsetzung

206 EuGH, Urt. v. 23.4.1991, Rs. C-41/90, Rn. 21, *Höfner und Elser*; Urt. v. 16.11.1995, Rs. C-244/94, Rn. 14, *FFSA u.a;* Urt. v. 11.12.1997, Rs. C-55/96, Rn. 21, *Job Centre*; Urt. v. 18.6.1998, Rs. C-35/96, Rn. 36, *Kommission / Italien*; Urt. v. 12.9.2000, verb. Rs. C-180/98 bis C-184/98, Rn. 74, *Pavlov u.a.*

207 *Europäische Kommission*, Leitlinien zur Anwendbarkeit von Artikel 101 AEUV, Rn. 20.

208 *Europäische Kommission*, Leitlinien zur Anwendbarkeit von Artikel 101 AEUV, Rn. 23.

209 Zum Schutzgut des Wettbewerbs, siehe Protokoll (Nr. 27) über den Binnenmarkt und den Wettbewerb, ABl. 2008 C 115 vom 09.05.2008, S. 309; zur Erfassung des potenziellen Wettbewerbs siehe *Zimmer,* in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht - Band 1, *Art. 101 I AEUV*, Rn. 108; EuG, Urt. v. 27.10.1994, Rs. T-35/92, S. 61, *John Deere*; Urt. v. 24.10.1991, Rs. T-2/89, Rn. 213, *Petrofina*.

210 EuGH, Urt. v. 20.11.2008, Rs. C-209/07, Rn. 17, *Beef Industry Development Society*.

211 EuGH, Urt. v. 11.9.2014, Rs. 382/12 P, Rn. 184 f., *MasterCard*; Urt. v. 20.11.2008, Rs. C-209/07, Rn. 15, *Beef Industry Development Society*; Urt. v. 30.6.1966, Rs. C-56/65 Slg. 1966, S. 303 f., *Maschinenbau Ulm*.

212 *Weiß,* in: Callies/Ruffert, *Art. 102 AEUV*, Rn. 105.

https://doi.org/10.5771/9783748937623-61 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

von Verkaufspreisen oder die Gebietsaufteilung zwischen Wettbewerbern zu fassen.[213]

Ist der Zweck einer Vereinbarung nicht bereits als wettbewerbsschädlich einzustufen, ist alternativ zu prüfen, ob es sich um eine bewirkte Wettbewerbsbeschränkung handelt.[214] Zur Feststellung bedarf es eines Vergleichs des auf Grundlage der Vereinbarung bestehenden Wettbewerbs mit der kontrafaktischen hypothetischen Wettbewerbssituation ohne eine entsprechende Vereinbarung.[215] Hierbei ist eine tiefgreifende Marktanalyse erforderlich: Zunächst ist der Markt abzugrenzen.[216] Anschließend ist anhand einer Schadenstheorie zu prüfen, inwiefern sich die Vereinbarung negativ auf den Wettbewerb auswirkt.[217] Für das Vorliegen einer bewirkten Wettbewerbsbeschränkung muss der wettbewerbsbeschränkende Effekt der Vereinbarung, entweder eingetreten sein oder mit hinreichender Wahrscheinlichkeit in Zukunft eintreten.[218]

Die drei in Art. 101 Abs. 1 AEUV genannten Formen der Wettbewerbsbeschränkung, die „Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung", werden in der Praxis regelmäßig unter dem Oberbegriff der Wettbewerbsbeschränkung abgehandelt und nicht voneinander abgegrenzt.[219] Damit es nicht zu einem ausufernden Anwendungsbereich der Norm kommt, muss darüber hinaus das ungeschriebene Tatbestandsmerkmal der „Spürbarkeit" erfüllt sein.[220] „Eine Vereinbarung wird von der Verbotsvorschrift […] nicht erfasst, wenn sie den Markt […] nur geringfügig beeinträchtigt."[221] Liegt eine spürbare

213 *Grave/Nyberg,* in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, *Art. 101 I AEUV*, Rn. 229; *Zimmer,* in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht - Band 1, *Art. 101 I AEUV*, Rn. 130.

214 EuGH, Urt. v. 28.2.1991, Rs. C-234/89, Rn. 13, *Delimitis*; Urt. v. 30.6.1966, Rs. C-56/65 Slg. 1966, S. 303, *Maschinenbau Ulm*.

215 EuGH, Urt. v. 11.9.2014, Rs. 382/12 P, Rn. 161, *MasterCard*; Urt. v. 30.6.1966, C-56/65, Slg. 1966, 282, S. 304, *LTM*; Urt. v. 25.11.1971, Rs. C-22/71, Rn. 16 ff., *Béguelin Import*; Urt. v. 6.4.2006, Rs. C-551/03 P, Rn. 72, *General Motors II*.

216 EuGH, Urt. v. 28.2.1991, Rs. C-234/89, Rn. 18, *Delimitis*.

217 *Grave/Nyberg,* in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, *Art. 101 I AEUV*, Rn. 232.

218 Komm, Entsch. v. 15.7.1975, Fall IV/27.000 (erhältlich in ABl. 1975 L 228/03), S. 8, *IFTRA-Hüttenaluminium*; *Weiß,* in: Callies/Ruffert, *Art. 102 AEUV*, Rn. 108; *Schröter,* in: Schröter/Jakob/Klotz/Mederer, EU Wettbewerbsrecht, *Art. 101 AEUV*, Rn. 125.

219 *Grave/Nyberg,* in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, *Art. 101 I AEUV*, Rn. 217; *Zimmer,* in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht - Band 1, *Art. 101 I AEUV*, S. 123f; *Säcker/Zorn,* in: MüKo, Wettbewerbsrecht - Bandl, *Art. 101*, Rn. 199.

220 *Zimmer,* in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht - Band 1, *Art. 101 I AEUV*, Rn. 138.

221 EuGH, Urt. v. 9.7.1969, Rs. C-5/69, Rn. 7, *Voelk / Vervaecke*.

https://doi.org/10.5771/9783748937623-61 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

wettbewerbsbeschränkende Vereinbarung vor, ist sie nach Art. 101 Abs. 2 AEUV nichtig, sofern keine Freistellung vom Kartellverbot aufgrund überwiegender wettbewerbsfördernder Effekte nach Art. 101 Abs. 3 AEUV gegeben ist.

b) Wettbewerbswidriges Verhalten

Damit eine *tacit collusion* einen Kartellverstoß nach Art. 101 Abs. 1 AEUV darstellt, müsste die Koordinierung der Wettbewerber auf einer Vereinbarung, dem Beschluss einer Unternehmensvereinigung oder einer abgestimmten Verhaltensweise beruhen. Hierbei erscheint fraglich, ob eine der Begriffsdefinition nach „stillschweigende" *tacit collusion* dennoch als Koordinierungshandlung im Rechtssinne verstanden werden kann.

aa) Vereinbarung, Beschluss und abgestimmte Verhaltensweise

Art. 101 Abs. 1 AEUV normiert drei Verhaltensformen, die unter das Kartellverbot fallen: Die Vereinbarung, den Beschluss sowie die abgestimmte Verhaltensweise. Der Vereinbarungsbegriff deckt sich im Wesentlichen mit dem zivilrechtlichen Vertragsbegriff, wie er in den meisten Mitgliedstaaten normiert ist.[222] Bringen mindestens zwei Wettbewerber „ihren gemeinsamen Willen zum Ausdruck", ihr Verhalten zu koordinieren, liegt eine Vereinbarung vor.[223] Der Begriff ist aber weit auszulegen und nicht an das tatsächliche Vorliegen eines nach nationalem Recht wirksamen Vertrags geknüpft.[224] Die Form der Übereinstimmung ist unerheblich; so kann die Zustimmung auf einen „scheinbar einseitigen Akt" auch konkludent und somit stillschweigend durch das Handeln der anderen Partei erfolgen.[225]

Der Begriff des Beschlusses soll die Umgehung des Kartellverbots durch Unternehmensvereinigungen verhindern und umfasst Entscheidungen ver-

222 *Bunte/Stancke*, Kartellrecht mit Vergaberecht und Beihilfenrecht, S. 75; *Schröter,* in: Schröter/Jakob/Klotz/Mederer, EU Wettbewerbsrecht, *Art. 101 AEUV*, Rn. 39.

223 EuGH, Urt. v. 14.1.2021, Rs. C-450/19, Rn. 21, *Eltel Group*; siehe auch Urt. v. 15.7.1970, C-41/69, Rn. 112, *ACF Chemiefarma*.

224 *Mestmäcker/Schweitzer*, Europäisches Wettbewerbsrecht, § 10, Rn. 4; *Hengst,* in: Bunte, Kartellrecht - Band 2, *Art. 101 AEUV*, Rn. 87.

225 *Grave/Nyberg,* in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, *Art. 101 I AEUV*, Rn. 196; *Kling/Thomas*, Kartellrecht, § 5 Rn. 58.

https://doi.org/10.5771/9783748937623-61 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

bandsmäßiger Organisationen.[226] Entsprechende Beschlüsse können durch „ein satzungsmäßig hierzu berufenes Organ […] der Unternehmensvereinigung" oder „durch ihre Mitglieder selbst" gefasst werden.[227]

Bei der abgestimmten Verhaltensweise handelt es sich um einen Auffangtatbestand, welcher über die Vereinbarung hinausgehend den umfassenden Schutz des Wettbewerbs sicherstellen soll.[228] Nach ständiger Rechtsprechung ist die abgestimmte Verhaltensweise „eine Form der Koordinierung zwischen Unternehmen, die zwar noch nicht bis zum Abschluss eines Vertrags im eigentlichen Sinne gediehen ist, jedoch bewusst eine praktische Zusammenarbeit an die Stelle des mit Risiken verbundenen Wettbewerbs treten lässt."[229] Das entscheidungserhebliche Kriterium ist in diesem Zusammenhang das Selbstständigkeitspostulat, wonach „jeder Wirtschaftsteilnehmer selbständig zu bestimmen hat, welche Politik er auf dem Binnenmarkt zu betreiben gedenkt."[230] Dem entgegen steht jede „unmittelbare oder mittelbare Kontaktaufnahme" zwischen Unternehmen, welche geeignet ist, das Marktverhalten eines tatsächlichen oder potenziellen Wettbewerbers zu beeinflussen oder einen solchen Konkurrenten über das geplante eigene Marktverhalten in Kenntnis zu setzen.[231] Bedingungen einer abgestimmten Verhaltensweise sind neben der Kontaktaufnahme eine entsprechende Verhaltensweise am Markt sowie ein – vermuteter – ursächlicher Zusammenhang zwischen der Abstimmung und dem Marktverhalten.[232]

---

226 *Stockenhuber,* in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, *Art. 101 AEUV*, S. 102; *Zimmer,* in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht - Band 1, *Art. 101 I AEUV*, Rn. 79.

227 *Stockenhuber,* in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, *Art. 101 AEUV*, Rn. 103.

228 *Bunte/Stancke*, Kartellrecht mit Vergaberecht und Beihilfenrecht, S. 78; *Lübbing*, in: Handbuch des Kartellrechts, *§ 8 Rechtsgrundlagen*, Rn. 12.

229 EuGH, Urt. v. 14.1.2021, Rs. C-450/19, Rn. 22, *Eltel Group*; Urt. v. 26.1.2017, Rs. C-609/13 P, Rn. 70, *Duravit u.a;* Urt. v. 4.6.2009, Rs. C-8/08, Rn. 26, *T-Mobile Netherlands u.a;* Urt. v. 8.7.1999, Rs. C-49/92 P, Rn. 115, *Anic Partecipazioni.*

230 EuGH, Urt. v. 14.1.2021, Rs. C-450/19, Rn. 23, *Eltel Group*; Urt. v. 26.1.2017, Rs. C-609/13 P, S. 71, *Duravit u.a;* Urt. v. 4.6.2009, Rs. C-8/08, S. 32, *T-Mobile Netherlands u.a;* Urt. v. 8.7.1999, Rs. C-49/92 P, Rn. 116, *Anic Partecipazioni*; Urt. v. 16.12.1975, verb. Rs. C-40/73 u.a., S. 173, *Suiker Unie u.a.*

231 EuGH, Urt. v. 14.1.2021, Rs. C-450/19, Rn. 24, *Eltel Group*; Urt. v. 26.1.2017, Rs. C-609/13 P, Rn. 72, *Duravit u.a.*; zuvor unter dem Begriff der Fühlungnahme, Urt. v. 16.12.1975, verb. Rs. C-40/73 u.a., Rn. 174, *Suiker Unie u.a;* Urt. v. 4.6.2009, Rs. C-8/08, Rn. 33, *T-Mobile Netherlands u.a.*

232 *Grave/Nyberg,* in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, *Art. 101 I AEUV*, 205-209; *Zimmer,* in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht - Band 1, *Art. 101 I AEUV*, Rn. 89.

https://doi.org/10.5771/9783748937623-61 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Die drei Koordinierungsformen sind bei der Prüfung des Kartellverbots gleichrangig zu behandeln und ihre Grenzen verlaufen fließend.[233] Häufig überschneidet sich der Begriff der Vereinbarung mit der Generalklausel der abgestimmten Verhaltensweise. So können „eine Reihe von Verhaltensweisen mehrerer Unternehmen Ausdruck einer komplexen einheitlichen Zuwiderhandlung sein, die teils den Begriff der Vereinbarung, teils den Begriff der abgestimmten Verhaltensweise erfüllt."[234] Aufgrund der identischen Rechtsfolge kann im Rahmen der Prüfung offen bleiben, welche der Koordinierungsformen gegeben ist.[235]

bb) Bewusstes Parallelverhalten in Abgrenzung zur Kontaktaufnahme

Nach der Rechtsprechung des EuGH ist in der autonomen Entscheidung eines Unternehmens, sich „mit wachem Sinn"[236] dem Verhalten seiner Wettbewerber anzupassen (bewusstes Parallelverhalten) kein Kartellverstoß zu sehen.[237] Das bewusste Parallelverhalten stellt in Abgrenzung zur abgestimmten Verhaltensweise ein zulässiges Marktverhalten dar. Das Kartellverbot beseitigt „nicht das Recht der Unternehmen, sich dem festgestellten oder erwarteten Verhalten ihrer Konkurrenten auf intelligente Weise anzupassen."[238] Damit eine algorithmische *tacit collusion* unter das Kartellverbot fällt, muss die Koordinierung der Algorithmen eine über das Parallelverhalten hinausgehende – dem Selbstständigkeitspostulat widersprechende – Kontaktaufnahme darstellen.

Ein oligopolistischer Markt, auf dem eine *tacit collusion* auftritt, zeichnet sich durch eine hohe Transparenz und die enge Reaktionsverbundenheit der Wettbewerber aus.[239] In einem solchen Oligopol haben die Unternehmen häufig „alle nötigen Informationen […], um die Marktpolitik der anderen

233 *Hengst,* in: Bunte, Kartellrecht - Band 2, *Art. 101 AEUV*, Rn. 85; *Kling/Thomas*, Kartellrecht, § 5 Rn. 51.

234 EuGH, Urt. v. 8.7.1999, Rs. C-49/92 P, Rn. 114, *Anic Partecipazioni*; EuG, Urt. v. 20.3.2002, Rs. T-9/99, Rn. 188, *HFB u.a.*

235 *Grave/Nyberg,* in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, *Art. 101 I AEUV*, Rn. 202.

236 EuGH, Urt. v. 16.12.1975, verb. Rs. C-40/73 u.a., Rn. 173, *Suiker Unie u.a;* Urt. v. 4.6.2009, Rs. C-8/08, Rn. 33, *T-Mobile Netherlands u.a.*

237 *Grave/Nyberg,* in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, *Art. 101 I AEUV*, Rn. 208; *Hengst,* in: Bunte, Kartellrecht - Band 2, *Art. 101 AEUV*, Rn. 120.

238 EuGh Urteil v. 31.3.1993, verb. Rs. C-89/85, Rn. 71 - *Ahlström Osakeyhtiö u. a. / Kommission.*

239 Zu oligopolistischen Interdependenzen vgl. Kapitel A. IV. 1. a) bb).

https://doi.org/10.5771/9783748937623-61 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Unternehmen *ex post* zu verstehen".[240] Indem den Unternehmen die Möglichkeit gegeben ist, das Verhalten der Wettbewerber festzustellen und auf dieses zu reagieren, könnte entsprechend der abgestimmten Verhaltensweise eine praktische Zusammenarbeit gegeben sein, welche an die Stelle des mit Risiken verbundenen Wettbewerbs getreten ist.[241]

Allerdings kommt das Europäische Gericht erster Instanz (EuG) in der Rechtssache *Tate & Lyle* – bei der sie eine entsprechende Marktstrukur für den britischen Zuckermarkt annahm – zu dem Ergebnis, dass die alleinige Gewissheit über die vergangene Preissetzung der Wettbewerber nicht ausreichend ist, um die Risiken des Wettbewerbs zu beseitigen.[242] Demnach sei der „Hauptanreiz zu aktivem Wettbewerb" in der Ungewissheit über die zukünftige Preissetzung der Unternehmen zu sehen.[243] Auch der EuGH stellt klar, dass eine Parallelität der Preissetzung aufgrund der „oligopolistischen Tendenzen des Marktes" keine abgestimmte Verhaltensweise darstelle.[244] Die überwettbewerbliche Preissetzung im Rahmen einer *tacit collusion* beruht auf dem unabhängigen Verhalten jedes einzelnen Unternehmens, welches sich mit wachem Sinn den Marktgegebenheiten anpasst. Für die Annahme einer Kontaktaufnahme gem. Art. 101 Abs. 1 AEUV bedarf es eines Mindestmaßes an gegenseitigem Kontakt, welches zu dem Verhalten am Markt hinzutreten muss.[245] Solange ein Unternehmen sein Vorgehen selbständig bestimmt, ist ein solches tatbestandsmäßiges Verhalten nicht gegeben.

Dies ändert sich nicht durch die Übertragung der Handlung auf einen Algorithmus.[246] Zunächst ist festzustellen, dass auch der Einsatz eines Preissetzungsalgorithmus die vom EuG geschilderten Risiken des zukünftigen Wettbewerbs nicht vollständig beseitigen kann. Ist die *ex post* angewandte Strategie eines Algorithmus ersichtlich, besteht für die Unternehmen keine Gewissheit darüber, inwieweit der Algorithmus auch in Zukunft eingesetzt wird oder seine Strategie beibehält. Entscheidend ist vor allem, dass auch der eingesetzte Preissetzungsalgorithmus grundsätzlich autonome Entscheidun-

240 EuG, Urt. v. 12.7.2001, verb. Rs. T-202/98 u.a., Rn. 46, *Tate & Lyle*.
241 Vgl. *Thomas*, in: Zimmer (Hrsg.), Regulierung für Algorithmen und Künstliche Intelligenz, S. 293 (301); zur Diskussion über die Ausweitung der Auslegung der abgestimmten Verhaltensweise, siehe Kapitel E. II. 2.
242 EuG, Urt. v. 12.7.2001, verb. Rs. T-202/98 u.a., Rn. 46, *Tate & Lyle*.
243 EuG, Urt. v. 12.7.2001, verb. Rs. T-202/98 u.a., Rn. 46, *Tate & Lyle*.
244 EuGH, Urt. v. 31.3.1993, verb. Rs. C-89/85 u.a., Rn. 126, *Ahlström*.
245 *Bunte/Stancke*, Kartellrecht mit Vergaberecht und Beihilfenrecht, S. 78.
246 So auch *Zimmer*, Algorithmen, Kartellrecht und Regulierung (999 ff.); *Hengst,* in: Bunte, Kartellrecht - Band 2, *Art. 101 AEUV*, S. 133.

https://doi.org/10.5771/9783748937623-61 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

gen trifft und sich lediglich dem festgestellten oder erwarteten Verhalten der Konkurrenten – einschließlich der Algorithmen – auf intelligente Weise anpasst. Bedingung einer abgestimmten Verhaltensweise bleibt ein Mindestmaß an gegenseitigem Kontakt. Solange dies nicht durch die Algorithmen untereinander oder das Unternehmen erfolgt, ist eine *tacit collusion de lege lata* nicht vom Kartellverbot des Art. 101 Abs. 1 AEUV erfasst.[247] Nach dem deutschem Kartellrecht erfüllt ein bewusstes Parallelverhalten ebenfalls nicht den – bis auf das Fehlen der Zwischenstaatlichkeitsklausel identischen –Tatbestand des § 1 GWB.[248]

c) Zwischenergebnis

Eine *tacit collusion* resultierend aus dem Einsatz von Preissetzungsalgorithmen ist – trotz der wettbewerbsbeschränkenden Wirkung – mangels einer Kontaktaufnahme nicht vom Kartellverbot des Art. 101 Abs. 1 AEUV erfasst. Auch nach dem deutschem Kartellrecht erfüllt es nicht den Tatbestand des § 1 GWB.[249]

2. Missbrauchsverbot

Neben dem Kartellverbot ist die Missbrauchsaufsicht zentrales Element des Europäischen Wettbewerbsrechts. Während das Kartellverbot Abstimmungen zu unterbinden versucht, untersagt Art. 102 AEUV das missbräuchliche Ausnutzen einer beherrschenden Stellung „durch ein oder mehrere Unternehmen." Art. 101 und 102 AEUV stehen in Idealkonkurrenz zueinander.[250] Das deutsche Recht normiert das Missbrauchsverbot in § 19 Abs. 1 GWB und orientiert sich hinsichtlich der konzeptionellen Ausgestaltung am Unions-

247 Vgl. *Hengst,* in: Bunte, Kartellrecht - Band 2, *Art. 101 AEUV*, S. 133; *Zimmer,* in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht - Band 1, *Art. 101 I AEUV*, Rn. 78; eine ausführliche Auseinandersetzung mit der Reichweite der abgestimmten Verhaltensweise in Bezug auf algorithmische Preissetzung findet sich in Kapitel D. II. und III.

248 *Zimmer,* in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht - Band 2, *§ 1 GWB*, Rn. 36.

249 *Zimmer,* in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht - Band 2, *§ 1 GWB*, Rn. 36.

250 *Bulst,* in: Bunte, Kartellrecht - Band 2, *Art. 102 AEUV*, Rn. 387; EuGH, Urt. v. 13.2.1979, Rs. C-85/76, Rn. 116, *Hoffmann-La Roche*; Urt. v. 16.3.2000, verb. Rs. C-395/96 P u.a., Rn. 33, *Compagnie maritime belge*; Urt. v. 30.1.2020, Rs. C-307/18, Rn. 146, *Generics UK.*

https://doi.org/10.5771/9783748937623-61 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

recht, sodass regelmäßig ein „Gleichlauf der Wertung" gegeben ist.[251] Mit der 10. GWB-Novelle hat der deutsche Gesetzgeber die Missbrauchsvorschriften um einen weiteren Tatbestand erweitert; § 19a GWB richtet sich insbesondere an Digitalunternehmen, mit „überragender marktübergreifender Bedeutung".[252]

a) Übersicht über den Tatbestand

Adressaten der europäischen Missbrauchsaufsicht gemäß Art. 102 AEUV sind Unternehmen entsprechend des Art. 101 AEUV.[253] Nach dieser Vorschrift stellen das Innehaben sowie die Ausübung einer marktbeherrschenden Stellung allein grundsätzlich keinen Rechtsverstoß dar, wohl aber die missbräuchliche Ausnutzung einer solchen.[254] Der Tatbestand erfordert daher kumulativ das Innehaben einer marktbeherrschenden Stellung sowie ihr missbräuchliches Ausnutzen. Wenngleich der Wortlaut des Art. 102 AEUV lediglich von der Ausnutzung „durch ein oder mehrere Unternehmen" spricht, ist auch das kollektive Innehaben einer beherrschenden Stellung durch mehrere Unternehmen von der Norm erfasst,[255] zumal sie darüber hinaus sogar Voraussetzung für einen gemeinsamen Missbrauch durch die Unternehmen ist.[256] Art. 102 S. 2 AEUV enthält Regelbeispiele, die „insbesondere" einen Missbrauch entsprechend der Norm darstellen können. Damit eine algorithmische *tacit collusion* unter den Marktmachtmissbrauch zu subsumieren ist, müssen die Oligopolisten eine der Vorschrift entsprechende kollektiv beherrschende Stellung innehaben, welche sie darüber hinaus missbräuchlich ausnutzen.

---

251 *Nothdurft,* in: Bunte, Kartellrecht - Band 1, *§ 19 GWB*, Rn. 46; *Fuchs,* in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht - Band 1, *Art. 102 AEUV*, Rn. 38.

252 *Nothdurft,* in: Bunte, Kartellrecht - Band 1, *§ 19a GWB*, Rn. 1.

253 *Huttenlauch,* in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, *Art. 102 AEUV*, Rn. 17; *Eilmansberger/Bien,* in: MüKo, Wettbewerbsrecht - Band1, *Art. 102 AEUV*, Rn. 60; *Zimmer,* in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht - Band 1, *Art. 101 I AEUV*, Rn. 9.

254 *Weiß,* in: Callies/Ruffert, *Art. 102 AEUV*, Rn. 1; *Fuchs,* in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht - Band 1, *Art. 102 AEUV*, Rn. 128; *Bulst,* in: Bunte, Kartellrecht - Band 2, *Art. 102 AEUV*, Rn. 1.

255 *Schuchmann*, Die Behandlung von tacit collusion im europäischen und deutschen Kartellrecht, S. 120; *Bulst,* in: Bunte, Kartellrecht - Band 2, *Art. 102 AEUV*, Rn. 64.

256 *Schröter/Bartl,* in: Schröter/Jakob/Klotz/Mederer, EU Wettbewerbsrecht, *Art. 102 AEUV*, Rn. 78; *Bergmann/Fiedler,* in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, *Art. 102 AEUV*, Rn. 144.

https://doi.org/10.5771/9783748937623-61 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

b) Kollektive Marktbeherrschung

Eine kollektive Marktbeherrschung entsprechend Art. 102 AEUV liegt vor, wenn zwei oder mehr Unternehmen aufgrund ihrer wirtschaftlichen Machtstellung die Aufrechterhaltung wirksamen Wettbewerbs verhindern können und in der Lage sind, sich in nennenswertem Umfang unabhängig gegenüber Wettbewerbern und Nachfragern zu verhalten.[257] Hierfür bedarf es des Fehlens eines wirksamen Innen- sowie Außenwettbewerbs.[258] Dass auch *tacit collusion* eine solche kollektive Marktbeherrschung darstellen kann, hat der EuGH erstmals in seinem Urteil *Compagnie maritime belge* festgestellt.[259] Zur Erfüllung des Tatbestandsmerkmals ist nicht zwingend einer Vereinbarung zwischen den beteiligten Unternehmen Voraussetzung, dieses kann sich auch „aus anderen verbindenden Faktoren ergeben und hängt von einer wirtschaftlichen Beurteilung und insbesondere der Beurteilung der Struktur des fraglichen Marktes ab."[260]

Der Begriff der kollektiven Marktbeherrschung wird in der Fusionskontrolle und der Missbrauchsaufsicht einheitlich verwandt, sodass die vom EuG in der Rechtssache *Airtours*[261] entwickelten Untersuchungskriterien[262] zur kollektiven Marktbeherrschung auch in der Missbrauchsaufsicht zur Prüfung herangezogen werden.[263] Die Wettbewerber müssen aufgrund einer hohen Markttransparenz und hinreichender Abschreckungsmechanismen eine kollektive Einheit bilden, deren gemeinsames Vorgehen nicht durch

257 *Fuchs,* in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht - Band 1, *Art. 102 AEUV*, Rn. 115; EuGH, Urt. v. 9.11.1983, Rs. C-322/81, Rn. 30, *Michelin*; Urt. v. 16.3.2000, verb. Rs. C-395/96 P u.a., Rn. 34, *Compagnie maritime belge*.

258 *Fuchs,* in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht - Band 1, *Art. 102 AEUV*, Rn. 115; *Eilmansberger/Bien,* in: MüKo, Wettbewerbsrecht - Band1, *Art. 102 AEUV*, 205.

259 EuGH, Urt. v. 16.3.2000, verb. Rs. C-395/96 P u.a., Rn. 34 ff., *Compagnie maritime belge*; Zuvor war die Rechtsprechung unklar und es blieb offen, welche Voraussetzungen an das Vorliegen einer kollektiven Marktbeherrschung geknüpft sind. Hierzu ausführlich *Jungermann*, Kollektive Marktbeherrschung durch interdependentes Parallelverhalten und deren Missbrauch, S. 83 ff.

260 EuGH, Urt. v. 16.3.2000, verb. Rs. C-395/96 P u.a., Rn. 45, *Compagnie maritime belge*; vgl. auch EuG, Urt. v. 30.9.2003, verb. Rs. T-191/98 u.a., Rn. 610, *Atlantic Container Line u.a.*

261 EuG, Urt. v. 6.6.2002, Rs. T-342/99, *Airtours / Kommission*.

262 Zu den *Airtours*-Kriterien siehe unten in Kapitel B. II. 3. d) aa).

263 *Eilmansberger/Bien,* in: MüKo, Wettbewerbsrecht - Band1, *Art. 102 AEUV*, 217; *Petit*, in: Lianos/Geradin (Hrsg.), Handbook on ECL - Substantive Aspects, S. 259 (301 ff.); EuG, Urt. v. 30.9.2003, verb. Rs. T-191/98 u.a., Rn. 652, *Atlantic Container Line u.a;* Urt. v. 26.1.2005, Rs. T-193/02, Rn. 111, *Piau*; Urt. v. 24.11.2011, Rs. T-296/09, Rn. 71, *EFIM*.

https://doi.org/10.5771/9783748937623-61 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Außenwettbewerb in Frage gestellt wird.[264] Im Gegensatz zur Fusionskontrolle genügt es im Rahmen der Missbrauchskontrolle nicht, nur die Möglichkeit einer *tacit collusion* aufgrund der Marktstruktur darzulegen, vielmehr ist das tatsächliche Auftreten als kollektive Einheit Voraussetzung.[265]

Algorithmische Preissetzung kann die Reaktionsmöglichkeiten und Abschreckungsmechanismen der Unternehmen verbessern und dazu beitragen, dass Wettbewerber eine „kollektive Einheit" bilden. Eine aus der Koordinierung von Preissetzungsalgorithmen resultierende *tacit collusion* kann somit grundsätzlich eine gemeinsame marktbeherrschende Stellung im Sinne der Vorschrift darstellen.

c) Missbräuchliches Ausnutzen

Liegt eine kollektive Marktbeherrschung vor, bedarf es darüber hinaus der missbräuchlichen Ausnutzung derselbigen. Nach ständiger Rechtsprechung des EuGH ist die missbräuchliche Ausnutzung „ein objektiver Begriff, der solche Verhaltensweisen eines Unternehmens in beherrschender Stellung erfasst, die die Struktur eines Marktes beeinflussen können, auf dem der Wettbewerb gerade wegen der Präsenz des fraglichen Unternehmens geschwächt ist, und die zur Folge haben, dass die Aufrechterhaltung des auf dem Markt noch bestehenden Wettbewerbs oder dessen Entwicklung durch den Einsatz von Mitteln behindert wird, die von den Mitteln eines normalen Produkt- oder Dienstleistungswettbewerbs auf der Grundlage der Leistung der Wirtschaftsteilnehmer abweichen."[266] Fraglich ist, inwiefern eine *tacit collusion* einen Missbrauch einer kollektiv beherrschenden Stellung begründen kann, da das Auftreten der Kollusion erst die kollekti-

264 *Fuchs,* in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht - Band 1, *Art. 102 AEUV*, 121-122; *Weiß,* in: Callies/Ruffert, *Art. 102 AEUV*, Rn. 20; EuG, Urt. v. 6.6.2002, Rs. T-342/99, Rn. 62, *Airtours / Kommission*.

265 *Fuchs,* in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht - Band 1, *Art. 102 AEUV*, Rn. 124; *Eilmansberger/Bien,* in: MüKo, Wettbewerbsrecht - Band1, *Art. 102 AEUV*, Rn. 218 mit Verweis auf die Gleichstellung einer kollektiv beherrschenden Stellung mit dem tatsächlichen Auftreten als kollektive Einheit durch den EuGH; vgl.EuGH, Urt. v. 16.3.2000, verb. Rs. C-395/96 P u.a., Rn. 36 ff., *Compagnie maritime belge*; kritisch hierzu *Schuchmann*, Die Behandlung von tacit collusion im europäischen und deutschen Kartellrecht, S. 138 ff.

266 EuGH, Urt. v. 6.12.2012, Rs. C-457/10 P, Rn. 74, *Astra Zeneca*; vgl. Urt. v. 17.11.2011, Rs. C-52/09, Rn. 27, *TeliaSonera Sverige*; Urt. v. 11.12.2008, Rs. C-52/07, Rn. 25, *Kanal 5 und TV 4*; Urt. v. 13.2.1979, Rs. C-85/76, Rn. 91, *Hoffmann-La Roche*.

https://doi.org/10.5771/9783748937623-61 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

ve Marktbeherrschung begründet, es aber eines darüber hinausgehenden missbräuchlichen Verhaltens bedarf.[267] Im Rahmen der Missbrauchsaufsicht haben sich drei Fallgruppen herausgebildet: der Ausbeutungsmissbrauch, der Behinderungsmissbrauch sowie der Strukturmissbrauch.[268]

aa) Ausbeutungsmissbrauch

Der Ausbeutungsmissbrauch bezieht sich auf ein missbräuchliches Handeln „zum Nachteil der Verbraucher und Abnehmer".[269] In Bezug auf eine algorithmische *tacit collusion* könnte ein Ausbeutungsmissbrauch in Form eines Preishöhenmissbrauchs entsprechend des Regelbeispiels nach Art. 102 S. 2 a) AEUV in Betracht zu ziehen sein. Hierfür müsste der von den Unternehmen aufgerufene Preis „im Vergleich zum wirtschaftlichen Wert der erbrachten Leistung stark überhöht"[270] sein. Einzig aus dem überwettbewerblichen Preisgleichgewicht, welches Folge der Marktgegebenheiten und des zulässigen Anpassens der Unternehmen an das erwartete oder festgestellte Verhalten der Wettbewerber ist, kann allerdings grundsätzlich nicht auf einen solchen Preishöhenmissbrauch geschlossen werden.[271] Andernfalls liefe die Missbrauchskontrolle auf eine „Marktergebniskontrolle" hinaus, die dem Schutzgut des unverfälschten Wettbewerbs entgegenstünde und Marktzutritte po-

267 Vgl. *Schuchmann*, Die Behandlung von tacit collusion im europäischen und deutschen Kartellrecht, S. 174; *Eilmansberger/Bien,* in: MüKo, Wettbewerbsrecht - Band1, *Art. 102 AEUV*, 32.

268 *Fuchs,* in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht - Band 1, *Art. 102 AEUV*, Rn. 134; *Bulst,* in: Bunte, Kartellrecht - Band 2, *Art. 102 AEUV*, Rn. 91; *Weiß,* in: Callies/Ruffert, *Art. 102 AEUV*, Rn. 33.

269 *Weiß,* in: Callies/Ruffert, *Art. 102 AEUV*, Rn. 33.

270 EuGH, Urt. v. 13.11.1975, Rs. C-26/75, Rn. 15, *General Motors I*; vgl. Urt. v. 14.2.1978, Rs. C-27/76, Rn. 248, *United Brands*; Urt. v. 11.11.1986, Rs. C-226/84, Rn. 30, *British Leyland*; Urt. v. 11.12.2008, Rs. C-52/07, Rn. 28, *Kanal 5 und TV 4*; Urt. v. 14.9.2017, Rs. C-177/16, Rn. 35, *Lettische Autorenvereinigung*; Urt. v. 25.11.2020, Rs.C-372/19, Rn. 38, *SABAM*.

271 *Eilmansberger/Bien,* in: MüKo, Wettbewerbsrecht - Band1, *Art. 102 AEUV*, Rn. 222f; *Koudelka* (2018), ECLR 39 (12), 515 (523); *Schuchmann*, Die Behandlung von tacit collusion im europäischen und deutschen Kartellrecht, S. 167 ff; *Fuchs,* in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht - Band 1, *Art. 102 AEUV*, Rn. 168ff; *Enchelmaier*, Europäische Wettbewerbspolitik im Oligopol, S. 183.

https://doi.org/10.5771/9783748937623-61 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

tenzieller Wettbewerber erschweren könnte.[272] Ein Ausbeutungsmissbrauch in Form überhöhter Preise kommt daher lediglich bei „krassen Überschreitungen"[273] des Preisniveaus in Betracht und stellt bereits im Rahmen der Einzelmarktbeherrschung die Ausnahme der Fälle dar.[274] Somit ist die erhöhte Preissetzung durch das kollusive Vorgehen eines oder mehrerer Algorithmen regelmäßig nicht als Ausbeutungsmissbrauch in Form eines Preishöhenmissbrauchs einzustufen.

bb) Behinderungsmissbrauch

Ein Behinderungsmissbrauch umfasst Handlungen, die sich gegen aktuelle oder potenzielle Wettbewerber auf dem fraglichen oder einem benachbarten Markt richten.[275] Im Gegensatz zum Ausbeutungsmissbrauch bezieht sich der Missbrauch hierbei nicht auf ein Verhalten zu Lasten der Abnehmer oder anderer Akteure auf vertikaler Ebene, sondern regelmäßig gegen Konkurrenten im Horizontalverhältnis. Damit eine algorithmische *tacit collusion* den Tatbestand eines Behinderungsmissbrauchs erfüllt, müsste das kollusive Zusammenwirken der Preissetzungsalgorithmen auf die Behinderung anderer Wettbewerber auf dem beherrschten Markt oder einem benachbarten Markt abzielen.[276] Eine entsprechende Behinderung könnte zum Beispiel in einer Verdrängungsstrategie der Algorithmen gegenüber aktuellen oder potenziellen Wettbewerbern zu sehen sein. Allerdings bedarf eine kollektive Behinderung der Wettbewerber häufig einer intensiven strategischen Abstimmung unter den beherrschenden Unternehmen, da es sich regelmäßig um „aggressive Wettbewerbsmaßnahmen" handelt, welche auch „gegen die

272 *Fuchs,* in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht - Band 1, *Art. 102 AEUV*, Rn. 169; *Koudelka* (2018), ECLR 39 (12), 515 (523); vgl. *Huttenlauch,* in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, *Art. 102 AEUV*, Rn. 184.

273 *Eilmansberger/Bien,* in: MüKo, Wettbewerbsrecht - Band1, *Art. 102 AEUV*, 223; vgl. auch den EuGH, der von einem übertriebenen Missverhält als Voraussetzung spricht, EuGH, Urt. v. 14.2.1978, Rs. C-27/76, Rn. 248, *United Brands.*

274 *Eilmansberger/Bien,* in: MüKo, Wettbewerbsrecht - Band1, *Art. 102 AEUV*, Rn. 223; *Fuchs,* in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht - Band 1, *Art. 102 AEUV*, Rn. 168ff.; Darüber hinaus bereitet die Bestimmung eines wettbewerbsrechtlich noch *angemessenen Preises* erhebliche praktische Schwierigkeiten, *Huttenlauch,* in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, *Art. 102 AEUV*, Rn. 182.

275 *Fuchs,* in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht - Band 1, *Art. 102 AEUV*, Rn. 134.

276 Vgl. *Weiß,* in: Callies/Ruffert, *Art. 102 AEUV*, Rn. 33.

https://doi.org/10.5771/9783748937623-61 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

anderen Mitglieder des Oligopols" wirken können.[277] Im Rahmen einer *tacit collusion* können die Unternehmen weder zweifelsfrei zwischen einem Konkurrenten und einem Mitglied des Oligopols unterscheiden, noch haben sie die Möglichkeit, die Last der Kosten entsprechender Maßnahmen im Sinne aller Mitglieder gerecht aufzuteilen.[278] Aufgrund der fehlenden Absprache stellt das Konstrukt der *tacit collusion* eine eher lose Verbindung zwischen den beteiligten Unternehmen dar, sodass ein Behinderungsmissbrauch durch nicht abgestimmte algorithmische Preissetzungsstrategien unwahrscheinlich erscheint.[279]

cc) Marktstrukturmissbrauch

Ein Marktstrukturmissbrauch liegt vor, wenn das Handeln der marktbeherrschenden Unternehmen zu Lasten struktureller Marktmerkmale geht.[280] Hiervon erfasst sind Handlungen, welche grundsätzlich als unbedenklich gegenüber den Wettbewerbern und Verbrauchern einzustufen sind, im Ergebnis aber auf die „Funktionsbedingungen des Wettbewerbs" abzielen und den Markt zugunsten der beherrschenden Unternehmen beeinflussen.[281] Während die Marktbeherrschung selbst zulässig ist, kann die „objektive Verstärkung der beherrschenden Stellung" einen Missbrauch derselbigen darstellen.[282] Unter dem Marktstrukturmissbrauch werden Unternehmenszusammenschlüsse zur Reduktion des Wettbewerbsdrucks oder auch die Verschlechterung des Angebots zu Lasten der Verbraucher gefasst.[283] Eine *tacit collusion* kann eine marktbeherrschende Stellung der Unternehmen durch oligopolistische Interdependenzen begründen. Damit darüber hinaus ein Marktstrukturmissbrauch gegeben ist, müsste eine bereits bestehende

277 *Eilmansberger/Bien,* in: MüKo, Wettbewerbsrecht - Band1, *Art. 102 AEUV*, 224.
278 *Europäische Kommission*, DG Competition Discussion Paper on the Application of Article 82 of the Treaty to Exclusionary Abuses, Rn. 98.
279 Vgl. *Eilmansberger/Bien,* in: MüKo, Wettbewerbsrecht - Band1, *Art. 102 AEUV*, 224.
280 *Weiß,* in: Callies/Ruffert, *Art. 102 AEUV*, Rn. 33; *Fuchs,* in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht - Band 1, *Art. 102 AEUV*, Rn. 134; vgl. EuGH, Urt. v. 21.2.1973, Rs. C-6/72, Rn. 21, *Continental Can*.
281 *Eilmansberger/Kruis*, in: Streinz, *Art. 102 AEUV*, Rn. 126.
282 *Gasser*, Der Marktstrukturmissbrauch in der Plattformökonomie, S. 263; mit Verweis auf *Deselaers,* in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, *Art. 102 AEUV*, Rn. 456.
283 *Huttenlauch,* in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, *Art. 102 AEUV*, Rn. 251ff; *Eilmansberger/Kruis*, in: Streinz, *Art. 102 AEUV*, Rn. 248ff; vgl. EuGH, Urt. v. 21.2.1973, Rs. C-6/72, 29, *Continental Can*.

https://doi.org/10.5771/9783748937623-61 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Kollusion durch Veränderungen der Marktstruktur nochmals verstärkt werden.[284]

Denkbar ist, dass der Einsatz von Algorithmen durch die Oligopolisten eine bereits zuvor bestehende *tacit collusion* verstärkt, indem die Transparenz eines Marktes künstlich erhöht wird oder anderweitige Unsicherheiten abgebaut werden.[285] Indem Abweichungen leichter aufgedeckt und schneller bestraft werden können, stabilisieren die Algorithmen eine Kollusion. Eine solche „objektive Verstärkung der beherrschenden Stellung" durch den Einsatz von Preisalgorithmen kann als Verstoß gegen Art. 102 AEUV gewertet werden. Hierfür müsste eine bereits bestehende Kollusion ebenso wie ihre darauffolgende Verstärkung nachgewiesen werden. Allein auf die algorithmische Preissetzung, die einen kollusiven Markt begründet, kann ein Marktstrukturmissbrauch allerdings nicht gestützt werden.

d) Besonderheiten im deutschen Recht

Im deutschen Recht ist das Missbrauchsverbot in § 19 GWB normiert. Die kollektive Marktbeherrschung ist in § 18 Abs. 5 GWB legaldefiniert. Sie liegt demnach vor, sofern es keinen wirksamen Wettbewerb zwischen den Unternehmen im Oligopol gibt und darüber hinaus entsprechend § 18 Abs. 1 GWB kein wirksamer Außenwettbewerb gegeben ist. Anhand des Marktverhaltens ist zu bestimmen ob der Binnenwettbewerb zwischen den Unternehmen tatsächlich ausgesetzt ist.[286] Entsprechend dem Unionsrecht kann *tacit collusion* auch nach deutschem Recht das Merkmal der kollektiven Marktbeherrschung des Missbrauchstatbestandes begründen.[287] Eine Besonderheit im Vergleich zum Unionsrecht stellt die Oligopolvermutung aus § 18 Abs. 6 GWB dar, wonach eine kollektive Marktbeherrschung bereits vermutet wird, sofern bis zu drei Unternehmen zusammen einen Marktanteil von mindestens 50% innehaben oder bis zu fünf Unternehmen einen Marktanteil von zwei Dritteln erreichen. Im Rahmen der Prüfung einer missbräuchlichen Ausnutzung der kollektiv beherrschenden Stellung ergeben sich für eine *tacit collusion* grund-

284 *Schuchmann*, Die Behandlung von tacit collusion im europäischen und deutschen Kartellrecht, S. 166.

285 *Eilmansberger/Bien,* in: MüKo, Wettbewerbsrecht - Bandl, *Art. 102 AEUV*, 227.

286 *Schuchmann*, Die Behandlung von tacit collusion im europäischen und deutschen Kartellrecht, S. 155.

287 Siehe hierzu *M. Wolf,* in: MüKo Wettbewerbsrecht - Band 2, *§ 18 GWB*, Rn. 67; BGH, Beschluss v. 11.11.2008, KVR 60/07, Rn. 48 – *E.ON/Stadtwerke Eschwege.*

https://doi.org/10.5771/9783748937623-61 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

sätzlich die gleichen Schwierigkeiten wie im Rahmen des Unionsrechts.[288] Für den Energiesektor stellt § 29 GWB eine sektorspezifische Kontrolle dar. Hier handeln kollektiv beherrschende Unternehmen bereits missbräuchlich, sobald sie gemäß Abs. 1 Nr. 1 „Entgelte […] fordern, die ungünstiger sind als diejenigen anderer Versorgungsunternehmen oder von Unternehmen auf vergleichbaren Märkten" oder nach Abs. 1 Nr. 2 „Entgelte fordern, die die Kosten in unangemessener Weise überschreiten." Die erhöhten Preise aufgrund algorithmischer kollusiver Preissetzung könnten im Energiesektor demnach leichter anzunehmen und so auch leichter zu sanktionieren sein.

e) Zwischenergebnis

In der Praxis ist ein Missbrauch in Folge oligopolistischer Interdependenzen – mit Ausnahme einer Verpflichtungsentscheidung aufgrund einer vorläufigen Beurteilung im Fall *Deutscher Stromgroßhandel* –[289] noch nicht Grundlage einer Entscheidung der Kommission gewesen.[290] Eine *tacit collusion* kann den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung begründen und unter das Verbot nach Art. 102 AEUV fallen. Die vorliegende Analyse hat gezeigt, dass die Hürden hierfür allerdings hoch sind und in der Praxis regelmäßig nicht gegeben sein dürften.[291] Eine Anwendung ist auf Fälle beschränkt, in denen die in einer Kollusion erzielten Preise etwa in einem krassen Missverhältnis zum wettbewerblichen Marktpreis stehen. Das Problem suprakompetitiver Marktergebnisse aufgrund algorithmischer Preissetzung lässt sich im Allgemeinen nicht von Art. 102 AEUV erfassen. In ihrer bisherigen Anwendung bietet die Missbrauchsaufsicht deshalb „nur einen geringen

288 Vgl. *Schuchmann*, Die Behandlung von tacit collusion im europäischen und deutschen Kartellrecht, S. 187.

289 Die Kommission sah in ihrer vorläufigen Beurteilung die Unternehmen RWE, E.ON (und gegebenenfalls Vattenfall) auf dem Stromgroßhandelmarkt als marktbeherrschend an und werteten das Zurückhalten von Kapazitäten zur Erzielung höherer Preise seitens E.ON als Mißbrauch dieser kollektiven Marktbeherrschung, Komm, Entsch. v. 26.11.2008, COMP/39.388 und 389, *Deutscher Stromgroßhandelsmarkt*. Darüber hinaus scheint die Erfassung einer *tacit collusion* auch nicht im generellen Fokus der Kartellbehörden zu stehen, *Petit*, in: Lianos/Geradin (Hrsg.), Handbook on ECL - Substantive Aspects, S. 259.

290 *Schuchmann*, Die Behandlung von tacit collusion im europäischen und deutschen Kartellrecht, S. 162 mit Verweis auf *Siciliani* (2014), JECLAP 5 (5) (294).

291 Vgl. *Bergmann/Fiedler,* in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, *Art. 102 AEUV*, Rn. 149.

https://doi.org/10.5771/9783748937623-61 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Mehrwert“[292] im Umgang mit *tacit collusion.*[293] Entsprechendes gilt auch für die deutsche Vorschrift aus § 19 Abs. 1 GWB.

3. Fusionskontrolle

Abschließend ist eine algorithmische *tacit collusion* im Lichte der Fusionskontrolle zu begutachten. Die Fusionskontrolle dient dem Schutz der Märkte vor negativen Eingriffen in ihre Struktur aufgrund externen Unternehmenswachstums.[294] So könnte die Fusion auf einem Markt mit algorithmischer Preissetzung die Struktur dergestalt verändern, dass die Wahrscheinlichkeit einer *tacit collusion* zunimmt oder eine bereits bestehende algorithmische Kollusion stabilisiert wird. Im Unionsrecht ist die Fusionskontrolle in der auf Art. 103 und 352 AEUV gestützten europäischen Fusionskontrollverordnung (FKVO) normiert.[295] Gemäß Art. 21 Abs. 3 FKVO kommt bei Zusammenschlüssen mit unionsweiter Bedeutung ausschließlich das Unionsrecht zur Anwendung. Ist der Anwendungsbereich des Unionsrechts nicht eröffnet, kann die deutsche Zusammenschlusskontrolle gemäß der §§ 35 ff. GWB zur Anwendung gebracht werden.

a) Übersicht über den Tatbestand

Zusammenschlussvorhaben, welche unter die FKVO fallen und die formellen Voraussetzungen erfüllen,[296] unterliegen einem Vollzugsverbot nach Art. 7

292 *Eilmansberger/Bien,* in: MüKo, Wettbewerbsrecht - Band1, *Art. 102 AEUV*, 223.

293 So auch *Mezzanotte* (2010), World Competition 33 (1), 77; *Petit*, in: Lianos/Geradin (Hrsg.), Handbook on ECL - Substantive Aspects, S. 259 (314, 346); *Bergmann/Fiedler,* in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, *Art. 102 AEUV*, Rn. 149; *Koudelka* (2018), ECLR 39 (12), 515 (522); *Klees/Hauser* (2008), EWS 2008 (1), 7 (12); *Bulst,* in: Bunte, Kartellrecht - Band 2, *Art. 102 AEUV*, Rn. 64; *Eilmansberger/Bien,* in: MüKo, Wettbewerbsrecht - Band1, *Art. 102 AEUV*, 219.

294 *Cassardt*, in: Weber/Aichberger/Creifelds (Hrsg.), Weber kompakt; *O. Koch,* in: MüKo, Wettbewerbsrecht - Band1, *Grdl. FKVO*, 72.

295 *Hacker,* in: Schröter/Jakob/Klotz/Mederer, EU Wettbewerbsrecht, *Einl. FKVO*, Rn. 4; *Simon,* in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, *Einf. FKVO*, Rn. 19; *Käseberg et al.,* in: Bunte, Kartellrecht - Band 2, *Einl. FKVO*.

296 Die Art. 3, 5 und 1 FKVO sind maßgeblich für die Zuständigkeit der Kommission. Liegt ein Zusammenschluss im Sinne des Art. 3 FKVO vor, ergibt sich die gemeinschaftsweite Bedeutung aus den Umsatzschwellen des Art. 1 FKVO, deren Berechnungsgrundlage sich aus Art. 5 FKVO ergibt. Ist ein Zusammenschluss ohne gemeinschafts-

https://doi.org/10.5771/9783748937623-61 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Abs. 1 FKVO. Sie sind der Kommission zu einer *ex ante* Prüfung gem. Art. 4 Abs. 1 FKVO anzumelden.[297] Die Kommission prüft, ob durch einen geplanten Zusammenschluss eine erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs zu erwarten ist, sog. SIEC-Test.[298] Nach Art. 2 Abs. 3 FKVO sind „Zusammenschlüsse, durch die wirksamer Wettbewerb im gemeinsamen Markt oder in einem wesentlichen Teil desselben erheblich behindert würde, insbesondere durch Begründung oder Verstärkung einer beherrschenden Stellung" zu untersagen. Im Rahmen der Prüfung ist zunächst der relevante Markt zu bestimmen, um anschließend mögliche Auswirkungen auf diesen durch den Zusammenschluss zu untersuchen.[299] Hierbei muss die Kommission sowohl potenzielle Nachteile für den Wettbewerb, als auch mögliche positive Auswirkungen einer Fusion betrachten.[300] Nach Abschluss der Prüfung kann die Kommission ein Zusammenschlussvorhaben ohne Auflage (Art. 8 Abs. 1 i.V.m. Art. 2 Abs. 2 FKVO) sowie unter Auflagen (Art. 8 Abs. 2 i.V.m. Art. 2 Abs. 2 FKVO) freigeben oder eine Fusion untersagen (Art. 8 Abs. 3 i.V.m. Art. 2 Abs. 3 FKVO).[301] Mit der 8. GWB-Novelle wurde das deutsche Recht an das Europäische Recht angepasst und der SIEC-Test in § 36 Abs. 1 GWB integriert.[302]

---

weite Bedeutung gegeben kommt eine Verweisung an die Kommission nach Art. 4 Abs. 5 FKVO oder Art. 22 FKVO in Betracht, siehe *O. Koch,* in: MüKo, Wettbewerbsrecht - Band1, *Art. 1 FKVO*, Rn. 9f; *Wiedemann*, in: Handbuch des Kartellrechts, *§ 2 Grundzüge des EU-KartellR*, Rn. 14.

297 *Simon,* in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, *Einf. FKVO*, Rn. 32; *Hacker,* in: Schröter/Jakob/Klotz/Mederer, EU Wettbewerbsrecht, *Einl. FKVO*, Rn. 12; *Maass,* in: Bunte, Kartellrecht - Band 2, *Art. 4 FKVO*, Rn. 1.

298 *Körber,* in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht - Band 3, *Art. 2 FKVO*, Rn. 2ff; *F. Montag/von Bonin,* in: MüKo, Wettbewerbsrecht - Band1, *Art. 2 FKVO*, Rn. 25.

299 *Riesenkampff/Steinbarth,* in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, *Art. 2 FKVO*, Rn. 9; *Hacker,* in: Schröter/Jakob/Klotz/Mederer, EU Wettbewerbsrecht, *Art. 2 FKVO*, Rn. 9; *Körber,* in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht - Band 3, *Art. 2 FKVO*, Rn. 16.

300 *Hacker,* in: Schröter/Jakob/Klotz/Mederer, EU Wettbewerbsrecht, *Art. 2 FKVO*, 24, 248; *Käseberg,* in: Bunte, Kartellrecht - Band 2, *Art. 2 FKVO*, S. 181.

301 *Käseberg,* in: Bunte, Kartellrecht - Band 2, *Art. 8 FKVO*, Rn. 1; *M. König,* in: Schröter/Jakob/Klotz/Mederer, EU Wettbewerbsrecht, *Art. 8 FKVO*, Rn. 1.

302 *R. Bechtold/Bosch*, Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Einf. Rn. 36; *Kallfaß,* in: Bunte, Kartellrecht - Band 1, *§ 35 GWB*, Rn. 8.

https://doi.org/10.5771/9783748937623-61 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

b) SIEC-Test

Der SIEC-Test fand über die umfangreiche Reform der Fusionskontrolle im Jahr 2004 Eingang in das europäische Kartellrecht.[303] Sein Name entspricht der Abkürzung der englischen Fassung des materiellen Prüfungskriteriums in Art. 2 Abs. 3 FKVO: „***s**ignificant **i**mpediment to **e**ffective **c**ompetition*". Der SIEC-Test ist eine Kombination des zuvor in der EU alleinig angewandten Marktbeherrschungstests und des US-amerikanischen SLC-Tests.[304] Hierbei ist die erhebliche Behinderung wirksamen Wettbewerbs das maßgebliche Untersagungskriterium. Die Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung stellt als Regelbeispiel eine mögliche Form der erheblichen Behinderung dar. Mit der Einführung des SIEC-Tests hat das Prüfungsverfahren der Kommission eine stärkere ökonomische Ausrichtung erfahren, dessen Fokus weniger auf starren Marktanteilsschwellen, als auf einer wirkungsbezogenen Betrachtung beruht und sich vermehrt ökonometrischer Analysen bedient.[305]

Im Rahmen der Prüfung einer erheblichen Behinderung wirksamen Wettbewerbs unterscheidet die Kommission zwischen den Fallgruppen der nichtkoordinierten sowie der koordinierten Wirkungen.[306] Nicht-koordinierte Wirkungen umfassen ausschließlich unilaterale Effekte eines Zusammenschlusses. Die Gefahr eines kollusiven Zusammenwirkens algorithmischer Preissysteme und somit die Möglichkeit einer *tacit collusion* wird von der Kommission unter dem Begriff der koordinierten Wirkungen berücksichtigt.[307]

303 *O. Koch,* in: MüKo, Wettbewerbsrecht - Band1, *Grdl. FKVO*, Rn. 49ff; *Kallfaß,* in: Bunte, Kartellrecht - Band 1, *§ 35 GWB*, Rn. 7; *Simon,* in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, *Einf. FKVO*, Rn. 15.

304 *Wagemann*, in: Handbuch des Kartellrechts, *§ 16 Die mat. Beurt. von Zusammenschl.*, Rn. 2f.

305 *O. Koch,* in: MüKo, Wettbewerbsrecht - Band1, *Grdl. FKVO*, 188; *Körber,* in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht - Band 3, *Art. 2 FKVO*, Rn. 190; *Käseberg,* in: Bunte, Kartellrecht - Band 2, *Art. 2 FKVO*, Rn. 104.

306 *Europäische Kommission*, Leitlinien zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse, Rn. 22.

307 *Riesenkampff/Steinbarth,* in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, *Art. 2 FKVO*, Rn. 62f.

https://doi.org/10.5771/9783748937623-61 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

aa) Koordinierte Wirkungen

Während der Missbrauchstatbestand des Art. 102 AEUV eine kollektive Marktbeherrschung erwähnt,[308] sind oligopolistische Interdependenzen in der FKVO nicht ausdrücklich normiert.[309] Nach Auffassung der Kommission in der Entscheidung *Nestle/Perrier* kann jedoch auch eine kollektiv beherrschende Stellung mehrer Unternehmen eine erhebliche Behinderung des Wettbewerbs im Sinne der FKVO zur Folge haben.[310] Dementsprechend bringt sie Art. 2 FKVO auch hinsichtlich einer (drohenden) oligopolistischen Marktbeherrschung zur Anwendung.[311] Im Jahr 1998 bestätigte der EuGH diese Auffassung erstmalig mit dem Urteil *Kali + Salz*.[312]

Die Kommission erfasst die kollektive Marktbeherrschung unter dem Begriff der koordinierten Wirkungen.[313] Der Bezugspunkt der koordinierten Wirkung ist nicht die statische Marktstruktur, sondern ihre dynamische Veränderung.[314] Wird durch einen Zusammenschluss die Wahrscheinlichkeit des Erreichens einer Kollusion erhöht oder wird eine bestehende Kollusion erleichtert, stabilisiert oder erfolgreicher gemacht, liegt eine koordinierte Wirkung vor.[315] Abgestimmte Verhaltensweisen entsprechend dem Art. 101 Abs. 1 AEUV sind hiervon nicht erfasst, sodass ausschließlich indirekte Abstimmungen autonom handelnder Wettbewerber – hierunter fällt *tacit col-*

308 Verboten wird die missbräuchliche Ausnutzung einer beherrschenden Stellung „durch ein oder mehrere Unternehmen", Art. 102 Abs. 1 AEUV.

309 Hierzu *Vorster*, Oligopole in der EU-Fusionskontrolle, 158f.

310 Komm, Entsch. v. 22.7.1992, Fall IV/M.190 (erhältlich in ABl 1992 L 356/1), Rn. 114, *Nestlé/Perrier*.

311 Komm, Entsch. v. 22.7.1992, Fall IV/M.190 (erhältlich in ABl 1992 L 356/1), Rn. 110f., *Nestlé/Perrier*; Entsch. v. 27.4.1992, Fall IV/M.202 (erhältlich in ABl. 1992 C 120/12), Rn. 21ff., *Thorn EMI/Virgin Music*; Entsch. v. 14.12.1993, Fall IV/M.308 (erhältlich in ABl. 1994 L 186/38), Rn. 26, *Kali+Salz*; Entsch. v. 21.12.1993, Fall IV/M.358 (erhältlich in ABl. 1994 L 158/24), Rn. 24ff., *Pilkington-Techint*; Entsch. v. 31.1.1994, Fall IV/M.408 (erhältlich in ABl. 1994 L 102/15), Rn. 52, *Mannesmann*; Entsch. v. 18.10.1995, Fall IV/M.580 (erhältlich in ABl. 1997 L 11/1), Rn. 150, *ABB/ Daimler Benz*; Entsch. v. 24.4.1996, Fall IV/M.619 (erhältlich in ABl. 1997 L 11/30), Rn. 140ff., *Gencor*.

312 EuGH, Urteil v. 31.3.1998, Rs. C-68/94, Rn. 178, *Kali + Salz*; vgl. auch Urt. v. 10.7.2008, Rs. C-413/06 P, Rn. 119, *Sony/Impala*.

313 *Europäische Kommission*, Leitlinien zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse, Rn. 39.

314 *Körber,* in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht - Band 3, *Art. 2 FKVO*, Rn. 458; *Schwalbe/Zimmer*, Kartellrecht und Ökonomie, S. 547.

315 *Europäische Kommission*, Leitlinien zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse, Rn. 22, 39; *Wagemann*, in: Handbuch des Kartellrechts, *§ 16 Die mat. Beurt. von Zusammenschl.*, Rn. 106, 69ff.

https://doi.org/10.5771/9783748937623-61 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

lusion – Gegenstand der Prüfung sind.[316] Somit könnte auch den Auswirkungen algorithmischer Preissetzung im Rahmen des SIEC-Tests Rechnung getragen werden.

bb) Ausgleichsfaktoren

Das (potenzielle) Auftreten wettbewerbsschädlicher Effekte muss nicht zwingend die Untersagung eines Zusammenschlusses zur Folge haben. Nachdem die Kommission eine koordinierte Wirkung prognostiziert hat, prüft sie mögliche Ausgleichsfaktoren, die den Wettbewerb nach der Fusion aufrechterhalten könnten.[317] Hierzu können eine gegenläufige Nachfragemacht, geringe Marktzutrittsschranken oder Effizienzgewinne zählen. Auch das ohne den Zusammenschluss folgende Ausscheiden des fusionierenden Wettbewerbers aus dem Markt (Sanierungsfusion) kann die negativen Folgen ausgleichen.

c) Prognoseentscheidung

Im Rahmen der Zusammenschlusskontrolle muss die Kommission Wettbewerbsvoraussetzungen eines Marktes beurteilen, welche zum Zeitpunkt der Prüfung noch nicht gegeben sind.[318] Somit muss sie eine zukunftsgerichtete Prognoseentscheidung treffen. Zu vergleichen sind die Voraussetzungen für eine (algorithmische) *tacit collusion* bei hypothetischer Marktentwicklung nach einer Fusion mit den Voraussetzungen bei hypothetischer Marktentwicklung ohne eine Fusion.[319] Die in Kapitel C dargestellten Erkenntnisse der ökonomischen Analyse werden zeigen, dass eine erfolgreiche Kollusion ohne vorherigen Informationsaustausch in der Regel schwierig zu erzielen ist und von den jeweiligen Marktstrukturen sowie dem Zusammenspiel

316 *Europäische Kommission*, Leitlinien zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse, Rn. 39; *Riesenkampff/Steinbarth,* in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, *Art. 2 FKVO*, Rn. 62.

317 *Europäische Kommission*, Leitlinien zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse, Rn. 12; *Körber,* in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht - Band 3, *Art. 2 FKVO*, Rn. 516; *F. Montag/von Bonin,* in: MüKo, Wettbewerbsrecht - Band1, *Art. 2 FKVO*, Rn. 283ff.

318 *Vorster*, Oligopole in der EU-Fusionskontrolle, S. 151.

319 *Europäische Kommission*, Leitlinien zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse, Rn. 9; *Käseberg,* in: Bunte, Kartellrecht - Band 2, *Art. 2 FKVO*, Rn. 131.

https://doi.org/10.5771/9783748937623-61 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

verschiedener Marktfaktoren abhängig ist. Regelmäßig ist *tacit collusion* eine mögliche, aber nicht die alleinig denkbare Folge aus einer hierfür günstigen Marktstruktur.[320] Die Prognose einer zukünftigen Verhaltenskoordination der Wettbewerber bereitet insbesondere dann Schwierigkeiten, wenn verschiedene Effekte mit unterschiedlichen Auswirkungen auf eine Kollusion zu erwarten sind.[321] Generell lassen sich aber durch den Vergleich mit der hypothetischen Marktentwicklungen mögliche Veränderungen kollusionsfördernder Faktoren prognostizieren und neue – kollusive – Gleichgewichte identifizieren.[322] Hierbei kann dem Faktor technischer Hilfssysteme, wie der algorithmischen Preissetzung, Rechnung getragen werden, indem die Verwendung von Preissetzungsalgorithmen im Rahmen der Bewertung der Marktstruktur sowie ihrer Veränderung durch eine Fusion Berücksichtigung findet.[323] Ob sich die Veränderung der Marktstruktur aber tatsächlich auf das Koordinierungsverhalten der Wettbewerber auswirken wird und sich *tacit collusion* realisiert, wird sich ex ante nicht zweifelsfrei feststellen lassen.[324] Allerdings genügt es im Rahmen der Prüfung festzustellen, dass Kollusion in der neuen Marktsituation wahrscheinlicher und leichter durchzusetzen sein wird.[325] Wenngleich eine Prognose koordinierter Effekte in der Praxis regelmäßig Schwierigkeiten bereitet,[326] ist sie im Rahmen der Fusionskontrolle grundsätzlich zu erfassen.

d) Rechtspraxis

In der Vergangenheit hat es einige richtungsweisende Entscheidungen gegeben, die dazu geführt, haben, dass es heute in der Fusionskontrolle einen „weitgehend unstrittigen *status quo*" in Bezug auf *tacit collusion* gibt.[327]

320 Die ökonomischen Grundlagen zu *tacit collusion* folgen in Kapitel C.
321 *Schwalbe/Zimmer*, Kartellrecht und Ökonomie, S. 588.
322 *Schwalbe/Zimmer*, Kartellrecht und Ökonomie, 587f.
323 Hierzu ausführlich *Schwalbe/Zimmer*, Kartellrecht und Ökonomie, S. 541 ff.
324 *Ivaldi et al.* (2003), S. 64; *Bishop/Lofaro* (2004), The Antitrust Bulletin 49 (1-2), 195 (242).
325 *Ivaldi et al.* (2003), S. 64; *Schuchmann*, Die Behandlung von tacit collusion im europäischen und deutschen Kartellrecht, S. 70.
326 *Loertscher/L. M. Marx* (2021), JLE 64 (4), 705 (2); *Kolasky*, Coordinated Effects in Merger Review: From Dead Frenchmen to Beautiful Minds and Mavericks.
327 *Schuchmann*, Die Behandlung von tacit collusion im europäischen und deutschen Kartellrecht, S. 70.

https://doi.org/10.5771/9783748937623-61 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

aa) Die europäische Rechtsprechung

Im *Kali + Salz* Urteil nannte der EuGH als Voraussetzung einer kollektiv beherrschenden Stellung, dass die Wettbewerber „insbesondere aufgrund der zwischen ihnen bestehenden verbindenden Faktoren zusammen die Macht zu einheitlichem Vorgehen auf dem Markt und in beträchtlichem Umfang zu einem Handeln unabhängig von den anderen Wettbewerbern, ihrer Kundschaft und letztlich den Verbrauchern besitzen".[328] Maßgeblich seien somit das Unterbleiben eines wirksamen Innenwettbewerbs zwischen den Unternehmen sowie das Entfallen wirksamen Außenwettbewerbs auf dem entsprechenden Markt.[329]

Mit dem *Airtours*-Urteil[330] aus dem Jahr 2002, bei dem das EuG eine Untersagungsentscheidung der Kommission aufhob, wurden die Kriterien zur Prüfung koordinierter Wirkungen konkretisiert. In seinem Urteil entwickelte das Gericht die zweistufige Prüfung des Außen- und Innenwettbewerbs ökonomisch fort und formulierte drei Voraussetzungen für die Annahme koordinierter Wirkungen.[331] Die ersten beiden Voraussetzungen beziehen sich auf den Innenwettbewerb zwischen den Oligopolisten, die dritte Voraussetzung betrifft den Außenwettbewerb:[332]

- Zunächst bedarf es eines transparenten Marktes, damit die Oligopolisten die Einhaltungen der stillschweigenden Koordinierung durch ihre Wettbewerber überwachen können.[333]
- Darüber hinaus muss ein Anreiz für die kolludierenden Unternehmen bestehen, auf Dauer nicht von der gemeinsamen Strategie abzuweichen. Hierfür bedarf es eines realistischen Bestrafungsszenarios, welches der Oligopolist im Falle einer Abweichung zu befürchten hätte.[334]
- Abschließend darf die voraussichtliche Reaktion der übrigen Konkurrenten und Nachfrager das kollusive Vorgehen nicht in Frage stellen.[335]

328 EuGH, Urteil v. 31.3.1998, Rs. C-68/94, Rn. 221, *Kali + Salz*.
329 *Körber,* in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht - Band 3, *Art. 2 FKVO*, Rn. 453.
330 EuG, Urt. v. 6.6.2002, Rs. T-342/99, *Airtours / Kommission*.
331 *Bartosch* (2002), EuZW, 645 (646); *Wagemann*, in: Handbuch des Kartellrechts, *§ 16 Die mat. Beurt. von Zusammenschl.*, § 16 Rn. 109; *Schwalbe/Zimmer*, Kartellrecht und Ökonomie, S. 450.
332 *Bartosch* (2002), EuZW, 645 (647).
333 EuG, Urt. v. 6.6.2002, Rs. T-342/99, Rn. 62, *Airtours / Kommission*.
334 EuG, Urt. v. 6.6.2002, Rs. T-342/99, Rn. 62, *Airtours / Kommission*.
335 EuG, Urt. v. 6.6.2002, Rs. T-342/99, Rn. 62, *Airtours / Kommission*.

https://doi.org/10.5771/9783748937623-61 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Hiermit trug das EuG den spieltheoretischen Erkenntnissen insbesondere bezüglich der Erforderlichkeit von Bestrafungsszenarien Rechnung,[336] welche von der Kommission zuvor nicht als zwingende Bedingung angesehen wurde.[337]

Der EuGH bestätigte 2008 diese „*Airtours*-Kriterien" in seinem Urteil zu *Sony/Impala*[338]. Ausgangspunkt war erneut ein Urteil des EuG, welches in erster Instanz erstmals eine Freigabeentscheidung der Kommission aufhob, nachdem mit *Impala* ein Wettbewerber gegen einen Zusammenschluss geklagt hatte.[339] In zweiter Instanz hob der EuGH das erstinstanzliche Urteil aufgrund von Rechtsfehlern auf, bestätigte und ergänzte jedoch die aufgestellten *Airtours*-Kriterien.[340] Darüber hinaus machte der EuGH deutlich, dass im Rahmen der Anwendung dieser Kriterien „nicht mechanisch in einer Weise vorgegangen werden [dürfe], bei der jedes Kriterium einzeln für sich allein geprüft wird, ohne den wirtschaftlichen Gesamtmechanismus einer unterstellten stillschweigenden Koordinierung zu beachten."[341]

bb) Kommissionspraxis

In Folge der *Airtours*-Entscheidung übernahm die Kommission die drei Entscheidungskriterien in ihre Beurteilungspraxis auf und führt sie in ihren Leitlinien zur Bewertung horizontaler sowie nicht-horizontaler Zusammenschlüsse aus.[342] Maßgeblich für die Annahme koordinierter Wirkungen ist demnach, inwieweit sich die Wahrscheinlichkeit einer *tacit collusion* durch einen Zusammenschluss erhöht, indem durch eine hohe Markttransparenz,

336 In seinem Urteil führte das Gericht aus, dass es für eine erfolgreiche *tacit collusion* ausreichender Abschreckungsmittel bedarf, „so dass keines der Oligopolmitglieder ein Interesse daran hat, zum Nachteil der übrigen Mitglieder vom gemeinsamen Verhalten abzuweichen." EuG, Urt. v. 6.6.2002, Rs. T-342/99, Rn. 195, *Airtours / Kommission*; zu den spieltheoretischen Hintergründen, siehe unten Kapitel C II. 2.

337 *Schwalbe/Zimmer*, Kartellrecht und Ökonomie, S. 464.

338 EuGH, Urt. v. 10.7.2008, Rs. C-413/06 P, *Sony/Impala*.

339 EuG, Urt. v. 13.7.2006, Rs. T-464/04, *Impala*.

340 EuGH, Urt. v. 10.7.2008, Rs. C-413/06 P, Rn. 123f., 166ff., *Sony/Impala*.

341 EuGH, Urt. v. 10.7.2008, Rs. C-413/06 P, Rn. 125, *Sony/Impala*.

342 *Riesenkampff/Steinbarth,* in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, *Art. 2 FKVO*, Rn. 141; *Hacker,* in: Schröter/Jakob/Klotz/Mederer, EU Wettbewerbsrecht, *Art. 2 FKVO*, Rn. 303; *Europäische Kommission*, Leitlinien zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse, Rn. 39 ff; *Europäische Kommission*, Leitlinien zur Bewertung nicht-horizontaler Zusammenschlüsse, Rn. 81.

https://doi.org/10.5771/9783748937623-61 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Koordinierungsdisziplin sowie die Unabhängigkeit von Außenstehenden Koordinationsanreize geschaffen oder verstärkt werden.[343] Auch darüber hinaus finden sich in den Leitlinien viele Faktoren, die zur Beurteilung koordinierter Wirkungen herangezogen werden.[344] Hierbei wird einmal mehr der Einfluss ökonomischer Erkenntnisse auf die Rechtsanwendung deutlich.[345]

In der bisherigen Entscheidungspraxis der Kommission liegt der Fokus jedoch auf den nicht-koordinierten Effekten, *tacit collusion* spielte eine eher untergeordnete Rolle.[346] Dennoch prüfte die Kommission in einigen Fällen koordinierte Effekte eines Zusammenschlusses, wobei sie diese in einem großen Teil der Fälle verneinte.[347]

Im Rahmen des Zusammenschlussvorhabens *ABF/GBI Business*[348] nahm die Kommission auf den portugiesischen sowie spanischen Trocken-, Flüssig- und Presshefemärkten hingegen die Gefahr koordinierter Wirkungen in Folge einer Fusion zweier Wettbewerber an. Aufgrund einer geringen Anzahl an Wettbewerbern, einer hohen Homogenität der Produkte, hoher Marktzutrittsschranken, einer hohen Interaktionsfrequenz sowie geringer Nachfrageelastizität, sah die Kommission in der Ausschaltung eines unabhängigen Wettbewerbers die Gefahr einer „quasi-duopolistischen Marktstruktur" sowie koordinierter Effekte als gegeben an.[349] Im Ergebnis genehmigte die Kommission dennoch den Zusammenschluss unter der Auflage der Veräußerung einzelner Geschäftsbereiche.[350]

---

343 *Europäische Kommission*, Leitlinien zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse, Rn. 41.

344 *Europäische Kommission*, Leitlinien zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse, Rn. 36 ff.

345 *Schuchmann*, Die Behandlung von tacit collusion im europäischen und deutschen Kartellrecht, S. 79.

346 Vgl. *Wagemann*, in: Handbuch des Kartellrechts, *§ 16 Die mat. Beurt. von Zusammenschl.*, Rn. 113a; so auch *Kallfaß,* in: Bunte, Kartellrecht - Band 1, *§ 36 GWB*, der ein "Ausweichen" der Kommission auf die nicht-koordinierten Effekte in Folge des Airtours-Urteil festmacht.

347 Komm, Entsch. v. 17.7.2005, COMP/M.3625 (erhältlich in ABl. 2005 C 21/16), Rn. 96ff., *Blackstone/ Acetex*; Entsch. v. 18.8.2006, COMP/M.3848, Rn. 90ff., *Sea-Invest/ EMO-EKOM*; Entsch v. 3.10.2007, COMP/M.3333, Rn. 150, *Sony/ BMG*; Entsch. v. 9.1.2009, COMP/M.5153, Rn. 265ff., *Arsenal/ DSP*; Entsch. v. 4.5.2011, COMP/ M.5907, Rn. 148, *Votorantim/ Fischer/JV*; Entsch. v. 18.4.2012, COMP/ M.6266, Rn. 130ff., *Johnson & Johnson/ Synthes*; Entsch. v. 21.9.2012, COMP/M.6458, Rn. 735ff., *Universal Music/ EMI*.

348 Komm, Entsch. v. 23.9.2008, COMP/M.4980, *ABF/GBI Business*.

349 Komm, Entsch. v. 23.9.2008, COMP/M.4980, Rn. 139, 147ff., *ABF/GBI Business*.

350 Komm, Entsch. v. 23.9.2008, COMP/M.4980, Rn. 371ff., 402ff., *ABF/GBI Business*.

https://doi.org/10.5771/9783748937623-61 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Im Fall *AB InBev/SABMiller*[351] äußerte die Kommission ebenfalls Bedenken, dass es durch einen Zusammenschluss der beiden Brauereien zu Nachteilen für die Verbraucher kommen könnte. Demnach befürchtete die Kommission, dass eine Fusion „zu höheren Bierpreisen geführt hätte, da ein wichtiger Wettbewerber weggefallen und eine stillschweigende Verhaltensabstimmung zwischen den großen Brauereiunternehmen wahrscheinlicher geworden wäre."[352] Auch in diesem Fall erteilte die Kommission die Freigabe unter der Auflage der Veräußerung einzelner Geschäftsbereiche.[353]

Im Rahmen des geplanten Zusammenschlusses *Orange/H3G*[354] auf dem österreichischen Mobilfunkmarkt stellte die Kommission fest, dass einzelne Merkmale des Marktes sowie in der Vergangenheit aufgetretenes Parallelverhalten auf koordinierte Wirkungen in Folge eines Zusammenschlusses hindeuten könnten.[355] Allerdings reichten die Indizien nicht aus, um den Beweisanforderungen an eine erhebliche Behinderungen des wirksamen Wettbewerbs aufgrund koordinierter Wirkungen zu entsprechen. Durch Zusagen der Parteien konnten mögliche nachteilige Wirkungen darüber hinaus als kompensiert betrachtet werden, sodass die Kommission aufgrund der Verpflichtungszusagen eine erhebliche Beeinträchtigung durch die Fusion ausschließen konnte.[356]

e) Besonderheiten des deutschen Rechts

Auch in der deutschen Fusionskontrolle richtet sich die Bewertung koordinierter Wirkungen nach den ökonomischen Grundlagen der *tacit collusion*.[357] Die gemeinsame Marktbeherrschung im Oligopol ist in § 18 Abs. 5 GWB legaldefiniert und liegt vor, sofern unter den Wettbewerbern kein Innenwettbewerb besteht und sie darüber hinaus keinem wirksamen Außenwettbewerb

351 Komm, Entsch. v. 24.5.2016, COMP/M.7881, *AB InBev / SABMiller*.
352 *Europäische Kommission,* Pressemitteilung vom 24.05.2016, Fusionskontrolle: EU-Kommission knüpft Übernahme von SABMiller durch AB InBev an Bedingungen, abrufbar unter: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/de/IP_16_1900 (zugegriffen am 22.11.2022).
353 Komm, Entsch. v. 24.5.2016, COMP/M.7881, Rn. 419, *AB InBev /SABMiller*.
354 Komm, Entsch. v. 12.12.2012, COMP/M.6497, *Orange/H3G*.
355 Komm, Entsch. v. 12.12.2012, COMP/M.6497, Rn. 448, *Orange/H3G*.
356 Komm, Entsch. v. 12.12.2012, COMP/M.6497, Rn. 449, *Orange/H3G*.
357 *Bundeskartellamt*, Leitfaden zur Marktbeherrschung in der Fusionskontrolle, 29. März 2012, Rn. 81.

https://doi.org/10.5771/9783748937623-61 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

ausgesetzt sind. Nach der Rechtsprechung des BGH ist im Rahmen des Innenverhältnisses zu untersuchen, ob „aufgrund der Marktstruktur mit einem dauerhaft einheitlichen Verhalten der Mitglieder des möglichen Oligopols zu rechnen ist. Das ist anzunehmen, wenn zwischen den beteiligten Unternehmen eine enge Reaktionsverbundenheit besteht."[358] Als maßgebliche Indizien nennt das Gericht die Markttransparenz sowie Möglichkeiten der Bestrafung im Falle einer Abweichung. Darüber hinaus sind weitere Faktoren zu berücksichtigen, wie „die Symmetrie der beteiligten Unternehmen hinsichtlich der Produktpalette, der verwendeten Technologie und der Kostenstruktur, etwaige Marktzutrittsschranken, die Nachfragemacht der Marktgegenseite und die Preiselastizität der Nachfrage."[359] In seinen Entscheidungen nehmen der BGH sowie das BKartA Bezug auf die Rechtsprechung der europäischen Gerichte,[360] sodass auch bei der Fusionskontrolle eine zunehmende Angleichung zu beobachten ist.[361]

Im Gegensatz zum europäischen Recht sieht das deutsche Recht jedoch Marktanteilsschwellen vor, ab denen die gemeinsame Marktbeherrschung vermutet wird. Gemäß § 18 Abs. 6 GWB wird für eine Gruppe von bis zu drei Wettbewerbern eine kollektive Marktbeherrschung ab einem Marktanteil von zusammen 50 Prozent vermutet, bei bis zu fünf Unternehmen ab einem Marktanteil von zwei Dritteln. Somit kommt es zu einer Beweislastumkehr im Rahmen der Feststellung einer *tacit collusion*.[362] Nach § 18 Abs. 7 GWB müssen die Oligopolisten das Bestehen von Wettbewerb oder das Nichtbestehen einer überragenden Marktstellung nachweisen.

f) Zwischenergebnis

Im Rahmen der Fusionskontrolle prüft die Kommission die möglichen Auswirkungen eines geplanten Zusammenschlusses auf die Struktur des betref-

358 BGH, Beschl. v. 11.11.2008, KVR 60/07, Rn. 39, *E.ON/ Stadtwerke Eschwege*.
359 BGH, Beschl. v. 11.11.2008, KVR 60/07, Rn. 39, *E.ON/ Stadtwerke Eschwege*.
360 BGH, Beschl. v. 8.6.2010, KVR 4/09, Rn. 26, *Springer/ProSieben-SAT1*; Beschl. v. 11.11.2008, KVR 60/07, Rn. 39, *E.ON/ Stadtwerke Eschwege*; BKartA, Beschl. v. 17.2.2009, B2-46/08, Rn. 227, *Nordzucker/Danisco Sugar*; vgl. auch BGH, Beschl. v. 20.4.2010, KVR 1/09, Rn. 55, *Phonak/ GN Store*.
361 *Schwalbe/Zimmer*, Kartellrecht und Ökonomie, S. 584.
362 *Töllner,* in: Bunte, Kartellrecht - Band 1, *§ 18 GWB*, Rn. 257ff; *Kühnen,* in: Loewenheim/ Meessen/Riesenkampff, *§ 18 GWB*, 130; *R. Bechtold/Bosch*, Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, § 18 Rn. 77; *M. Wolf,* in: MüKo Wettbewerbsrecht - Band 2, *§ 18 GWB*, Rn. 74.

https://doi.org/10.5771/9783748937623-61 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

fenden Marktes. Hierbei haben sich im Rahmen der Prognoseentscheidung die *Airtours*-Kriterien zur Bewertung koordinierter Effekte herausgebildet. Demnach sind insbesondere die Transparenz, ein realistisches Bestrafungsszenario sowie ausbleibender Wettbewerbsdruck von außen Indizien für das Auftreten koordinierter Wirkungen. Algorithmische Preissetzung kann im Rahmen der Fusionskontrolle berücksichtigt werden und potenzielle negativen Auswirkungen können im Sinne der *Airtours*-Kriterien Berücksichtigung finden. Drohen koordinierte Wirkungen aufgrund des Einsatzes von Preisalgorithmen kann es zu einer Untersagung oder einer Freigabeentscheidung nur unter Auflagen kommen.

Exkurs: *Tacit collusion* im US-amerikanischen Kartellrecht

Die Entwicklung des europäischen Kartellrechts wurde maßgeblich von der amerikanischen Antitrust-Gesetzgebung inspiriert.[363] Auch der wissenschaftliche Diskurs um die rechtliche Einordnung einer *tacit collusion* wurde in der Vergangenheit besonders prominent im amerikanisch Rechtsraum geführt.[364] Das älteste und zentrale amerikanische Kartellgesetz ist der 1890 verabschiedete Sherman Act[365]. Neben diesem bilden der Clayton Act[366] sowie der Federal Trade Commission Act[367] die wichtigsten Kartellgesetze.[368] In Section 1 und Section 2 Sherman Act befinden sich mit dem Kartell- sowie Missbrauchsverbot die mit den Art. 101 und 102 AEUV vergleichbaren Regelungsinhalte. Im Kontrast zum Unionsrecht wird ein Verstoß gegen diese Vorschriften als Straftat behandelt und mit Geld- oder Freiheitsstrafe sanktioniert.[369] Die Fusionskontrolle findet ihr Pendant in Section 7 Clayton Act.

363 Vgl. *Fleischer/Körber* (2001), WuW 2001 (1), 6; *E. Wolf* (1951), GRUR 1951, 241.
364 So etwa bereits in den sechziger Jahren des vergangenen Jahrhundert *D. F. Turner* (1962), Harvard Law Review 75 (4), 655; *Posner* (1969), SLR 21, 1562.
365 15 U.S.C. §§ 1-38.
366 15 U.S.C. §§ 12-27.
367 15 U.S.C. §§ 41-58.
368 *Elhauge*, United States Antitrust Law and Economics, S. 10 f.
369 *Broder*, U.S. Antitrust Law and Enforcement, S. 16.

https://doi.org/10.5771/9783748937623-61 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

a) Sherman Act

Rechtswidrig gemäß Section 1 Sherman Acts ist: „*every contract, combination […], or conspiracy, in restraint of trade or commerce among the several States, or with foreign nations.*" Die Norm ist weit auszulegen und umfasst sowohl horizontale, als auch vertikale Wettbewerbsbeschränkungen.[370] Während einige Vorgehensweisen – wie die Preisabsprache –[371] als *per-se* verboten gelten, wird bei den übrigen Beschränkungen eine Abwägung zwischen Nachteilen der wettbewerbswidrigen Handlung sowie möglichen wettbewerbsfördernden Aspekten vorgenommen (*rule of reason*).[372] Zwingende Bedingung für einen Kartellverstoß stellt auch hier eine verbotene Abstimmung dar, mithin muss sich ein Unternehmen „mit jemand anderem verschwören oder absprechen."[373] So bedarf es bei einem oligopolistischen Parallelverhalten (*conscious parallelism*) zusätzlicher Faktoren (*plus factors*) oder unterstützender Praktiken (*facilitating practices)*, die gegen ein einseitiges Handeln und für eine Abstimmung der Wettbewerber sprechen.[374] Lässt sich diese nicht nachweisen, kann auch im amerikanischen Recht aus einem Parallelverhalten nicht auf eine Abstimmungshandlung (*concerted action*) geschlossen werden.[375] Bezüglich der Unterscheidung zwischen einem erlaubten Parallelverhalten und einer verbotenen Abstimmungshandlung laufen die Vorschriften des

370 *Broder*, U.S. Antitrust Law and Enforcement, S. 35; *Jansen*, Verhaltenssteuerung als Mittel zur Kartellrechtlichen Regulierung, S. 39.

371 Ein *per-se* Verbot gilt für Fälle, die eindeutig wettbewerbsschädigend sind. Zu den *per-se Verboten* zählen neben der Preisabsprache auch Angebotsabsprachen, Kundinnen- und Marktaufteilungen, Gruppenboykotte und bestimmte Kopplungsvereinbarungen, *Broder*, U.S. Antitrust Law and Enforcement, S. 16; *Elhauge*, United States Antitrust Law and Economics, S. 49; *Goetz/McChesney*, Antitrust Law, S. 106 ff.

372 *Broder*, U.S. Antitrust Law and Enforcement, S. 16,38.

373 Aus dem Englischen übersetzt, siehe *Goetz/McChesney*, Antitrust Law, S. 266; siehe hierzu auch U.S. Supreme Court, Entsch. v. 21.5.2007, 550 U. S. 544, S. 553, *Bell Atlantic Corp. v. Twombly*.

374 *Elhauge/Geradin*, Global Competition Law and Economics; *Kovacic et al.* (2011), Michigan Law Review 110 (3), 393 (878); *OECD*, Mini-Roundtable on Oligopoly, 1999, Rn. 21; erstmalig wurde der Begriff der *plus factors* in der Rechtssache *C-O-Two* vom Gericht des neunten Bezirks eingeführt, U.S. Court of Appeals, 9th Cir., Entsch. v. 11.8.1952, 197 F.2d 489, *C-O-Two Fire Equipment Co;* zur Behandlung *facilitating practices* in den Vereinigten Staaten siehe außerdem*OECD*, Roundtable on Facilitating Practices in Oligopolies, 2008, S. 111.

375 *Elhauge*, United States Antitrust Law and Economics, S. 520.

https://doi.org/10.5771/9783748937623-61 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

amerikanischen sowie des Unionsrechts weitgehend gleich. Eine *tacit collusion* ist nicht vom Kartellverbot gemäß Section 1 Sherman Act erfasst.[376]

Die missbräuchliche Monopolisierung sowie ihr Versuch wird unter Section 2 Sherman Act gefasst.[377] Eine Monopolisierung bedarf der Monopolstellung sowie eines wettbewerbswidrigen oder ausschließenden Verhaltens.[378] Auch eine Verschwörung mehrerer Wettbewerber zur Monopolisierung ist von der Verbotsnorm erfasst. Diese ist nach denselben Maßstäben entsprechend Section 1 Sherman Act zu beurteilen.[379] Während abgestimmte Verhaltensweisen häufig sowohl unter Section 1, als auch unter Section 2 Sherman Act zu subsumieren sind, wird die stillschweigende Vereinbarungen auch im Rahmen der Missbrauchskontrolle grundsätzlich nicht erfasst.[380] Somit fällt auch die zu *tacit collusion* führende algorithmische Preissetzung grundsätzlich nicht unter die Verbotsnorm der Section 2 Sherman Act.

b) Clayton Act

Der Clayton Act wurde 1914 vom Kongress verabschiedet und umfasst unter anderem die Regulierung von Unternehmenszusammenschlüssen.[381] Zusammenschlüsse sind vorab beim *Department of Justice* (DoJ) sowie der FTC anzumelden.[382] Prüfungsmaßstab im Rahmen einer Fusion ist der SLC-Test. Demnach ist entsprechend der Section 7 Clayton Act ausschlaggebend, ob die Auswirkungen eines Zusammenschlusses geeignet sind, den Wettbewerb zu schwächen ("*to substantially lessen competition*") oder ein Monopol zu

376 Während die Ausführungen des US Supreme Court in einer frühen Entscheidung *American Tobacco Co. v. United States* zunächst darauf hindeuteten, dass das Gericht auch eine tacit collusion unter das Kartellverbot subsumieren könnte, revidierte das Gericht diese Auffassung in *Theater Enterprise* und stellte in der Entscheidung *Brooke Group* explizit fest, "*tacit collusion*" sei "not in itself unlawful." In einer späteren Entscheidung *Bell Atlantic Corp. v. Twombly* wiederholte der Supreme Court diese grundsätzliche Sichtweise mit geänderter Wortwahl und befand conscious parallelism als "not in itself unlawful", U.S. Supreme Court, Entsch. v. 10.6.1946, 328 U.S. 781, S. 809, *American Tobacco Co. v. United States*; Entsch. v. 4.1.1954, 346 U.S. 537, S. 540f., *Theatre Enterprises v. Paramount*; Entsch. v. 21.6.1993, 509 U.S. 209, S. 227, *Brooke Group Ltd. v. Brown*; Entsch. v. 21.5.2007, 550 U. S. 544, *Bell Atlantic Corp. v. Twombly*.

377 15. U.S. Code § 2; *Broder*, U.S. Antitrust Law and Enforcement, S. 86 ff.

378 *Elhauge*, United States Antitrust Law and Economics, S. 178.

379 *OECD*, Mini-Roundtable on Oligopoly, 1999, Rn. 24.

380 *OECD*, Mini-Roundtable on Oligopoly, 1999, Rn. 24 ff.

381 *Linder*, Kollektive Marktbeherrschung in der Fusionskontrolle, S. 117.

382 *Körber,* in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht - Band 3, *Einleitung*, Rn. 169.

https://doi.org/10.5771/9783748937623-61 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

begründen („*or to tend to create a monopoly*").[383] Hierbei muss nachgewiesen werden, dass eine wettbewerbsschädliche Wirkung in Folge des Zusammenschlusses wahrscheinlich ist.[384] Das DoJ sowie die FTC legen in sogenannten *Merger Guidelines* ihre Kriterien zur Bewertung einer Fusion dar.[385] In diesen ist auch die Beeinträchtigung des Wettbewerbs durch eine „*coordinated interaction*" erfasst.[386] Diese kann sowohl in der Abstimmung der Wettbewerber, als auch einer *tacit collusion* begründet sein.[387] Besteht die Möglichkeit, dass es durch eine Fusion aufgrund algorithmischer Preissetzung und dadurch entstehender oder verstärkter oligopolistischer Interdependenzen zu einer *tacit collusion* kommt, kann diese untersagt werden.

4. Zwischenergebnis

„Collusion is not unlawful.
Certain processes which result in collusion are unlawful."[388]

Innerhalb jeder der drei Säulen des europäischen Kartellrechts lässt sich die Erfassung einer *tacit collusion* aufgrund algorithmischer Preissetzung diskutieren. Die *ex post* Instrumente des Kartellverbots sowie der Missbrauchsaufsicht erscheinen jedoch – wie gezeigt – nicht geeignet, möglichen Nachteilen der algorithmischen Preissetzung zu begegnen. Wegen des Fehlens einer Abstimmungshandlung ist der Tatbestand des Kartellverbots regelmäßig nicht erfüllt und im Rahmen der Missbrauchskontrolle ergeben sich hohe Hürden für die Erfassung oligopolistischer Interdependenzen. Das *ex ante* Instrument der Fusionskontrolle stellt dagegen zwar ein geeignetes Mittel zur Berücksichtigung algorithmischer Preissetzung dar, in der Praxis bestehen jedoch vielfach Nachweisschwierigkeiten. Darüber hinaus dürfte die Fusionskontrolle dort nicht ausreichend sein, wo eine *tacit collusion* durch

383 15. U.S. Code § 18.
384 *Elhauge*, United States Antitrust Law and Economics, S. 572.
385 *Linder*, Kollektive Marktbeherrschung in der Fusionskontrolle, S. 118 f; *Department of Justice/Federal Trade Commission*, Horizontal Merger Guidelines, 2010.
386 *Department of Justice/Federal Trade Commission*, Horizontal Merger Guidelines, 2010, S. 24 ff.
387 *Linder*, Kollektive Marktbeherrschung in der Fusionskontrolle, S. 193; *Elhauge*, United States Antitrust Law and Economics, S. 575 ff; *OECD*, Mini-Roundtable on Oligopoly, 1999, Rn. 28; mit Verweis auf U.S. Supreme Court, Entsch. v. 17.6.1963, 374 US 321, *United States v. Philadelphia National Bank*; Entsch. v. 21.6.1993, 509 U.S. 209, *Brooke Group Ltd. v. Brown*.
388 *Harrington* (2018), JCLE 14 (3), 331 (340).

https://doi.org/10.5771/9783748937623-61 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

algorithmische Preissetzung ohne Zusammenschluss begünstigt wird und suprakompetitive Preise vermehrt auftreten.

III. Instrument zur Kartelldurchsetzung, Sternkartelle und die selbständige Absprache

Neben der algorithmischen *tacit collusion* wurden weitere Szenarien aufgezeigt, in denen algorithmische Preissetzung wettbewerbsbeschränkende Wirkungen entfaltet. Im Folgenden sollen die Fälle der Nutzung algorithmischer Systeme zur Kartelldurchsetzung, das Szenario der Sternkartelle sowie die selbstständige algorithmische Absprache kartellrechtlich beleuchtet werden.

1. Algorithmen zur Durchsetzung eines Kartells

Werden Algorithmen zur Durchsetzung eines Kartells eingesetzt, kommt ein Verstoß gegen das Kartellverbot aus Art. 101 Abs. 1 AEUV oder § 1 GWB in Betracht. Ein solcher ist gegeben, sofern Unternehmen Abstimmungen treffen, die eine Beschränkung des Wettbewerbs bezwecken oder bewirken. Ist eine Vereinbarung nicht ersichtlich, wird eine abgestimmte Verhaltensweise angenommen, sofern eine Kontaktaufnahme zwischen den Unternehmen die Unsicherheiten des Wettbewerbs beseitigt.[389] Die Nutzung von Algorithmen in Form von Kommunikationssoftware zur Verständigung zwischen Kartellanten erleichtert die Koordination der Wettbewerber.[390] Setzen die Unternehmen Preisalgorithmen zur Umsetzung einer getroffenen wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarung ein, so kann dies die Stabilität der Kollusion positiv beeinträchtigen. Beide Szenarien beinhalten jedoch eine klare Abstimmungshandlung zwischen den Wettbewerbern, die Algorithmen werden von den Unternehmen lediglich als Werkzeug zur Erzielung oder Umsetzung der Absprache eingesetzt.

Für das Vorliegen einer Vereinbarung oder abgestimmten Verhaltensweise ist es unerheblich, wie Kartellanten eine Abstimmung konkret umsetzen. Bei einer über algorithmische Kommunikationssysteme erzielten Absprache sowie bei dem Einsatz von Preissetzungsalgorithmen in Folge einer Absprache, ist der Verstoß gegen das Kartellverbot bereits in dem Abschluss der wettbe-

389 EuGH, Urt. v. 4.6.2009, Rs. C-8/08, Rn. 33, *T-Mobile Netherlands u.a.*
390 Vgl. Kapitel A. IV. 2. a).

https://doi.org/10.5771/9783748937623-61 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

werbsbeschränkenden Vereinbarung zwischen den Unternehmen zu sehen. Somit stellt der diesem Szenario entsprechende Einsatz von Preisalgorithmen zur Kartelldurchsetzung einen Verstoß gegen das deutsche und europäische Kartellrecht dar.[391]

Dieses Szenario entspricht dem von der CMA und dem DoJ untersuchten Poster-Kartell,[392] in dem sich die Wettbewerber zur Umsetzung einer Preisabsprache Preisalgorithmen bedienten. Die Behörden werteten das Vorgehen der Wettbewerber als verbotene Wettbewerbsbeschränkung, wobei der Verstoß in der Preisabsprache und nicht in der konkreten Art der Umsetzung zu sehen war.[393] In ihrer Entscheidung stellte die britische CMA fest, dass der Einsatz der Software eine Abweichung von der Kartellabsprache erschwerte.[394] Wenngleich der Algorithmus den Verstoß des unternehmerischen Zusammenwirkens nicht selbst begründet, kann er als Hilfsmittel dazu beitragen, eine Entdeckung[395] des Kartells zu erschweren und die Stabilität[396] der Kollusion zu erhöhen.

2. Das Sternkartell *(hub-and-spoke)*

Komplizierter sind Fälle, bei denen Plattformbetreiber eine Koordinierung erleichtern oder marktfremde Unternehmen Algorithmen programmieren, welche von unterschiedlichen Wettbewerbern eingesetzt werden.[397] Entsprechende Dreieckskonstellationen werden im Kartellrecht generell unter den Begriffen Sternkartell oder *hub-and-spoke* Szenario diskutiert. Hierbei ist der singuläre Vertrag eines Wettbewerbers mit dem Unternehmen, welches nicht derselben Marktstufe entstammt, für sich betrachtet unbedenklich.[398] Schließen eine Vielzahl von Wettbewerbern gleichartige Verträge mit dem marktfremden Unternehmen ab, kann sich hieraus jedoch eine Gefahr für den horizontalen Wettbewerb ergeben.

391 Vgl. *Ezrachi/Stucke* (2017), UIllLRev 2017 (1), 1775 (1784 ff.); *Pohlmann*, Algorithmen als Kartellverstöße, S. 633 (637); *Paschke,* in: MüKo, Wettbewerbsrecht - Bandl, *Art. 101 AEUV*, Rn. 85; *Hengst,* in: Bunte, Kartellrecht - Band 2, *Art. 101 AEUV*, Rn. 131.

392 Vgl. Kapitel A. III. 3. b) aa) (2).

393 *Pohlmann*, Algorithmen als Kartellverstöße, S. 633 (637).

394 CMA, Entsch. v. 12.8.2016, Case 50223, Rn. 6.23.c, *Online Sales of Posters and Frames.*

395 *Monopolkommission*, Wettbewerb 2018, Rn. 240; *Yilinen* (2018), NZKart 2018 (1), 19 (20).

396 *Mehra* (2016), Minnesota Law Review, Paper No. 2015-15 100 (1348 f.).

397 Vgl. Kapitel A. IV. 2. b).

398 *Gayger*, in: Gayger (Hrsg.), Preisgleitklauseln im Lichte des Kartellrechts, S. 25 (30).

https://doi.org/10.5771/9783748937623-61 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Das Konstrukt des *hub-and-spoke* Szenarios ist grundsätzlich vom Unionsrecht erfasst.[399] Ermöglicht ein Dritter als Mittler (*hub*) eine Koordinierung zwischen den auf horizontaler Ebene im Wettbewerb stehenden Unternehmen (*spokes*), kann eine abgestimmte Verhaltensweise angenommen werden, sofern letztere hiervon Kenntnis erlangt haben.[400] In der Praxis bedarf die Prüfung der Annahme einer entsprechenden Abstimmung bei Dreieckskonstellationen einer besonderen Aufmerksamkeit.

Der Art. 101 Abs. 1 AEUV wird durch den EuGH weit ausgelegt.[401] Einzig aus der Gleichförmigkeit der vertikalen Verträge sowie ihrer horizontalen Wirkung kann allerdings nicht auf eine unzulässige Verhaltensweise zwischen den horizontalen Wettbewerbern geschlossen werden.[402] In Abgrenzung zum Parallelverhalten oder einseitigen Maßnahmen bedarf es eines zumindest mittelbaren Informationsaustausches zwischen den Wettbewerbern im Horizontalverhältnis.[403] Maßgeblich im Rahmen der Zurechnung ist, ob das auftraggebende Unternehmen „von den wettbewerbswidrigen Zielen seiner Konkurrenten und des Dienstleisters Kenntnis hatte und durch sein eigenes Verhalten dazu beitragen wollte."[404] Hier können bereits Indizien ausreichen, damit eine Fühlungnahme vermutet wird. Eine abgestimmte Verhaltensweise kann bereits angenommen werden, wenn das Unternehmen „vernünftigerweise vorhersehen konnte, dass der von ihm beauftragte Dienstleister seine Geschäftsinformationen mit seinen Konkurrenten teilen würde,

399 *Hub-and-spoke*-Vereinbarungen werden in den Leitlinien der Kommission unter dem Begriff des indirekten Informationsaustauschs behandelt, *Europäische Kommission*, Leitlinien zur Anwendbarkeit von Artikel 101 AEUV, Rn. 55; mit dem indirekten Informationsaustausch unter Beteiligung eines Dritten setzte sich auch der EuGH bereits mehrfach auseinander, EuGH, Urt. v. 22.10.2015, Rs. C-194/14 P, *AC-Treuhand*; Urteil v. 21.1.2016, Rs. C-74/14, *Eturas u.a;* Urt. v. 21.7.2016, Rs. C-542/14, *VM Remonts u.a.*

400 EuGH, Urt. v. 21.7.2016, Rs. C-542/14, Rn. 30 f., *VM Remonts u.a;* Urteil v. 21.1.2016, Rs. C-74/14, Rn. 44, *Eturas u.a.*

401 So sind von Art. 101 Abs. 1 AEUV alle wettbewerbsbeschränkenden vertikalen und horizontalen Abstimmungen erfasst, auch „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", EuGH, Urt. v. 22.10.2015, Rs. C-194/14 P, Rn. 35, *AC-Treuhand*.

402 *Gayger*, in: Gayger (Hrsg.), Preisgleitklauseln im Lichte des Kartellrechts, S. 25 (31); *Polley/Kuhn* (2012), Corporate Finance Law 2012 (3), 117 (121); *OECD*, Roundtable on Hub-and-Spoke Arrangements - Background Note by the Secretariat, 2019, Rn. 58 ff.

403 EuGH Urteil v. 4. 6. 2009, Rs. C-8/08, ECLI:EU:C:2009:343 – *T-Mobile Netherlands*, Tz. 33.

404 EuGH, Urt. v. 21.7.2016, Rs. C-542/14, Rn. 30, *VM Remonts u.a.*

https://doi.org/10.5771/9783748937623-61 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

und bereit war, die daraus erwachsende Gefahr auf sich zu nehmen."[405] Aufgrund des indirekten Charakters des Kontaktes können sich hierbei jedoch Beweisschwierigkeiten ergeben und die rechtliche Beurteilung hängt stark von den Gegebenheiten des Einzelfalles ab.[406]

a) Eturas

Ein dem Szenario horizontaler Koordinierung durch Algorithmen Dritter ähnlich gelagerter Fall wurde bereits vor dem EuGH verhandelt. In der Sache *Eturas*[407] hatten sich dreißig litauische Reisebüros desselben Online-Buchungssystems mit dem Namen *E-TURAS* bedient. Mithilfe des Systems konnten die Reisebüros Buchungen in einer vorgegebenen Form auf ihrer Internetseite anbieten. Der Geschäftsführer der Systemanbieterin *Eturas* schlug mittels eines in das System integrierten Mitteilungssystems die Implementierung einer Rabattobergrenze für alle von den Reisebüros angebotenen Reisen vor, um „die Gewinnspanne zu erhalten."[408] Anschließend wurde eine technische Beschränkung für die Rabattgewährung implementiert und bereits angebotene Rabatte oberhalb von 3% automatisch herabgesetzt.[409] Eine Umgehung dieser Beschränkung durch das jeweilige Reisebüro war möglich, erforderte allerdings zusätzlichen technischen Aufwand.[410] In diesem Fall beschränkte die Systemanbieterin somit als Dritte mittels Software den Preiswettbewerb zwischen den horizontal konkurrierenden Reiseunternehmen.[411]

Im Fall *Eturas* sahen die litauische Wettbewerbsbehörde, ebenso wie der EuGH nach Vorlage durch das Oberste Verwaltungsgericht aus Litauen, einen Verstoß gegen Art. 101 Abs. 1 AEUV als gegeben an. Der EuGH kam zu dem Ergebnis, dass eine Beteiligung der Reisebüros an einer abgestimmten Verhaltensweise „ab dem Zeitpunkt, zu dem [sie] von der vom Systemadmi-

405 EuGH, Urt. v. 21.7.2016, Rs. C-542/14, Rn. 31, *VM Remonts u.a.*
406 *OECD*, Hub-and-Spoke Arrangements - Note by BIAC, 4.12.2019, Rn. 37; *OECD*, Hub-and-Spoke Arrangements – Note by the European Union, 4.12.2019, Rn. 35.
407 EuGH, Urteil v. 21.1.2016, Rs. C-74/14, *Eturas u.a.*
408 EuGH, Urteil v. 21.1.2016, Rs. C-74/14, Rn. 10, *Eturas u.a.*
409 EuGH, Urteil v. 21.1.2016, Rs. C-74/14, Rn. 43, *Eturas u.a.*
410 EuGH, Urteil v. 21.1.2016, Rs. C-74/14, Rn. 43, *Eturas u.a.*
411 Generalanwalt *Maciej Szpunar* wendet in seinem Schlussantrag zur Sache jedoch ein, dass der Inhalt der Mitteilung im Fall Eturas deutlich über den Austausch sensibler Informationen, wie er im klassischen *hub-and-spoke* Szenario in Frage steht, hinausgehe, siehe Schlusssanträge Szpunar v. 16.7.2015, Rs. C-74/14, *Eturas*.

https://doi.org/10.5771/9783748937623-61 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

nistrator versandten Mitteilung Kenntnis erlangten" vermutet werden könnte.[412] Zugleich dürfe eine Beteiligung aber „nicht allein aus der Existenz der technischen Beschränkung […] abgeleitet werden."[413] Allein die parallele Nutzung der Preisalgorithmen Dritter hätte mithin nicht ausgereicht, um einen Kartellverstoß zu begründen. Als maßgebliches Merkmal musste hier eine Kenntnis der Unternehmen hinzutreten.[414]

b) Plattform-Preise

Auf digitalen Märkten spielen darüber hinaus Plattformen, auf denen Händler und Kundinnen miteinander verbunden werden, eine große Rolle. Viele dieser Plattformen bieten ihren Händlern Algorithmen an, welche die Preissetzung automatisiert übernehmen.[415] Im Zusammenhang solcher Dreieckskonstellationen werden insbesondere die Geschäftspraktiken von Unternehmen der sogenannten *Sharing Economy*[416] kontrovers diskutiert.[417] Bei der juristischen Bewertung automatisierter Preissetzung durch Algorithmen der Plattformbetreiber sind Fälle, in denen der Algorithmus festgelegte Strategien vorgibt, von Fällen zu unterscheiden, in denen dieser durch die Händler individuell angepasst werden kann.

aa) Festgelegte Algorithmen

Eine der bekanntesten Unternehmen der *Sharing Economy* ist das US-amerikanische Technologieunternehmen *Uber*. Mittels einer *App* können Fahrgäste bei *Uber* Pkw-Beförderungsdienstleistungen buchen. Der Preis für eine Fahrt wird durch einen Algorithmus festgelegt und dynamisch an die

412 EuGH, Urteil v. 21.1.2016, Rs. C-74/14, Rn. 50, *Eturas u.a.*
413 EuGH, Urteil v. 21.1.2016, Rs. C-74/14, Rn. 45, *Eturas u.a.*
414 Vgl. *Hengst,* in: Bunte, Kartellrecht - Band 2, *Art. 101 AEUV*, Rn. 132.
415 Siehe *C. König,* in: Künstliche Intelligenz und Robotik, *§ 17*, Rn. 35ff.
416 *Sharing Economy* bezeichnet den Austausch zwischen Anbieter und Nachfrager mittels einer Plattform. Die Anbieter sind regelmäßig Einzelpersonen oder kleinere Unternehmen. Die Plattform senkt Such- und Transaktionskosten und ermöglicht so den Vertragsabschluss, siehe *M. Anderson/Huffman* (2017), CBLR (3), 859 (868).
417 *Rottmann/Göhsl* (2019), WuW 2019 (7-8), 348; *Dück et al.* (2019), ZWeR 2019, 94; *Pohlmann*, Algorithmen als Kartellverstöße, S. 633 (637); *Käseberg/Kalben* (2018), WuW 2018, 2 (4); *M. Anderson/Huffman* (2017), CBLR (3), 859; *Nowag* (2016), Lund Student EU Law Review (3); *Monopolkommission*, Wettbewerb 2018, Rn. 192 f.

https://doi.org/10.5771/9783748937623-61 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Nachfrage angepasst. *Uber* versteht sich dabei nicht als Verkehrsdienstleister mit angestellten Fahrerinnen.[418] Vielmehr sieht sich *Uber* als Vermittler, der Fahrerinnen eine Plattform zur Verfügung stellt, auf der diese ihre eigene Transportleistung anbieten können. Auf dieser Plattform setzt ein Algorithmus des Unternehmens die Preise für alle Fahrten verbindlich fest, ohne dass die Fahrerinnen hierauf Einfluss nehmen können. Die Bezahlung erfolgt über die App der Plattform und wird von *Uber* nach Abzug eines Eigenanteils an die Fahrerinnen übermittelt.

Sofern die Fahrerinnen unabhängige Auftragnehmer und keine Angestellten des Plattform-Betreibers sind, ist zu prüfen, inwiefern diese Konstellation eine Abstimmung im Sinne des *hub-and-spoke* Szenario darstellen könnte.[419] *Uber* wäre die Nabe, die den Algorithmus zur Verfügung stellt, über welchen die Fahrerinnen als Speichen ihre Preise koordinieren. Fraglich ist somit, inwiefern der von der Plattform zentral eingesetzte Algorithmus eine willentliche abgestimmte Verhaltensweise zwischen den Fahrerinnen begründen kann.[420]

Auf europäischer Ebene hat es bisher keine kartellrechtliche Entscheidung zu den Geschäftspraktiken entsprechender Plattformen gegeben. Allerdings setzte sich die nationale Wettbewerbsbehörde in Indien nach einer Beschwerde einer Kundin gegen *Uber* und seinen Mitkonkurrenten *Ola* bereits mit der Frage einer Abstimmung durch die Fahrerinnen auseinander.[421] Im Ergebnis

418 Der EuGH stuft *Uber* hingegen als Anbieter von Verkehrsdienstleistungen ein, da es sich um nicht berufsmäßige Fahrerinnen handele, welche ohne *Uber* „nicht Verkehrsdienstleistungen erbringen würden", EuGH, Urt. v. 20.12.2017, Rs. C-434/15, Rn. 40, *Elite Taxi/Uber Spain*.

419 Die Beziehung des Leistungserbringers zur Vermittlungsplattform ist in der Sharing Economy im Allgemeinen und im Fall *Uber* im Speziellen umstritten, siehe *M. Anderson/Huffman* (2017), CBLR (3), 859 (885); *Ruland*, Neue Zeitschrift für Sozialrecht 2019, 681 (690); *Nowag* (2016), Lund Student EU Law Review (3) (2 f.). Für eine abhängige Beschäftigung im Fall *Uber*: *Uber BV v. Aslam* (2021) UK Supreme Court, UKSC 2019/0029; *Ruland*, Neue Zeitschrift für Sozialrecht 2019, 681 (691). Für eine Selbständigkeit: *Rottmann/Göhsl* (2019), WuW 2019 (7-8) (348 ff.).

420 Für eine Einstufung als kartellrechtswidirge Abstimmung sprechen sich aus *Rottmann/Göhsl* (2019), WuW 2019 (7-8), 348; *Pohlmann*, Algorithmen als Kartellverstöße, S. 633 (638); *Nowag* (2016), Lund Student EU Law Review (3) (4); *Heinemann/Gebicka* (2016), JECLAP 7 (7), 431 (440); zurückhaltend bis ablehnend äußern sich *Agarwal* (2020), JECLAP 11 (1-2), 56 (59); *Passaro* (2018), Michigan Business & Entrepreneurial Law Review 7 (2), 259; *Salaschek/Serafimova* (2018), WuW 2018 (1), 8 (12); *Göhsl* (2018), WuW 2018 (3), 121 (122).

421 CC of India, Entsch. v. 2018, Case No. 37 of 2018, *Samir Agrawal v. ANI Technologies and ors.*

https://doi.org/10.5771/9783748937623-61 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

sah die Behörde keinen Verstoß gegen das indische Kartellrecht gegeben, da es an einer horizontalen Abstimmungshandlung fehle.[422] In New York war die Klage von *Uber*-Nutzern gegen den damaligen Geschäftsführer des Unternehmens sowie gelegentlichen *Uber*-Fahrer *Travis Kalanick* ebenso Gegenstand mehrerer Verfahren. In dem Verfahren *Meyer v. Kalanick I* trugen die Kläger vor, die Nutzung der App samt dem Algorithmus durch die Fahrerinnen stelle eine Abstimmungshandlung dar, welche sich in der koordinierten Preissetzung niederschlage. Eine Kenntnis sei aufgrund gelegentlicher Treffen der Fahrerinnen – zu denen auch *Kalanick* zählte – gegeben, sodass ein Verstoß gegen Section 1 Sherman Act vorläge.[423] In erster Instanz stufte das Bezirksgericht für den südlichen Bezirk von New York den Vorwurf eines Verstoßes gegen Section 1 Sherman Act als plausibel ein und lehnte eine Antrag zur Abweisung der Klage ab. Nachdem *Uber* dem Verfahren als Partei beigetreten war, wurde der Fall auf Antrag der Beklagten – und entsprechend der Nutzungsbedingungen der Plattform – an ein Schiedsgericht verwiesen.[424]

Ein vergleichbares Verfahren führte auch die luxemburgische Wettbewerbsbehörde im Fall *Webtaxi*.[425] *Webtaxi* vermittelt als Plattform ebenfalls Beförderungsdienstleistungen zwischen Fahrerinnen sowie potenziellen Kundinnen zu einem Preis, der von dem Unternehmen mittels Algorithmus vorgegeben wird. Im Gegensatz zu *Uber* waren bei *Webtaxi* allerdings auch selbstständige Taxiunternehmen auf der Plattform vertreten.[426] In diesem Vorgehen sah die nationale Wettbewerbsbehörde eine grundsätzlich kartellrechtswidrige Abstimmung zwischen den Fahrerinnen, stellte diese aber aufgrund von Effizienzgewinnen und Verbrauchervorteilen vom Kartellverbot frei.

422 CC of India, Entsch. v. 2018, Case No. 37 of 2018, Rn. 20, *Samir Agrawal v. ANI Technologies and ors.*

423 U.S. District Court S.D.N.Y, Entsch. v. 31.3.2016, 174 F. Supp. 3d 817, S. 4, *Meyer v. Kalanick I*; die Abstimmung entsprechend eines *hub-and-spoke* Szenarios ist von den Gerichten anerkannt, auch hier ist die Kenntnis entscheidend, vgl. U.S. Court of Appeals, 2d Cir., Entsch. v. 30.6.2015, 791 F.3d 290, Rn. 314, *Apple, Inc.*

424 Das Schiedsgericht entschied den Fall zugunsten des Plattformbetreibers. Eine Klage gegen den Schiedspruch aufgrund offensichtlicher Befangenheit oder Korruption des Schiedsrichters wurde abgewiesen, siehe U.S. District Court S.D.N.Y, Entsch. v. 3.8.2020, 477 F. Supp. 3d 52, Rn. 54, *Meyer v. Kalanick III*.

425 Conseil de la Concurrence, Entsch. v. 8.6.2018, Az. 2018-FO-01, *Webtaxi*.

426 *Heinemann*, in: Zimmer (Hrsg.), Regulierung für Algorithmen und Künstliche Intelligenz, S. 269 (275).

https://doi.org/10.5771/9783748937623-61 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Davon ausgehend, dass die Fahrerinnen der Plattform *Uber* eigenständig auftreten,[427] scheint ein Verstoß gegen Art. 101 Abs. 1 AEUV naheliegend. Insbesondere zu Zeiten hoher Nachfrage können die Preise der auf *Uber* angebotenen Leistungen oberhalb der mit *Uber* konkurrierenden und regulierten Taxipreise liegen.[428] Indem die Fahrerinnen sich dieser Gleichschaltung der Preise aufgrund des festgelegten Algorithmus bewusst sind und ihre Leistung dennoch unter Verzicht auf Wettbewerb anbieten, können sie als Teil einer wettbewerbswidrigen Verhaltensabstimmung im Sinne eines *hub-and-spoke* Szenarios angesehen werden.[429]

Auch die Kommission hält – entsprechend der Rechtsprechung im Fall *Eturas* – einen Kartellverstoß bei der Nutzung entsprechender Plattformen grundsätzlich für möglich, sofern die Unternehmen nachweislich Kenntnis von der Weitergabe von „*commercially sensitive information*" an andere Wettbewerber hätten.[430] In Deutschland äußerte sich die Monopolkommission in ihren Hauptgutachten 2016 und 2018 ebenfalls kritisch in Bezug auf die Preissetzungspraktiken der Vermittlungsdienste.[431] Aufgrund der Konkurrenz durch Taxiunternehmen als „enges Substitut für *Uber*-Fahrten" seien überhöhte Preise bisher aber eher unwahrscheinlich.[432]

bb) Vorgeschlagene und anpassbare Algorithmen

Anders gelagert sind Fälle, bei denen der Plattformbetreiber den Händlern die Möglichkeit einräumt, einen vorgeschlagenen Algorithmus zu individualisieren. Das Portal für die Vermietung von Unterkünften *Airbnb* bietet

427 Inwiefern die Fahrerinnen selbstständige Anbieter einer Leistung oder vielmehr abhängig Beschäftigte eines Unternehmens sind, ist umstritten, siehe hierzu aus arbeitsrechtlicher Perspektive *Schönfeld/Radtke* (2021), NJW 2021, 1841 (1845); mit Verweis auf U.K. Supreme Court, Entsch. v. 19.2.2021, UKSC 5, *Uber BV/Aslam*; Court de Cassation, Entsch. v. 4.3.2020, Nr. 19-13.316, *Uber France*; BAG, Urt. v. 1.12.2020, 9 AZR 102/20, *Arbeitnehmerstatus eines Crowdworkers*; siehe außerdem *Stafford* (2016), Wake Forest Law Review 51, 1223; *Fuhlrott/Oltmanns* (2020), NJW 2020, 958.

428 *C. König,* in: Künstliche Intelligenz und Robotik, *§ 17*, Rn. 43.

429 So auch *C. König,* in: Künstliche Intelligenz und Robotik, *§ 17*, Rn. 43; *Rottmann/Göhsl* (2019), WuW 2019 (7-8), 348.

430 *OECD*, Hub-and-Spoke Arrangements – Note by the European Union, 4.12.2019, Rn. 21 ff.

431 *Monopolkommission*, Wettbewerb 2016, Rn. 1279; *Monopolkommission*, Wettbewerb 2018, Rn. 192 f.

432 *Monopolkommission*, Wettbewerb 2018, Rn. 193.

https://doi.org/10.5771/9783748937623-61 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

seinen Anbietern unter anderem die Möglichkeit, ein Preisfenster für das eingestellte Angebot frei zu bestimmen, innerhalb dessen der eingesetzte Algorithmus dynamisch agiert.[433] Auch *Amazon* unterstützt seine Händler in der Preisgestaltung. Diese haben die Möglichkeit, Preise automatisiert anhand ausgewählter Preisetzungsregeln anpassen zu lassen.[434] So bietet *Amazon* den Händlern unter anderem die Möglichkeit des *Match Low Price Features*, welches es ihnen ermöglichen soll, stets mit dem günstigsten Angebot eines Konkurrenten gleichzuziehen (*price-matching*).[435]

In diesem Zusammenhang ist zu prüfen, inwiefern die von den Unternehmen angebotenen Algorithmen kollusives Verhalten begünstigen. Wird den Händlern eine Individualisierung ermöglicht und sind die vorgeschlagenen Algorithmen darüber hinaus nicht offensichtlich kollusiv, ist eine abgestimmte Verhaltensweise entsprechend dem *hub-and-spoke* Szenario nur schwer zu begründen. Hierbei ist jedoch zu beachten, dass angebotene Preisstrategien entsprechend des Szenarios der algorithmischen *tacit collusion* dennoch eine Kollusion befördern könnten. Die kompetitiv erscheinende Regel des *price-matching* kann beispielsweise dazu beitragen, Abweichungen von einem hohen Preis weniger attraktiv erscheinen zu lassen und eine *tacit collusion* zu stabilisieren. Experimentelle Ergebnisse aus der Ökonomie deuten darauf hin, dass entsprechende Regeln Kollusionen eher befördern als unterbinden.[436] Mithin sind auch im Rahmen der *hub-and-spoke* Szenarien Fälle denkbar, in denen eine kollusive Koordinierung der Marktteilnehmer kartellrechtlich nicht zu erfassen ist.

3. Absprachen zwischen Algorithmen

Grundsätzlich ist in dem nichtöffentlichen Austausch von Informationen, welcher in der Folge zu einem kollusiven Verhalten auf dem Markt führt, eine abgestimmte Verhaltensweise nach Art. 101 I AEUV zu sehen. Entsprechendes gilt, wenn der Austausch mittels dafür vorgesehenen Algorithmen stattfindet.

433 Vgl. https://www.airbnb.de/resources/hosting-homes/a/setting-a-pricing-strategy-15.

434 *Chen et al.*, WWW '16, 1339.

435 Vgl. https://sellercentral.amazon.com/gp/help/external/200836360?language=en-US&ref=mpbc_200832850_cont_200836360.

436 So zeigt *Engel* in einer Meta-Studie zu Experimenten mit *tacit collusion*, dass entsprechende Preis-Garantien starke kollusive Effekte mit sich bringen können, *Engel* (2015), JELS 12 (3), 537 (555).

https://doi.org/10.5771/9783748937623-61 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Sollten Unternehmen Algorithmen einsetzen, die mit Kommunikationsprotokollen ausgestatten sind, über die sie miteinander kommunizieren, kann ihnen der Kartellverstoß aufgrund des wissentlichen Einsatzes zugerechnet werden.[437]

Anders könnte es jedoch sein, wenn selbstlernende Algorithmen mit dem Ziel der Gewinnmaximierung verwendet werden, ohne dass diese für den Austausch von Informationen vorgesehen sind. Unter Umständen könnten Algorithmen autonom Kommunikationsprotokolle erlernen und ohne das Wissen und Wollen der Unternehmen zu einem Informationsaustausch gelangen.[438] Trotz erster Fortschritte auf dem Gebiet der *explainable AI*[439] ergeben sich noch immer Probleme, den Verarbeitungsprozess von *deep learning*-Systemen hin zu ihrem Output nachvollziehbar zu machen. Aus diesem Grund ist es denkbar, dass die Unternehmen keine Kenntnis von einem Informationsaustausch ihres Algorithmus erlangen. Somit wäre – im Gegensatz zum vorherigen Beispiel – den Mitarbeitern des Unternehmens keine willentliche Abstimmung nachzuweisen.

Zum jetzigen Zeitpunkt erscheint die Umsetzung dieses Szenarios aus technischer Sicht noch unwahrscheinlich.[440] Algorithmische Systeme müssten selbstständig entsprechende Informationsprotokolle erlernen und über diese in einer wettbewerblichen Umgebung zu einem kollusiven Austausch miteinander gelangen.[441] Insbesondere beim Informationsaustausch unterschiedlicher Systeme ist die Entwicklung noch relativ am Anfang und es wird weiterer Forschung bedürfen, ehe Algorithmen selbstständig nützliche Kommunikation in einem kompetitiven Umfeld erlernen und austauschen

437 Hierzu *Paal* (2019), GRUR 2019 (1), 43 (50); *Käseberg/Kalben* (2018), WuW 2018, 2 (8); *Salaschek/Serafimova* (2018), WuW 2018 (1), 8 (14 f.).

438 *Schwalbe* äußert sich diesbezüglich allerdings skeptisch: „Obwohl in der KI-Forschung erste Schritte in diese Richtung gemacht wurden, scheint es noch ein weiter Weg zu sein, bis Algorithmen entwickelt werden, die Kommunikation ohne ein vordefiniertes Kommunikationsprotokoll erlernen können" (Zitat aus dem Englischen übersetzt), *Schwalbe* (2018), JCLE 14 (4), 568 (600).

439 Das Forschungsgebiet der *explainable AI* setzt sich mit der Erklärbarkeit des Entscheidungsprozesses selbstlereneder Systeme auseinander, *Samek u. a.* (Hrsg.), Explainable AI.

440 *Normann/Sternberg* (2021), JECLAP 12 (10), 765 (769 f.); *Schwalbe* (2018), JCLE 14 (4), 568.

441 *Hennes, Daniel/Schwalbe, Ulrich*, Kartellbildung durch lernende Algorithmen?, FAZ vom 13.07.2018, S. 18.

https://doi.org/10.5771/9783748937623-61 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

können.[442] Doch angesichts der rasanten Fortschritte auf dem Gebiet der selbstlernenden Systeme ist nicht auszuschließen, dass Systeme diese Fähigkeiten langfristig erbringen können.[443] Fraglich ist hierbei, wie den Unternehmen ein wettbewerbswidriges Verhalten ihrer Algorithmen zugerechnet werden könnte.

Nach der Rechtsprechung des EuGH stellen sich Unternehmen „als eine einheitliche, einem selbständigen Rechtssubjekt zugeordnete Zusammenfassung personeller, materieller und immaterieller Faktoren dar, mit welcher auf die Dauer ein bestimmter wirtschaftlicher Zweck verfolgt wird."[444] Hieraus kann geschlossen werden, dass neben menschlichen Mitarbeitern auch Maschinen Teil des Unternehmens und mithin Teil des Verantwortungsbereichs sein können.[445] Allerdings bereitet die Subsumtion des Handels automatisierter Systeme unter den Tatbestand der abgestimmten Verhaltensweise Schwierigkeiten. So beruhen die von der Rechtsprechung formulierten Tatbestandsmerkmale, wie etwa die „bewusst[e] […] praktische Zusammenarbeit",[446] auf der Beschreibung menschlichen Verhaltens.[447] Darüber hinaus bedürfte es eines vorsätzlichen oder zumindest fahrlässigen Verhaltens einer natürlichen Person, das dem Unternehmen zugerechnet werden kann, um ein Bußgeld zu verhängen oder einen Schadensersatz geltend machen zu können.[448] Auch im Fall einer selbstständigen Absprache durch algorithmische Systeme ergeben sich demnach erhebliche Schwierigkeiten im Rahmen der kartellrechtlichen Erfassung.

442 Für eine Übersicht über den wissenschaftlichen Stand auf dem Gebiet des *multi-agent deep reinforcement learning*, siehe *OroojlooyJadid/Hajinezhad*, A Review of Cooperative Multi-Agent Deep Reinforcement Learning, 2021.

443 So auch *Hennes, Daniel/Schwalbe, Ulrich*, Kartellbildung durch lernende Algorithmen?, FAZ vom 13.07.2018, S. 18.

444 EuGH, Urt. v. 13.7.1962, verb. Rs. C-17/61 u.a., S. 687, *Klöckner-Werke*.

445 *Heinemann*, in: Zimmer (Hrsg.), Regulierung für Algorithmen und Künstliche Intelligenz, S. 269 (287).

446 EuGH, Urt. v. 14.1.2021, Rs. C-450/19, Rn. 22, *Eltel Group*; Urt. v. 26.1.2017, Rs. C-609/13 P, Rn. 70, *Duravit u.a;* Urt. v. 4.6.2009, Rs. C-8/08, Rn. 26, *T-Mobile Netherlands u.a;* Urt. v. 8.7.1999, Rs. C-49/92 P, Rn. 115, *Anic Partecipazioni*.

447 *Thomas*, in: Zimmer (Hrsg.), Regulierung für Algorithmen und Künstliche Intelligenz, S. 293 (300).

448 *Thomas*, in: Zimmer (Hrsg.), Regulierung für Algorithmen und Künstliche Intelligenz, S. 293 (308).

https://doi.org/10.5771/9783748937623-61 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

IV. Zwischenergebnis

Im vorangegangenen Abschnitt wurden mögliche Szenarien des wettbewerbsbehindernden Einsatzes algorithmischer Preissetzung kartellrechtlich bewertet. Hierbei hat sich gezeigt, dass sich ein Teil der Anwendungsbeispiele gut unter die bestehenden Wettbewerbsvorschriften subsumieren lässt, während andere Fälle nur schwer zu erfassen sind.

Sachverhalte, bei denen Algorithmen zur Kartelldurchsetzung eingesetzt werden, bereiten keine besonderen Schwierigkeiten im Rahmen der rechtlichen Bewertung, da die wettbewerbsschädliche Handlung vom Einsatz der hierzu verwendeten Hilfsmittel unabhängig ist. Szenarien, bei denen Dritte den Wettbewerbern Preisalgorithmen zur Verfügung stellen, über die sich die Unternehmen entsprechend einem Sternkartell koordinieren können, sind zumindest bei Kenntnis bezüglich der wettbewerbsbeschränkenden Maßnahme unter das Kartellverbot zu fassen. Umstritten ist hingegen die Einordnung solcher - derzeit technisch noch schwer vorstellbaren - Szenarien, in denen Preissetzungsalgorithmen eigenständig Informationen untereinander austauschen und eine Kartellabsprache treffen. Schwierigkeiten ergeben sich hier insbesondere im Rahmen der Zurechnung des autonomen Handelns eines Algorithmus.

Möglicherweise bedarf es für die Erzielung überwettbewerblicher Preise einer konkreten Möglichkeit zum Informationsaustausch allerdings gar nicht. Wie dargestellt, könnte der Einsatz algorithmischer Preissetzung die Dynamiken einzelner Märkte dergestalt verändern, dass es zu einem vermehrten Auftreten einer *tacit collusion* kommt. Die kartellrechtliche Einordnung hat gezeigt, dass eine algorithmische *tacit collusion* nach bisheriger Auslegung mangels Abstimmungshandlung keinen Kartellverstoß darstellt. Da eine *tacit collusion* auch im Rahmen der Missbrauchskontrolle nur in extremen Fällen erfasst werden kann, scheidet eine *ex post* Regulierung *de lege lata* aus. Die Fusionskontrolle bietet die Möglichkeit, Zusammenschlüsse *ex ante* aufgrund der gesteigerten Gefahr einer algorithmischen Kollusion zu untersagen oder nur unter Auflagen freizugeben. Allerdings ist dieses Instrument nicht geeignet, bestehende strukturelle Probleme zu beseitigen, da es nur im Fusionsfall Anwendung findet.

Aus diesen Gründen scheint insbesondere ein stillschweigendes Zusammenwirken von Preissetzungsalgorithmen geeignet, den Wettbewerb auf digitalen Märkten durch ein – nach bisheriger Auslegung – zulässiges Verhalten zu gefährden. Entscheidend für die Bewertung möglichen gesetzgeberischen Handlungsbedarfs ist allerdings die Frage, wie wahrscheinlich das Auftreten

https://doi.org/10.5771/9783748937623-61 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

einer *tacit collusion* ist und inwiefern algorithmische Preissetzung dazu beitragen kann, diese Wahrscheinlichkeit zu erhöhen.

https://doi.org/10.5771/9783748937623-61 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY