

Künstliche Intelligenz, maschinelles Lernen und algorithmische Kartelle

Webinar für das Artificial Intelligence
Center Hamburg (ARIC) e.V.

Dr. Sebastian Janka, LL.M. (Stellenbosch)
München, 16. Juni 2020

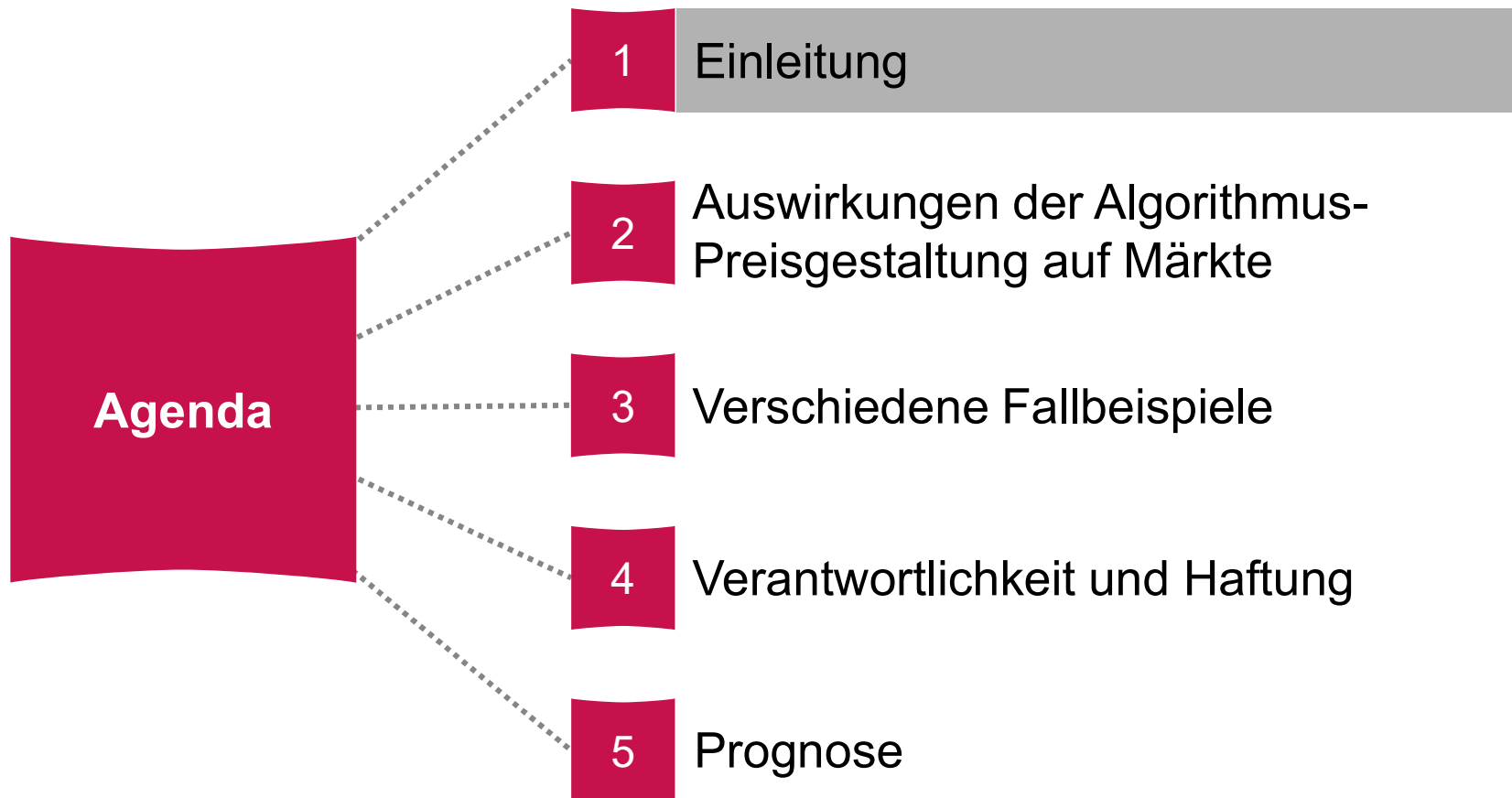
Luther.

“Artificial intelligence (AI) [...] is intelligence demonstrated by machines, in contrast to the natural intelligence displayed by humans and other animals. In computer science AI research is defined as the study of "intelligent agents": any device that perceives its environment and takes actions that maximize its chance of successfully achieving its goals. Colloquially, the term "artificial intelligence" is applied when a machine mimics "cognitive" functions that humans associate with other human minds, such as "learning" and "problem solving".

Wikipedia, “Artificial intelligence“.



Einleitung



Luther.

“What businesses can – and must – do is to ensure antitrust compliance by design. That means pricing algorithms need to be built in a way that doesn't allow them to collude. [...] they need to respond to an offer of collusion by saying “I'm sorry, I'm afraid I can't do that”.

Commissioner Margrethe Vestager, Bundeskartellamt 18. Internationale Kartellkonferenz, Berlin, 16. März 2017

Einleitung

Verbotenes Verhalten nach Artikel 101 AEUV / § 1 GWB:

- *“alle **Vereinbarungen** zwischen Unternehmen, Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen und aufeinander **abgestimmte Verhaltensweisen**, welche den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen geeignet sind und eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs innerhalb des Binnenmarkts bezwecken oder bewirken”*

Erlaubtes Verhalten gemäß EuGH C-7/95 P – *John Deere/Kommission*:

- “Das Kriterium der Unabhängigkeit nimmt den Händlern nicht das Recht, sich **intelligent** an das bestehende oder erwartete Verhalten ihrer Konkurrenten anzupassen.”

Auswirkungen der Algorithmus-Preisgestaltung auf Märkte

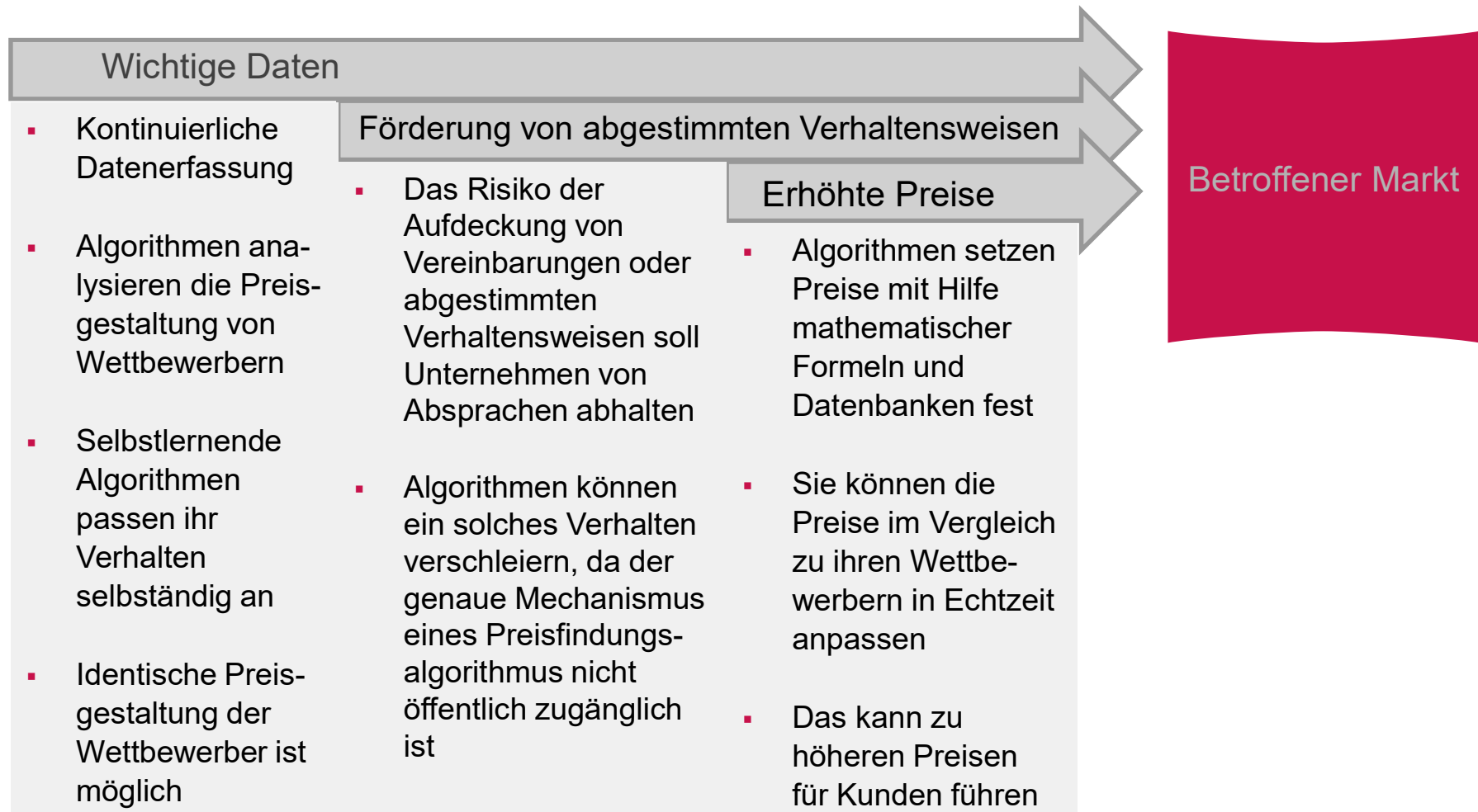


Einleitung

- dynamische Preisgestaltung (*dynamic pricing*):

► Dynamische Preisgestaltung ist eine Preisstrategie, bei der Unternehmen flexible Preise für Produkte oder Dienstleistungen auf der Grundlage der aktuellen Marktanforderungen festlegen. Unternehmen sind in der Lage, Preise auf der Grundlage von Algorithmen zu ändern, die die Preisgestaltung der Wettbewerber, Angebot und Nachfrage sowie andere externe Faktoren auf dem Markt berücksichtigen.

Auswirkungen der Algorithmus-Preisgestaltung auf Märkte



Auswirkungen der Algorithmus-Preisgestaltung auf Märkte

- Aber sind alle Algorithmen schlecht?

- ▶ Algorithmen können die Markttransparenz erhöhen

- ▶ Dies wird gewöhnlich als ein wichtiger Aspekt eines funktionierenden Wettbewerbs angesehen

- ▶ Auch Verbraucher könnten Algorithmen verwenden, um die besten Preise für ein bestimmtes Produkt zu finden

- ▶ Transparenz kann den Wettbewerbsdruck auf Anbieter von Waren und Dienstleistungen erhöhen

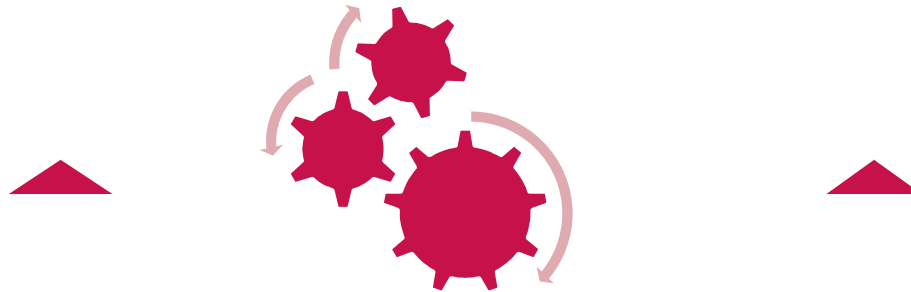
Verschiedene Fallbeispiele



Verschiedene Fallbeispiele

- Fallbeispiel 1: Kollusion mit Hilfe von Algorithmen

Abkommen zwischen zwei oder mehr Unternehmen besteht bereits



- Es werden Algorithmen verwendet, um eine Vereinbarung von Personen umzusetzen („Messenger Scenario“)
- Algorithmen sollen das Verhalten der anderen Partei steuern und überwachen
- Auch in folgenden Fällen möglich: Überwachung „empfohlener“ Preise, um Druck auszuüben oder Anreize zu schaffen (Preisbindung beim Wiederverkauf)
- **Preis-Algorithmen als Mechanismus/Werkzeug einer unrechtmäßigen Vereinbarung**

Verschiedene Fallbeispiele

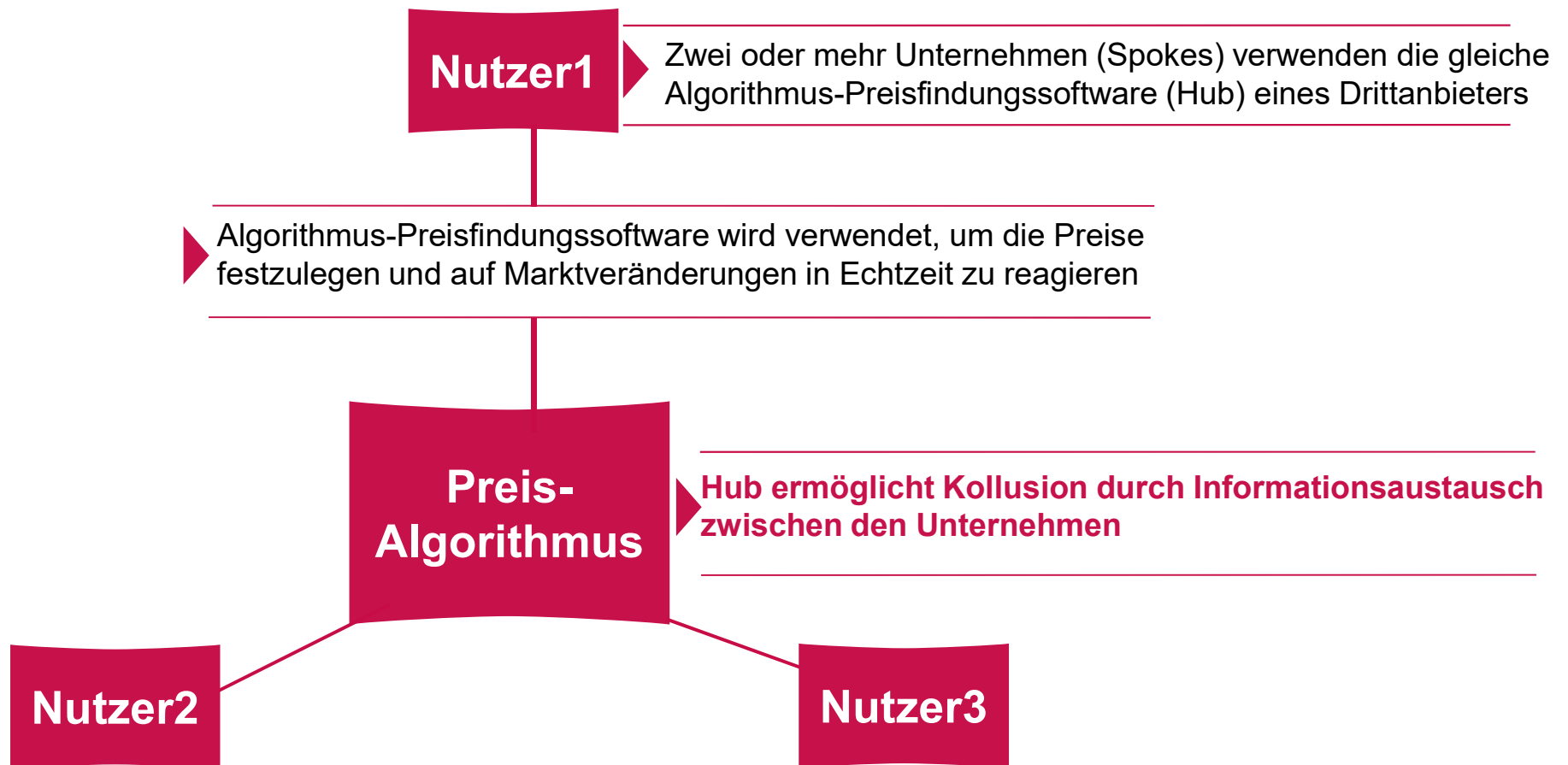
- Fallbeispiel 2: Vereinbarung oder aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen existiert noch nicht

Aktuelle Rechtsprechung : EuGH Fall C-74/14 - Eturas

- Herausforderung der Unterscheidung zwischen verbotenen abgestimmten Verhaltensweisen vs. erlaubter Antizipation und Anpassung an das Verhalten der Wettbewerber (Parallelverhalten)
- Der Fall betraf mehrere Reisebüros, welche die gleiche Cloud-basierte Buchungssoftware des Anbieters Eturas verwendeten
- Die Software verschickte eine Mitteilung an alle Reisebüros, keine Rabatte auf Online-Buchungen von mehr als 3 % zu gewähren
- Danach haben alle Reisebüros ihre Rabatte tatsächlich auf maximal 3 % begrenzt
- Reisebüros argumentierten, dass sie für das einseitige Verhalten von Eturas nicht haftbar gemacht werden können und behaupteten teilweise, dass sie die Mitteilung nicht gelesen hätten
- Der EuGH entschied jedoch, dass die Reisebüros verpflichtet seien, sich von der Mitteilung zu distanzieren oder sie den Verwaltungsbehörden zu melden, um eine stillschweigende Genehmigung der systematischen Anwendung eines Rabatts, der die fragliche Obergrenze überschreitet, auszuschließen.

Verschiedene Fallbeispiele

- Fallbeispiel 3: Hub – and – Spoke



Verschiedene Fallbeispiele

- Fallbeispiel 4: Tiefgreifende Lernalgorithmen und deren Interaktion

-
- ▶ Zwei oder mehr Unternehmen verwenden die gleichen (oder unterschiedliche) Algorithmen, die in Echtzeit interagieren - stillschweigende Kollusion je nach Algorithmus?
-
- ▶ Schwierig, wenn die Algorithmen lernen, dass die Koordinierung der Preisfestsetzung und die Festsetzung von Preisen auf einem über dem Wettbewerbsniveau liegenden Niveau vorteilhaft ist (obwohl keine Basisabsprache/wettbewerbswidrige Absicht vorliegt)
-
- ▶ Das Modell könnte hypothetisch/instabil sein, da ein Anreiz bestehen kann, die Preise der Wettbewerber zu unterbieten
-
- ▶ **Frage der Zuweisung (Zurechenbarkeit)/Haftung, wenn kein bewusster Kontakt zwischen Unternehmen besteht**
-

Verantwortlichkeit und Haftung



Verantwortlichkeit und Haftung

Im Allgemeinen wird das Fehlverhalten der eigenen Mitarbeiter dem betreffenden Unternehmen zugeschrieben. Auch das Verhalten Dritter kann dem Unternehmen zugerechnet werden, wenn sie tatsächlich unter der Kontrolle oder Leitung des Unternehmens stehen.

Im Allgemeinen können externe Softwareentwickler, die den Algorithmus für ein Unternehmen programmieren, nicht haftbar gemacht werden, wenn sie nicht entscheiden oder beeinflussen, wie der Algorithmus in der Praxis verwendet wird.

Ansatz der Europäischen Kommission ("Compliance by design"): Die Unternehmen müssen verstehen, wie ihre Algorithmen funktionieren und was sie tun. Wenn sie darauf ausgelegt sind, mit anderen Unternehmen zusammenzuarbeiten, oder wenn dieses Risiko nicht ausgeschlossen werden kann, wird das Unternehmen, das den Algorithmus verwendet, haftbar gemacht.

Vorgehensweise in Deutschland diskutiert: Absolute Haftung vergleichbar mit der Haftung des Tierhalters?

Haftung je nach Vorhersehbarkeit und/oder Kontrollierbarkeit?

Verantwortlichkeit und Haftung

- ▶ **Hypothese:** Die Regeln des EuGH zur elterlichen Haftung (EuGH, Rechtssache C-97/08 P - Akzo) können für die Haftung für Algorithmen fruchtbar gemacht werden

Nach der Rechtsprechung des EuGH kann das Verhalten einer Tochtergesellschaft der Muttergesellschaft zugerechnet werden, insbesondere dann, wenn diese trotz eigener Rechtspersönlichkeit nicht selbständig über ihr eigenes Marktverhalten entscheidet, sondern in allen wesentlichen Belangen die ihr von der Muttergesellschaft erteilten Weisungen ausführt, wobei insbesondere die wirtschaftlichen, organisatorischen und rechtlichen Verbindungen zwischen diesen beiden Rechtssubjekten zu berücksichtigen sind (Mutter- und Tochtergesellschaft bilden eine "einzige wirtschaftliche Einheit" und damit ein einziges "Unternehmen" im Sinne von Art. 101 AEUV).

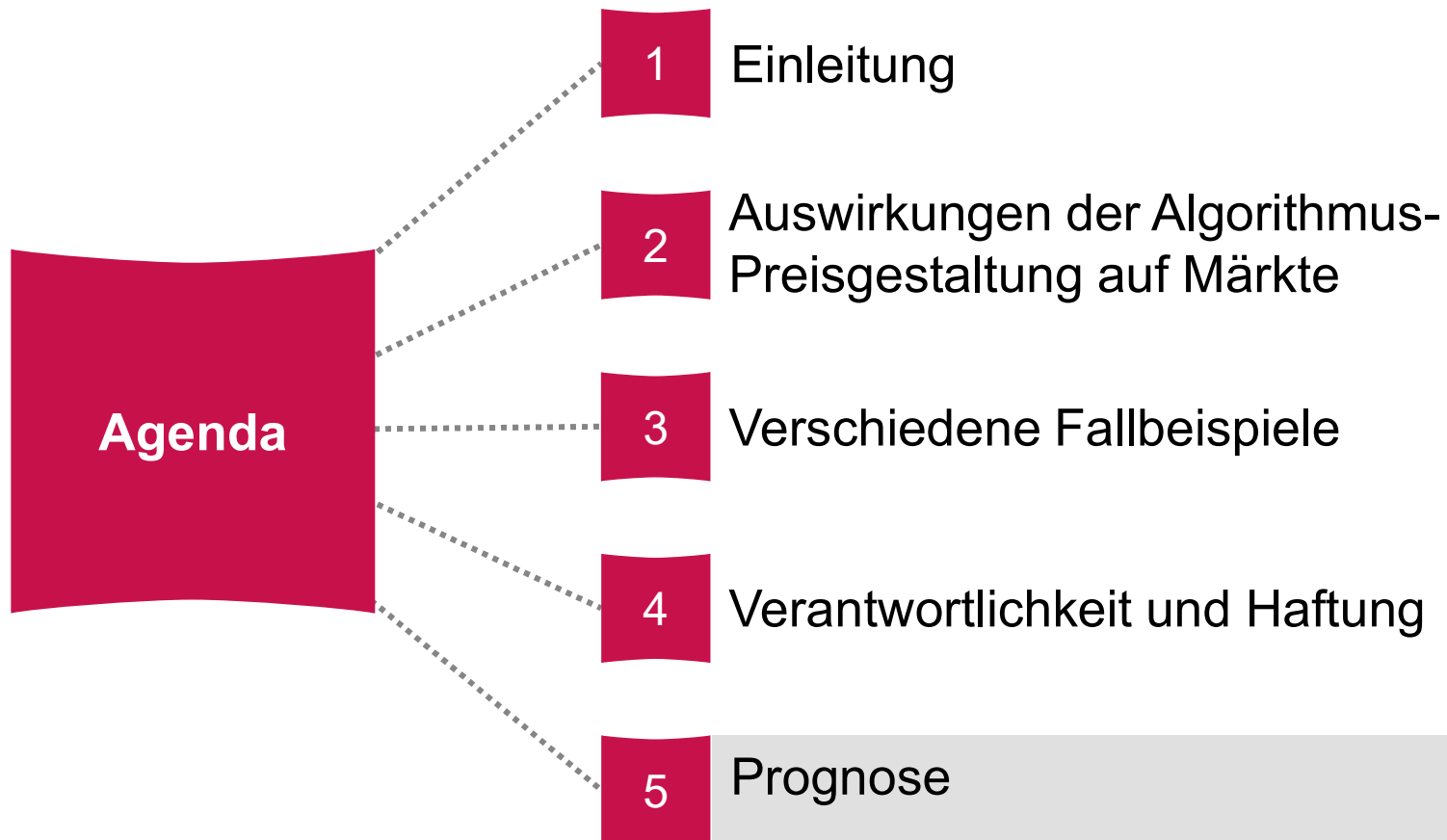
-
- ▶ Falls die Tochtergesellschaft (fast) vollständig im Eigentum ist: Die Muttergesellschaft ist in der Lage, entscheidenden Einfluss auf das Verhalten ihrer Tochtergesellschaft auszuüben, und es besteht die widerlegbare Vermutung, dass die Muttergesellschaft tatsächlich einen solchen Einfluss ausübt.

-
- ▶ Im Falle von Algorithmen wäre es eine Frage der (abstrakten) Steuerbarkeit durch die "Muttergesellschaft", die bestimmte Aufgaben (z.B. Preissetzung) an Algorithmen "delegiert".

-
- ▶ In diesem Sinne ist die Muttergesellschaft haftbar zu machen, wenn sie das "Verhalten" des Algorithmus hätte kontrollieren können (Compliance by Design und kontinuierliche Überwachung).

-
- ▶ Es müssen aber die Umstände jedes einzelnen Falles berücksichtigt werden.
-

Prognose



Prognose

- ▶ Algorithmen und Artikel 102 AEUV?
- ▶ Generell sind Konstellationen denkbar, in denen ein marktbeherrschendes Unternehmen Algorithmen mit missbräuchlicher Wirkung einsetzt.
- ▶ Anwendung der Haftung bei Missbrauch von Marktbeherrschungsszenarien?
- ▶ Kann der Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung bereits in der Verwendung eines Algorithmus bestehen?
- ▶ Haftung je nach Vorhersehbarkeit und/oder Kontrollierbarkeit?

Aussicht

Politik der Europäischen Kommission zum digitalen Markt

- Die Europäische Kommission führte eine eingehende Analyse der Herausforderungen und Möglichkeiten durch, die sich bei der algorithmischen Entscheidungsfindung ergeben, nachdem das Europäische Parlament ein Pilotprojekt zu diesem Thema vorgeschlagen hatte.
- Diese Arbeit wurde durch eine Studie (AlgoAware) unterstützt. Teil dieser Studie war eine eingehende politikrelevante Analyse der Rolle von Algorithmen durchführen, insbesondere der Frage, wie sie die Informationsflüsse, die sie zwischengeschaltet haben, formen, filtern oder personalisieren.
- Am 19. Februar 2020 veröffentlichte die Europäische Kommission das „Weißbuch zur Künstlichen Intelligenz – ein europäisches Konzept für Exzellenz und Vertrauen“
- Empfehlung des Europäischen Parlaments vom 27. April 2020 zur Ausarbeitung einer Verordnung zur zivilrechtlichen Haftung für den Betrieb von Systemen mit künstlicher Intelligenz.

Schlusswort

“I think some of these algorithms, they’ll have to go to law school before they’re let out. [...] You have to teach your algorithm what it can do and what it cannot do, because otherwise there is a risk that the algorithms will learn the tricks of the old cartels.”

Commissioner Margrethe Vestager, Recode Decode, 29. November 2017

Luther.

Vielen Dank für Ihre
Aufmerksamkeit

Ihr Ansprechpartner



**Dr. Sebastian Janka, LL.M.
(Stellenbosch)**

Rechtsanwalt
Partner

Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH
Karlstr. 10-12
80333 München
Tel +49 89 23714 10915
sebastian.janka@luther-lawfirm.com

Dr. Sebastian Janka berät nationale und internationale Mandanten in allen Fragen des europäischen und deutschen Kartell- und Wettbewerbsrechts. Seine Beratung umfasst u.a. M&A/Transaktionen (Fusionskontrolle durch die Europäische Kommission und das Bundeskartellamt sowie die Koordination von multijurisdiktionalen Anmeldungen), von der Europäischen Kommission und dem Bundeskartellamt eingeleitete Kartelluntersuchungen und Bußgeldverfahren, kartellrechtliche Schadensersatzklagen und sonstige Streitigkeiten (auch vor deutschen Gerichten sowie vor dem Gericht und dem Gerichtshof der Europäischen Union) sowie die Beratung in Compliance-Fragen.

Dr. Sebastian Janka hat in Hamburg (Deutschland), Bordeaux (Frankreich) und Stellenbosch (Südafrika) studiert und in internationalen Anwaltskanzleien in Buenos Aires (Argentinien) und New York (USA) gearbeitet.

Dr. Sebastian Janka ist Autor verschiedener Publikationen zu kartell- und sportrechtlichen Fragen und spricht häufig als Referent oder Pannelleiter auf nationalen und internationalen Kartellrechtskonferenzen. Er ist u.a. Mitglied der Studienvereinigung Kartellrecht e.V., der American Bar Association (ABA) und der International Association of Young Lawyers (AIJA).

Dr. Sebastian Janka wird von verschiedenen Publikationen empfohlen, darunter die erste Ausgabe von "Who's Who Legal": Competition - Future Leaders 2017", "Who's Who Legal: Deutschland 2018, 2019 und 2020", "Who's Who Legal: Thought Leaders – Competition 2020 und 2021", die von GCR herausgegeben wird, und in The Best Lawyers in Germany 2018, 2019 und 2020 in der Kategorie Wettbewerbs-/Kartellrecht.

Er ist gewähltes Mitglied des Rechtsrahmenausschusses (Kartellrecht) der "Plattform Industrie 4.0", einem Think Tank zur Digitalisierung, der von und unter der Schirmherrschaft der Bundesregierung, führender Wirtschaftsverbände und hochrangiger Vertreter aus Wirtschaft, Wissenschaft und Gewerkschaften initiiert wurde.

Die Angaben in dieser Präsentation sind ausschließlich für die genannte Veranstaltung bestimmt. Die Überlassung der Präsentation erfolgt nur für den internen Gebrauch des Empfängers. Die hier zusammengestellten Texte und Grafiken dienen allein der Darstellung im Rahmen dieser Veranstaltung und dokumentieren die Thematik ggf. nicht vollständig.

Die Präsentation stellt keine Rechts- oder Steuerberatung dar und wir haften daher nicht für den Inhalt. Diese erfolgt individuell unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls auf der Grundlage unserer Mandatsvereinbarung. Die Verteilung, Zitierung und Vervielfältigung – auch auszugsweise – des Inhalts zum Zwecke der Weitergabe an Dritte ist nur nach vorheriger Absprache gestattet.

Luther.



Auf den Punkt. Luther.