

GRUR-Jahrestagung 2022
Fachausschuss Kartellrecht
6. Oktober 2022

**Gatekeeper-Regulierung und
Innovationswettbewerb**

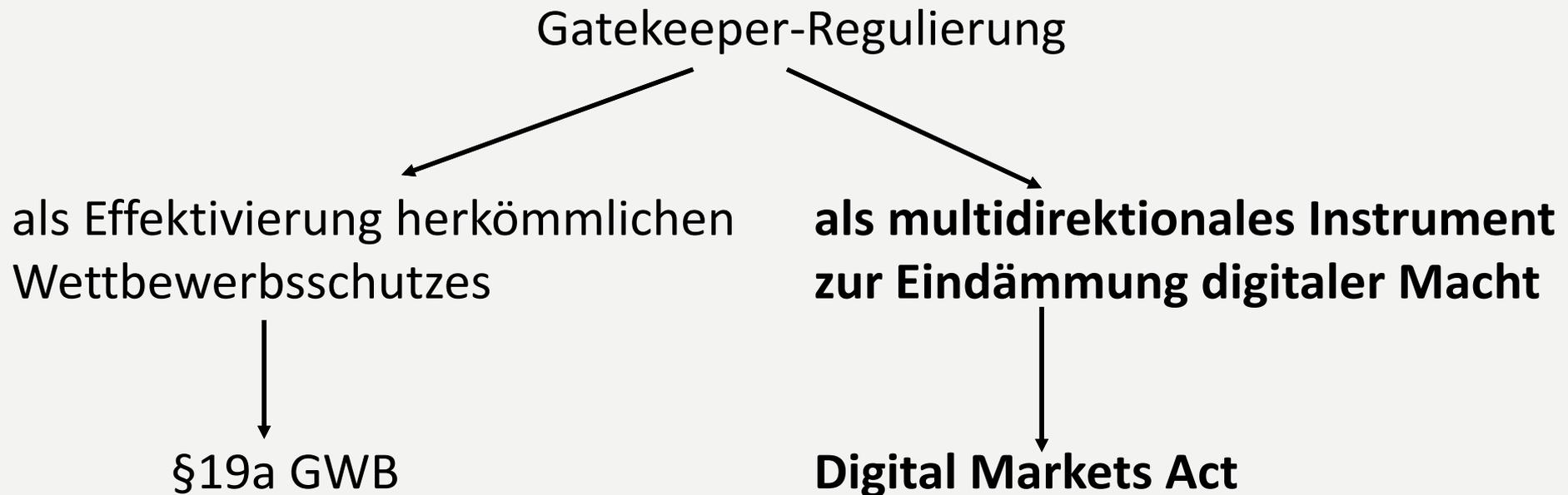
Thomas Ackermann, LMU München



I.1. Innovation auf Digitalmärkten als wettbewerbspolitische Herausforderung

- Die Bewertung von Innovationswettbewerb erfordert prognostische Entscheidungen von hoher Unsicherheit.
- Es gibt keinen empirisch gesicherten Zusammenhang zwischen Marktstruktur und Innovation.
- Messbar sind nur Indikatoren wie F&E-Investitionen und Patentanmeldungen (vgl. Dow/DuPont; Bayer/Monsanto).
- Anders als auf Märkten der „Old Economy“ fehlen in der Digitalökonomie wesentliche Prognosevoraussetzungen (z.B. lange Investitionszyklen, Pipelines für Patententwicklungen).
- **Innovationswettbewerb um/auf digitalen Plattformmärkte/n ist nicht allein ökonomisch zu bewerten. Zu bewerten sind die mit der Expansion der digitalen Welt verbundenen gesamtgesellschaftlichen Veränderungen.**

I.2. Fokussierung auf den DMA als exemplarische Gatekeeper-Regulierung



I.2. Fokussierung auf den DMA als exemplarische Gatekeeper-Regulierung

Innovationsförderung oder –behinderung durch

- die Zielkonfiguration des DMA?
- die Auswahl der adressierten Gatekeeper?
- die Ex-ante-Verbote bestimmter Verhaltensweisen?
 - die fehlende Strukturkontrolle?



II.1. Innovation und Wettbewerb auf digitalen Märkten

Jenseits der Kontroverse Schumpeter v. Arrow:

Weiterentwicklung, aber kein Abschluss der allgemeinen Debatte über die Auswirkungen von Marktmacht und Wettbewerb auf Innovation

Maßgeblicher Impuls durch Aghion et al. (2005):

„Competition and Innovation: An inverted U-relationship“

These:

Innovationsgewinne steigen mit zunehmendem Wettbewerb, wenn anfänglich geringer Wettbewerb herrscht. Sie nehmen jedoch mit zunehmendem Wettbewerb ab, wenn anfänglich hoher Wettbewerb herrscht.

II.1. Innovation und Wettbewerb auf digitalen Märkten

Besonderheiten bei Gatekeepern

„I love garage entrepreneurs – I was one. But just like the world needs small companies, it also needs large ones. There are things small companies simply can't do. I don't care how good an entrepreneur you are, you're not going to build an all-fiber Boeing 787 in your garage.“

(Jeff Bezos, zitiert nach Ezechiel/Stucke)

Aber wer digitale Ökosysteme beherrscht, hat potentiell Anreize und Möglichkeiten

- Innovationen anderer im Wettbewerb um und auf den zum Ökosystem gehörenden Märkten und sogar darüber hinaus („kill zones“) zu unterdrücken,
- eigene Innovationen nicht zum Nutzen der Marktgegenseite, sondern zur Absicherung und zum Ausbau der eigenen Position einzusetzen.



II.2. Sozial erwünschte und unerwünschte („toxische“) Innovation

Ezrachi/Stucke: “Toxische“ Innovation schafft keine Werte, sondern extrahiert oder zerstört sie.

„Under the guise of personalization, the Tech Barons and those within their ecosystem innovate in finding better ways to harvest data and predict and manipulate our behavior.“

- Die Unterscheidung ist nicht rein wohlfahrtsökonomisch zu treffen.
- Sie bedarf normativer Entscheidungen über die Voraussetzungen individueller Selbstbestimmung in der digitalen Welt.
- Diese sollten demokratisch legitimiert sein und
- im Gesamtkontext der Rechtsordnung (Kartell-, Lauterkeits-, Verbraucher-, Datenschutz- und Regulierungsrecht) konsistent verwirklicht werden.



III.1. Innovation als Hintergrund der Ziele des DMA: Der Textbefund

Art. 1 Abs. 1 DMA: Zweck dieser Verordnung ist es, zum reibungslosen Funktionieren des Binnenmarkts beizutragen, indem harmonisierte Vorschriften festgelegt werden, die in der gesamten Union **zum Nutzen von gewerblichen Nutzern und Endnutzern für alle Unternehmen bestreitbare und faire Märkte** im digitalen Sektor, auf denen Torwächter tätig sind, gewährleisten.

Bestreitbare Märkte

Faire Märkte

zum Nutzen von gewerblichen Nutzern und Endnutzern

(nicht notwendig: Verbraucherwohlfahrt oder Wettbewerbsfreiheit)



III.1. Innovation als Hintergrund der Ziele des DMA: Der Textbefund

Egr. 32: „Eine solche **geringe Bestreitbarkeit verringert die Anreize zur Innovation** und Verbesserung von Produkten und Dienstleistungen für den Torwächter, seine gewerblichen Nutzer, seine Herausforderer und Kunden **und wirkt sich somit negativ auf das Innovationspotenzial der gesamten Online-Plattformwirtschaft aus.**“

Egr. 33: Für die Zwecke dieser Verordnung sollte sich „**unfair**“ auf ein Ungleichgewicht zwischen den Rechten und Pflichten gewerblicher Nutzer beziehen, durch das der Torwächter einen unverhältnismäßigen Vorteil erlangt. **Marktteilnehmer, einschließlich gewerblicher Nutzer zentraler Plattformdienste und alternativer Anbieter von Diensten [...], sollten die Möglichkeit haben, die aus ihren innovativen oder sonstigen Bemühungen entstehenden Erträge angemessen abzuschöpfen.**



III.2. Der DMA als den Wettbewerbsschutz ergänzende, aber sich davon unterscheidende Regelung

Egr. 11: „Diese Verordnung verfolgt ein **Ziel, das das im Wettbewerbsrecht definierte Ziel, den unverfälschten Wettbewerb auf bestimmten Märkten zu schützen, ergänzt, aber sich davon unterscheidet**; sie soll sicherstellen, dass Märkte, auf denen Torwächter tätig sind, bestreitbar und fair sind und bleiben – ungeachtet der tatsächlichen, möglichen oder vermuteten Auswirkungen des unter diese Verordnung fallenden Verhaltens eines Torwächters auf einem Markt. Diese Verordnung soll daher ein anderes rechtliches Interesse als das durch jene Vorschriften Geschützte schützen und unbeschadet ihrer Anwendung gelten.“

Nur ein Kunstgriff zur Rechtfertigung der Kompetenzgrundlage (Art. 114 statt Art. 103, 352 AEUV)? Wohl nicht.

Bestreitbarkeit und Fairness von Märkten sind zwar auch Anliegen der Art. 101 f. AEUV, werden aber im DMA unabhängig davon konkretisiert.



III.3. Innovationswettbewerb und das Ziel, bestreitbare Märkte zu gewährleisten

bestreitbare = offene Märkte

im Wettbewerb um die Plattform

im Wettbewerb auf der Plattform

- Der DMA als **Instrument gegen innovationshemmende Behinderung durch Gatekeeper** auf den Märkten für ihre zentralen Plattformdienste, aber auch auf nachgelagerten Märkten (vgl. Egr. 32).
- Anders als bei Art. 102 AEUV (in seiner gegenwärtigen Auslegung) jedoch keine Orientierung am „as efficient competitor“ (vgl. Art. 1 Abs. 1; Egr. 11).
- I.E. legitime gesetzgeberische Neujustierung der Abwägung von Fehlerrisiken (Fehler 2. Ordnung > Fehler 1. Ordnung).

III.4. Innovationswettbewerb und das Ziel, faire Märkte zu gewährleisten

- Fairness setzt Möglichkeit gewerblicher Nutzer voraus, aus ihren (auch innovativen) Bemühungen angemessene Erträge zu ziehen (Egr. 33).
- Der DMA dient hier als **Instrument gegen innovationshemmende Ausbeutung durch Gatekeeper in der P2B-Beziehung.**
- Aufgrund der Loslösung vom Kartellrecht jedoch kein Gleichlauf mit der Bewertung der „Unangemessenheit“ iSv Art. 102 S. 2 lit. AEUV geboten.

IV.1. Die Benennung der Gatekeeper: Der Verzicht auf die Anknüpfung an Marktmacht

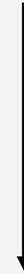
DMA:
Torwächter



§19a GWB:
Unternehmen
mit überragender
marktübergreifender
Bedeutung



Furman Report:
Strategic market status



Wachsender Konsens, dass die Anknüpfung an die Beherrschung eines zuvor abgegrenzten sachlich und räumlich relevanten Marktes der Macht der Inhaber digitaler Ökosysteme (auch mit Blick auf ihr innovationsbehinderndes Potential) nicht gerecht wird.

IV.2. Die Benennung der Gatekeeper: Die Kriterien

erheblicher Einfluss
auf den Binnenmarkt
(Art. 3 I lit. a)



7,5 Mrd. € Umsatz
oder 75 Mrd. €
Marktwert
(Art. 3 II lit. a)

zentraler Plattform-
dienst als wichtiges
Zugangstor zu
Endnutzern
(Art. 3 I lit. b)



45 Mio. Endnutzer
und 10.000 gewerb-
liche Nutzer in der EU
(Art. 3 II lit. b)

gefestigte und
dauerhafte Position
jetzt oder in naher
Zukunft
(Art. 3 I lit. c)



Schwellenwerte von lit. b
in jedem der drei letzten
Geschäftsjahre erreicht
(Art. 3 II lit. c)

Vermutung (widerlegbar nach Art. 3 V)

Bei Nichterfüllung der Schwellenwerte Benennung nach Art. 3 VIII iVm 17 möglich.

IV.2. Die Benennung der Gatekeeper: Die Kriterien

- Die an quantitative Schwellenwerte anknüpfende Vermutung trägt zur Effektivierung der Gatekeeper-Benennung bei.
- Die Möglichkeiten einer Widerlegung der Vermutung bei Überschreiten der Schwellenwerte und zur Benennung von Gatekeepern iSv Art. 3 I bei Unterschreiten der Schwellenwerte tragen zur Einzelfallgerechtigkeit bei.
- Bei (potentiell bereits den Innovationswettbewerb gefährdenden) „emerging gatekeepers“ könnte das behördliche Benennungsverfahren jedoch zu schwerfällig sein. Hier hilft das privat durchsetzbare Tipping-Verbot nach § 20 IIIa GWB.

V.1. Verhaltenskontrolle: Ex-ante-Verbote und „One size fits all“- Approach

- “starre” Verhaltensregeln in Art. 5 DMA für alle zentralen Plattformdienste der Gatekeeper,
- ggf. durch Maßnahmen nach Art. 8 DMA zu konkretisierende Verhaltensregeln nach Art. 6 DMA.
- Nach Art. 12 DMA (nur) Aktualisierung durch delegierten Rechtsakt der Kommission im Anschluss an eine Marktuntersuchung nach Art. 19 DMA.
- Im Vergleich zum Kartellrecht vereinfachte Rechtsanwendung wird mit gewissem “Zwangsjackeneffekt” erkaufte.

V.2. Einzelne Verbote: Innovation im Wettbewerb um Plattformmärkte

- Restriktionen des Gatekeepers bei der Verarbeitung und Zusammenführung von Endnutzerdaten, Art. 5 II DMA;
- Verbot von Meistbegünstigungsklauseln, Art. 5 III DMA;
- Verbot bestimmter Dienstbindungen und Kopplungspraktiken, Art. 5 VII, VIII DMA;
- Regelungen zu Datenzugang und –portabilität, Art. 6 VIII, IX DMA;
- speziell für Messenger-Dienste Pflicht zur Interoperabilität mit anderen Diensten, Art. 7 DMA.
- Innovation im Wettbewerb um die Plattform wird erleichtert, wenn auch womöglich im Einzelfall auf Kosten der Innovation durch den Gatekeeper.

V.2. Einzelne Verbote: Innovation im Wettbewerb auf Plattformmärkten

- Pflicht, gewerblichen Nutzern die Kommunikation mit Endnutzern zu erlauben, Art. 5 IV DMA;
- Auskunftsrecht für Werbetreibende und Verlage, Art. 5 IX, X DMA;
- Selbstbegünstigungsverbot, Art. 6 V DMA.
- Innovation im Wettbewerb auf der Plattform wird erleichtert, wenn auch womöglich im Einzelfall auf Kosten der Effizienz des Gatekeepers.

V.3. Das Fehlen einer Efficiency Defence

- Einhaltung der Art. 5, 6 DMA kann Innovationen durch Gatekeeper verhindern (Bsp: Verbessertes oder neues Produkt für Endkunden durch Zusammenführung verschiedener Datenquellen).
- Art. 9 (Aussetzung bei Gefährdung der Rentabilität des Gatekeepers) und Art. 10 DMA (Befreiung aus Gründen der öffentlichen Gesundheit und Sicherheit) sind zu eng für eine „innovation defence“.
- Kaum Spielraum für eine restriktive Auslegung einzelner Verbote der Art. 5, 6 DMA zur Vermeidung einer Behinderung von Innovationen durch Gatekeeper.
- Auch die Aktualisierungsbefugnis der Kommission nach Art. 12 DMA umfasst keine Einschränkung der Art. 5, 6 DMA.
- **Es bleiben bei Fehlsteuerungen nur Korrekturen durch den Unionsgesetzgeber.**

V.4. Lücken in der Verhaltenskontrolle aus innovationsbezogener Sicht?

Werterhöhende Innovation:
Problem möglicher Unterdrückung durch den DMA

„Toxische“ Innovation
(z.B. durch Manipulation von
Verbraucherpräferenzen):
primär außerhalb des DMA

Gatekeeper

Behinderung fremder Innovation: DMA



VI.1. Das Problem innovationshemmender Marktstrukturen: Fusionskontrolle und „Killer Acquisitions“

- “Killer Acquisitions“ bedrohen potentiell Innovationen auch jenseits des Wettbewerbs um und auf den Plattformmärkten der Gatekeeper.
- Hierzu das folgende Panel.



- VI.2. Das Problem innovationshemmender Marktstrukturen: Kompensation fehlender europäischer Strukturkontrolle durch nationale Gesetzgebung (11. GWB-Novelle)?
- Der DMA als Fragment des ursprünglich geplanten New Competition Tool.
 - Die geplanten Eingriffsbefugnisse des BKartA im Anschluss an Sektoruntersuchungen (§ 37f RefE GWB) könnten das Scheitern des New Competition Tool kompensieren.
 - Aber die Gesetzgebungskompetenz des Bundes ist wegen der ausschließlichen Kompetenz der Union für den Wettbewerbsschutz im Binnenmarkt (Art. 3 I lit. b AEUV) ohne Ermächtigung durch die Union (Art. 2 I AEUV) sehr fraglich.
 - Einzelne Ausnahmen zugunsten nationalen Rechts (Art. 3 II 2 VO 1/2003; Art. 21 IV FKVO; Art. 1 VI DMA) passen hier nicht.



VII. Fazit

Der DMA schützt Innovationswettbewerb

- nur indirekt (Folge: kein unmittelbarer Durchgriff auf Innovationsschädigung oder –förderung als Verbots- bzw. Rechtfertigungskriterium),
- nur vor Beeinträchtigungen durch Verhalten der Gatekeeper (Folge: innovationshemmende Marktstrukturen bleiben unangetastet) und
- schematisch (Folge: höheres Risiko von „false positives“ als im herkömmlichen Kartellrecht, dafür weniger „false negatives“).

Gleichwohl:

Als Trade-off zwischen dem Innovationspotential der Gatekeeper und den von ihrer Macht ausgehenden gesamtgesellschaftlichen Gefahren eine legitime gesetzgeberische Entscheidung!