

Kapitel 3 – Innovationswettbewerb im Kartellrecht und im Kontext der Regulierungskräfte

Die Warnung vor Monopolisierungstendenzen im Innovationswettbewerb wirft die Frage auf, wie das Recht mit ihnen umgeht. Das primäre Regelungswerk für das Funktionieren des Wettbewerbs ist das Kartellrecht. Die Stimulation von Entwicklungstätigkeiten bezwecken aber auch andere Regelungswerke wie das Immaterialgüterrecht sowie sektorspezifische Regulierung. Dieses Kapitel beschäftigt sich nicht mit Datenmacht als Problem des Kartellrechts, sondern vielmehr mit dem Zusammenspiel von Wettbewerb und datengetriebenen Innovationen und der Rolle des Kartellrechts. Zu untersuchen ist, inwiefern bereits eine rechtliche Infrastruktur besteht, die das Funktionieren der Innovationsmechanismen für selbstlernende Systeme stabilisieren kann. Möglicherweise findet der Aspekt der Innovationsoffenheit bereits genügend Beachtung in der aktuellen Kartellrechtsanwendung oder der Anwendung weiteren innovationsstimulierenden Rechts. Dabei bleibt der ökonomische Wettbewerb der zentrale Innovationsmechanismus, an den die meisten Ansätze der Regulierung anknüpfen, um Innovationspotential im Markt freizusetzen.³⁹³ Der normativ gesicherte Wettbewerb sei das „überragende Medium der Innovationsstimulation“.³⁹⁴ Die Förderung von Wettbewerb kann daher als Förderung von Innovationen gelten.

A. *Kartellrecht und Innovationen – Überblick*

In den letzten Jahren wanderte die Thematik der Innovationsförderung verstärkt in das Blickfeld des Kartellrechts. Sowohl die Frage, wie Innovation die Marktstrukturen beeinflusst, aber auch wie Kartellrechtsdurchsetzung auf die Anreize zur Investition in Forschung und Entwicklung wirkt,

393 BKartA, Innovationen – Herausforderungen für die Kartellrechtspraxis, S. 20; Eifert, Innovationsfördernde Regulierung, in: Eifert/Hoffmann-Riem (Hrsg.), Innovationsfördernde Regulierung, S. 11–22, 17; Heitzer, Innovation und Wettbewerb aus kartellrechtlicher Sicht, Rede FIW-Symposium 2009, S. 12.

394 Hoffmann-Riem, Innovation und Recht, S. 293.

wurde diskutiert.³⁹⁵ Ein Trend zur Einbeziehung von Innovationseffekten in die Kartellrechtsanwendung³⁹⁶ fiel spätestens mit Zusammenschlussentscheidung *Dow/Dupont* auf. Die Schadenstheorie des Rückgangs von Innovationsaktivitäten ist allerdings nicht neu.³⁹⁷

Das Kartellrecht ist mit dem Zweck der Sicherung der Funktionsfähigkeit der Märkte per se innovationserheblich: Der Wettbewerb gilt als Entdeckungsverfahren für innovative Produkte.³⁹⁸ Wettbewerbspolitik ist daher Innovationspolitik im weiteren Sinne.³⁹⁹ Innovationspolitik hat nach allgemeinem Verständnis zuvörderst den Zweck, Innovationsaktivitäten zu ermöglichen und mit dem Schutz gegenläufiger Interessen in Einklang zu bringen.⁴⁰⁰ Dabei bestimmt sie sich nicht zuletzt danach, wie viel Vertrauen der Gesetzgeber in den Markt als Steuerungsmedium für Innovationsprozesse setzt.⁴⁰¹ Scheint die selbstregulierende Kraft der Marktprozesse ausreichend, ist keine ergänzende innovationsbezogene Wettbewerbspolitik erforderlich. Sind Marktdefizite oder -versagen strukturell in einem Entwicklungskorridor verankert, ist zum Erreichen der mit der Innovation verbundenen Ziele ein wettbewerbspolitisches Tätigwerden erforderlich. Angesichts der Neuheit der Innovation fehlt es dem Staat meist am Regulierungswissen, um die Innovation unmittelbar anzuregen, weshalb die Regulierung über die Sicherung des Funktionierens des Marktes erfolgt. Eine Kartellrechtsstrategie, die Innovativität unterstützen soll, müsste Praktiken, die innovationshemmend wirken, angreifen.⁴⁰² Zunächst wirkt das Kartellverbot an sich innovationsfördernd: In der Komfortzone, die eine Abrede schafft, bestehen keine Anreize, zu forschen und in Entwicklung zu investieren.⁴⁰³ Ein Beispiel hierfür ist eine Abstimmung von Wett-

395 *Shelanski*, UPenn Law Review Vol. 161, S. 1663–1705, 1673 (2013) mwN.

396 *Kerber*, Competition, Innovation and Competition Law, S. 3; *Shelanski*, UPenn Law Review Vol. 161, S. 1663–1705, 1686 (2013).

397 Z. B. Europäische Kommission, Entscheidung vom 8. September 2015, M.7278 – *General Electric/Alstom* (horizontal); Europäische Kommission, Entscheidung vom 26. Januar 2011, COMP/M.5984 – *Intel/McAfee* (vertikal).

398 Von Hayek, Der Wettbewerb als Entdeckungsverfahren; Hoffmann-Riem, Innovation und Recht, S. 429; Wissenschaftlicher Beirat beim BMWi, Wettbewerbspolitik für den Cyberspace, S. 17.

399 Vgl. Baker, Antitrust Law Journal, Vol. 74, S. 574–602, 602 (2007); Heitzer, Innovation und Wettbewerb aus kartellrechtlicher Sicht, Rede FIW-Symposium 2009, S. 6; Hoffmann-Riem, Innovation und Recht, S. 271.

400 Welsch, Innovationspolitik, S. 195ff.

401 Hoffmann-Riem, Innovation und Recht, S. 273.

402 Baker, Antitrust Law Journal, Vol. 74, S. 574–602, 592 (2007).

403 Laitenberger, CRA Annual Conference Brüssel, Rede, 9. Dezember 2015.

bewerben darüber, wie oder ob sie Forschungs- und Entwicklungsbestrebungen nachgehen.⁴⁰⁴ Zu beachten sind dabei die innovationspolitischen Freistellungen vom Kartellverbot gemäß der Gruppenfreistellungsverordnungen Forschung und Entwicklung⁴⁰⁵ sowie Technologietransfer.⁴⁰⁶

Außerdem ist das Kartellrecht eine Hürde für horizontale⁴⁰⁷ und nicht-horizontale Zusammenschlüsse, die die Zahl von potentiellen Innovatoren verringern, wie die Entscheidung im Fall *Dow/DuPont* zuletzt zeigte.⁴⁰⁸ Am unkonkretesten ist eine dritte Möglichkeit: Das Kartellrecht ermöglicht es, Wettbewerbsbeschränkungen durch marktmächtige Unternehmen, die Innovationen erschweren, anzugreifen.

I. Regelungszweck

Kartellrecht bezweckt⁴⁰⁹, das Funktionieren des Wettbewerbs zu erhalten oder (wieder-)herzustellen.⁴¹⁰ Der Wettbewerb hat wiederum eigene statische und dynamische Funktionen zu erfüllen wie die Steuerung der Konsumentensouveränität und -wohlfahrt⁴¹¹, die optimale Faktorallokation, Anpassungsflexibilität und die Beschleunigung des technischen Fort-

404 United States v. Automobile Manufacturers Association, 307 F. Supp. 617 (1969), betraf Vereinbarungen bezüglich der (Nicht-)Entwicklung von Luftreinhal tungsvorrichtungen für Kraftfahrzeuge.

405 Verordnung (EU) Nr. 1217/2010 der Kommission vom 14. Dezember 2010.

406 Verordnung (EU) Nr. 772/2004 der Kommission vom 27. April 2004, (TTBER).

407 Hierzu die Horizontalleitlinien, Nr. 38, 71b: Leitlinien zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse gemäß der Ratsverordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, ABl. C 031 vom 5. Februar 2004 S. 5–18; Rn. 56 aF erwähnte die Untersuchung von Innovationsmärkten.

408 Europäische Kommission, Entscheidung vom 27. März 2017, M.7932 – *Dow/DuPont*; und allgemein *Gilbert/Sunshine*, Antitrust Law Journal, Vol. 63, S. 569–601 (1995).

409 Dieser Abschnitt dient einer Einführung und erhebt keinen Anspruch auf eine akkurate Darstellung der verschiedenen Strömungen und Jurisdiktionen.

410 *Easterbrook*, Limits of Antitrust, Texas Law Review, Vol. 63, No. 1, S. 1 (1984); *D. Evans/Hylton*, Competition Policy International, Vol. 4, No. 2, S. 203–241, 208 (2008); *Ezrachi*, EU Competition Law Goals and the Digital Economy, S. 2; *Federico/Scott Morton/Shapiro*, Antitrust and Innovation, S. 1; LMRKM-Meessen/Kersting, Einführung in das europäische und deutsche Kartellrecht, Rn. 6ff; *Marcos*, Innovation by Dominant Firms, S. 3; *Podszun/Kreifels*, EuCML 2016, 33 (34f).

411 Dazu erläuternd *Ezrachi*, EU Competition Law Goals and the Digital Economy, S. 7ff.

schritts.⁴¹² Der perfekte Wettbewerb, der diese Aufgaben mit gleichem Erfolg erfüllt, ist ein theoretisches Konstrukt.⁴¹³ Kartellrecht dient nicht der Feinststeuerung von Märkten zur Erzielung des optimalen Ergebnisses. Ineffizienzen sind hinzunehmen.⁴¹⁴ Das Wettbewerbsrecht verkürzt die Freiheitsräume der Unternehmen so, dass sie sich gegenseitig zu gemeinwohldienlichem Verhalten zwingen.⁴¹⁵ Geschützt wird nicht das Ergebnis, sondern der Prozess: Das Recht schützt den unbeeinträchtigten Ablauf wettbewerblicher Prozesse und Selektionsmechanismen, hier beispielsweise die Anreize für den technologischen Fortschritt, aber nicht die technologischen Entwicklungen selbst. Ebenso wenig sollen die Wettbewerber geschützt werden.⁴¹⁶ Ein funktionierender Wettbewerb setzt voraus, dass es (potentielle) Wettbewerber als Gewinner und Verlierer gibt und kann konsequent den Untergang schwacher Wettbewerber bedeuten. Zudem unterscheiden sich die Ziele des Wettbewerbs je nach wettbewerbspolitischer Ausrichtung und dem jeweiligen Rechtssystem.⁴¹⁷

Kartellrechtliche Maßnahmen beheben oder bestrafen Fehlverhalten und verhindern – durch die Zusammenschlusskontrolle – potentiell ausnutzbare Marktstellungen. In der Regel wirken sie punktuell ex post: Das Marktverhalten wird zwar rückblickend bewertet, aber mit Blick in die Zukunft abgestellt. Obwohl ex-ante-Entscheidungen grundsätzlich nur bei der Fusionskontrolle getroffen werden, kennt das Kartellrecht beide Perspektiven und bewertet sowohl statisch als auch dynamisch. Dazu gehört auch, dass nicht rückwirkend Geschäftsmodelle vor neuem oder künftigem Wettbewerb geschützt werden, obwohl sich Nachfrager schon gegen sie entschieden haben. Dem Kartellrecht wohnt keine unmittelbare sozialpolitische Komponente inne, die Unternehmen oder Arbeitsplätze bewahren und Fehlspekulationen abmildern soll. Andernfalls würden Wettbewerbsbehörden sich in einer Position wiederfinden, in der sie – und nicht der Markt – Gewinner und Verlierer wählen. Derart politisch aufgeladen soll das Kartellrecht nicht sein.

Gleichzeitig ist ein Ziel des Wettbewerbsrechts die Offenhaltung der Märkte, um die Grundlagen für den funktionsfähigen Wettbewerb zu

412 Vgl. *Kantzenbach*, Die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs, S. 16–19; dazu *I. Schmidt/Haukap*, Wettbewerbspolitik und Kartellrecht, S. 15f, 36.

413 *Easterbrook*, Texas Law Review, Vol. 63, No. 1, S. 1 (1984).

414 *Ibáñez Colomo*, Eur L Rev, Vol. 41, No. 2, S. 201–219, 212 (2016).

415 *Magen*, Ein Wettbewerbskonzept für das Öffentliche Wirtschaftsrecht, S. 40.

416 *D. Evans/Hylton*, Competition Policy International, Vol. 4, No. 2, S. 203–241, 208 (2008); *Körber*, WuW 2015, 120 (129).

417 *I. Schmidt/Haukap*, Wettbewerbspolitik und Kartellrecht, S. 35.

bewahren.⁴¹⁸ Dies setzt etwa die Möglichkeit zur Hervorbringung von Produktneuheiten voraus: Der Qualitätswettbewerb ist ebenso schutzwürdig wie der Preiswettbewerb.⁴¹⁹ Dabei werden wiederum nicht alle Innovationsvoraussetzungen gleichgeschaltet. Nicht jeder Nachteil im (Verfolgungs-)Wettbewerb hat wettbewerbsschädliche Auswirkungen.

An sich kritisiert das Kartellrecht auch marktmächtige Stellungen nicht: Oft reflektieren sie die Effizienzen und Entscheidungen der Konsumenten. Sie können das Ergebnis der Charakteristika eines Marktes sein – wie natürliche Monopole in von starken Skaleneffekten geprägten Märkten. Der Markt weist grundsätzlich die nötigen Ressourcen den produktivsten Unternehmen zu (Faktorallokation); ein Eingriff in diese Funktionsweise kann bedeuten, dass eine Ressource weniger effizient genutzt wird.

Bei der Beurteilung marktmächtiger Stellungen ist das Kartellrecht auf die Bildung von Modellen angewiesen, die von der Wirtschaftswissenschaft informiert oder bereitgestellt sind. An dieser Stelle wirkt etwa die Schumpeter-Arrow-Kontroverse zum Zusammenhang von Wettbewerb und Innovation, die für die Auslegung und Weiterentwicklung des Kartellrechts relevant wird. Neue Erkenntnisse ökonomischer Innovationsforschung können auf künftige wettbewerbspolitische Probleme aufmerksam machen und liefern Ansätze für die kartellrechtliche Erfassung.⁴²⁰ Im besten Fall funktioniert Kartellrecht so gut, dass es den Abbau von Regulierung unterstützt, weil Märkte weniger staatliche Eingriffe benötigen, um die Funktionen des Wettbewerbs – etwa die Fortschrittfunktion – zu erfüllen.

II. Grundsätzliches – Innovation als Ausgleich von Machtpositionen

Der Wettbewerb schafft Anreize für Anbieter, Maßnahmen zur Steigerung der Nachfrage zu unternehmen. Die offensichtlichste Maßnahme ist eine

418 BGH, Urteil vom 24. Oktober 2011 – KZR 7/10 = WuW 2012, 72 – *Grossistenkündigung*; Urteil vom 12. März 1991 – KZR 26/89 = BGHZ 214, 118 – *Krankentransportunternehmen II*; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 26. August 2019 – VI-Kart 1/19 (V) = NZKart 2019, 495, 498 – *Facebook I*; LMRKM-Meessen/Kersting, Einführung in das europäische und deutsche Kartellrecht, Rn. 9.

419 Ezrachi, EU Competition Law Goals and the Digital Economy, S. 14; *Wissenschaftlicher Beirat beim BMWi*, Wettbewerbspolitik für den Cyberspace, S. 36.

420 Marcos, Innovation by Dominant Firms, S. 4; Wieddekind, Innovationsforschung, Wettbewerbstheorie und Kartellrecht, in: Eifert/Hoffmann-Riem (Hrsg.), Innovation und rechtliche Regulierung, S. 134–170, (161f).

Senkung der Verkaufspreise. Senkt ein Konkurrent die Preise, hat ein Unternehmen die Wahl, selbst die Preise zu senken oder ein verbessertes Produkt, eine schnellere Lieferung oder eine bessere Dienstleistung anzubieten. Weil Unternehmen wissen, dass diese Handlungen ihnen bei der Erhöhung ihres Umsatzes höchstwahrscheinlich dienlich sind, haben sie ein Bestreben, ihren Wettbewerbern zuvorzukommen. Das Ergebnis ist in einer idealen Situation ein Wettbewerb, der immer günstigere und bessere Produkte hervorbringt, wovon der Nachfrager und die Gesamtwirtschaft profitieren. Dieser Wettkampf um das Hervorbringen von Erfundenen durch Forschung und Entwicklung wird als Innovationswettbewerb bezeichnet.⁴²¹ Er ist ein Pfeiler der Wettbewerbsintensität.⁴²²

Schon in den 1960er Jahren wurde in der Informationstechnologie – auf einem weniger verdichteten Markt als heute – so gedacht: Firmen, die Datenverarbeitung anboten, sahen sich stets vom Wettbewerb veranlasst, ihre Produkte zu verbessern und die Preise zu senken und auf verbesserte Produkte und gesenkte Preise der Wettbewerber zu reagieren.⁴²³ Mit der digitalen Transformation nimmt die Innovationsgeschwindigkeit im Wettbewerb eine zentrale Rolle ein und verdrängt den Preis als das maßgebliche Kriterium.⁴²⁴

Innovationen wird im Hinblick auf den Markt eine Transformations- und Disruptionskraft zugeschrieben. Sie können Monopole zeitlich begrenzen, Marktmacht erodieren und die Skaleneffekte etablierter Unternehmen entwerten. Gleichzeitig verbietet sich die blinde Annahme, dass Innovationsaktivitäten unabhängig der jeweiligen Ökonomie und des Verhaltens etablierter Unternehmen immer möglich sind. In Einzelfällen können Korrekturen durch das Kartellrecht oder andere Rechtsgebiete notwendig werden. In begrenztem Maße verlässt sich das Kartellrecht darauf, dass Innovationen durch Qualitätswettbewerb Märkte angreifbar

421 Der Begriff wird in der Literatur nicht einheitlich verwendet und dient hier auch eher als „Schlagwort“.

422 Heitzer, Innovation und Wettbewerb aus kartellrechtlicher Sicht, Rede FIW-Symposium 2009, S. 12; „anerkannter Marktmacht- und Wettbewerbsparameter“; BKartA, Innovationen – Herausforderungen für die Kartellrechtspraxis, S. 20.

423 “Constantly compelled by competition both to improve both their products and to reduce prices—and to react to the improved products and lower prices of competitors”, Fisher/McGowan/Greenwood, Folded, Spindled and Mutilated: Economic Analysis and US v IBM, S. 132.

424 Dreher, ZWeR 2009, 149 (151); Ellger, ZWeR 2018, 272 (274); Shelanski, UPenn Law Review, Vol. 161, S. 1663–1705, 1669 (2013); Zimmerlich, Marktmacht in dynamischen Märkten, S. 97 mwN („performance-based markets“).

halten und die Strukturen und Machtverhältnisse infrage stellen. Einzelne Basisinnovationen können diesen Zusammenhang jedoch widerlegen und statt freier Folgeinnovationen zu einer Beschränkung des Innovationswettbewerbs führen. Innovation ist in einem solchen Fall nicht mehr ein Faktor, der Marktmacht und Skalierung destabilisiert oder auf die Probe stellt, sondern sie vielmehr befeuert. In diesen Fällen liegt es nahe, Innovationen zu stimulieren, indem der Innovationswettbewerb vor Beschränkungen durch Zusammenschlüsse, Abreden und missbräuchliche Geschäftsstrategien geschützt wird. Die begrenzte Vorhersehbarkeit von Forschung und Entwicklung muss dabei in die Bewertung der Auswirkungen auf Innovationen einbezogen werden.

1. Dynamischer Wettbewerb

Der Wettbewerb gilt als Entdeckungsverfahren für neue Produkte, Dienste und Prozesse. Der dynamische Wettbewerb zeichnet sich in besonderem Maße durch die Neubildung und Erosion von Machtvorsprüngen durch technologischen Fortschritt als eine der dynamischen Funktionen des Wettbewerbs aus.⁴²⁵ Er setzt sich aus den Phasen des Vorstoßes und der Verfolgung zusammen. Laut dem Bundeskartellamt sind Märkte der Internetökonomie und Branchen, die von zunehmenden Automatisierungsmöglichkeiten oder Innovationen der Digitalisierung profitieren, besonders dynamisch.⁴²⁶ Neue Möglichkeiten der günstigen Datenanalyse haben den Innovationswettbewerb stimuliert und Eintrittskosten gesenkt.⁴²⁷ Im dynamischen Wettbewerb ist der Kreis der potentiellen Wettbewerber

425 Vgl. *Galloway*, World Competition, Vol. 34, No. 1, S. 73–96, 73 (2011); *Hoppmann*, Marktmacht und Wettbewerb, S. 10f; *Marcos*, Innovation by Dominant Firms, S. 5; *Sidak/Teece*, Journal of Competition Law & Economics, Vol. 5, No. 4, S. 581–631, 600f (2009).

426 BKartA, Innovationen – Herausforderungen für die Kartellrechtspraxis, Schriftenreihe „Wettbewerb und Verbraucherschutz in der digitalen Wirtschaft“, S. 21; *dass.*, Arbeitspapier Marktmacht von Plattformen und Netzwerken, S. 80ff; sowie BKartA, Beschluss vom 22. Oktober 2015, B6–57/15 Rn. 175f – *Online-Dating*; auch *Dreher*, ZWeR 2009, 149 (149ff); *Körber*, NZKart 2016, 303 (305); *Monopolkommission*, Sondergutachten 68, S. 28f; *Schweitzer/Fetzer/Peitz*, Digitale Plattformen: Bausteine für einen künftigen Ordnungsrahmen, S. 40; *Zimmer*, The digital economy: A challenge for competition policy?, in: *Nihoul/van Cleynenbreugel* (Hrsg.), The Roles of Innovation in Competition Law Analysis, S. 299–306 (300).

427 *Paal*, NZKart 2018, 157 (158).

größer und ungewisser. Der vorstoßende Innovationswettbewerb schafft neue Produkte und erschließt neue Märkte zulasten bestehender Märkte. Diese Ablösung erfolgt mit überdurchschnittlicher Geschwindigkeit. Der Wettbewerbsvorsprung innovativer Unternehmer wird durch Nachahmer im Imitationswettbewerb aufgezehrt.⁴²⁸ Der zeitliche Vorsprung vor Imitatoren bestimmt sich nach Kapitalbedarf, bestehendem Know-how der Imitatoren und dem Verlauf der Lernkurven.⁴²⁹ Die politische Bewertung dieses Vorsprungs kann einerseits dazu führen, dass Imitation durch gewerbliche Schutzrechte erschwert oder durch Zugang zu Infrastruktur und Know-how erleichtert werden soll. Zu den potentiellen Wettbewerbern können auch nachfolgende Monopolisten oder Oligopolisten zählen, die bestehenden Marktteilnehmern empfindliche Marktanteile abnehmen. Dieser Wettbewerbsdruck hält die Märkte dynamisch und ist nur möglich, wenn sie dank überwindbarer Markteintritts- und Marktaustrittsbarrieren bestreitbar sind. Das Funktionieren des dynamischen Wettbewerbs wird daher im besonderen Maße durch den Schutz des Wettbewerbs um den Markt gewahrt.⁴³⁰ Gleichzeitig muss das Kartellrecht, um die Fortschrittfunktion des Wettbewerbs zu stützen, Innovationsmonopole ermöglichen.⁴³¹ An einem gewissen Punkt werden die Vorteile zunehmender Innovationsaktivitäten übertroffen von Schäden durch den Verlust von Wettbewerb – an diesem Punkt ist entsprechend der Wettbewerbsfunktion behördliches Einschreiten angebracht. Der jeweilige wettbewerbliche Vorsprung und die Größe des Vorreiters können dabei nicht allein die maßgebliche Größe sein, weil das Kartellrecht kein Verbot des Wachstums aus eigener Anstrengung vorsieht. Zudem ist Marktmacht auf dynamischen Märkten verletzlicher und kann durch negative Netzwerkeffekte zügiger erodieren.⁴³² Gerade der Wettbewerb um den Markt ist auf die

428 Wieddekind, Innovationsforschung, Wettbewerbstheorie und Kartellrecht, in: Eifert/Hoffmann-Riem (Hrsg.), Innovation und rechtliche Regulierung, S. 134–170 (162).

429 Wieddekind, Innovationsforschung, Wettbewerbstheorie und Kartellrecht, in: Eifert/Hoffmann-Riem (Hrsg.), Innovation und rechtliche Regulierung, S. 134–170 (162).

430 Crémer/de Montjoye/Schweitzer, Competition policy for the digital era, S. 5.

431 Wieddekind, Innovationsforschung, Wettbewerbstheorie und Kartellrecht, in: Eifert/Hoffmann-Riem (Hrsg.), Innovation und rechtliche Regulierung, S. 134–170 (164).

432 Ellger, ZWeR 2018, 272 (274); Kerber/Kern, Assessing Innovation Effects in US Merger Policy, S. 10; Marcos, Innovation by Dominant Firms, S. 12 mwN; Petit, Technology Giants, S. 67.

sequentielle Beherrschung statt eine simultane Aufteilung des Marktes und damit auf stetige Ablösung angelegt.

Die Konsequenz der Thesen Schumpeters ist, dass sich Wettbewerbsbehörden in dynamischen Märkten auf spezifische Missbrauchsfälle und Zusammenschlüsse konzentrieren, statt generell marktmächtige Stellungen zu hinterfragen.⁴³³ Es sei wahrscheinlich, dass Behörden bei Eingriffen in innovatives Verhalten teure Fehler machen, die langfristig die Innovationsaktivitäten ausbremsen; außerdem könnten andere Eintrittskandidaten mit künftigen, ähnlichen Interventionen rechnen, was wiederum deren Innovationsanreize senken würde.⁴³⁴ Tatsächlich wird zu erwarten sein, dass die Betrachtung innovationsbezogener Aspekte in wettbewerbsbehördlichen Entscheidungen erheblich zunimmt. Dabei wird die Bestreitbarkeit von Märkten zur Sicherung der Fortschrittfunktion des Wettbewerbs ein entscheidender Prüfungspunkt sein. Weil die Prüfung deutlich komplexer sein dürfte als die Untersuchung bloßen Preiswettbewerbs, stellt sich die Frage, wie Kartellrecht und Regulierung beschleunigt werden können, um mit den dynamischen Prozessen des Marktes mitzuhalten.⁴³⁵

2. Innovationen als Marktmachtparameter, § 18 Abs. 3a Nr. 5 GWB

Obwohl die Prüfung des Innovationswettbewerbs Probleme bereiten kann, hat die Wettbewerbspolitik schon deswegen ein Interesse an vielfältigen Innovationsaktivitäten, weil sie Märkte agil halten und Kartellbehörden die Arbeit „abnehmen“. Gleichzeitig sind Innovationen negative exogene Faktoren, die regelmäßig neue kartellrechtliche Probleme aufwerfen und Reformen motivieren; dies illustriert Big Data als Anknüpfungspunkt wettbewerbspolitischer Diskussionen.

433 So Katz/Shelanski, ‘Schumpeterian’ Competition and Antitrust Policy in High-Tech Markets, S. 7.

434 BKartA, Innovationen – Herausforderungen für die Kartellrechtspraxis, Hintergrundpapier, S. 19 mit Verweis auf Segal/Whinston, American Economic Review, Vol. 97, No. 5, S. 1703–1730, 1723 (2007); so auch Bethell/Baird/Waksman, Journal of Antitrust Enforcement 2020, Vol. 8, S. 30–55 (37f); Kühling, Innovations-schützende Zugangsregulierung in der Informationswirtschaft, in: Eifert/Hoffmann-Riem (Hrsg.), Innovationsfördernde Regulierung, S. 47–69 (51).

435 So z. B. Schweitzer/Fetzer/Peitz, Digitale Plattformen: Bausteine für einen künftigen Ordnungsrahmen, S. 66.

Die marktmachtrelativierende Wirkung ist in Missbrauchs- und Fusionskontrollverfahren⁴³⁶ zu beachten. Die Marktbeherrschung bestimmt sich in deutschem Recht nach den Vorgaben des § 18 GWB. Mit der 9. GWB-Novelle wurde mit § 18 Abs. 3a Nr. 5 GWB ein expliziter Verweis auf „innovationsgetriebenen Wettbewerbsdruck“ aufgenommen, der „insbesondere bei mehrseitigen Märkten und Netzwerken“ als Plus-Faktor⁴³⁷ herangezogen werden soll. Als ein Kriterium in einem ausführlichen Katalog gilt er auch darüber hinaus⁴³⁸, aber gewinnt auf dynamischen Märkten an Bedeutung. Anders als der Marktanteil oder die Finanzkraft (Abs. 3 Nr. 1, 2) ist der innovationsgetriebene Wettbewerbsdruck nicht messbar, sondern muss anhand von Vermutungen und Wettbewerberbefragungen festgestellt werden. In den meisten Fällen dürfte er dazu führen, dass eine numerisch starke Stellung im Markt (hohe Marktanteile) in Anbetracht der Innovationsdynamik relativiert wird.⁴³⁹ Die Voraussetzung für die Marktmachtrelativierung ist die konkrete Angreifbarkeit der Marktposition.⁴⁴⁰ Eine lediglich abstrakte Bestreitbarkeit genügt nicht⁴⁴¹, weil dann die bloße Möglichkeit des Wegfallens der Marktstellung durch Innovationen jede marktbeherrschende Stellung der Prüfung entzieht.⁴⁴² Die Prophesieung künftiger disruptiver Innovationen durch ein Gericht erscheint fragwürdig, weshalb das Kriterium des § 18 Abs. 3a Nr. 5 GWB operationabel zu machen ist.⁴⁴³

436 Europäische Kommission, Leitlinien zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse, ABl. C 31/5, 5. Februar 2004, Rn. 8, 15, 38; dies., Leitlinien zur Bewertung nicht-horizontaler Zusammenschlüsse, ABl. C 256/7, 18. Oktober 2008, Rn. 10; BKartA, Leitfaden zur Marktbeherrschung in der Fusionskontrolle, Rn. 5, 22, 48, 97f.

437 Regierungsentwurf, BT-Drucks. 18/10207, S. 47f.

438 Regierungsentwurf, BT-Drucks. 18/10207, S. 48: „kann in anderen Fällen in die Analyse der Wettbewerbsverhältnisse einbezogen werden“.

439 Vgl. Regierungsentwurf, BT-Drucks. 18/10207, S. 51; Monopolkommission, Sondergutachten 68, S. 38; Körber, WuW 2015, 120 (125); Paal/Hennemann, ABIDA, S. 48; Tamke, NZKart 2018, 503 (507).

440 BKartA, Beschluss vom 22. Oktober 2015, B6-57/15 Rn. 174, 176 – *Online-Dating*; dass., Beschluss vom 23. November 2017, B6-35/17, Rn. 198 – *Eventim/Four Artists*; Tamke, NZKart 2018, 503 (507).

441 Vgl. Grave/Nyberg, WuW 2017, 363 (364); Esser/Höft, NZKart 2017, 259 (264); Paal/Hennemann, ABIDA, S. 48.

442 Regierungsentwurf 9. GWB-Novelle, BT-Drucks. 18/10207, S. 51.

443 Vgl. Podszun, Stellungnahme zur 9. GWB-Novelle als Sachverständiger im Wirtschaftsausschuss des Deutschen Bundestags, S. 50; auch BKartA, Arbeitspapier Marktmacht von Plattformen und Netzwerken, S. 81.

Die Angreifbarkeit lässt sich beurteilen, indem die Marktphase, Entwicklungsstufe, die Produktzyklen, Innovationsressourcen und vorgelagerten Innovationen betrachtet werden. In expandierenden Märkten erfolgen Innovationen in kurzen Abständen und es kann vor Marktreife von einer stärkeren Dynamik und Bestreitbarkeit des Marktes ausgegangen werden.⁴⁴⁴ Produktzyklen richten sich etwa nach den Anschaffungskosten und der Lebensdauer von Produkten. In IT-Märkten sind die Produktzyklen verhältnismäßig kurz. Es werden in regelmäßigen Abständen neue Produkte und Prozesse eingeführt, die oft frei von Fixkosten für den Nachfrager sind.⁴⁴⁵ Die Dynamik des Innovationswettbewerbs steigt, wenn Nachfrager niedrige Wechselkosten haben und regelmäßig Leistungsangebote vergleichen können. Patentierte Produkte haben wegen des langjährigen Patentschutzes in der Regel einen längeren Lebenszyklus, was sich auf die Produktzyklen der vom Patentschutz geprägten Märkte auswirkt. Die Verfügbarkeit von Innovationsressourcen und Know-how erhöht in der Regel die Dynamik eines Marktes und die Wahrscheinlichkeit einer Entdeckung durch potentielle Wettbewerber. Außerdem erlauben Innovationen auf vorgelagerten Märkten Folgeinnovationen auf nachgelagerten Märkten und führen zu Marktverschiebungen, weshalb auch ihre Betrachtung zur Ermittlung der Angreifbarkeit einer marktbeherrschenden Stellung hilfreich ist. Hardwareinnovationen haben häufig Softwareinnovationen zu Folge, wie auch die Entwicklung selbstlernender Systeme zeigt.⁴⁴⁶

§ 18 Abs. 3a Nr. 5 GWB soll eher disruptive als inkrementelle Veränderungen der Marktstruktur erfassen.⁴⁴⁷ Solche sind jedoch besonders schwer zu untersuchen, weil die Auswirkungen von Innovationen sich erst retrospektiv bewerten lassen und nicht im Vorhinein klar ist, welche Ressourcen und welches Know-how zur Entwicklung disruptiver Innovationen benötigt werden. Zu unterscheiden ist zwischen Innovationen auf bestehenden innovationsgetriebenen und noch nicht bestehenden (potentiellen) Produktmärkten, wobei bei Letzteren disruptive Auswirkungen wahrscheinlicher sind.

Vor dem Hintergrund des Bewertungsmaßstabs des § 18 Abs. 3a Nr. 5 GWB werden in dynamischen und netzwerkgeprägten Märkten kaum

444 BKartA, Innovationen – Herausforderungen für die Kartellrechtspraxis, S. 23.

445 BKartA, Innovationen – Herausforderungen für die Kartellrechtspraxis, Hintergrundpapier, S. 27; ähnlich Körber, WuW 2015, 120 (125).

446 BKartA, Innovationen – Herausforderungen für die Kartellrechtspraxis, Hintergrundpapier, S. 28; *dass.*, Arbeitspapier Marktmacht von Plattformen und Netzwerken, S. 85f.

447 Regierungsentwurf 9. GWB-Novelle, BT-Drucks. 18/10207, S. 51.

marktbeherrschende Stellungen anzunehmen sein, ohne dass diese auf ihre Bestreitbarkeit zu prüfen sind. Ein uneinholbarer wettbewerblicher Vorsprung darf aber nicht wegen der bloßen Möglichkeit einer künftigen disruptiven Innovation zurückgewiesen werden.⁴⁴⁸ Das Kriterium des innovationsgetriebenen Wettbewerbsdrucks wird in Zukunft wegen der expliziten Aufwertung durch den Gesetzgeber auch über die Beurteilung der marktbeherrschenden Stellung hinaus wirken, obwohl es sich lediglich um eine Klarstellung handelt. Die Europäische Kommission hielt 2011 wegen der geringen Aussagekraft aktueller Marktanteile im Markt für Videotelefonie im Zusammenschlussverfahren *Microsoft/Skype* einen gemeinsamen Marktanteil von 90 Prozent für akzeptabel.⁴⁴⁹ Ähnlich urteilte das Bundeskartellamt den Zusammenschluss von Elitepartner und Parship (*Online-Dating*)⁴⁵⁰, aber verneinte einen ausreichenden innovationsgetriebenen Wettbewerbsdruck für das Eventim-Ticketsystem.⁴⁵¹ Ebenso muss die marktmachtrelativierende Wirkung von Innovationen sich auf die Wettbewerbspolitik durchschlagen und bei einer potentiellen Regulierung, wenn sie marktmachtabhängig ausgestaltet würde, mitgedacht werden.

3. Prüfung der Auswirkungen eines Verhaltens auf den Innovationswettbewerb

Der innovationsgetriebene Wettbewerbsdruck ist von Kartellbehörden auch ganz konkret dort zu prüfen, wo es um seine Beeinträchtigung geht. An die Feststellung einer marktbeherrschenden Stellung schließt sich in vielen Fällen die Prüfung ihres Missbrauchs an.

448 Vgl. *Autorité de la concurrence/BKartA*, Competition Law and Data, S. 29; *Paal/Hennemann*, ABIDA, S. 49; *Schweitzer/Fetzer/Peitz*, Digitale Plattformen: Bausteine für einen künftigen Ordnungsrahmen, S. 40; *Tamke*, ZWeR 2017, 358 (370).

449 Europäische Kommission, Entscheidung vom 7. Oktober 2011, COMP/M.6281 Rn. 109, 112ff – *Microsoft/Skype*; vgl. auch Entscheidung vom 3. Oktober 2014, COMP/M.7217 Rn. 116 – *Facebook/WhatsApp*; dazu *BKartA*, Innovationen – Herausforderungen für die Kartellrechtspraxis, S. 25.

450 BKartA, Beschluss vom 22. Oktober 2015, B6–57/15 Rn. 176ff – *Online-Dating*.

451 BKartA, Beschluss vom 23. November 2017, B6–35/17 Rn. 196 – *Eventim/Four Artists*.

a) Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung

Der Missbrauch kann in der Beeinträchtigung der Dynamik des technologischen Fortschritts bestehen, wie auf unionsrechtlicher Ebene Art. 102 S. 2 lit. b AEUV unterstreicht. Als Regelbeispiel eines Marktmachtmisbrauchs wird die „Einschränkung [...] der technischen Entwicklung zum Schaden der Verbraucher“ genannt. Im weitesten Sinne kann dies als Verpflichtung zur Bewahrung des Innovationswettbewerbs und zur Beachtung der Innovationsoffenheit gelesen werden.⁴⁵² Eine Wettbewerbsbeschränkung kann in der Behinderung der Innovationstätigkeiten von Wettbewerbern liegen⁴⁵³, beispielsweise in der strategischen Blockierung von Innovationspfaden.⁴⁵⁴ Dies war einer der Vorwürfe der Europäischen Kommission in der Android-Entscheidung.⁴⁵⁵ Googles Verhalten reduzierte die Anreize zu FuE-Investitionen für potentielle Konkurrenten und Entwickler, indem das Unternehmen die Google-Suchmaschinen-App und den Chrome-Browser an den Play Store knüpft.⁴⁵⁶ Die Entscheidung führt dies nicht weiter aus und beschränkt sich auf die Annahme hypothetisch höherer Innovationsanreize für Konkurrenten in Abwesenheit der gemeinsamen Auslieferung der drei Applikationen. Die Einschränkung der technischen Entwicklung ist keine eigene Fallgruppe, sondern kann sich in verschiedenen Fallgruppen ausprägen, zu denen Ausschließlichkeitsbindungen, Koppelungsgeschäfte und Geschäftsverweigerungen als Formen des Behinderungsmissbrauchs zählen. Die meisten bisher getroffenen Entscheidungen setzten sich mit Interoperabilitätsfragen und solchen der Verweigerung der Lizenzierung gewerblicher Schutzrechte auseinander. Die

452 Vgl. *BKartA*, Arbeitspapier Marktmacht von Plattformen und Netzwerken, S. 80ff: „Die Kartellrechtspraxis hat ein besonderes Innovationspotential, soweit es vorliegt, bei der Kartellrechtsanwendung angemessen zu berücksichtigen.“; *van Cleynenbreugel*, Innovation in Competition Law Analysis, in: Nihoul/van Cleynenbreugel (Hrsg.), *The Roles of Innovation in Competition Law Analysis*, S. 2–12 (5).

453 Vgl. *Geradin*, What Should EU Competition Policy Do to Address the Concerns Raised by the Digital Platforms’ Market Power, S. 9ff; *Grave/Nyberg*, WuW 2017, 363 (366); *Körber*, NZKart 2016, 303 (309); *Tamke*, ZWeR 2017, 358 (373).

454 Vgl. am Beispiel der Software-Industrie: *Baake et al.*, Die Rolle staatlicher Akteure bei der Weiterentwicklung von Technologien in deregulierten TK-Märkten, S. 71.

455 Siehe *Europäische Kommission*, Kartellrecht Google, Pressemitteilung, 18. Juli 2018.

456 Europäische Kommission, Entscheidung vom 18. Juli 2018, COMP/AT.40099 Rn. 773, 858, 896 – *Android*.

Grenzen zwischen Ausbeutung und Geschäftsverweigerung können dabei fließend sein: Die technische Entwicklung kann gleichermaßen leiden, wenn ein Rohstoffmonopolist auf dem nachgelagerten Markt Produktinnovationen blockiert oder die Produzentenrente des Innovators mit überhöhten Lizenzgebühren vereinnahmt.⁴⁵⁷ Für einen Marktteilnehmer ist ein innovationsaverses Verhalten ein rationaler Schritt, wenn er mit einer Beschränkung des Innovationswettbewerbs den größeren Markterfolg erzielt.⁴⁵⁸

Die Europäische Kommission hat keine klaren Prüfungsmaßstäbe für die Prüfung innovationsbegrenzenden Verhaltens entwickelt.⁴⁵⁹ Eine bloß plausible These ohne den Nachweis eines Schadens könnte jedoch nicht die Grundlage für ein kartellrechtliches Einschreiten sein.⁴⁶⁰ Der Europäische Gerichtshof gibt in *Tetra Laval*⁴⁶¹ vor, dass zur Beurteilung einer voraussichtlichen Entwicklung verschiedene Ursache-Wirkungs-Ketten zu betrachten sind und von der mit der höchsten Eintrittswahrscheinlichkeit auszugehen ist. Dies kann losgelöst von Zusammenschlussverfahren für alle prognostischen Beurteilungen gelten. Die von einer Wettbewerbsbehörde vorgelegten Beweismittel müssten ihre Beurteilung der innovationsstimulierenden Auswirkungen ihres Einschreitens stützen.⁴⁶² Der Vortrag der Kommission müsste somit plausibler sein als alle anderen möglichen Ursache-Wirkungs-Ketten. In vielen Fällen wird jeweils plausibel sein, dass das spezifische Einschreiten positive Folgen oder negative Folgen für den Innovationswettbewerb hat. Der Vortrag der betroffenen Partei sollte im Idealfall nach dem gleichen Maßstab beurteilt werden können, sodass die gerichtliche Prüfung beider Positionen möglich ist.⁴⁶³

Auch Kerber betont die Notwendigkeit der Entwicklung innovationspezifischer Untersuchungsansätze. Ein Problem sei der statische Charakter der Produktmarktdefinition, der nicht zur Dynamik des Innovations-

457 König, Der Zugang zu Daten als Schlüsselgegenstände der digitalen Wirtschaft, in: Hennemann/Sattler (Hrsg.), *Immaterialgüter und Digitalisierung*, S. 89–103 (94).

458 Hoffmann-Riem, *Innovation und Recht*, S. 294.

459 Vgl. Ibáñez Colomo, Eur L Rev, Vol. 41, No. 2, S. 201–219, 202 (2016).

460 Ibáñez Colomo, Eur L Rev, Vol. 41, No. 2, S. 201–219, 202 (2016).

461 EuGH, Urteil vom 15. Februar 2005, C-12/03 P, Slg. 2005 I-00987 Rn. 43 – *Tetra Laval*.

462 EuGH, Urteil vom 15. Februar 2005, C-12/03 P, Slg. 2005 I-00987 Rn. 44 – *Tetra Laval*; vgl. im US-Recht: Ginsburg/Wright, *Antitrust Law Journal*, Vol. 78, No. 1, S. 1–21 (2012).

463 Ibáñez Colomo, Eur L Rev, Vol. 41, No. 2, S. 201–219, 217 (2016).

wettbewerbs passe.⁴⁶⁴ Die Unternehmen, die auf Produktmärkten im Wettbewerb stehen, sind nicht die gleichen, die um Innovationen und künftige Monopolrenten konkurrieren. Zu Produktmärkten einfach Innovationsanreize hinzuzudenken, funktioniere daher nicht.⁴⁶⁵ Rückblickend stellen sich die angelegten Marktdefinitionen häufig als zu eng heraus, weil sich Märkte in unerwartete Richtungen verändern und öffnen.⁴⁶⁶ Statische Konzepte seien auf dynamischen Märkten zu dynamischen Zwecken untauglich. Ein Gegenentwurf dazu ist das US-amerikanische Konzept der Innovationsmärkte (innovation markets). An diesem Konzept wird wiederum kritisiert, dass die Schadenstheorie zu abstrakt sei, es keine Marktgegenseite gebe und kein Nachweis einer tatsächlichen Wettbewerbsbeschränkung möglich sei.⁴⁶⁷ Ebenfalls sei der Blick auf FuE-Kapazitäten zu eng, weil für erfolgreiche Innovationen weitere Faktoren vorliegen müssen⁴⁶⁸ und ein hoher Input nicht mit hohem Innovationsoutput gleichzusetzen sei.⁴⁶⁹ Kerber empfiehlt einen innovationsressourcenbezogenen Ansatz, der spezielle FuE-Kapazitäten vergleicht;⁴⁷⁰ Gilbert und Sunshine betrachteten mit ihrem Konzept der Innovationsmärkte insofern die richtigen Kriterien.⁴⁷¹ Vorgeschlagen wird auch die Betrachtung der

464 *Ibáñez Colomo*, Eur L Rev, Vol. 41, No. 2, S. 201–219, 207 (2016); *Kerber*, Competition, Innovation and, Competition Law, S. 12ff; so auch *Ginsburg/Wright*, Antitrust Law Journal, Vol. 78, No. 1, S. 1–21, 1f (2012); *Wright*, Antitrust, Multi-Dimensional Competition and Innovation, George Mason Law & Economics Research Paper No. 09–44, S. 13.

465 Vgl. *Kerber/Kern*, Assessing Innovation Effects in US Merger Policy, S. 4, 17; *Sidak/Teece*, Journal of Competition Law & Economics, Vol. 5, No. 4, S. 581–631, 601 (2009): „Innovation is at best an afterthought in static microeconomic theory.“

466 So *Cass*, Antitrust for High-Tech and Low, Boston Univ. School of Law, Law and Economics Research Paper No. 12–50, S. 18, 29; zum Mangel an dynamischen mathematischen Modellen: *D. Evans/Hylton*, Competition Policy International, Vol. 4, No. 2, S. 203–241, 232f (2008).

467 *BKartA*, Innovationen – Herausforderungen für die Kartellrechtspraxis, Hintergrundpapier, S. 36f mwN; *Drexl*, Journal of Competition Law & Economics, Vol. 8, S. 507–543 (2012); *Kern*, World Competition, Vol. 37, No. 2, S. 173–206 (2014); *Wright*, Antitrust, Multi-Dimensional Competition and Innovation, George Mason Law & Economics Research Paper No. 09–44, S. 15f.

468 So *Sidak/Teece*, Journal of Competition Law & Economics, Vol. 5, No. 4, S. 581–631, 617 (2009).

469 *Kerber/Kern*, Assessing Innovation Effects in US Merger Policy, S. 18 mwN.

470 *Kerber*, Competition, Innovation and, Competition Law, S. 15f; ähnlich *Katz/Shelanski*, ‘Schumpeterian’ Competition and Antitrust Policy in High-Tech Markets, S. 12.

471 *Kerber/Kern*, Assessing Innovation Effects in US Merger Policy, S. 47.

dynamischen Fähigkeiten von Unternehmen.⁴⁷² Auch im Ergebnis fruchtbare FuE-Bemühungen können dem Wettbewerb dienen, indem sie Wettbewerber motivieren. Bisher hat sich keine einheitliche Herangehensweise herauskristallisiert, obwohl Innovationserwägungen in Entscheidungstexten zunehmen.⁴⁷³ Jedenfalls sollte beachtet werden, dass die theoretischen Grundlagen einer innovationsstimulierenden Regulierung nicht der Entscheidungspraxis der Kartellbehörden widersprechen, weil sonst wiederum behördliches oder gerichtliches Eingreifen zur Herstellung von Konvergenz erforderlich wird. Der Umstand der fehlenden Sicherheit zukünftiger Entwicklungen muss dabei – wie auch in Zusammenschlussentscheidungen – anerkannt und adressiert werden.⁴⁷⁴ Die Beurteilung künftiger Zusammenhänge ist für Legislative, Exekutive und Judikative üblich. Sie stellt sich aber gänzlich anders dar als etwa für Umweltaspekte, die naturwissenschaftlich erklärbar sind, während Marktverhalten viel stärker auf menschlichem Wissen, Gefühlen und Entscheidungen beruht.⁴⁷⁵ Trotzdem müssen die zugrundeliegenden ökonomischen Theorien und Überlegungen der gerichtlichen Überprüfung zugänglich sein. Es ist zuletzt keine Entscheidung zwischen den Theorien von Schumpeter, Aghion und Arrow et al. notwendig, um zum Schluss zu kommen, dass die Offenhaltung von Innovationspfaden durch das Kartellrecht dem Innovationswettbewerb dient. Die Wahrung des Innovationswettbewerbs darf nicht in eine Feinsteuierung von Märkten umschlagen.⁴⁷⁶ Wettbewerber können mit der Innovationskraft eines starken Marktteilnehmers mithalten, ohne dessen spezifische wettbewerbliche Stärken nachzuahmen.

b) Austausch von Informationen in FuE-Kooperationen

Deutlich einfacher zu bewerten als missbräuchliches Verhalten sind Abreden zwischen Wettbewerbern, die explizit die technische Entwicklung beschränken. Art. 101 Abs. 1 lit. b AEUV nennt wie Art. 102 AEUV als ein

472 Wójcik, International Journal of Management and Economics, Vol. 45, No. 1, S. 83–107 (2015).

473 Kerber, Competition, Innovation and, Competition Law, S. 13ff.

474 Siehe z. B. Drexel, Real Knowledge Is to Know the Extent of One's Own Ignorance, MPI for Intellectual Property, Competition & Tax Law Research Paper No. 09–15.

475 Drexel, Real Knowledge Is to Know the Extent of One's Own Ignorance, MPI for Intellectual Property, Competition & Tax Law Research Paper No. 09–15, S. 5.

476 Vgl. Ibáñez Colomo, Eur L Rev, Vol. 41, No. 2, S. 201–219, 219 (2016).

Regelbeispiel die „Einschränkung oder Kontrolle der technischen Entwicklung“. § 1 GWB verbietet in enger Anlehnung daran wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen, Beschlüsse und Verhaltensweisen, ohne zwischen horizontalen und vertikalen Vereinbarungen zu unterscheiden. Kollusives Verhalten im Innovationswettbewerb eliminiert für die beteiligten Unternehmen den der Forschung und Entwicklung immanenten Unsicherheitsfaktor und entspannt den Zeithorizont.⁴⁷⁷ Möglich sind etwa Vereinbarungen über Forschungsstrategien, das wechselseitige Nichtbeschreiten von Innovationspfaden und die Beschränkung von Datenformaten.

Obwohl der Austausch von Informationen zum Forschungsstand grundsätzlich kollusionsfördernd ist, kann das Zusammentragen von Erkenntnissen auch zu Synergieeffekten führen, von denen der Innovationswettbewerb profitiert. Ursprünglich galten nach herrschender Literatur FuE-Vereinbarungen daher als nicht wettbewerbsbeschränkend.⁴⁷⁸ Der Informationsaustausch kann ein Instrument für oder gegen den Wettbewerb sein. Diesen Widerspruch versuchen Freistellungen vom Kartellverbot aufzulösen, indem sie grundsätzlich entwicklungsfördernde Abreden in bestimmten Situationen erlauben. In § 2 Abs. 1 GWB werden solche Vereinbarungen freigestellt, die zur „Förderung des technischen oder wirtschaftlichen Fortschritts beitragen“, Absatz 2 verweist auf die unionsrechtlichen Legalaußnahmen. Auf der Ebene des Unionsrechts gilt Art. 101 Abs. 1 AEUV gemäß Art. 2 Abs. 1 FuE-GVO⁴⁷⁹ nicht für Forschungs- und Entwicklungsvereinbarungen nach Maßgabe der Verordnung. Sind die Parteien Wettbewerber, dürften sie für die Freistellung gemeinsam einen Marktanteil von 25 Prozent nicht überschreiten, Art. 4 Abs. 2 FuE-GVO. Art. 2 der Vertikal-GVO⁴⁸⁰ stellt gleichermaßen vertikale Vereinbarungen zwischen Nicht-Wettbewerbern frei, die einen summierten Marktanteil von 30 Prozent nicht überschreiten (siehe Art. 3 Abs. 1 Vertikal-GVO). Die Vertikal-GVO

477 BKartA, Innovationen – Herausforderungen für die Kartellrechtspraxis, Hintergrundpapier, S. 14; Hovenkamp, Restraints on Innovation, S. 252; Zingales, Data Protection Considerations in EU Competition Law, in: Nihoul/Van Cleynenbreugel (Hrsg.), The Roles of Innovation in Competition Law Analysis S. 79–130 (98).

478 Siehe Axster, GRUR 1980, 343 (343) und Fn. 1; dagegen S. 350.

479 Verordnung (EU) Nr. 1217/2010 der Kommission vom 14. Dezember 2010, ABl. L 335 vom 18. Dezember 2010, S. 36–42 – FuE-GVO; zum Anwendungsbereich vgl. Art. 1 Abs. 1 lit. a; zum Zweck Erwägungsgrund Nr. 10, vgl. Art. 192 Abs. 2 AEUV.

480 Verordnung (EU) Nr. 330/2010 der Kommission vom 20. April 2010, ABl. L 102 vom 23. April 2010, S. 1–7 – Vertikal-GVO.

stand Modell für andere Gruppenfreistellungsverordnungen wie etwa die Technologietransfer-GVO⁴⁸¹, die den parallelen Forschungs- und Entwicklungsaufwand reduzieren, Innovationsanreize stärken, Anschlussinnovationen fördern, die Verbreitung der Technologie erleichtern und den Wettbewerb auf Produktmärkten beleben soll. Damit bezweckt sie expliziter als die Vertikal-GVO die Innovationsstimulierung. Technologietransfer ist die Weitergabe von Technologie zwischen Unternehmen, üblicherweise in Form von Lizenzverträgen über die rechtliche Absicherung der Technologien.⁴⁸² Auch die TT-GVO enthält Marktanteilsschwellen (Art. 3 Abs. 1 TT-GVO), was kaum der Realität dynamischer Märkte entspricht, in denen vielfältige Unternehmen wegen Verbundvorteilen als potentielle Wettbewerber gelten können.

Bis zum April 2014 galt für Versicherungen eine ähnliche Gruppenfreistellungsverordnung ohne Marktanteilsschwelle, die die gemeinsame Erhebung und Verbreitung von Daten freistellte.⁴⁸³ Die gemeinsame Statistikarbeit der Versicherer, auf die auch im Kontext von Datenzugangsrechten hingewiesen wird⁴⁸⁴, verlor damit ihre spezialgesetzliche Grundlage.⁴⁸⁵ Die gemeinsame Datenerhebung unterfällt nun den allgemeinen Regeln.

Generell sind Datenpools als Form des Informationsaustauschs ein zweischneidiges Schwert. Ihre Errichtung erfolgt mit der Absicht, Informationen und Korrelationen zu ermitteln, die sich aus der separaten Analyse der Datensets nicht ergeben würden. Sie ermöglichen ein effizienteres Handeln und die Entwicklung neuer Produkte und Prozesse. Auf der Grundlage vielfältiger Gesundheitsdaten können etwa neue Medikamente entwickelt werden. Neben Wohlfahrtseffekten ermöglichen Datenpools aber auch eine engmaschige Beobachtung des Verhaltens der Wettbewer-

481 Verordnung (EU) Nr. 316/2014 der Kommission vom 21. März 2014, ABl. L 93 vom 28. März 2014, S. 17–23 – TT-GVO; zum Folgenden Erwägungsgrund Nr. 4 der VO.

482 Vgl. Schumacher/Schmid, GRUR 2006, 1 (4).

483 Verordnung (EU) Nr. 267/2010 der Kommission vom 24. März 2010, ABl. L 83 vom 30. März 2010, S. 1–7, außer Kraft getreten am 31. März 2017; zu den Gründen: *Imgrund*, WuW 2017, 427 (427ff); Europäische Kommission, Staff Working Document – Impact Assessment, HT.4012 – IBER, SEC(2016) 536, 13. Dezember 2016.

484 Siehe J. Thomas, Thomas Ramge: „Kultur- und Kreativschaffende sind künftig im Vorteil“, Creative City, 11. Dezember 2017: „In der deutschen Versicherungswirtschaft gibt es so etwas übrigens schon: Die großen Versicherungen müssen den kleinen Hinweise geben, wie sie ihre Tarife sinnvoll schneiden können“.

485 Dazu und zur aktuellen Rechtslage: *Imgrund*, WuW 2017, 530 (530).

ber. Zu engmaschige Patentpools und Kreuzlizenzierungsvereinbarungen wurden vom Bundeskartellamt in der Vergangenheit als innovationshemmend bewertet.⁴⁸⁶ Für die an einer Kooperation interessierten Unternehmen ergibt sich gerade außerhalb der sektoralen Legalausnahmen eine erhebliche Rechtsunsicherheit.⁴⁸⁷ Die Tatsache, dass das Kartellrecht den Austausch von Informationen zur Verbesserung des jeweiligen Angebots der Wettbewerber grundsätzlich als negativ bewertet, ergibt ein Regel-Ausnahme-Verhältnis, das sich wegen der Einheit der Rechtsordnung auch auf die Weitergabe von Daten, insbesondere Trainingsdaten für selbstlernende Systeme, durchschlagen müsste.

c) Innovationsstimulierende Kartellrechtsanwendung

Es besteht Einigkeit darüber, dass die wichtigsten Anreize zur Entwicklung neuer Produkte und Prozesse aus der Erzielung von Monopolrenten und dem Verbleib im Markt stammen. Wie in Kapitel 2 dargestellt wurde, sind die theoretische und empirische Forschung sich nicht einig, in welcher Situation diese Anreize optimal wirken. Die jeweiligen Erklärungsansätze widersprechen sich oder lassen Variablen wie das regulatorische Umfeld außen vor. Behörden müssen zur Darstellung der komplexen Marktrealität ökonomische Modelle nutzen, können aber in ihren Entscheidungen nicht auf eine verlässliche ökonomische Grundlage zurückgreifen, die besagt, dass entweder eine hohe Konzentration oder ein ausgeglichenes Wettbewerberfeld Innovationen zuträglich ist.⁴⁸⁸ Auch der Arbeitskreis Kartellrecht des Bundeskartellamts erkennt diesen Forschungsbedarf an.⁴⁸⁹ Himmel und Seamans nehmen an, dass im Hinblick auf die in dieser Arbeit betrachteten selbstlernenden Systeme wohl eher das Modell Arrows

486 BKartA, Beschluss vom 11. April 2007, B3–578/06 Rn. 329ff – *Phonak/GN Resound*.

487 BMWi, Wettbewerbsrecht 4.0, S. 60ff; Zoboli, Fueling the European Data Economy, Working Paper, Oktober 2019, S. 22f.

488 BKartA, Innovationen – Herausforderungen für die Kartellrechtspraxis, Hintergrundpapier, S. 11; Ezrachi, EU Competition Law Goals and the Digital Economy, S. 14; Himmel/Seamans, Artificial Intelligence, Incentives to Innovate, and Competition Policy, Competition Policy International Antitrust Chronicle December 2017, S. 3; Katz/Shelanski, ‘Schumpeterian’ Competition and Antitrust Policy in High-Tech Markets, S. 19; Kerber/Kern, Assessing Innovation Effects in US Merger Policy, S. 15.

489 BKartA, Innovationen – Herausforderungen für die Kartellrechtspraxis, Hintergrundpapier, S. 19.

als die Theorien Schumpeters zutreffend sei.⁴⁹⁰ Vieles spricht dafür, dass legislative und exekutive Maßnahmen janusköpfige Auswirkungen haben, die bei verschiedenen Marktbeteiligten in unterschiedlicher Ausprägung eher innovationsbremsend oder -stimulierend wirken. Insbesondere ist zwischen statischen und dynamischen wie auch kurzfristigen und langfristigen Effekten der Maßnahme zu unterscheiden und diese sind jeweils bei der kartellrechtlichen Prüfung zu gewichten. Je nach Wahl des zeitlichen Horizonts können sich positive oder negative Auswirkungen ergeben: Eine zunächst innovationsstimulierend wirkende Maßnahme kann auf lange Sicht die Anreize senken, weil Wettbewerber von eigenen Beeinträchtigungen ausgehen. Gerade in Sektoren, in denen dem Erfolg am Markt langjährige Entwicklungen der Technologie und der Geschäftsstrategie vorausgehen, kann ein optimaler Zeithorizont kaum abgeschätzt werden. Dies gilt ebenso für datengetriebene Innovationen in großen Tech-Unternehmen wie auch Startups: Es können Jahre vergehen, bevor Profite – wenn überhaupt – aus Datenanalyse und -speicherung erzielt werden.

Die Einnahme von temporären Monopolrenten ist ein wichtiger Bestandteil von Innovationsanreizen.⁴⁹¹ Temporäre Monopole werden vom Kartellrecht nicht per se missbilligt. Wenn ein Unternehmen aus eigener Kraft mit leistungskonformen Mitteln einen Vorsprung im Wettbewerb erlangt hat, soll es den daraus erwachsenen Vorteil frei nutzen dürfen. Die Vorsprungsgewinne sollten regulatorisch gesichert oder wenigstens nicht sofort abgeschöpft werden. Wettbewerb ist getrieben von der Suche nach profitablen Investitionsmöglichkeiten. Die Investition ist so viel wert wie der aus ihr zu ziehende Nutzenstrom: Muss er geteilt werden, ist die Investitionsfreiheit geschränkt.⁴⁹² Je beständiger die Aussicht auf einen gesicherten und zu verteidigenden Wettbewerbsvorteil ist, der möglicherweise auch durch Netzwerk- und Skaleneffekte gestützt wird, desto höher sind die Anreize zur Investition in die Etablierung dieses Vorteils.

490 Himmel/Seamans, Artificial Intelligence, Incentives to Innovate, and Competition Policy, *Competition Policy International Antitrust Chronicle December 2017*, S. 3.

491 König, Der Zugang zu Daten als Schlüsselgegenstände der digitalen Wirtschaft, in: Hennemann/Sattler (Hrsg.), *Immaterielle Güter und Digitalisierung*, S. 89–103 (92); Möschel, MMR 2010, 450 (451); Fetzer, Staat und Wettbewerb in dynamischen Märkten, S. 238f; Wieddekind, *Innovationsforschung, Wettbewerbstheorie und Kartellrecht*, in: Eifert/Hoffmann-Riem (Hrsg.), *Innovation und rechtliche Regulierung*, S. 134–170 (152).

492 Möschel, MMR 2010, 450 (452).

Dies gilt im Falle von möglichen Datennetzwerkeffekten auch für die Generierung von Daten. Unabhängig von der Stellung im Markt sollte das Kartellrecht nie die Investitions- und Innovationsanreize der Marktbeteiligten vollständig vernichten.⁴⁹³

Geschützte Monopole unternehmen nach übereinstimmender Meinung (Kapitel 2) keine ambitionierten Innovationsaktivitäten. Solange ein Unternehmen seine Marktposition für angreifbar hält, muss es weiter mit günstigen Preisen oder überlegenen, innovativen Produkten um Kunden werben. Auch Monopolisten können unter dem Druck des potentiellen Wettbewerbs stehen. Wenn man diese Angabe auf innovationsgetriebene Märkte anwendet, ist erst ein ungefährer Markt zu definieren, um eine Monopolstellung anzunehmen; zusätzlich ist Innovationsdruck aus benachbarten oder potentiellen Märkten in die Gleichung einzubeziehen. Die Weite der Marktdefinition dürfte darüber entscheiden, ob Behörden einen Innovationsdruck annehmen oder ablehnen: Statische Konzepte wie der SSNIP-Test könnten möglicherweise dazu führen, dass zu restriktive Märkte und damit ein zu geringer Innovationsdruck angenommen werden.⁴⁹⁴ Der vorgeschlagene SSNDQ-Test (Small but significant non-transitory decrease in quality) wird bisher als praktisch untauglich abgelehnt.⁴⁹⁵ Auch die oft diskutierten GAFAM-Unternehmen mögen mit einem ihrer Produkte führend am jeweiligen Markt sein, sind aber auf mindestens einer Seite ihres mehrseitigen Marktes anderen innovierenden Unternehmen ausgesetzt. Umgekehrt gilt, dass eine Innovation gleichzei-

493 Crémer/de Montjoye/Schweitzer, Competition policy for the digital era, S. 105.

494 BMWi, Wettbewerbsrecht 4.0, S. 29; Crémer/de Montjoye/Schweitzer, Competition policy for the digital era, S. 44, 50; Marcos, Innovation by Dominant Firms, S. 10 mwN; dazu Drexel, Journal of Competition Law & Economics, Vol. 8, S. 507–543 (2012); kritisiert wurde die Marktdefinition der Entscheidungen der Europäischen Kommission gegen Google, siehe Manne/Rinehart, The Market Realities that Undermined the FTC's Antitrust Case Against Google, Harvard Journal of Law & Technology Paper, S. 7–11 (2013); Sidak/Teece, Journal of Competition Law & Economics, Vol. 5, No. 4, S. 581–631, 625ff (2009); Shelski, UPenn Law Review Vol. 161, S. 1663–1705, 1669f, 1673 (2013); Smith, New York University Journal of Law and Business, Vol. 9, S. 342–355 (2012); Zimmer, The digital economy: A challenge for competition policy?, in: Nihoul/van Cleynenbreugel (Hrsg.), The Roles of Innovation in Competition Law Analysis, S. 299–306 (302); Beispiele für zu eng definierte Märkte seien der IBM- und der Microsoft-Fall in den USA, so Cass, Antitrust for High-Tech and Low, Boston Univ. School of Law, Law and Economics Research Paper No. 12–50, S. 16f.

495 Vgl. OECD, The Role and Measurement of Quality in Competition Analysis (DAF/COMP(2013) 17, S. 9.

tig den horizontalen Innovationswettbewerb bremsen, aber vertikalen Innovationswettbewerb stimulieren kann.

Je günstiger Maßnahmen zum Ausschluss konkurrierender Innovationen sind, desto weniger verspüren Unternehmen eigene Anreize zur Investition in Forschung und Entwicklung. Für sie stellt sich die Wahl zwischen Investitionen in eigene Innovationen oder Investitionen in den Ausschluss von daran anknüpfenden Angeboten, da beides interne Antwortmöglichkeiten auf externen Druck sind.⁴⁹⁶ Innovationen können eine Marktstellung vermitteln, die es dem Innovator ermöglicht, seine temporäre Monopolstellung zu perpetuieren und auf vor- und nachgelagerten Wettbewerb zu übertragen. Dies kann durch Qualitätswettbewerb aber auch durch Behinderungsstrategien erfolgen. Aus diesem Grund macht die kartellrechtliche Pönalisierung von Ausschlusshandlungen ebendiese teurer und gleichzeitig wettbewerbsfördernde Innovationsaktivitäten zu der attraktiveren Option. Das Abstellen eines wettbewerbsschädlichen Verhaltens, das Innovationen für Wettbewerber erschwert, erhöht demnach die Innovationsanreize des betroffenen Unternehmens. Gleichzeitig kann, wenn die Abhilfe oder Vorgabe durch die Wettbewerbsbehörde die temporären Monopolvorteile schmälert, die Innovationsanreize des betroffenen Unternehmens und der in ähnlichen Märkten konkurrierenden Unternehmen gesenkt werden. Das Gleichgewicht zugunsten einer umfassenden Erhöhung der Anreize durch Offenhaltung – aber nicht künstlicher Öffnung – der Märkte sollte das Ziel der innovationsstimulierenden Kartellrechtsdurchsetzung sein.

d) Interessenkonflikte bei der Bewahrung von Innovationsanreizen

Das Recht kann künstliche Innovationsbarrieren errichten.⁴⁹⁷ Kartellrecht muss Innovationen nicht selbst stimulieren – dafür sieht das Recht andere Instrumente vor –, aber es sollte sie nicht verhindern.⁴⁹⁸ Auch innovationsermöglichtende Entscheidungen von Wettbewerbsbehörden können, wenn sie zur Gewohnheit werden, Innovationen ausbremsen. Wenn Unterneh-

496 *D. Evans/Hylton*, Competition Policy International, Vol. 4, No. 2, S. 203–241, 235 (2008); *Federico/Scott Morton/Shapiro*, Antitrust and Innovation, S. 1ff; *T. Wu*, Antitrust Law Journal, Vol. 78, S. 313–328, 319 (2012).

497 *M. Gal/Weber Waller*, Journal of Competition Law and Economics, Vol. 8, No. 3, S. 449–457, 451 (2012).

498 *Marcos*, Innovation by Dominant Firms, S. 6.

men wissen, dass sie leicht Zugang zu den Früchten der Investitionen anderer Firmen erlangen können, sinken ihre eigenen Investitionsanreize. Die Imitation oder das ‚Free-Riding‘ werden wirtschaftlich attraktiver, was den Preiswettbewerb antreibt, aber nicht dem gesamtwirtschaftlichen Ziel des technologischen Fortschritts dient.

Gleichzeitig erhöht die Bestreitbarkeit von Machtpositionen die Innovationsanreize für mächtige und (noch) nicht mächtige Unternehmen beiderseits.⁴⁹⁹ Dies ist das Argument für wettbewerbsbehördliches Einschreiten bei der Zementierung von Machtpositionen. Anreize entstehen gerade aus der Unsicherheit des Bestands einer Marktposition, die gleichzeitig als erreichbar, haltbar, aber auch bestreitbar wahrgenommen wird. Die Marktpositionen müssen stets durch (Innovations-)Wettbewerb verletzlich bleiben.⁵⁰⁰ Wenn Behörden prinzipiell gegen die Tätigkeit solcher Unternehmen, die längere Zeit hohe Markanteile besetzen, vorgehen, müssen diese befürchten, Innovationsmonopole nicht halten zu können, und dieser Eindruck wird sich auf Marktteintreter übertragen, die selbst geringere langfristige Investitionsanreize verspüren. Dies gilt ähnlich für die Regulierung von Zugang zu erschaffenen Technologien und Strukturen sowie dem zugrundeliegenden Wissen: Wenn das Recht das Abschmelzen von Innovationsmonopolen anheizt, sind die Anreize geringer.

Jede These zum Zusammenhang zwischen Markstruktur und Innovationsanreizen ist nur eingeschränkt zielführend, weil die einer behördlichen Entscheidung zugrundliegende Prognose nie absolut, verlässlich und ausreichend langfristig sein kann. Es muss klar sein, dass ein Kompromiss gesucht wird. Jede Maßnahme, die auf der einen Seite Innovationsanreize erhöhen soll, wird für einen anderen Akteur die Anreize senken. Inwiefern es zu spekulativ ist, die Anreize für bereits forschende Unternehmen zu senken, um für noch zu gründende Startups die Anreize zu erhöhen, ist eine angebrachte Frage angesichts weiterer Faktoren wie Finanzkraft,

499 Vgl. Europäische Kommission, Entscheidung vom 3. Oktober 2014, COMP/M.7217 Rn. 132 – *Facebook/WhatsApp*: „In this market any leading market position even if assisted by network effects is unlikely to be contestable. [...] Such threat from new players constitutes and is likely to keep constituting a significant disciplining factor for the merged entity“; BMWi, Wettbewerbsrecht 4.0, S. 22.

500 Federico/Scott Morton/Shapiro, Antitrust and Innovation, S. 2; Reimann, The Competition Law Review, Vol. 1, No. 2, S. 49–64, 51ff (2004); Zimmer, The digital economy: A challenge for competition policy?, in: Nihoul/van Cleynenbreugel (Hrsg.), The Roles of Innovation in Competition Law Analysis, S. 299–306 (300).

Bürokratie und Skaleneffekten. Nicht zuletzt aus diesem Grund knüpfen viele Entscheidungen an konkrete Beschwerden der Wettbewerber an oder beziehen Befragungen der Wettbewerber bei der Beurteilung von Zusammenschlüssen ein.

Kompliziert ist, dass die innovationsbezogenen Erwägungen oft preisbezogene Erwägungen entgegenstehen.⁵⁰¹ Hinter diesem Konflikt verbirgt sich auch der Konflikt zwischen kurzfristigen und langfristigen Zielen. Der technologische Fortschritt ist eine der langfristig zu sichernden Funktionen des Wettbewerbs, während der Zugang zu Diensten des Wettbewerbers und entsprechende Preise auf eine kurzfristige Intensivierung des Wettbewerbs abzielen. Teilweise werden also kurzfristig negative wettbewerbliche Tendenzen in Kauf genommen, um langfristige Ziele zu erreichen. Außerdem können unterschiedliche Arten von Innovationen in unterschiedlichem Maße betroffen sein: Ein behördliches Eingreifen in den Innovationswettbewerb könnte die Anreize für die Entwicklung disruptiver Innovationen senken, indem es – weil diese einfacher zu beurteilen und nachzuweisen sind – inkrementelle Innovationen schützt und dort Innovationshürden abbaut.⁵⁰² Dies gilt für wiederholtes punktuelles Einschreiten und umso stärker für innovationssteuernde Regulierung.

Grundsätzlich nehmen sich Wettbewerbsbehörden – wie das Bundeskartellamt in Bezug auf die Internetökonomie⁵⁰³ – vor, die Innovationskraft zu bewahren und nicht auszubremsen. Dass innovationsbezogene Maßnahmen jeweils fördernde und hemmende Wirkungen haben, ist für Behörden ebenso eine Zwickmühle wie für Unternehmen, die sich mit dem Erlangen des Innovationsmonopols gleichzeitig einem prüfenden Blick und Misstrauen unterworfen sehen.

4. Herangehensweise der „innovationsfördernden Kartellrechtsanwendung“

Ein Eingriff in den Innovationswettbewerb, der Behinderungen abstellt, kann innovationsfördernd sein und umfassend die Innovationsfähigkeiten und -anreize erhöhen. Bei der Betrachtung neuer Produkte, Dienstleistungen oder Märkte können Kartellbehörden allerdings nicht auf Erfahrungs-

501 So *Hovenkamp*, George Mason Law Review, Vol. 19, No. 5, S. 1119–1145, 1119 (2012).

502 *Ibáñez Colomo*, Eur L Rev Vol. 41, No. 2, S. 201–219, 216 (2016).

503 BKartA, Beschluss vom 22. Oktober 2015, B6–57/15 Rn. 174ff – *Online-Dating*.

werte zurückgreifen; insbesondere nicht auf solche, die die Annahme einer wettbewerbsschädlichen Wirkung eines Verhaltens widerlegen können. Innovationsstimulierende Wirkungen der Kartellrechtsdurchsetzung sind kaum messbar.⁵⁰⁴ So wird etwa angenommen, die Kartellrechtsbehörden würden Neuem grundsätzlich misstrauen.⁵⁰⁵

Das Bundeskartellamt verfolgte in den 1980er Jahren die Strategie der „innovationsfördernden Kartellrechtsanwendung“.⁵⁰⁶ Die Leitlinie dieser Herangehensweise ist die Ermöglichung von FuE-Kooperationen, die grundsätzlich positiv bewertet werden. Gleichzeitig sei sicherzustellen, dass die Märkte „für den potentiellen Wettbewerb von morgen offen bleiben“.⁵⁰⁷ Die Strategie sollte explizit zum Entstehen zeitlich begrenzter Innovationsmonopole beitragen. Im Zentrum standen soweit ersichtlich eher die Innovationsressourcen als die -anreize. Seit dem Bericht des Bundeskartellamts zu den Jahren 1983/1984 wurde die Strategie nicht erwähnt, obwohl ebenfalls nicht ersichtlich von ihr abgerückt wurde.

Innovationserwägungen finden Eingang in die Prüfung von Abreden, den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung und die Zusammenschlussverfahren. Üblicherweise prüfen Kartellbehörden den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung durch ein Unternehmen, indem sie erstens den relevanten Markt definieren, zweitens die Stellung des jeweiligen Unternehmens auf dem Markt betrachten und im dritten Schritt das vermeintlich wettbewerbsschädliche Verhalten. Alle diese drei Schritte sind in dynamischen, innovationsgeprägten Märkten fehleranfälliger als auf eher statischen Märkten.⁵⁰⁸ Innovationstätigkeiten sind nur dann einer Marktabgrenzung oder -analyse zugänglich, wenn sie einen Bezug zu konkreten Produkten aufweisen.⁵⁰⁹ Sie selbst schwächen die Verbindung von aktuellen und künftigen Marktbedingungen. Die Betrachtung von Marktanteilen blickt retrospektiv auf historische Daten. Investitionen in Forschung und Entwicklung werden aber mit Blick auf die Zukunft

504 Vgl. T. Wu, Antitrust Law Journal, Vol. 78, S. 313–328, 328 (2012).

505 Manne/Wright, Innovation and the Limits of Antitrust, S. 26: “What is curious is that new is in fact bad in antitrust; antitrust is hostile to innovation”.

506 BT-Drucks. 10/3350, Bericht des BKartA über seine Tätigkeit in den Jahren 1983/1984 sowie über Lage und Entwicklung auf seinem Aufgabengebiet (§ 50 GWB), S. 5.

507 BT-Drucks. 10/3350, S. 5.

508 Katz/Shelanski, ‘Schumpeterian’ Competition and Antitrust Policy in High-Tech Markets, S. 9; Marcos, Innovation by Dominant Firms, S. 9; so auch Hovenkamp, Restraints on Innovation, S. 255.

509 So BKartA, Innovationen – Herausforderungen für die Kartellrechtspraxis, S. 36.

vorgenommen. Je höher die Innovationsrate ist, desto weniger aussagekräftig sind aktuelle Marktanteile. Bei jedem Prüfungsschritt konkurrieren erprobte, statische Konzepte mit unbewährten, dynamischen Konzepten. Gerade auf dynamischen Märkten sehen sich Wettbewerbsbehörden Informationsdefiziten ausgesetzt.⁵¹⁰ Die Werkzeuge der Regulierung statischen Wettbewerbs sollten daher nur sparsam genutzt werden; dazu gehören die Annahme, dass mehr Wettbewerber immer besser sind, und der Versuch der Quantifizierung von Innovationseffekten.⁵¹¹ Es gibt jeweils verschiedene, entwicklungsbedürftige Vorschläge für dynamische Konzepte wie etwa den SSNDQ-Test. Bisher gibt es keine Einigungen oder Evaluationen von Konzepten. Seit längerem wird vorgeschlagen, dass Wettbewerbsbehörden ihre Aufmerksamkeit bei der Bewertung von innovationsbezogenen Sachverhalten weniger auf bestehende Produktmärkte und aktuelle Rivalität und stattdessen auf künftige Produkte, künftige Rivalitäten und Marktstrukturentwicklungen richten.⁵¹² Insbesondere solle der Fokus dabei auf Hürden beim Zugang zu Innovationsressourcen⁵¹³ liegen. Je nach Sektor unterscheiden sich die nötigen Innovationsressourcen. Aus diesem Grund sollten Wettbewerbsbehörden konsequenterweise ihre Methoden den Charakteristika des jeweils untersuchten Sektors anpassen.⁵¹⁴ Dies reflektiert etwa das Organigramm des Bundeskartellamts, dessen Beschlussabteilungen sich an Industrien („industry lines“) ausrichten. Die Wertung, dass die vertiefte Kenntnis einer Industrie wertvoller ist als die vertiefte Kenntnis einer speziellen Rechtsfrage⁵¹⁵, erscheint sinnvoll, muss aber flexibel sein: Besonders signifikante Innovationen können bestehende Strukturen aufbrechen oder gänzlich neue Sektoren etablieren. Die unterschiedlichen Innovationspfade zeichnen sich durch Heterogenität aus und unterscheiden sich in ihrer Natur, Tiefe, Weite, der Innovationsquelle und in ihrer Beziehung zum finalen Produkt und anderen Technologien.⁵¹⁶ Nicht zu-

510 Marcos, Innovation by Dominant Firms, S. 9.

511 Vgl. Sidak/Teece, Journal of Competition Law & Economics, Vol. 5, No. 4, S. 581–631, 614 (2009).

512 Shelanski, UPenn Law Review Vol. 161, S. 1663–1705, 1675 (2013); Sidak/Teece, Journal of Competition Law & Economics, Vol. 5, No. 4, S. 581–631, 613 (2009): „price is not the main or only competitive weapon“.

513 Kerber/Kern, Assessing Innovation Effects in US Merger Policy, S. 18ff; Petit, Technology Giants, S. 67.

514 Kerber/Kern, Assessing Innovation Effects in US Merger Policy, S. 6, 9ff.

515 Im Vergleich zu der dogmatischen Organisation einer Behörde nach Absprachen, Zusammenschlüssen und Missbrauchsfällen.

516 Cheng, Northwestern Journal of Technology and Intellectual Property, Vol. 11, No. 5, S. 386–439, 430 (2013); Lemley, Industry-Specific Antitrust Policy for

letzt, weil die Beziehung zwischen Markstruktur und Innovationsanreizen industriespezifisch variiert, ist eine nuancierte Bewertung der Innovationsanreize und -ressourcen notwendig.

Die Entwicklung neuer dynamischer Konzepte muss dabei zwangsläufig die Verlässlichkeit der Prognosen und das richtige Maß behördlicher Eingriffe in die Überlegungen einbeziehen.⁵¹⁷ Einerseits besteht bei der Kartellrechtsanwendung die Gefahr eines Overenforcement, das Innovationsanreize vermindert;⁵¹⁸ andererseits kann ein Underenforcement wettbewerbsschädliche Innovationsmonopole verfestigen und ebenfalls Innovationsanreize senken. Je nachdem, welche gesamtwirtschaftlichen Kosten die unterschiedlichen Fehlerarten hervorrufen, könnte die Entscheidungspraxis eher zu Over- oder zu Underenforcement neigen. Bei starken Selbstheilungskräften eines Marktes könnte, soweit die nötigen Mechanismen noch funktionieren, ein Underenforcement für Behörden eher hinzunehmen sein: Das missbräuchliche Verhalten bliebe bestehen, aber korrigiere sich in der Zukunft wohl selbst.⁵¹⁹ In der Regel gleiche ein dynamischer Markt starke Konzentrationen oder Machtstellungen schneller aus, als er behördliche oder gerichtliche Fehlentscheidungen ausgleiche.⁵²⁰ Die negativen Wirkungen von Overenforcement oder Fehlern erster Art multiplizieren sich um die Drohung künftigen gleichgelagerten Einschreitens.⁵²¹ Weil Nachteile des Underenforcement in von der Digitalisierung geprägten Sektoren besonders langlebig seien, schlägt ein Gutachten im Auftrag der Europäischen Kommission vor, zur Vermeidung eines Underenforcement neue Zeithorizonte und Beweislastregeln heranzuziehen, sodass an den Nachweis eines Schadens weniger hohe Anforderungen gestellt werden, als es aktuell der Fall ist.⁵²² Die Plattform müsste dann die Konsumentenwohlfahrtsgewinne ihres Verhaltens selbst nachweisen. Der Ansatz

Innovation, Stanford Law and Economics Olin Working Paper No. 397, S. 10 mwN.

517 BKartA, Innovationen – Herausforderungen für die Kartellrechtspraxis, Hintergrundpapier, S. 40.

518 Siehe *RBB Economics*, An innovative leap into the theoretical abyss, RBB Brief 54, S. 4; ebenso BKartA, Innovationen – Herausforderungen für die Kartellrechtspraxis, S. 35f; *Devlin/Jacobs*, William & Mary Law Review, Vol. 52, S. 75–132, 75 (2010).

519 *Easterbrook*, Texas Law Review, Vol. 63, No. 1, S. 1–40 (1984); relativierend: *Devlin/Jacobs*, William & Mary Law Review, Vol. 52, S. 75–132, 127ff (2010).

520 *Easterbrook*, Texas Law Review, Vol. 63, No. 1, S. 1–40, 15 (1984).

521 *Manne/Wright*, Innovation and the Limits of Antitrust, S. 25.

522 *Crémer/de Montjoye/Schweitzer*, Competition Policy for the digital era, S. 42; ähnlich zu Underenforcement: *BMW*, Wettbewerbsrecht 4.0, S. 23.

beachtet zudem die Bewahrung von Innovationsanreizen nicht und fordert dazu auf, dass der Nutzen von innovativen Diensten oder Geschäftsmodellen explizit bewiesen wird, was nicht immer möglich sein wird. Dieser Vorschlag wurde – ohne konkreten Innovationsbezug – in abgewandelter Form in die 10. GWB-Novelle als § 19a aufgenommen.

Entscheidend ist auch das Timing eines behördlichen Eingreifens in den Markt: Die Kartellrechtsdurchsetzung muss glaubwürdig dem Gewinner des Wettbewerbs die Monopolstellung als „Preis“ erlauben und sollte nicht schon vor Erreichen der Stellung einschreiten. Zu diesem Zeitpunkt wird ein junges Unternehmen in der Regel noch keine „Burggräben“ um sich gegraben haben, die es vor weiterem Wettbewerb und den Zugang zu Innovationsressourcen schützen. Gerade, weil auf dynamischen Märkten ein hohes Maß an Prognoseleistung und das Verständnis neuer Geschäftsstrukturen und Produktionsfaktoren erforderlich ist, sollten voreilige Entscheidungen vermieden werden.⁵²³ Es wird im dynamischen Wettbewerb zunehmend schwer für Behörden, die kritischen Faktoren, die erklären, warum ein bestimmtes Unternehmen Marktanteile erlangt und ob es sie langfristig halten könnte, auszumachen. Gleichzeitig muss die Kartellrechtsanwendung auch die möglichen Marktveränderungen, die die Dominanz abschmelzen lassen werden, vorhersagen, um eine informierte Entscheidung zu treffen. Der Prognosezeitraum ist dabei entscheidend für das Ergebnis der Abwägung von innovationsstimulierenden und innovationshemmenden Aspekten, weshalb ein verlässlicher Maßstab zu entwickeln ist. Bisher wurden in Entscheidungen jeweils unterschiedliche Horizonte angelegt.

Innovationsfreundliche Kartellrechtsanwendung bedeutet vor diesem Hintergrund, dass sich Behörden kein Wissen anmaßen und die Bewertung der hohen Dynamik anpassen, um innovationshemmende Wirkungen zu vermeiden.⁵²⁴ Gleichzeitig sollten Verfahren möglichst schnell beendet werden, weil umfangreiche Untersuchungen und eine drohende Entscheidung Innovationsaktivitäten hemmen.⁵²⁵ Die Unvorhersehbarkeit der kartellrechtlichen Bewertung von neuartigen Verhaltensweisen oder

523 Siehe *Devlin/Jacobs*, William & Mary Law Review, Vol. 52, S. 75–132, 91 (2010).

524 Körber, WuW 2007, 1209 (1211).

525 So wohl in den USA bei IBM (insgesamt 13 Jahre), vgl. Cass, Antitrust for High-Tech and Low, Boston Univ. School of Law, Law and Economics Research Paper No. 12–50, S. 15: „The diversion of firm personnel to support the case, as well as the time employees spend in casual conversation or mental speculation about the status of the case, silently bleeds the company's creative resources and blurs its competitive vision“.

etablierten Verhaltensweisen auf neuartigen Märkten bei gleichzeitig hoher wettbewerbsbehördlicher Aufmerksamkeit führt zu Unsicherheit. Einzig für Forschungscooperationen geben die Gruppenfreistellungsverordnungen bisher klare Antworten.

Fehler können auf den sich entwickelnden, dynamischen Märkten besonders folgenreich sein.⁵²⁶ Aus diesem Grund sollten die Interventionsschwellen wohlüberlegt sein, dies gilt entsprechend für die Regulierung eines potentiellen Marktversagens. In der Wahl der Abhilfen müssen „innovationsfreundliche“ Wettbewerbsbehörden zurückhaltend sein und sich die Dynamik und Eigenheiten des jeweiligen Marktes vor Auge führen. Bei zu langfristigen und weitreichenden Auflagen werden sie sonst zum De-facto-Regulator.⁵²⁷ Für die Zukunft müssten Behörden systematische Vorurteile gegen neue Geschäftsmodelle überwinden oder entsprechende Vorwürfe widerlegen.⁵²⁸

III. Einführung in innovationsbezogene Kartellrechtsreformen

Innovationen in der Wirtschaft, etwa neuartige Geschäftsmodelle, ziehen oft Innovationen des Kartellrechts nach sich, wenn die Fragen, die sie aufwerfen, nach Ansicht des Gesetzgebers nicht ausreichend vom bestehenden Recht beantwortet werden können. Obwohl ein „komplett neues Regelwerk für das Kartellrecht“ nicht erwogen wird⁵²⁹, fanden in den

526 Zu “error costs” bei der Durchsetzung von Antitrust: *Easterbrook*, Texas Law Review, Vol. 63, No. 1, S. 1ff (1984); *Manne/Wright*, Innovation and the Limits of Antitrust, S. 7; *Marcos*, Innovation by Dominant Firms, S. 6; *Sidak/Teece*, Journal of Competition Law & Economics, Vol. 5, No. 4, S. 581–631, 612 (2009).

527 Siehe *Marcos*, Innovation by Dominant Firms, S. 16 mit Verweis auf *Devlin*, San Diego Law Review, Vol. 49, S. 823–877, 823ff (2012).

528 *Cass*, Antitrust for High-Tech and Low, Boston Univ. School of Law, Law and Economics Research Paper No. 12–50, S. 35; *Kerber/Kern*, Assessing Innovation Effects in US Merger Policy, S. 7: “The main concern of many legal scholars and economists [...] is that the activities of the competition authorities might lead to more harm than benefits for innovation”; *Manne/Wright*, Innovation and the Limits of Antitrust, S. 22, 26, 64 mwN; *Petit*, S. 6: „Google, Amazon, Facebook, Apple, and Microsoft, have spent the past 15 years under the antitrust sword“.

529 *Vestager*: “We don't need a whole new competition rulebook for the big data world. Just as we didn't need one for a world of fax machines, or credit cards, or personal computers”, Rede “Competition in a big data world”, DLD 16 Konferenz München, 17. Januar 2016.

letzten Jahren eine Abwägung neuer Konzepte und Anpassungen an ein erhöhtes Tempo des Innovationswettbewerbs Eingang in das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen.

Die digitale Wirtschaft gab Anlass für die Änderungen und Klarstellungen der 9. GWB-Novelle⁵³⁰, diese gelten aber auch darüber hinaus und betreffen innovative Geschäftsmodelle wie auch die Berücksichtigung der Innovationskraft bei der Kartellrechtsanwendung.⁵³¹ Die 10. GWB-Novelle, die am 19. Januar 2021 in Kraft getreten ist, geht in einigen Aspekten weiter. Sie passt das Missbrauchsrecht der §§ 19, 20 GWB in erheblichem Ausmaß an und fügt einen konzeptionell neuen § 19a ein.

Der mit der 9. GWB-Novelle eingefügte Absatz 2a des § 18 GWB stellt klar, dass die unentgeltliche Erbringung einer Leistung als Kriterium für Marktqualität irrelevant ist. Diese Vorschrift ist von innovativen Geschäftsmodellen der Internetökonomie inspiriert.⁵³² Sie rückt den Innovationswettbewerb gegenüber dem messbaren Preiswettbewerb in eine prominentere Stellung. § 18 Abs. 3a GWB nennt Wettbewerbsfaktoren, die bei der Bewertung der Marktstellung eines Unternehmens zu berücksichtigen seien; dazu zählt explizit der „innovationsgetriebene Wettbewerbsdruck“ (Nr. 5). Diese Änderungen entstammen der ökonomischen⁵³³ und kartellrechtlichen Diskussion, die wiederum hinterfragt hatte, ob das Kartellrecht seine Ziele in Bezug auf innovative Technologien und Geschäftsmodelle in dem damaligen Zustand erfüllen konnte. Die wirtschaftlichen Veränderungen wurden im Gesetz rezipiert, womit auch die Kartellbehörden und -gerichte aufgefordert wurden, sie aktiv in die Prüfung einzubeziehen.⁵³⁴ Nicht gelöst wird das Problem, dass Innovationsaktivitäten von Kartellbehörden mindestens wahrnehmbar sein müssen, um sie in die Prüfung

530 Neuntes Gesetz zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen vom 1. Juni 2017, BGBl. I, S. 1416ff.

531 So auch *BKartA*, Innovationen – Herausforderungen für die Kartellrechtspraxis, Hintergrundpapier, S. 5; *Pohlmann/Wismann*, NZKart 2016, 555 (559); *Zimmer*, The digital economy: A challenge for competition policy?, in: *Nihoul/van Cleynenbreugel* (Hrsg.), The Roles of Innovation in Competition Law Analysis, S. 299–306 (303f).

532 Ausführlicher: *Pohlmann/Wismann*, NZKart 2016, 555 (558).

533 *D. Evans/Schmalensee*, Competition Policy International, Vol. 3, No. 1, S. 151–179 (2017); die Überlegungen der Monopolkommission und des Think Tanks des Bundeskartellamts stützen sich ausdrücklich darauf, vgl. *Monopolkommission*, Sondergutachten 68, Rn. 36ff.

534 *Podszun/Kersting*, NJOZ 2019, 321 (324); allgemein dazu: *Paal*, Datenschutz – Regulierung – Wettbewerb, in: *Körber/Kühling* (Hrsg.), Regulierung – Wettbewerb – Innovation, S. 143–164 (153).

einbeziehen zu können. Zukünftige Märkte ohne feststellbaren Produktmarktbezug können nur unter großer Unsicherheit bewertet werden.⁵³⁵ Vieles deutet darauf hin, dass dem Innovationswettbewerb in künftigen GWB-Novellen noch mehr Aufmerksamkeit zukommt: Eine vorbereitende Studie für die 10. GWB-Novelle erwähnte „Innovationen“ im Text mehr als 75-mal.⁵³⁶

Die Begründung der 10. GWB-Novelle selbst betont zwar die Erhaltung der Innovationsfähigkeit digitaler Märkte,⁵³⁷ adressiert sie aber nicht spezifisch, sondern lediglich durch Maßnahmen zur Bewahrung des allgemeinen Wettbewerbsdrucks.

IV. Innovationsanreize als Kriterium in Zusammenschlussverfahren

Ebenfalls kamen Innovationsaspekte in Zusammenschlussentscheidungen der jüngeren Vergangenheit zum Tragen. Zusammenschlüsse können einerseits den Wettbewerb auf der Ebene von Forschung und Entwicklung für die Beteiligten und dritte Unternehmen beschränken und andererseits zu Effizienzen führen und Innovationsmöglichkeiten verbessern.⁵³⁸ Wettbewerbsbehörden nehmen eine ex ante-Kontrolle der Wirkung von Marktstrukturveränderungen auf Innovationsanreize und -fähigkeiten vor. Die Entscheidungen sind von der Grundidee geprägt, dass es wichtig ist, dezentrale, privatwirtschaftliche FuE-Kapazitäten zu erhalten. Der Wegfall, den ein (horizontaler) Zusammenschluss mit sich bringt, mindere die Innovationsanreize.⁵³⁹ Außerdem verringert er die Zahl der alternativ beschrittenen Innovationspfade. Es gilt, dass dort Innovationsanreize bestehen, wo Marktstellungen als erreichbar, haltbar, aber bestreitbar wahrgenommen werden. Diesen Zustand können Zusammenschlüsse beseitigen, es muss aber nicht zwangsläufig der Fall sein. Der Erreichbarkeit einer

535 BKartA, Innovationen – Herausforderungen für die Kartellrechtspraxis, Hintergrundpapier, S. 32, 35; Esser/Höft, NZKart 2017, 259 (264).

536 Schweitzer/Haucap/Kerber/Welker, Modernisierung der Missbrauchsaufsicht; Textsuche “innov**” auf 162 Seiten Gutachtentext.

537 Regierungsentwurf, BT-Drucks. 19/23492, S. 59, 72.

538 Vgl. BKartA, Innovationen – Herausforderungen für die Kartellrechtspraxis, Hintergrundpapier, S. 5, ders., Innovationen – Herausforderungen für die Kartellrechtspraxis, S. 2; Europäische Kommission, EU Merger Control and Innovation, Competition Policy Brief, April 2016, S. 1.

539 BKartA, Innovationen – Herausforderungen für die Kartellrechtspraxis, Hintergrundpapier, S. 16.

Marktstellung geht allerdings die Verfügbarkeit der notwendigen Innovationsressourcen voraus. Die Betrachtung der notwendigen Innovationsressourcen kann bei der Betrachtung von Zusammenschlüssen zu anderen Ergebnissen führen als die Betrachtung von Marktanteilen. Es gibt Anlass zu der Annahme, dass Innovationsaktivitäten zu intensiveren Prüfungen bei der Beurteilung von Zusammenschlüssen führen.⁵⁴⁰ Das Kartellrecht nimmt strukturell an, dass ein Zusammenschluss, der die Konzentration des Marktes erheblich erhöht, dem Wettbewerb schadet. Auf Innovationen lässt sich diese Annahme beschränkt übertragen, weil der aktuelle und der künftige Wettbewerb nicht kongruent sind und sie sich nicht ohne Weiteres auf die Zukunft projizieren lässt.

1. Innovationsvielfalt – Alternative ‚Innovation Spaces‘ nach Dow/DuPont

Die permanente, sich „überlappende“ Suche nach Problemlösungen durch Konkurrenten erhöht die Wahrscheinlichkeit für das Finden einer Lösung.⁵⁴¹ Sind alle Entwicklungsprozesse erfolgreich, können dem Nachfrager verschiedene Lösungen angeboten werden, aus denen er die beste oder günstigste auswählen kann. Darüber hinaus erlaubt eine pluralistische Innovation, dass anders als bei einem einzelnen monopolistischen Innovator mehrere Akteure an der technologischen Grenze forschen. Innovationen sollen Quellen potentiellen Wettbewerbs sein,⁵⁴² nicht Quellen künftiger Monopolstellungen. In eine ähnliche Richtung geht die Argumentation der Europäischen Kommission in der Zusammenschlussentscheidung *Dow/DuPont*: Zum Schutze des Wettbewerbs sollten möglichst viele „Innovationsräume“ (innovation spaces) offen gehalten werden. Im Mittelpunkt der Freigabeentscheidung stand die Frage, ob der Wettbewerb dadurch Schaden nimmt, dass Innovationsanstrengungen durch die Bündelung der zuvor in der Agrochemiebranche rivalisierenden Forschungskapazitäten zurückgefahren werden. Um dies zu gewährleisten, wurden im Verfahren *Dow/DuPont* nicht nur die Pipeline-Produkte, sondern auch Forschungs-

540 Katz/Shelanski, ‘Schumpeterian’ Competition and Antitrust Policy in High-Tech Markets, S. 12.

541 Hierzu: Kukuk/Stadler, Market Structure and Innovation Races. An Empirical Assessment.

542 Leitlinien zur Anwendung von Artikel 101 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Technologietransfer-Vereinbarungen (2014/C 89/03), Rn. 26.

anstrengungen losgelöst von Produktmärkten in den Blick genommen. Dow und DuPont unterhielten zwei der wenigen weltweit operierenden Forschungsabteilungen für die Entwicklung von Pflanzenschutzmitteln.

Der Begriff ‚Innovation Spaces‘ wurde bewusst gewählt, um nicht von Märkten zu sprechen:⁵⁴³ weder von Produktmärkten, die gerade noch nicht bestehen, noch von Innovationsmärkten nach einem US-amerikanischen Gedanken⁵⁴⁴. Vielmehr sei ein Innovation Space ein dem Produktmarkt vorgelagerter Bereich, in dem sich Unternehmen mit bestimmten Innovationsressourcen und -kompetenzen bewegen, um festgelegte Entwicklungsziele zu erfüllen.⁵⁴⁵ Für einen Markt fehlt es gerade an Abnehmern und einem direkten wirtschaftlichen Gegenwert. Solche Dienste, die in der Erbringung von Forschungsleistungen für Kunden bestehen, konstituieren für sich einen Markt und fallen nicht unter diese Definition. Die Innovation Spaces wurden wie auch Märkte geographisch definiert, im Falle von *Dow/DuPont* wurde ein weltweiter Innovation Space angenommen.⁵⁴⁶ Als Äquivalent zu Marktanteilen bestimmte die Kommission „Innovation Outputs“ anhand der Patente und Patentzitierungen sowie zurückliegender Innovationen (in diesem Fall der Active Ingredients⁵⁴⁷). Dies setzt sowohl voraus, dass in einer Branche Patente zum Schutz der Innovationen eingesetzt werden, als auch, dass Innovatoren eindeutig identifi-

543 Europäische Kommission, Entscheidung vom 27. März 2017, M.7932 Rn. 2161 – *Dow/DuPont*: „innovation should not be understood as a market in its own right, but as an input activity for these markets“; dazu *BMWi*, Wettbewerbsrecht 4.0, S. 31.

544 „Innovation markets“, *U. S. DoJ and FTC*, Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property, 6. April 1995, Abschnitt 3.2.3; im Jahr 2017 wurde statt „Innovationsmärkten“ allerdings von FuE-Märkten gesprochen: *U. S. DoJ and FTC*, Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property, 12. Januar 2017, Abschnitt 3.2.3; im Unionsrecht findet sich die Formulierung Innovationsmärkte z. B. in den Leitlinien zum Technologietransfer wieder: *Europäische Kommission*, Mitteilung der Kommission, Leitlinien zur Anwendung von Artikel 101 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Technologietransfer-Vereinbarungen, (2014/C 89/03), 28. März 2014, Rn. 26; vgl. auch *Wirtz/Schulz*, NZKart 2019, 20 (22).

545 Europäische Kommission, Entscheidung vom 27. März 2017, M.7932 Rn. 349, 2168 – *Dow/DuPont*.

546 Europäische Kommission, Entscheidung vom 27. März 2017, M.7932 Rn. 361 – *Dow/DuPont*.

547 Europäische Kommission, Entscheidung vom 27. März 2017, M.7932 Rn. 402 – *Dow/DuPont*.

fizierbar sind.⁵⁴⁸ Dow und DuPont kamen auf 50–60 Prozent der in der Branche relevanten gewichteten Patente sowie 30–40 Prozent der Active Ingredients. Der Innovation Space gliederte sich – ähnlich der üblichen Innovationsphasenbeschreibung – in die Stufen der Discovery (Entdeckung), des Developments (generelle Entwicklung), der Entwicklung von „Early Pipeline Products“ sowie schließlich „Formulated Products“ als Übertritt vom Innovation Space in den Produktmarkt. Die Einteilung lehnt sich an den Pflanzenschutzsektor an und ist nicht ohne Weiteres für andere Sektoren zu übernehmen, obwohl die Schadenstheorie nach Ansicht der Europäischen Kommission universell gelten soll.⁵⁴⁹ Die Schadenstheorie fußt auf den Ausführungen der Leitlinien zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse⁵⁵⁰, zum Beispiel auf Rn. 8 und 38.⁵⁵¹ Erste Ansätze dieser Schadenstheorie sind früheren Entscheidungen der Kommission zu entnehmen.⁵⁵² Zuvor bezogen sich diese Bewertungen des Innovationswettbewerbs allerdings direkt auf bestehende Produktmärkte. Hiervon löste sich *Dow/DuPont*:⁵⁵³ Neu ist die Betrachtung des Innovationswettbewerbs auf Industrieebene sowie die Ausführlichkeit der Betrachtung. Die Entscheidung bedeutete eine Neuausrichtung gegenüber der Entscheidungspraxis und vermutlich sogar eine gänzlich neue Schadenstheorie.

548 Dies kann dort problematisch sein, wo Innovationen auch von bisher nicht im Produktwettbewerb aktiven Unternehmen erwartet werden können, siehe BKartA, Innovationen – Herausforderungen für die Kartellrechtspraxis, S. 21.

549 Europäische Kommission, Entscheidung vom 27. März 2017, M.7932 Rn. 2000 – *Dow/DuPont*.

550 Leitlinien zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse gemäß der Ratsverordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, (2004/C 31/03), ABl. C 31 vom 5. Februar 2004, S. 5–18.

551 Ähnlich auch *U. S. DoJ and FTC*, US Horizontal Merger Guidelines, 2010: Abschnitt 6.4: „That curtailment of innovation could take the form of reduced incentive to continue with an existing product-development effort or reduced incentive to initiate development of new products“.

552 Z. B. Europäische Kommission, Entscheidung vom 17. April 2002, COMP/M.2547 Rn. 18 – *Bayer/Aventis Crop Science*; Europäische Kommission, Entscheidung vom 17. November 2011, COMP/M.5675 Rn. 321 – *Syngenta/Monsanto's Sunflower Seed Business*; Europäische Kommission, Entscheidung vom 1. Dezember 2012, COMP/M.6166 Rn. 886, 919, 923 – *Deutsche Börse/NYSE Euronext*, “innovation space”; Europäische Kommission, Entscheidung vom 28. Januar 2015, COMP/M.7275 Rn. 112 – *Novartis/Glaxo Smith Kline's Oncology Business*; Europäische Kommission, Entscheidung vom 4. August 2015, COMP/M.7559 Rn. 57f – *Pfizer/Hospira*; Europäische Kommission, Entscheidung vom 8. September 2015, COMP/M.7278 Rn. 504, 1388ff – *General Electric/Alstom*.

553 Vgl. *Wirtz/Schulz*, NZKart 2019, 20 (21).

Je nach Kommentierung der Entscheidung werden fünf oder mehr Determinanten für die Schadenstheorie benannt; mindestens diese fünf sind wohl entscheidend: Bestreitbarkeit der Produktmärkte durch Innovationen (1; die Wichtigkeit des Faktors Innovation auf dem betreffenden Markt), Schutz durch Immaterialgüterrechte zur Verringerung von Spillover-Effekten (2), Innovationen sind Produktinnovationen (3), Effizienzen bei Konsolidierung nicht zu erwarten (4), Angst vor Kannibalisierung der eigenen Produkte wegen sich überschneidender Entdeckungsziele (5, ähnlich dem replacement effect).⁵⁵⁴ Liegen diese Umstände kumulativ vor, könnte die Freigabe des Zusammenschlusses an den Nachteilen für die Innovation Spaces scheitern. Diese wären nicht auf die unmittelbar betrachteten Innovationsräume begrenzt: Es ergäben sich Auswirkungen auf gesamte Branche⁵⁵⁵, auf Industrieebene übergreifend sinkende Budgets wegen reduzierter Innovationsanreize⁵⁵⁶ und damit ein im Ergebnis niedrigerer Innovationsoutput. Diese Effekte betreffen nicht nur die zusammengeführte Einheit, sondern auch ihre Rivalen.⁵⁵⁷ Die Nachfrager seien ebenfalls beeinträchtigt, weil ihnen eine kleinere Produktpalette zur Wahl stehe und der künftige Produktwettbewerb weniger intensiv sei.⁵⁵⁸ Schließlich könne ein Ausbleiben von Innovationen im speziellen Bereich des Pflanzenschutzes wie in *Dow/DuPont* der Umwelt und der Saatgutvielfalt schaden.⁵⁵⁹ In der Entscheidung *Dow/DuPont* bedeutete dies, dass der Zusammenschluss nur unter Verpflichtungszusagen zur Veräußerung einiger Forschungssparten freigegeben wurde.

Die Entscheidung wurde als „neue Ära der Fusionskontrollpraxis“⁵⁶⁰ bezeichnet und rückte den Innovationswettbewerb in den Blick der Kartellrechtsliteratur. Zwar wurde Kritik an ökonomischen Grundlagen laut,⁵⁶¹

554 Dazu: *Monopolkommission*, Hauptgutachten XXII, Wettbewerb 2018, BT-Drucks. 19/3300, Rn. 707ff.

555 Europäische Kommission, Entscheidung vom 27. März 2017, M.7932 Rn. 2014, 3057ff – *Dow/DuPont*.

556 Europäische Kommission, Entscheidung vom 27. März 2017, M.7932 Rn. 1955f – *Dow/DuPont*.

557 *Hauicap/Rasch/Stiebale*, International Journal of Industrial Organization, Vol. 63, S. 283–325, 310 (2019).

558 Europäische Kommission, Entscheidung vom 27. März 2017, M.7932 Rn. 3091 – *Dow/DuPont*.

559 So *Bertuzzi et al.*, *Dow/DuPont: protecting product and innovation competition*, Competition and Merger Brief 2/2017 – Article 1, S. 4.

560 *Horstkotte/Wingerter*, IWRZ 2018, 3 (6).

561 *Petit*, Innovation Competition, Unilateral Effects and Merger Control Policy, S. 47ff.

es wird aber angenommen, dass die Kommission an der Argumentation aus *Dow/DuPont* festhalten wird. Ihr Grundgedanke ist, dass ein möglichst diverser Innovationsraum zu erhalten ist. Der wettbewerbliche Schaden wäre das Verschwinden eines Innovators aus dem Innovationsraum durch den Zusammenschluss.⁵⁶² Die Kommission argumentiert, dass das Verschwinden eines Innovationsanreizes nicht durch gleichbleibende andere Innovationsanreize aufgewogen werden könne.⁵⁶³ Damit knüpft die Entwicklung der Schadenstheorie lose an die Theorien Arrows und Aghions⁵⁶⁴ an, nach denen ein reger Wettbewerb mit mehreren starken Teilnehmern Innovationen begünstigt. Das Modell basiert auf zwei Veröffentlichungen aus dem Jahr 2017, die insbesondere die Kannibalisierungseffekte (Cannibalization effects, ähnlich der Replacement effects) betonen.⁵⁶⁵ Schon 1995 machten Gilbert und Sunshine einen Vorschlag zur Analyse der Auswirkungen auf Innovationen bei Zusammenschlussentscheidungen, gerade auch losgelöst von Produktmärkten.⁵⁶⁶ Ein Zusammenschluss zwischen rivalisierenden Innovatoren würde die aus der Rivalität stammenden Innovationsanreize internalisieren.

Eine höhere Unternehmenskonzentration bedeutet eine geringere Zahl starker, parallel nach Innovationen suchender Konkurrenten. Dies bedeutet wiederum eine geringere „Zahl der Problemlösungshypothesen“⁵⁶⁷ und damit möglicherweise eine Verlangsamung des Lernprozesses der Anbieter. Diese Annahme kann dabei nicht linear bis zur Unendlichkeit gelten: Statt „je mehr FuE, desto besser“ gilt es, die optimale Menge von FuE zu finden. Über diese wird nie Einigkeit herrschen. Vermutlich wird nur ein Konsens darüber, was „zu wenig“ ist, gefunden werden können. Klar ist, dass ein 5-zu-4-Zusammenschluss weniger problematisch ist als ein 3-zu-2-Zusammenschluss.⁵⁶⁸ Diese Bewertung ist allerdings nicht leichtfertig zu

⁵⁶² *Petit, Innovation Competition, Unilateral Effects and Merger Control Policy*, S. 21f.

⁵⁶³ Europäische Kommission, Entscheidung vom 27. März 2017, M.7932 Rn. 2029ff – *Dow/DuPont*.

⁵⁶⁴ Siehe oben, S. 67ff.

⁵⁶⁵ *Federico/Langus/Valletti, A Simple Model of Mergers and Innovation; diess., Horizontal Mergers and Product Innovation: An Economic Framework*, Februar 2018.

⁵⁶⁶ *Gilbert/Sunshine, Antitrust Law Journal*, Vol. 63, S. 569–601 (1995); dazu: *Kerber/Kern, Assessing Innovation Effects in US Merger Policy*, S. 17ff; *Kern, World Competition: Law and Economics Review*, Vol. 37, No. 2, S. 173–206, 197ff (2014).

⁵⁶⁷ *Budzinski/Kerber, Megafusionen, Wettbewerb und Globalisierung*, S. 73.

⁵⁶⁸ *Haucap, Merger Effects on Innovation*, S. 7.

treffen, weil ein Zusammenschluss sowohl Produktmärkte betreffen kann, auf denen er sich als 3-zu-2 darstellt, als auch solche mit einer 5-zu-4-Entwicklung.

Innovationsvielfalt ist das Antonym des Innovationsmonopols⁵⁶⁹, dem mehrheitlich vorgeworfen wird, dass ein zu geringer Innovationsdruck von ihm ausgehe. Die Anreize sind dabei nur eine von zwei Voraussetzungen erfolgreicher Entwicklungstätigkeit. Ohne die spezifischen Innovationsfähigkeiten ist die Bewahrung der Anreize wertlos. Die Schadenstheorie der Kommission schließt sich der Ansicht an, dass die Innovationsvielfalt von der Demokratisierung oder Diversifikation der Innovationsfähigkeiten profitiere.

2. Reduktion von Innovationsanreizen durch Zusammenschlüsse

Es ist kaum möglich, die Pluralität der Innovationsanstrengungen von den davon ausgehenden Innovationsanreizen zu trennen. Die Identifikation von FuE-Kapazitäten, die bei den jeweiligen Unternehmen die Innovationspfade ebnen und charakterisieren, werden wiederum zur Bewertung der „Innovationsmärkte“ oder Pipelines verwendet.

Der Rückgang von Innovationsaktivitäten gilt als Schadenstheorie, weil der Wettbewerb unter der Abnahme von Innovationsanreizen kurz- und langfristig leiden könnte.⁵⁷⁰ Innovationsaspekte wurden in solchen Sektoren besonders häufig untersucht, die von einer intensiven Regulierung der Forschung und Produktentwicklung gekennzeichnet sind. In der Pharma- oder Agrochemie-Branche herrscht für eine Wettbewerbsbehörde mehr Transparenz, weil der Weg eines Produktes an den Markt durch Regulierung klar vorgezeichnet ist und deshalb „Pipelines“ besser erkennbar sind. Die behandelten Fälle waren oft solche, in denen der Entwicklungs- und Erprobungsprozess eines Produkts bereits abgeschlossen war und nur noch die Zulassung bevorstand. Daher standen den Wettbewerbsbehörden gesicherte Informationen zur Verfügung und sie konnten Pipeline-Produkte nach dem üblichen Framework für Produktmärkte behandeln.⁵⁷¹ Dow/

569 Begriff aus Budzinski/Kerber, Megafusionen, Wettbewerb und Globalisierung, S. 71.

570 BKartA, Innovationen – Herausforderungen für die Kartellrechtspraxis, Hintergrundpapier, S. 21.

571 So z. B. medizinische Produkte in Phase III; Europäische Kommission, Entscheidung vom 4. August 2015, COMP/M.7559 Rn. 12f – Pfizer/Hospira; Entscheidung vom 8. September 2015, COMP/M.7278 – General Electric/Alstom; Ent-

DuPont fand deshalb so viel Beachtung, weil sich die Entscheidung von der produktmarktorientierten Betrachtung zugunsten der Betrachtung von Innovationsräumen löste.

Ein Bestandteil der Schadenstheorie der Europäischen Kommission in *Dow/DuPont* war die kurzfristige Einstellung der überlappenden Forschungslinien oder Entwicklungsprogramme; der zweite Bestandteil jedoch betrachtete explizit die Innovationsanreize: Langfristig würden sie allgemein auf Industriebelebene absinken und somit in Hinblick auf betroffene Sektoren wegen des gesunkenen Wettbewerbsdrucks mit weniger Innovationstätigkeiten zu rechnen sein.⁵⁷² Dies ist für die Kommission der wettbewerbliche Schaden.⁵⁷³ Neben der globalen Abnahme der Innovationsanreize nimmt die Kommission an, dass durch den Wegfall eines Wettbewerbers lokal die Innovationsanreize absinken.⁵⁷⁴ Sie betrachtet zudem nur die transaktionsspezifische Veränderung der Innovationsanreize. Externe Innovationsanreize – etwa wegen regulatorischer Notwendigkeiten oder eines gesunkenen Imitationsrisikos dank einer geringeren Zahl von Wettbewerbern⁵⁷⁵ – seien unbeachtlich.⁵⁷⁶ Dies gilt wohl auch, wenn sie im Kanon der Innovationsanreize dominieren. Die Reduktion der Anreize durch den Zusammenschluss könne nicht durch gleichbleibende, alternativen Innovationsanreize aufgewogen werden.

Verglichen werden bei der Beurteilung von Innovationsaspekten in Zusammenschlussfällen meist drei Kategorien: bestehende Produktmärkte, künftige Produktmärkte⁵⁷⁷ (die FuE-Pole bestehen schon) und For-

scheidung vom 28. Januar 2015, COMP/M.7275 – Novartis/GlaxoSmithKline's oncology business; Horizontalleitlinien (*Europäische Kommission*, Mitteilung vom 14. Januar 2011, C 11/1, Leitlinien zur Anwendbarkeit von Artikel 101 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit), Rn. 120.

572 Europäische Kommission, Entscheidung vom 27. März 2017, M.7932 Rn. 1955, 3057 – *Dow/DuPont*; so auch das Ergebnis einer Studie der Innovationsaktivitäten in der Pharma-Industrie: *Haucap/Stiebale*, How Mergers Affect Innovation, DICE Discussion Paper No. 218, S. 25.

573 *Europäische Kommission*, EU Merger Control and Innovation, Competition Policy Brief, April 2016, S. 3; *Wirtz/Schulz*, NZKart 2019, 20 (21).

574 Europäische Kommission, Entscheidung vom 27. März 2017, M.7932 Rn. 2029ff – *Dow/DuPont*; Entscheidung vom 21. März 2018, COMP/M.8084 Rn. 75 – *Bayer/Monsanto*.

575 *Katz/Shelanski*, Mergers and Innovation, S. 75: Internalisierung des „free-riding“.

576 Europäische Kommission, Entscheidung vom 27. März 2017, M.7932 Rn. 2002 – *Dow/DuPont*; Entscheidung vom 21. März 2018, COMP/M.8084 Rn. 1733 – *Bayer/Monsanto*.

577 *I. Schmidt/Haukap*, Wettbewerbspolitik und Kartellrecht, S. 85f.

schungsansätze ohne Produktmarktbezug⁵⁷⁸ (keine FuE-Pole, aber FuE-Kapazitäten). Die Herstellung einer Beziehung zwischen aktuellen Märkten und aktueller Forschung zu künftigen Produktmärkten und künftigen Forschungsanstrengungen ist erwartungsgemäß die Schwachstelle jeder Argumentation, weil sie Prognosen mit einer Entscheidung über Innovationsarten, Beurteilungshorizonte, der Wertung von lang- und kurzfristigen Effekten und häufig auch politischen Erwägungen verbindet. Der Erfolg aktueller Produkte genügt nicht für den Schluss auf den Erfolg künftiger Produkte. Disruptive Innovationen könnten den gesamten Markt vernichten oder neu ausrichten. Aktuelle Marktanteile geben nur die historische, aber nicht die künftige Ausrichtung und wettbewerbliche Bedeutung eines Unternehmens wieder.⁵⁷⁹ Teilweise wird daher vorgetragen, dass das Erfordernis der Definition von (Produkt-)Märkten in dynamischen Märkten weniger streng beachtet werden solle, wenn eine Beeinträchtigung des Wettbewerbs naheliegt.⁵⁸⁰ Innovationsanreize gehen zudem auch von im Ergebnis erfolglosen FuE-Bemühungen aus, weil sie Innovationsaktivitäten von Wettbewerbern stimulieren. Praktisch dürfte es schwerfallen, entwickelnde Konkurrenten und deren Kapazitäten zu identifizieren. Gerade Talent und Information-Assets eines Unternehmens können kaum zahlenmäßig hinsichtlich ihres Innovationspotentials mit denen eines Konkurrenten verglichen werden. Zwar können Wettbewerber befragt werden, aber dazu müssen diese erst identifiziert werden können; auch ist nicht klar, inwiefern die Wettbewerber selbst informiert sind oder ob sie strategisch antworten werden.⁵⁸¹

Nicht zuletzt aus diesem Grund müsste ein verlässliches Prüfungsschema für eine direkte Analyse entwickelt werden, das die wegfallende Verlässlichkeit und Prüfbarkeit einer Marktdefinition wettmacht und gleichzeitig flexibel genug ist, um für verschiedene Industrien und Einzelfälle die richtigen Antworten zu geben.⁵⁸² Das in *Dow/DuPont* vorgeschlagene Konzept enthält brauchbare Ansätze. Diese müssen weiterentwickelt und evaluiert sowie auf andere Industrien angepasst werden. Ein „Innovation Output“ kann nicht immer in Patentzitierungen oder expliziten neuen Produkten gemessen werden.

578 Kern, World Competition, Vol. 37, No. 2, S. 173–206 (2014).

579 Federico/Scott Morton/Shapiro, Antitrust and Innovation, S. 18.

580 So z. B. Baker, George Mason Law Review, Vol. 5, No. 3, S. 347–361 (1997); Ordoover/Wall, Antitrust, Vol. 3, S. 20–25 (1989).

581 Haucap, Merger Effects on Innovation, S. 1; Wirtz/Schulz, NZKart 2019, 20 (24).

582 Wirtz/Schulz, NZKart 2019, 20 (27f).

Die in dieser Arbeit betrachteten datenbezogenen Innovationsanreize wurden von Wettbewerbsbehörden in der Vergangenheit ebenfalls betrachtet, wenn auch weniger explizit als in *Dow/DuPont* oder *Bayer/Monsanto*. Als Google die Reisesuchmaschine ITA erwarb, wurden sie vom Department of Justice dazu verpflichtet, den Webseiten, die die ITA-Software (QPX) nutzten, fünf Jahre lang Zugriff auf die Daten zu gewähren.⁵⁸³ Außerdem versprach Google, die Software (QPX und InstaSearch) auf einem ähnlichen Niveau wie ITA weiterzuentwickeln. Die Innovationstätigkeiten wurden damit sozusagen vereinbart, um sich nicht auf natürliche Innovationsanreize verlassen zu müssen. Auch dies könnte ein Weg sein, um die Innovationstätigkeiten auf IndustrieEbene zu erhalten, da alle Wettbewerber von der Vereinbarung erfahren konnten.

In *Microsoft/LinkedIn*⁵⁸⁴ prüfte die Europäische Kommission, wie sich eine Datenkonzentration auf Innovationsanreize auswirken könnte.⁵⁸⁵ Mit Datenkonzentrationen hatte sie sich bereits in *Thomson/Reuters*⁵⁸⁶ und *Google/DoubleClick*⁵⁸⁷ befasst, allerdings ohne diese als Innovationsressourcen zu betrachten. Eine Sorge der Kommission war, dass Microsoft seinen Wettbewerbern den Zugang zu der LinkedIn-Datenbank verwehren würde und sie dadurch an der Entwicklung innovativer CRM-Funktionen hindern könnte. Die Kommission stellte fest, dass das Produkt von LinkedIn nicht unabdingbar und der Zugang zu der Datenbank nicht unerlässlich für die Entwicklung fortschrittlicher Funktionen sei. Die verbleibenden wettbewerbsrechtlichen Bedenken konnten ausgeräumt werden durch die Verpflichtungszusagen Microsofts, konkurrierenden Anbietern von Karrierenetzwerken für fünf Jahre Zugang zu Schnittstellen der Microsoft Office-Programme und zu dem Softwareentwickler-Portal „Microsoft Graph“ zu

583 Siehe *US Department of Justice*, Justice Department Requires Google Inc. to Develop and License Travel Software in Order to Proceed with Its Acquisition of ITA Software Inc., 8. April 2011; in Europa war der Zusammenschluss nicht anzumelden.

584 Europäische Kommission, Entscheidung vom 6. Dezember 2016, COMP/M.8124 – *Microsoft/LinkedIn*.

585 Europäische Kommission, Entscheidung vom 6. Dezember 2016, COMP/M.8124 Rn. 275f – *Microsoft/LinkedIn*.

586 Europäische Kommission, Entscheidung vom 19. Februar 2008, COMP/M.4726 – *Thomson/Reuters*; Verpflichtungszusagen hinsichtlich der Veräußerung von Kopien der Finanzinformationsprodukte der Zusammenschlussbeteiligten sollten einer möglichen „Datenkonzentration“ entgegenwirken; dazu *Mahnke, Big Data as a Barrier to Entry*, CPI Antitrust Chronicle Mai 2015, S. 3f.

587 Europäische Kommission, Entscheidung vom 11. März 2008, COMP/M.4731 – *Google/DoubleClick*.

gewähren.⁵⁸⁸ Grundsätzlich ist zu erwarten, dass die von der Kommission erprobten Verpflichtungszusagen⁵⁸⁹ und die im Monitoring gewonnenen Erfahrungen bei der Beurteilung von Zusammenschlüssen in datenintensiven dynamischen Märkten helfen und Sorgen um Innovationsanreize zerstreuen können.

Grundsätzlich kann die erprobte Praxis der Zusammenschlusskontrolle Fragen wie die Bestreitbarkeit von Innovationsmonopolen und FuE-Synergien beantworten. Es besteht Spannung zwischen statischen Zielen der Zusammenschlusskontrolle und der Innovationstimulation.⁵⁹⁰ Es kann nicht quantifiziert werden, wie viel die FuE-Aspekte in den einzelnen Entscheidungen (etwa *Dow/DuPont*) ausmachen. Würden beide Unternehmen nicht forschen und hätten ihre FuE-Abteilungen „trockengelegt“, würden horizontale Zusammenschlüsse zwischen starken, direkten Wettbewerbern trotzdem kritisch geprüft. Deshalb ist die Frage nach der richtigen Betrachtungsweise vor allem dort relevant, wo ein Innovator wegfällt und die Innovationsvielfalt insgesamt nachlässt, obwohl eine hohe Vielfalt politisch und gesellschaftlich wünschenswert wäre, etwa in den Sektoren Pharmazie, Technologie, Sicherheit⁵⁹¹ und Umwelt. Nach Katz und Shelanski muss sektorübergreifend grundsätzlich gelten, dass Zusammenschlüsse in Bezug auf Innovationen neutral sind, solange es sich bei ihnen nicht um einen Merger to Monopoly handelt.⁵⁹² Sowohl einer Laissez-Faire-Herangehensweise auf Technologiemärkten als auch der strukturellen Annahme von Schäden des Innovationswettbewerbs durch Zusammenschlüsse fehle eine ausreichende empirische Grundlage. Dies verdient Zustimmung.

3. Innovationsbezogene Effizienzvorteile

Eine geringe Zahl von Innovatoren könnte je nach Branche Vorteile mit sich bringen: Möglicherweise erlaubt eine höhere Konzentration in Innovationsräumen, um bei der Systematik der Kommission zu bleiben, Syner-

588 Europäische Kommission, Entscheidung vom 6. Dezember 2016, COMP/M.8124 Rn. 407ff – *Microsoft/LinkedIn*.

589 *Haucap*, Merger Effects on Innovation, S. 10.

590 Vgl. Katz/Shelanski, Mergers and Innovation, S. 14.

591 Z. B. Europäische Kommission, Entscheidung vom 26. Januar 2011, COMP/M.5984 Rn. 112, 172, 330 – *Intel/McAfee*.

592 Katz/Shelanski, 'Schumpeterian' Competition and Antitrust Policy in High-Tech Markets, S. 19; *dies.*, Mergers and Innovation, S. 25, 28.

gieeffekte und eine effizientere Allokation von Forschungsmitteln.⁵⁹³ Gerade in regulierungsintensiven Branchen kann die Zusammenführung von Forschungsexpertise und Produktionserfahrung zur schnelleren Freigabe einer allgemein erwünschten Produktneuheit führen. Diese Erwägungen stellte die amerikanische FTC an, als sie den Zusammenschluss von Genzyme und Novazyme im Januar 2004 freigab.⁵⁹⁴ Beide Zusammenschlussbeteiligte arbeiteten an einem Medikament zur Behandlung von Morbus Pompe. Wegen erheblicher Schwierigkeiten bei der Entwicklung eines solchen Medikaments handelte es sich bei Genzyme und Novazyme um die einzigen zwei übrig gebliebenen Unternehmen mit diesem Innovationsziel. Trotz der „merger to monopoly“-Situation wurde die Kombination von Innovationsanstrengungen als pro-kompetitiv gesehen: Der Zusammenschluss würde im Ergebnis zum Wohlergehen und Überleben von Patienten beitragen, weil eine Behandlung schnell verfügbar wäre und eine später als Zweitmedikament auf den Markt gebrachte überlegene Variante nicht durch den Orphan Drug Act⁵⁹⁵ für sieben Jahre gesperrt wäre. Diese Konstellation ist sicher ein Sonderfall; sie zeigt aber auch, dass pro-kompetitive Effizienzen nicht rein hypothetisch sind.

Ähnlich kann auf dynamischen Märkten ein Zusammenschluss von Innovatoren deren FuE-Kapazitäten konzentrieren, sodass ein höherer Druck auf gemeinsame Wettbewerber ausgeübt wird, die dann intensiver nach innovativen Lösungen suchen.⁵⁹⁶ In *Dow/DuPont* wurden sämtliche Effizienzeinreden der Zusammenschlussbeteiligten zurückgewiesen.⁵⁹⁷ Die Literatur sieht eine strukturelle Asymmetrie in der Zurückweisung der Effizienzeinreden gegenüber des seitens der Kommission nicht erbrachten konkreten Nachweises der Umlenkung oder Einstellung von Innovations-

593 Vgl. *Denicolò/Polo*, Duplicative Research, Mergers and Innovation, S. 8f; *Federico/Scott Morton/Shapiro*, Antitrust and Innovation, S. 7; *Haukap*, Merger Effects on Innovation, S. 6f.

594 FTC, Genzyme Corporation/Novazyme Pharmaceuticals, Inc., File No. 021 0026, 13. Januar 2004; sowie Pressemitteilung der *FTC*, *FTC Closes its Investigation of Genzyme Corporation's 2001 Acquisition of Novazyme Pharmaceuticals, Inc.*, 13. Januar 2004; dazu *Gilbert*, Innovation Markets after Genzyme/Novazyme, Juli 2008, GCP.

595 „ODA“: Die US Food and Drug Administration (FDA) verleiht Erst-Medikamenten für besonders seltene Krankheiten zur Setzung von Innovationsanreizen grundästzlich ein siebenjähriges Monopol.

596 Vgl. *Albert*, Patente in der Fusionskontrolle, S. 130.

597 Europäische Kommission, Entscheidung vom 27. März 2017, M.7932 Rn. 3265ff – *Dow/DuPont; Wirtz/Schulz*, NZKart 2019, 20 (28).

tätigkeiten.⁵⁹⁸ Potentielle Effizienzgewinne würden nicht betrachtet, weil der gewählte Zeitrahmen nur potentielle Effizienzverluste in den Blick nehme.

Die Beachtung vorgetragener Effizienzvorteile ist zwingend und hat ihren Anknüpfungspunkt in Art. 2 Abs. 1 lit. b FKVO.⁵⁹⁹ Die Beurteilung hängt davon ab, wie die Zusammenschlussbeteiligten forschen, wie sie ihre Produktentwicklung organisiert haben und ob sie komplementäre Kapazitäten haben. Niedrigere inkrementelle Kosten dank forschungsbezogener Skaleneffekte können die Post-merger-Innovationsanreize erhöhen. Die Parteien müssen die positiven Effizienzen vortragen und beweisen. Sie müssen zeigen, dass die Synergien wahrscheinlich und transaktionsspezifisch sind, durch eine Alternative (z. B. ein Forschungs-Joint-Venture) nicht erreichbar wären und von einem Gewicht und Wert für Nachfrager sind.⁶⁰⁰ Außerdem müssen die vorgetragenen Effizienzen zeitnah (zwei bis vier Jahre) nach dem Zusammenschluss eintreten und dürfen nicht nur langfristiger Art zu sein. Dies gibt Anlass zur Annahme, dass der Prüfungsrahmen der Kommission gegen innovationsbezogene Effizienzen voreingenommen sei, weil transaktionsspezifische Schäden auch langfristig betrachtet werden.⁶⁰¹

Die Leitlinien der Europäischen Kommission nehmen grundsätzlich an, dass nicht-horizontale Zusammenschlüsse eher als horizontale Zusammenschlüsse Effizienzgewinne hervorrufen.⁶⁰² In der Vergangenheit wurden von den Zusammenschlussbeteiligten vorgetragene Effizienzen von der Europäischen Kommission oft als nicht ausreichend eingestuft.⁶⁰³ Eine

598 *Haucap*, Merger Effects on Innovation, S. 10; *Wirtz/Schulz*, NZKart 2019, 20 (28).

599 Erwägungsgrund 29 der FKVO (Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates vom 20. Januar 2004 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, ABl. L 24 vom 29. Januar 2004, S. 1–22); *Europäische Kommission*, EU Merger Control and Innovation, Competition Policy Brief, April 2016, S. 3; Leitlinien für horizontale Zusammenschlüsse (*Europäische Kommission*, Mitteilung vom 5. Februar 2004, C 31/5, Leitlinien zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse gemäß der Ratsverordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen), Rn. 12, 38, 76ff.

600 So *Federico/Scott Morton/Shapiro*, Antitrust and Innovation, S. 9.

601 *Haucap*, Merger Effects on Innovation, S. 1, 9.

602 *Europäische Kommission*, Mitteilung vom 18. Oktober 2008, C 265/6, Leitlinien zur Bewertung nichthorizontaler Zusammenschlüsse gemäß der Ratsverordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, Rn. 13, 52–57, 115–118; *dies.*, Leitlinien für horizontale Zusammenschlüsse, Rn. 76ff.

603 *BKartA*, Innovationen – Herausforderungen für die Kartellrechtspraxis, Hintergrundpapier, S. 33, Fn. 94; *Europäische Kommission*, Entscheidung vom

Ausnahme ist die Zusammenschlussentscheidung *TomTom/TeleAtlas*.⁶⁰⁴ Effizienzgewinne wurden berücksichtigt, weil es den Zusammenschlussbeteiligten gelingen würde, gemeinsam schneller bessere Karten zu erstellen und sich fusionsbedingt die Anreize und Fähigkeiten zur Innovation verbesserten.⁶⁰⁵ Allerdings betonte die Kommission auch, dass ohne die Effizienzvorteile keine schädigenden Auswirkungen zu erwarten seien. Generell kann die Kombination von Daten wettbewerbsförderlich im Sinne von Effizienzgewinnen sein, wenn ein breiterer Zugang zu Daten ermöglicht wird und die kombinierten Daten zu neuen Entwicklungsmöglichkeiten führen.⁶⁰⁶ Wegen der hohen Geschwindigkeit der Datenanalyse und selbsterlernender Systeme dürften die sich hieraus ergebenden Effizienzen auch kurzfristiger Art sein und die Erfordernisse der Kommission erfüllen.

4. Fazit: Innovationen als „theory of harm“ in Zusammenschlussverfahren

In den letzten Jahren wurden der Europäischen Kommission zahlreiche Marktstrukturveränderungen auf dynamischen Märkten zur Bewertung vorgelegt, sodass neue Ansätze entwickelt wurden und sich der kartellrechtlichen Diskussion stellen mussten. Fraglich ist, wie diese Ansätze dort, wo Innovationspfade weniger klar durch Regulierung vorgegeben sind, umzusetzen wären. Die Tatsache, dass eine Wettbewerbsbehörde die Innovationsaktivitäten von Zusammenschlussbeteiligten weniger klar zuordnen kann, darf ihnen weder zum Vorteil noch zum Nachteil bei der Bewertung des Vorhabens gereichen. Vieles deutet darauf hin, dass das in *Dow/DuPont* und *Bayer/Monsanto* angewandte Framework für Fälle ohne quantifizierbaren Input und Output modifiziert oder grundsätzlich überarbeitet werden muss. Von dem Blick in die Zukunft, der bei der Bewertung von Zusammenschlussvorhaben nötig ist, können Lehren für eine innovationsstimulierende Regulierung gezogen werden. Einerseits muss der Betrachtungshorizont klar und gleichförmig sein: An Schäden und

27. März 2017, M.7932 Rn. 3265ff – *Dow/DuPont*; Entscheidung vom 8. September 2015, COMP/M.7278 Rn. 1363 – *General Electric/Alstom*.

604 Europäische Kommission, Entscheidung vom 14. Mai 2008, COMP/M.4854 – *TomTom/Teleatlas*.

605 Europäische Kommission, Entscheidung vom 14. Mai 2008, COMP/M.4854 Rn. 192, 238ff – *TomTom/Teleatlas*, insbesondere Rn. 249: „It must therefore be concluded that the proposed transaction will be likely to bring “better maps – faster”.

606 *Paal/Hennemann*, ABIDA, S. 65; *Tamke*, ZWeR 2017, 358 (381f).

wettbewerbsfördernde Wirkungen sollten ein gleicher Maßstab angelegt werden, der jeweils kurz- oder langfristige Effekte betrachtet. Der Horizont sollte sich an der Dauer der Innovationstätigkeiten orientieren; dort, wo Neuheiten schnell den Markt erreichen, darf er kürzer sein. Zudem müssen strukturell positive und negative Effizienzen gleich gewichtet werden. Der Markt, nicht die Wettbewerbsbehörden, sollten die Entwicklungsziele und Innovationen auswählen. Außerdem muss ein Weg gefunden werden, um inkrementelle wie auch disruptive Entwicklungen gleichermaßen zu berücksichtigen. Die Verpflichtungszusagen der Entscheidungen mit Innovationsbezug sollten evaluiert und auf die jeweilige Eignung als Regulierungsansätze geprüft werden.

V. Grundsätzlicher Zielkonflikt – Fazit

Die Stimulation von Innovationsaktivitäten ist eine der Funktionen des Wettbewerbs.⁶⁰⁷ Den Auftrag der Bewahrung von Innovationsanreizen und -fähigkeiten spiegeln die Freistellungsverordnungen, die Horizontalleitlinien und die Leitlinien zur Fusionskontrolle wider.

Etablierte Unternehmen und Marktteintreter bewegen sich in einem Spannungsfeld, in dem sich ihre Interessen kurzfristig entgegenstehen, aber langfristig übereinstimmen: Neue Marktteintreter möchten mit ihren Ideen vor Platzhirschen sicher sein, weshalb Regelungen, die Marktteintreter von Platzhirschen schützen wie der Imitationsschutz oder das Verbot des Missbrauchs marktbeherrschender Stellungen, die Innovationsanreize für sie erhöhen. Gleichzeitig möchten die Marktteintreter zu den Platzhirschen aufschließen und ähnliche Marktanteile bedienen und empfinden langfristig den gleichen Schutz als negativ oder hinderlich.⁶⁰⁸

Dieser Zielkonflikt ist auf die Konstruktion von Zugangsrechten zu übertragen: Wann beseitigt ein Zugangsrecht mehr Innovationsanreize beim regulierten Unternehmen, als es ebensolche bei nachstoßenden Wettbewerbern generiert?⁶⁰⁹ Zu weite Zugangsrechte können die Anreize zu Erstinnovationen, ohne die Folgeinnovationen nicht möglich wären, min-

607 Vgl. Säcker, Zielkonflikte und Koordinationsprobleme im deutschen und europäischen Kartellrecht, S. 15f.

608 Segal/Whinston, American Economic Review, Vol. 97, No. 5, S. 1703–1730, 1723 (2007).

609 Vgl. Kühling, Innovationsschützende Zugangsregulierung in der Informationswirtschaft, in: Eifert/Hoffmann-Riem (Hrsg.), Innovationsfördernde Regulierung, S. 47–69 (52).

dern.⁶¹⁰ Zu enge Zugangsrechte nehmen besonders kreative Folgeinnovationen nicht wahr. Auch die Anwendung der Essential-Facilities-Doktrin zeigt den Zielkonflikt zwischen statischen und dynamischen Effizienzen auf.⁶¹¹ Ein weiterer Aspekt ist, dass der Abbruch einer Zugangsgewährung regelmäßig als Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung gewertet wird, während dies bei der initialen Verweigerung eher nicht geschieht. Damit werden negative Anreize zur Zugangsgewährung gesetzt, weil nicht möglich ist, auszuprobieren, ob sich die Zugangsgewährung für ein möglicherweise marktmächtiges Unternehmen lohnt. Grundsätzlich muss kein Marktteilnehmer einen Wettbewerb zu seinen Lasten ermöglichen. Kartellrechtlich unerwünscht ist nur die wettbewerbsschädliche Absicherung oder Ausdehnung einer mit Innovationsaktivitäten erlangten Marktstellung. Erst, wenn zu erwarten ist, dass das Kartellrecht verlässlich die Verdrängungsstrategien marktmächtiger Akteure unterbindet und die Bestreitbarkeit der Märkte gewährleistet, bestehen für große und kleine Unternehmen gleichermaßen Anreize und Möglichkeiten für Innovationsaktivitäten.⁶¹² Das Recht muss gleichzeitig innovationsstimulierende Vorreitervorteile⁶¹³ gewähren, aber auch Anreize für den Verfolgungswettbewerb setzen. Schon bei der Gewährung von Vorreitervorteilen offenbart sich ein weiterer Zielkonflikt: Einerseits soll die rechtliche Sicherung von Exklusivität die Innovationsanreize erhöhen und Schöpfer und Erfinder belohnen; andererseits besteht ein Interesse der Allgemeinheit an einer möglichst weitgehenden Diffusion der Innovation.⁶¹⁴ Dieses Dilemma entfaltet sich auch hinsichtlich von Daten und datengestützten Diensten.⁶¹⁵ Die Erweiterung der Innovationsfähigkeiten auf eine breitere Gruppe durch Schaffung von Zugangsrechten kann die Innovationsanreize bei der schon bestehenden Gruppe von Entwicklern reduzieren.

610 Kühling, Innovationsschützende Zugangsregulierung in der Informationswirtschaft, in: Eifert/Hoffmann-Riem (Hrsg.), Innovationsfördernde Regulierung, S. 47–69 (48); Wielisch, ECLR, Vol. 25, S. 95–106, 102 (2004).

611 I. Schmidt/Haucap, Wettbewerbspolitik und Kartellrecht, S. 166.

612 Kühling, Innovationsschützende Zugangsregulierung in der Informationswirtschaft, in: Eifert/Hoffmann-Riem (Hrsg.), Innovationsfördernde Regulierung, S. 47–69 (52).

613 Fetzer, Staat und Wettbewerb in dynamischen Märkten, S. 238f; Möschel, MMR 2010, 450 (451).

614 Vgl. auch Oppenländer, Patentschutz und Wettbewerb im Innovationsprozess, in: ders. (Hrsg.), Patentwesen, technischer Fortschritt und Wettbewerb, S. 47–75 (47ff, 63ff).

615 Paal/Hennemann, ABIDA, S. 27.

Das Kartellrecht ist keine Allzweckwaffe zum Intensivieren von (Innovations-)Wettbewerb. Hinzu kommt, dass es unmöglich ist, zu einem bestimmten Zeitpunkt ein „Zuviel“ oder „Zuwenig“ an Innovationstätigkeiten zu messen, weil sie nicht gleichförmig verlaufen und das Ziel des technologischen Fortschritts ergebnisorientiert ist. Außerdem kann das Kartellrecht nicht anlasslos eingreifen, sondern knüpft an Absprachen, wettbewerbsschädliche Verhaltensweisen und Zusammenschlussvorhaben an. Legales Verhalten wird außerhalb der Zusammenschlusskontrolle nicht erfasst, weshalb das Kartellrecht nur korrigierend, aber nicht selbst innovationsstimulierend eingreift.

B. Essential-Facilities-Doktrin

Die Essential-Facilities-Doktrin wurde als Lehre zum Kontrahierungszwang für natürliche Monopole wie Eisenbahnbrücken⁶¹⁶ und Seehäfen in den USA entwickelt und dann in der EU auf rechtliche Monopole übertragen. Die Lehre greift ein wettbewerbsschädliches, weil missbräuchliches Verhalten eines marktbeherrschenden Unternehmens an, nämlich die Verweigerung des Zugangs zu einem physischen Netz oder einer Infrastruktureinrichtung mit Bottleneck-Qualität. Dieser Einrichtung (Facility) käme eine Hebelwirkung für Marktmacht in angrenzenden Märkte zu. Der Ausgangspunkt der Geschäftsverweigerung ist, dass ein Unternehmen Inhaber einer begehrten Ressource ist und über diese nach freiem Ermessen verfügt. Die Einschränkung der Kontrahierungsfreiheit ist als Abhilfe ein besonders schweres Mittel, weil sie der Privatautonomie als wirtschaftlicher Handlungsfreiheit entgegensteht.⁶¹⁷ Grundsätzlich ermöglicht die Fähigkeit eines Unternehmens, seine Rechte und Infrastruktureinrichtungen im eigenen Interesse zu nutzen, die Erzielung von Gewinnen, was wiederum Anreize für weitere Investitionen setzt und dem Wettbewerb zugutekommt.⁶¹⁸ Dieses Spannungsverhältnis sucht die Essential-Facilities-Doktrin aufzulösen.

616 U. S. Supreme Court, Entscheidung vom 22. April 1912, 224 U. S. 383 (1912) – *United States v. Terminal Railroad Association*; hierbei ging es um die einzige Eisenbahnbrücke über den ansonsten an dieser Stelle unüberwindbaren Mississippi.

617 GA Jacobs, Schlussanträge vom 28. Mai 1998, EuGH Rs. C-7/97 Rn. 53, 64 – Bronner; Wielisch, Zugangsregeln, S. 139.

618 GA Jacobs, Schlussanträge vom 28. Mai 1998, EuGH Rs. C-7/97 Rn. 56f. – Bronner.

Mit einem „refusal to supply“-Fall setzte sich der Europäische Gerichtshof erstmals im Jahr 1974 auseinander. *Commercial Solvents*⁶¹⁹ befasste sich mit der Belieferung mit Rohstoffen an vertikal integrierte Wettbewerber. Weiterentwickelt und auf gewerbliche Schutzrechte übertragen wurde die Doktrin dann durch die Entscheidungen des EuGH in den Rechtssachen *Magill*,⁶²⁰ *Bronner*⁶²¹ und *IMS Health*⁶²² sowie des EuG in *Microsoft*⁶²³.

Nun, mehr als zehn Jahre nach dem *Microsoft*-Urteil, stellt sich die Frage, ob die bisherige Rechtsprechung auf den Zugang zu Datensets übertragen werden könnte. Regelmäßig wird die Essential-Facilities-Doktrin als Rahmen für Datenzugangsrechte vorgeschlagen.⁶²⁴ Bisher zeichnet sich keine entsprechende Entscheidung der Europäischen Kommission ab, die dem EuGH zur Entscheidung vorgelegt würde, sodass höchstgerichtlich in nächster Zeit keine Klärung zu erwarten ist. Die Neufassung von § 19 Abs. 2 Nr. 4 durch die 10. GWB-Novelle legt nahe, dass zumindest im nationalen Recht Datenzugangsansprüche vermehrt auf eine der EFD entsprechende Grundlage gestützt werden.

I. Rechtsprechung zu der Essential-Facilities-Doktrin

Die Essential-Facilities-Doktrin wurde für nicht-physische Einrichtungen in den Fällen *Magill*, *Bronner*, *IMS Health* und *Microsoft* ausgeformt. Die Entwicklung der in diesen Entscheidungen abgebildeten Argumentationslinien wird sich in datenbezogenen Fällen fortsetzen. *Magill* und *Microsoft* sind die wohl anschaulichsten Fälle für Fragen des Datenzugangs. *Magill* legte im Jahr 1995 den Grundstein für den Umgang mit informationsbasierter Marktmacht.⁶²⁵ Der Gegenstand des Zugangsbegehrens waren wöchentliche Programmvor schauen für die Erstellung eines Fernsehpro-

619 EuGH, Urteil vom 6. März 1974, verbundene Rechtssachen 6 und 7–73, Slg. 1974 -00223 – *Commercial Solvents*.

620 EuGH, Urteil vom 6. April 1995, C-241/91 P und C-242/91 P, GRUR Int. 1995, S. 490 – *Magill*.

621 EuGH, Urteil vom 26. November 1998, C-7/97 – *Bronner*.

622 EuGH, Urteil vom 29. April 2004, C-418/01 – *IMS Health*.

623 EuG, Urteil vom 17. September 2007, T-201/04 – *Microsoft*.

624 Autorité de la concurrence/BKartA, Competition Law and Data, S. 17f; Europäische Kommission, Staff Working Document vom 10. Januar 2017, SWD(2017) 2 final, S. 21f; ausführlich S. Schmidt, Zugang zu Daten, S. 353ff.

625 EuGH, Urteil vom 6. April 1995, C-241/91 P und C-242/91 P – *Magill*; Drexel, Designing Competitive Markets for Industrial Data, S. 45.

grammführers. Die jeweiligen Programmanstalten hielten ein faktisches Monopol über diese Informationen.⁶²⁶ *Bronner* betraf im Jahr 1998 das einzige österreichische Hauszustellungssystem für Zeitungen und damit keine gewerblichen Schutzrechte. Ziel war eine Verpflichtung des Inhabers des Vertriebssystems zur Öffnung für Konkurrenzprodukte zu marktüblichen Konditionen. Der EuGH sah in der konkreten Konstellation keinen Verstoß gegen das Missbrauchsverbot, weil ausreichend andere Vertriebswege für Tageszeitungen verblieben oder ein eigenes Vertriebssystem aufgebaut werden könnte.⁶²⁷ Mit dieser Entscheidung ist der EuGH den Ausführungen des Generalanwalts gefolgt und einer vom Schrifttum befürchteten Überdehnung des Missbrauchsverbots entgegengetreten.⁶²⁸ In den Schlussanträgen betonte Generalanwalt Jacobs, dass sich eine Pflicht zur Zugangsgewährung nur als Ergebnis eines „bedachtsamen Abwägens widerstreitender Argumente“ ergeben könne.⁶²⁹ Dem Zugangspetenten könne in vielen Fällen zugemutet werden, die Einrichtung selbst zu schaffen, obwohl sie erst langfristig ertragreich ist. Eine zu großzügige Zugangsverpflichtung sei nur kurzfristig wettbewerbsfördernd und senke langfristig die Anreize der Wettbewerber, Konkurrenzeinrichtungen zu schaffen.⁶³⁰

Die Rechtssache *IMS Health* befasste sich sechs Jahre später mit der 1860er-Block-Struktur, die als Kartographiemethode für regionale Arzneimittelverkäufe de facto zum Standard geworden war. *IMS Health* untersagte dem Zugangspetenten die Verwendung dieser Methode für die Erstellung von Arzneiberichten als Datenbankwerk. Der EuGH beantwortete die Vorlagefrage, indem es mit Verweisen auf *Bronner* und *Magill* explizit drei kumulative Kriterien formulierte, bei deren Eintreten die Lizenzverweigerung ein missbräuchliches Verhalten sei.⁶³¹ Es müsse ein neues Produkt (Erzeugnis oder Dienstleistung) auf einem nachgelagerten Markt verhindert werden und durch die Lizenzverweigerung müsse jeglicher Wettbewerb auf diesem (potentiellen) Markt ausgeschaltet werden. Das

626 EuGH, Urteil vom 6. April 1995, C-241/91 P und C-242/91 P Rn. 47 – *Magill*.

627 EuGH, Urteil vom 26. November 1998, C-7/97 Rn. 47 – *Bronner*.

628 *Fleischer/Weyer*, WuW 1999, 350 (350); *Hancher*, CML Review, Vol. 36, No. 6, S. 1289–1307, 1307 (1999).

629 GA *Jacobs*, Schlussanträge vom 28. Mai 1998, EuGH Rs. C-7/97 Rn. 57 – *Bronner*.

630 GA *Jacobs*, Schlussanträge vom 28. Mai 1998, EuGH Rs. C-7/97 Rn. 51, 57, 68 – *Bronner*.

631 EuGH, Urteil vom 29. April 2004, Rs. C-418/01 Rn. 52 – *IMS Health*.

Vorliegen dieser Voraussetzungen wurde später vom vorlegenden Gericht abgelehnt.⁶³²

Schließlich wurde im Jahr 2007 vom EuG über die Entscheidung der Europäischen Kommission in *Microsoft* entschieden.⁶³³ Die Frage der Innovationsanreize und -fähigkeiten war einer der Kernaspekte. Der erste Teil des Urteils betraf den Zugang zu Interoperabilitätsinformationen für das Betriebssystem Windows, beziehungsweise zu Schnittstelleninformationen für einige neue Windows-Funktionen, die nach Ansicht der Kommission eine wesentliche Einrichtung darstellten.⁶³⁴ Es wurde offengelassen, ob immaterialgüterrechtlicher Schutz bestand. Microsoft entschied sich gegen weitere Rechtsmittel, sodass der EuGH keine Stellung beziehen konnte. Das Gericht erster Instanz prüfte mit betonter Sorgfalt alle von der Kommission und von Microsoft vorgebrachten Argumente. Dabei wurden die „New Product Rule“ sowie der Bewertungsmaßstab für objektive Rechtfertigungsgründe gelockert.⁶³⁵ Entscheidend solle nicht sein, ob es ein entsprechendes Produkt schon gäbe. Die Wünsche der Nachfrager könnten sich ohne Konkurrenzprodukte nicht abbilden, was Produktverbesserungen insgesamt hemmt. Zu beachten ist, dass die Kommissionsentscheidung dem Urteil des EuGH in *IMS Health* vorausging, weshalb sie die Kriterien nicht explizit beachten konnte.⁶³⁶ Alle vier Verfahren dauerten jeweils etwa zehn Jahre.⁶³⁷

Im Jahr 2015 wurde die Anwendung der Essential-Facilities-Doktrin oder ihr entsprechender Prüfungsschemata im Fall „Contact Software“ von der Europäischen Kommission abgelehnt und die Ablehnung gerichtlich bestätigt.⁶³⁸ Die möglicherweise wesentlichen Einrichtungen waren wiederum Software-Schnittstelleninformationen, in diesem Fall für CAD-

632 OLG Frankfurt am Main, Urteil vom 12. November 2013 – 11 U 48/08 Rn. 123 = GRUR 2014, 991 (996).

633 Allgemein zu den Verfahren gegen Microsoft: *Manne/Wright, Innovation and the Limits of Antitrust*, S. 41ff.

634 *Andreangeli*, Eur L Rev, Vol. 4, S. 584–611, 589ff (2009); *Körber*, WuW 2007, 1209 (1212).

635 *Petit*, Theories of Self-Preferencing under Article 102 TFEU, S. 11.

636 Allerdings später, vgl. das Vorbringen der Europäischen Kommission: EuG, Urteil vom 14. September 2017, T-751/15, ECLI:EU:T:2017:602 Rn. 146 – *Contact Software v. Commission*.

637 *Magill*: Beschwerde 1986, Urteil 1995; *Bronner*, mind. 1996–1998; *IMS Health*: 2000–2004, letztes BGH-Urteil 2016; *Microsoft*: 1998–2007.

638 EuG, Urteil vom 14. September 2017, T-751/15, ECLI:EU:T:2017:602- *Contact Software v. Commission*; Europäische Kommission, Entscheidung vom 9. Oktober 2015, COMP/39846 – *Contact/Dassault & Parametric*.

Software. Die marktbeherrschende Stellung wurde wie die Unerlässlichkeit der Informationen verneint.⁶³⁹

Dass die letzte prominente Entscheidung, die eine Zugangsverpflichtung anordnet⁶⁴⁰, einige Zeit zurückliegt, könnte auch an der gestiegenen Popularität der Schadenstheorie des „Leveraging“ – dem kartellrechtlich unzulässigen Marktmachttransfer⁶⁴¹ – liegen. Ebenso wie bei der Essential-Facilities-Doktrin liegt ihr die Sorge um die Ausübung einer wettbewerbs schädlichen Hebelwirkung (to leverage (eng.) = hebeln) von Marktmacht zugrunde. Die Geschäftsverweigerung⁶⁴² und das Leveraging stellen das Verhalten in den Mittelpunkt, die Essential-Facilities-Doktrin das begehrte Objekt und die Abhilfe (Remedy). Im Schrifttum wird teilweise vertreten, Leveraging liege nur bei aktiven Handlungen vor.⁶⁴³ Andere Autoren gehen von einem weiteren Verständnis aus, sodass ein Leveraging auch durch Unterlassen möglich sei und die Grundlage der Essential-Facilities-Doktrin wäre.⁶⁴⁴

Einige Stimmen im Schrifttum sehen in den Entscheidungen *Google*⁶⁴⁵ *Search (Shopping)* und *Google Android* Ansätze der Essential-Facilities-Doktrin getarnt als Self-Preferencing oder Leveraging. Google selbst hat die Kommission aufgefordert, die *Bronner*-Kriterien und insbesondere das Kri-

639 EuG, Urteil vom 14. September 2017, T-751/15, ECLI:EU:T:2017:602 Rn. 143, 147, 173 – *Contact Software v. Commission*.

640 Europäische Kommission, Entscheidung vom 20. September 2016, COMP/AT.39759 Rn. 76 – *ARA Foreclosure*.

641 Siehe zu Leveraging als Schadenstheorie: *Crémer/de Montjoye/Schweitzer*, Competition Policy for the digital era, S. 7, 65ff; *Lundqvist*, Regulating Competition and Property in the Digital Economy, S. 31; *Nothelfer*, Die leverage theory im europäischen Wettbewerbsrecht, S. 40ff; *Paal*, GRUR Int. 2015, 997 (1001).

642 Weitere denkbare Konstellationen: *Europäische Kommission*, Defining what is legitimate competition in the context of companies' duties to supply competitors and to grant access to essential facilities, in: OECD (Hrsg.), The Essential Facility Concept, Policy Roundtables, S. 93–102 (95).

643 *Fine*, ECLR, Vol. 23, S. 457–468, 459 (2002).

644 *Nothelfer*, Die leverage theory im europäischen Wettbewerbsrecht, S. 28f; *Schwintowski*, WuW 1999, 842 (848f); *Thyri*, WuW 2005, 388 (390); ein Hinweis darauf kann auch die Wortwahl des EuG und der Europäischen Kommission in *Microsoft* sein, „leveraging strategy“: Urteil vom 17. September 2007, Rs. T-201/04 Rn. 1347ff – *Microsoft/Kommission*.

645 Für bedeutende horizontale oder vertikale Suchmaschinen könne die Essential-Facilities-Doktrin greifen: *Paal*, GRUR 2013, 873 (877); dagegen: *Brauneck*, GRUR Int. 2018, 103 (109); *Monopolkommission*, Sondergutachten 68, Rn. 224–234; *Vesterdorf*, Competition Law & Policy Debate 2015, Vol. 1, No. 1, S. 4, 8.

terium der Wesentlichkeit anzuwenden⁶⁴⁶, was die Kommission aber ablehnte.⁶⁴⁷ Sie sah vielmehr ein aktives Verhalten der Selbstbevorzugung statt einer passiven Ablehnung des Zugangs. Je nach Perspektive könnte in dem Vorwurf der Kommission auch eine Ablehnung des Zugangs zum besseren (oberen) Platz in den Suchergebnissen für Wettbewerber gesehen werden; die Abhilfe wäre wohl in beiden Fällen die gleiche gewesen.⁶⁴⁸ Gleichermaßen gilt für *Google Android*, es könnte an eine Verweigerung der separaten Lizenzierung des Google Play Stores gedacht werden.⁶⁴⁹ Mit der gewählten Perspektive der Selbstbevorzugung umging die Kommission die strengeren Erfordernisse der Essential-Facilities-Doktrin nach *Bronner* oder *IMS Health*, insbesondere die Prüfung der Unerlässlichkeit. Dies wird ihr teilweise auch schon in Bezug auf *Microsoft* vorgeworfen, weil sie die Vorgaben vorangegangener Rechtsprechung nur lose beachtete und von einer „leveraging strategy“ ausging.⁶⁵⁰ Gerade die in *Bronner* behandelte Fallkonstellation des Zugangs zu einem Vertriebsnetz ist von der Verweisung auf Wettbewerber in Suchergebnissen nicht weit entfernt. Tatsächlich wurde wettbewerbsschädliches Self-Preferencing bejaht, ohne dass jeweils eine wesentliche Einrichtung festgestellt wurde.⁶⁵¹ Das Verflechten der Argumentationsstränge verschiedener Schadenstheorien ist für die innere

646 Europäische Kommission, Entscheidung vom 27. Juni 2017, COMP/AT.39740 Rn. 645 – *Google Search (Shopping)*.

647 Europäische Kommission, Entscheidung vom 27. Juni 2017, COMP/AT.39740 Rn. 651 – *Google Search (Shopping)*; es gehe um das Abstellen des Verhaltens, nicht gezielt um die Übertragung von Assets oder die Gewährung von Zugang.

648 Graef, Rethinking the essential facilities doctrine for the EU digital economy, S. 14: „Interestingly, this outcome is similar to what would have happened if a remedy under the essential facilities doctrine had been adopted“; Haucap/Kehder, Suchmaschinen zwischen Wettbewerb und Monopol, DICE Ordnungspolitische Perspektiven Nr. 44, S. 12f; ähnlich auch Crémér/de Montjoye/Schweizer, Competition Policy for the digital era, S. 68.

649 Graef, Rethinking the essential facilities doctrine for the EU digital economy, S. 16; angedeutet in einer Pressemitteilung der Europäischen Kommission, Kartellrecht: Kommission verhängt Geldbuße von 4.34 Milliarden Euro gegen Google, 18. Juli 2018: „dass es sich bei dem Play Store um eine „unverzichtbare“ App handle“.

650 Nothelfer, Die leverage theory im europäischen Wettbewerbsrecht, S. 108f; Vesterdorf, Competition Law & Policy Debate 2015, Vol. 1, No. 1, S. 4, 6, 9: “The complaints in the Google case would seem to be designed to evade *Bronner* by couching their accusations in terms of “favouring” without establishing the existence of an “essential facility”, and then demanding remedies or solutions that could not be justified in anything other than an essential facilities case”.

651 Vgl. dazu Petit, Theories of Self-Preferencing under Article 102 TFEU, S. 2f; z. B. EuGH, Urteil vom 17. Februar 2011, C-52/09 Rn. 55 – *TeliaSonera*.

Kohärenz des Kartellrechts auf Unionsebene nicht wünschenswert. Ein Grund für das Ignorieren der *Bronner*-Kriterien könnte die Verwirrung oder Unklarheit über die Voraussetzung nach *Microsoft* sein.⁶⁵² Inwiefern das Ergebnis ein anderes gewesen wäre⁶⁵³ oder die Europäische Kommission die Gelegenheit zu einer modernisierenden Erweiterung⁶⁵⁴ der Doktrin genutzt hätte, bleibt offen. Möglicherweise ist es daher zu eindimensional, die Essential-Facilities-Doktrin als einzigen Ausgangspunkt für Datenzugangsverpflichtungen zu betrachten.

II. Kriterien und Anwendung der Essential-Facilities-Doktrin

Die Essential-Facilities-Doktrin hat ihre Ursprünge im US-amerikanischen Kartellrecht und dem in Section 2 des Sherman Acts verankerten Monopolisierungsverbot.⁶⁵⁵ Aus Fällen, in denen ein Unternehmen den Zugang zu eigenen Einrichtungen verwehrte, entwickelte sich ein Verbot der wettbewerbsbeschränkenden Verweigerung des Zugangs zu Monopolen.⁶⁵⁶ Dieser Gedanke des Geschäftsabschlusszwanges wurde in der europäischen Rechtsprechung auf gewerbliche Schutzrechte übertragen. Grundsätzlich kann jedes Wirtschaftsgut eine Essential Facility sein: physische Infrastruktureinrichtungen, mobile materielle Güter wie auch Immaterialgüter. Die Einrichtung muss nicht tatsächlich gegenüber Dritten am Markt angeboten werden.

Die EFD beschreibt einen von der Rechtsprechung ausformulierten Unterfall der missbräuchlichen Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung durch Geschäftsverweigerung. Der Missbrauch der marktbeherrschenden Stellung ist in Art. 102 AEUV (ehemals Art. 82 EGV) und § 19

⁶⁵² So *Graef*, Rethinking the essential facilities doctrine for the EU digital economy, S. 23.

⁶⁵³ *Graef*, Rethinking the essential facilities doctrine for the EU digital economy, S. 12, 14.

⁶⁵⁴ *Paal*, GRUR Int. 2015, 997 (1003).

⁶⁵⁵ Z. B. U. S. Supreme Court, Entscheidung vom 22. April 1912, 224 U. S. 383 (1912) – *United States v. Terminal Railroad Association*; Entscheidung vom 19. Juni 1985, 472 U. S. 585 – *Aspen Skiing v. Aspen Highlands Skiing*; Entscheidung vom 13. Januar 2004, 540 U. S. 398 – *Verizon v. Trinko*; dazu *Müller*, EuZW 1998, 232 (233).

⁶⁵⁶ *Telle*, Kartellrechtlicher Zugangsanspruch zu Daten nach der essential facility doctrine, in: *Hennemann/Sattler* (Hrsg.), Immaterialgüter und Digitalisierung, S. 73–87 (75).

Abs. 1 und 2 GWB normiert.⁶⁵⁷ Er besteht hier darin, dass die marktmächtige Stellung durch die Beherrschung einer Infrastruktureinrichtung auf dem vorgelagerten Markt genutzt wird, um den Wettbewerb auf dem zusammenhängenden Markt auszuschalten.⁶⁵⁸ Für das Wirken eines Macht-hebels zur Marktmachtverfestigung müssen der vor- und nachgelagerte Markt eigenständig bestehen.

Die grundlegende Voraussetzung ist das Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung – in Deutschland gemäß § 18 Abs. 1 GWB – auf dem vorgelagerten Markt. Für eine marktbezogene Wertung sind die Definition eines sachlichen und geographischen Marktes sowie die anschließende Ermittlung von Marktmachtdeterminanten (§ 18 Abs. 3, 3a GWB) notwendig.

Neben der marktmächtigen Stellung müssen die engeren Voraussetzungen der Essential-Facilities-Doktrin vorliegen. Der EuGH und das EuG haben der Übernahme der EFD bisher nicht ausdrücklich zugestimmt.⁶⁵⁹ Sie nutzen diese Bezeichnung nicht, sondern sprechen stattdessen von einem „refusal to deal/supply“.⁶⁶⁰ Allerdings besteht zwischen den Beurteilungsmaßstäben des EuGH und der EFD, wie sie im US-amerikanischen Kartellrecht für physische Güter und der europäischen Literatur behandelt wird, kein bedeutender materieller Unterschied, weshalb eine mittelbare Zustimmung angenommen wird.⁶⁶¹ Auf europäischer Ebene ist die EFD die Sichtbarmachung einer Variante des Behinderungsmissbrauchs durch Geschäftsverweigerung, weshalb die gesonderte Bezeichnung irreführend sein kann und den Eindruck wettbewerblicher Sondermaßstäbe erweckt.⁶⁶² In

657 § 19 Abs. 2 Nr. 4 GWB normiert ausdrücklich nur den Zugang zu physischen Infrastrukturen, der aber mit der 10. GWB-Novelle auf alle Waren und Dienste erweitert wurde und auch den Zugang zu Daten einschließt; BT-Drucks. 19/23492, S. 72.

658 GA Jacobs, Schlussanträge vom 28. Mai 1998, EuGH Rs. C-7/97 Rn. 29 – Bronner; in Bezug auf Immaterialgüter: Wielisch, Zugangsregeln, S. 131f.

659 Deselaers, EuZW 1995, 563 (564); Jung, in: GHN AEUV, Art. 102, Rn. 260 mwN.

660 Graef, Rethinking the Essential Facilities Doctrine for the EU Digital Economy, S. 2; nur in der Zusammenfassung der Rechtsauffassung von Bronner: EuGH, Urteil vom 26. November 1998, C-7/97 Rn. 24 – Bronner.

661 Casper, ZHR 2002, 685 (687, 691); Eilmansberger, EWS 2003, 12 (14).

662 Europäische Kommission, Defining what is legitimate competition in the context of companies' duties to supply competitors and to grant access to essential facilities, in: OECD (Hrsg.), The Essential Facility Concept, Policy Roundtables, S. 93–102 (93): „the concept may be merely a useful label for some types of cases rather than an analytical tool“; J. Weber, Zugang zu Softwarekomponenten der Suchmaschine Google, S. 149.

der EU handelt es sich bei den der EFD entsprechenden Bewertungsmaßstäben um das wichtigste Werkzeug des Kartellrechts zur Korrektur von Immaterialgüterrechten. Die Voraussetzungen sind eher eine strukturierte Entscheidungshilfe als ein eigenes Modell. In *IMS Health/Magill* wurden für Fälle, die Immaterialgüterrechte betreffen, vier kumulative Voraussetzungen aufgestellt, die in *Microsoft* umformuliert und umstrukturiert wurden. Sie werden geprüft aus der Sicht des Zugangspetennten.⁶⁶³

1. Die begehrte Ressource ist unerlässlich für die Ausübung der Tätigkeit des Zugangspetennten auf dem nachgelagerten Markt.
2. Die Geschäftsverweigerung hat zur Folge, dass der effektive Wettbewerb auf dem nachgelagerten Markt ausgeschlossen ist.
3. Die Geschäftsverweigerung verhindert die Entwicklung eines neuen Produktes, das eine Nachfrage befriedigen würde.
4. Die Geschäftsverweigerung darf nicht objektiv gerechtfertigt sein.

1. Unerlässlichkeit des Zugangs

Eine Einrichtung ist unerlässlich, wenn sie unbedingt notwendig und nicht objektiv substituierbar ist als Komponente des auf dem nachgelagerten Markt angebotenen Produktes. Der Inhaber der Ressource muss die einzige Zugangsmöglichkeit sein. Sie ist unerlässlich, wenn es technische, rechtliche oder wirtschaftliche Hürden gibt, die die Duplikation der Einrichtung unmöglich oder überproportional schwer machen.⁶⁶⁴ Die wirtschaftliche Unerlässlichkeit wurde als Kriterium in *Microsoft* konkretisiert.⁶⁶⁵ Es genügt damit nicht, darzulegen, dass die eigene Erstellung der Ressource wirtschaftlich für den Umfang des Geschäfts des Zugangspetennten nicht vertretbar wäre.⁶⁶⁶ Stattdessen ist zu untersuchen, ob die Ressource wirtschaftlich vertretbar allein oder in Zusammenarbeit mit anderen⁶⁶⁷ in der Größenordnung des Inhabers erlangt werden kann.⁶⁶⁸ Dieses Kriterium, beziehungsweise die restriktive Anwendung des Merkmals der Unerlässlichkeit, soll eine ausufernde Anwendung der EFD verhindern.⁶⁶⁹

⁶⁶³ Schweitzer, GRUR 2019, 569 (576).

⁶⁶⁴ EuGH, Urteil vom 26. November 1998, Rs. C-7/97 Rn. 44 – *Bronner*.

⁶⁶⁵ Ezrachi/Maggiolino, Journal of Competition Law & Economics, Vol. 8, No. 3, S. 595–614, 603 (2012).

⁶⁶⁶ EuGH, Urteil vom 26. November 1998, Rs. C-7/97 Rn. 45 – *Bronner*.

⁶⁶⁷ Vgl. EuGH, Urteil vom 26. November 1998, Rs. C-7/97 Rn. 46 – *Bronner*.

⁶⁶⁸ EuGH, Urteil vom 29. April 2004, Rs. C-418/01 Rn. 46 – *IMS Health*.

⁶⁶⁹ Leistner, ZWeR 2005, 138 (153, 160).

Wenn ein unmittelbarer Wettbewerber des Ressourceninhabers Zugang begehrt, sind daher besonders strenge Anforderungen zu stellen.

2. Ausschluss des Wettbewerbs auf dem nachgelagerten Markt

Die zweite Voraussetzung begründet die Hebelwirkung der marktbeherrschenden Stellung auf dem vorgelagerten Markt und bildet die Ratio der EFD ab. Ohne den Zugang muss es wahrscheinlich sein, dass jeglicher Wettbewerb auf dem nachgelagerten Markt ausgeschlossen wird.⁶⁷⁰ Es müssen folglich zwei Märkte unterschieden werden, nämlich der vor- und nachgelagerte Markt. Der nachgelagerte Markt darf hypothetisch sein.⁶⁷¹ Es genügt die Gefährdung des effektiven Wettbewerbs, er muss nicht gänzlich ausgeschaltet sein. Ein erfolgreicher Marktzutritt und der dauerhafte Verbleib auf dem Markt wären nur mit Zugriff auf die Einrichtung oder Ressource möglich.⁶⁷² Dieses Merkmal geht zu großen Teilen in der Unerlässlichkeit der Ressource auf und erfordert vordergründig die getrennte Betrachtung zweier Märkte.⁶⁷³ Ohne dieses Kriterium würden die Grenzen zwischen Marktmacht und missbräuchlichem Verhalten verschwimmen und die Essential-Facilities-Doktrin wäre eine Missbilligung von Marktmacht.

3. „New Product Rule“ – Neuheitserfordernis

Das Neuheitserfordernis besagt, dass die Verweigerung einer Lizenz an einem Immaterialgüterrecht nur dann missbräuchlich ist, wenn dadurch ein neues Erzeugnis verhindert wird, nach dem eine potentielle Nachfrage der Verbraucher besteht. Das Erfordernis wurde in *Magill*⁶⁷⁴ aufgestellt,

⁶⁷⁰ EuGH, Urteil vom 3. Oktober 1985, Rs. 311/84 Rn. 26 – *CBEM*; Urteil vom 6. April 1005, verb. Rs. C-241/91 P u. C-242/91 P Rn. 56 – *Magill*; Urteil vom 26. November 1998, Rs. C-7/97 Rn. 38, 41 – *Bronner*; Urteil vom 29. April 2004, Rs. C-418/01 Rn. 40ff – *IMS Health*; EuG, Urteil vom 17. September 2007, Rs. T-201/04 Rn. 560–564 – *Microsoft/Kommission*.

⁶⁷¹ EuGH, Urteil vom 29. April 2004, Rs. C-418/01 Rn. 44 – *IMS Health*.

⁶⁷² EuGH, Urteil vom 29. April 2004, Rs. C-418/01 Rn. 7, 47 – *IMS Health*; EuG, Urteil vom 17. September 2007, Rs. T-201/04 Rn. 561, 563 – *Microsoft/Kommission*.

⁶⁷³ J. Weber, Zugang zu Softwarekomponenten der Suchmaschine Google, S. 170.

⁶⁷⁴ EuGH, Urteil vom 6. April 1995, C-241/91 P und C-242/91 P Rn. 54 – *Magill*.

in *IMS Health* fortgeführt und in *Bronner* für eine Konstellation ohne Immaterialgüterrechte explizit offengelassen.⁶⁷⁵ Die New Product Rule grenzt das Kartellrecht von dem Recht des geistigen Eigentums ab und repräsentiert den Zweck des Innovationsschutzes, der eine Ausnahme von der exklusiven Zuweisung des Immaterialgutes erlaubt.

Für ein Neuheitserfordernis spricht, dass es hilft, ein Gleichgewicht zwischen Immaterialgüterrechten und Kartellrecht herzustellen und einem „Klonen“ bereits bestehender immaterieller Güter vorbeugt. Wenn eine minimale inkrementelle Innovation oder eine Prozessinnovation genügen, ist dem Innovationswettbewerb durch die Eröffnung des Zugang möglicherweise nicht gedient.⁶⁷⁶ Ohne die New Product Rule ist die Interventionshürde schwammiger, weil das ausreichende Niveau von Innovativität kaum vom Adressaten des Zugangsbegehrns allein bewertet werden kann.⁶⁷⁷ Gegen sie spricht, dass es zu einer Sonderbehandlung von Immaterialgüterrechten kommt. Weiterhin seien die Regelbeispiele des Art. 102 AEUV nicht abschließend; der Schutzzweck des Missbrauchsverbots sei nicht die Entwicklung eines neuen Produkts, sondern die Marktentstehung und -entwicklung.⁶⁷⁸ Dieser Ansicht schloss sich das EuG an und hielt die New Product Rule nur für gewerbliche Schutzrechte relevant.⁶⁷⁹ In anderen Fällen genüge es, wenn substantielle Elemente des neuen Produktes auf eigenen Anstrengungen des Wettbewerbers beruhen.⁶⁸⁰ Diese Argumentation erscheint schlüssig. Im Hinblick auf künftige Fallkonstellationen der EFD im Bereich informationstechnologischer – selbstlernender – Systeme würde die Feststellung von Neuheit und Abgrenzung von bestehenden Produkten schwerfallen.⁶⁸¹ Vor diesem Hintergrund steht auch die Kommissionsentscheidung zu *Microsoft*; die Kommission belegte nicht

⁶⁷⁵ EuGH, Urteil vom 26. November 1998, C-7/97 Rn. 41 – *Bronner*; dagegen: Müller, EuZW 1998, 232 (236) mwN.

⁶⁷⁶ Körber, WuW 2007, 1209 (1213).

⁶⁷⁷ Ezrachi/Maggiolino, Journal of Competition Law & Economics, Vol. 8, No. 3, S. 595–614, 602 (2012).

⁶⁷⁸ Ensthaler/Bock, GRUR 2009, 1 (3ff); Körber, WuW 2007, 1209 (1213f); C. Schmidt/Kerber, Microsoft, Refusal to License Intellectual Property Rights, and the Incentives Balance Test of the EU Commission, S. 10; J. Weber, Zugang zu Softwarekomponenten der Suchmaschine Google, S. 164.

⁶⁷⁹ EuG, Urteil vom 17. September 2007, Rs. T-201/04 Rn. 334 – *Microsoft/Kommission*; mit ähnlicher Argumentation: Europäische Kommission, Prioritätenmitteilung vom 24. Februar 2009 (2009/C 45/02), Tz. 87.

⁶⁸⁰ EuG, Urteil vom 17. September 2007, Rs. T-201/04 Rn. 631, 647ff – *Microsoft/Kommission*; Körber, WuW 2007, 1209 (1213).

⁶⁸¹ Drexel, Designing Competitive Markets for Industrial Data, S. 52.

die Verhinderung eines „neuen Produkts“, sondern argumentierte mit der Ausgrenzung von Konkurrenzprodukten, die langfristig den Spielraum für Innovationen auf dem betrachteten Markt abschnüre.⁶⁸² Diese Bewertung wurde vom EuG im Jahr 2007 bestätigt, obwohl von dem Gericht grundsätzlich die Maßstäbe von *Magill* und *IMS Health* angewendet wurden.

4. Fehlen einer objektiven Rechtfertigung

Die Verweigerung des Zugangs zu einer wesentlichen Einrichtung ist kein missbräuchliches Verhalten, wenn sie durch sachliche Gründe objektiv gerechtfertigt erscheint. Die Rechtfertigungsgründe sind vom betroffenen Unternehmen vorzutragen. In Betracht kommen alle zwingenden geschäftlichen, wirtschaftlichen oder technischen Gründe.⁶⁸³ Im Wege einer Interessenabwägung werden die Einzelfallumstände betrachtet und ein Kontrahierungswang auf seine Verhältnismäßigkeit untersucht.⁶⁸⁴ An dieser Stelle würde auch geprüft, ob durch die Zwangslizenz eigene und fremde Innovationsanreize herabgesetzt werden.⁶⁸⁵ In *Microsoft* prüfte das EuG das Vorliegen außergewöhnlicher Umstände für digitale Industrien. Der Einschätzungsspielraum der Kommission wurde bestätigt und somit die Unerlässlichkeit ökonomisch aufgeweicht⁶⁸⁶ und die Reichweite der objektiven Rechtfertigung begrenzt.⁶⁸⁷ Das EuG stimmte der Kommission insoweit zu, als dass es Microsoft oblag, die wesentlichen negativen Auswirkungen auf seine Innovationsanreize konkret nachzuweisen. Grundsätzlich hat jeder Gegenstand eines Rechts des geistigen Eigentums schon einen innovativen Charakter und dessen Exklusivität den Zweck der Erhö-

682 Europäische Kommission, Entscheidung vom 24. März 2004, COMP/C-3/37.792 Rn. 72ff – *Microsoft*.

683 EuGH, Urteil vom 6. April 1995, verb. Rs. C-241/91 P u. C-242/91 P Rn. 55 – *Magill*; Urteil vom 26. November 1998, Rs. C-7/97 Rn. 39 – *Bronner*; Urteil vom 29. April 2004, Rs. C-418/01 Rn. 38 – *IMS Health*; EuG, Urteil vom 17. September 2007, Rs. T-201/04 Rn. 333 – *Microsoft/Kommission*.

684 Immenga/Mestmäcker-Fuchs/Möschen, Art. 102 AEUV, Rn. 338ff; Müller, EuZW 1998, 232 (235).

685 EuG, Urteil vom 17. September 2007, Rs. T-201/04 Rn. 627, 659, 666f – *Microsoft/Kommission*. Das Herabsetzen eigener Innovationsanreize wurde von Microsoft vorgebracht, aber vom EuG nicht als Rechtfertigungsgrund anerkannt, Rn. 710f.

686 Körber, WuW 2007, 1209 (1217).

687 EuG, Urteil vom 17. September 2007, Rs. T-201/04 Rn. 379 – *Microsoft/Kommission*.

hung von Innovationsanreizen.⁶⁸⁸ Die EFD bringt grundsätzlich immer mit sich, dass die aus der Exklusivität gezogenen Anreize geschmäler werden. Das Vorbringen „vager, allgemeiner und theoretischer Argumente“ kann schon daher nicht genügen; vielmehr wären einzelne Technologien und Produkte zu nennen, für die die Anreize sinken würden. Hieran knüpft der sogenannte Incentives Balance Test an:⁶⁸⁹ Wenn die allgemeinen, industrieübergreifenden positiven Auswirkungen auf Innovationstätigkeiten überwiegen, müssen die negativen Auswirkungen auf die Innovationsanreize des Rechteinhabers zurücktreten. Das EuG lehnte diesen Test nicht ab, sondern verwies lediglich darauf, dass es Microsoft nicht gelungen sei, objektive Rechtfertigungsgründe darzulegen.⁶⁹⁰ Aus diesem Grund bleibt der Incentives Balance Test ein Ausgangspunkt für künftige Überlegungen zum Verhältnis von Innovationsanreizen im Kartellrecht und im Immaterialgüterrecht.⁶⁹¹ Die Unsicherheiten bei der Prognose künftiger Innovationsaktivitäten und ihrem Erfolg beseitigt er jedoch nicht.

III. Anwendung der Essential-Facilities-Doktrin auf den Zugang zu exklusiven Daten

Offen geblieben ist in der europäischen Fallpraxis und Rechtsprechung bisher die Anwendung der Essential-Facilities-Doktrin auf Datensets ohne besonderen immaterialgüterrechtlichen Schutz.⁶⁹² Gewerbliche Schutz-

688 EuG, Urteil vom 17. September 2007, Rs. T-201/04 Rn. 695, 697f – *Microsoft/Kommission*.

689 So wurde das Vorgehen der Europäischen Kommission in der Entscheidung *Microsoft* bezeichnet; inwiefern es sich dabei tatsächlich um einen formalisierten Test handelt, ist nicht klar. Europäische Kommission, Entscheidung vom 24. März 2004, COMP/C-3/37.792 Rn. 693–700 – *Microsoft*; EuG, Urteil vom 17. September 2007, Rs. T-201/04 Rn. 705–710 – *Microsoft/Kommission*.

690 C. Schmidt/Kerber, Microsoft, Refusal to License Intellectual Property Rights, and the Incentives Balance Test of the EU Commission, S. 15; das Vorbringen Microsofts: Europäische Kommission, Entscheidung vom 24. März 2004, COMP/C-3/37.792 Rn. 709 – *Microsoft*.

691 C. Schmidt/Kerber, Microsoft, Refusal to License Intellectual Property Rights, and the Incentives Balance Test of the EU Commission, S. 16; Vezzoso, The Incentives Balance Test in the EU Microsoft Case: A More 'Economics-Based' Approach?

692 In der US-amerikanischen Rechtsprechung wurden bisher auch nur Einzelfälle entschieden, z. B. US FTC v Indiana Fed'n of Dentists, 476 US, 447, 461 (1986); die eingeforderten Informationen waren Patientenröntgendifferenzen für Versicherer.

rechte stimulieren nicht in allen Fällen Innovationen: Indem sie erfordern, dass mehrere Generationen von Innovatoren erst eine Lizenz von einem oder mehreren etablierten Unternehmen erlangen müssen, bevor sie ihre Entwicklung implementieren können, können sie Innovationen hemmen. Einer solchen Lizenz bedarf es bei dem Zugangsobjekt Daten nicht. Trotzdem wird die Essential-Facilities-Doktrin regelmäßig als Werkzeug zur Öffnung von Märkten digitaler „Gatekeeper“ genannt.⁶⁹³ Im Hinblick auf Rohdaten besteht kein den gewerblichen Schutzrechten vergleichbares rechtliches Monopol. Möglicherweise wirkt der exklusive Datenzugriff als faktisches Monopol im Sinne der § 18 Abs. 1 GWB und Art. 102 AEUV.⁶⁹⁴

1. Zugangsbegehren

Fraglich ist, wie das Zugangsbegehren formuliert werden würde. In der Vergangenheit haben Zugangspotenten einen Verwendungszweck auf dem nachgelagerten Markt konkretisiert. Bei Trainingsdaten zum Zwecke der Förderung externer Innovationen wäre diese Konkretisierung wegen Informationsasymmetrien im Vorfeld nicht möglich und ein Zugangsverlangen über alle Kategorien und Märkte hinweg denkbar. In *Magill* und *Microsoft* waren die Streitgegenstände jeweils konkret bestimmbare semantische Informationen, nämlich aktuelle und künftige Fernsehprogramm- oder Schnittstelleninformationen. Für Observed Data oder Trainingsdaten dürfte es jedoch deutlich schwieriger sein, einen konkreten Gegenstand zu bezeichnen. Allgemeine Trainingsdaten sind gänzlich anders als Interoperabilitätsdaten zu bewerten, weil letztere feststehende, definierbare und weitestgehend nicht-substituierbare Daten sind, die wohl problemlos als Voraussetzung darzulegen sind. Ebenfalls dürfte ihre konkretere Innovationsrelevanz besser vorzutragen sein und auch nur so zur Wahrung der

693 Z. B. *Europäische Kommission*, Staff Working Document vom 10. Januar 2017, SWD(2017) 2 final, S. 21f; *Drexel*, Designing Competitive Markets for Industrial Data, S. 45ff; *Graef*, Data as Essential Facility, S. 249ff; *Louven*, NZKart 2019, 217 (219) mwN; *Lundqvist*, Regulating Competition and Property in the Digital Economy, S. 22; *Schweitzer/Haucap/Kerber/Welker*, Modernisierung der Missbrauchsabsicht, S. 133.

694 *BMWi – Plattform Industrie 4.0* (Hrsg.), Marktmacht durch Datenhoheit, in: dass., Industrie 4.0 – Kartellrechtliche Betrachtungen, April 2018, S. 15–22 (17); *Louven*, NZKart 2019, 217 (218); ders. als *Telle*, Kartellrechtlicher Zugangsanspruch zu Daten nach der essential facility doctrine, in: *Hennemann/Sattler* (Hrsg.), Immateriagüter und Digitalisierung, S. 73–87 (77).

Innovationsoffenheit Eingang in einen möglichen Incentives Balance Test finden.⁶⁹⁵

In diesem Rahmen kann nur von einem abstrakten Fall ausgegangen werden. Insbesondere, wenn der Zugangspotent in einer Beziehung zum Dateninhaber steht, kann er eine genaue Information über erfasste Daten haben; gleichzeitig würde bei bestehenden vertraglichen Beziehungen vorrangig aus dem Vertrag ein Datenzugangsrecht abgeleitet werden.

2. Nachweis der Marktmacht des Anspruchsgegners

Es dürfte bereits der Nachweis einer datenbegründeten Marktmacht auf dynamischen Märkten schwerfallen, insbesondere auf mehrseitigen Märkten, im Kontext mit Datenpools und der geringen Aussagekraft temporärer Marktanteile zu quasi-willkürlichen Zeitpunkten. Hierauf kann jedoch in dem Umfang dieser Arbeit nicht weiter eingegangen werden. Es ist problematisch, aus Datenzugang eine Marktmacht nachzuweisen oder gar einen Datenmarkt zu definieren.⁶⁹⁶ Gemäß § 18 Abs. 3a Nr. 4 GWB kann der Zugang zu wettbewerbsrelevanten Daten eine Variable der Begründung von Marktmacht sein; ein großer Datenpool ist nicht mit Marktmacht gleichzusetzen. Die Herrschaft über Datensets kann dann eine marktbeherrschende Stellung begründen, wenn das betreffende Datenset exklusiv ist und eine Marktzutrittsschwelle darstellt.⁶⁹⁷ In einer Gesamtbetrachtung könnten mögliche Skalen- oder Datennetzwerkeffekte die Wettbewerbsrelevanz eines Datensets verstärken.

3. Unerlässlichkeit der Nutzung eines bestimmten Datensets

Aus bereits erläuterten Gründen⁶⁹⁸ kann eine Geschäftsverweigerung für ein entwickelndes Unternehmen die strategisch vorteilhafte Entscheidung sein. Die Frage, ob digitale Daten grundsätzlich eine Essential Facility sein können, ist wegen der Heterogenität und der Vielfalt der Bezugs-

695 Drexel et al., GRUR Int. 2016, 914 (917f); Paal/Hennemann, ABIDA, S. 60.

696 BMWi – Plattform Industrie 4.0 (Hrsg.), Marktmacht durch Datenhoheit, in: dass., Industrie 4.0 – Kartellrechtliche Betrachtungen, April 2018, S. 15–22 (16); Drexel et al., Data Ownership and Access to Data, Rn. 33; Drexel, NZKart 2017, 415 (418).

697 Vgl. die Gesetzesbegründung: BT-Drucks. 18/100207, S. 51.

698 Siehe Kapitel 2 C.II.2 a) Innovation als Mittel für Unternehmen, S. 79.

punkte und Verwendungsmöglichkeiten von Daten kaum zielführend.⁶⁹⁹ Problematischer dürften die praktische Anwendbarkeit sowie die Konkretisierung der Grundsätze der EFD auf Datensets in Einzelfällen sein.

Zur Bewertung sollte hier der Maßstab für Unerlässlichkeit aus *Bronner* – trotz einer Lockerung in *Microsoft* – herangezogen werden: Die Unerlässlichkeit liegt nicht vor, wenn der Zugangspetent mit demselben Investitionsaufwand einen semantisch entsprechenden Datensatz selbst generieren kann. *Volunteered Data* dürften somit nie unerlässlich (oder exklusiv) sein, weil sie erneut von der betroffenen Person preisgegeben werden können.⁷⁰⁰ Hinzu kommt, dass datenschutzrechtliche Verbote regelmäßig eine Geschäftsverweigerung objektiv rechtfertigen.⁷⁰¹ Allgemein dürfte die Entwicklung eines Produktes, das zwingend auf nicht zur Verfügung stehenden personenbezogenen Daten beruht, dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht und den Wertungen des Datenschutzrechts widersprechen, dass keine wirtschaftliche Verwertung gegen den Willen des Betroffenen stattfindet, sodass ein entsprechendes Geschäftsvorhaben nicht kartellrechtlich honoriert werden dürfte.

Sets von *Observed Data* dürften wohl nur in außergewöhnlichen Umständen, etwa innerhalb eines Wertschöpfungsnetzwerks, nicht substituierbar sein.⁷⁰² Datensets, die öffentlich zugängliche Informationen abbilden, sind ersetzbar und können von Zugangspetenten selbst erfasst werden. Es wird schwer darzulegen sein, dass ein bestimmtes Datenset nicht durch eigene Investitionen generiert werden kann oder schon von einem anderen Unternehmen als dem marktbeherrschenden Unternehmen generiert wurde. Das Informationsparadoxon wird hier zum Tragen kommen: Nur der Zugang zu exklusiven Daten könnte unerlässlich sein, weil die Infor-

699 Siehe Kapitel 3 B.II. Kriterien und Anwendung der Essential-Facilities-Doktrin, S. 159; *Del Toro Barba*, ORDO 68, S. 217–248, 224 (2017).

700 *Crémer/de Montjoye/Schweizer*, Competition policy for the digital era, S. 101; *Paal/Hennemann*, ABIDA, S. 58.

701 Vgl. *Kathuria/Globocnik*, Exclusionary Conduct in Data-Driven Markets, MPI for Innovation & Competition Research Paper No. 19–04, S. 19ff; *Körber*, NZKart 2016, 303 (309); *Schweizer/Haucap/Kerber/Welker*, Modernisierung der Missbrauchsaufsicht, S. 133f.

702 *Colangelo/Maggiolino*, ECJ, Vol. 13, S. 249–281, 270f (2017); *Drexel et al.*, Data Ownership and Access to Data, Rn. 34; *Drexel*, Designing Competitive Markets for Industrial Data, S. 46, 53; ders., NZKart 2017, 415 (418); *Körber*, NZKart 2016, 303 (309); *Schweizer/Haucap/Kerber/Welker*, Modernisierung der Missbrauchsaufsicht, S. 133.

mation sonst replizierbar als öffentliches Gut zur Verfügung stünde.⁷⁰³ Exklusivität ist jedoch nicht kongruent mit Wesentlichkeit: Die Exklusivität von Daten ist eine universelle Eigenschaft, während Unerlässlichkeit nur in Bezug auf einen konkreten Verwendungszweck und im Kontext mit anderen zur Verfügung stehenden Ressourcen bejaht werden kann.⁷⁰⁴ Die Exklusivität des syntaktischen Datensets ist nicht deckungsgleich mit der Exklusivität ihres semantischen Gehaltes. Oft ist eine Information frei verfügbar, aber nur einmal in digitalen Daten abgebildet.

Fraglich ist, was als Bezugspunkt des Kriteriums der Unerlässlichkeit gilt. Einerseits könnte an die syntaktische Ebene angeknüpft werden, weil eben dies der Realität der Datenverarbeitung entspricht und auch Aspekte wie das Format, die ungeordnete Speicherung als Big Data und die Übertragbarkeit der Daten besser einschließt.⁷⁰⁵ Andererseits kann eine Information auf verschiedene Weisen registriert werden. Speicherformate und die digitale Wiedergabeweise sind flüchtig und verhältnismäßig leicht zu ändern. Die Anknüpfung an das syntaktische Datum würde den vom EuGH aufgestellten Maßstab zur Unerlässlichkeit insofern unterlaufen, als dass sie dem Zugangspeten einen wirtschaftlich und technisch durchaus zumutbaren Aufwand abnimmt. Den Bezugspunkt sollte somit die semantische Information bilden, weil der Maßstab der Unerlässlichkeit genügend Raum lässt, um die Besonderheiten datengeprägter Märkte zu erfassen. Es dürfte für Informationen, die in von Netzwerkeffekten geprägten Geschäftsmodellen erfasst werden, näherliegen, Unerlässlichkeit anzunehmen.⁷⁰⁶ Die Möglichkeit, diese Datensets selbst aufzubauen, ist eingeschränkt durch die Charakteristika dieser Märkte. Mögliche Datennetzwerkeffekte im Hinblick auf selbstlernende Systeme könnten hier zum Tragen kommen und in die Bewertung einfließen. Insofern kann auch die Größe des Datensets für die Einordnung relevant sein, wenn die Unerlässlichkeit für einen besonders trainingsintensiven KI-Dienst wie autonomes Fahren oder Präzisionsmedizin beurteilt wird.

Regelmäßig wird die Unerlässlichkeit von Daten aber abzulehnen sein, weil sie substituierbar sein dürften.⁷⁰⁷ Die Anwendung der Essential-Faci-

703 *Colangelo/Maggiolino*, ECJ, Vol. 13, S. 249–281, 270ff (2017) Fn. 72; *Schweitzer/Haucap/Kerber/Welker*, Modernisierung der Missbrauchsaufsicht, S. 134.

704 *Colangelo/Maggiolino*, ECJ, Vol. 13, S. 249–281, 259ff (2017).

705 *Drexel*, Designing Competitive Markets for Industrial Data, S. 48, siehe Kapitel 1 I.

706 *Drexel*, Designing Competitive Markets for Industrial Data, S. 49.

707 *Autorité de la concurrence/BKartA*, Competition Law and Data, S. 18; *BKartA*, Big Data und Wettbewerb, 2017, S. 10; *Crémer/de Montjoye/Schweitzer*, Compe-

lities-Doktrin käme nur in Betracht, wenn technisch, rechtlich und wirtschaftlich die Generierung von Ersatz auch durch Aufbau einer eigenen entsprechenden Infrastruktur nicht möglich ist.⁷⁰⁸ Von dieser Situation gehen auch Wettbewerbsbehörden selbst nicht aus: Die Datensammlungen von Google und DoubleClick dürften auch zusammengeführt keinen Vorteil darstellen, „der von der Konkurrenz nicht repliziert werden könnte.“⁷⁰⁹

4. Ausschluss des Wettbewerbs auf dem nachgelagerten Markt und New Product Rule

Ein weiteres Problem, das der Abgrenzung der semantischen und der syntaktischen Eben entspringt, bezieht sich auf das zweite Kriterium des *Magill/IMS Health*-Tests – den Ausschluss des effektiven Wettbewerbs auf dem nachgelagerten Markt. Daten lassen sich nicht unproblematisch klar einem Markt zuordnen, sondern sind als Informationen oft kontext- und marktübergreifend nutzbar.⁷¹⁰ Nur in an traditionelle EFD-Konstellationen angelehnten Fällen sind der vor- und nachgelagerte Markt klar abgrenzbar. Dies erschwert dem Dateninhaber die Entscheidung über das Zugangsbegehr, weil er ein ihm unvertrautes und möglicherweise unerprobtes Geschäftsmodell beurteilen muss. Außerdem schwächt die kontextübergreifende Nutzbarkeit von Daten das Argument der Hebelwirkung: Wirkt ein Hebel in alle Richtungen, ist sein Effekt erheblich geschrägt. Der Dateninhaber würde für den Erfolg einer nicht von vornherein absehbaren Menge von datengetriebenen Innovationen verantwortlich gemacht.⁷¹¹ Der Verwendungszweck einer Eisenbahnbrücke oder eines Pharma-Rasters besteht von vornherein, wird bei Daten aber erst

tition policy for the digital era, S. 9; *Paal/Hennemann*, ABIDA, S. 58; *Drexel et al.*, GRUR Int. 2016, 914 (917f); *Nuys*, WuW 2016, 512 (516f); *Schweitzer/Peitz*, NJW 2018, 275 (279); *dies.*, Datenmärkte in der digitalisierten Wirtschaft: Funktionsdefizite und Regelungsbedarf?, Discussion Paper No. 17-043, S. 81f; *Sivinski/Okuliar/Kjolbye*, ECJ, Vol. 13, Nos. 2–3, S. 199–227, 217, 225f (2017); *Tamke*, ZWeR 2017, 358 (371); *Telle*, InTeR 2017, 3 (6f).

708 Vgl. *Colangelo/Maggiano*, ECJ, Vol. 13, S. 249–281, 271 (2017).

709 Europäische Kommission, Entscheidung vom 11. März 2008, COMP/M.4731 Rn. 364 – *Google/DoubleClick*.

710 *Crémer/de Montjoye/Schweitzer*, Competition policy for the digital era, S. 100; *Schweitzer*, GRUR 2019, 569 (577ff).

711 *Borgogno/Colangelo*, Data Sharing and Interoperability Through APIs, S. 32; *Schweitzer*, GRUR 2019, 569 (577).

vom Zugangspotenten ausgeformt und von ihm definiert. Die Machtstellung des Dateninhabers begründet sich erst nach dem Nutzungszweck. Der Dateninhaber soll nicht der Legitimität der Geschäftsidee prüfen müssen. Sie befindet sich außerhalb seiner Erkenntnismöglichkeiten. Die Qualifizierung als Missbrauch sollte immerhin voraussetzen, dass ein wettbewerbsschädliches Verhalten im Vorfeld erkennbar war. In Bezug auf allgemeine Trainingsdaten oder andere nicht konkretisierte Datensets wird der Dateninhaber nicht erkennen können, ob er durch eine Geschäftsverweigerung effektiven Wettbewerb ausschließt. Ebenso wenig wird ihm klar sein können, ob die Daten auch aus einer anderen Quelle zu erlangen oder für dieses Geschäftsmodell unerlässlich wären. Der Zugangspotent muss wiederum seine Geschäftsidee offenlegen, was ihn der Gefahr einer Imitation gegenüber genau dem Unternehmen, das ihm mit den digitalen Ressourcen schon überlegen ist, aussetzt. Für Innovationsanreize ist dies kontraproduktiv.⁷¹²

Entsprechend könnte auch die New Product Rule⁷¹³ modifizierungsbedürftig sein. In *Microsoft* ist sie gelockert worden: Innovative Merkmale und Verbrauchernutzen genügen. Dies ist für Fragen des Datenzugangs wohl auch angemessener, weil „Neuheit“ schwer zu messen ist.⁷¹⁴ Ob die Entwicklung eines neuen Produktes auf der Grundlage unbekannter, unstrukturierter Daten möglich ist, kann gerade nicht im Vorfeld befunden werden – wäre es so, wäre der Zugang zu Trainingsdaten wieder obsolet. Zudem werden unstrukturierte Datensets auch selten immaterialgüterrechtlich geschützt sein, sodass die besondere Rechtfertigung eines neuen Produktes für die Einschränkung nicht nötig ist. Zu erwarten ist, dass die New Product Rule künftig in EFD-Fällen, die nicht Immaterialgüterrechte betreffen, nicht geprüft wird.

5. Rechtfertigung der Verweigerung eines Datenzugangs

Zur objektiven Rechtfertigung würde in datenbezogenen Fällen der Schutz von personenbezogenen Daten und Betriebs- und Geschäftsgeheim-

⁷¹² Crémer/de Montjoye/Schweitzer, Competition policy for the digital era, S. 100; Schweitzer, GRUR 2019, 569 (579); somit würde das Zugangsbegehren möglicherweise bereits als kollusives Verhalten gewertet.

⁷¹³ Siehe S. 162; ablehnend: Crémer/de Montjoye/Schweitzer, Competition policy for the digital era, S. 106.

⁷¹⁴ So auch Drexel, Designing Competitive Markets for Industrial Data, S. 52.

nissen angeführt werden. Richtig ist, dass zwangslizenzierte Datensets ausgelesen werden könnten und Strategien und geheime Technologien aufgedeckt würden.⁷¹⁵ Außerdem besteht durch den Informationsaustausch eine erhöhte Kollusionsgefahr.⁷¹⁶

Meist sind Daten mehr als einer natürlichen oder juristischen Person semantisch zugeordnet. In einer Information treffen verschiedene Interessen aufeinander, weshalb das Ausschließungsinteresse des Dateninhabers geschmälert ist und in der Interessenabwägung weniger stark ins Gewicht fallen dürfte.⁷¹⁷ Stattdessen sind die Interessen der betroffenen natürlichen oder juristischen Personen zusätzlich zu beachten. Die Betroffenheit natürlicher Personen wird das Verarbeitungsverbot des Datenschutzes auslösen und eine Geschäftsverweigerung objektiv rechtfertigen. Ob es einen Anspruch auf Anonymisierung gibt, ist ebenso fraglich wie die Möglichkeit einer umfassenden, irreversiblen Anonymisierung. In der Regel dürften gezielt preisgegebene personenbezogene Daten aber schon nicht als unerlässlich gelten.

6. Bewertung und Erhaltung der Innovationsanreize

Zuletzt dürfte bei der Interessenabwägung der Aspekt der Innovationsanreize eine wichtige Rolle spielen. Unabhängig davon, ob der Incentives Balance Test tatsächlich als Vorgehensweise der Europäischen Kommission besteht, ist ein ökonomischer Ansatz, der die Auswirkungen einer Zwangslizenz auf die Innovationsanreize des Dateninhabers, des Zugangspetenenten und sektorweite Anreize bedenkt, richtig. Im jeweiligen Einzelfall werden sich unterschiedliche Gewichtungen ergeben, die auch die ursprünglichen Investitionen zur Generierung der Daten einbeziehen und etwa danach unterscheiden, ob die Daten als Neben- oder als Hauptprodukt angefallen sind. Bei Inferred Data dürften eher als bei Observed Data ein exklusives Nutzungsinteresse anerkannt werden, weil sich in ihnen ein gesteigerter Analyse- und Bereinigungsaufwand realisiert.

⁷¹⁵ BMWi – Plattform Industrie 4.0 (Hrsg.), Marktmacht durch Datenhoheit, in: dass., Industrie 4.0 – Kartellrechtliche Betrachtungen, April 2018, S. 15–22 (20).

⁷¹⁶ Schweitzer/Haucap/Kerber/Welker, Modernisierung der Missbrauchsaufsicht, S. 138.

⁷¹⁷ Schweitzer, GRUR 2019, 569 (577); z. B. in der Industrie 4.0 die Maschinenhersteller und -nutzer.

Wettbewerbsbehörden oder Gerichte sollten beachten, dass sie mit ihrer Interessenabwägung nicht die Aufgabe des Gesetzgebers vorwegnehmen oder seinen Regulierungsverzicht im Hinblick auf die rechtliche Zuordnung von Daten konterkarieren. Vereinzelt wird vorgeschlagen, die Schwelle für eine Zwangslizenz für Daten sollte niedriger sein als für Infrastrukturen und Immaterialgüterrechte.⁷¹⁸ Dies kann in seiner Generalität nicht gelten – es wird Datensets geben, deren Aufbau teurer und aufwendiger war als Investitionen in Infrastruktureinrichtungen und Immaterialgüterrechte. Die Datensets können der Ausfluss eines besonders innovativen Dienstes sein, weswegen von anderen Stimmen höhere Schwellen vorgeschlagen werden.⁷¹⁹ Mit dem Fehlen eines rechtlichen Monopols zu argumentieren, verkennt die Gründe für das Fehlen dieses Monopols. Die faktische Exklusivität von Daten wurde nicht von der Rechtsordnung verliehen, sondern erfordert eigene Schutzmaßnahmen und Investitionen. Bei Daten als Zugangsobjekten geht es nicht um die Balance von Immaterialgüterrechten und Kartellrecht, weshalb die Rechtsordnung nicht nur die Grenzen von ihr selbst verliehener Rechte austariert, sondern in eine faktische Position von außen eingreift. Dass die Abwägung nicht durch Immaterialgüterrechte vorgeprägt ist, bedeutet nicht, dass die Interessen an einer exklusiven Nutzung von Daten generell schwächer zu gewichten wären.

7. Durchsetzung eines Anspruchs nach der EFD

Die Einforderung von Datenzugang nach der Essential-Facilities-Doktrin birgt für den Zugangspetenten schließlich auch faktische Risiken. Der Beschwerdeprozess und das Verfahren wären – gerade bei der Schaffung eines Präzedenzfallen – äußerst langwierig.⁷²⁰ Auch nach einer ersten wettbewerbsbehördlichen Entscheidung zu Trainingsdaten wäre diese zu einzelfallabhängig, als dass sie nachfolgenden Zugangspetenten als Blaupause dienen könnte und Grundlage eines sicheren, einklagbaren Anspruchs wäre. Grundsätzlich wissen Zugangspetenten nicht, welche Daten erfasst werden und wie sie verarbeitet werden. Es besteht das Risiko, ein Geschäfts-

718 Schweitzer/Haucap/Kerber/Welker, Modernisierung der Missbrauchsaufsicht, S. 139, 159f.

719 Paal/Hennemann, ABIDA, S. 59; ähnlich: Grave/Nyberg, WuW 2017, 363 (365f).

720 Schweitzer/Haucap/Kerber/Welker, Modernisierung der Missbrauchsaufsicht, S. 136.

modell zu entwickeln, das auf unsicheren, unzugänglichen Ressourcen beruht.

8. Fazit und Ausblick

Die überwiegende Zahl der aktuell erfassten Datensets wird die Anforderungen an eine Essential Facility nicht erfüllen.⁷²¹ Dies deutet jedoch nicht darauf hin, dass die Essential-Facilities-Doktrin zu lockern ist, sondern ist vielmehr Ausdruck der Charakteristika von Daten wie etwa Non-Rivalität und Ubiquität. Die heute datenreichen Unternehmen sind zwar „Hindernisse“ für Marktteintreter, aber sie haben ihren Markterfolg in Anwesenheit von Wettbewerbern ohne Zugang zu deren Datenschätzten erreicht. Insoweit muss bei der Anwendung der EFD bedacht vorgegangen werden, damit nur durch externe Marktmacht entstandene zusätzliche Probleme, nicht aber grundsätzliche Probleme des Aufbaus eines Programms oder einer Infrastruktur gelöst werden.

Für marktmächtige Unternehmen bedeutet die künftige Entwicklung der EFD eine beachtliche Rechtsunsicherheit. Sollten Behörden die ohnehin gelockerten Voraussetzungen weiter lockern, wären die Konstellationen, in denen die EFD das Recht, seine Ressourcen und Einrichtungen selbst zu nutzen und Wettbewerbern nicht helfen zu müssen, durchbricht, vollkommen unübersichtlich. Infolge der Erosion durch *IMS Health* und *Microsoft* bieten die Voraussetzungen der Doktrin genügend Spielraum, um die unterschiedlichen Investitionen hinter gezielt oder als Nebenprodukt generierten Daten zu erfassen. Andererseits ist es vor dem Hintergrund des Verschwimmens der Grenzen von Essential Facilities und anderen Fällen des Leveraging oder Self-Preferencing sinnvoll, den Blick zu erweitern und gar nicht zu erwarten, dass Wettbewerbsbehörden bei den Vorgaben des *Magill/IMS Health*-Tests bleiben. Die Diskussion der Essential-Facilities-Doktrin für Datenzugang im Schrifttum bedeutet nicht, dass sich Wettbewerbsbehörden in zukünftigen Fällen an sie gebunden fühlen. Ebenso gut könnte eine innovative Doktrin oder Spielart der Geschäftsverweigerung speziell für Daten (auf syntaktischer Ebene) etabliert

721 BMWi – Plattform Industrie 4.0 (Hrsg.), Marktmacht durch Datenhoheit, in: dass., Industrie 4.0 – Kartellrechtliche Betrachtungen, April 2018, S. 15–22 (20); Körber, NZKart 2016, 303 (309); Manne/Morris/Stout/Auer, Comments of ICLE, 7. Januar 2019, S. 2; Paal/Hennemann, ABIDA, S. 58.

werden.⁷²² Die 10. GWB-Novelle nimmt die Essential-Facilities Doktrin als Regelbeispiel in einen neu gefassten § 19 Abs. 2 Nr. 4 GWB auf.⁷²³ Die Erweiterung des Regelbeispiels gibt die Entwicklung der EFD-Voraussetzungen der Rechtsprechung wider. Es handelt sich bei ihr eher um eine Klärstellung⁷²⁴ und Betonung der Relevanz von Plattform- und Datenzugangsmöglichkeiten als eine Erweiterung der Eingriffsmöglichkeiten. Die Begründung illustriert dies am Beispiel von (aggregierten) Nutzungsdaten von spezifischen Personen oder Maschinen. Über die grundlegenden Schwierigkeiten der praktischen Anwendung der EFD auf unstrukturierte Datensätze wird die Erweiterung des Regelbeispiels nicht hinweghelfen.

IV. Rechtsfolge

Wird festgestellt, dass die Verweigerung des Zugangs zu einer wesentlichen Einrichtung ein Missbrauch von Marktmacht ist, hat der Betroffene gemäß § 33 Abs. 1 S. 1 GWB einen Anspruch auf Beseitigung und Unterlassung des Verhaltens. Die Abhilfe ist keine Sanktionierung, sondern bezweckt die Herstellung der Situation ohne das missbräuchliche Verhalten.⁷²⁵ Praktisch bedeutet das für diese Fälle einen Belieferungsanspruch und entsprechenden Kontrahierungszwang. Auf unionsrechtlicher Ebene wäre die Grundlage der Anordnung Art. 7 VO 1/2003.⁷²⁶ Der Kontrahierungszwang beschränkt das Recht, frei über selbst geschaffene Einrichtungen zu verfügen und sie exklusiv zum eigenen wettbewerblichen Vorteil zu nutzen. Damit greift er fundamental in die Freiheit der wirtschaftlichen Betätigung und die Eigentumsgarantie ein. Die Wettbewerbsbehörde kann – je nach Rechtsordnung – auch von einer Beseitigungsanordnung absehen.⁷²⁷

722 Dafür: *Schweitzer*, GRUR 2019, 569 (577).

723 Regierungsentwurf, BT-Drucks. 19/23492, S. 72.

724 So Regierungsentwurf, BT-Drucks. 19/23492, S. 72.

725 Vgl. *BMWi*, Wettbewerbsrecht 4.0, S. 76ff; *OECD*, Remedies and Sanctions in Abuse of Dominance Cases, DAF/COMP(2006)19, S. 20: “remedy means something that cures, corrects, or prevents, whereas a sanction, at least in a legal context, is a penalty or punishment”; *Ritter*, Journal of European Competition Law & Practice 2016, 587 (590): “but for’ situation“.

726 Ausführlich: *Ritter*, Journal of European Competition Law & Practice 2016, 587 (592).

727 Vgl. Belgian Competition Authority, Beschluss vom 22. September 2015, BMA-2015-P/K-27-AUD, Zaken nr. MEDE-P/K-13/0012 en CONC-P/K-13/0013 – *Stanleybet Belgium NV/Stanley International Betting Ltd en Sagevas S.A./World*

Der Zugangspetent und der Inhaber der Einrichtung werden sich der Anordnung folgend um den Abschluss eines Zugangs- oder Lizenzvertrages bemühen, der die Vergütung für die Bereitstellung der Ressource regelt und ihre Weitergabe und Nutzung auf den mit der Anordnung verfolgten Zweck begrenzt. Die Konkretisierung des Zugangsobjektes ist hier eine erste Herausforderung.

Bei der Anwendung der EFD auf Datensets wird es häufig Konstellationen geben, in denen die Daten bisher exklusiv vom Erfasser genutzt wurden, weshalb am Markt kein Preis bestimmt wurde. Grundsätzlich kann der Dateninhaber die Entgelte frei bestimmen und muss den Zugang nicht unentgeltlich schaffen.⁷²⁸ Dem kartellrechtlichen Missbrauchsverbot und dem Zweck der Anordnung folgend können die Entgelte einer Kontrolle unterworfen sein. Infrage kommen Preis-Kosten-Scheren, Kosten-Kosten-Scheren (§ 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB) und Preismissbräuche (§ 19 Abs. 2 Nr. 2, 3 GWB).⁷²⁹ Die Europäische Kommission hat in einer Mitteilung die FRAND-Grundsätze zur Preisgestaltung zur Debatte gestellt.⁷³⁰ Diese Kriterien sind die Vorgaben für Lizenzbedingungen standardessentieller Patente.⁷³¹ Das Heranziehen der FRAND-Kriterien ist im Kontext der von der Europäischen Kommission beworbenen Standardisierungsinitiativen nicht fernliegend. Weitere Anhaltspunkte wären die Kosten der Bereitstellung, der Nutzen für den Zugangspetenten oder der Preis ähnlicher Datensets am Markt. Im Hinblick auf Daten, die oft in mehrseitigen Märkten und verschiedensten Kontexten genutzt werden, dürfte es aber jeweils schwerfallen, genaue Werte zu ermitteln.

Football Association S.P.R.L./Samenwerkende Nevenmaatschappij Belgische PMU S.C.R.L. t. Nationale Loterij NV.

- 728 *BMWi – Plattform Industrie 4.0* (Hrsg.), Marktmacht durch Datenhoheit, in: dass., Industrie 4.0 – Kartellrechtliche Betrachtungen, April 2018, S. 15–22 (20).
- 729 *Louven*, NZKart 2018, 217 (222); ders. als *Telle*, Kartellrechtlicher Zugangsanspruch zu Daten nach der essential facility doctrine, in: Hennemann/Sattler (Hrsg.), Immateriagüter und Digitalisierung, S. 73–87 (87).
- 730 *Europäische Kommission*, Mitteilung vom 10. Januar 2017, COM(2017) 9 final, S. 13; dies., Staff Working Document vom 10. Januar 2017, SWD(2017) 2 final, S. 39; FRAND: fair, reasonable and non-discriminatory; dazu *Borgogno/Colangelo*, Data Sharing and Interoperability Through APIs, S. 38f; *Hoffmann/Johannsen*, EU-Merger Control & Big Data, MPI for Innovation and Competition Research Paper No. 19–05, S. 61f.
- 731 *Europäische Kommission*, Mitteilung vom 29. November 2017, COM(2017) 712 final; *Geradin*, European Union Competition Law, Intellectual Property Law and Standardization, S. 3ff; *Körber*, NZKart 2013, 87 (87ff).

Neben der Vergütung wird die Art des Datenzugriffs zu regeln sein, insoweit der Klageantrag oder die Anordnung einer Wettbewerbsbehörde sie nicht vorgibt. In Betracht kommen ein Push- oder ein Pull-Zugang. Der Pull-Zugang gibt den Zugangspeten die Möglichkeit, die Daten selbst über eine Schnittstelle oder einen Lesezugang abzurufen, während bei dem Push-Zugang der Dateninhaber das betreffende Datenset „versendet“. Der Nachteil an der zweiten Option ist, dass der Zugangspetent weniger Kontrolle hat und sie äußerst umständlich ist, wenn das Zugangsobjekt Echtzeit-Datenströme sind. Die Schaffung von standardisierten Schnittstellen (z. B. APIs⁷³²) könnten dem Begehr der meisten Peteten eher entsprechen; ob die Verweigerung einer Schnittstelle den FRAND-Grundsätzen widerspricht, wäre zu klären.⁷³³

Darüber hinaus hätten Lizenzvereinbarungen einen zeitlichen Horizont zu bestimmen und, je nach Vorgabe der Anordnung, die Frage der Echtzeitübertragung in Alternative zu einem zeitlichen Vorsprung des Datenfassers zu klären. Ein fester Endzeitpunkt für den Datenzugang schafft Anreize für Wettbewerber, eigene, innovative Lösungen für die Datenerzeugung zu entwickeln.⁷³⁴ Ohne die Entwicklung eigener Lösungen wird das Datenzugangsproblem nur zeitlich verschoben statt gelöst. Weiterhin wären das Datenformat und die Frage der Kategorisierung oder Kommentierung mit Meta-Daten zu vereinbaren. Gerade bei langfristigen Belieferungsanordnungen sollte die Anordnung keine technologische Lösung vorwegnehmen, sondern eine dynamische Anpassung an die technologische Entwicklung erlauben. Gerichte und Wettbewerbsbehörden selbst sind für die Bestimmung dieser Bedingungen nicht mit genügend technologischer Expertise ausgestattet.⁷³⁵ Dies gilt auch für die Bestimmung der Weiterverwendungsmöglichkeiten. Trainingsdaten für selbstlernende Systeme können vom Zugangspeten auch für Märkte verwendet werden, für die kein Missbrauch festgestellt und keine Abhilfe geschaffen

⁷³² Dazu *Borgogno/Colangelo*, Data Sharing and Interoperability Through APIs, S. 33ff.

⁷³³ *Borgogno/Colangelo*, Data Sharing and Interoperability Through APIs, S. 32; *Graef*, Data as Essential Facility, S. 279; *Louven*, NZKart 2018, 217 (222).

⁷³⁴ *Kathuria/Globocnik*, Exclusionary Conduct in Data-Driven Markets, MPI for Innovation & Competition Research Paper No. 19–04, S. 18.

⁷³⁵ *Kathuria/Globocnik*, Exclusionary Conduct in Data-Driven Markets, MPI for Innovation & Competition Research Paper No. 19–04, S. 16, Fn. 66; gegebenenfalls könnte ein Monitoring Trustee eingesetzt werden wie in *Microsoft*, dazu *Ritter*, Journal of European Competition Law & Practice 2016, S. 587–598, 591.

wurde.⁷³⁶ Die Möglichkeit, Daten über den Zweck der Missbrauchsbesetzung hinaus zu verwenden, schafft einen wettbewerblieblich nicht gerechtferdigten Vorteil. Ob eine Beschränkung nicht aber der Natur von Big Data und ihrer flexiblen Anwendung in verschiedenen Kontexten widerspricht und überhaupt zu überwachen wäre, ist zu diskutieren. Wenn Interessen Dritter oder Geheimhaltungsinteressen des Dateninhabers zum Tragen kommen, dürfte eine Begrenzung der Weiterverwendungsmöglichkeiten unumgänglich und gerechtfertigt sein. In datenbezogenen EFD-Konstellationen gibt es ein gesteigertes Risiko, dass die Abhilfe über das zur Abstaltung des Verhaltens Notwendige hinausgeht.

Eine Zwangslizenz bedeutet die Erosion von geistigen Eigentumsrechten und faktischer Exklusivität. Sie senkt bei falscher Konzipierung die Innovationsanreize niedriger als eine Geschäftsverweigerung, weil Unternehmen infolge einer zu weitreichenden Anordnung auch vor legalem, wettbewerblieblich neutralem Verhalten zurückschrecken.⁷³⁷ Aus diesem Grund müssen bei der Formulierung der Anordnung schon die Bedingungen der Zwangslizenz bedacht werden, um sie an die tatsächlichen Gegebenheiten dynamischer Märkte anzupassen und negative Auswirkungen auf lokale und industrieübergreifende Innovationsanreize zu minimieren. Eine Datenzugangsanordnung darf zuletzt kein „trojanisches Pferd“ der Industriepolitik sein.⁷³⁸

V. Zwischenergebnis: Essential-Facilities-Doktrin

Das Kartellrecht und Immaterialgüterrecht sind jeweils gegenläufige Instrumente, um das gleiche Ziel zu erreichen, nämlich die Stimulation von Innovationsanreizen. Das Kartellrecht kann zu dem Schluss kommen, dass Immaterialgüterrechte im Einzelfall „über das Ziel hinausschießen“ und sie korrigieren, weil Rechte geistigen Eigentums generell und nicht in Ansehung ihres konkreten Inhaltes und Kontextes verliehen werden. Bisher hat die Anwendung der Essential-Facilities-Doktrin solche Informa-

736 Hoffmann/Johannsen, EU-Merger Control & Big Data. On Data-specific Theories of Harm and Remedies, MPI for Innovation and Competition Research Paper No. 19–05, S. 6.

737 Ezrachi/Maggiolino, Journal of Competition Law & Economics, Vol. 8, No. 3, S. 595–614, 613 (2012), „Burdening Problem“; allgemein dazu Areeda, Antitrust Law Journal, Vol. 58, No. 4, S. 841–853, 852ff (1990).

738 Kathuria/Globocnik, Exclusionary Conduct in Data-Driven Markets, MPI for Innovation & Competition Research Paper No. 19–04, S. 12, 15f.

tionen zugänglich gemacht, die vorher rechtlich abgeschirmt wurden. Diese Grenze würde mit der Anwendung der Essential-Facilities-Doktrin auf Big Data übertreten. Wenn das Recht eine Exklusivität nimmt, die es erst selbst gegeben hat, ist der Eingriff weniger schwerwiegend als die Erosion einer faktisch geschaffenen Position, die ohnehin keine Verfügungsbefugnisse, sondern bloße Nutzungsmöglichkeiten umfasst. Auch faktische Exklusivität schafft gewichtige Investitions- und Innovationsanreize. Die Kartellrechtsanwendung muss einen Weg finden, bei größtmöglicher Rechtssicherheit die Restunsicherheit zu bewältigen und einen angemessenen Zeitraum für ihre Prognose anzusetzen. Die Entscheidung für eine Zugangsverpflichtung fördert eher inkrementelle Innovationen und schafft dahingehende Innovationsanreize für Wettbewerber. Die Entscheidung gegen eine Zugangsverpflichtung motiviert eher zu disruptiven Innovationen, um bestehende Marktstrukturen aufzubrechen, wenn schon kein Zugang erlangt wird.⁷³⁹ In der Kommissionsentscheidung und im Urteil zu *Microsoft* fiel die Entscheidung zugunsten des Wettbewerbs im Markt in Form erhaltender, inkrementeller Innovationen aus.⁷⁴⁰ Diese Abwägungsfrage wird sich für Behörden und Gerichte auch für Datenzugangsbegehren stellen. Wird ihnen zu bereitwillig stattgegeben, könnte dies das Innovationstempo in Europa drosseln, weil viele Märkte inkrementell komplett ausdifferenziert würden, statt neue disruptive Produkte hervorzubringen. Dieses Ergebnis würde den politischen Wünschen widersprechen. Außerdem darf nicht gelten, dass eine Einrichtung eher Gegenstand einer Zugangsverpflichtung ist, je innovativer sie ist. Ziel eines innovationsfördernden Kartellrechts ist nicht, dass es am Ende viele ähnliche Unternehmen mit gleichen Produkten gibt.⁷⁴¹

Nach einigen Stimmen im Schrifttum und in der Kartellrechtsdurchsetzung wird nach der Essential-Facilities-Doktrin nur ausnahmsweise ein Zugang zu Daten gewährt.⁷⁴² Die EFD kann einen breit angelegten Da-

739 Graef, Rethinking the Essential Facilities Doctrine for the EU Digital Economy, S. 8.

740 Z. B. Andreangeli, Eur L Rev, Vol. 4, S. 584–611, 594f (2009); Graef, Rethinking the essential facilities doctrine for the EU digital economy, S. 22; Larouche, The European Microsoft case at the crossroads of competition policy and innovation, S. 24.

741 Manne/Morris/Stout/Auer, Comments of ICLE, S. 35.

742 Siehe oben, Fn. 721; Duch-Brown/Martens/Müller-Langer, The economics of ownership, access and trade in digital data, 2017, S. 20f; Ellger, ZWeR 2018, 272 (283); Grave/Nyberg, WuW 2017, 363 (365f); Schweitzer/Peitz, Datenmärkte in der digitalisierten Wirtschaft: Funktionsdefizite und Regelungsbedarf?, Discus-

tenzugangsanspruch nicht leisten, sondern nur punktuell in Extremfällen eingreifen. Allerdings hält die bisherige Rechtsprechung die Wettbewerbsbehörden nicht davon ab, eine neue Schadenstheorie zu entwickeln, die weniger strenge Voraussetzungen vorsieht. Ein von Startups wahrgenommenes Bedürfnis nach großen Datenmassen – ob es wirklich besteht oder nicht – schafft auch Anreize, entsprechende Datenmassen mit effizientem Vorgehen zu generieren und eigene Produkte dafür zu differenzieren. Eine Anwendung der EFD auf datengetriebene Geschäftsmodelle gerät auch in Konflikt mit der weiten, kontextunabhängigen Nutzungsmöglichkeit von Daten: Eine Abhilfe würde wegen der Charakteristika digitaler Daten sehr wahrscheinlich über die Beseitigung des Missbrauchs auf dem betrachteten Markt hinausgreifen und unberechtigte wettbewerbliche Vorteile verschaffen. Dies würde erfordern, eine Abhilfe zu konstruieren, die dies vermeidet, aber dabei nicht der technologischen Realität widerspricht. Ansonsten müssen alle marktbezogenen Kriterien der EFD bei der Anwendung auf Daten überdacht und modifiziert werden – wenn die Abhilfe zwangsläufig sehr weitreichend ist, müssen die Voraussetzungen dies bereits in den Blick nehmen.⁷⁴³ Gleichzeitig wird die Betrachtung einzelner Märkte durch die Verbindungen und Effizienzen, die die Digitalisierung herstellt, immer schwieriger. Wenn die Betrachtung wie auch die Abhilfen erweitert und die Voraussetzungen gelockert werden, verliert die Essential-Facilities-Doktrin als Schadenstheorie ihre Berechtigung. Für die Zwecke einer langfristig weiteren Verbreitung und Stimulation der Anreize zur Wiederverwendung von Daten wird die Essential-Facilities-Doktrin das falsche Ventil sein.⁷⁴⁴ Wegen der zu beantwortenden Fragen und Anwendungsprobleme bei der Übertragung auf Daten besteht das Risiko, dass industriepolitische Ziele Eingang in die Weiterentwicklung der EFD finden. Dies gilt es wegen mangelndem Lenkungswissen zu vermeiden. Es erscheint wenig sinnvoll, neue Sachverhalte auf Biegen und Brechen unter ein Konzept des letzten Jahrhunderts zu subsumieren und dieses im Prozess immer weiter auszudehnen, um politisch gewünschte Ergebnisse

sion Paper No. 17–043, S. 81; *Telle*, Kartellrechtlicher Zugangsanspruch zu Daten nach der essential facility doctrine, in: Hennemann/Sattler (Hrsg.), Immaterialgüter und Digitalisierung, S. 73–87 (87).

743 Keine analoge Anwendung auf Daten: Hoffmann/Johannsen, EU-Merger Control & Big Data. On Data-specific Theories of Harm and Remedies, MPI for Innovation and Competition Research Paper No. 19–05, S. 60.

744 BMWi – Plattform Industrie 4.0 (Hrsg.), Marktmacht durch Datenhoheit, in: dass., Industrie 4.0 – Kartellrechtliche Betrachtungen, April 2018, S. 15–22 (22); Crémer/de Montjoye/Schweitzer, Competition policy for the digital era, S. 98.

zu erzielen. Stattdessen könnte der Wunsch der Förderung von Innovationen durch exklusive Informationen mit einer neuen Fallgruppe honoriert werden, die konkretere Voraussetzungen aufstellt und der Dynamik der technologischen Entwicklung folgt; nicht umsonst handelt es sich bei § 19 Abs. 1 GWB und Art. 102 AEUV um Generalklauseln. Eine Fallgruppe der „Essential Resources for Innovation“⁷⁴⁵ könnte die Innovationsfähigkeiten und -anreize möglicherweise besser austarieren als die Essential-Facilities-Doktrin.

C. Weitere Rechtsgebiete – Innovationen und Regulierung

Innovationsaktivitäten werden allgemein durch die Forschungs- und Wissenschaftsfreiheit und die Freiheit der Berufsausübung der Art. 5 Abs. 3, 12 Abs. 1 S. 2 GG geschützt. Das Grundgesetz schafft bewusst Räume für Kreativität und Entdeckung und garantiert die Abwesenheit staatlicher Intervention zu einem gewissen Grad. Die Reife einer Invention zu einer Innovation ist ein komplexes Wechselspiel unter dem Einfluss von Ressourcen, dem Verhalten von Wettbewerbern und Regulierung.⁷⁴⁶

Gleichzeitig wirkt Regulierung innovationsstimulierend: Sie kann Vertrauen in eine Branche herstellen oder steigern. Recht kann Impulse für spezifische Innovationen geben, wie in der Vergangenheit für erneuerbare Energien oder die digitale Patientenakte. Regulierung bedeutet nicht nur Gefahrenabwehr oder eine Abwehr unerwünschter Situationen, sondern auch Ermöglichung von Chancen. Insbesondere die Behebung und Vermeidung von Marktversagen kann Innovationsaktivitäten stimulieren. Gleichzeitig kann im besonderen Ordnungsrecht branchenspezifisch ein besonders hohes Schutzniveau, dessen Anforderungen nicht alle Unternehmen erfüllen können, die Entstehung von Monopolen begünstigen.⁷⁴⁷ Der Gesetzgeber steht vor der Herausforderung, die Interessen der Akteure im richtigen Maß auf wünschenswerte Neuerungen zu kalibrieren, Verwertungschancen für innovative Leistungen zu sichern und gleichzeitig Dritten Zugang zu gewähren. Das Bestehen von Immaterialgüterrechten

745 Begriff: *Podszun*, Beschränkung von Innovation, D’Kart Blog, 9. Oktober 2017.

746 *Hoffmann-Riem*, Immaterialgüterrecht als Referenzgebiet innovationserheblichen Rechts, in: Eifert/Hoffmann-Riem (Hrsg.), Geistiges Recht und Innovation, S. 15–40 (38ff), vgl. z. B. § 2 Abs. 1 PatG.

747 *Cass*, Antitrust for High-Tech and Low, Boston Univ. School of Law, Law and Economics Research Paper No. 12–50, S. 5: „a strong bias against new products and technologies“.

in nahezu allen Rechtsordnungen von Industriestaaten belegt die innovationsstimulierende Wirkungsmöglichkeit von Recht.

I. Patentschutz

Die „Regulierung von Wissen“ ist eine Vorstufe der Regulierung von Innovationen und mit ihr als Voraussetzung für Forschung und Entwicklung zwangsläufig verwoben.⁷⁴⁸ Das Patent ist der Prototyp des freisetzenden Rechts für technologische Innovationen. Die Grundidee des Patentschutzes stammt aus der Zeit der ersten industriellen Revolution und geht von dem damaligen Innovationsbild, nämlich einer der menschlichen Genialität entspringenden Erfindung aus. Der Erfinder wird für sein Schaffen mit einem Patent belohnt, das ihm ein temporäres Vermarktungsmonopol (§ 9 PatG) für die Erfindung verleiht. Patentschutz ist quasi eine Wettbewerbsbeschränkung zugunsten des Wettbewerbs als selbstregulierender Mechanismus zur Setzung von Innovationsanreizen. Durch die Veröffentlichung des Patents ist der externen Forschung und Entwicklung gedient, die nun auf der Entdeckung aufbauen kann. Wissen profitiert als Ressource von der Verknüpfung mit weiterem, neuen Wissen. Dies gilt gerade für neue Technikfelder, die von einer offenen Innovationskultur profitieren.⁷⁴⁹ Weil das Patent die Verbreitung von Wissen durch Veröffentlichung fördert, aber seine Nutzung hemmt, kann es Innovationsaktivitäten ausbremsen und verteuren.⁷⁵⁰ Mit zunehmender Zahl an Wettbewerbern investieren Unternehmen in Patent-Rennen jeweils weniger in Forschung, weil die Wahrscheinlichkeit, die Erfindung als erste anzumelden, mit zunehmender Zahl forschender Unternehmen sinkt.⁷⁵¹

748 *Bora*, Innovationsregulierung als Wissensregulierung, in: Eifert/Hoffmann-Riem (Hrsg.), Innovationsfördernde Regulierung, S. 23–43 (31); *Drexel*, Data Access and Control (BEUC), S. 31.

749 *Huebner*, Gemeinschaftliche Innovation und Patentpools, in: Eifert/Hoffmann-Riem (Hrsg.), Geistiges Recht und Innovation, S. 183–186 (183).

750 *BKartA*, Innovationen – Herausforderungen für die Kartellrechtspraxis, S. 6; *Dreier*, Sinnvolle Reichtweite des Patentschutzes, in: Eifert/Hoffmann-Riem (Hrsg.), Geistiges Recht und Innovation, S. 245–266, 246; *Heitzer*, Innovation und Wettbewerb aus kartellrechtlicher Sicht, Rede FIW-Symposium 2009, S. 9; *Hofmann*, Information und Wissen als Gegenstand oder Ressource von Regulierung, PVS Sonderheft 46/2012, S. 5–23 (12).

751 Siehe *BKartA*, Innovationen – Herausforderungen für die Kartellrechtspraxis, Hintergrundpapier, S. 15 mwN.

Das Patentrecht verleiht das (Verwertungs-)Monopol im Vertrauen darauf, dass es nicht wettbewerbsschädlich genutzt wird. Die Abgrenzung von legitimem und missbräuchlichem Verhalten ist komplex, trotzdem gibt es Konstellationen, die das Telos des Patentrechts nicht bezweckt haben kann. Hierzu zählen strategische Patente zur Blockierung von Innovationspfaden, möglicherweise unwirksame Patente als Drohmittel in Rechtsstreitigkeiten (Litigation Threat)⁷⁵² und die Verweigerung der Lizenzierung standardessentieller Patente. Das Patent wird nicht in Ansehung des konkreten Inhalts oder seines Kontextes verliehen und kann daher überschießend wirken. Diese überschießende Wirkung oder Missbräuche des Verwertungsmonopols versucht das Kartellrecht zur Erhaltung der Innovationsanreize einzudämmen.⁷⁵³ Insbesondere ein strategischer Einsatz von Patenten kann dem Kartellrecht nicht gleichgültig sein.⁷⁵⁴

II. Leistungsschutzrecht an Datenbanken, §§ 87a ff UrhG

Der Datenbankwerkschutz (§ 4 Abs. 2 UrhG) sowie das Datenbankherstellerrecht (§§ 87a ff UrhG) wurden im Jahr 1996 zur Setzung von Entwicklungsanreizen mit der Datenbankrichtlinie geschaffen. Die Initiative war getragen von dem Wunsch nach „Investitionen in moderne Datenspeicher- und Datenverarbeitungssysteme“ und sollte ebendiese honorieren.⁷⁵⁵ Sie hat bisher nicht das gewünschte Innovationspotential offenbart.⁷⁵⁶ Obwohl der Datenbankschutz exklusive Nutzungs- und Verwertungsrechte an qualifizierten Datensammlungen verschafft, bestand nur ein eingeschränktes Interesse an diesem Schutz. Ursprünglich sah Art. 8 des Richtlinienent-

752 Heitzer, Innovation und Wettbewerb aus kartellrechtlicher Sicht, Rede FIW-Symposium 2009, S. 12.

753 So schon zu einer kartellrechtlichen Korrektur eines Immaterialgüterrechts: Welsch, EuZW 2005, 391 (392).

754 Heitzer, Innovation und Wettbewerb aus kartellrechtlicher Sicht, Rede FIW-Symposium 2009, S. 9.

755 Erwägungsgrund 12 der Richtlinie 96/9/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. März 1996 über den rechtlichen Schutz von Datenbanken, ABl. L 77 vom 27. März 1996, S. 20–28.

756 König, Der Zugang zu Daten als Schlüsselgegenstände der digitalen Wirtschaft, in: Hennemann/Sattler (Hrsg.), Immaterialgüter und Digitalisierung, S. 89–103 (99); Leistner, Big Data and the EU Database Directive 96/9/EC, in: Lohsse/Schulze/Staudenmayer (Hrsg.), Trading Data, S. 27–58 (28ff).

wurfs eine Zwangslizenz⁷⁵⁷ zu FRAND-Konditionen für Single-Source-Databases vor. Hiervon wurde wieder Abstand genommen. Möglicherweise kann der Datenbankwerkschutz bzw. das Datenbankherstellerrecht aber im Zuge der Digitalisierung von Produktionsstätten zukünftig relevant werden.⁷⁵⁸

III. Sonstiger Immaterialgüterschutz

Das Recht des geistigen Eigentums setzt Innovationsanreize, indem es den Imitationswettbewerb zurückdrängt und den Entwicklern die Möglichkeit gibt, die mit der Innovation generierten Gewinne für sich zu vereinnahmen. Es zielt auf die erste Phase des Innovationsprozesses, die Invention, ab. Das Urheberrecht hat keine innovationsstimulierende Perspektive; ein Werk muss nur originell sein, nicht neu.⁷⁵⁹ Das Patentrecht schützt wiederum explizit nur Neuheiten. Sektorübergreifend lösen Immaterialgüterrechte das Problem eines zu niedrigen Anreizes wegen leichter Imitier- oder Kopierbarkeit und verbessern die Funktionsweise des Marktes.⁷⁶⁰ Dabei enthalten sie oft Bestimmungen, die die Nutzung des Schutzwertes ausdrücklich erlauben, z. B. §§ 44a UrhG. Bei der Konzeption der Immaterialgüterrechte sind die Vor- und Nachteile faktischer Exklusivität gegenüber rechtlicher Exklusivität für inkrementelle oder disruptive Innovationen abzuwägen. Die pauschale Gleichung, dass Zueignungsmöglichkeiten aus Verfügungsrechten am geistigen Eigentum immer Innovationen fördern, bedarf einer Differenzierung.⁷⁶¹ Die Gewährung von Rechten des geistigen

757 Europäische Kommission, Proposal for a Council Directive on the legal protection of databases, COM(1992) 24 final.

758 Leistner, Big Data and the EU Database Directive 96/9/EC, in: Lohsse/Schulze/Staudenmayer (Hrsg.), Trading Data, S. 27–58 (54); dazu Drexel, Data Access and Control (BEUC), Rn. 31ff.

759 Zu Urheberrecht und Innovationen: Drexel, Data Access and Control (BEUC), S. 32; Ohly, Urheberrecht zwischen Innovationsstimulierung und -verhinderung, in: Eifert/Hoffmann-Riem (Hrsg.), Geistiges Recht und Innovation, S. 279–297 (297).

760 Drexel, Data Access and Control (BEUC), S. 51; Galloway, World Competition, Vol. 34, No. 1, S. 73–96, 77 (2011); Hoffmann-Riem, Immaterialgüterrecht als Referenzgebiet innovationserheblichen Rechts, in: Eifert/Hoffmann-Riem (Hrsg.), Geistiges Recht und Innovation, S. 15–40 (26ff); Kerber, Rights on Data, in: Lohsse/Schulze/Staudenmayer (Hrsg.), Trading Data, S. 109–133 (116).

761 Eifert, Innovationsfördernde Regulierung, in: Eifert/Hoffmann-Riem (Hrsg.), Innovationsfördernde Regulierung, S. 11–22 (14); D. Evans/Hylton, Competition

Eigentums ist ein unspezifischer Anreizmechanismus, somit kann er zu weit reichen oder lückenhaft sein. Dies wird etwa auch der Diskussion um ein Dateneigentum⁷⁶² vorgeworfen. Der Umstand, dass eine Information digital gesichert wird, dürfte keinen besonderen Schutz begründen. Wie die Open Source-Bewegung zeigt, können Innovationsanreize auch ohne Exklusivität in dezentralen Kooperationen bestehen.

Eine zu große Reichweite von Rechten des geistigen Eigentums wie Patente, Urheberrechte, und Softwareschutz wird durch die Essential-Facilities-Doktrin und standardessentielle Patente ausbalanciert. Das Bild von Immaterialgüterrechten und Kartellrecht als konträre⁷⁶³ Einwirkungen auf Innovationen beschreibt Bernhard Heitzer als „Zuckerbrot und Peitsche“, die die „Zugtiere der Innovationen auf Trab halten.“⁷⁶⁴ Im Verlauf von *Magill* zu *Microsoft* hat der kartellrechtliche Innovationsschutz den immaterialgüterrechtlichen Innovationsschutz zurückgedrängt und die Zuweisung der Nutzungsrechte im Einzelfall übernommen.

IV. Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen

Trotz der Anreize zur Veröffentlichung, die das Patentrecht setzt, entscheiden sich Entwickler oft gegen eine Patentierung und für die Geheimhaltung ihrer Invention. Das Gesetz zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen (GeschGehG) setzt die Richtlinie (EU) 2016/943⁷⁶⁵ in nationales Recht um und dient dem Schutz von Know-how vor illegalen Zugriffen.⁷⁶⁶ Der Geheimnisschutz hat lediglich eine Abwehr- und Schutzfunktion für faktische Exklusivität und schafft gerade kein eigentumähnliches Institut. Weil der berechtigte Geheimnisträger jedoch erwarten kann, dass bestimmte Wege der Erlangung des geheim gehaltenen Wissens für seine Konkur-

Policy International, Vol. 4, No. 2, S. 203–241, 225ff (2008); *Galloway*, World Competition, Vol. 34, No. 1, S. 73–96, 78 (2011).

762 Siehe Kapitel 4 C.II.2.b) De lege ferenda – Diskussion um ein Dateneigentum, S. 265.

763 Zum komplementären Verhältnis von Immaterialgüter- und Kartellrecht: *Wieslsch*, Zugangsregeln, S. 117ff.

764 *Heitzer*, Innovation und Wettbewerb aus kartellrechtlicher Sicht, Rede FIW-Symposium 2009, S. 5: Patentrecht = Zuckerbrot; Kartellrecht = Peitsche.

765 Zu der RL: *Gärtner*, NZG 2014, 650; *Koós*, MMR 2016, 224; *Rauer*, GRUR-Prax 2014, 2 (2ff); Richtlinie (EU) 2016/943, Erwägungsgrund 2: „Ergänzung von oder auch Alternative zu Rechten geistigen Eigentums“.

766 Zu dem GeschGehG: *Ohly*, GRUR 2019, 441.

renten pönalisiert oder abgeschnitten sind, hofft er, seinen Entwicklungsvorsprung möglichst lange alleine nutzen können.⁷⁶⁷ Auch nach Ansicht des Unionsgesetzgebers schafft ein wirkungsvoller Geheimnisschutz ein innovationsfreundliches Marktumfeld und fördert die Entstehung innovativer Geschäftsmodelle.⁷⁶⁸ Er sei ein wichtiger Baustein der rechtlichen Rahmenbedingungen für geistige Schöpfungen und Innovationen.

Als Geschäftsgeheimnis geschützt wird gemäß der Legaldefinition des § 2 Nr. 1 GeschGehG jede Information, die geheim und gerade deshalb von kommerziellem Wert ist, angemessenen Geheimhaltungsmaßnahmen unterliegt und bei der ein berechtigtes Interesse an der Geheimhaltung besteht. Unter diese Definition fallen sowohl technische Konstruktionspläne, Rezepturen und Algorithmen als auch geschäftliche Informationen wie Kundenlisten oder Strategien. § 4 GeschGehG stellt „Handlungsverbote“ auf, also Wege, auf denen ein Geheimnis nicht erlangt oder verbreitet werden darf. Hierzu zählen Betriebsspionage oder der Verstoß gegen Vertraulichkeitsvereinbarungen.⁷⁶⁹ Gleichzeitig bleiben gemäß § 3 explizit Wege zur Erlangung des geheim gehaltenen Wissens eröffnet, beispielsweise die eigenständige Entdeckung und das Reverse Engineering, was erst mit der Richtlinienumsetzung in Deutschland legalisiert wurde. Als Verstärkung eines faktischen Schutzes ist der Know-How-Schutz bewusst als Gegenpol zum Immaterialgüterschutz konzipiert worden. Er darf in seinem Schutzaumfang nicht zu weit gehen, weil das Ziel des Innovationsschutzes konterkariert wird, wenn die jeweiligen geheimen Informationen auf gar keinem Weg zu erlangen sind.⁷⁷⁰ Der durch Geheimnisschutz vermittelte Innovationsanreiz ist größer, je länger das Unternehmen erwartet, die Information exklusiv nutzen zu können.

Gleichzeitig sind Ausgaben, die für angemessene Geheimhaltungsmaßnahmen als Anforderung des § 2 Nr. 1 lit. b GeschGehG aufgewendet werden, für Forschung und Entwicklung verloren. Sie sind gesellschaftlich nicht zuträglich, können aber zur Herstellung eines Level Playing Field

767 Alexander, wrp 2017, 1034 (1035).

768 Richtlinie (EU) 2016/943 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 8. Juni 2016 über den Schutz vertraulichen Know-hows und vertraulicher Geschäftsinformationen (Geschäftsgeheimnisse) vor rechtswidrigem Erwerb sowie rechtswidriger Nutzung und Offenlegung, Abl. L 157 vom 15. Juni 2016, S. 1–18, Erwägungsgrund 3, 4.

769 Ohly, GRUR 2019, 441 (449); die Formulierung ähnelt § 139 Abs. 1 PatG und § 97 Abs. 1 UrhG.

770 Fromer, NYU Law Review, Vol. 94, No. 4, S. 706–736, 712 (2019).

beitragen, weil Marktteintreter diese Aufwendungen noch nicht bewältigen müssen.⁷⁷¹

Umstritten ist, ob individuelle Daten dem Schutzbereich des GeschGehG oder der Richtlinie (EU) 2016/943 unterfallen. Mangels eines eigenständigen kommerziellen Wertes dürften individuelle Daten wohl keine Geschäftsgeheimnisse sein.⁷⁷² Anderes gilt für Datensets,⁷⁷³ auch für ungeordnete Sammlungen von Rohdaten.⁷⁷⁴ Der wirtschaftliche Wert ergibt sich aus ihrer Auswertungsmöglichkeit und ihnen zu entnehmenden Korrelationen.⁷⁷⁵ Der Geheimnisschutz knüpft explizit an die Information an, bei digitalen Daten an die semantische Ebene. Als primäres Schutzsystem für nicht-personenbezogene Daten kann er in der Datenwirtschaft gerade deshalb gut geeignet sein, weil er nicht den vollständigen Zugang abschneidet, sondern nur bestimmte Arten des Zugriffs auf geheim gehaltene Daten missbilligt. Es wird lediglich die faktische Exklusivität verstärkt; eine Erfassung entsprechender Daten bleibt anderen Unternehmern jederzeit möglich. Nach Drexel ist die dem GeschGehG zugrunde liegende Richtlinie bereits technologisch überholt: Die Auswirkungen der Datenökonomie wurden bei ihrem Entwurf noch nicht bedacht.⁷⁷⁶ Die Digitalisierung der Produktionsstätten im Rahmen der Industrie 4.0 bringt mit sich, dass noch mehr sensible Informationen von wirtschaftlicher Relevanz in digitaler Form vorhanden sind als bisher.

Es wurde vereinzelt vorschlagen, unerwünschte Verstärkungen der faktischen Exklusivität von Daten abzustellen. Konkret könnte der Geheimnisschutz für solche Bereiche, die Cloud Computing, Machine Learning oder datenintensive Analyseinstrumente nutzen, eingeschränkt werden.⁷⁷⁷ Weil die Wahrscheinlichkeit der Entdeckung des Geheimnisses auf legalem Wege mangels Arbeitnehmerflexibilität und dem Ersatz von Arbei-

771 Fromer, NYU Law Review, Vol. 94, No. 4, S. 706–736, 732 (2019).

772 Aplin, Trade Secrets Perspective, in: Lohsse/Schulze/Staudenmayer (Hrsg.), Trading Data, S. 59–72 (66f); Drexel et al., Data Ownership and Access to Data, Rn. 23; Europäische Kommission, Staff Working Document vom 10. Januar 2017, SWD(2017) 2 final, S. 20.

773 Drexel et al., Data Ownership and Access to Data, Rn. 25f; Lundqvist, Big Data, Open Data, Privacy Regulations, Intellectual Property and Competition Law in an Internet of Things World, S. 12; Schweitzer, GRUR 2019, 569 (571); Wiebe, GRUR Int. 2016, 877 (880).

774 Ohly, GRUR 2019, 441 (443).

775 Alexander, wrp 2017, 1034 (1038); Ohly, GRUR 2019, 441 (443).

776 Drexel, Designing Competitive Markets for Industrial Data, S. 22; Wiebe, GRUR Int. 2016, 877 (880).

777 Fromer, NYU Law Review, Vol. 94, No. 4, S. 706–736, 732ff (2019).

tern durch Maschinen quasi unmöglich ist, würden Geheimnisse durch selbstlernende Systeme perpetuiert. Als weitere Maßnahme könnte die Kartellrechtsdurchsetzung „exzessive Geheimhaltung“ als missbräuchliches Verhalten behandeln.⁷⁷⁸ Dies erinnert an die Essential-Facilities-Doktrin für Immaterialgüterrechte, die ein wettbewerbsschädliches überschießendes Verwertungsmonopol korrigiert, während dieser Vorschlag eine bloß faktische Position erodieren würde. Durch die Legalisierung von Reverse Engineering wurde auf unionsrechtlicher Ebene bereits ein weiterer Weg zur Erlangung von Geheimnissen eröffnet. Positiv zu bemerken ist auch die Open-Source-Fähigkeit zahlreicher KI-Anwendungen statt „exzessiver Geheimhaltung“.⁷⁷⁹

V. Datenschutzrecht, insbesondere Art. 20 DSGVO

Das Datenschutzrecht verfolgt nicht den Zweck der Ermöglichung von Innovationen. Als positiver Nebeneffekt wird die Entwicklung innovativer Dienste, die mit möglichst wenig oder ohne personenbezogene Daten auskommen, begrüßt. Weil ein verschärfter Datenschutz bürokratischen Aufwand und hohe Rechtsberatungskosten mit sich bringt und außerdem Einwilligungen bevorzugt etablierten Datenverarbeitern erteilt werden, kann der Datenschutz zu Monopolisierungstendenzen beitragen.⁷⁸⁰ Gleichzeitig erschwert die DSGVO den Erwerb von personenbezogenen Daten auf dem Sekundärmarkt und könnte zu Lock-Ins führen.⁷⁸¹ Um einem datenschutzrechtinduzierten Marktversagen entgegenzuwirken, wurde Art. 20 DSGVO konzipiert. Diese Vorschrift schafft ein individuelles Recht auf Datenübertragbarkeit. Die jeweils betroffene Person kann die sie betreffenden, bereitgestellten Daten (Volunteered und Observed Data)⁷⁸² in einem

778 Fromer, NYU Law Review, Vol. 94, No. 4, S. 706–736, 735 (2019): „anticompetitive misuse of secrecy“.

779 Fromer, NYU Law Review, Vol. 94, No. 4, S. 706–736, 736 (2019).

780 Drexel, Data Access and Control (BEUC), S. 54; Zingales, Data Protection Considerations in EU Competition Law, in: Nihoul/van Cleynenbreugel (Hrsg.), The Roles of Innovation in Competition Law Analysis, S. 79–130 (79).

781 Erwägungsgrund 66; Artikel-29-Datenschutzgruppe, Guidelines on the right to data portability, S. 5; BMWi, Wettbewerbsrecht 4.0, S. 44; Drexel, Data Access and Control (BEUC), S. 46; Schweitzer/Peitz, NJW 2018, 275 (277f).

782 So Artikel-29-Datenschutzgruppe, Guidelines on the right to data portability, S. 9f; Schweitzer, GRUR 2019, 569 (574); mit einem Überblick über die unterschiedlichen Positionen: BMWi, Wettbewerbsrecht 4.0, S. 39.

gängigen maschinenlesbaren Format herausverlangen, um sie einem anderen Datenverarbeiter zu übermitteln, oder sie direkt übermitteln lassen. Ein Datenstrom in Echtzeit ist nicht erfasst. Die möglichst unbürokratische Weitergabe bereits erfasster personenbezogener Daten an Datenverarbeiter, die mit dem ursprünglichen Erfasser im Wettbewerb stehen oder in den Wettbewerb treten möchten, aber die jeweiligen Daten nicht am Sekundärmarkt erwerben können, soll spezifische wettbewerbshemmende Auswirkungen der DSGVO abmildern.⁷⁸³ Art. 20 DSGVO enthält allerdings keine Marktanteilsschwelle und setzt kein marktmachtbedingtes Marktversagen voraus. Eine wettbewerbsfördernde Datenportabilität kann als eine Vorstufe eines Datenzugangsrechts betrachtet werden.

Hinterfragt wird nun, warum die Datenportabilität auf personenbezogene Daten beschränkt ist, weil ein Lock-In auch für nicht-personenbezogene Daten auftreten kann.⁷⁸⁴ Gegen eine universelle Datenportabilität spricht, dass sie spezifische antikompetitive Effekte der DSGVO abmildern soll.⁷⁸⁵ Eine Datenportabilität für nicht-personenbezogene Daten bräuchte eine eigene Rechtfertigung und insbesondere eine eigene rechtliche Konstruktion einer Berechtigung, weil eben keine natürliche Person betroffen ist. Außerdem wirkt es sehr umständlich, dass viele einzelne Nutzer einem Startup ihre historischen Daten portieren sollen. Zuletzt dürfte das Vertrauen in Startups fehlen, was die DSGVO für personenbezogene Daten zumindest rechtlich herstellt.⁷⁸⁶ Eine Datenportabilität ist zuletzt technisch limitiert durch die fehlende Interoperabilität von Datenformaten. Die Kommission Wettbewerbsrecht 4.0 befürwortet daher für marktbeherrschende Unternehmen weitergehende Pflichten zur Herstellung interoperabler Formate zur Stärkung des Rechts auf Datenübertragbarkeit.⁷⁸⁷

783 BMWi, Wettbewerbsrecht 4.0, S. 39; Monopolkommission, Sondergutachten 68, S. 105; Schweitzer/Peitz, Datenmärkte in der digitalisierten Wirtschaft: Funktionsdefizite und Regelungsbedarf, Discussion Paper No. 17–043, S. 9f, 37, 50; abgeleitete Daten/Inferred Data sind nicht erfasst, weil sie Leistungen des ersten Datenverarbeiters enthalten.

784 Europäische Kommission, Staff Working Document vom 10. Januar 2017, SWD(2017) 2 final, S. 48; Drexel, Designing Competitive Markets for Industrial Data, S. 57.

785 Schweitzer/Peitz, Datenmärkte in der digitalisierten Wirtschaft, S. 9f.

786 Drexel, Data Access and Control (BEUC), S. 54; Himmel/Seamans, Artificial Intelligence, Incentives to Innovate, and Competition Policy, Competition Policy International Antitrust Chronicle December 2017, S. 9.

787 BMWi, Wettbewerbsrecht 4.0, S. 41; Vorschlag von Echtzeit-Übertragungspflichten; allgemein: Europäische Kommission, Eine europäische Datenstrategie, COM(2020) 66 final, S. 10.

Der Facebook-Beschluss des Bundeskartellamts⁷⁸⁸ zeigt die Widersprüchlichkeit einer zu weitreichenden Datenportabilität auf: Wenn ein Unternehmen nicht die Gesamtheit seiner eigenen Datensätze verbinden und gemeinsam analysieren soll, kann es nicht erwünscht sein, dass unternehmensübergreifend – bei zwangsläufig vagen Datenschutzbedingungen – dieselben Daten geteilt und verbreitet werden sollen.

Insgesamt hält die DSGVO vom Teilen und Verarbeiten von Daten ab, weshalb eine strenge Durchsetzung oder gar Verschärfung des Rechts KI-Innovationen abträglich sein dürfte.⁷⁸⁹ Möglicherweise wird eine Interpretation oder Revision folgen, die den einen hohen Schutzstandard und datengetriebene Innovationen miteinander vereinbart. Die Begrenzung automatisierter Einzelfallentscheidungen limitiert entsprechende Innovationen explizit.⁷⁹⁰ Die Konzeption des Art. 20 DSGVO zeigt aber, dass die innovationshemmenden Wirkungen des Datenschutzrechts dem Unionsgesetzgeber bewusst waren. Inwiefern die Datenportabilität innovative Dienste ermöglicht, bleibt abzuwarten.⁷⁹¹ Sie kann nur funktionieren, wenn jene Dienste auch Schnittstellen für die Datensets bereitstellen. Trotz mehrjähriger Bereitstellung von Daten durch GAFAM-Unternehmen ist dies aktuell noch die Ausnahme.

VI. Standardisierungen

Regulierung kann durch die Förderung von Standardisierungsstrategien oder die unmittelbare Implementierung von Standards auf Innovationsaktivitäten einwirken. Standards können Interoperabilität gewährleisten und die Entwicklung komplementärer Dienste erlauben, wenn sie wettbewerbsfreundlich definiert und verwaltet werden.⁷⁹² Aus diesem Grund

788 BKartA, Beschluss vom 6. Februar 2019, B6–22/16 – Facebook.

789 Himmel/Seamans, Artificial Intelligence, Incentives to Innovate, and Competition Policy, *Competition Policy International Antitrust Chronicle December 2017*, S. 5.

790 Zingales, Data Protection Considerations in EU Competition Law, in: Nihoul/van Cleynenbreugel (Hrsg.), *The Roles of Innovation in Competition Law Analysis*, S. 79–130 (128).

791 Offene Fragen zu Art. 20 DSGVO: Schweitzer/Peitz, Datenmärkte in der digitalisierten Wirtschaft, S. 45ff.

792 Crémer/de Montjoye/Schweitzer, Competition policy for the digital era, S. 84; Grützmacher, Data Interfaces and Data Formats; in: Lohsse/Schulze/Staudenmaier (Hrsg.), *Trading Data*, S. 189–219 (189ff); Spulber, *Journal of Competition Law and Economics*, Vol. 4, No. 4, S. 915–966, 963ff (2008), Fn. 117.

sieht das Unionsrecht in qualifizierten Standardisierungsvereinbarungen keine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung, wenn sie in einem offenen, transparenten Verfahren gefunden wurden und keine Pflicht zur Einhaltung sowie ein diskriminierungsfreier Zugang bestehen.⁷⁹³

Innovations- und Standardisierungsstrategien können auch marktverschließend gekoppelt werden, wenn Innovationsnetzwerke oder FuE-JVs gemeinsam durchsetzen, dass ihre eigenen Innovationen zum Standard werden und diese Entscheidung nicht dem Markt überlassen.⁷⁹⁴ Der Innovationswettbewerb wird in diesem Fall mit dem Standardisierungswettbewerb durchgesetzt und parallel verstärkt, sodass konkurrierende Produkte oder Systeme, die von diesem Standard abweichen, nicht mehr marktverwertbar wären.⁷⁹⁵ Die wettbewerbsschädliche Schaffung von Standards kann Zugangsbegehren nach sich ziehen, um Interoperabilität zu ermöglichen. Dabei kann das Kartellrecht auch eine innovationsschädliche „self-fulfilling prophecy“⁷⁹⁶ veranlassen: Interoperabilitätsanforderungen können die Entwicklung neuer Technologien behindern, wenn sie nicht mit bestehenden Technologien zu verbinden sind. Die Intervention würde in diesem Fall genau das Problem schaffen, was sie zu lösen versucht.

Für die Implementierung des (Industrial) Internet of Things werden die Standardsetzung und Interoperabilität im Interesse aller Akteure sein.⁷⁹⁷ Gerade wegen des enormen ökonomischen Potentials der datengetriebenen Wirtschaft und der Gefahr von Ineffizienzen sollten keine übereilten Kompromisse zur Standardsetzung eingegangen werden. Datengetriebene Innovationen unterscheiden sich von vorangegangenen Innovationspfaden

793 Siehe für die Voraussetzungen: *Europäische Kommission*, Mitteilung vom 14. Januar 2011, C 11/1, Leitlinien zur Anwendbarkeit von Artikel 101 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit, Rn. 280.

794 Hoffmann-Riem, Immaterialgüterrecht als Referenzgebiet innovationserheblichen Rechts, in: Eifert/Hoffmann-Riem (Hrsg.), Geistiges Recht und Innovation, S. 15–40 (33).

795 Hoffmann-Riem, Immaterialgüterrecht als Referenzgebiet innovationserheblichen Rechts, in: Eifert/Hoffmann-Riem (Hrsg.), Geistiges Recht und Innovation, S. 15–40 (34).

796 Spulber, Antitrust and Innovation, *Journal of Competition Law and Economics*, Vol. 4, No. 4, S. 915–966, 962 (2008).

797 BMWi – Plattform Industrie 4.0, Zulässige Kooperationen von Unternehmen im Bereich Industrie 4.0, in: dass. (Hrsg.), Industrie 4.0 – Kartellrechtliche Betrachtungen, April 2018, S. 35–40 (36); Lundqvist, Big Data, Open Data, Privacy Regulations, Intellectual Property and Competition Law in an Internet of Things World, S. 4.

dadurch, dass sie weniger Wert auf gewerbliche Schutzrechte legen, aufeinander aufbauen und konstant weiterentwickelt werden. Somit können flexible Standards hilfreich sein, um interoperabilitätsfeindliche Einzelfalllösungen zu vermeiden und möglichst viele Innovationspfade offen zu halten.⁷⁹⁸

Die Industrie 4.0 und die Datenökonomie könnten möglicherweise von einer Standardisierung der Vertragsbedingungen und technischen Standards für Datenportabilität profitieren.⁷⁹⁹ Dies würde die Rechtssicherheit bei der Weitergabe von Daten erhöhen und Innovationen zuträglich sein. Allerdings wirkt Vertragsrecht nur dort, wo Verträge eingegangen werden, weil der Dateninhaber ein ökonomisches Interesse daran hat, die Daten zu teilen.⁸⁰⁰

VII. Sektorspezifische Datenzugangsregulierung

Sektorspezifisch wurden bereits im Sinne einer „Datenvorsorgepolitik“ und aus nicht-wettbewerbspolitischen Erwägungen vereinzelte Datenzugangsregeln geschaffen. Mit ihnen kommt das Recht seiner Bereitstellungs-funktion als Ermöglichungsrecht nach.⁸⁰¹

Auf unionsrechtlicher Ebene sind die REACH-Verordnung⁸⁰², die PSD2-Richtlinie⁸⁰³ und die Verordnung zum Zugang zu Reparatur- und Wartungsinformationen für Fahrzeuge⁸⁰⁴ zu nennen. Nach letzterer sind

798 Hovenkamp, George Mason Law Review, Vol. 19, No. 5, S. 1119–1145, 1123 (2012).

799 Borgogno/Colangelo, Data Sharing and Interoperability Through APIs, S. 12ff.

800 Vgl. Drexel, Designing Competitive Markets for Industrial Data, S. 41.

801 Crémer/de Montjoye/Schweitzer, Competition policy for the digital era, S. 9.

802 Verordnung (EG) Nr. 1907/2006 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 18. Dezember 2006 zur Registrierung, Bewertung, Zulassung und Beschränkung chemischer Stoffe (REACH) [...], ABl. L 396 vom 30. Dezember 2012, S. 1–851; REACH-Verordnung.

803 Richtlinie (EU) 2015/2366 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. November 2015 über Zahlungsdienste im Binnenmarkt [...], ABl. L 337 vom 23. Dezember 2015, S. 35–127; PSD2-Richtlinie: Payment Services Directive; dazu BMWi, Wettbewerbsrecht 4.0, S. 41ff.

804 Verordnung (EG) Nr. 715/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Juni 2007 über die Typgenehmigung von Kraftfahrzeugen [...] und über den Zugang zu Reparatur und Wartungsinformationen für Fahrzeuge, ABl. L 171 vom 29. Juni 2007, S. 1–16; Kfz-Typgenehmigungsverordnung. Letzt geändert durch Verordnung (EU) Nr. 459/2012, ABl. 142 vom 1. Juni 2012, S. 16–24.

Hersteller von Kraftfahrzeugen gemäß Art 6 verpflichtet, unabhängigen Marktteilnehmern in Aftermarket-Konstellationen (Werkstätten, Herstellern von Zubehör und Ersatzteilen) über das Internet in standardisiertem Format einen diskriminierungsfreien Zugang zu Reparatur- und Wartungsinformationen zu gewähren. Mittelbar dient dies dem Wettbewerb und dem Verbraucherschutz, weil so die Stellung der Hersteller auf nachgelagerten Märkten hinterfragt wird und der Innovations- und Preiswettbewerb erstarkt. Konsequent sind daher in Art. 7 Abs. 1 der Verordnung auch die Entgelte für diese Informationen reguliert. Die Begrenzung auf angemessene und verhältnismäßige Gebühren geben dem Preiswettbewerb eine realistische Chance.⁸⁰⁵ Die REACH-Verordnung verfolgt den Zweck des Schutzes der Gesundheit und der Umwelt (Art. 1 Abs. 1). Zur Vermeidung von Tests an Wirbeltieren bei der doppelten „Produktion“ einer Information geben Art. 27 und 30 ein Schema für das Teilen von testbezogenen Informationen vor (Erwägungsgrund 49): Es besteht sowohl die Pflicht zum Teilen als auch eine Pflicht zum Einholen von Informationen aus früheren Tests. Die REACH-Verordnung hat einige Anhaltspunkte, die für ähnliche Informationspflichten in anderen Sektoren übertragbar sind.⁸⁰⁶ Sie geht weiter als das Kartellrecht mit der EFD, weil sie dem zweiten Registranden explizit keine Substitution abverlangt. Zudem erfordert die Informationsgewährung eine vertragliche Verhandlung und ist eher marktorientiert als hoheitlich.⁸⁰⁷ In letzter Zeit ist zu beobachten, dass der Gesetzgeber in einigen Sektoren oder sektorübergreifend (PSI-Richtlinie) versucht, den Qualitätswettbewerb anzuregen, indem Zugang zu Daten gewährt wird.⁸⁰⁸ Dabei wird auf kartellrechtliche Untersuchungen und Marktdefinitionen verzichtet. Aus diesem Grund profitieren nicht nur neue Marktteilnehmer, sondern auch größere Unternehmen aus datengetriebenen oder traditionellen Industrien vom Zugang zu Daten. Die REACH-Verordnung dient dem Tierschutz, insofern ist dies nicht widersprüchlich. Anderes gilt für die PSD2-Richtlinie⁸⁰⁹ oder die Kfz-Typgenehmigungsverordnung. Es ist sinnvoll, die Wirksamkeit bereits bestehenden

805 *König*, Der Zugang zu Daten als Schlüsselgegenstände der digitalen Wirtschaft, in: Hennemann/Sattler (Hrsg.), *Immaterialgüter und Digitalisierung*, S. 89–103 (98).

806 *Drexl*, Designing Competitive Markets for Industrial Data, S. 64.

807 *Drexl*, Designing Competitive Markets for Industrial Data, S. 65.

808 Zum Folgenden: *Lundqvist*, Big Data, Open Data, Privacy Regulations, Intellectual Property and Competition Law in an Internet of Things World, S. 25.

809 Dazu *BMWi*, Wettbewerbsrecht 4.0, S. 41f.

der sektorspezifischer Datenzugangsregeln zu evaluieren, um Erkenntnisse für künftige Gesetzgebung nutzen zu können.

D. Gegenwärtige Diskussionen und Regulierungsperspektiven

Sowohl auf unionsrechtlicher⁸¹⁰ wie auch auf mitgliedstaatlicher Ebene mit der 10. GWB-Novelle wird eine Stärkung des Innovationswettbewerbs in datengetriebenen Märkten durch die Demokratisierung der Innovationsfähigkeiten diskutiert.⁸¹¹ Denkbar sind sowohl Änderungen des Kartellrechts als auch sektorspezifische und -übergreifende Regulierung. Grundsätzlich sollte Regulierung erst bei festgestelltem Marktversagen ansetzen⁸¹², und nicht bereits bei Spekulationen. Gerade im Hinblick auf künftige technologische Entwicklungen ergeben sich enorme prognostische Ungewissheiten, die die Abwägung von Exklusivität und Zugangspflichten erschweren. Eine frühzeitige Rechtsanpassung schafft Klarheit und bewirkt, dass eventuelle Zögerlichkeiten bei Unternehmenskooperationen oder Innovationen ausgeräumt werden. Gleichzeitig kann sie in unzureichender Kenntnis des Marktes und seiner Entwicklung erfolgen und damit Innovationen vollständig verhindern und Investitionen frustrieren.⁸¹³

Regulierung wirkt *ex ante* und beseitigt damit die Nachteile von *Ex-post*-Eingriffen und Gerichtsverfahren, die in der Regel unflexibel, langatmig und teuer sind.⁸¹⁴ Die von einem Marktversagen betroffenen Akteure könnten möglicherweise in der Zwischenzeit ihr Geschäft aufgeben. Eine

810 *Europäische Kommission*, Mitteilung vom 10. Januar 2017, COM(2017) 9 final; *dies.*, Staff Working Document vom 10. Januar 2017, SWD(2017) 2 final – die zentralen Themen der Mitteilung sind Datenzugang und Datentransfer; *Crémer/de Montjoye/Schweitzer*, Competition policy for the digital era.

811 *Schweitzer/Haucap/Kerber/Welker*, Modernisierung der Missbrauchsabsicht.

812 *BMWi – Plattform Industrie 4.0* (Hrsg.), Marktmacht durch Datenhoheit, in: *dass.*, *Industrie 4.0 – Kartellrechtliche Betrachtungen*, April 2018, S. 15–22 (22); *Duch-Brown/Martens/Müller-Langer*, The economics of ownership, access and trade in digital data, S. 36ff; *Kerber*, in: *Lohsse/Schulze/Staudenmayer* (Hrsg.), *Trading Data*, S. 109–135 (111).

813 Dazu allgemein: *Easterbrook*, The University of Chicago Law Forum, Vol. 207, S. 207–216, 215f (1996).

814 *Himel/Seamans*, Artificial Intelligence, Incentives to Innovate, and Competition Policy, *Competition Policy International Antitrust Chronicle* December 2017, S. 4; *Grützmacher*, Data Interfaces and Data Formats; in: *Lohsse/Schulze/Staudenmayer* (Hrsg.), *Trading Data*, S. 189–219 (211).

zu lange Prozessdauer ist dem Innovationsprozess nicht dienlich und das Recht kann mit ihm gerade dort, wo neue Geschäftsmodelle und ökonomische Besonderheiten neue rechtliche Theorien erfordern, nicht Schritt halten. Das bestehende Recht sollte wiederum nicht voreilig für inkompetent erklärt werden: Höchstrichterliche Rechtsfortbildung dauert einige Zeit. Dies sollte nicht zu Experimenten seitens der Legislative und der Exekutive führen.

Die diskutierten Regulierungsansätze können als vertikale und horizontale sowie sektorspezifische und sektorübergreifende Mechanismen unterschieden werden. Gerade in Bezug auf Trainingsdaten für selbstlernende Systeme wird kaum eine Unterscheidung von vertikalen und horizontalen Beziehungen möglich sein, daher wird diese Differenzierung hier vernachlässigt.

I. Sektorspezifische und sektorübergreifende Lösungen

Sektorspezifische und sektorübergreifende Regulierung sind die komplementären Punkte eines Spektrums für Regulierungsbezugspunkte, auf dem auch Zwischenlösungen zu finden sind. Die Gefahr sektorübergreifender Regulierung ist, dass sie über ihr Ziel hinausschießt, wettbewerblich unproblematische Marktkonstellationen erfasst und umfassend Innovationsanreize reduziert.⁸¹⁵ Zudem ist es wesentlich schwieriger, sie zukunftsorientiert zu formulieren, um künftige Geschäftsmodelle und Technologien in richtigem Maße zu erfassen. Sektorübergreifende Lösungen können einen Flickenteppich verhindern und erfassen auch künftige Entwicklungen.

Branchen- oder kontextspezifische Lösungen würden wiederum der Heterogenität von Informationen und Verwendungszwecken und der Marktrealität eher gerecht und wirken punktuell dort, wo ein Marktversagen festgestellt oder ein öffentlicher Zweck verfolgt wird.⁸¹⁶ Sie wägen die jeweiligen Interessen der Marktteilnehmer nuancierter gegeneinander ab. Wenn aktuell dominante Unternehmen in ihrem Innovationswillen derart eingeschränkt werden, dass sie nur noch zurückhaltend entwickeln, profitieren solche Unternehmen, die unter provokanter, bewusster Missachtung

815 Cass, Antitrust for High-Tech and Low, Boston Univ. School of Law, Law and Economics Research Paper No. 12–50, S. 5; Drexel, NZKart 2017, 415 (419).

816 Drexel, Data Access and Control (BEUC), Rn. 60, S. 159; Wiebe, CR 2017, 87 (92).

von regulatorischen Vorgaben auf Märkte dringen.⁸¹⁷ Es besteht die Möglichkeit, mit einer sektorspezifischen Lösung vorzugehen und damit Erfahrungen zu sammeln, die dann ausgewertet und generalisiert werden können.⁸¹⁸

Der Innovationsimulation und -offenheit scheint mit sektorspezifischen, klar formulierten Regulierungsansätzen eher gedient zu sein. Eine Beschränkung auf die Sektoren, auf denen ein Marktversagen festgestellt wurde und das Funktionieren des Marktes wiederhergestellt werden soll, ist regelmäßig der Eingriff von geringerem Gewicht und setzt unvorhersehbaren technologischen Entwicklungen keine voreiligen Grenzen.

II. Regulierungsinitiativen mit Bezug zu Big Data

Bezüglich der Datenökonomie besteht aktuell ein Geflecht aus sektorspezifischen wie auch sektorübergreifenden Regeln. Die DSGVO als derzeit dominierender Regelungsansatz muss schon ihrem Anspruch nach sektorübergreifend gelten.⁸¹⁹ Ein großer Teil der Regulierungsvorschläge betrifft die Internetökonomie, ohne dabei zwischen Marktplätzen, Software oder speziellen Dienstleistungen zu unterscheiden. Gleichzeitig wird auch Deregulierung nahegelegt, um Probleme zu beseitigen, die erst durch Regulierung, etwa ein strenges Datenschutzrecht, entstanden seien.⁸²⁰ So ist etwa die Implementierung der DSGVO und Beachtung der Dokumentationspflichten teuer und kann eigene, marktmachtverstärkende Skaleneffekte auslösen.

Auch wenn ein Extrem der Debatte um Dateneigentum und -zugang, nämlich das Dateneigentum⁸²¹, ad acta gelegt zu sein scheint, bewegen

817 Vgl. Über/Personenbeförderungsgesetz: BGH, Urteil vom 13. Dezember 2018, Az. I ZR 3/16 = GRUR 2017, 743.

818 *Drexel*, NZKart 2017, 415 (419); *Drexel et al.*, Data Ownership and Access to Data, Rn. 39; *Kerber*, Rights on Data, in: Lohsse/Schulze/Staudenmayer (Hrsg.), Trading Data, S. 109–133 (133).

819 *Scheuch*, Eckpunkte der rechtlichen Behandlung von Daten, in: Morik/Krämer (Hrsg.), Daten, S. 49–77 (59); *Schneider*, Innovationsoffene Regulierung datenbasierter Dienste in der Informationsgesellschaft, in: Körber/Kühling (Hrsg.), Regulierung – Wettbewerb – Innovation, S. 113–141 (119).

820 *Determann/Perens*, Berkeley Technology Law Journal, Vol. 32, No. 2, S. 915–988 (2017).

821 Siehe Kapitel 4 C.II.2.b) De lege ferenda – Diskussion um ein Dateneigentum, S. 265; zu dem Spektrum: *Kerber*, Rights on Data, in: Lohsse/Schulze/Staudenmayer (Hrsg.), Trading Data, S. 109–135 (109ff).

sich Regulierungsvorschläge auf einem Spektrum zwischen einer Situation ohne Schutzrecht mit Zugangspflichten und der Situation mit Schutzrecht ohne Zugangspflichten. Grundsätzlich sollte freiwilliger Datenhandel in einer Marktwirtschaft die beste Lösung sein. Stellt sich der Datentransfer oder -zugang als systemisches Problem dar, ist das punktuell eingreifende Kartellrecht nicht das geeignete Instrument.⁸²² Eine spezielle Regulierung wirft dann wiederum Folgefragen zur Interoperabilität und Standardisierung der Daten auf und müsste Teil eines multidimensionalen Datenverkehrsrechts⁸²³ sein. Zwangsläufig wäre auch die Vergütung des Zugangs zu regulieren: Der Wettbewerb profitiert nicht, wenn das datenreiche Unternehmen die jeweiligen Märkte mittelbar durch überhöhte Lizenzgebühren kontrolliert. Eine Regulierung in diesem dynamischen Kontext muss innovationoffen sein und darf keine möglicherweise ineffizienten Datenformate festschreiben. „Neue“ Technologie kann ein bedeutender Regulator sein und Marktzugangshürden ausräumen. Insofern ist als mildere Maßnahme sinnvoll, die Attraktivität des Datenhandels durch die Senkung von Transaktionskosten mithilfe von Leitlinien, Standardvertragsklauseln und Interoperabilitätsvorgaben zu erhöhen.⁸²⁴ Dieser Ansatz deutet in Richtung einer koordinierten Selbstregulierung, bei der das Netzwerk und der Markt ihre Probleme selbst lösen, um einer hoheitlichen Regulierung zu entkommen. Bei der Bewertung von Innovationsanreizen kann das Immaterialgüterrecht als Referenzgebiet für sektorübergreifende innovationsstimulierende Rechtsetzung dienen, obwohl ein solches für bloße Daten richtigerweise abgelehnt wird.

III. „GWB-Digitalisierungsgesetz“

Neben der Umsetzung der ECN+-Richtlinie führte die zehnte Novelle des GWB zu beachtlichen Änderungen des Missbrauchstatbestandes. So wurden die §§ 18, 19, 20 GWB stark angepasst und ein neuer § 19a GWB

822 BMWi, Wettbewerbsrecht 4.0, S. 38; Drexel et al., Data Ownership and Access to Data, Rn. 31; Drexel, Designing Competitive Markets for Industrial Data, S. 44.

823 Schneider, Innovationoffene Regulierung datenbasierter Dienste in der Informationsgesellschaft, in: Körber/Kühling (Hrsg.), Regulierung – Wettbewerb – Innovation, S. 113–141 (114).

824 Europäische Kommission, Mitteilung vom 10. Januar 2017, COM(2017) 9 final, S. 13f; siehe dazu Kapitel 5 C.II.1. Open Standards.

eingeführt. Mit diesen Änderungen werden Vorschläge der Studie zur Modernisierung der Missbrauchsaufsicht⁸²⁵ umgesetzt.

An verschiedenen Stellen des Missbrauchsrechts wird künftig der „Zugang zu wettbewerbsrelevanten Daten“ betont, nämlich in § 18 Abs. 3 Nr. 2, § 19 Abs. 2 Nr. 4, § 20 Abs. 1a und im neu zu schaffenden § 19a. Mit der 9. GWB-Novelle wurde der Datenzugang bereits als Kriterium in § 18 Abs. 3a Nr. 4 eingeführt, um der wirtschaftlichen Relevanz von Daten Rechnung zu tragen.⁸²⁶ Bisher hat sich keine Rechtsprechung oder Anwendungspraxis zur Beurteilung der Wettbewerbsrelevanz von Daten etabliert. Einzig die Facebook-Entscheidung des Bundeskartellamts nahm eine erste Einordnung vor.⁸²⁷ Es ist aber zweifelhaft, dass sie dem Kriterium der Wettbewerbsrelevanz eine Bedeutung beimaß, die über die Quantität und den grundsätzlichen Nutzen der Datenerfassung hinausgeht.

§ 19 Abs. 2 Nr. 4 wurde als Regelbeispiel nach der Rechtsprechung zur Essential-Facilities-Doktrin erweitert⁸²⁸ und betont explizit Daten als Objekt eines möglichen Zugangsbegehrens. Der Anwendungsbereich dürfte hierdurch nicht erweitert werden. Grundsätzliche Probleme der Formulierung eines Zugangsbegehrens im Hinblick auf Daten sowie des Nachweises ihrer Notwendigkeit bleiben bestehen.

Systematisch gänzlich neu ist hingegen § 19a GWB. Dieses Instrument soll explizit eine Kontrolle von „Digitalkonzernen“ mit überragender marktübergreifender Bedeutung für den Wettbewerb ermöglichen.⁸²⁹ Es sieht eine zweistufige Prüfung vor: Zunächst stellt das Bundeskartellamt die Normadressatenschaft fest (Abs. 1 mit Verweis auf § 18 Abs. 3a). Hier ist unter anderem auch der „Zugang zu wettbewerbsrelevanten Daten“ zu berücksichtigen, vgl. Abs. 1 S. 2 Nr. 4. Wegen des Verweises auf § 18 Abs. 3a kommen als Normadressaten nur Unternehmen in Betracht, die auf mehrseitigen Märkten oder in Netzwerken in erheblichem Umfang tätig sind. Dies soll den Anwendungsbereich auf „Unternehmen mit Schwerpunkt im Bereich digitaler Geschäftsmodelle“ begrenzen.⁸³⁰ Die marktübergreifende Betrachtung ist eine erste Lösung von der Notwendigkeit der Definition sachlich relevanter Märkte, die gerade in dynamischen Sektoren schwerfällt. Die Gesetzesbegründung scheint damit die GAFAM-

825 Schweitzer/Haucap/Kerber/Welker, Modernisierung der Missbrauchsaufsicht.

826 BT-Drucks. 18/10207, S. 15.

827 BKartA, Beschluss vom 6. Februar 2019, B6–22/16 Rn. 481ff – Facebook.

828 Regierungsentwurf, BT-Drucksache 19/23492, S. 72.

829 Inspiriert von Furman *et al.*, Unlocking Digital Competition, Rn. 2.38, 2. 116: „strategic market status“, vgl. Steinberg/Wirtz, WuW 2019, 606 (611).

830 Regierungsentwurf, BT-Drucks. 19/23492, S. 74.

Unternehmen zu addressieren und rechnet mit drei Feststellungen in den ersten fünf Jahren.⁸³¹ Nach der Feststellungentscheidung kann das Bundeskartellamt gemäß Abs. 2 ex nunc Abstellungsverfügungen erlassen, die sich etwa auf Interoperabilität, Datenportabilität und Nichtdiskriminierung richten.

Es handelt sich um ein Sonderkartellrecht für Unternehmen mit digitalen Geschäftsmodellen, die aufgrund einer ihnen zugeschriebenen Bedeutung eine erhöhte Verantwortung für den Wettbewerb tragen sollen. Gegenüber der Fassung des Referentenentwurfs wurde die Formulierung der Vorschrift gestrafft und durch Aufnahme von Regelbeispielen reduziert. Trotzdem bleibt sie ohne die Möglichkeit eines Rückgriffs auf Fallpraxis vage und unsicher und kann damit die Innovationsanreize der adressierten Unternehmen reduzieren. Gleichzeitig ist nicht klar, warum sich das Instrument auf einen Sektor beschränkt und nicht insgesamt Unternehmen mit strategischen Stellungen adressiert. Die Industrie 4.0 wird auch für Unternehmen, die nicht vordergründig digitale Geschäftsmodelle verfolgen, Abhängigkeiten intensivieren und ihnen Einflussnahmemöglichkeiten auf Nutzer und Zulieferer verschaffen. Ob zusätzlich Transportmöglichkeiten, Informationsdienste, Finanz- oder Versicherungsprodukte angeboten werden oder sich das Angebot auf digitale Dienste beschränkt, darf nicht entscheidend sein.

§ 19a verbietet ein missbräuchliches Verhalten (Abs. 2) aus Gründen der Rechtssicherheit erst nach oder mit einer Verfügung gemäß Abs. 1. Es verdrängt die §§ 19, 20 GWB nicht.

Weiterhin stellt § 20 klar, dass relative Marktmacht auch gegenüber großen Unternehmen, nicht nur KMU, bestehen kann. Die Begründung betont den Sonderfall, dass eine Abhängigkeit sich auch aus der Notwendigkeit eines Datenzugangs ergeben kann (Abs. 1a). Eine entsprechende Abhängigkeit setzt keinen vorangegangenen Geschäftsverkehr für diese Daten voraus. Die Neufassung soll einen „Anspruch auf Datenzugang in bestimmten Konstellationen“⁸³² schaffen. Dies würde die Innovations- und Wettbewerbsfähigkeit der Volkswirtschaft stärken. Dieser Anspruch soll nur in spezifischen Konstellationen gegeben sein, soweit „die Vorteile einer mehrfachen Nutzung der betreffenden Daten die Nachteile eines Verlustes der exklusiven Verfügung über diese Daten überwiegen.“⁸³³ Dies kann in Wertschöpfungsnetzwerken der Fall sein; insbesondere dann,

831 Regierungsentwurf, BT-Drucks. 19/23492, S. 61.

832 Regierungsentwurf, BT-Drucks. 19/23492, S. 56.

833 Regierungsentwurf, BT-Drucks. 19/23492, S. 80.

wenn die Verhandlungspositionen der Beteiligten von Imperfekt geprägt sind. Aus diesem Grund ordnet sich die Anspruchsgrundlage systematisch in § 20 ein, der Verhandlungsasymmetrien erfasst. Der Anspruch erfasst auch Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse sowie personenbezogene Daten, die dann jeweils zu bereinigen oder anonymisieren wären. Dieses Modell eines kartellrechtlichen Datenzugangsanspruchs zielt nicht auf eine umfassende Öffnung von „Datensilos“ ab, sondern beschränkt sich auf bestehende Wertschöpfungsnetzwerke. Es setzt damit nicht die unten diskutierten Vorschläge für umfassende Datenzugangsregulierung um und zielt auch nicht konkret auf die Förderung selbstlernender Systeme ab. Es lässt theoretisch den Raum für innovationspolitische Datenzugangsinstrumente.

IV. Innovationsstimulierende Regulierung – Modell

Nur wenige Regelungswerke außerhalb des Immaterialgüterrechts bezwecken die Stimulation von neuem Wissen und neuen Produkten. Bisher eröffnet die Einzelfallbeurteilung durch das Kartellrecht die Möglichkeit, Interventionen auf die jeweiligen Einzelfallumstände und die konkrete Technologie maßschneidern zu können.⁸³⁴ Außerdem können sich punktuelle Eingriffe an Innovationszyklen und das Entwicklungstempo des Marktes anpassen. Eine vordergründig innovationsstimulierende Regulierung ist wegen ihrer Ex-ante-Wirkung notwendig statischer Art und muss deshalb so konzipiert werden, dass sie die Einzelfallumstände bestmöglich beachtet. Da der Produkt- und der Innovationswettbewerb eng verwoben sind und diskutierte Regulierungsansätze vorwiegend die Innovationsfähigkeiten „kleiner“ und neuer Marktteilnehmer in den Blick nehmen, liegt es nicht fern, dass eine entsprechende Regulierung sich an kartellrechtlichen Kriterien orientiert. Die in diesem Kapitel gewonnenen Erkenntnisse zu innovationsbezogener Missbrauchsuntersuchung, Fusionskontrolle und Absprachen werden aufgegriffen, um ein ursachenadäquates Modell zu entwickeln, das bei bestmöglicher Erhaltung der Innovationsanreize eine Marktöffnung erlaubt. Ausdrücklich definieren diese Kriterien nur eine Eingriffsschwelle und kein illegales Verhalten. Letzteres ist der kartellrechtlichen Missbrauchskontrolle unterworfen. Konkret werden hier ein Marktgrößenkriterium, ein Konzentrationskriterium und ein Permanenzkriterium vorgeschlagen, die kumulativ als Voraussetzungen marktöffnen-

⁸³⁴ Graef, Rethinking the essential facilities doctrine for the EU digital economy, S. 19.

der Maßnahmen erfüllt sein müssen.⁸³⁵ Die Höhe dieser Schwellen muss auf der Grundlage ökonomischer Studien bestimmt werden.

Eine ähnliche zweistufige Prüfung sehen das GWB mit dem neuen § 19a⁸³⁶ und der Entwurf des Digital Markets Act mit der ‚designation‘ eines Gatekeepers⁸³⁷ vor. § 19a Abs. 1 GWB sieht vor, dass anhand verschiedener Kriterien wie dem Marktanteil, der Finanzkraft und Datenzugang zunächst eine strategische Stellung von Unternehmen mit schwerpunkt-mäßig digitalen Geschäftsmodellen festgestellt wird. Anschließend könnte das Bundeskartellamt ex nunc Abstellungsverfügungen im Hinblick auf marktverschließende Verhaltensweisen erlassen. Die Vorschrift sieht wie dieses Modell Ermessensentscheidungen, Befristungen und eine Beweislastumkehr für Rechtfertigungsgründe vor. Allerdings scheinen die Voraussetzungen für eine strategische Stellung weniger an Innovationspotentialen und dem tatsächlichen Marktverschluss orientiert und dank zahlreicher unbestimmter Rechtsbegriffe insgesamt recht vage. Solange sich Unternehmen nicht darauf einstellen können, dürfte die Rechtsunsicherheit ihre Innovationsanreize reduzieren. Der Anwendungsbereich des vorgeschlagenen Digital Markets Acts (DMA) scheint mit einem Zuschnitt auf etwa zehn Unternehmen der Plattform- und Digitalwirtschaft etwas weiter und hält als Anhaltspunkte für eine Feststellung quantitative Kriterien vor (Artikel 3 Abs. 2).⁸³⁸ Hierzu zählt gemäß Art. 3 Abs. 2 lit. c auch eine Art „Permanenzkriterium“, weil bestimmte Nutzerzahlen in mindestens drei Geschäftsjahren überschritten sein mussten. Allerdings scheint auch diese Vorschrift als Sonderkartellrecht eng auf die GAFAM-Unternehmen zugeschnitten zu sein, während das hier vorgestellte Modell grundsätzlich auf alle Sektoren Anwendung findet, was angesichts des Verschwimmens von digitalen und traditionellen Geschäftsmodellen sachgerechter erscheint.

Der Aufbau als dreistufige Prüfung erinnert an den Drei-Kriterien-Test des § 10 Abs. 2 TKG. Die ersten beiden Kriterien gleichen dem Konzenta-

835 Angelehnt an *Bartling*, Leitbilder der Wettbewerbspolitik, S. 108ff, 127f; sowie in Bezug auf Netzwerkgüter: *Fichert*, Wettbewerbspolitik im digitalen Zeitalter. Öffnung verachteter Märkte virtueller Netzwerkgüter, S. 17ff; aufgegriffen von *Sohns*, Monopolisierungstendenzen bei Netzwerkgütern, S. 251–256.

836 Regierungsentwurf, BT-Drucks. 19/23492, S. 73ff.

837 *Europäische Kommission*, Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über bestreitbare und faire Märkte im digitalen Sektor (Gesetz über digitale Märkte; Digital Markets Act), 15. Dezember 2020, COM(2020) 842 final.

838 *Europäische Kommission*, Vorschlag für ein Gesetz über digitale Märkte, 15. Dezember 2020, COM(2020) 842 final.

tions- und dem Permanenzkriterium. In dem vorgestellten Modell sollen jedoch konkrete numerische Schwellen – wie im DMA-Entwurf angedeutet – festgelegt und als Tatbestandsmerkmale geprüft werden. Außerdem sind die betrachteten Märkte nicht auf einen Sektor begrenzt.

1. Marktgröße

Nach dem Marktgrößenkriterium des Modells sollte eine marktöffnende Regulierung nur auf solchen Märkten eingreifen, die bereits eine gewisse Größe, also ein bestimmtes jährliches Umsatzvolumen, aufweisen. Auf absolut umsatzschwachen Märkten dürften die bestehenden Eintrittsbarrieren relativ leicht überwindbar sein. Außerdem dürfte die Bedeutung des Marktes ein Regulierungsverfahren nicht rechtfertigen. Komplikationen dürften sich aus der räumlichen und sachlichen Marktabgrenzung ergeben. Für mehrseitige Märkte müssten selbstverständlich beide Seiten betrachtet werden, gegebenenfalls sind „Aufmerksamkeitsmärkte“ oder zusätzliche Aftermarket-Leistungen einzubeziehen. Bei digitalen Diensten dürfte sich räumlich häufig ein Weltmarkt ergeben. Das Marktgrößenkriterium garantiert, dass nicht voreilig in sich in frühen Entwicklungsphasen befindliche Märkte eingegriffen wird. Es wirkt bereits dadurch, dass Märkte mit innovativen Produkten erst nach einiger Zeit definierbar und einer Bewertung zugänglich sind. Es garantiert, dass nur in volkswirtschaftlich relevante Sektoren eingegriffen wird.

2. Marktkonzentration – Vermachtung

Zweitens würde ein Konzentrationskriterium an die Marktmacht des Regulierungsobjektes anknüpfen und eine Identifikation des oder der Adressaten ermöglichen. Zu diesem Zweck wären der Marktanteil und weitere Marktmachtdeterminanten heranzuziehen. § 18 Abs. 3, 3a und 3b GWB könnten hierfür Modell stehen. Ein solches Kriterium garantiert, dass nur solche Unternehmen mit bedeutender oder quasi-monopolistischer Stellung auf dem jeweiligen Markt der Regulierung unterworfen sind. Nur ausreichend etablierte Unternehmen würden erfasst und innovative Marktteilnehmer blieben vorerst „verschont“ von bürokratischem Aufwand und Dämpfern für ihre Innovationsanreize. Ein ausgewogenes Wettbewerberfeld kann das Bedürfnis nach Herstellung eines Level Playing Field nicht

rechtfertigen.⁸³⁹ Zwangsläufig kann nur ein Unternehmen, das bereits einige Zeit im Markt aktiv ist, erfasst sein, weshalb ein Konzentrationskriterium die initialen Vorsprungsgewinne eines neuen Geschäftsmodells verschont, solange das Unternehmen diese als Belohnung für FuE wahrnehmen kann und sie nicht in allgemeinen Gewinnen aufgehen. Eine innovationsstimulierende Regulierung muss zwingend Vorreitervorteile und Monopolgewinne gewähren, um Innovationsanreize zu erhalten.⁸⁴⁰ Die jeweils anzusetzende Marktanteilsschwelle würde sich idealerweise nach dem betrachteten Sektor richten. Auf Märkten mit starken Skalen- und Netzwerkeffekten dürfte sie höher anzusetzen sein, weil der Wettbewerb um den Markt geführt wird. In datengetriebenen Märkten wäre wohl eine Quasi-Monopolstellung erforderlich. Ergänzend sind auch die Finanzkraft des Regulierungsobjekts, die Marktanteile der Wettbewerber und bestehende Kooperationen oder Verflechtungen im Markt zu betrachten.

Ohne ein solches Konzentrationskriterium oder bei niedrigen Schwellen würde ein „überschießendes Wettbewerbsrecht“ vorliegen. Das Vorenthalten interner Ressourcen durch beliebige Marktteilnehmer ist ein legales, ökonomisch nachvollziehbares Verhalten. Der Wettbewerb kennt keine Regel zur Rücksichtnahme auf potentielle Konkurrenten und keine allgemeine Fairness-Regel. Eine marktbeherrschende Stellung zu erlangen und innezuhaben, ist per se nicht zu missbilligen. Sie kann das Ergebnis von erwünschtem Leistungswettbewerb sein.⁸⁴¹ Dieses Modell würde nicht die marktmächtige Stellung pönalisieren,⁸⁴² sondern sie nur temporär zum Anknüpfungspunkt marktöffnender, innovationsstimulierender Maßnahmen machen.

839 Kühling, Innovationsschützende Zugangsregulierung in der Informationswirtschaft, in: Eifert/Hoffmann-Riem (Hrsg.), Innovationsfördernde Regulierung, S. 47–69 (52).

840 Kühling, Innovationsschützende Zugangsregulierung in der Informationswirtschaft, in: Eifert/Hoffmann-Riem (Hrsg.), Innovationsfördernde Regulierung, S. 47–69 (52).

841 Schweitzer/Haucap/Kerber/Welker, Modernisierung der Missbrauchsaufsicht, S. 27.

842 Vgl. Hylton, A Unified Framework for Competition Policy and Innovation Policy, S. 1: „too speculative [...] to serve as a justification for moderating penalties“.

3. Permanenz

Zuletzt müsste ein Permanenzkriterium sicherstellen, dass nur dauerhaft konzentrierte Märkte Gegenstand einer marktöffnenden Regulierung werden.⁸⁴³ Dynamische Märkte mit regelmäßig wechselnden starken Innovatoren weisen offensichtlich ausreichende wettbewerbliche Selbstheilungs Kräfte auf. Das Marktgrößen- und das Konzentrationskriterium müssten für einen längeren Zeitraum, zum Beispiel länger als drei Jahre, erfüllt sein, um von einem Marktöffnungsbedürfnis ausgehen zu können. Dieses Kriterium stellt sicher, dass nicht nur eine Momentaufnahme betrachtet wird.⁸⁴⁴ Außerdem motiviert es Wettbewerber zum Verfolgungswettbewerb, indem es auf einen konzentrierten Markt nicht unmittelbar mit Regulierung reagiert, sondern die Wettbewerber dazu auffordert, mögliche Hürden innovativ zu umgehen und dem Quasi-Monopolisten Marktanteile abzunehmen.⁸⁴⁵ Eine unmittelbar bereitgestellte Zugangsoption hält sie von eigenen Investitionen ab, weil diese in Relation unwirtschaftlich erscheinen.

Zusammengenommen stellen die drei Kriterien sicher, dass Marktöffnungen nur in volkswirtschaftlich relevanten und dauerhaft konzentrierten Märkten in Betracht kommen.⁸⁴⁶ Außerhalb der betroffenen Märkte bleiben Vorreitervorteile für innovative Unternehmen erhalten und es bleibt die Sicherheit, für die Mindestdauer des Permanenzkriteriums nicht Gegenstand marktöffnender Maßnahmen zu werden. Die Mindestdauer kann sich nach der Länge der vorherrschenden Innovations- oder Produktlebenszyklen richten: Digitale Güter können sich beispielsweise dank niedriger Kopierkosten und Skalenvorteilen schnell verbreiten als in der Anschaffung teure Güter wie Maschinen und Kraftfahrzeuge. Weil potentiell eine schnellere Verbreitung der Innovation möglich ist, können die Vorreitervorteile vermutlich ab einem früheren Zeitpunkt genossen werden. Zu bedenken ist wiederum, dass die den Monopolgewinnen vorausgehen-

843 Cass, Antitrust for High-Tech and Low, Boston Univ. School of Law, Law and Economics Research Paper No. 12–50, S. 33.

844 Ähnlich: Haucap/Schweitzer/Kerber/Welker, Modernisierung der Missbrauchsauflösicht, S. 27: „Ist der Wettbewerb auf Märkten längerfristig geschwächt“.

845 Vgl. zur Notwendigkeit des Verfolgungswettbewerbs: Kübling, Innovations schützende Zugangsregulierung in der Informationswirtschaft, in: Eifert/Hoffmann-Riem (Hrsg.), Innovationsfördernde Regulierung, S. 47–69 (52).

846 Zu den – nicht innovationsbezogenen – Kriterien eines Regulierungsbedürfnisses nach § 10 Abs. 2 TKG: Kapitel 5 A. Voraussetzung eines Marktversagens, S. 329.

den Investitionen auch bei digitalen Gütern einen längeren Vorsprung rechtfertigen. Die Vorhersehbarkeit des Zeitpunkts, ab dem die Eingriffschwelle überschritten ist, dürfte auch für dominante Marktteilnehmer Anreize setzen, mit neuen Entwicklungen auf den Markt zu drängen und Ressourcenvorteile für Innovationsaktivitäten zu nutzen, ohne sich auf einer vermeintlich sicheren Marktstellung auszuruhen. Somit wären sie einem möglichen Imitationswettbewerb einen Schritt voraus.

4. Rahmenbedingungen und Durchführung

Zusätzlich wäre ein Negativkatalog für nicht betroffene Sektoren denkbar, wenn die beschriebenen Regeln sektorübergreifend gelten sollten. Die Aufnahme von Rechtfertigungsgründen erscheint mangels Vergleichbarkeit über Sektoren hinweg schwierig, besser geeignet wäre wohl eine explizite behördliche Ausnahme in Einzelfällen.

Auf der Rechtsfolgenseite könnten die Pflicht zum befristeten Teilen von Informationen oder anderen Innovationsressourcen oder ein Verbot von Verhaltensweisen, die ohne wesentliche Vorteile für Nachfrager eine spürbare Erhöhung der Marktzutrittshürden bewirken, stehen. Letzteres würde Walled Gardens, Interoperabilitätsverweigerungen, Verdrängungsstrategien oder Diskriminierungen erfassen und einer Abwägung gegen Effizienzsteigerungen zugänglich sein.⁸⁴⁷ In diesem Kontext wäre eine oben erwogene Öffnung der „Essential Resources of Innovation“ möglich.⁸⁴⁸ Beide erfolgte Open-Innovation- oder Open-Data-Maßnahmen sollten „angerechnet“ werden, sofern sie nicht nur scheinbar externe Innovationen ermöglichen sollten. Die Maßnahmen sollten auf eine Senkung der Zutrittshürden zum Innovationswettbewerb abzielen und befristet sein, um ausreichend Anreize zu eigener Entwicklungstätigkeit zu geben und ein „Piggybacking“⁸⁴⁹ zu verhindern. Sie sollen, weil eben kein missbräuchliches Verhalten festzustellen ist, nicht rückwirkend ansetzen oder ein Verhalten beseitigen. Weil Zugangsrechte wohl hauptsächlich die Fähigkeiten zur Schaffung von inkrementellen Innovationen erweitern, erhalten das Permanenzkriterium und eine Befristung in beide Richtungen die Anreize zur Schaffung von disruptiven Innovationen, um die Entwicklungswielfalt

847 Cass, Antitrust for High-Tech and Low, Boston Univ. School of Law, Law and Economics Research Paper No. 12–50, S. 34.

848 Siehe S. 178ff.

849 Deutsch: Huckepackverkehr.

zu erhalten. Das Ziel einer entsprechenden Regulierung ist explizit nicht, dass sich die Marktstruktur verändert oder einem starken Unternehmen Marktanteile abgenommen werden, sondern vielmehr der Abbau von Innovationshürden und die Stärkung von Innovationsanreizen auf beiden Seiten. Ein Erfordernis von Untersuchungen durch Marktumfragen und die Notwendigkeit einer Anhörung möglicherweise zu verpflichtender Unternehmen garantieren, dass die Innovationshemmnisse präzise erfasst und nur erforderliche Maßnahmen angeordnet werden, die auch die „gehemmten“ Unternehmen als wirksam ansehen.

Tatsächlich sind die genannten Kriterien und Rechtsfolgen an das Kartellrecht angelehnt. Dies ist damit zu begründen, dass eine innovationsstimulierende Regulierung, die eben die Öffnung von Märkten und Demokratisierung von Innovationsressourcen zu erreichen versucht, wettbewerbliche Ziele verfolgt. Für diese Ziele hat sich das Kartellrecht bewiesen und verfügt über etablierte Werkzeuge, die ein Mindestmaß von Rechtssicherheit und rechtsstaatlicher Überprüfbarkeit garantieren.⁸⁵⁰ Es bleibt dabei, dass dynamische Märkte schwer zu definieren sind und auch dieses Modell die Schwäche hat, dass Märkte zu eng oder zu weit definiert werden könnten.⁸⁵¹ Im Ergebnis ist die Demokratisierung von Innovationsfähigkeiten ein wettbewerbspolitisches Ziel.⁸⁵² Der Erhalt der dem Qualitätswettbewerb immanenten Innovationsanreize erscheint ohne die Einbeziehung der Nachfrage am Markt kaum möglich, weil die Regulierungsbehörde andernfalls selbst die Qualität von Innovationen beurteilen müsste. Für diese Aufgabe ist der funktionierende Markt besser qualifiziert.

E. Fazit

Innovationen stehen von der Invention bis zur Diffusion in einem Spannungsfeld von hindernden und ermöglichen Kräften. Rechtliche Ins-

850 Drexel, Data Access and Control (BEUC), S. 37: „Yet such legislation should be competition-oriented“; allgemein gegen die Definition von relevanten Märkten für heterogene Güter: Kaplow, Harvard Law Review, Vol. 124, S. 438–517, 515ff (2010).

851 Siehe z. B. Cass, Antitrust for High-Tech and Low, Boston Univ. School of Law, Law and Economics Research Paper No. 12–50, S. 13.

852 Wielsch, Zugangsregeln, S. 130: „[Das Kartellrecht] sorgt dafür, dass der Wettbewerb die Wettbewerber kontrolliert und nicht umgekehrt einzelne Wettbewerber über die Voraussetzungen des Wettbewerbs verfügen können.“.

trumente wirken im Zusammenspiel mit anderen Steuerungsmöglichkeiten wie Geld, Informationsvorsprüngen und Marktmacht. Ein Regulierungsmechanismus, der sowohl langfristig als auch kurzfristig Innovationsaktivitäten steigert, ist utopisch. Eine künstliche Erhöhung der Anreize einer Seite senkt Anreize bei anderen Marktteilnehmern. Das Kartellrecht sollte die Sicherung der Bestreitbarkeit von Märkten als eine seiner Aufgaben betrachten.⁸⁵³ Dabei stehen Rechtssicherheit und der Schutz von privatem Eigentum nicht zur Disposition, weil sie die Grundvoraussetzungen eines funktionierenden Marktes sind.⁸⁵⁴ Weiterhin wurde in diesem Kapitel gezeigt, dass die Essential-Facilities-Doktrin systemische Datenzugangsprobleme nicht lösen kann: Einen „Nicht-Einstieg in Datensekundärmarkte“ per se als Missbrauch zu qualifizieren, liegt fern. Die Frage, ob inkrementelle oder disruptive Innovationen bevorzugt werden, ist eine wettbewerbspolitische Entscheidung, die mit Blick auf Ambitionen in der Datenökonomie zu treffen ist. Sie spielt in die Beantwortung vieler Fragen hinein, etwa die Strenge bei der Anwendung der Essential-Facilities-Doktrin: Wenn zu bereitwillig zu der Herausgabe von Interoperabilitätschnittstellen oder Rechte geistigen Eigentums verpflichtet wird, kann dies Investitionen in disruptive Innovationen und experimentelle Innovationspfade frustrieren. Ähnliche Erwägungen sind bei der Prüfung von Zusammenschlussvorhaben und Missbrauchsfällen vorzunehmen, um die Aussichten auf temporäre Monopolgewinne für disruptive Vorreiter zu erhalten. Offen bleibt, ob die Europäische Kommission den in *Dow/DuPont* eingeschlagenen Weg der Betrachtung von Innovationsräumen weitergeht und ihn möglicherweise sogar zu einem Konzept der „Data innovation spaces“⁸⁵⁵ weiterentwickelt, wobei auch hier innovationsbezogene Effizienzen zu beachten sein werden. Die Innovation mit einer damit eingehenden Monopolstellung des Innovators ist wirtschaftlich und wettbewerblich besser als die Stagnation technologischer Entwicklung.⁸⁵⁶

Bei der Stimulation von Innovationsaktivitäten wirken Kartellrecht und Regulierung komplementär und bedingen einander, um unerwünschte Auswirkungen auszugleichen. Es wurde gezeigt, dass Anreizmechanismen

853 Graef, Data as Essential Facility, S. 73.

854 Bartling, Leitbilder der Wettbewerbspolitik, S. 126.

855 Schweitzer, GRUR 2019, 569 (580).

856 Hylton, A Unified Framework for Competition Policy and Innovation Policy, Boston University School of Law Working Paper No. 13–55, S. 11; sowie Crémér/de Montjoye/Schweitzer, Competition policy for the digital era, S. 126f: „erring to the disadvantage of innovation is likely to be particularly costly in the longer run“.

oft auf Exklusivität rechtlicher oder faktischer Art beruhen.⁸⁵⁷ Das Aufbrechen dieser Exklusivität durch Teilungspflichten schafft zwar statische Innovationsfähigkeiten für Wettbewerber, senkt aber gleichzeitig industrieweit die Anreize für fortgesetzte oder neu aufgenommene FuE-Tätigkeiten. Das Patentrecht beruht auf der Annahme, dass ohne Exklusivität die Anreize zu Entwicklungstätigkeiten suboptimal sind – dies spiegelt die Realität der Datenökonomie und der Investitionen in Datengenerierung aber nicht wider.⁸⁵⁸ Die Datenerfassung ist innovationgetrieben und innovationstreibend und damit einer der wichtigsten Faktoren der aktuellen Entwicklungstätigkeiten über alle Sektoren hinweg. Daten können der Treibstoff für den Motor Wettbewerb sein, der die Entwicklung und Verbreitung selbstlernender Systeme voranbringt. Der Wettbewerb braucht Freiraum, um Technologien und Geschäftsmodelle auszuprobieren, ohne dass Wettbewerbsbehörden oder Gesetzgeber mit voreiligem Lenkungswissen die technologische Entwicklung in einigen Innovationspfaden abbrechen oder in ineffiziente Bahnen lenken.⁸⁵⁹ Gerade auf dynamischen Märkten sind die sozialen Kosten eines Overenforcement so hoch, dass nicht zu bereitwillig neue Eingriffsgrundlagen geschaffen werden dürfen, ohne innovationsbezogene Effizienzen einzubeziehen. Aktuell scheint das bestehende Recht die Innovationsmechanismen für selbstlernende Systeme nicht zu behindern, ebenso wenig besteht nach aktuellem Stand ein akuter Korrekturbedarf.

857 Vgl. Schweitzer, GRUR 2019, 569 (571).

858 Drexel, Data Access and Control (BEUC), S. 31, Fn. 50, 51 mwN.

859 Podszun, GRUR Int. 2015, 327 (329): „offenes Entdeckungsverfahren“.