

# Fusionskontrolle und Innovation

51. FIW-Symposion, 15. Februar 2018

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

---

## Einleitung

- Verhältnis von Innovation und Wettbewerb als Grundlagenthema ökonomisch umstritten
- Praktische Relevanz des Themas für den aktuellen Wettbewerbsrechtsvollzug
  - Neue digitale Märkte und Marktformen
  - Neue Formen missbräuchlichen Verhaltens
  - Bedeutung der Innovation für die zukünftige Marktentwicklung
- Das Thema ist daher zu Recht in den Fokus gerückt und es wird eines der entscheidenden Themen der Kartellrechtsentwicklung sein

## Grundlagen

- Normative Grundlagen der Berücksichtigung von Innovation
  - Technischer und wirtschaftlicher Fortschritt
    - Art 101 Abs 3 lit a, Art 102 lit b AEUV und Art 2 FKVO verlangen die Berücksichtigung bei der Prüfung der erheblichen Behinderung wirksamen Wettbewerbs
    - Gleicher Befund gilt für § 37 GWB
  - Neuere normative Entwicklungen durch die 9. GWB-Novelle
    - Anpassungen in der Missbrauchsaufsicht (§ 18 Abs 2a und 3a GWB) spiegeln ein entsprechendes Verständnis des Gesetzgebers wieder
    - Anpassungen der Aufgriffsschwellen durch transaktionswertbezogenen Tatbestand (§ 35 Abs 1a GWB, vgl auch § 9 Abs 4 KartG)

## Grundlagen

- Ökonomische Grundlagen der Innovation
  - Dynamische Effizienz schwieriger fassbar als statische allokativen und produktiven Effizienz
  - Theoretische Gründe
    - Funktionsbetrachtung des Wettbewerbs als dynamischer Prozess
    - Ausgangsbedingungen für Innovation weniger gesichert als für allokativen und produktiven Effizienz
    - Arrow-Schumpeter als paradigmatische Positionen
    - Wettbewerb als Entdeckungsverfahren im Hayekschen Sinn
    - Moderne Industrieökonomik zeigt kein einheitliches und allgemeines Bild

## Leitlinien der Europäischen Rechtsprechung

- Wettbewerb erfasst auch Innovation
- Bereits in der Einschränkung der Möglichkeit technischer Innovation liegt eine Beeinträchtigung des Wettbewerbs und damit auch der Konsumentenwohlfahrt (EuG Rs T-201/04, *Microsoft/Kommission* Rz 656ff)
- Eine unmittelbare und direkte Auswirkung auf den Preis ist daher nicht entscheidend (EuGH Rs C-95/04, *British Airways/Kommission* Rz 106)
  - *nicht nur auf Verhaltensweisen, durch die den Verbrauchern ein unmittelbarer Schaden erwachsen kann, sondern auch auf solche, die ihnen durch **einen Eingriff in die Struktur des tatsächlichen Wettbewerbs** [...] Schaden zufügen.*

## Leitlinien der Europäischen Rechtsprechung

- Umfassendes Konzept des Wettbewerbs und der Verbraucherwohlfahrt, das auch Innovation umfasst.
- Kein Vorrang statischer allokativer oder produktiver Effizienz vor Innovation oder dynamischer Effizienz normativ ableitbar
- Letztlich muss der Wettbewerbsprozess erhalten bleiben, um Effizienz zu erreichen
- Normative Verankerung des umfassenden Wettbewerbsmodells

## Leitlinien der Europäischen Rechtsprechung

- Nachprüfungsstandard und Analysestandard in der FKVO:
  - EuGH Rs C-12/03 P, *Tetra Laval/Kommission*:
    - *Eine Untersuchung der voraussichtlichen Entwicklung, wie sie im Bereich der Kontrolle von Zusammenschlüssen erforderlich ist, muss mit großem Bedacht durchgeführt werden, da es nicht darum geht, vergangene Ereignisse, in Bezug auf die häufig zahlreiche Anhaltspunkte vorliegen, die ein Verständnis ihrer Ursachen ermöglichen, oder auch gegenwärtige Ereignisse zu prüfen, sondern darum, **Ereignisse vorherzusehen, die künftig mit mehr oder weniger großer Wahrscheinlichkeit eintreten werden**, wenn keine Entscheidung ergeht, mit der der Zusammenschluss zu den geplanten Bedingungen untersagt wird oder diese näher festgelegt werden. (Rz 42)*

## Leitlinien der Europäischen Rechtsprechung

- *Die Untersuchung der voraussichtlichen Entwicklung besteht somit in der Prüfung, inwieweit ein Zusammenschluss **die für den Stand des Wettbewerbs auf einem bestimmten Markt maßgebenden Faktoren verändern könnte**, um zu ermitteln, ob sich daraus ein erhebliches Hindernis für einen wirksamen Wettbewerb ergeben würde. Eine solche Untersuchung erfordert es, sich die verschiedenen Ursache-Wirkungsketten vor Augen zu führen und **von denjenigen mit der größten Wahrscheinlichkeit** auszugehen. (Rz 43)*



## Entscheidungspraxis und Fallgruppenbildung

- Komm M.5984 *Intel/McAfee* (2011)
  - Beschränkung von Innovation und zukünftiger Produktentwicklung durch Wettbewerber
  - Anreize und Möglichkeiten zur **Marktabschottung und Verhinderung der Interoperabilität**
- Komm M.6281 *Microsoft/Skype* (2011)
  - **Begrenzung möglicher Marktmacht** durch potentiellen Wettbewerb und Innovation

## Entscheidungspraxis und Fallgruppenbildung

- Komm M.7559 *Pfizer/Hospira (2015)*
  - Markt für Biosimilars
  - Horizontale Überschneidungen der Parteien
  - Produkte in Phase III (Klinische Studien) wurden geprüft
  - Innovation berücksichtigt im Zusammenhang mit Pipeline-Produkten, die bereits in der Entwicklung waren
  - Bevorstehende Markteintritt wurde als Begrenzung des Spielraums geprüft
  - Wegfall des Wettbewerbers verringert **Anreize zur Innovation und Markteinführung**

## Entscheidungspraxis und Fallgruppenbildung

- Komm M.7995 *Deutsche Börse/London Stock Exchange Group* (2017)
  - Horizontale Überschneidungen im Bereich von clearing und settlement bestimmter Finanzprodukte
  - Abschottung des Marktes (market foreclosure) in Bezug auf clearing
  - Innovation als **ergänzender Faktor der horizontalen Überschneidung** berücksichtigt
  - Mit dem Wegfall des engsten Wettbewerbers fehlt der **Anreiz zur Innovation** im Hinblick auf technische Weiterentwicklung

## Entscheidungspraxis und Fallgruppenbildung

- Komm M.7278 *General Electric/Alstom* (2015)
  - Markt für Hochleistungsgasturbinen
  - Übernahme von Alstom führt zum Wegfall eines wesentlichen Wettbewerbers
  - Reduktion von 4 auf 3 bzw. 3 auf 2 Wettbewerber
  - Einseitige Effekte des Zusammenschlusses in Bezug auf Preis
  - Einseitige Effekte aber auch in Bezug auf **Innovation**

## Entscheidungspraxis und Fallgruppenbildung

- **Wegfall eines wesentlichen Wettbewerbers im Bereich der technologischen Entwicklung**
  - Alstom als Technologieführer mit technisch überlegenen Produkten
  - Bedeutung als Wettbewerber damit größer als der Marktanteil
    - Innovation und Forschung und Entwicklung
    - Einführung neuer Technologien
    - Im Verhältnis umfangreichere Forschung und Entwicklung
    - Bessere Testeinrichtungen
      - Zur Frage des engen Wettbewerbers, *Berg/Real*, JECLP 2016, 442

## Entscheidungspraxis und Fallgruppenbildung

- **Anreize** die konkurrierenden Produktlinien und die damit zusammenhängende **Forschung und Entwicklung einzustellen**
  - Indizien für eine entsprechende Strategie
  - Fehlende Garantie der Fortsetzung als Hindernis für Kunden
  - Verringerung der Innovationsanreize für bestehende Produkte
  - Innovation als ergänzender Faktor einer Prüfung einseitiger Effekte:
    - Verlust des Wettbewerbers führt zu einer negativen Auswirkung auf **Preis, Auswahl und Innovation**
    - **Anwendung des Modells nicht-koordinierter Effekte auch auf Innovation** (Leitlinien horizontale Zusammenschlüsse Rz 22 ff)
    - Vgl auch US DOJ und FTC Horizontal Merger Guidelines 6.2

## Entscheidungspraxis und Fallgruppenbildung

- Komm M.7932 *Dow/DuPont* (2017)
  - Fusion zwischen Dow und DuPont
  - Pflanzenschutzmittel, sachliche Marktabgrenzung Kombination aus Saatgut und Schädling (crop/pest combination)
  - Definition eines eigenen **Innovationsmarktes als input für den Produktmarkt**
    - Anleihen bei US DOJ und FTC Licensing Guidelines
      - Produktmarkt
      - Technologiemarkt
      - Research and Development-Markt

## Entscheidungspraxis und Fallgruppenbildung

- Innovationsmarkt
  - Möglichkeit zur Einführung neuer Produkte (*industry level*)
  - Innovation für bestimmte Produktgruppen (*innovation spaces*)
    - Geht weiter als die bisherigen Ansätze, weil auch Innovation auf früheren Stufen (*early pipeline products* und gesamte Innovationstätigkeit erfasst wird)
  - Analysemethode:
    - **Einseitige Effekte durch die Fusion der beiden Wettbewerber**, das Konzept der Leitlinien horizontale Zusammenschlüsse wird damit explizit auf Wettbewerb im Innovationsmarkt erweitert
    - Erhebliche Behinderung wirksamen Wettbewerbs **nicht auf Preis- oder Mengeneffekte bestehender Produkte** beschränkt



## Entscheidungspraxis und Fallgruppenbildung

- **Schadenstheorie (theory of harm):**
  - Der Wegfall eines engen Wettbewerbers auf dem Innovationsmarkt beseitigt
    - unmittelbare Anreize, bestehende Innovationen fort zu führen
    - langfristige Anreize zur Innovation
  - Fallbezogene Analyse
    - Hoher Konzentrationsgrad
    - Anreize zur Innovation vorhanden
    - Möglichkeiten des Schutzes (IP)
    - Produktinnovation
    - Vergangene Zusammenschlüsse in der Industrie

## Entscheidungspraxis und Fallgruppenbildung

- Drei anerkannte ökonomische Faktoren identifiziert, die den Innovationswettbewerb vor/nach der Fusion beeinflussen
  - Anreize zur Innovation durch Internalisierung
  - Wettbewerb auf dem Produktmarkt
  - Möglichkeit zur Aneignung
- Hypothese: Ein Zusammenschluss zwischen nahen Wettbewerbern führt abseits von Effizienzgewinnen grundsätzlich nicht zu gesteigerter Innovation

## Bewertung der Entscheidung

- Kontroverse Diskussion
  - „leap into the theoretical abyss“, „novel theory of harm“ (RBB Economics, RBB Brief 54)
  - „need for a consistent framework“, „case for establishing general presumptions associating concentration and innovation appears rather weak“ (*de Coninck*, Competition Law and Policy Debate 2016, 41)
  - Grundsätzliche Zustimmung (Hintergrundpapier des Arbeitskreises Kartellrecht 5.10.2017; *McGeown/Barthélmy*, JECLP 2016, 549)

## Bewertung und Zusammenfassung

- Normative Vorgaben verlangen die Berücksichtigung von Innovation
- Theoretische Unsicherheit in der Ökonomie ist kein generelles Hindernis, mahnt allerdings zur Vorsicht
- Schrittweise **Entwicklung eines praktischen Analyserahmens**
  - Fallbezogene, faktengestützte Analyse im Einzelfall
  - Innovationswirkung kann im Einzelfall sehr unterschiedlich sein
- In dieser Hinsicht sind die Entscheidungen wichtige Bausteine in der Weiterentwicklung innovationsspezifischer Fallgruppen
- In der Analysemethode ist ihnen zuzustimmen

## Bewertung und Zusammenfassung

- Das Zusammenspiel von ökonomischer Analyse und juristischer Entscheidungsfindung verlangt nach einem differenzierten Ansatz, der **pauschale Wertungen im Hinblick auf Innovation** ausschließt