



Protokoll zur Tagung des Arbeitskreises Kartellrecht vom 5. Oktober 2017 in Bonn

Sebastian Wismer, Bundeskartellamt, Bonn

I. Einführung

Am 5. Oktober 2017 fand in Bonn die Tagung des Arbeitskreises Kartellrecht statt, die in diesem Jahr dem Thema „*Innovationen – Herausforderung für die Kartellrechtspraxis*“ gewidmet war. Zu den Teilnehmern zählten Professoren der Rechts- und Wirtschaftswissenschaften, Vertreter nationaler und europäischer Kartellbehörden sowie Richter der Kartellsenate beim Oberlandesgericht Düsseldorf und beim Bundesgerichtshof. Unter der Leitung von *Professor Konrad Ost*, Vizepräsident des Bundeskartellamtes, diskutierten die Teilnehmer über die Rolle von Innovationen in der Kartellrechtsanwendung und damit verbundene Herausforderungen, die sich in der Praxis insbesondere bei der Berücksichtigung langfristiger Innovationseffekte stellen können.

In seiner Einführung verdeutlichte *Ost* den starken Aktualitätsbezug mit Hinweis auf Fälle der Digitalwirtschaft und die neunte GWB-Novelle. Letztere thematisiere Innovationen insbesondere im Kontext der materiellen Beurteilung von Marktpositionen, aber auch im Rahmen der transaktionswertbezogenen Aufgreifschwelle in der formellen Fusionskontrolle. Innovationen seien für die gesamtwirtschaftliche Entwicklung sowie die Entwicklung einzelner Unternehmen bedeutend, besonders im Kontext der Digitalisierung und unter dem Stichwort „Industrie 4.0“. Entsprechend stellten sie bereits in der bisherigen Fallpraxis einen anerkannten Wettbewerbs- bzw. Marktmachtparameter dar. Die Rolle von Innovationen könne in der kartellrechtlichen Prüfung unterschiedlich ausfallen: Im Falle innovationsbedingter Angreifbarkeit einer starken Marktposition könne Marktmacht relativiert werden, der Wegfall von Innovationswettbewerb könne aber auch Bestandteil von Schadens-theorien sein. In der Vergangenheit sei der Zusammenhang zwischen Wettbewerb und Innovation innerhalb der „Arrow-Schumpeter-Kontroverse“ unterschiedlich gesehen worden, in der Kartellrechtspraxis müssten beide Sichtweisen im Blick behalten werden. Wettbewerb könne zu Innovationen anspornen, Unternehmen müssten aber auch eine Aussicht auf innovationsbedingte Zusatzgewinne haben können. In der wettbewerbsrechtlichen Prüfung seien Innovationen häufig schwer zu fassen. Besondere Herausforderungen stellten sich in der Praxis, wenn Tätigkeiten in Forschung und Entwicklung (F&E) sich noch

nicht in marktfähigen Produkten niedergeschlagen haben und Unternehmen noch keine Umsätze erzielen. Die zentrale Frage bestehe darin, wie langfristige Effekte in der kartellrechtlichen Prüfung adäquat berücksichtigt werden können. Damit verbunden sei auch die Frage nach dem richtigen Maß für kartellbehördliche Eingriffe – insbesondere in der Internetwirtschaft gebe es die Diskussion, ob Interventionen zu früh oder zu spät vorgenommen werden. Zu frühes Eingreifen könnte die Innovationskraft sowie die Marktdynamik ausbremsen, zu spätes Eingreifen berge die Gefahr einer Vermachtung von Märkten. Demnach sei eine sorgfältige und einzelfallbezogene Abwägung vorzunehmen, eine allgemeine Zurückhaltung sei jedoch nicht angezeigt.

Birgit Krueger, Leiterin der Grundsatzabteilung des Bundeskartellamtes, führte daran anknüpfend weiter in das Thema ein und zeigte unter Bezugnahme auf das vom Bundeskartellamt veröffentlichte Hintergrundpapier¹ Fragen und Arbeitshypothesen auf. Es gelte einerseits, Potentiale von Märkten zu erkennen, und andererseits Konstellationen zu identifizieren, in denen Eingriffe notwendig sind. Insbesondere in der Gesetzesbegründung zur neuen transaktionswertbezogenen Aufgreifschwelle in der Fusionskontrolle werde als ein Fusionsmotiv das Bestreben angeführt, neue Wettbewerber und damit Innovationen vom Markt zu nehmen. Bei der Aufgreifschwelle stelle sich jedoch die Frage, wie diese im Einzelfall auszulegen ist und welche konkreten Erwerbsvorgänge davon erfasst werden sollen. Innovationen spielten häufig eine wichtige Rolle in digitalen Märkten. Die Digitalisierung betreffe aber nahezu alle Sektoren und sei damit auch ein Thema für fast alle Beschlussabteilungen des Amtes. Insbesondere seien Innovationen nicht nur ein Thema in mehrseitigen Plattformmärkten. Eine Beschränkung der materiellen Analyse auf kurzfristigen Preiswettbewerb solle vermieden und der Innovationswettbewerb mit seinen mittel- bis langfristigen strukturellen Wirkungen im Blick gehalten werden. Insbesondere im Hinblick auf F&E seien Prognoseentscheidungen nicht einfach zu treffen. Prüfungen müssten sowohl aktuellen als auch potentiellen Wettbewerb beachten. Es stelle sich auch in der Fallpraxis des Amtes die Frage, ob Wettbewerbsbeschränkungen in Einzelfällen innovationsförderlich sein und Effizienzen hervorrufen könnten. Wettbewerbsbehördliche Eingriffe hätten grundsätzlich Grenzen, aber auch Potentiale. Beispielsweise habe die Wettbewerbsöffnung im Bereich der in der Verpackungsentsorgung tätigen Dualen Systeme nicht nur Kosteneinsparungen, sondern auch eine Stärkung des Innovationswettbewerbs nach sich gezogen.

Einleitend zu den folgenden Vorträgen der Podiumsteilnehmer wies *Krueger* darauf hin, dass aus industrieökonomischer Sicht unterschiedliche Definitionen von Innovationen

¹ BKartA, Innovationen – Herausforderungen für die Kartellrechtspraxis, http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Schriftenreihe_Digitales/Schriftenreihe_Digitales_2.html.

existierten, wonach Innovationen unterschiedliche Auswirkungen haben könnten. Besonders vor dem Hintergrund eines möglichen Spannungsverhältnisses zwischen statischer und dynamischer Effekte stelle sich die Frage nach dem Verhältnis zwischen Marktkonzentration und Innovationsanreizen. Bei der Übertragung industrieökonomischer Erkenntnisse in die Praxis, d.h. aus kartellrechtlicher Sicht, sei zu diskutieren, wie Innovationswettbewerb innerhalb des verfügbaren Rahmens geeignet berücksichtigt werden kann, auch im Hinblick auf die unterschiedlichen Rollen, die Innovationen in der Prüfung einnehmen könnten. Angesichts der mit Innovationen verbundenen Unsicherheit bzgl. deren Erfolgs stelle sich die Frage, inwieweit nur solche Innovationsprozesse kartellrechtlich zu bewerten seien, bei denen bereits ein konkreter Produktmarktbezug herzustellen sei; zudem könnten Nachweisanforderungen unter diesem Blickwinkel diskutiert werden. Schließlich stelle sich die Frage, ob die etablierten Analyseinstrumente noch weiter verbessert werden können.

II. Vorträge der Podiumsteilnehmer

Professor Wolfgang Kerber sprach zum Thema „Innovationen und Kartellrecht aus ökonomischer Sicht“. Einleitend wies er auf das grundsätzliche Problem hin, dass die meisten ökonomischen Modelle auf Preiswettbewerb und nicht auf Innovationswettbewerb ausgerichtet seien. Etablierte Unterscheidungen zwischen verschiedenen Arten von Innovationen seien hilfreich, insbesondere zwischen inkrementellen und kumulativen Innovationen; bahnbrechende bzw. disruptive Innovationen stellten eine relevante Sonderform dar. Innovationen seien allerdings schwer zu operationalisieren; empirisch könne zwischen Input- und Output-orientierten Ansätzen unterschieden werden, wobei häufig F&E-Ausgaben (Input) oder Patente (Output) als beobachtbare Größen herangezogen würden. Jedoch sei auch die Definition des Innovationsbegriffs selbst nicht exakt. Am ehesten könne Innovation als (Versuch einer) neue(n) Problemlösung verstanden werden. Der Innovationsprozess sei jedenfalls mit Unsicherheit behaftet und daher nicht als geradliniger „Produktionsprozess“ aufzufassen.

Kerber betonte, dass die angesprochene Theorie der wirtschaftlichen Entwicklung von Schumpeter auch heute noch relevant und gewissermaßen Ausgangspunkt für die Diskussion des Innovationsbegriffs sei. Nach den Überlegungen von Schumpeter seien monopolistische Firmen innovativer. Verkürzt bedeute die damit verbundene Hypothese, dass weniger Wettbewerb positiv für Innovationen sei und große Unternehmen oder Unternehmen in konzentrierten Märkten eher innovativ seien. Demgegenüber spreche der von Arrow angeführte und auch im Hintergrundpapier des Amtes erläuterte sog. „replacement effect“ dafür, dass marktmächtige Unternehmen über weniger Innovationsanreize verfügen, womit mehr Wettbewerb innovationsförderlich wäre. Die Ergebnisse aus der empirischen Industrieökonomik sprächen insgesamt dafür, dass es keine stabile Beziehung

zwischen Konzentration und Innovation gibt. Sektorübergreifend lasse sich insbesondere weder eine im Hinblick auf Innovationen optimale Unternehmensgröße noch ein optimales Konzentrationsniveau ableiten. Dies sei darauf zurückzuführen, dass neben Konzentration zahlreiche weitere Determinanten eine Rolle spielten, etwa Markteintrittsbarrieren oder technische Möglichkeiten. Empirische Studien mit Bezug zu Fusionen, etwa die Papiere von Haucap und Stiebale² oder Cassiman et al.³ lieferten eher Evidenz dafür, dass Fusionen sich negativ auf Innovationen auswirken.

Die auch im Hintergrundpapier skizzierten Erkenntnisse aus der theoretischen Industrieökonomik identifizierten viele Anreizeffekte, die aber teilweise gegenläufig und von zahlreichen Faktoren abhängig seien. Die (spiel-)theoretische Literatur betone dabei verschiedene Aspekte, insbesondere Patentrennen als Form des Innovationswettbewerbs, die Rolle der Situation auf Produktmärkten vor Einführung einer Innovation, die Verfügbarkeit und Qualität von Patentschutz sowie Unterschiede zwischen Produkt- und Prozessinnovationen. Zu unterscheiden sei ferner, ob jeweils Innovationen oder Investitionen thematisiert werden. Das Wissen über Innovationswettbewerb sei insgesamt stark begrenzt. In Verbindung mit der Innovationen immanenten Unsicherheit ergäben sich in der Kartellrechtspraxis daher möglicherweise Verzerrungen durch Fokussierung auf kurzfristige Effekte oder „Experimente“ von Wettbewerbsbehörden zu Innovationswirkungen ohne klare theoretische Grundlage.

Schließlich sprach sich *Kerber* für die weitere Entwicklung und umfangreichere Etablierung innovationsspezifischer Analysekonzepte aus, wobei der Begriff des Innovationswettbewerbs klargestellt und zusätzliche Forschungsansätze, etwa aus der empirischen Forschung zu Industriezyklen, der evolutionären Innovationsökonomik oder dem strategischen Management bzw. dem Technologie- und Innovationsmanagement als Teilbereich der Betriebswirtschaftslehre einbezogen werden sollten. Im angesprochenen Kontext würden Unternehmen teilweise durch das Portfolio an verfügbaren Technologien und Patenten und den daraus erwachsenden Fähigkeiten charakterisiert.

Die kartellrechtliche Prüfung werde bislang typischerweise sehr eng an Produktmärkten angelehnt. Je nach Fallgruppe könne damit ein gewisses Risiko einhergehen, dass die relevanten Wettbewerber in der Innovationsdimension nicht vollständig erfasst werden. Im Bereich der Fusionskontrolle existierten für Fälle, in denen die Schadenstheorie in der Ausschaltung potentiellen Wettbewerbs besteht, sowie für Fälle, in denen ein Wegfall von Wettbewerb zwischen (identifizierbaren) Innovationsprojekten droht, in der Praxis etab-

² Haucap/Stiebale, How Mergers Affect Innovation: Theory and Evidence from the Pharmaceutical Industry, DICE Discussion Paper No. 218, April 2016.

³ Cassiman/Colombo/Garrone/Veugelers, Research Policy Vol. 34, Issue 2, 2005, 195.

lierte Konzepte, etwa im Pharma-Bereich. Im Hinblick auf die Analyse von Innovationswettbewerb ohne Produktmarktbezug seien zumindest einzelne Fälle vorhanden, z.B. der amerikanische, den Flugzeugbau betreffende Fall Lockheed/Northrop⁴ oder der Kommissionsfall Dow/DuPont⁵. Insgesamt gelte es, den Analyserahmen zu systematisieren, wobei grundsätzlich stärker an Ressourcen angesetzt werden könnte, etwa an Wissen, Fähigkeiten, Assets oder Daten von Unternehmen.

Professor Josef Drexl referierte zum Thema „*Innovation aus kartellrechtlicher Sicht*“. Die große Bedeutung des Themas sei insbesondere darauf zurückzuführen, dass der industrielle und der digitale Sektor zunehmend verschmelzen („Industrie 4.0“). Angesichts der damit einhergehenden dynamischen Entwicklungen sollte grundsätzlich keine rein statische, vorrangig auf Preise gerichtete Analyse erfolgen. Jedoch seien schon früher für die Analyse wichtige Aspekte erkannt worden, etwa in der mittlerweile schon zehn Jahre alten Microsoft-Entscheidung und auch davor, etwa bei der Anwendung des *Konzepts des Innovationsmarktes*. Im Kontext der Fusionskontrolle sei jedoch zu berücksichtigen, dass damals allein das Marktbeherrschungskriterium anzuwenden war, während heute – nach dem Testwechsel – Auswirkungen, z.B. auf das Wettbewerbsverhalten der Spitzengruppe von Anbietern, besser greifbar seien. In der Prüfung gelte es, die relevanten Wettbewerber zu identifizieren, wobei ein strikter Marktbezug nicht zwingend notwendig sei. Auch das Immaterialgüterrecht spiele eine wichtige Rolle.

Innovation habe eine Doppelbedeutung, einerseits als mögliche Effizienzverteidigung, andererseits als schützenswerter Wettbewerbsparameter. Das von Richter Scalia formulierte Urteil des US Supreme Court im Fall Verizon v. Trinko⁶ stehe deutlich für eine Vorstellung, nach der kartellrechtliche Eingriffe allenfalls Preiswettbewerb fördern könnten. Drohten gleichzeitig Nachteile für Innovationen, sei vom Eingriff abzusehen. Dagegen sei im Fall Rambus⁷ die Europäische Kommission in der Konstellation des Patenthinterhalts („patent ambush“) gerade mit dem Ziel eingeschritten, die Funktionsfähigkeit des Standardisierungsverfahrens als Voraussetzung für Innovation zu schützen.

Ausgehend vom Oslo Manual der OECD⁸ sei Innovation begrifflich als Prozess aufzufassen, der erst bei erfolgreicher Implementierung Nutzen generiert. Neben Produkt- und Prozessinnovationen gebe es auch noch andere Innovationsformen, insbesondere auf Orga-

⁴ Vgl. U.S. D.O.J., Pressemitteilung v. 23.03.1998, Justice Department Goes To Court To Block Lockheed Martin's Purchase Of Northrop Grumman, https://www.justice.gov/archive/atr/public/press_releases/1998/212681.htm (zuletzt abgerufen am 27.02.2018).

⁵ Vgl. Komm., Entsch. v. 27.03.2017, COMP/M.7932, WuW 2017, 609 – Dow/DuPont.

⁶ Supreme Court of the U.S., Urt. v. 13.01.2004, 540 U.S. 398 (2004) – Verizon v. Trinko.

⁷ Vgl. Komm., Entsch. v. 15.01.2010, COMP/C-3/38636 – Rambus.

⁸ Vgl. OECD, Oslo Manual, Guidelines for Collecting and Interpreting Innovation Data, <http://dx.doi.org/10.1787/9789264013100-en> (zuletzt abgerufen am 27.02.2018).

nisationsaspekte oder das Marketing bezogene Innovationen. Die kartellrechtliche Prüfung sollte sich grundsätzlich auf das „Innovationsverhalten“ von Unternehmen konzentrieren, womit die tatsächliche Implementierung, d.h. der Erfolg der Innovation, in den Hintergrund trete. Eine Wettbewerbsbeschränkung bestehe basierend auf diesem Begriffsverständnis in einer Störung bzw. Beeinflussung des Innovationsverhaltens. Innovationswettbewerb bzw. diesbezügliche Beschränkungen lägen somit zeitlich vor dem Zeitpunkt der damit jeweils in Verbindung stehenden Markteinführung. Grundsätzlich sei zwischen Erfindung und Innovation zu unterscheiden; der Inhaber eines Patents sei nicht unbedingt der Innovator. Es bestehe typischerweise Unsicherheit darüber, ob eine Erfindung in eine erfolgreiche Produktentwicklung mündet; der Markt stelle insofern zwar den Endpunkt des Innovationsprozesses dar. Die kartellrechtliche Prüfung müsse entsprechend aber schon vor der Entstehung von bzw. dem Zutritt zu einem Produktmarkt ansetzen.

Im weiteren Vortrag legte *Drexl* den Fokus auf das Verhältnis zwischen Innovation und Immaterialgüterrecht. Er wies darauf hin, dass sich Immaterialgüterrechte von Unternehmen auch strategisch nutzen ließen, etwa wenn Sperrpatente zur Beschränkung von Folgeinnovationen eingesetzt würden, wie im Fall *Boehringer*.⁹ Schließlich führte *Drexl* weitere Fallbeispiele und Themenbereiche an. Der Fall *GlaxoSmithKline*¹⁰ habe Parallelimporte im Pharma-Bereich betroffen. Ganz allgemein bilde Innovation einen zentralen Wettbewerbsparameter in der Pharmabranche; Ärzte verschrieben die besten verfügbaren – d.h. von Krankenkassen erstattungsfähigen – Medikamente, nicht notwendigerweise die preisgünstigsten. Wenig ausgeprägter Preiswettbewerb könne Vorteile für den Innovationswettbewerb bringen, da Überschüsse aus höheren Preisen reinvestiert werden könnten.

Ein weiterer Themenbereich befasse sich mit Lizenzgebühren nach Patentablauf. In Europa sei eine Ausdehnung der Zahlung von Lizenzgebühren über die Geltungsdauer der lizenzierten Rechte des geistigen Eigentums hinaus gemäß der Leitlinien zu Technologietransfer-Vereinbarungen¹¹ grundsätzlich zulässig. Im amerikanischen Fall *Kimble v. Marvel*¹² sei jedoch auf der Grundlage der sog. „patent misuse doctrine“ gegensätzlich entschieden worden. Tatsächlich sei zu berücksichtigen, dass eine Lizenzzahlungspflicht über den Patentzeitraum hinaus sich negativ auf Innovationsanreize (des Lizenznehmers) auswirken könne.

⁹ Vgl. Komm., COMP/39246, Fallübersicht unter http://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/case_details.cfm?proc_code=1_39246 (zuletzt abgerufen am 27.02.2018).

¹⁰ Vgl. EuGH, Urte. v. 06.10.2009, C-501/06, ECLI:EU:C:2009:610, WuW 2009, 1337 – *GlaxoSmithKline/Kommission*.

¹¹ Vgl. ABl. 2014 C 89/03.

¹² Supreme Court of the U.S., Urte. v. 22.06.2015, 576 U.S. ____ (2015) – *Kimble v. Marvel*.

Zudem sprach *Drexl* den Themenbereich der standardessentiellen Patente und des Patent Hold-up an und nahm dabei Bezug auf den Fall Huawei¹³. In diesem seien jedoch Innovationsauswirkungen vom EuGH nicht explizit geprüft worden.

Dem Thema „*Interventionsneigung in dynamischen Märkten und diesbezügliche Besonderheiten der digitalen Wirtschaft*“ widmete *Professor Frank Maier-Rigaud* seinen Vortrag. Einleitend führte *Maier-Rigaud* an, dass gerade in der digitalen Wirtschaft oftmals die These vertreten werde, dass Interventionen von Wettbewerbsbehörden wünschenswerte Anreize beschädigen könnten und man daher von Interventionen eher absehen sollte. Dies werfe die Frage nach der richtigen Interventionsschwelle bzw. -neigung auf (over- oder underenforcement). In der Vergangenheit seien einige prominente Fälle in den Bereich der digitalen Wirtschaft gefallen, etwa betreffend den Ausschluss des Internethandels (z.B. Pierre Fabre), Doppelpreissysteme (z.B. Dornbracht, Lego, BSH), Plattformverbote (z.B. Coty, Scout, Casio) und Meistbegünstigungsklauseln (z.B. Booking, HRS und gesetzgeberisch das „Loi Macron“). Das Bundeskartellamt sei dabei gewissermaßen an der Speerspitze der Entwicklungen, habe daher auch Kritiker. Unabhängig von im Einzelfall geäußelter Kritik seien die Entwicklungen aber aus „policy“-Perspektive begrüßenswert, insbesondere aus den im Folgenden genannten Gründen.

Interventionen könnten konzeptionell als Entscheidungen unter Unsicherheit aufgefasst werden. Es gehe darum, die „richtige“ Entscheidung zu treffen. Begrifflich könnten Fehler erster Art (unnötige Interventionen) und Fehler zweiter Art (versäumte notwendige Interventionen) unterschieden werden. Auf den ersten Blick könnte ex ante angestrebt werden, den erwarteten Fehler zu minimieren. Aus einer ex post-Sicht sollte sich daraus eine hohe Wahrscheinlichkeit für geringe Fehler ergeben, was nicht bedeutet, dass die getroffene Entscheidung sich im Nachhinein stets als beste Option herausstelle. Insgesamt müsse dabei eine Balance zwischen under- und overenforcement unter Berücksichtigung der Fehlerwahrscheinlichkeiten gefunden werden. Insofern könne aus einer Abweichung vom rückblickend möglicherweise ermittelbaren Optimum in einem Einzelfall nicht auf eine grundsätzlich schlechte Entscheidungsqualität geschlossen werden.

Den Interventionskritikern folgend unterstellte *Maier-Rigaud* in der Folgebetrachtung als allgemeine Annahmen, (i) dass wettbewerbliche Märkte zu (für Konsumenten) guten ökonomischen Ergebnissen führen, (ii) dass Märkte mit Wettbewerbsbeschränkungen zu (für Konsumenten) schlechten ökonomischen Ergebnissen führen und (iii) dass Wettbewerbsbehörden in ihrer Fähigkeit Fehlentscheidungen zu korrigieren eingeschränkt sind. Davon ausgehend sei es wahrscheinlich, dass Fehler erster und zweiter Art unterschiedliche Konsequenzen haben, d.h. unterschiedliche *Kosten* nach sich ziehen. Die jeweiligen Kosten

¹³ Vgl. EuGH, Urt. v. 16.07.2015, C-170/13, ECLI:EU:C:2015:477, WuW 2015, 938 – Huawei/ZTE.

hängen schließlich sowohl vom Fehlerkorrekturpotential der betroffenen Märkte als auch vom Potential der Behörde ab, Entscheidungen nachträglich zu revidieren. Die Entscheidung für oder gegen eine Intervention sollte mit Blick auf diese Kosten getroffen werden.

Bei asymmetrischen Kosten könne eine Neigung zu overenforcement, d.h. einer höheren Interventionsneigung als zur Minimierung des erwarteten Fehlers notwendig, ja wünschenswert sein. Dies sei insbesondere dann der Fall, wenn aus overenforcement resultierende Fehler weniger gravierend als Fehler aus fälschlicher Zurückhaltung ausfallen, was mit Blick auf die (per Definition der Notwendigkeit einer Wettbewerbskontrolle) teils beschränkten Selbstheilungskräfte von Märkten plausibel erscheine: Im Fall von overenforcement hätte die vorliegende Marktdynamik ohne Intervention eine Selbstheilung erzielt, gleichzeitig könne das dynamische Potential des Markts aber auch aus overenforcement resultierende Fehler besser korrigieren. Im Falle von underenforcement sei es umgekehrt unwahrscheinlich, dass die Entscheidung, nicht zu intervenieren, vom Markt korrigiert wird, da dessen Mechanismen gerade nicht mehr vollständig funktionierten. Im Ergebnis würden unter diesen Prämissen die Kosten von Fehlern im Falle eines overenforcement überschätzt, da ein overenforcement durch den Markt eher korrigiert werde als ein underenforcement. Im Ergebnis wäre es also gerade unter den sonst unterstellten, angeführten Annahmen nicht so wie unter anderem sehr öffentlichkeitswirksam von Frank Easterbrook in seinem Artikel „The Limits of Antitrust“ postuliert, dass overenforcement unbedingt zu vermeiden wäre.

Thomas Deisenhofer, Vertreter der Generaldirektion Wettbewerb der Europäischen Kommission, referierte zum Thema „*Innovationswettbewerb in der EU-Fallpraxis: GE/Alstom und Dow/DuPont*“. Zu Beginn wies *Deisenhofer* darauf hin, dass Innovationswettbewerb in vielen Branchen wichtiger als Preiswettbewerb sei. Er spiele nicht nur in digitalen Märkten eine bedeutende Rolle und sei mitunter sogar lebenswichtig, etwa in Bereichen der Landwirtschaft, der pharmazeutischen Industrie oder im Transportsektor. Die makroökonomische Literatur zeige auf, dass sinkende Investitionen und steigende Konzentration miteinander einhergingen. Insbesondere die beiden Fusionsfälle GE/Alstom und Dow/DuPont illustrierten, dass es Lösungsansätze zu den zuvor angesprochenen Herausforderungen für die kartellrechtliche Prüfung gebe.

Der Fall GE/Alstom¹⁴ habe den Bereich der Gasturbinen und damit eine Hightech-Branche betroffen. Im geprüften Fall hätten die Fusionsbeteiligten einen hohen gemeinsamen Marktanteil erreicht und stellten sich gleichzeitig als enge Wettbewerber im Bereich der 50 Hz-Heavy Duty-Gasturbinen heraus, was insbesondere durch eine Bieteranalyse belegt worden sei. Je nach Betrachtungsweise habe es sich um eine Fusion von vier auf drei

¹⁴ Vgl. Komm., Entsch. v. 08.09.2015, COMP/M.7278 – General Electric/Alstom.

oder von drei auf zwei Wettbewerber gehandelt. In Kombination mit sehr hohen Markteintrittsbarrieren seien insgesamt negative Effekte auf Preise und Auswahlmöglichkeiten zu befürchten gewesen. Relevant sei auch der fusionsbedingte Wegfall eines wichtigen Innovators gewesen. Ohne Intervention wären im Fall GE/Alstom konkrete Entwicklungsanstrengungen nicht weiter verfolgt worden. Alstom hätte vor dem Vorhaben bereits mehrere Jahre an der Entwicklung einer neuen Gasturbine („GT36“) gearbeitet, die ohne Fusion innerhalb ca. eines Jahres in Konkurrenz zum Premiumangebot von GE und einem anderen Wettbewerber getreten wäre. Darüber hinaus habe es weitere Entwicklungsabsichten gegeben. Als Abhilfemaßnahme zur Beseitigung der Bedenken der Kommission habe Alstom für die Entwicklung relevante Faktoren an Ansaldo, den kleinsten Wettbewerber im Markt veräußert, der die Entwicklung der GT36 schließlich erfolgreich vorangetrieben habe.

Der Fall Dow/DuPont¹⁵ habe insbesondere den Bereich der Pflanzenschutzmittel betroffen, zu welchem *Deisenhofer* zunächst auf einige Brancheneigenschaften einging. Die Entwicklung von Pestiziden erfolge grundsätzlich in zwei Phasen: (i) die Entdeckung möglicherweise geeigneter chemischer Moleküle basierend auf Tests im Labor (Dauer: ca. drei bis vier Jahre), (ii) die Weiterentwicklung über den Zulassungsprozess bis hin zur Markteinführung (Dauer: ca. sechs bis sieben Jahre). Nach der ersten Phase sei die Wahrscheinlichkeit einer erfolgreichen Entwicklung relativ hoch, die zweite Phase verursache aber ganz erhebliche Kosten. Weltweit gebe es fünf integrierte Unternehmen, die den gesamten Prozess über beide Phasen leisten könnten. Andere Unternehmen würden nicht als vollwertige Wettbewerber wahrgenommen.

In der vorgenommenen wettbewerblichen Analyse könne übergeordnet zwischen Preis- und Innovationswettbewerb unterschieden werden. Im Einzelnen ließen sich vier Kategorien identifizieren: (i) Preiswettbewerb zwischen aktuellen Produkten, (ii) Preis- und Produktwettbewerb zwischen Produkten, die mit großer Wahrscheinlichkeit auf den Markt kommen werden (potentieller Wettbewerb), (iii) Stränge der Entwicklung von Innovationen, (iv) Innovationswettbewerb bezogen auf F&E-Anstrengungen und mögliche Ergebnisse. In der zweiten Kategorie sei sechs bis sieben Jahre rückblickend ermittelt worden – entsprechend der Dauer der o.g. zweiten Phase – jedoch nicht weiter. Einschränkungen im Produktwettbewerb zögen zusätzliche Einschränkungen im Preiswettbewerb nach sich. In der dritten Kategorie hätten Bedenken darin bestanden, dass bereits eingeschlagene Innovationsstränge fusionsbedingt zeitnah beendet oder verzögert würden. Hinsichtlich der vierten Kategorie sei anzumerken, dass sogar auf Organisationsebene Konkurrenz zwischen verschiedenen Molekülen bestehe, da auf Grund interner Kapazitätsgrenzen jedes

¹⁵ Vgl. Komm., Entsch. v. 27.03.2017 (Rn. 5).

Unternehmen pro Jahr nur mit einem bzw. wenigen Molekülen in die Entwicklung gehen könne.

Zu den Hauptthemen der vorgenommenen Untersuchung hätten die Ermittlung der Marktstruktur bzw. Identifikation von Unternehmen, die als Wettbewerber aktiv werden können, gezählt. Auch die Historie der Konzentrationsentwicklung sei beleuchtet worden; die Ausgaben für F&E seien über die Zeit rückläufig. Zudem sei eine Analyse von Patenten anhand von Zitierungen vorgenommen worden, die indiziere, dass die wettbewerbliche Relevanz der Beteiligten höher sei als deren Marktanteile suggerierten. Ein weiterer wichtiger Aspekt sei die festgestellte wettbewerbliche Nähe gewesen, die insbesondere darin zum Ausdruck gekommen sei, dass die Beteiligten dieselben F&E-Schwerpunkte verfolgten. Bei den zu erwartenden Reaktionen von Wettbewerbern auf die Fusion sei besonderes Augenmerk auf die sog. „Pipelines“ insbesondere anhand von internen Dokumenten gelegt worden. Auf Grund der Brancheneigenschaften sei dies in diesem Fall gut möglich und auch hilfreich gewesen; in internen Dokumenten könnten Großprojekte kaum verschleiert werden. Ein wichtiger Teil der Sachverhaltsaufklärung habe im Abgleich zwischen den von den Unternehmen angekündigten mit der Fusion verfolgten Zielen mit Business-Plänen der Unternehmen, die vor der Fusion existierten, bestanden. Es hätten sich Unterschiede bei den geplanten Ausgaben und den einzusetzenden Arbeitskräften gezeigt; bestimmte F&E-Einrichtungen sollten demnach im Zuge eines Abbaus von Doppelstrukturen geschlossen werden. Die „output targets“, ausgedrückt in der angestrebten Anzahl an neuen Molekülen pro Jahr, seien im Fusionsszenario geringer ausgefallen. Insofern habe direkte Evidenz für eine „output restriction“ vorgelegen.

Insgesamt hätten Bedenken gleichzeitig hinsichtlich des Produktwettbewerbs und des Innovationswettbewerbs bestanden. Die Zusagen, bestehend aus der Abgabe relevanter Produktentwicklungen und F&E-Einrichtungen an einen einzelnen geeigneten Erwerber, adressierten beide Bereiche.

Die von einigen Kommentatoren geäußerten Kritiken zielten sowohl auf die juristische Rechtfertigung als auch auf die ökonomische Fundierung der Entscheidung ab. Die gewählte Schadenstheorie sei demnach neu, die Prognoseentscheidung basiere auf unsicheren Entwicklungen. Zur juristischen Rechtfertigung könnten gegen diese Argumente insbesondere die horizontalen Fusionsleitlinien¹⁶ (Tz. 8, 38, 80) und die Leitlinien zu horizontalen Kooperationen¹⁷ angeführt werden. Ökonomisch bestehe zwar im Detail grundsätzlich einige Uneinigkeit über Innovationseffekte, aber doch Klarheit dahingehend, dass bei bereits hoher Konzentration negative Fusionseffekte zu erwarten seien. Grundsätzlich sollte die Diskussion hierzu aber sektorspezifisch betrieben werden, da es je nach Branche

¹⁶ Vgl. ABl. 2004 C 31/03.

¹⁷ Vgl. ABl. 2011 C 11/01.

verschiedene Innovationstreiber geben könne. Als weitere Fundierung des gewählten Ansatzes könnten die amerikanischen Leitlinien zur Bewertung von Fusionen¹⁸ angeführt werden, die verdeutlichten, dass der gewählte Prüfungsansatz keineswegs „innovativ“ sei, sondern bereits früher explizit beschrieben worden sei. Hierfür sprächen zudem auch andere amerikanische und europäische Fälle, etwa AT&T/T-Mobile¹⁹, Deutsche Börse/LSE²⁰ und Intel/McAfee²¹.

Schließlich sei es grundsätzlich hilfreich, dass der anzulegende Prüfungsmaßstab nicht mehr auf einem (reinen) Marktmachtkriterium basiere. Es seien dementsprechend auch „Capabilities“ zu berücksichtigen, und in Bezug auf Innovationswettbewerb sei gegenüber der Untersuchung von Preiswettbewerb grundsätzlich eine weitergehende Effektanalyse angebracht.

III. Diskussion

Anknüpfend an die Vorträge der Podiumsteilnehmer fand eine intensive Diskussion der angesprochenen Themenbereiche statt.

Dabei wurde zunächst auf *Schwierigkeiten der Quantifizierung* von Innovationseffekten hingewiesen, woraufhin angeregt wurde, auch angesichts der mit Innovationen verbundenen Unsicherheit stärker auf widerlegbare Vermutungen und Heuristiken zu setzen. Dies erfordere jedoch auch eine entsprechende Akzeptanz seitens der zuständigen Gerichte.

Aus verschiedenen Blickwinkeln wurde die Frage nach der *Erforderlichkeit eines Marktbezugs* aufgegriffen: Ökonomisch existiere typischerweise ein Bezug zwischen Innovationsanstrengungen und einem oder mehreren Produktmärkten, jedoch könne dieser in der materiellen Prüfung möglicherweise (noch) nicht konkret festgestellt werden. Dies variere aber je nach Branche – so seien etwa Entwicklungen im Pharma-Bereich relativ früh beobachtbar, so dass ein konkreter Bezug eher hergestellt werden könne als in anderen Bereichen. Weitgehende Einigkeit herrschte darüber, dass das Instrument der Marktabgrenzung grundsätzlich hilfreich sei, jedoch in einigen Fällen die Frage nach der konkreten Ausgestaltung des hierbei verwendeten Konzepts aufkomme. Im Rahmen der formellen Fusionskontrolle könnte die Herstellung eines Marktbezugs für die Prüfung des Zusam-

¹⁸ Vgl. U.S. D.O.J., Horizontal Merger Guidelines, <https://www.ftc.gov/sites/default/files/attachments/merger-review/100819hmg.pdf> (zuletzt abgerufen am 27.02.2018).

¹⁹ Vgl. U.S. D.O.J., Pressemitteilung v. 31.08.2011, Justice Department Files Antitrust Lawsuit to Block AT&T's Acquisition of T-Mobile, <https://www.justice.gov/opa/pr/justice-department-files-antitrust-lawsuit-block-att-s-acquisition-t-mobile> (zuletzt abgerufen am 27.02.2018).

²⁰ Vgl. Komm., Entsch. v. 29.03.2017, COMP/M.7995 – Deutsche Börse/London Stock Exchange Group.

²¹ Vgl. Komm., Entsch. v. 26.01.2011, COMP/M.5984 – Intel/McAfee.

menschlusstatbestands des Vermögenserwerbs relevant sein, sofern ein Teil des Vermögens eines Unternehmens übernommen werden soll und dessen Wesentlichkeit in Frage steht.

Angesichts der zukunftsgerichteten und gleichzeitig unsicheren Natur von Innovationen stellte sich die Frage nach der *Wahl eines geeigneten Prognosezeitraums*. Hierbei wurde insbesondere die Meinung vertreten, dass es maßgeblich auf den Zeitpunkt des Eintritts der Schadensursache ankomme, auch wenn die vom Schaden betroffene Entwicklung in der Zukunft liegen sollte. Daran anknüpfend kam die Frage auf, inwieweit damit im Hinblick auf potentiell positive Effizienzwirkungen eine strukturelle Asymmetrie verbunden sei, da nach den Beweisanforderungen für den Vortrag von Effizienzen Wirkungen innerhalb des Prognosezeitraums substantiiert werden müssten. Im Rahmen von Ermittlungen zur Sachverhaltsaufklärung könnten in Einzelfällen strategische Antworten auf Fragen zum Innovationsgeschehen größere Probleme verursachen als Fragen, die stärker an greif- bzw. messbaren Größen ansetzen.

Zudem wurde diskutiert, inwieweit im Hinblick auf Innovationseffekte konzeptionell zwischen *verschiedenen Konstellationen bzw. Verfahren*, insbesondere zwischen Kooperationen und Fusionen, aber auch zwischen deren Bewertung und der Beurteilung evtl. missbräuchlichen Verhaltens zu unterscheiden sei. Es wurde geäußert, dass die für Kooperationen relevante Gruppenfreistellungsverordnung²² eine klare Antwort gebe, da darin der Blick auf die Tätigkeit in bestehenden Märkten gerichtet sei und damit ein großer Spielraum für Kooperationen in Bezug auf neue (noch in der Entstehung befindliche) Märkte gegeben sei. Bei Fusionen erscheine die Gefährdungslage auf Grund der damit typischerweise verbundenen strukturellen Veränderungen höher. Entsprechend gebe es auch Unterschiede im angesprochenen Fehlerkorrekturpotential. Bei Kooperationen oder anderen möglicherweise wettbewerbsbeschränkenden oder missbräuchlichen Verhaltensweisen könne zunächst auch Zurückhaltung bzw. „Abwarten“ eine gute Strategie sein, während dies in der Fusionskontrolle weniger angebracht erscheine. Unterschiede seien möglicherweise auch bei der Bewertung von Effizienzen erkennbar, zumal bei Fusionen zu prüfen sei, ob es alternative Wege zur Erzielung damit einhergehender Effizienzwirkungen gibt.

Die Diskussion der Frage, inwieweit eine mit einer Wettbewerbsbeschränkung einhergehende Innovationsförderung in der Praxis Berücksichtigung finden kann, wurde durch einen Vortrag zu Entwicklungen neuer Zahlungsverfahren im Bereich der deutschen Kreditwirtschaft bzw. der „FinTechs“ von *Jürgen Hauß*, Beisitzer in der vierten Beschlussabteilung des Bundeskartellamtes, ergänzt. Sowohl bei der Entwicklung der Zahlungsfunktion „Kwitt“ als auch der Einführung der P2P-Zahlungsfunktion des Internet-Bezahlverfahrens

²² Vgl. ABl. 2014 L 93/17.

paydirekt sei es zwar zu weitreichenden Kooperationen ganzer Bankengruppen unter Nutzung ihrer großen Kundenstämme gekommen. Dennoch sei in der Gesamtbetrachtung jeweils davon auszugehen gewesen, dass die zugrundeliegenden Kooperationen erhebliche positive Wirkungen auf die Verbreitung von Online-Bezahlverfahren hervorrufen. Daher habe das Bundeskartellamt in beiden Fällen im Rahmen seines Aufgreifermessens und auf Basis einer Abwägung zwischen möglichen wettbewerbsbeschränkenden Effekten einerseits und mit der jeweiligen Kooperation einhergehenden Verbesserungen andererseits entschieden, kein Verfahren einzuleiten.²³

In der fortgeführten Diskussion wurde ergänzend angemerkt, dass für Unternehmen grundsätzlich *keine Verpflichtung* bestehe, *Innovationswettbewerb zu betreiben*. Es sei kaufmännisch vernünftiges Verhalten zu unterstellen, und somit sollten in Ermittlungen Anreize und Möglichkeiten für Innovationen beleuchtet werden. In Einzelfällen könnten für das Verständnis des Innovationsgeschehens auch nicht-wettbewerbliche Faktoren eine Rolle spielen, etwa persönliche Faktoren, politischer Druck, neue Impulse aus der Grundlagenforschung oder staatliche Innovationspolitik (Patentschutz, Startup-Förderungen, Technologieförderungen, Regulierungsrahmen). Deren Einfluss auf die kartellrechtliche Prüfung erscheine allerdings fraglich. Für das Verständnis des Geschehens sei in einigen Fällen auch die Bedeutung bestimmter Technologien einzuschätzen, insofern könnte nicht nur ökonomische und juristische Expertise, sondern auch technische Expertise gefragt sein.

Konzeptionell sei in der ökonomischen Forschung hinsichtlich Produktinnovationen noch *keine einheitliche formale Sprache* etabliert. Möglicherweise könnte auch klarer zwischen Risiko und (echter) Unsicherheit zu differenzieren sein – bei letzterer könnten zukünftige Entwicklungen nicht strukturiert erfasst werden. Bei einer Operationalisierung des von *Maier-Rigaud* vorgestellten Ansatzes zur *Wahl der optimalen Interventionsneigung* stellten sich einige Fragen, etwa wie und auf Basis welchen Prognosehorizonts die Kosten von Fehlern ermittelt werden sollten und inwiefern auch hierbei nach Verfahrensarten differenziert werden sollte. Zudem könnte nach Möglichkeiten gesucht werden, das Fehlerkorrekturpotential der Kartellbehörden zu verbessern. Zum angesprochenen Ansatz zur Bestimmung der Interventionsneigung wurde allerdings auch die Meinung vertreten, dass damit in der Praxis und bezogen auf Einzelfallentscheidungen ein dem Ansatz nach wünschenswertes „overenforcement“ kaum zu verteidigen sein dürfte. Letztlich ginge es im von *Maier-Rigaud* vorgestellten Ansatz aber lediglich darum, der vereinfachten Argumentation von

²³ Vgl. hierzu auch BKartA, Pressemitteilungen v. 12.04.2017, Bundeskartellamt hat keine Einwände gegen neue Zahlungsfunktion bei paydirekt, http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/DE/Pressemitteilunggen/2017/12_04_2017_paydirekt.html, sowie v. 25.02.2016, Sparkassen dürfen Zahlungsfunktion „Kwitt“ gemeinsam anbieten, http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/DE/Pressemitteilunggen/2016/25_11_2016_Sparkassen_Kwitt.html.

Easterbrook ein konzeptionelles Gegengewicht auf Basis der gerade bei Interventionskritikern populären Annahmen zu präsentieren. Dies hätte mit der Frage der fallspezifischen Operationalisierung nichts zu tun.

Im Hinblick auf *Startups* wurde die Meinung vertreten, dass Märkte grundsätzlich offen gehalten werden sollten, um Newcomern mit innovativen Geschäftsmodellen den Marktzutritt zu ermöglichen, gleichzeitig aber kein genereller „Bestandsschutz“ für Startups existieren sollte. Die Übernahme von Startups und der damit möglicherweise verbundene Aufkauf von Innovationen wurde als nicht per se wettbewerbsschädlich angesehen, zumal die Aussicht auf (zukünftige) Veräußerungserlöse auch Innovationsanreize schaffen könne. Zudem sei zu berücksichtigen, dass Innovationen auch Teil des jeweils angebotenen Services sein könnten, etwa wenn die Leistung in der Erbringung kundenindividueller Projekte bestehe. Wettbewerblich besonders bedenklich erschienen jedoch Fusionsvorhaben, in denen Netzwerkeffekten in Kombination mit einem hohen Kaufpreis vorliegen, zumindest wenn das erworbene Unternehmen den Kern des Geschäftsmodells des Erwerbers betrifft.

Im Anschluss an die Diskussion der Vorträge der Podiumsteilnehmer sprach *Krueger* über die mit der neunten GWB-Novelle eingeführte transaktionswertbezogene Aufgreifschwelle in der formellen Fusionskontrolle. *Felix Engelsing*, Vorsitzender der zweiten Beschlussabteilung des Bundeskartellamtes, berichtete über die Bewertung der mit den Nachhaltigkeitsalternativen „Fairtrade“ und „Tierwohl“ verbundenen Kooperationen. *Ost* informierte über die jüngsten Entwicklungen des Bundeskartellamtes im Bereich des Verbraucherschutzes und *Johanna Hartog*, Leiterin des Grundsatzreferats für digitale Wirtschaft, Regulierung und Wettbewerb, Vergaberecht, referierte über die sich aus dem Wettbewerbsregistergesetz ergebenden Neuerungen.

Die nächste Tagung des Arbeitskreises Kartellrecht wird am 4. Oktober 2018 in Bonn stattfinden.