

Ann Charlotte Förstmann

Innovationswettbewerb in der europäischen Fusionskontrolle



Nomos

Kartell- und Regulierungsrecht

herausgegeben von

Prof. Dr. Torsten Körber, LL.M. (Berkeley)

Prof. Dr. iur. Dr. rer. pol. Dres. h.c. Franz Jürgen Säcker

Prof. Dr. Matthias Schmidt-Preuß

Band 43

Ann Charlotte Förstmann

Innovationswettbewerb in der europäischen Fusionskontrolle



Nomos



Onlineversion
Nomos eLibrary

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Zugl.: Köln, Univ., Diss., 2022

ISBN 978-3-8487-7494-4 (Print)

ISBN 978-3-7489-3285-7 (ePDF)

1. Auflage 2022

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2022. Gesamtverantwortung für Druck und Herstellung bei der Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

Für Fritz

Vorwort

Diese Arbeit wurde im Februar 2022 abgeschlossen und im Sommersemester 2022 von der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität zu Köln als Dissertation angenommen.

Sehr herzlich möchte ich meinem Doktorvater *Prof. Dr. Torsten Körber* danken. Er hat das Thema angeregt und die Erarbeitung stets ansprechbar und motivierend begleitet. Auch die Zeit als wissenschaftliche Mitarbeiterin an seinem Lehrstuhl für Kartell- und Regulierungsrecht der Universität zu Köln mit den zahlreichen Kolleginnen und Kollegen behalte ich in sehr guter Erinnerung. *Prof. Dr. Ulrich Ehricke* danke ich für die rasche Erstellung des Zweitgutachtens.

Meinen Eltern bin ich unendlich dankbar dafür, dass sie mich immer gefördert und unterstützt haben auf meinem Lebensweg.

Ein besonderer Dank gilt meinem Mann *Fritz Förstmann*. Nicht nur, aber vor allem in der letzten Phase der Erstellung dieser Arbeit, in der unser Sohn Paul dazugestoßen ist, war er mir die größte Stütze. Ihm sei diese Arbeit gewidmet.

Köln, im Mai 2022

Ann Charlotte Förstmann

Inhaltsverzeichnis

Einleitung	17
Kapitel 1: Grundlagen des Innovationswettbewerbs	20
I. Innovationswettbewerb	20
1. F&E, Innovation und Innovationsprozess	22
2. Bedeutung von Innovationen und Innovationswettbewerb	24
3. Wettbewerbsparameter des Innovationswettbewerbs	27
a) Innovationsfähigkeit	27
b) Innovationsanreize	28
c) Tatsächliches Betreiben von F&E	29
4. Besonderheiten von F&E als Wettbewerbsparameter	30
a) F&E als dynamischer Faktor im Wettbewerb	31
b) Unsicherheit von F&E	33
aa) Erste Unsicherheit: Ergebnis von F&E – Inventions- und Innovationsphase	33
bb) Zweite Unsicherheit: Verwertbarkeit des Ergebnisses – Diffusionsphase	33
cc) Grad an Unsicherheit	34
dd) Folge der Unsicherheiten	35
ee) Zwischenfazit	36
c) Messbarkeit von F&E	37
d) Geheimhaltung von F&E	38
e) Identifikation der F&E-Unternehmen	38
f) F&E in unterschiedlichen Branchen	39
II. Schadenstheorien der Kommission zum Innovationswettbewerb	41
1. Erste Schadenstheorie: Einstellen, Umleiten oder Verzögern von Forschungslinien und frühen Pipelineprodukten	41
2. Zweite Schadenstheorie: Sinken der branchenweiten Innovationsanreize	42
3. Kritik an den Schadenstheorien der Kommission	43
III. Einordnung des Innovationswettbewerbs in die traditionelle Fusionskontrolle	47
1. Produktmarkt	48

Inhaltsverzeichnis

2. Technologiemarkt	49
3. Innovationsmarkt	52
a) Innovationsmärkte im US-Wettbewerbsrecht	52
aa) Abgrenzung eines Innovationsmarktes i. S. d. IMA	53
bb) Kritik an der IMA	54
b) Innovationsmärkte in den Untersuchungen der Kommission	55
4. Innovationsraum	57
a) Darstellung von Innovationsräumen	57
b) Kritik am Konzept des Innovationsraumes	58
5. Innovationswettbewerb und potenzieller Wettbewerb	61
IV. Ökonomische Grundlagen des Innovationswettbewerbs	62
1. „Appropriability“ – Aussicht auf Aneignung	64
a) Schutz der Innovation vs. Spillover-Effekt	65
b) Wirkungen eines Zusammenschlusses auf die „appropriability“	66
2. Kannibalisierungseffekt	67
a) Kannibalisierung existierender Produkte	67
b) Wirkungen eines Zusammenschlusses auf den Kannibalisierungseffekt	68
3. Effizienzgewinne	68
a) Zusammenlegung von F&E-Ressourcen	69
b) Vermeiden von unnötiger Duplizierung	69
4. Auswirkung der Marktstruktur bzw. Marktkonzentration auf Innovationsanreize	70
a) <i>Schumpeter-Arrow</i> -Kontroverse	70
b) Sonstige Auswirkungen der Marktstruktur auf die Innovationsanreize	72
5. Verhältnis der Zusammenschlussparteien zueinander und Anzahl der verbleibenden Wettbewerber	73
6. Erwartete Reaktion der übrigen Wettbewerber auf die Innovation	74
7. Anzahl der Wettbewerber im Patentrennen	75
8. Charakteristika des einzelnen Unternehmens	76
9. Charakteristika der Branche	76
V. Fazit	77

Kapitel 2: Entscheidungspraxis der Kommission zum Innovationswettbewerb	78
I. <i>Dow/DuPont</i> und <i>Bayer/Monsanto</i>	78
1. <i>Dow/DuPont</i>	79
a) Isolierte Betrachtung von F&E	80
b) Wettbewerbliche Würdigung	81
aa) Schadenstheorien	81
bb) Analyse der Pflanzenschutzindustrie	83
(1) Bedeutung von Wettbewerb für F&E in der Pflanzenschutzindustrie	83
(2) Struktur der Pflanzenschutzindustrie	85
(3) Verhältnis der Zusammenschlussparteien zueinander	86
(4) Keine Effizienzgewinne	86
c. Abhilfemaßnahmen	87
2. <i>Bayer/Monsanto</i>	88
a) Innovationswettbewerb bei Broad Acre Crop Traits	89
b) Innovationswettbewerb beim Pflanzenschutz	90
aa) Innovationswettbewerbliche Bedenken hinsichtlich des NSH-Innovationsraumes	91
bb) Innovationswettbewerbliche Bedenken hinsichtlich des HTS-Innovationsraumes	92
c) Abhilfemaßnahmen	93
3. Zwischenfazit zu <i>Dow/DuPont</i> und <i>Bayer/Monsanto</i>	93
II. Frühere Untersuchung von F&E durch die Kommission	94
1. Pflanzenschutzindustrie	94
2. Pharma-Branche	96
a) <i>Glaxo/Wellcome, Ciba-Geigy/Sandoz</i> und <i>Astra/Zeneca</i>	98
b) <i>Medtronic/Covidien</i>	100
c) <i>Novartis/GlaxoSmithKline (GSK) Oncology Business</i>	101
d) <i>J&J/Actelion</i>	103
e) Zwischenfazit	104
3. (Digitale) Technologie- und Finanzsektor	104
a) <i>Seagate/HDD Business of Samsung</i> und <i>Western Digital/Viviti Technologies</i>	104
b) <i>General Electric (GE)/Alstom</i>	105
c) <i>Microsoft/Skype</i>	106
d) <i>Deutsche Börse/NYSE</i>	107
III. Fazit	110

Inhaltsverzeichnis

Kapitel 3: Nachweise bei der Untersuchung des Innovationswettbewerbs	112
I. Anforderungen an die Kommission beim Nachweis einer erheblichen Wettbewerbsbehinderung	113
1. Beweislastverteilung	113
2. Beweismaß	114
3. Gerichtliche Kontrolle der Kommissionsentscheidungen	116
4. Das EuG in <i>CK Telecoms</i>	117
a) Darstellung des Urteils	117
b) Kritik an <i>CK Telecoms</i>	120
II. Besonderheiten beim Nachweis von F&E in der wettbewerblichen Würdigung eines Zusammenschlusses	122
1. Anforderungen an die Kommission beim Nachweis von F&E	122
a) Informationsbeschaffung der Kommission im Fusionskontrollverfahren	123
b) Informationsbeschaffung und Nachweise am Beispiel <i>Dow/DuPont</i> und <i>Bayer/Monsanto</i>	127
aa) Belege in <i>Dow/DuPont</i>	127
(1) Interne Dokumente der Parteien	127
(2) Patentanalyse	128
(3) Marktuntersuchungen und Antworten von Wettbewerbern	128
(4) Ökonomische Analysen	129
bb) Belege in <i>Bayer/Monsanto</i>	130
(1) Interne Dokumente	130
(2) Marktuntersuchungen und Aussagen von Wettbewerbern	132
cc) Zwischenfazit	132
2. Modifikation der Nachweisanforderungen bei der wettbewerblichen Untersuchung von F&E in der Fusionskontrolle	133
a) Modifikation des Wahrscheinlichkeits- und Sorgfaltsmaßstabs	134
aa) Anknüpfen an den Wahrscheinlichkeitsmaßstab	134
(1) Darstellung unterschiedlicher Wahrscheinlichkeitsmaßstäbe	134
(2) Höhere Wahrscheinlichkeiten bei der Berücksichtigung von F&E	136

(3) Niedrigere Wahrscheinlichkeit bei der Berücksichtigung von F&E	138
(4) Zwischenfazit	139
bb) Anknüpfen an den Sorgfaltsmaßstab	139
(1) Höhere Sorgfaltsanforderungen	139
(2) Niedrigere Sorgfaltsanforderungen	140
(3) Zwischenfazit	142
b) Übertragung von Vorschlägen zu besonderen Nachweisanforderungen bei „Killer-Acquisitions“	142
aa) Vorschlag I: Beweislastumkehr – Folge: Vermutung der Unvereinbarkeit solcher Zusammenschlüsse mit dem Gemeinsamen Markt	144
bb) Vorschlag II: Beweismaß der „überwiegenden Wahrscheinlichkeit“ durch einen sog. „balance of harms“-Ansatz ersetzen	146
cc) Vorschlag III: „Geringe Wahrscheinlichkeit“ bei gewisser Marktmacht des Erwerbers	148
dd) Vorschlag IV: Ex post Kontrolle	151
ee) Zwischenfazit	152
III. Angemessener Prognosehorizont im Innovationswettbewerb	153
1. Allgemeines zum Prognosehorizont	154
2. Prognosehorizont in <i>Dow/DuPont</i> und <i>Bayer/Monsanto</i>	155
3. Angemessener Prognosehorizont bei der Untersuchung von F&E	157
a) Tendenziell kurzer Prognosehorizont bei der Untersuchung von F&E	157
b) Tendenziell langer Prognosehorizont bei der Untersuchung von F&E	159
c) Zwischenfazit zur Länge des Prognosehorizonts bei der Untersuchung von F&E	160
4. Zwischenfazit zum Prognosehorizont im Innovationswettbewerb	161
IV. Fazit	162
Kapitel 4: Effizienzgewinne im Innovationswettbewerb	164
I. Effizienzgewinne in der Fusionskontrolle	164
1. Allgemeines	164
2. Abgrenzung von Schadenstheorie und Effizienzgewinn	166

Inhaltsverzeichnis

3. Statische vs. dynamische Effizienzgewinne	173
a) Begriffe	173
b) Verhältnis von statischen und dynamischen Effizienzgewinnen in der Fusionskontrolle	174
c) Effizienzgewinne im Innovationswettbewerb	177
II. Innovationswettbewerbliche Effizienzgewinne	178
1. Darstellung innovationswettbewerblicher Effizienzgewinne	178
a) Zusammenlegen komplementärer Fähigkeiten und Assets	179
aa) Zusammenlegen von F&E-Einrichtungen	179
bb) Zusammenlegen von Geistigem Eigentum, insb. Patenten	181
cc) Zusammenführen von Know-How	182
b) Ressourcenvermehrung	182
c) Zwischenfazit	183
2. Innovationswettbewerbliche Effizienzgewinne und die Konsumentenwohlfahrt	184
3. Innovationswettbewerbliche Effizienzgewinne und die Voraussetzungen der Horizontalleitlinien	185
a) Vorteil für die Verbraucher	186
aa) Erheblichkeit	186
bb) Rechtzeitigkeit	188
cc) In den relevanten Märkten	191
dd) Wortlaut der Horizontalleitlinien: „sollten“	193
b) Fusionspezifisch	195
c) Nachweisbarkeit	197
d) Beweislastverteilung und Beweismaß	199
aa) Beweislast	199
bb) Beweismaß	200
e) Zwischenfazit	203
4. Entscheidungspraxis der Kommission zu dynamischen bzw. innovationswettbewerblichen Effizienzgewinnen	205
a) <i>Korsnäs/AssiDomän Cartonboard</i>	205
b) <i>TomTom/TeleAtlas</i>	206
c) <i>Hutchison 3G Austria/Orange Austria</i> und <i>Hutchison 3G UK/Telefonica Ireland</i>	208
d) <i>Dow/DuPont</i> und <i>Bayer/Monsanto</i>	210
aa) <i>Dow/DuPont</i>	210
bb) <i>Bayer/Monsanto</i>	212

e) Zwischenfazit zur Entscheidungspraxis der Kommission zu innovationswettbewerblichen Effizienzgewinnen	212
5. Zwischenfazit zu innovationswettbewerblichen Effizienzgewinnen	213
III. Vorschläge zur Verbesserung	213
1. Vorschlag I: General Presumptions Approach	214
a) Darstellung des General Presumptions Approach	214
b) Vorteile des General Presumptions Approach	215
c) Nachteile des General Presumptions Approach	216
d) Modifizierung: Der „Sequential Approach“	218
2. Vorschlag II: Bedingte Freigabe mit ex post-Korrektur	219
a) Darstellung der bedingten Freigabe mit ex post- Korrektur	219
b) Vorteile der ex post-Korrektur	219
c) Nachteile der ex post-Korrektur	220
d) Ex post-Untersuchung zum Erkenntnisgewinn	223
3. Vorschlag III: Obligatorische Geltendmachung von Effizienzgewinnen	226
4. Vorschlag IV: Sicherung von Effizienzgewinnen durch Abhilfemaßnahmen	228
5. Zwischenfazit zu den Verbesserungsvorschlägen	229
IV. Fazit	230
Kapitel 5: Abhilfemaßnahmen zum Schutz des Innovationswettbewerbs	233
I. Einleitung	233
II. Abhilfemaßnahmen in der Fusionskontrolle	234
III. Abhilfemaßnahmen zum Schutz des Innovationswettbewerbs	237
1. Schutz des Innovationswettbewerbs in der Kommissionspraxis	238
a) <i>Dow/DuPont</i>	239
b) <i>Bayer/Monsanto</i>	240
c) Weitere Fälle	242
2. Abhilfemaßnahmen zur Sicherung des Innovationswettbewerbs	244
a) Allgemeine Schwierigkeiten von Zusagen zur Sicherung des Innovationswettbewerbs	245

Inhaltsverzeichnis

b) Zusagen zur Sicherung des Innovationswettbewerbs	246
aa) Veräußerungszusage zur Sicherung des Innovationswettbewerbs: Veräußerung der F&E- Einheit	247
(1) Eignung der Veräußerung einer F&E-Einheit zur Sicherung des Innovationswettbewerbs	248
(2) Umfang der Veräußerungszusagen in Innovationsfällen	250
(3) Verhältnismäßigkeit der Veräußerung der gesamten F&E-Einheit	253
bb) Nichtstrukturelle Zusagen zur Sicherung des Innovationswettbewerbs	255
(1) Zugangerleichterungen – Marktöffnungszusagen	257
(aa) Zugangerleichterung durch Lizenzvereinbarung	258
(bb) Zugangerleichterung durch Interoperabilität	261
(2) Dauer der nichtstrukturellen Zusagen	263
(3) Eignung verhaltensbezogener Zusagen zur Sicherung des Innovationswettbewerbs	265
(4) Zwischenfazit zu verhaltensbezogenen Zusagen	267
cc) Sicherung des Innovationswettbewerbs durch Kronjuwelenzusagen oder Überprüfungsklauseln	267
(1) Kronjuwelenzusagen	268
(2) Überprüfungsklauseln	269
(3) Zwischenfazit zu Kronjuwelenzusagen und Überprüfungsklauseln	270
3. Folgen der Prognoseunsicherheit bei Abhilfemaßnahmen	272
IV. Fazit	274
Kapitel 6: Fazit	276
Literaturverzeichnis	279