

# / Innovationsräume und Dow/DuPont – Bundeskartellamt zurückhaltend

17.11.2017

Kartellrecht

*Wenn es ein Streitthema im sich zum Ende neigenden Kartellrechtsjahr 2017 gibt, ist es das Thema „Innovation und Wettbewerb“. Viele Beobachter sind sich einig, dass die Europäische Kommission mit der Entscheidung in Dow/DuPont eine neuartige Schadenstheorie entwickelt hat. Das Bundeskartellamt zeigt sich zunächst zurückhaltend.*

Ein zentraler Auslöser der intensiven kartellrechtlichen Debatte über Innovationen und Wettbewerb war die Entscheidung der Europäischen Kommission im **Zusammenschlussverfahren Dow/DuPont** vom 27.03.2017 (M.7932, abrufbar [hier](#)). Die Kommission gab den Zusammenschluss der beiden großen US-amerikanischen Chemieindustriunternehmen nur unter strengen Auflagen frei. Unter anderem muss DuPont weite Teile seiner Forschungs- und Entwicklungsaktivitäten im Bereich der Pestizidsparte veräußern. Die Kommission stützte ihre Entscheidung auf eine intensive Auseinandersetzung mit den Folgen des Zusammenschlusses nicht nur in Bezug auf die aktuellen Produktmärkte und den dort stattfindenden Preis- und Produktwettbewerb, sondern vor allem auch in Bezug auf prognostizierte Auswirkungen des Vorhabens auf den **Innovationswettbewerb**. Weil beide Unternehmen vor dem Zusammenschluss wichtige konkurrierende Innovatoren bei der Entwicklung von Pharmawerkstoffen im Pestizidbereich waren, befürchtete die Kommission, dass die Unternehmen ihre bestehenden Forschungs- und Entwicklungsaktivitäten nach dem Zusammenschluss aufgrund eines Wegfalls des Innovationsdruckes konsolidieren könnten. Zudem ging sie davon aus, dass das Vorhaben *allgemein* zu einer **Verringerung der Innovationsanreize** führen würde.

Selbst ohne die Gründe für die erst im Oktober veröffentlichte Entscheidung zu kennen, waren sich viele Beobachter einig, dass *Dow/DuPont* zumindest für die europäische Fusionskontrollpraxis einen neuen **Enforcement-Trend** einläutet. Einige sprachen sogar von einer neuen Schadenstheorie oder gar einem „Quantensprung“, angesichts der umfangreichen Veräußerungsauflagen, welche weitgehend auf der Befürchtung basierten, dass durch den Zusammenschluss abstrakte Innovationsanreize verringert werden könnten. Die Europäische Kommission beeilte sich, diese Diskussion um die Entscheidung zu „entmystifizieren“, und betonte, dass die Entscheidung in Übereinstimmung mit der wettbewerbsökonomischen Theorie und vor allem der bisherigen Praxis stünde ( „**Competition merger brief**“ der **DG COMP, Issue 2/2017** ). Die Kommission verweist insofern auf ihre Entscheidungen in *GE/Alstom* (einzusehen [hier](#)) und *Deutsche Börse/Euronext* ([hier](#)).

Es ist richtig, dass die Kommission bereits bisherig in vielen Fällen auch Auswirkungen auf die Forschungs- und Entwicklungsaktivitäten der beteiligten Unternehmen an zentraler Stelle geprüft hat. Dies geschah aber stets mit einem starken Bezug zu aktuellen oder im Entstehen befindlichen Produktmärkten. In *Dow/DuPont* scheint die Kommission jedoch einen Schritt weiter zu gehen. Sie stellt neben die konventionelle produktmarktbezogene Analyse eine separate Analyse der Auswirkungen auf von ihr so genannte „**Innovationsräume**“ (**innovation spaces**). Am besten lassen sich diese als von Produkt- und Technologiemarkten losgelöste Innovationspotentiale verstehen, um welche die Unternehmen mit ihren Forschungs- und Entwicklungsaktivitäten und den von ihnen formulierten Entwicklungszielen im Wettbewerb stehen (vgl. hierzu Rn. 342-352). Der Begriff „Raum“ ist dabei wohl bewusst als Abgrenzung zu einem Markt zu verstehen, da den Aktivitäten der Akteure jedenfalls im Prognosezeitraum kein Abnehmer und damit auch kein wirtschaftlicher Gegenwert gegenüber steht. Das herkömmliche Instrumentarium der kartellrechtlichen Analyse, insbesondere die marktbezogene Wettbewerbsanalyse, funktioniert hier nicht. Um die Stellung der Unternehmen in dem Wettbewerb innerhalb dieser Innovationsräume zu bestimmen, griff die Kommission deshalb auf **Innovationsindikatoren** wie Patentzertifizierungen sowie Anzahl und wirtschaftlicher Erfolg neu entwickelter Wirkstoffe zurück. Dass diese Betrachtung abstrakter Innovationsaktivitäten und -anreize zumindest vom Ansatz neuartig ist, zeigt bereits, dass die Formulierung „innovation spaces“ 96 Mal in der Entscheidung auftaucht. In der älteren Entscheidung *Deutsche Börse/Euronext* (2012) wurde dieser Begriff eher beiläufig ein einziges Mal verwendet. In der Entscheidung *GE/Alstom* von 2015 taucht er gar nicht mehr auf.

Das Bundeskartellamt hat sich in einem am 09.11.2017 veröffentlichten Hintergrundpapier („Innovationen – Herausforderungen für die Kartellrechtspraxis“, abrufbar [hier](#)) mit der neuen Schadenstheorie der Europäischen Kommission in *Dow/DuPont* kritisch auseinandergesetzt. Die Loslösung der wettbewerbslichen Analyse von Produktmärkten und die Betrachtung abstrakter Innovationsräume werfe „theoretische und praktische Fragen“ auf. In der Tat ist die kartellrechtliche Erfassung von Forschungs-

und Entwicklungsaktivitäten mit vielen Unwägbarkeiten behaftet. Insbesondere ist eine „**doppelte Prognose**“ hinsichtlich Wettbewerbsrelevanz der Forschungs- und Entwicklungsaktivität einerseits und der tatsächlichen Auswirkung dieser Innovation auf die Wettbewerbssituation andererseits erforderlich. Diese Prognosen können sich zudem gegenseitig beeinflussen. Das **Bundeskartellamt** gibt sich in dem neuen Papier **zurückhaltend** und spricht von „besonderen Herausforderungen“.

Die Europäische Kommission geht diese Herausforderungen hingegen proaktiv an. Mit Spannung erwartet wird, ob die Kommission ihren Ansatz im laufenden **Bayer/Monsanto**-Verfahren vertieft. Neues voraussichtliches Fristende der Prüfung ist hier nach einer zwischenzeitlichen Unterbrechung der 05.03.2018 (Pressemitteilung zur Einleitung der vertieften Prüfung [hier](#) ). Klar ist jedoch bereits jetzt, dass zukünftige Zusammenschlussvorhaben, insbesondere jene, welche in Brüssel angemeldet werden müssen, sich dem **verstärkten Fokus auf Innovation und Wettbewerb** stellen müssen. Auswirkungen von Zusammenschlussvorhaben auf die Forschungs- und Entwicklungsaktivitäten der Beteiligten müssen zukünftig noch umfassender vorbereitet werden – gerade in innovationsrelevanten Branchen. Diese Vorbereitung sollte frühestmöglich, jedenfalls noch vor dem Einstieg in informellen Vorabgesprächen mit der Wettbewerbsbehörde erfolgen.

**Haben Sie Fragen?** Kontaktieren Sie gerne: [Dr. Oliver Vahrenholt](#)

**Practice Group:** [Kartellrecht](#)

[www.noerr.com](http://www.noerr.com)   [twitter.com/NoerrLLP](https://twitter.com/NoerrLLP)   [xing.com/companies/NoerrLLP](https://xing.com/companies/NoerrLLP)