

Torsten Körber | Ulrich Immenga (Hrsg.)

Innovation im Kartellrecht – Innovation des Kartellrechts

Referate der 2. Kölner Kartellrechtsgespräche vom 26. Juni 2019



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 32

Torsten Körber | Ulrich Immenga (Hrsg.)

Innovation im Kartellrecht – Innovation des Kartellrechts

Referate der 2. Kölner Kartellrechtsgespräche vom 26. Juni 2019



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.

ISBN 978-3-8487-6735-9 (Print)

ISBN 978-3-7489-0807-4 (ePDF)

1. Auflage 2020

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2020. Gedruckt in Deutschland. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

Vorwort

Die 2. Kölner Kartellrechtsgespräche standen im Zeichen der Innovation im Kartellrecht und – im Vorgriff auf die 10. GWB-Novelle – der Innovation des Kartellrechts.

Die Auswirkung von Zusammenschlüssen auf die Innovation war lange Zeit nur ein Faktor bei der Bewertung des Wettbewerbs auf Produktmärkten. In jüngerer Zeit hat der Innovationswettbewerb eigenständige Bedeutung gewonnen. In den Fusionskontroll-Entscheidungen *Dow/DuPont* und *Bayer/Monsanto* hat die Europäische Kommission eine neue Schadenstheorie entwickelt, die in vielen Punkten der Erklärung und Präzisierung bedarf. Die neue Schadenstheorie wurde vonseiten der Kommission vorgestellt und seitens der Wissenschaft und Praxis kritisch gewürdigt.

Zugleich ist auch das Kartellrecht selbst einem erheblichen „Innovationsdruck“ ausgesetzt. Die 9. GWB-Novelle liegt weniger als zwei Jahre zurück. Die 10. GWB-Novelle steht vor der Tür. Neben der Umsetzung der ECN-Plus-Richtlinie steht auch hier die Frage im Mittelpunkt, wie das Kartellrecht materiell und institutionell fit für die dynamische, digitale Rechtswirklichkeit des 21. Jahrhundert gemacht werden kann. Die angestrebten Änderungen wurden seitens des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie vorgestellt und aus der Sicht des Bundeskartellamtes und der Anwaltschaft beleuchtet. Der abschließende anwaltliche Vortrag warf darüber hinaus ein Schlaglicht auf das Verhältnis von Kartellrecht und Datenschutz anhand der *Facebook*-Entscheidung des Bundeskartellamtes.

Die Referate der Tagung sowie ein Tagungsbericht sind in diesem Band zusammengetragen. Dank gebührt neben den Referentinnen und Referenten der Sozietät WilmerHale für die Förderung der Tagung und dieses Tagungsbandes sowie den Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern des Lehrstuhls Körper für die Organisation und Durchführung der Tagung.

Köln/Göttingen, im Dezember 2019

Prof. Dr. Torsten Körper, LL.M.
Prof. Dr. Dr. h.c. Ulrich Immenga

Inhalt

Fusionskontrolle und Innovation aus Unternehmenssicht <i>Paul Fort</i>	9
Neue Schadenstheorie zu Innovationen in der Fusionskontrolle und rechtsstaatliche Gebote <i>Wolfgang Weiß</i>	23
GWB-Digitalisierungsgesetz und Kommission Wettbewerbsrecht 4.0 als Bausteine digitaler Ordnungspolitik <i>Daniel Fülling</i>	49
Schutz von Nutzerdaten durch Missbrauchskontrolle – das Bundeskartellamt als Datenschutzbehörde <i>Christian Schwedler</i>	57
Tagungsbericht zu den 2. Kölner Kartellrechtsgesprächen 2019: Innovation im Kartellrecht – Innovation des Kartellrechts <i>Charlotte Hasselhorn</i>	81
Autorenverzeichnis	91

Fusionskontrolle und Innovation aus Unternehmenssicht¹

Dr. Paul Fort, Bayer AG

I. Einleitung	9
II. Praktische Auswirkungen in der Planungsphase	10
1. Identifikation von Problemfeldern im Innovationsraum	10
a) Begriff des Innovationsraums	10
b) Ermittlung von (relevanten) Überschneidungen	12
(1) Datensammlung	12
(2) Interne Unterlagen	14
c) Zwischenergebnis	16
2. Ermittlung von industrieweiten Auswirkungen	16
3. Abhilfemöglichkeiten	17
a) Argumentative Einwände	17
b) Abhilfemaßnahmen	18
III. Inhaltliche Bewertung	20

I. Einleitung

Neben den bekannten nicht-koordinierten (und koordinierten) Wirkungen, die ein Zusammenschluss von Unternehmen, die entweder im aktuellen oder potentiellen Wettbewerb stehen² auslösen kann, untersucht die Kommission seit einiger Zeit auch, inwiefern Zusammenschlüsse sich auf (i) den (zukünftigen) Wettbewerb in sog. Innovationsräumen³ und/oder (ii) die Innovationskraft eines gesamten Industriezweigs⁴ auswirken kön-

1 Die in diese vertretenen Ansichten sind die persönlichen Ansichten des Verfassers.
2 Europäische Kommission, Leitlinien zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse, 2004/C 31/03 (Im Folgenden: Horizontalleitlinien), Rn. 24 ff., 36.
3 Europäische Kommission, Entsch. v. 27.3.2017, COMP/M.7932, Rn. 1955, 3056 – *Dow/DuPont*.
4 Europäische Kommission, Entsch. v. 27.3.2017, COMP/M.7932, Rn. 1955, 3056 – *Dow/DuPont*.

nen. Angesichts der Unsicherheit, dem der Erfolg von Forschungs- und Entwicklung (F&E)-Tätigkeit unterliegt, stellt dieser Ansatz für Unternehmen eine besondere Herausforderung dar. Konkret stellt sich die Frage, wann ein Zusammenschluss zu einer erheblichen Behinderung wirksamen Wettbewerbs im Bereich der Innovation führen würde. Diese Frage müssen Unternehmen und ihre Berater notwendig vor einem Zusammenschluss mit einiger Sicherheit beantworten können, um abschätzen zu können, ob eine Untersagung oder weitreichende Auflagen drohen. Fehlt es an dieser Sicherheit, werden Unternehmen von Transaktionen Abstand nehmen, was im Ergebnis einen (unfreiwilligen) Verzicht auf die Ausübung von Grundrechten⁵ darstellt. Im Folgenden sollen die Herausforderungen aus Unternehmenssicht näher beschrieben werden.

II. Praktische Auswirkungen in der Planungsphase

1. Identifikation von Problemfeldern im Innovationsraum

a) Begriff des Innovationsraums

Unternehmen sind durch die neuere Praxis der Kommission aufgefordert zu untersuchen, inwiefern ihr Zusammenschluss den Wettbewerb in Innovationsräumen negativ beeinflussen könnte. Die Kommission definiert Innovationsräume wie folgt:

Der Begriff "Innovationsräume" bezieht sich auf Räume, in denen Innovationswettbewerb stattfindet. Forschende Unternehmen entwickeln nicht Innovationen für alle Produktmärkte, die einen Industriebereich ausmachen. Sie führen auch keine zufälligen Innovationen durch, ohne auf bestimmte Räume innerhalb dieses Bereichs abzielen. Bei der Organisation ihrer Innovationsfähigkeiten und der Durchführung ihrer Forschung haben forschende Unternehmen spezifische Forschungsziele. In frühen Forschungsphasen im Pflanzenschutz bestehen diese Räume aus einem bestimmten Zielschädling (oder Schädlingsgruppe) und betroffenen Pflanzensorten. Für Pflanzeneigenschaften bestehen diese Ziele demgegenüber aus einer spezifischen Funktio-

⁵ Zur grundrechtlichen Verankerung der Möglichkeit externen Unternehmenswachstums siehe *Scholz*, in *Maunz/Dürig*, Grundgesetz-Kommentar, Art. 12 Rn. 194 ff., Werkstand: 87. EL März 2019.