

## Fusionskontrolle: Innovationsmarkt-Analyse und ihre Auswirkungen auf die Schweiz

von Dr. iur. Beat A. Brechbühl, LL.M., Fürsprecher, Bern<sup>1</sup>

*Die U.S.-Kartellbehörden haben die Fusionskontrolle im Bereich der High-Tech-Industrie seit kurzem erheblich verschärft, indem sie neben traditionellen Produkt- nun auch Innovationsmärkte definieren. Dies ist ein völlig neuer kartellrechtlicher Ansatz. Der Autor des folgenden Beitrags stellt das Konzept dieser sog. Innovationsmarkt-Analyse (IMA) vor, bespricht ihre Auswirkungen auf zukünftige Unternehmenszusammenschlüsse mit schweizerischer Beteiligung, gibt praktische Hinweise für betroffene Firmen und diskutiert die Hindernisse für eine allfällige Anwendung der IMA durch die Schweizerischen Wettbewerbsbehörden.*

*The U.S. antitrust authorities have recently considerably sharpened their merger control activities in the high-tech sector. In a significant departure from previous approaches, innovation markets are taken into account in addition to the traditional product markets. The author describes the so-called «Innovation Market Analysis» (IMA) and discusses its impact for future mergers involving Swiss participants. The author provides practical advice for firms involved and analyzes the obstacles to a potential use of IMA by Swiss competition authorities.*

### Inhaltsübersicht

#### Einleitung

#### A. Innovationsmarkt-Analyse (IMA)

1. Konzept
2. Praxis

#### B. Risikoanalyse in bezug auf Schweizer Unternehmen

#### C. Anwendung der IMA im schweizerischen Kartellrecht?

1. Rechtmässigkeit der IMA
2. Zweckmässigkeit der IMA

#### Zusammenfassung

### Einleitung

Nach umfangreichen Hearings im Herbst 1995 haben die U.S.-Kartellbehörden, die Federal Trade Commission (FTC) und die Antitrust Division des Department of Justice (DOJ), angekündigt, die Fusionskontrolle im Bereich der High-Tech-Industrie zu verschärfen und die sog. *Innovationsmarkt-Analyse* (IMA) anzuwenden<sup>2</sup>.

Zusätzlich zu den traditionell zu beurteilenden Produktmärkten definieren die Behörden unter bestimmten Voraussetzungen Innovationsmärkte. Damit sollen

die Auswirkungen eines Unternehmenszusammenschlusses<sup>3</sup> auf die Forschung und Entwicklung (F&E) ermittelt werden. Ergibt die Analyse, dass die Einführung neuer Produkte oder Verfahren durch die Fusion verzögert wird, weil der Wettbewerb auf dem entsprechenden Innovationsmarkt beeinträchtigt wird, untersagen FTC/DOJ den Zusammenschluss oder gestatten ihn lediglich unter Auflagen.

Obwohl der IMA-Ansatz erst seit wenigen Jahren angewandt wird und sich auf den Bereich der High-Tech-Industrie beschränkt, sind bereits zwei grosse Schweizer Unternehmen, Roche und Novartis, davon betroffen gewesen. Grund genug, (A) das Konzept der Innovationsmarkt-Analyse vorzustellen, (B) die Risiken in bezug auf schweizerische Unternehmen zu analysieren und (C) die normativen Auswirkungen auf das Schweizer Kartellrecht zu besprechen.

### A. Innovationsmarkt-Analyse (IMA)

Seit Jahren ist in der Volkswirtschaftslehre unbestritten, dass der technische Fortschritt für das Wirtschaftswachstum von grosser Bedeutung ist; ja, dass Innovationen für den Wohlstandszuwachs längerfristig sogar wichtiger sind, als es der Preiswettbewerb ist<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> Der Autor dankt dem Schweizerischen Nationalfonds (SNF) für die Unterstützung eines Forschungsprojektes an der Universität von Chicago, aus dem der hier publizierte Aufsatz hervorgegangen ist.

<sup>2</sup> *Anticipating the 21<sup>st</sup> Century: Competition Policy in the New High-Tech, Global Marketplace, A Report by Federal Trade Commission Staff*, 1. Band, Mai 1996, Kapitel 7, S. 4 f. (on-line erhältlich unter <http://www.ftc.gov/opp/global.htm>).

<sup>3</sup> Die amerikanische Zusammenschlusskontrolle erstreckt sich auf Fusionen, Kontrollerwerbe und Joint Ventures, wobei im Unterschied zum Schweizer Recht nicht zwischen kooperativen und konzentrativen JV unterschieden wird und somit alle JV der Fusionskontrolle unterliegen.

<sup>4</sup> *Janusz A. Ordover/Robert D. Willig, Antitrust for High-Technology Industries: Assessing Research Joint Ventures and Mergers*, in: 28 *J. Law & Econ.* 311 (1985) S. 311f. (Um die Quellensuche zu erleichtern, wird die amerikanische Zitierweise verwendet).

Demgegenüber herrscht Uneinigkeit darüber, in welcher Weise der Wettbewerb die innovative Entwicklung beeinflusst. Der Ansicht von *Kenneth Arrow*, wonach ein Monopolist geringere Anreize hat, neue Produkte und Prozesse einzuführen<sup>5</sup>, steht die These von *Joseph Schumpeter* gegenüber, dass ein marktbeherrschendes Unternehmen vermehrt risikoreiche F&E-Projekte finanziert, um den Marktzutritt für potentielle Konkurrenten zu erschweren, und dass Ressourcen in vereinigten Innovationsprojekten (z.B. F&E-Joint-ventures) dank Skalenerträgen effizienter eingesetzt werden können<sup>6</sup>. Einige Wissenschaftler argumentieren gar, dass weder ein Monopol noch der perfekte Wettbewerb die besten Rahmenbedingungen für Innovationen schafft, sondern etwas «dazwischen»<sup>7</sup>.

## 1. Konzept

Das Konzept der Innovationsmarkt-Analyse gründet im wesentlichen auf der erstgenannten Theorie, wonach der innovative Prozess durch Marktkonzentration verlangsamt wird<sup>8</sup>, was denn auch mit Hinweis auf die fehlenden theoretischen und empirischen Grundlagen kritisiert wird<sup>9</sup>. Nach Ansicht der Kartellbehörden kann jedoch im Einzelfall sehr wohl ermittelt werden, wie sich der Unternehmenszusammenschluss auf den technischen Fortschritt auswirkt<sup>10</sup>.

<sup>5</sup> *Kenneth J. Arrow*, Economic Welfare and the Allocation of Resources to Invention, in: National Bureau of Economic Research (Hrsg.) *The Rate and Direction of Inventive Activity* (1992) S. 620.

<sup>6</sup> *Joseph Schumpeter*, Capitalism, Socialism and Democracy (1942) S. 85; *Andrew C. Hruska*, A Broad Market Approach to Antitrust Product Market Definition in Innovative Industries, in: 102 *Yale L. J.* 305 (1992) S. 310 f.; *Thomas M. Jorde/David J. Teece*, Antitrust, Innovation, and Competitiveness (1992) S. 5f.

<sup>7</sup> *William J. Baumol/Janusz A. Ordover*, Antitrust: Source of Dynamic and Static Inefficiencies? in: *Thomas M. Jorde & David J. Teece* (Hrsg.), *Antitrust, Innovation, and Competitiveness* (1992) S. 85 ff.

<sup>8</sup> *Thomas N. Dahdouh*, The Shape of Things to Come: Innovation Market Analysis in Merger Cases, in: 64 *Antitrust L.J.* 405 (1996) S. 408 ff. (nachfolgend *Dahdouh*, Innovation Market Analysis).

<sup>9</sup> *Richard T. Rapp*, The Misapplication of the Innovation Market Approach to Merger Analysis, in: 64 *Antitrust L.J.* 19 (1995) S. 28 (nachfolgend *Rapp*, The Misapplication), *George A. Hay*, Innovations in Antitrust Enforcement in: 64 *Antitrust L.J.* 7 (1995) S. 15 (nachfolgend *Hay*, Innovations).

<sup>10</sup> *Richard J. Gilbert/Steven C. Sunshine*, The Use of Innovation Markets: A Reply to Hay, Rapp, and Hoerner, in: 64 *Antitrust L.J.* 75 (1995) S. 77 (nachfolgend *Gilbert/Sunshine*, Reply).

Obwohl der IMA-Ansatz in den für die U.S.-Fusionskontrolle wegweisenden sog. *Merger-Guidelines* nicht aufgeführt ist, basiert er im wesentlichen auf den dort für traditionelle Produktmärkte beschriebenen Grundsätzen und Prüfungsschritten<sup>11</sup>. Allerdings mangelt es angesichts des case-by-case-approach des amerikanischen Kartellrechts und der relativen Neuheit der IMA an offiziellen konzeptionellen Grundlagen. Die nachfolgende Darstellung stützt sich deshalb auf bisher erschienene Aufsätze und auf offizielle Verlautbarungen von FTC/DOJ-Verantwortlichen. Methodologisch können *sechs* Schritte unterschieden werden:

### a) Anwendung der IMA

Lehre und Praxis wenden die IMA nur dann an, wenn (1) die fusionierenden Unternehmen der *High-Tech*-Industrie angehören, und (2) der Wettbewerb sich im Bereich der *Forschung und Entwicklung* für noch *nicht* auf dem Markt befindliche Produkte abspielt. Andernfalls werden die traditionellen Produktmärkte als ausreichende Beurteilungsgrundlage betrachtet<sup>12</sup>.

### b) Definition des Innovationsmarktes

FTC/DOJ definieren einen Innovationsmarkt wie folgt:

«An innovation market consists in the research and development directed to particular new or improved goods or processes, and the close substitutes for that research and development(...)»<sup>13</sup>.

Die Abgrenzung des relevanten Marktes beginnt mit der Identifizierung aller sich überschneidenden F&E-

<sup>11</sup> *U.S. Department of Justice and Federal Trade Commission*, 1992 Horizontal Merger Guidelines with April 8, 1997, Revisions to Section 4 on Efficiencies, § 0.1 (nachfolgend 1992/97-Guidelines) und *U.S. Department of Justice*, 1984 Merger Guidelines (nachfolgend 1984-Guidelines). Obwohl lediglich behördenverbindlich, gelten die beiden Guidelines als richtungsweisend, da der Supreme Court seit 1975 keine materiellen Fusionskontrollentscheidungen gefällt hat.

<sup>12</sup> *Richard J. Gilbert / Steven C. Sunshine*, Incorporating Dynamic Efficiency Concerns in Merger Analysis: The Use of Innovation Markets, in: 63 *Antitrust L.J.* 569 (1995) S. 581 ff. (nachfolgend: *Gilbert/Sunshine*, Use of Innovation Markets); illustrativ dazu die Fälle *Glaxo*, *Sensormatic* und *American Home Products* (unten Ziff. A/2).

<sup>13</sup> *U.S. Department of Justice and Federal Trade Commission*, Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property § 3.2.3. (1995) (nachfolgend *Licensing Guidelines*). Ein Innovationsmarkt wurde erstmals im Zusammenhang mit der Lizenzierung von geistigem Eigentum

Aktivitäten der *fusionierenden* Unternehmen<sup>14</sup>. Diese sind allerdings ökonomisch nur dann relevant, wenn sie zu neuen oder verbesserten Produkten oder Verfahren führen, womit Grundlagenforschung ausscheidet<sup>15</sup>. Die Lehre fordert deshalb, dass nur solche F&E-Aktivitäten in die Marktdefinition einbezogen werden, die sich *voraussichtlich*<sup>16</sup> und in *bedeutendem Ausmass*<sup>17</sup> auf bestehende Produkte auswirken.

Der *geographische* Markt ist normalerweise *weltweit*<sup>18</sup>. Ausnahmen werden dann gemacht, wenn gesetzliche Hindernisse bestehen, Innovationen zu exportieren (z.B. Verbote, Lizenzen für militärische Produkte ins Ausland zu vergeben) oder wenn nicht alle Länder über die notwendige Technologie verfügen.

Um den sachlichen und geographischen Innovationsmarkt korrekt abzugrenzen, d.h. weder zu eng noch zu breit zu definieren, wird vorgeschlagen, folgende (hypothetische) Frage zu beantworten: Kann das Fusionsunternehmen seine F&E-Aktivitäten wesentlich, d.h. praxisgemäss um mindestens 5%, reduzieren?<sup>19</sup> Wenn ja, besteht der Innovationsmarkt nur aus seinen eigenen F&E-Aktivitäten<sup>20</sup>. Wenn nein, ist der Markt um die konkurrierenden F&E-Aktivitäten

definiert. Die dort statuierten Voraussetzungen können ohne weiteres auf die Fusionskontrolle übertragen werden (siehe *Bryan R. Dunlap*, A Practical Guide to Innovation Markets, in: 9-SUM Antitrust 21 (1995) S. 22 (nachfolgend *Dunlap*, Practical Guide).

<sup>14</sup> Der Begriff der F&E-Aktivitäten bezeichnet F&E-Projekte sowie Patentansprüche und andere Immaterialgüter.

<sup>15</sup> *Gilbert/Sunshine*, Use of Innovation Markets, S. 595.

<sup>16</sup> Gewisse Autoren verlangen sogar eine «reasonable certainty» (*Dahdhouh*, Innovation Market Analysis, S. 420). Bei der Beurteilung sind auch praktische Hindernisse für die Vermarktung neuer Produkte/Verfahren einzubeziehen, wie z.B. unvorteilhafte Konsumentenpräferenzen, schlechte Aussichten in staatlichen Bewilligungsverfahren oder grosse Schwierigkeiten bei der Qualitätssicherung.

<sup>17</sup> Kleinere Verbesserungen sind unbeachtlich (*Dunlap*, Practical Guide, S. 23).

<sup>18</sup> «Successful research and development yields intellectual property that can move freely across international boundaries» (FTC-Commissioner Azcuenaga im Sensor-matic-Fall, siehe Fn. 57; in dieser Richtung auch *Gilbert/Sunshine*, Use of Innovation Markets, S. 595; *Rapp*, The Misapplication, S. 23 Fn. 19; *Dahdhouh*, Innovation Market Analysis, S. 422).

<sup>19</sup> Dieser Schritt entspricht der Beurteilung der *Nachfrage-substitution* in Produktmärkten (1992/97-Guidelines § 1.1).

<sup>20</sup> Da es sich um eine Reihe von F&E-Aktivitäten handelt und nicht um ein bestimmtes Produkt, wird aus praktischen Gründen vorgeschlagen, die konkurrierenden *Unternehmen* zu bestimmen, welche die Aktivitäten besitzen, statt die einzelnen F&E-Aktivitäten separat zu beurteilen (*Gilbert/Sunshine*, Use of Innovation Markets, S. 595).

anderer Unternehmen zu erweitern, welche die Reduktion verunmöglichen<sup>21</sup>.

Das grundlegende Problem der Marktdefinition besteht in der *Gleichsetzung* von F&E mit Innovation, weil mehr Input (F&E) nicht zwingend mehr Output (Innovation) mit sich bringt, d.h. eine Reduktion der F&E-Aktivitäten nicht notwendigerweise konsumentenschädigend und damit wettbewerbsrechtlich problematisch ist<sup>22</sup>.

### c) Ermittlung der Marktmacht

Nach der Marktdefinition muss beurteilt werden, ob das Fusionsunternehmen aufgrund seines Marktanteils *in der Lage* ist, die F&E-Aktivitäten zu reduzieren. Welche Grundlagen dafür verwendet werden, hängt von den konkreten Umständen ab. Manchmal können sich FTC/DOJ direkt auf Strategiepapiere der betroffenen Unternehmen stützen<sup>23</sup>. In anderen Fällen führt die Bestimmung der zukünftigen *Marktanteile* und des *Konzentrationsgrades* des Marktes zum Ziel<sup>24</sup>. Folgende Grössen werden etwa als Basiswerte herangezogen; *F&E-Assets* (Immaterialgüter wie z.B. Patente oder Know-how), *F&E-Ausgaben*, sofern sie bestimmten Produkten/Verfahren zugeordnet werden können, und – hilfsweise – Marktanteile in *Produktmärkten* bzw. *Anteile per capita*<sup>25</sup>. Basierend auf die-

<sup>21</sup> Dabei sind alle Ursachen einzubeziehen, welche eine Reduktion verunmöglichen: Konkurrierende *F&E-Aktivitäten* ebenso wie *aktuelle* Konkurrenzprodukte (Innovation erlaubt dem Fusionsunternehmen, seinen Anteil auf dem *Produktmarkt* zu erhöhen; reduziert es demgegenüber seine innovativen Bemühungen, stösst es beim Erschliessen neuer Produktmärkte auf Schwierigkeiten). Selbstverständlich gilt es auch, *potentielle* F&E-Konkurrenten in die Beurteilung einzubeziehen (Angebotssubstitution); darauf wird im Einklang mit den 1992/97-Guidelines jedoch in einem separaten Abschnitt (A/1e) eingetreten.

<sup>22</sup> Siehe dazu insbesondere *Rapp*, The Misapplication, S. 27, und *Robert J. Hoerner*, Innovation Markets: New Wine in Old Bottles?, 64 Antitrust: L.J. 49 (1995) S. 52 (nachfolgend *Hoerner*; Innovation Markets).

<sup>23</sup> Die Behörden schliessen dabei vom Wollen auf das Können. Bisher konnten sich FTC/DOJ relativ problemlos Zugang selbst zu geheimen firmeninternen Dokumenten verschaffen (FTC-Commissioner *Varney*, in: Antitrust and the Drive to Innovate: Innovation Markets in Merger Review Analysis, in: 9-SUM Antitrust 16 (1995) S. 19).

<sup>24</sup> Korrekt formuliert, geht es bei der Fusionskontrolle – im Unterschied zur Beurteilung von Monopolverhalten – um die *Zunahme* der Marktkonzentration nach dem Merger.

<sup>25</sup> *Dunlap*, Practical Guide, S. 23, mit Hinweis auf die Licensing Guidelines. Angesichts der praktischen Schwierigkeiten, zwischen Immaterialgütern im Zusammenhang mit existierenden und *zukünftigen* Produkten/Verfahren zu

sen Zahlen werden dann Marktanteile und -konzentration bestimmt, wobei als Richtschnur der sog. Herfindahl-Hirschman-Index (HHI) dient<sup>26</sup>. Während ihm in bezug auf Produktmärkte zumindest vorentscheidende Bedeutung zukommt<sup>27</sup>, sollte ihm auf Innovationsmärkten nicht dieselbe Beachtung zuteil werden<sup>28</sup>.

Was den *Marktanteil* des Fusionsunternehmens betrifft, gilt als *Faustregel*, dass ein Anteil am Innovationsmarkt von weniger als 20% unbedenklich ist<sup>29</sup>.

#### d) Ermittlung negativer Auswirkungen auf den Wettbewerb

Ist das Fusionsunternehmen genügend marktmächtig, um seine Innovationsbemühungen zu vermindern, wird zu ermitteln versucht, ob es auch den *Anreiz* hat, dies zu tun. Auf Innovationsmärkten wird es dabei in erster Linie um das *unabhängige Verhalten* des Fusionsunternehmens gehen. Weniger wahrscheinlich, aber nicht auszuschliessen ist sodann, dass der nega-

tive Effekt durch *koordiniertes Verhalten* mit Konkurrenten erzeugt wird<sup>30</sup>.

Wiederum dienen firmeninterne Dokumente als direkte Beweismittel. Fehlen solche klare Fakten, stützen sich FTC/DOJ auf diverse Hilfsfaktoren, wie z.B. auf die Nachfrageelastizität in bezug auf Innovation<sup>31</sup>, auf die Geschichte des Marktes<sup>32</sup> oder gar auf naheliegende Vermutungen<sup>33</sup>.

#### e) Marktzutritt potentieller Konkurrenten

Die prognostizierten negativen Auswirkungen auf den Wettbewerb bleiben aus, wenn potentielle Konkurrenten *rechtzeitig* und *wahrscheinlich* in den Innovationsmarkt *eintreten* können (*sog. Angebots-substitution*)<sup>34</sup>. Der Eintritt ist rechtzeitig, wenn er innerhalb *zweier Jahre* ab Planungsstadium erfolgt<sup>35</sup> und wahrscheinlich, sofern die Wettbewerber von der Reduktion der Innovationsanstrengungen durch das Fusionsunternehmen *Kenntnis* erlangen<sup>36</sup>. Zur Beurteilung dieser Kriterien werden u.a. folgende Faktoren in Betracht gezogen: Zugang der potentiellen Konkur-

unterscheiden, wird oftmals auf die F&E-Ausgaben abgestützt. Kritiker der IMA wenden ein, dass die Ermittlung von Marktanteilen in jedem Fall fehlerbehaftet sei (Nicholas A. Widnell, *The Crystal Ball of Innovation Market Analysis in Merger Review: An Appropriate Means of Predicting The Future?* in: 4 Geo. Mason L. Rev. 369 (1996) S. 392f. (nachfolgend Widnell, *Innovation Market Analysis*).

<sup>26</sup> Der HHI ist die Summe der Quadrate der einzelnen Marktanteile aller Wettbewerber auf einem Markt (z.B. ist der HHI auf einem Markt mit einem Unternehmen mit 80% Marktanteil und zwei Unternehmen mit je 10%  $6400+100+100=6600$ ). Er geht von 0 (totaler Wettbewerb) bis zu 10 000 (totales Monopol). In bezug auf Produktmärkte haben die U.S.-Kartellbehörden das Spektrum dreigeteilt: Unkonzentrierter Markt (HHI unter 1000), mittelmässig konzentrierter Markt (HHI von 1000–1800) und hochkonzentrierter Markt (HHI über 1800). Zum ganzen: John Kwoka, *The Herfindahl Index in Theory and Practice*, in: 30 Antitrust Bull. 915 (1985) S. 915 ff.

<sup>27</sup> Bis vor kurzem galt eine Fusion in einem hochkonzentrierten Markt als vermutungsweise antikompetitiv.

<sup>28</sup> Kann z.B. mit gewisser Sicherheit gesagt werden, dass die Aussichten in bezug auf das erfolgreiche Lancieren neuer oder verbesserter Produkte auf einem Innovationsmarkt für alle Unternehmen ähnlich sind, sollten ihnen *gleiche* Marktanteile zugeteilt werden (Gilbert/Sunshine, *Use of Innovation Markets*, S. 597).

<sup>29</sup> Licensing Guidelines § 4.3. FTC/DOJ haben die Anwendung dieses «safe harbor»-Wertes im Zusammenhang mit der Fusionskontrolle zwar nie ausdrücklich bestätigt. In den bisher beurteilten Fällen wiesen die fusionierenden Unternehmen aber immer extrem hohe Marktanteile aus (mind. 80%), so dass ohne weiteres davon ausgegangen werden kann, dass die 20%-Regel auch für Zusammen-schlüsse gilt.

<sup>30</sup> Diese Variante ist in einem hochkonzentrierten Markt denkbar, so z.B. wenn Konkurrenten in Interessenverbänden zusammengeschlossen sind, die ein gegenseitiges F&E-Reporting vorsehen (weitere Beispiele siehe bei Dennis Yao / Susan DeSanti, *Innovation Issues Under the 1992 Merger Guidelines*, in: 61 Antitrust L.J. 505 (1993) S. 516. (nachfolgend Yao/DeSanti, *Innovation Issues*).

<sup>31</sup> Eine geringe Elastizität bedeutet, dass die Konsumenten trotz verzögerter Verbesserung oder Verbilligung das Produkt in ähnlicher Menge nachfragen, womit der Innovationsanreiz für das Fusionsunternehmen sinkt.

<sup>32</sup> Zeigen Daten, dass in der Vergangenheit die fusionierenden Unternehmen nach einer früheren Akquisition ihre Ausgaben für F&E reduziert haben, spricht dies für ein ähnliches Verhalten in der Gegenwart und damit gegen die Zulassung der Fusion.

<sup>33</sup> Nach einer Fusion zweier Pharmaunternehmen, die beide an einem Medikament gegen eine bestimmte Krankheit forschen, ist es nach Ansicht von FTC/DOJ naheliegend, dass dasjenige Projekt aufgegeben wird, das weniger weit gediehen ist oder hinter dem anderen im Bewilligungsverfahren der Federal Drug Administration (FDA) zurückliegt.

<sup>34</sup> Als potentielle Konkurrenten gelten solche Unternehmen, die die notwendigen F&E-Assets im Augenblick zwar noch nicht besitzen, sie aber innerhalb einer vernünftigen kurzen Zeit beschaffen können, falls das Fusionsunternehmen seine Innovationsbestrebungen verlangsamt.

<sup>35</sup> Gilbert/Sunshine, *Use of Innovation Markets*, S. 595f. Fn. 16. Yao/DeSanti, *Innovation Issues*, S. 519, schlagen eine Periode von 3–4 Jahren vor. Eine längere Periode ist aufgrund der schwierigen Vorausssehbarkeit der Innovationsentwicklung nicht sinnvoll.

<sup>36</sup> Wo F&E-Erfolge geheim gehalten werden können, ist nicht mit einer entsprechenden Reaktion der Konkurrenz zu rechnen.

renz zu Kapital und Immaterialgütern, Stand eines Produktes im behördlichen Bewilligungsprozess<sup>37</sup> und insbesondere in der Computerindustrie sog. first-mover-advantages und network-effects<sup>38</sup>.

#### f) Einrede der Effizienzsteigerung

Schliesslich bleibt zu beurteilen, ob der negative Wettbewerbseffekt trotz Reduktion von F&E-Ausgaben ausbleibt, weil die Fusion in diesem Bereich effizienzsteigernd wirkt. Dies bedarf einer Beurteilung des Synergiepotentials (Vermeidung von Doppelspurigkeiten) und der möglichen Skalenerträge<sup>39</sup>. Auch allfällige *spillover effects* sollten einbezogen werden<sup>40</sup>. Obwohl FTC/DOJ solchen Argumenten in Produktmärkten zukünftig mehr Beachtung schenken wollen<sup>41</sup>, ist zur Zeit unklar, ob dies auch in bezug auf Innovationsmärkte gilt. Zweifel sind angebracht<sup>42</sup> – vor allem, weil es für das beweisbelastete Fusionsunternehmen *praktisch* sehr schwierig sein wird, die Kartellbehörden davon zu überzeugen, dass Effizienzsteigerungen unter Wettbewerbsbedingungen weniger gut möglich sind<sup>43</sup>. Am ehesten wird es wohl dann Erfolg haben, wenn es glaubwürdig darlegen kann, dass fusionsbedingte Kostensenkungen an die Konsumenten weitergegeben werden<sup>44</sup>.

Stellt sich aufgrund der vorhergehenden Analyse heraus, dass die Fusion zu einer *wesentlichen Reduktion des Innovationswettbewerbs* führt<sup>45</sup>, treffen FTC/DOJ die notwendigen *Massnahmen*, d.h. sie verbieten die Fusion oder bewilligen sie nur unter Auflagen<sup>46</sup>. Dabei sind mehrere Lösungen denkbar; ich beschränke mich nachfolgend auf die vier naheliegenden Ansätze: (1) Die für grössere Fusionsunternehmen attraktivste Lösung ist die *konzerninterne Lizenzierung*, was voraussetzt, dass die beiden abhängigen Unternehmen ihre F&E-Abteilung separat weiter betreiben und die Resultate wechselseitig lizenzieren. FTC/DOJ werden eine solche Massnahme jedoch nur dann akzeptieren, wenn sie überzeugt sind, dass der Innovationswettbewerb unter den abhängigen Unternehmen bestehen bleibt. (2) Häufig wird die *Lizenzerteilung an einen Konkurrenten* angeordnet, was bedingt, dass zumindest ein valabler Konkurrent auf dem entsprechenden Innovationsmarkt präsent ist<sup>47</sup>. Das Fusionsunternehmen sollte sich bewusst sein, dass es in diesem Fall oftmals technische Unterstützung und Know-how, ja sogar Forschungsmitarbeiter «mitliefern» muss. (3) Wenn ein Drittunternehmen ein abhängiges Unternehmen oder eine Division des Fusionsunternehmens konkurriert und mit einem anderen als Vertragspartner zusammenarbeitet, kann die Lösung in der Errichtung von sog. *Firewalls* liegen, was allerdings effektiver Überwachungsmechanismen bedarf<sup>48</sup>. (4) Die unattraktivste, manchmal aber unumgängliche Massnahme ist die *Desinvestment* des heiklen Innovationsbereiches<sup>49</sup> oder gar ein *Verzicht* auf das Fusionsvorhaben<sup>50</sup>. Um zu ver-

<sup>37</sup> Das Bewilligungsverfahren für Medikamente dauert durchschnittlich 10 Jahre.

<sup>38</sup> First-mover-advantages (früher Markteintritt, schnelles Wachstum und grosser Marktanteil) und network effects (je mehr Konsumenten ein Produkt benutzen, desto höher der Nutzen für den einzelnen Konsumenten) erzeugen hohe Zutrittsschranken. (siehe Beispiel Microsoft).

<sup>39</sup> *Gilbert/Sunshine*, Use of Innovation Markets, S. 597.

<sup>40</sup> Beabsichtigen z.B. die Parteien nach der Fusion die Forschung für ein Medikament gegen die eine Krebsart zugunsten der Forschung eines Medikamentes gegen eine andere Krebsart aufzugeben, ist dies dann positiv zu berücksichtigen, wenn das zweite Medikament im Vergleich zum bisher erforschten zumindest gleich wirksam sein wird (*Dahdhouh*, Innovation Market Analysis, S. 436).

<sup>41</sup> Dies indiziert zumindest die 1997 ausschliesslich im Bereich «efficiencies» erfolgte Überarbeitung der Merger Guidelines von 1992).

<sup>42</sup> Die Effizienzeinrede war in keinem der bisher behandelten Fälle erfolgreich.

<sup>43</sup> «We are all aware of the benefits of risk reduction and economies of scale and scope (...) but we will require those who promote that view to demonstrate why competition would be an inferior approach (*Anne K. Bingaman*, Assistant Attorney General, Antitrust Division, The Role of Antitrust in Intellectual Property, Vortrag vor der Konferenz der Bundesrichter, Washington D.C., 16.6.1994).

<sup>44</sup> Aus rein ökonomischer Warte sollte die FTC eigentlich auch Kosteneinsparungen, die nicht an den Konsumenten weitergegeben werden, akzeptieren, weil dadurch die

Ressourcenallokation verbessert und unter dem Strich ein Netto-Wohlstandsgewinn erzielt wird (der sog. Deadweight Loss für die Volkswirtschaft nimmt ab).

<sup>45</sup> Der für Unternehmenszusammenschlüsse relevante Clayton Act setzt voraus, dass die Fusion, «... may be substantially to lessen competition ...» (Clayton Act § 7). Ob die IMA überhaupt gesetzeskonform ist, ist allerdings umstritten (bejahend: *Gilbert/Sunshine*, Use of Innovation Markets, S. 597 ff., verneinend: *Widnell*, Innovation Market Analysis, S. 396 ff.).

<sup>46</sup> In den bisher bekannten Fällen wurden die Auflagen in ein sog. Consent Degree integriert, das formell einen Vergleich zwischen der FTC und den fusionierenden Unternehmen darstellt.

<sup>47</sup> Die Alternative ist eine Offerte zur Lizenzerteilung an jeden möglichen Konkurrenten (siehe z.B. der Fall Novartis unten Abschnitt A/2).

<sup>48</sup> Dem mit dem Drittunternehmen partnerschaftlich verbundenen abhängigen Unternehmen wird untersagt, dem mit dem Drittunternehmen konkurrierenden abhängigen Unternehmen sensitive Informationen weiterzuleiten.

<sup>49</sup> Z.B. *Montedison* (Fn. 60).

<sup>50</sup> Z.B. *GM* (Fn. 54) oder *Upjohn* (Fn. 61).

hindern, dass die Auflagen in der Periode zwischen Anordnung und Umsetzung umgangen werden können, werden in der Regel *vorsorgliche* Massnahmen angeordnet (z.B. Einsetzen eines Trustees).

## 2. Praxis<sup>51</sup>

In der frühen Anwendungsphase der IMA fehlte es weitgehend an einer Abgrenzung zwischen Produkt- und Innovationsmärkten. FTC/DOJ argumentierten mit negativen Auswirkungen auf die Märkte für «Forschung, Entwicklung, Produktion und Marketing» von bestimmten Produkten. Der erste Fall betrifft *Hoffmann-LaRoche*<sup>52</sup>. Die FTC opponierte gegen die Akquisition von Genentech Inc. durch Roche, u.a. weil sie im Markt für Forschung und Entwicklung eines AIDS-Medikamentes («CD4»), auf dem beide Unternehmen präsent waren, einen antikompetitiven Effekt befürchtete<sup>53</sup>. Die Fusion von *General Motors* (GM) mit ZF Friedrichshafen (ZF)<sup>54</sup> zum weltweit grössten Produzenten von automatischen Schaltungen für Busse, LKW und Militärfahrzeuge wurde mit dem Argument bekämpft, dass dies den weltweiten Wettbewerb auf dem Markt für Entwicklung und Produktion solcher Schaltungen reduzieren würde. Das Fusionsvorhaben wurde schliesslich aufgegeben. Die Akquisition eines aktuellen und eines potentiellen Konkurrenten (SCIMED und CVIS) von *Boston Scientific* auf dem Markt für intravaskuläre Ultraschall-Katheter stiess auf Widerstand, weil einerseits Boston und CVIS zusammen einen Marktanteil von 90% hatten und andererseits SCIMED als einziger potentieller Konkurrent innerhalb zweier Jahre in den Markt hätte eintreten können<sup>55</sup>. In der FTC-Klage wurde behauptet, dass die Akquisition zu einer Beseitigung des F&E-Wettbewerbs, zu geringerer Innovation und zu erhöhten Produktpreisen führen würde. Beim Merger zwischen *Wright Medical Technology* und Orthomet argumentierte die FTC, dass Wright 95% des Marktes

für orthopädische Fingerimplantate beherrschte, während Orthomet eine Exklusivlizenz der Mayo Clinic zur Herstellung einer *nächsten* Produktgeneration besässe, womit die Fusion u.a. zu einer Beseitigung des Wettbewerbs auf dem entsprechenden F&E-Markt führen würde<sup>56</sup>. Ein Vergleich zwang Wright zur Veräusserung der F&E von Orthomet zu Mayo und zur Gewährung einer zeitlich unbeschränkten Lizenz für deren Verwendung.

In fünf weiteren Fällen stützte sich die FTC ausschliesslich auf Innovationsmärkte: Beim Merger von Wellcome und *Glaxo* wurde geltend gemacht, dass Glaxo in der Lage sei, die Zahl der F&E-Projekte im Markt für Migräne-Medikamente einseitig zu reduzieren, da durch das Verschwinden von Wellcome ein Konkurrent verloren gehe<sup>57</sup>. Die Akquisition von Knogos Aktiven ausserhalb der USA durch *Sensormatic* wurde u.a. deshalb blockiert, weil die beiden Unternehmen daran waren, eine neue Generation von Sicherheitslabels für Produkte zu entwickeln<sup>58</sup>. Die Akquisition hätte nach Ansicht der FTC zu einer Verlangsamung dieser Innovation geführt. Die Parteien einigten sich darauf, die Aktiva bei Knogo zu belassen und Sensormatic eine nicht-exklusive Lizenz am Endprodukt einzuräumen. Die Akquisition von American Cynamid durch *American Home Products* wurde bekämpft, weil der Wettbewerb auf dem F&E-Markt für Rota-Virus-Impfstoffe reduziert worden wäre<sup>59</sup>. American Home Products musste die F&E-Projekte von Cynamid einem von der FTC begutachteten Lizenznehmer abtreten. Beim Joint Venture zwischen *Montedison* und Royal Dutch argumentierte die FTC, Royal Dutch würde durch das JV die Kontrolle über seine weltweit grössten Konkurrenten im Markt für F&E von Polypropylenen gewinnen, wodurch der Wettbewerb auf dem U.S.-Innovationsmarkt gefährdet sei – obwohl die U.S.-Tochter von Royal Dutch, Shell, vom Gemeinschaftsunternehmen ausdrücklich ausgenommen war<sup>60</sup>. In einem Vergleich erklärte sich Royal Dutch zur Desinvestition einer ganzen Polypropylene-Gesellschaft bereit. Gegen die Fusion von *Upjohn* und Pharmacia Aktiebolag wurde mit der Begründung opponiert, dass das Fusionsunternehmen einen geringeren Anreiz hätte, das in einem fortgeschrittenen Ent-

<sup>51</sup> Die bisherigen Fälle geben leider nur beschränkt Aufschluss über die von FTC/DOJ bei der IMA angewandten Prüfungsschritte, da keiner der Fälle gerichtlich entschieden, sondern entweder durch einen Vergleich oder durch Aufgabe des Projektes beendet wurde.

<sup>52</sup> Roche Holding Ltd., 113 F.T.C. 1086 (1990).

<sup>53</sup> Der behauptete antikompetitive Effekt umfasste die Beseitigung des aktuellen und potentiellen Wettbewerbs, grössere Wahrscheinlichkeit von koordiniertem Verhalten und die verbesserte Möglichkeit des Patentschutzes (verstärkte Marktbeherrschung von Roche).

<sup>54</sup> General Motors Corp. No. 93–530 (November 16, 1993).

<sup>55</sup> Boston Scientific Corp. C-3573 (May 5, 1995).

<sup>56</sup> Wright Medical Technology Inc., C-3564 (March 23, 1995).

<sup>57</sup> Glaxo plc. C-3586 (June 14, 1995).

<sup>58</sup> Sensormatic Electronics Corp., C-3572 (April 21, 1995).

<sup>59</sup> American Home Products Corp. C-3557 (February 14, 1995).

<sup>60</sup> Montedison S.p.A. C-3580 (May 25, 1995).

wicklungsstadium begriffene, aber im FDA-Bewilligungsprozess hinter dem Upjohn-Produkt liegende Krebsmedikament von Pharmacia auf den Markt zu bringen<sup>61</sup>. Das Fusionsvorhaben wurde aufgegeben.

Im bisher jüngsten Fall wurde der Anwendungsbereich der IMA sogar noch ausgedehnt: Gegen die Fusion von Sandoz und Ciba-Geigy wurde u.a. eingewendet, dass *Novartis* die Innovation auf dem (Innovations-)Markt für Gentherapie verzögern würde<sup>62</sup>, weil es für andere Unternehmen schwieriger würde, Konkurrenzprodukte zu entwickeln – angesichts der Kombination der Patentportfolios von Sandoz und Ciba und des geringeren Anreizes von *Novartis*, mit anderen Pharmaproduzenten zusammenzuarbeiten. Im schliesslich erzielten Vergleich musste *Novartis* u.a. eine nicht-exklusive Lizenz für die Produktion, den Gebrauch und Verkauf von HSV-tk-Produkten an den Konkurrenten Rhône Poulenc gewähren und ihn mit dem notwendigen Know-how ausrüsten<sup>63</sup>.

## B. Risikoanalyse in bezug auf Schweizer Unternehmen

Welche Risiken birgt die Anwendung der IMA für Schweizer Unternehmen? Zunächst ist festzuhalten, dass im amerikanischen Kartellrecht das *Auswirkungsprinzip* gilt, wonach Zusammenschlüsse mit ausländischer Beteiligung von FTC/DOJ gutgeheissen werden müssen, sofern sie einen *direkten, substantiellen* und *voraussehbaren* Effekt auf den U.S.-Markt haben<sup>64</sup>.

Von der Anwendung der Innovationsmarkt-Analyse sind bisher vor allem Unternehmen im Pharma-, Chemie- und Computerbereich betroffen gewesen. Dies ist nicht weiter überraschend, da diese Branchen besonders forschungsintensiv sind<sup>65</sup>. Angesichts der

Bedeutung der schweizerischen Chemie- und Pharmaindustrie muss deshalb damit gerechnet werden, dass FTC/DOJ den IMA-Ansatz bei den meisten zukünftigen *Akquisitionen, Fusionen* und *Joint Ventures*, die sich in substantieller Weise auf den amerikanischen Markt auswirken, anwenden werden.

Inwieweit andere Industriebereiche davon betroffen sind, ist schwieriger zu beurteilen. Aufgrund der Tatsache, dass der Anteil von High-Tech-Unternehmen an der schweizerischen Volkswirtschaft lediglich 10% beträgt<sup>66</sup>, ist zwar davon auszugehen, dass die Anwendung der IMA für die Mehrzahl zukünftiger internationaler Unternehmenszusammenschlüsse mit Schweizer Beteiligung keine zusätzliche Hürde darstellen wird. Allgemein gilt: Je forschungsintensiver der Bereich ist, desto grössere Beachtung ist der IMA zu schenken. Konkret können folgende *Faustregeln* zur vorläufigen Risikobeurteilung dienen.

- Je mehr für F&E in der gesamten Industrie ausgegeben wird, desto grösser ist deren Bedeutung und die Wahrscheinlichkeit, dass FTC/DOJ die IMA anwenden.
- Je stärker die Erträge der Marktteilnehmer von F&E-Programmen abhängen, desto wichtiger ist die Innovation für den Wettbewerb und desto wahrscheinlicher der IMA-Approach.
- Je mehr die eigene F&E auf wirkliche Innovation ausgerichtet ist (im Gegensatz zu blossem «Upgrading» von Produkten und Verfahren), desto wahrscheinlicher ist der IMA-Ansatz<sup>67</sup>.
- Je grösser der F&E-Payoff (Verhältnis von F&E-Aktivitäten zu erfolgreichen Innovationen), desto wichtiger ist die Innovation für den Wettbewerb und desto wahrscheinlicher ist die Anwendung der IMA.
- Je weniger Zeit die F&E-Projekte benötigen, um das Produkte-/Verfahrensstadium zu erreichen, desto eher werden FTC/DOJ traditionelle kartellrechtliche Prüfungsmethoden anwenden und auf die IMA verzichten.

Monopolen, weil Konsumenten bzw. Suppliers einen einzigen technischen Standard vorziehen (siehe *Steve Lohr*, *Smokestack Doctrine*, *Digital Age in: The New York Times*, 15. Februar 1998, WK 5).

<sup>61</sup> Upjohn Co., C-3638 (February 8, 1996).

<sup>62</sup> Die FTC behauptete, dass es vier *zukünftige* Märkte für «HSV-tk» (Herpes Simplex Virus-Thymidine Kinase) Gentherapien geben würde (die ersten marktreifen Produkte werden im Jahr 2000 erwartet), nämlich Gentherapie für Krebsbehandlung, für die Behandlung einer bei Knochentransplantationen häufig auftretenden Komplikation, für die Behandlung von Hämophilie A und für Gentherapie, die zur Resistenz gegen gewisse Chemotherapien führt (siehe Consent Order, S. 39).

<sup>63</sup> Ciba-Geigy Ltd., Chiron Corp., Sandoz Ltd., Novartis AG, FTC-File No. 961-0055 (December 5, 1996).

<sup>64</sup> Foreign Trade Antitrust Improvement Act, 15 U.S.C.A. § 6a; *Hartford Fire Insurance Co.*, 113 S. Ct. 2891 (1993).

<sup>65</sup> Zudem führen Softwarecomputermärkte gemäß kürzlich durchgeführten Untersuchungen oftmals zu natürlichen

<sup>66</sup> Gemäss einer Umfrage der EPFL gibt es in der Schweiz rund 3500 High-Tech-Unternehmen, d.h. Unternehmen die mind. 8% ihres Umsatzes für F&E aufwenden.

<sup>67</sup> Dass die F&E-Aktivitäten bisher geheim gehalten werden konnten, ist meistens kein Anlass zur Entwarnung, weil die FTC aufgrund firmeninterner Papiere solche Projekte in den meisten Fällen entdeckt.

Selbstverständlich ist nicht ein Faktor allein entscheidend, sondern die Gesamtbetrachtung. Besteht die Gefahr, dass FTC/DOJ den IMA-Ansatz wählen, empfiehlt sich, eine eingehendere Prüfung aus Unternehmenssicht auf der Grundlage des in Abschnitt A/1 dargestellten Konzepts vorzunehmen, wobei die folgenden *praktischen Hinweise* beachtet werden sollten.

- *Innovationsmarkt/Marktmacht*: Zuerst sollte eine Liste der sich überschneidenden F&E-Aktivitäten der fusionierenden Unternehmen erstellt werden, was sich vor allem bei weitverzweigten Konzernen in der Praxis nicht selten als schwierig erweist<sup>68</sup>. Dann sind Konkurrenzunternehmen in den Markt einzubeziehen. In den meisten Fällen wird das strategische Ziel sein, möglichst viele F&E-Aktivitäten von Konkurrenten einzubeziehen (je mehr Marktteilnehmer desto geringer die eigene Marktmacht)<sup>69</sup>. Schliesslich sind die Marktanteile auf verschiedene Arten zu berechnen, um so das vorteilhafteste Ergebnis zu erzielen<sup>70</sup>.
- *Negativer Wettbewerbseffekt*: Es ist nach Fakten zu suchen, die es als unwahrscheinlich erscheinen lassen, dass das Fusionsunternehmen F&E reduziert<sup>71</sup>: Konkurrenten<sup>72</sup>, Nachfrage nach neuen Produkten, kein wettbewerbsschädliches Verhalten in der Vergangenheit<sup>73</sup>, usw. Grosses Gewicht wird

einem unzweideutigen (schriftlichen) Bekenntnis der zukünftigen Konzernleitung zur Aufrechterhaltung der Innovationsbemühungen beigegeben. Sind jedoch Strategiepapiere vorhanden, die auf eine Reduktion von F&E nach der Fusion hinweisen, kann man sich das zeitintensive Sammeln von Fakten sparen, da FTC/DOJ erfahrungsgemäss solche Papiere entdecken und als Beweismittel verwenden.

- *Marktzutritt*: Allzu optimistische Prognosen sind unglaubwürdig und wenig hilfreich. Am überzeugendsten sind Nachweise aktueller Marktzutritte und Aussagen von (potentiellen) Konkurrenten, dass sie ihre F&E-Aktivitäten auf den betroffenen Bereich ausdehnen würden, wenn sie eine Reduktion des Innovationsprozesses durch das Fusionsunternehmen feststellen würden.
- *Effizienzrede*: Auch hier sei vor übertriebenen Hoffnungen gewarnt. Zwar trifft es sicher zu, dass die meisten Fusionsunternehmen durch Zusammenlegung von F&E-Aktivitäten nicht in erster Linie Innovationen verzögern, sondern Synergien erzielen und Doppelspurigkeiten vermeiden wollen. Angesichts der vielen Unsicherheiten im Forschungsbereich ist es jedoch sehr schwierig, FTC/DOJ von den Vorteilen zu überzeugen<sup>74</sup>. Die Effizienzrede hat deshalb nur dann Aussicht auf Erfolg, wenn *nachgewiesen* werden kann, dass die F&E-Aktivitäten, die gekürzt werden sollen, nutzlos sind oder zugunsten von viel erfolgversprechenderen Innovationen aufgegeben werden.
- *Verhandlungstaktik*: Selbst wenn die eigene Beurteilung ergibt, dass FTC/DOJ die IMA anwenden werden, sollte man sich hüten, das Thema bei den Verhandlungen mit den Kartellbehörden selber aufzubringen. Melden diese jedoch Bedenken an bezüglich des Innovationsbereichs, können grössere Verzögerungen vermieden werden durch möglichst frühzeitige Produktion der erwähnten Dokumente. Spätestens nach einem sog. *second request* von FTC/DOJ<sup>75</sup> sollte man sich ein Vergleichsziel

<sup>68</sup> Informationen sind zusammenzutragen (Dokumente, Interviews mit Forschungsangestellten, Konsultation von Fachliteratur); scheinbare Überschneidungen müssen ausgeschieden werden: Was auf den ersten Blick als F&E aussieht, die auf dasselbe Produkt gerichtet ist, erweist sich bei genauerer Betrachtung als solche mit unterschiedlicher Zielsetzung (das eine Unternehmen ist z.B. stark in der Grundlagenforschung engagiert, kann diese aber nicht so effizient in marktfähige Produkte umsetzen, wie das andere).

<sup>69</sup> Siehe allerdings auch die entgegengesetzte Strategie unten Fn. 76.

<sup>70</sup> Das vorteilhafteste Ergebnis ist ein durch Fakten *nachweisbarer* möglichst *niedriger* Konzentrationsgrad. Die beiden Kriterien sind oftmals nicht kompatibel. Nicht immer erweist sich der HHI als das beste Mittel, ganz gleich auf welcher Grundlage er berechnet wird; oftmals sind glaubwürdige Angaben von Konkurrenten über deren eigene F&E zuverlässiger.

<sup>71</sup> Generell ist davon auszugehen, dass die formellen Anforderungen an Beweismittel und Indizien bedeutend geringer sind, als der im Verkehr mit FTC/DOJ Ungeübte glaubt.

<sup>72</sup> Ein oder auch zwei verbleibende Wettbewerber genügen jedoch kaum, um einen prognostizierten negativen Effekt zu zerstören.

<sup>73</sup> Negativ fällt z.B. ins Gewicht, wenn das Fusionsunternehmen in der Vergangenheit nach einer Akquisition die F&E-Abteilung der Zielgesellschaft geschlossen hat oder sich geweigert hat, Lizenzen an Wettbewerber zu erteilen.

<sup>74</sup> Wann sind F&E-Projekte als doppelspurig zu bezeichnen? Wie will man nachweisen, dass von den Kürzungen ausschliesslich redundante Projekte betroffen sind?

<sup>75</sup> Trotz des Namens handelt es sich um die *einzig* der FTC gesetzlich zur Verfügung stehende Möglichkeit, zusätzliche Unterlagen von den fusionierenden Unternehmen zu verlangen. Das wirkt sich in grossen Mergers so aus, dass die Behörden ganze Lastwagen voller Dokumente verlangen, weil sie später keine Gelegenheit haben, diese nachzufordern.

setzen<sup>76</sup>. Wie oben in Abschnitt A/2 dargelegt, sind die Behörden auch für unkonventionelle Massnahmen durchaus offen, sofern deren Wirksamkeit dargetan werden kann. Leider ist Prozessieren in den meisten Fällen keine wirkliche Alternative: Die Erfolgchancen sind angesichts der zahlreichen dogmatischen Probleme der IMA zwar recht hoch, die Zeitkomponente stellt aber ein grosses Hindernis dar.

### C. Anwendung der IMA im schweizerischen Kartellrecht?

Angesichts der Vorreiterrolle der USA im Kartellrecht drängt sich in normativer Hinsicht die Frage auf, ob das Konzept der Innovationsmarkt-Analyse auf die Schweiz übertragen werden soll. Voraussetzung dafür ist, dass sich der IMA-Ansatz als recht- und zweckmässig erweist.

#### 1. Rechtmässigkeit der IMA

Die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen ist in Art. 9 ff. des Kartellgesetzes (KG) geregelt<sup>77</sup>. Zweck der schweizerischen Fusionskontrolle ist es, die Entstehung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung auf einem geschlossenen Markt in der Schweiz zu verhindern, falls sie zur Beseitigung wirksamen Wettbewerbs führt<sup>78</sup>.

Entscheidend ist somit die Umschreibung des Begriffs des *Marktes*. Sowohl in der Umgangs- als auch in der wirtschaftswissenschaftlichen Fachsprache versteht man darunter den Ort des Tausches, an dem durch Ausgleich von Angebot und Nachfrage der Preis gebildet wird<sup>79</sup>. Von dieser Definition geht zumindest implizite auch das geltende Kartellrecht aus; das wird bei einem Blick in Gesetz und Materialien augenfäl-

lig<sup>80</sup>. Selbstverständlich kann man grundsätzlich einen Innovationsmarkt definieren, der mit dem herrschenden Marktbezug übereinstimmt, wie z.B. der Markt für den Kauf von spezifischen Innovationen. Im Zusammenhang mit dem IMA-Ansatz ist jedoch nicht davon die Rede. Vielmehr geht es hier lediglich um Innovationen, die auf Produkte und Verfahren gerichtet sind. Es wird mit anderen Worten anstelle eines traditionellen Outputmarktes ein *Inputmarkt* definiert. Ein solcher widerspricht aber Zweck und Systematik des geltenden Kartellrechts, weshalb die Anwendung der IMA als unrechtmässig abzulehnen ist<sup>81</sup>.

#### 2. Zweckmässigkeit der IMA

Selbst wenn man die hier vorgenommene Unterscheidung zwischen Input- und Outputmärkten als semantische Spitzfindigkeit ablehnt und somit die Rechtmässigkeit der IMA bejaht, ist deren Anwendung durch die Wettbewerbsbehörden aus mehreren Gründen als unzweckmässig zu bezeichnen.

- *Gefahr kontraproduktiver Eingriffe*: Unternehmenszusammenschlüsse werden aus ökonomischer Sicht grundsätzlich positiv beurteilt, weil sie zu Effizienzsteigerungen und dadurch zu verbesserter Ressourcenallokation führen. Der Eingriff der Wettbewerbsbehörden ist einzig dann gerechtfertigt, wenn klar ist, dass die geplante Fusion sozial oder volkswirtschaftlich schädlich ist. Basiert die Beurteilung auf vielen Unsicherheitsfaktoren und ist deshalb die Gefahr kontraproduktiver Effekte gross, sollte in einer Missbrauchsgesetzgebung von Eingriffen im Stadium des Zusammenschlusses abgesehen werden<sup>82</sup>. Und die Unsicherheiten im Zusammenhang mit der IMA *sind*

<sup>76</sup> Im Falle einer grossen Fusion kann es durchaus sein, dass Geld und Zeit gespart werden, wenn ein gesamthaft wenig bedeutender F&E-Bereich abgestossen wird (diesfalls müsste der Innovationsmarkt sehr eng definiert werden, damit möglichst viele eigene F&E-Aktivitäten von der Desinvestition ausgenommen werden können).

<sup>77</sup> Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG) vom 6. Oktober 1995 (SR 251).

<sup>78</sup> Botschaft zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 23. November 1994, S. 53 f. (nachfolgend Botschaft).

<sup>79</sup> Meyers Lexikon, Das Wissen von A-Z, Mannheim/Leipzig/Wien/Zürich, 1993.

<sup>80</sup> Siehe z.B. Art. 4 Abs. 2 KG (Begriff des marktbeherrschenden Unternehmens); Botschaft, S. 5 ff. (Grundstrukturen der Wettbewerbspolitik) oder auch Art. 11 Abs. 3 der Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, VKU (Definition des relevanten Marktes).

<sup>81</sup> Dieser Schlussfolgerung steht nur scheinbar entgegen, dass das Gesetz Wettbewerbsabreden, die positive Innovationswirkung zeitigen, als gerechtfertigt betrachtet (Art. 5 Abs. 2 Bst. a und Art. 6 Abs. 1 Bst. a). Das KG weicht nämlich hier nicht etwa ab vom traditionellen Marktbezug, sondern weist lediglich darauf hin, dass bei der Analyse der Auswirkungen einer Wettbewerbsbeschränkung auf einem Outputmarkt auch deren positive Effekte auf Inputs (Ressourcen, Innovation etc.) mitzubetrachten sind.

<sup>82</sup> Falls notwendig, kann in einer späteren Phase immer noch gegen das Fusionsunternehmen als marktbeherrschendes Unternehmen vorgegangen werden (Art. 7 KG).

zahlreich: Unklarer Zusammenhang zwischen Wettbewerb und Innovation, äusserst schwierige und auf vielen Hypothesen beruhende Marktdefinition, usw.

- *Traditionelle kartellrechtliche Alternativen:* Auch ohne die Anwendung der IMA besteht die Möglichkeit, die Auswirkungen einer Fusion auf die Produkte- und Verfahrensinnovation zu ermitteln. So hätte beispielsweise die korrekte Analyse der *Marktzutrittschranken* in den meisten U.S.-Fällen zum selben Resultat geführt<sup>83</sup>.
- *Fehlende EU-Kompatibilität:* Ein Ziel der Kartellrechtsrevision war die EU-Kompatibilität<sup>84</sup>. Davon sollte auch in der Praxis nicht ohne Not abgewichen werden. Die Europäische Kommission betrachtet nach wie vor den Preis- und nicht den Innovationswettbewerb als primäres wettbewerbspolitisches Ziel. Angesichts der vielen theoretischen Unzulänglichkeiten hat sie deshalb angekündigt, dass sie zur Zeit auf die Anwendung der IMA verzichtet<sup>85</sup>. Die schweizerische Kartellrechtspraxis sollte sich daran orientieren.
- *Praktische Einwände:* (1) Die Anwendung der IMA setzt voraus, dass das WK-Sekretariat hochkomplexe Modellrechnungen durchführen kann. Die dazu notwendigen Administrationskosten (Personal und Software) stünden in keinem Verhältnis zum (umstrittenen) volkswirtschaftlichen Nutzen des Konzepts. (2) Das Schweizer Wettbewerbsrecht bekämpft lediglich Fusionen, die eine marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken, durch die wirksamer Wettbewerb *beseitigt* werden kann (Art. 10 Abs. 1 KG). Aus dieser vergleichsweise fusionsfreundlichen Regelung<sup>86</sup> folgt, dass die konkreten Auswirkungen der erfolgreich durchgeführten IMA noch geringer sein dürften als in den USA. (3) Der unbestrittene Fokus der IMA sind tatsächliche, *weltweite* Produkte- oder Verfahrensneuheiten. Zusammenschlüsse von Unter-

nehmen, die Innovationen dieser Art umfassen, werden aufgrund des Auswirkungsprinzips automatisch durch die amerikanischen Kartellbehörden beurteilt. Die Anwendung der IMA durch die WeKo würde deshalb zu unnötigen Doppelpurigkeiten führen.

### Zusammenfassung

Mit der Anwendung der Innovationsmarkt-Analyse haben die amerikanischen Kartellbehörden konzeptionelles Neuland betreten und die Fusionskontrolle im High-Tech-Bereich verschärft. Dank des neuen Ansatzes sollen die Auswirkungen eines Unternehmenszusammenschlusses auf den Wettbewerb auch dann beurteilt werden können, wenn noch keines der fusionierenden Unternehmen ein marktreifes Produkt oder Verfahren entwickelt hat. Mit Hilfe der mehrstufigen Analyse soll abgeklärt werden, ob das zukünftige Fusionsunternehmen in der Lage und willens sein wird, die Innovation zu verzögern. Wird dies bejaht, treffen FTC/DOJ die ihnen angemessen erscheinenden Massnahmen, was bis zum Verbot des Zusammenschlusses gehen kann.

Die Problematik des IMA-Ansatzes ist angesichts der ungeklärten Bedeutung des Wettbewerbs für die Innovation und anderen Unsicherheiten offensichtlich. Trotz zum Teil heftiger Kritik scheinen die U.S.-Kartellbehörden zur Zeit aber daran festhalten zu wollen. Schweizerische High-Tech-Unternehmen, die eine Akquisition oder ein Joint Venture mit Auswirkungen auf die Vereinigten Staaten planen, müssen sich der entsprechenden Risiken bewusst werden und frühzeitig gangbare Alternativszenarios prüfen. Angesichts der zweifelhaften Rechtmässigkeit und der fehlenden Zweckmässigkeit dürfte hingegen die Anwendung der IMA im schweizerischen Kartellrecht kaum zur Diskussion stehen.

<sup>83</sup> Hay, Innovations, S. 15.

<sup>84</sup> Botschaft, S. 28; Rolf Watter/Urs Lehmann, Die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, in: AJP 7/96 S. 857 ff.

<sup>85</sup> The European Commission, Application of Competition Policy to High Tech Markets, OCDE/GD (97) 44 Competition Policy Roundtables No. 9, S. 2f. (on-line://www.oecd.org/daf/ccp/INDEX.HTM).

<sup>86</sup> Die FTC kann in den USA bereits dann eingreifen, wenn der Zusammenschluss zu einer erheblichen Wettbewerbsbeschränkung führt («may be substantially to lessen competition», § 7 Clayton Act).