

Lichtspieltheater – Das Illumina-Drama und die Folgen

Julian Urban und Florian von Schreitter, Düsseldorf*

Das Urteil des EuGH im Fall *Illumina/Grail* hat hohe Wellen geschlagen. Denn der EuGH hat die fusionskontrollrechtlichen Ambitionen der Kommission massiv eingeschränkt. Mit ihrer neuen Verweisungspraxis nach Art. 22 FKVO hatte die Kommission versucht, sich eine Zuständigkeit aus dem Nichts zu schaffen. Frei nach dem Motto „Minus und Minus ergibt Plus“ stützte sie sich dabei auf eine eigenwillige Auslegung, wonach auch ein unzuständiger Mitgliedstaat erfolgreich eine „Verweisung“ der Fusionskontrolle nach Brüssel beantragen konnte. Der EuGH stellt klar, dass eine solche Auslegung nicht mit den Leitprinzipien der Vorhersehbarkeit und Rechtssicherheit der FKVO vereinbar ist. Das Luxemburger Urteil markiert aber aller Voraussicht nach sowohl das Ende einer rechtswidrigen Praxis als auch den Beginn einer neuen Debatte. Der Beitrag beleuchtet daher nicht nur das Urteil des EuGH, sondern auch und vor allem dessen mögliche Konsequenzen.

I. Einleitung – Setting the Stage

Am 3. September 2024 hat der EuGH im Fall *Illumina/Grail* entschieden, dass die von der Europäischen Kommission (Kommission) vertretene Auslegung von Art. 22 FKVO rechtswidrig ist. Die Kommission war dazu übergegangen, fusionskontrollrechtliche Verweisungsanträge von Mitgliedstaaten auch dann anzunehmen, wenn die verweisenden Staaten zwar über eigene Fusionskontrollvorschriften verfügen, aber im konkreten Fall hieraus keine eigene Prüfungszuständigkeit ableiten können. Das konnte zu der eigentümlichen Situation führen, dass der Verweisungsantrag eines unzuständigen Mitgliedstaates an die ihrerseits zunächst unzuständige Kommission in Brüssel gleichsam aus dem Nichts eine neue Prüfkompetenz schaffen konnte – die für die Parteien einer Fusion mangels objektiver Schwellenwerte vorab kaum abzuschätzen war.² Frei nach dem Motto: Minus und Minus ergibt Plus.

Die Kommission verteidigte ihren Verweisungsansatz vehement nicht nur als praktikabel, sondern auch als notwendig, rechtlich zulässig und optimale Lösung für das Problem sog. Killer Acquisitions, also den Aufkauf (nahezu) umsatzloser, aber besonders innovativer Newcomer durch etablierte Unternehmen, die die umsatz- oder marktanteilsbezogenen Schwellenwerte der Fusionskontrolle eben nicht erreicht.³ Die EuGH-Entscheidung schiebt dieser Praxis letztinstanzlich einen Riegel vor – und ist eine erhebliche Niederlage für die Kommission.

II. Urteilsanalyse – Auslegung in vier Akten

Aber von vorn: Das Zusammenschlussvorhaben *Illumina/Grail* war das erste Opfer der im September 2020 ausgerufenen neuen Verweisungspraxis der Kommission. Die (eigentlich unzuständige) EU-Behörde untersagte die 7 Mrd. USD schwere Übernahme des

Krebsfrüherkennungsunternehmens Grail durch das amerikanische Genomikunternehmen Illumina.⁴ Diese Entscheidung basierte auf Verweisungsanträgen von sechs ebenfalls unzuständigen Ländern, angeführt von Frankreich. Zudem verhängte die Kommission später eine Rekord-Geldbuße von EUR 432 Mio. gegen Illumina, weil das Unternehmen die Übernahme trotz des laufenden Fusionskontrollverfahrens vollzogen hatte⁵ und ordnete die Rückabwicklung der Übernahme an.⁶ Illumina (mit Grail als Streithelferin) erhob Nichtigkeitsklage gegen die Annahme des Verweisungsantrags (sowie die Annahme der Anträge auf Anschließung), woraufhin das EuG das Vorgehen der Kommission bestätigte.⁷ Die Unternehmen legten jedoch auch hiergegen Rechtsmittel ein und bereits mit den Schlussanträgen von Generalanwalt *Emiliou*⁸ zeichnete sich eine Kehrtwende an. *Emiliou* äußerte sehr deutliche Kritik an der Urteilsbegründung des EuG – eine Kritik, der sich der EuGH nun ebenso deutlich anschloss. Er hebt die erstinstanzliche Entscheidung auf und erklärt die mit der Verweisung in Zusammenhang stehenden Annahmebeschlüsse der Kommission für nichtig.

Der EuGH stützt sein Ergebnis auf eine schulbuchmäßige Auslegung der umstrittenen Vorschrift nach Wortlaut, Historie, Systematik und Sinn und Zweck. Das hatte zwar auch das EuG schon getan. Der EuGH gelangt jedoch in nahezu jedem Punkt zu einer gegenteiligen Interpretation.

1. Wörtliche Auslegung

Nach Art. 22 Abs. 1 Unterabs. 1 FKVO kann die Kommission

„[a]uf Antrag eines oder mehrerer Mitgliedstaaten [...] jeden Zusammenschluss im Sinne von Artikel 3 prüfen, der keine gemeinschaftsweite Bedeutung im Sinne von Artikel 1 hat, aber den Handel zwischen Mitgliedstaaten beeinträchtigt und den Wettbewerb im Hoheitsgebiet des beziehungsweise der antragstellenden Mitgliedstaaten erheblich zu beeinträchtigen droht.“

Der Wortlaut ist, darin waren sich EuGH und EuG einig, so allgemein gehalten, dass er der Lesart, dass eine Verweisung unabhängig vom Erreichen der Anmeldeschwellen eines Mitgliedstaates beantragt werden kann, weder entgegensteht noch diese stützt. Da der Wortlaut bekanntlich nur eine der vier Auslegungsmethoden ist und in diesem Falle zudem nicht zu einem eindeutigen Ergebnis führt, prüfen sowohl EuG als auch EuGH, ob aus der historischen, systematischen

Urban/von Schreitter: Lichtspieltheater – Das Illumina-Drama und die Folgen(NZKart 2024, 609)

610

und teleologischen Betrachtung Schlüsse auf die Reichweite des Art. 22 Abs. 1 FKVO gezogen werden können. Die Grundlage für die systematische und teleologische bildet dabei die historische Auslegung.⁹

2. Historische Auslegung

Die historische Auslegung nimmt die Vorstellungen, den Willen und die Motive des Gesetzgebers in den Blick. Berücksichtigt werden auch die im Zuge der Gesetzgebung geführten Diskussionen.

In seiner Urfassung¹⁰ – das dürfte noch unstrittig gewesen sein – wurde der Verweisungsmechanismus des Art. 22 FKVO eingeführt, weil seinerzeit einige Mitgliedstaaten überhaupt keine nationale Regelung der präventiven Fusionskontrolle kannten. Konkret wurde Art. 22 FKVO insbesondere auf Betreiben der Niederlande in die FKVO aufgenommen, weshalb die Norm auch als „niederländische Klausel“ bezeichnet wird.¹¹ Umstritten war jedoch, ob Art. 22 FKVO in der Folge einen Bedeutungswandel erfahren hat. Entgegen der Auffassung des EuG ist der EuGH der Ansicht, dass der Unionsgesetzgeber weder bei der Änderung der Vorgänger-FKVO von 1989 im Jahr 1997 (als Art. 22 FKVO dahingehend geändert wurde, dass nicht mehr nur ein Mitgliedstaat, sondern auch mehrere Mitgliedstaaten gemeinsam einen Zusammenschluss ohne gemeinschaftsweite Bedeutung an die Kommission verweisen konnten)¹² noch bei einer späteren Revision der Vorgänger-FKVO (die im Ergebnis zum heutigen Art. 22 FKVO führte) den Verweisungstatbestand so weit ausdehnen wollte, dass Mitgliedstaaten auch dann verweisen können, wenn sie zwar eigene Fusionskontrollregime haben, aber danach schlicht nicht zuständig sind.

Das EuG stützte seine Auslegung des Willens des Unionsgesetzgebers u.a. darauf, dass die Verweisungsmöglichkeit in den in Rede stehenden Dokumenten „insbesondere“ für Mitgliedstaaten ohne Fusionskontrolle grundsätzlich als geeignetes Mittel angesehen wurde, und dass die Verweisungsmöglichkeit in ihrer „ursprünglichen“ Bedeutung an Relevanz verliere, nachdem heute Luxemburg der einzige Mitgliedstaat ohne nationale Fusionskontrolle ist. Das zeige, dass der Gesetzgeber von einer Verweisungsmöglichkeit ausgegangen sei, die über die Verweisung durch Mitgliedstaaten ohne Fusionskontrolle hinausgehe, woraus das EuG wiederum schloss, dass es sich dabei dann um die Verweisung durch unzuständige Mitgliedstaaten handeln müsse.¹³ Damit zäumte das EuG jedoch das Pferd von hinten auf, indem es vom Ergebnis herkommend auf den Willen des Gesetzgebers schloss. Der EuGH rückt dies nun zurecht: Selbst wenn der Wille des Gesetzgebers auf einen erweiterten Anwendungsbereich hindeuten sollte, lasse sich daraus noch nicht ableiten, was von einem solchen vermeintlich erweiterten Anwendungsbereich erfasst sei. Denn hierzu verhalten sich die historischen Dokumente nicht. Gerade dies, also dass der Unionsgesetzgeber eine Anwendung durch unzuständige Mitgliedstaaten in keinem der Dokumente erwähne, spreche jedoch *gegen* die von EuG und Kommission vorgenommene Auslegung.¹⁴

Aus Dokumenten, die das EuG in seiner Entscheidung noch nicht berücksichtigt hatte, schließt der EuGH darüber hinaus, dass dem Unionsgesetzgeber bewusst gewesen sei, dass mit den Umsatzschwellen der FKVO nicht alle Zusammenschlüsse erfasst würden.

Dennoch habe er Art. 22 FKVO *nicht* als ein dahingehendes Korrektiv gesehen – was wiederum gegen die Idee des weiten Anwendungsbereichs spreche, den die Vorinstanz angenommen hatte.¹⁵

3. Systematische Auslegung

Für die systematische Auslegung betrachtet der EuGH Art. 22 FKVO (a) im Gesamtgefüge der FKVO, insbesondere im Verhältnis zu deren anderen Verweisungsmechanismen, sowie (b) in der norminternen Systematik.

a) Art. 22 FKVO im Kontext der FKVO

Zunächst stellt der EuGH fest, dass aus dem Umstand, dass der Gesetzgeber als Rechtsgrundlage für den Erlass der FKVO Art. 352 AEUV (Art. 308 EG a. F.) und nicht Art. 103 AEUV (Art. 83 EG a. F.) gewählt hat, nicht auf den Anwendungsbereich von Art. 22 FKVO geschlossen werden könne. Die Wahl der Rechtsgrundlage sei lediglich darauf zurückzuführen, dass Art. 103 AEUV, der Rechtsakte zur Durchführung der Art. 101 und 102 AEUV erlaube, den Erlass einer FKVO zur Verhinderung der Entstehung marktbeherrschender Stellungen nicht zulasse.¹⁶

Wenn bei der Regelung der Anmeldeschwellen in Art. 1 Abs. 1 FKVO auf die Geltung der FKVO „unbeschadet“ der Art. 4 Abs. 5 und Art. 22 FKVO verwiesen werde, folge daraus nicht, dass Art. 22 FKVO besonders weit auszulegen sei. Vielmehr gehe es um eine klarstellende Verweisung auf dessen Anwendbarkeit. Ebenso könne aus der Existenz und Ausgestaltung der Verweisungsregime der Art. 4 Abs. 5 und Art. 9 FKVO nicht der Schluss gezogen werden, dass Art. 22 FKVO extensiv auszulegen sei. Denn die Verweisungsnormen nähmen jeweils völlig unterschiedliche Sachverhalte in den Blick.¹⁷

Das Vollzugsverbot (Art. 7 FKVO), das auch für Zusammenschlüsse gilt, für die eine Verweisung beantragt wird (Art. 22 Abs. 4 Unterabs. 1), treffe keine Aussage darüber, dass damit auch Verweisungsanträge von unzuständigen Mitgliedstaaten möglich sind. Schließlich deute auch der Umstand, dass die Kommission nach Art. 22 Abs. 5 FKVO die Mitgliedstaaten auf Zusammenschlüsse hinweisen kann, die nach ihrer Auffassung die Kriterien des Abs. 1 erfüllen, nicht darauf hin, dass damit auch Zusammenschlüsse erfasst werden sollen, die in den Mitgliedstaaten keiner Prüfpflicht unterliegen. Denn es bleibe dabei, dass sich die Kriterien des Abs. 1 zu dieser Frage eben *nicht* verhalten.¹⁸

Ein systematisches Argument *gegen* eine derart weite Auslegung zieht der EuGH jedoch aus dem Verhältnis von Art. 22 FKVO zum Verweisungsmechanismus des Art. 4 Abs. 5 FKVO. Nach Art. 4 Abs. 5 FKVO können die Beteiligten beantragen, dass ein Zusammenschluss zur Prüfung an die Kommission verwiesen wird, wenn er in mindestens drei Mitgliedstaaten anmeldepflichtig ist. Dabei wird eine solche *gemeinschaftsweite* Bedeutung vermutet, wenn kein Mitgliedstaat der Verweisung widerspricht. Umgekehrt gilt: Widerspricht auch nur ein prüfungsberechtigter Mitgliedstaat

der Verweisung, verbleibt die Prüfungscompetenz vollständig bei den Mitgliedstaaten. Anders verhält es sich bei Art. 22 FKVO. Dort wirkt die Verweisung *nur* für die verweisenden Mitgliedstaaten. Mitgliedstaaten, die keinen Verweisungsantrag stellen, bleiben neben der Kommission prüfungsbefugt.

Der EuGH argumentiert nun folgendermaßen: Während Art. 4 Abs. 5 dazu führe, dass ein Zusammenschluss *gemeinschaftsweite* Bedeutung erlange und damit auch das One-Stop-Shop-Prinzip zur Anwendung komme, sei dies bei einer Verweisung nach Art. 22 FKVO, wonach parallele Prüfverfahren möglich bleiben, *nicht* der Fall. Art. 22 FKVO führe insoweit lediglich zu einer Ersetzung der nationalen Prüfungscompetenz durch die Kommission, d.h. die Mitgliedstaaten treten ihre Prüfungscompetenz an die Kommission ab. Daraus folgt aber, dass der Mitgliedstaat auch originär zuständig sein muss, da ansonsten keine mitgliedstaatliche Prüfungscompetenz bestünde, aus der die Kommission eine eigene ableiten könnte.¹⁹

Ein weiteres Argument für eine restriktive Auslegung zieht der EuGH aus Art. 1 Abs. 4 und 5 FKVO. Diese ermöglichen es dem Rat, die Schwellenwerte und Aufgreifkriterien des Art. 1 Abs. 3 FKVO anzupassen. Daraus folgert der EuGH, dass der Gesetzgeber bereits eine Möglichkeit geschaffen habe, auf den Fall zu reagieren, dass wettbewerbsschädliche Zusammenschlüsse nicht mehr hinreichend erfasst werden. Eines Rückgriffs auf Art. 22 FKVO als sog. Korrektiv bedürfe es daher nicht.²⁰

b) Norminterne Systematik des Art. 22 FKVO

Mit Blick auf die Binnensystematik der Vorschrift stellt der EuGH zunächst fest, dass sich aus Art. 22 Abs. 1 Unterabs. 2 FKVO weder ein Schluss auf die eine noch auf die andere Lesart ziehen lasse. Der Beginn des Fristenlaufs, zu dem Zeitpunkt, zu dem ein Zusammenschluss einem Mitgliedstaat „anderweitig zur Kenntnis gebracht“ worden ist, bedeute nicht, dass ausgerechnet auch unzuständige Mitgliedstaaten verweisen könnten. Denn eine derartige „Kenntnisnahme“ sei auch dann erforderlich, wenn gar kein nationales Fusionskontrollregime bestehe oder ein solches System keine Anmeldepflicht vorsehe, wie etwa in Irland oder im Vereinigten Königreich der Fall. Auch der Umstand, dass nach Art. 22 Abs. 2 Unterabs. 2 FKVO „jeder andere“ Mitgliedstaat die Möglichkeit habe, sich einem Verweisungsantrag anzuschließen, lasse nicht den Schluss zu, dass dies unabhängig von einer eigenen Fusionskontrollzuständigkeit geschehen kann. Umgekehrt lasse der Verweis auf „die zuständigen Behörden“ in Abs. 2 Unterabs. 1 als Adressaten der Mitteilung über einen Verweisungsantrag nicht den Schluss zu, dass es sich dabei um eine originär zuständige Behörde handeln müsse, also nur solche auch antragsbefugt sind, da damit nur die für den *Empfang solcher Mitteilungen* zuständigen Behörden gemeint seien. Insoweit ergebe sich auch kein systematisches Argument *gegen* die von der Kommission befürwortete Auslegung.²¹

Anders sieht der EUGH dies aber für Art. 22 Abs. 1 Unterabs. 1 FKVO, der u.a. die Voraussetzung formuliert, dass der verwiesene Zusammenschluss den Wettbewerb im Hoheitsgebiet des verweisenden Mitgliedstaats erheblich zu beeinträchtigen drohen muss. Nach Ansicht des EuGH werde hieraus deutlich, dass die Verweisungsmöglichkeit anderer Mitgliedstaaten dazu diene, das One-Stop-Shop-Prinzip auszuweiten, indem er Mitgliedstaaten, die andernfalls parallel prüfen würden (weil der Zusammenschluss den nationalen Wettbewerb zu beeinträchtigen droht), die Verweisung an die Kommission eröffnet.²² Der EuGH formuliert es zwar nicht derart ausdrücklich, aber unter diesem Gesichtspunkt bedarf es einer Verweisungsmöglichkeit für unzuständige Mitgliedstaaten gerade *nicht*. Denn bei unzuständigen Mitgliedstaaten kann eine parallele Prüfung ohnehin nicht stattfinden.

4. Teleologische Auslegung

Die Ausführungen zur teleologischen Auslegung berühren schließlich den Kern dessen, was die Verweisungspraxis der Kommission so umstritten gemacht hat. Es geht um die Frage, ob Art. 22 FKVO von jeher als Korrekturmechanismus für eine starre umsatzschwellenbasierte Fusionskontrolle gedacht war – oder eben nicht. Das EuG meinte hier noch „Ja!“. Es sei das Ziel der FKVO, eine wirksame Kontrolle aller Zusammenschlüsse mit erheblichen Auswirkungen auf den Wettbewerb in der Union zu gewährleisten. Um dieses Ziel zu erreichen, das mit den Umsatzschwellen allein eben nicht erreicht werden könne, diene Art. 22 FKVO als notwendiges „Korrektiv“,²³ das der Kommission flexible Befugnisse einräume.²⁴

Der EuGH entgegnet dem jedoch, dass im Hinblick auf die erforderliche Rechtssicherheit und Vorhersehbarkeit die von der Kommission und dem EuG vertretene extensive Auslegung mit dem Sinn und Zweck des Art. 22 FKVO und der FKVO als solcher unvereinbar sei. Denn mit der Einführung der FKVO sollte nicht nur ein System zur Kontrolle potenziell wettbewerbsschädigender Zusammenschlüsse geschaffen werden, sondern auch ein *„vorhersehbares Kontrollsystem [...], das dem Bedürfnis nach Rechtssicherheit Rechnung trägt und auf dem Prinzip der ‚einzigen Anlaufstelle‘ beruht“*. Dafür müssten die Zuständigkeitsverteilung zwischen Kommission und Mitgliedstaaten (anhand der Umsatzschwellen) geregelt und die fusionskontrollrechtlichen Pflichten (wie Anmeldepflicht und Vollzugsverbot) und der fristbasierte Verfahrenslauf (ordnungsgemäße Verwaltung) festgelegt werden. Eine extensive Auslegung des Art. 22 FKVO, die die Umsatzschwellen der FKVO und die Aufgreifkriterien der Mitgliedstaaten außer Acht ließe, würde dieses System aushöhlen und damit den Zielen der FKVO zuwiderlaufen. Es sei den Unternehmen auch nicht zumutbar und mit dem Effizienzgedanken der FKVO unvereinbar, zur Klärung einer Verweisung nach Art. 22 FKVO, d.h. zur Erlangung von Rechtssicherheit, in jedem Mitgliedstaat zunächst eine informelle Anmeldung vorzunehmen – zumal die Verfahrensanforderungen an die Unternehmen unklar wären.²⁵

Schließlich stellt der EuGH fest, dass die Kommission mit ihrer neuen Verweisungspraxis einen Alleingang hingelegt habe, der gegen den Grundsatz des institutionellen Gleichgewichts verstoße, nachdem die Organe zur Rücksicht auf die jeweiligen Kompetenzen verpflichtet sind (Art. 13 Abs. 2 EUV). Es sei allein Sache des Unionsgesetzgebers, die Schwellenwerte anzupassen oder die Aufgreifkriterien zu ändern. Auch den Mitgliedstaaten stehe es frei, Änderungen vorzunehmen. Diese Kompetenzverteilung dürfe nicht durch eine einseitig durch die Exekutive festgelegte Praxis unterlaufen werden.²⁶

Urban/von Schreitter: Lichtspieltheater – Das Illumina-Drama und die Folgen(NZKart 2024, 609)

612

5. Einordnung

Die Entscheidung des EuGH ist richtig und zu begrüßen. Am Ende einer schulbuchmäßigen Auslegung steht das Ergebnis, dass die Verweisungspraxis der Kommission nicht von Art. 22 FKVO gedeckt und damit rechtswidrig war.

Für die Kommission ist das Urteil ein Weckruf. Immer wieder wurde gefordert, dass die Kartellbehörden mehr Mut haben sollten, auch unkonventionelle Wege zu gehen. Das Illumina-Drama zeigt eindrucksvoll, dass der „move fast and break things“-Ansatz aus dem Silicon Valley nicht zur Nachahmung taugt.²⁷ Denn die späte Gerechtigkeit, die *Illumina* und *Grail* widerfahren ist, hilft nur bedingt. Deren Transaktion nämlich ist längst rückabgewickelt, die Grail-Beteiligung (mit Verlust) auf eine Minderheitsbeteiligung reduziert. Der hinter der Transaktion stehende *Illumina*-CEO hat seinen Job verloren und Milliarden an Börsenwert wurden vernichtet. Wie viele Deals wegen der vor der EuGH-Entscheidung bestehenden Verweisungsrisiken verzögert, verkompliziert oder gar ganz abgesagt wurden, lässt sich kaum ermessen. Da aber bereits zwei *weitere* Transaktionen²⁸ aufgegeben wurden, nachdem die Beteiligten in die Mühlen des nun gestoppten Brüsseler Verweisungsverfahrens geraten waren, darf man vermuten: Der Flurschaden ist enorm.

Die Kommission ist damals – gegen Widerstand und Kritik zahlreicher Stimmen insbesondere aus der Anwalts- und Behördenpraxis – einen Sonderweg gegangen, der in eine Sackgasse geführt hat. Der Ansehens- und Vertrauensverlust ist beträchtlich. Demut stünde der Kommission auch beim Blick nach vorn gut zu Gesicht.

III. Des Dramas nächster Akt

Im klassischen Drama findet der Konflikt seine Lösung in der Katastrophe. Und in der Tat dürfte der aus Kommissionssicht katastrophale Luxemburger Urteilsspruch einiges (aus)lösen – vor allem den Beginn einer neuen Debatte. Die scheidende EU-Wettbewerbskommissarin Margrethe *Vestager* hat nämlich – von Demut nichts zu spüren – nach dem Urteilsspruch sehr schnell klargemacht, dass die Kommission nach wie vor eine Regelungslücke sieht, die sie nicht hinnehmen wird.²⁹ Die spannende Frage ist daher nun: Wie ist diese (vermeintliche) Lücke zu schließen? Denkbare Ansätze sind die Reform

bestehenden Unionsrechts (1.), die Schaffung neuen Unionsrechts (2.), der Rückgriff auf das Verhaltenskartellrecht (3.) oder der Rückgriff auf (reformierte) Vorschriften der mitgliedstaatlichen Fusionskontrollregime (4.).

1. Reform des bestehenden Unionsrechts

a) Neufassung der FKVO

Die Langfrist-Lösung, die man nicht nur angesichts der Verfahrensbeteiligten auch den „Heiligen Gral“ nennen könnte, bestünde in einer umfassenden Reform der FKVO. In der Sache könnte diese insbesondere eine Anpassung der Schwellenwerte, die Einführung neuer Aufgreifschwelen (etwa orientiert am Transaktionswert) oder eine Neufassung der Verweisungsnormen beinhalten. Vor allem Letzteres brachte Kommissarin *Vestager* bereits ins Spiel: Art. 22 FKVO könne so verändert werden, dass er „in defined circumstances“ die Verweisung von unterhalb der Anmeldeschwellen bleibenden Transaktionen auch durch *unzuständige* Mitgliedstaaten gestattet.³⁰ Dies würde das Ergebnis, das durch die nun kassierte Verweisungspraxis erstrebt worden war, auf den Boden des Gesetzes stellen. Auch die Einführung einer „Call-in“-Befugnis, bei der die Kommission durch Feststellung einer Anmeldepflicht im Einzelfall bestimmte Zusammenschlüsse unabhängig von allgemein gültigen Schwellen *direkt* an sich ziehen darf, wäre denkbar.

All das aber würde einen einstimmigen Beschluss des Rates erfordern – eine beträchtliche Hürde, deren Vermeidung der mutmaßliche Auslöser für die jetzige Misere war. Denn es herrscht Richtungsstreit in der europäischen Wettbewerbspolitik. Fundamentalreformen bieten daher ein Einfallstor für Elemente, die aus Sicht vieler nichts mit der „reinen Lehre“ einer an *Wettbewerbswirkungen* und Verbraucherwohl orientierten Fusionskontrolle zu tun haben. Zu denken ist hier insbesondere an (sicherheits-)politische Erwägungen, Belange des Außenhandels und der Nachhaltigkeit (Stichwort „ESG“). Vor allem aber könnte im gegenwärtigen Umfeld der Berücksichtigung industriepolitischer Belange die Tür geöffnet werden, die in die *materielle* Fusionskontrolle hineinwirken könnten – z.B. durch eine Revision des SIEC-Tests mit dem Ziel, die fusionsbedingte Schaffung sog. „European Champions“ zu erleichtern. All das würde eine Änderung der FKVO deutlich verkomplizieren. Und ob am Ende ein Erfolg im Sinne der Kommission stünde, scheint alles andere als gesichert – zumal unter den Mitgliedstaaten derzeit auch keine Einigkeit über die konkrete Ausgestaltung der o.g. Belange besteht.

Jedenfalls aus Unternehmenssicht wären zudem sowohl die Einführung einer „Call-in“-Befugnis als auch eine Anpassung von Art. 22 FKVO nicht wünschenswert. Denn sie gingen mit neuer, womöglich noch größerer Rechtsunsicherheit einher. Hier hinge alles von der exakten Konturierung der Aufgreif- bzw. Verweisungsnormen ab und es wären jedenfalls enge zeitliche Grenzen erforderlich, innerhalb derer die Behörden tätig werden müssen. Schon dies allein würde rechtspolitische Diskussionen erforderlich machen, die auf EU-Ebene jedenfalls derzeit schwer zu führen scheinen.

b) Anpassung des FKVO-Anwendungsbereichs

Einen potenziell niedrigschwelligeren Reformansatz, auf den auch der EuGH hinweist, sieht die FKVO selbst vor. Art. 1 Abs. 4 und 5 FKVO ermöglichen es dem Rat auf Vorschlag der Kommission, die Schwellen und Kriterien der zweiten Umsatzschwelle des Art. 1 Abs. 3 FKVO zu ändern, die den Anwendungsbereich der Verordnung definieren. Für die Anwendung dieser Normen genügt zudem – anders als in der Variante der umfassenden Reform der FKVO – eine qualifizierte Mehrheit im Rat. Es handelt sich bei Art. 1 Abs. 4 und 5 FKVO allerdings um einen bisher unbeschrittenen Weg; Auslegung und Handhabung der Norm sind dementsprechend unklar.

Bei kreativer Auslegung des Begriffs „Kriterien“ könnte diese Vorschrift auch eingesetzt werden, um eine Transaktionswertschwelle nach deutschem bzw. österreichischem Vorbild oder die schon o.g. „Call-in“-Befugnis zu kreieren.³¹ Bei genauerem Hinsehen dürfte eine solche Lesart aber dem Sinn und Zweck von Art. 1 Abs. 3 FKVO zuwiderlaufen. Die Revisionsklauseln sollen nicht ermöglichen, Art. 1 Abs. 3 FKVO in seiner Stoßrichtung völlig zu ändern, sondern nur

Urban/von Schreitter: Lichtspieltheater – Das Illumina-Drama und die Folgen(NZKart 2024, 609)

613

die Umsatzschwellen neu auszutarieren. Denn die Höhe der Umsatzschwellen ist seit jeher umstritten; insoweit sind die Revisionsklauseln Ausdruck des (fortbestehenden) Bemühens um einen Ausgleich zwischen dem mitgliedstaatlichen Interesse, eigene Prüfungskompetenzen zu behalten, und dem kollidierenden Interesse, auf EU-Ebene möglichst eine einzige fusionskontrollrechtliche Anlaufstelle zu begründen.³² Das vom EuGH vorgebrachte Argument, die Vorschrift ziele darauf ab, Anpassungen vornehmen zu können, konkret um wettbewerbsschädliche Zusammenschlüsse zu erfassen,³³ verfährt insoweit nicht. Die Norm dient vielmehr dazu, den Begriff der „gemeinschaftsweiten Bedeutung“ eines Zusammenschlusses nachzujustieren und damit das Kompetenzzusammenspiel der Behörden zu regeln. Auch die klare gesetzliche Eingrenzung, wonach Art. 1 Abs. 4 und Abs. 5 nur eine Anpassung der speziellen Schwellenwerte des Abs. 3 (und *nicht* der des Abs. 2 erlauben), spricht dafür, ihnen nur einen eingeschränkten Gestaltungsspielraum zuzumessen. Neuerungen, die über ein bloßes Nachjustieren hinausgehen und sich vom Leitbild der Grundnorm in Art. 1 Abs. 2 FKVO und den dortigen Umsatzschwellen entfernen, dürften nicht auf sie zu stützen sein.

Ohnehin ist – anders als der EuGH suggeriert – der bloße Unternehmensumsatz kein Indikator für die potenzielle Wettbewerbsschädlichkeit eines Transaktionsvorhabens, sondern allenfalls für die wirtschaftliche Relevanz der Beteiligten. Angesichts dessen wäre aus Kommissionssicht auch wenig damit gewonnen, die FKVO-Schwellenwerte einfach abzusenken. Die Brüsseler Kartellwächter wollen zwar „dicke Fische fangen“. Ein Schleppnetz aber wollen sie nicht. Dabei ist auch zu beachten, dass die Umsatzschwellen der FKVO seit nunmehr zwanzig Jahren nicht angepasst wurden. Angesichts der

Inflationsentwicklung der letzten zwei Dekaden hat schon dies allein faktisch zu einer gravierenden Schwellenwert*absenkung* geführt.³⁴

c) DMA

Denkbar wäre schließlich auch, Art. 14 DMA zu reformieren. Dieser verpflichtet Gatekeeper, gewisse „daten- und digitalnahe“ Transaktionen bei der Kommission zwar nicht anzumelden, aber zumindest *anzuzeigen*. Anlass für eine Reform bestünde insoweit, als die Vorschrift nach ihrem Abs. 5 dezidiert auf ein Zusammenspiel mit Art. 22 FKVO ausgelegt ist. Dem aber lag die vom EuGH nun gekippte Auslegung von Art. 22 FKVO zugrunde,³⁵ sodass die Vorschrift in ihrer antizipierten Form nicht mehr wird funktionieren können. Denkbar wäre es daher, Art. 14 DMA dahingehend zu ändern, dass Gatekeeper für die von Art. 14 Abs. 1 DMA erfassten Transaktionen einer allgemeinen *Anmeldepflicht* unterlägen, was im Gesetzgebungsverfahren zum DMA bereits vielfach gefordert worden war (u.a. von der Bundesregierung).³⁶

Allerdings bestehen schon Zweifel daran, ob eine parallel zur FKVO laufende Regelung der Fusionskontrolle nicht außerhalb des Regelungsgegenstands des DMA läge; von der Ermächtigungsgrundlage des DMA (Art. 114 AEUV) wäre sie möglicherweise nicht gedeckt.³⁷

Ungeachtet dessen würde es sich mit Blick auf die Schließung der angeblichen Regelungslücke um eine aus Behördensicht unvollständige Lösung handeln. Denn es würden nur Transaktionen eines handverlesenen Adressatenkreises im Digitalsektor erfasst. Zwar stehen die als Gatekeeper designierten Akteure seit geraumer Zeit unter dem (General-)Verdacht, besonders eifrig von sog. Killer Acquisitions Gebrauch zu machen. Schon der in diesem Zusammenhang ebenfalls immer wieder hervorgehobene Pharmasektor bliebe durch eine auf Art. 14 DMA beschränkte Reform jedoch ausgeklammert. Und die „Leistungsbilanz“ der (nun gescheiterten) weiten Auslegung von Art. 22 FKVO zeigt, dass das Spektrum der aus Sicht der Kommission potenziell interessanten Branchen groß ist.³⁸

2. Schaffung neuen Unionsrechts

Wo die Aktualisierung alten Rechts nicht mehr reicht, könnte der Unionsgesetzgeber erwägen, gänzlich neue Wege einzuschlagen. Denkbar wäre ein Ex-ante-Instrument, um in Märkte mit einem strukturellen Mangel an Wettbewerb einzugreifen, ohne dass zuvor ein spezifischer Kartellrechtsverstoß festgestellt werden muss. In diesem Zusammenhang könnte die Kommission dann, ähnlich wie dies mittlerweile für das BKartA möglich ist (§ 32f Abs. 2 GWB), in die Lage versetzt werden, nach der Durchführung von Sektoruntersuchungen bestimmten Unternehmen eine Pflicht zur Anmeldung gewisser Transaktionen aufzuerlegen – unabhängig von den sonst geltenden Anmeldeschwellen. Im Vereinigten Königreich ist ein ähnliches Instrument seit langem bekannt³⁹ und unter dem Schlagwort „New Competition Tool“ (NCT) waberte es im Vorfeld der DMA-Einführung auch

durch die rechtspolitischen Diskussionen in Brüssel.⁴⁰ Neben Deutschland haben sich mittlerweile z.B. auch Italien und Dänemark für die Einführung ähnlicher Befugnisse entschieden und die niederländische Kartellbehörde wirbt für seine Einführung auf nationaler Ebene.⁴¹ Auch der viel beachtete sog. Draghi-Bericht plädiert dafür, auf EU-Ebene erneut einen Vorstoß in diese Richtung zu wagen.⁴²

Urban/von Schreitter: Lichtspieltheater – Das Illumina-Drama und die Folgen(NZKart 2024, 609)

614

Es erscheint aber fraglich, ob eine solche Lösung mit der Kommission zu machen wäre. Obwohl sich im Rahmen der Konsultationen vor vier Jahren die meisten mitgliedstaatlichen Kartellbehörden für die Einführung eines NCT auf EU-Ebene ausgesprochen hatten,⁴³ traf die Kommission letztlich die bewusste Entscheidung, die Idee eines NCT aufzugeben. Auch im „Mission Letter“ der wiedergewählten Kommissionspräsidentin Ursula *von der Leyen* an die designierte neue Wettbewerbskommissarin Teresa *Ribera Rodríguez* fehlt ein Hinweis auf ein solches Projekt.

3. Rückgriff auf das Verhaltenskartellrecht

Außerhalb gesetzgeberischer Maßnahmen auf Unionsebene käme im Licht der sog. Towercast-Rechtsprechung ein Rückgriff auf das bestehende Verhaltenskartellrecht in Betracht. Der EuGH hatte in dieser Entscheidung bestätigt, dass nicht fusionskontrollpflichtige Transaktionen den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung begründen und auf der Grundlage von Art. 102 AEUV geprüft werden können.⁴⁴

Daraus folgt aber keine generelle Anmeldepflicht, sondern nur eine punktuelle Kontrolle im Einzelfall. Diese dürfte häufig – und aus Behördensicht allzu oft – auf eine bloße Ex-post-Prüfung nach Vollzug einer Transaktion hinauslaufen.⁴⁵ Zudem können die Transaktionen ohne Verstoß gegen Rechtspflichten einfach vollzogen werden. Eine wirksame präventive Zusammenschlusskontrolle ist so nicht möglich. Außerdem kann sie auf Basis von Art. 102 AEUV nur gegen Zusammenschlussaktivitäten von Unternehmen vorgehen, die bereits marktbeherrschend sind.⁴⁶ Ziel der Fusionskontrolle ist es aber, *jede* erhebliche Behinderung wirksamen Wettbewerbs – einschließlich der *Entstehung* marktbeherrschender Stellungen – zu verhindern. Kommissionsbeamte haben sich daher in den letzten Monaten vielfach gegen eine auf das Verhaltenskartellrecht gestützte „Fusionskontrolle“ ausgesprochen, da sie im Vergleich zu der vom EuGH nun für rechtswidrig erklärten Verweisungslösung sowohl ineffizient als auch unsicher sei.⁴⁷ Zu strikt sind die Anwendungsvoraussetzungen, zu unbestimmt das verfahrensrechtliche Feld. Aus Kommissionssicht ist nichts gewonnen, wenn die sog. *Regelungslücke* aufgrund zu schwergängiger Anwendungsbedingungen zur *Durchsetzungslücke* wird.

Dieser Befund ändert sich auch nicht, wenn man stattdessen auf das Kartellverbot des Art. 101 AEUV rekurriert.⁴⁸ Die verfahrensseitigen Unbotmäßigkeiten und das Fehlen eines Vollzugsverbots bleiben bestehen und auch hier sind die materiellen Voraussetzungen

streng – wenn nicht gar noch schwieriger nachzuweisen als bei Art. 102 AEUV. Denn ein Zusammenschluss, der sich weder unter Beteiligung eines Marktbeherrschers vollzieht noch fusionskontrollrechtlich anmeldepflichtig ist, ist in der geltenden Kartellrechtsordnung ein im Grundsatz neutraler Vorgang. Dementsprechend hat die französische Kartellbehörde zwar kürzlich den Vorstoß gewagt, rund 9 Jahre (!) nach deren Vollzug gewisse Zusammenschlussaktivitäten nach dem Kartellverbot zu prüfen. Sie stand dabei jedoch vor der Herausforderung nachzuweisen, dass die Transaktionsvorgänge – mehrere Asset Swaps in der Fleischzerlegungsbranche – in Wahrheit ein Vehikel für Kunden- und Gebietsabsprachen unter den beteiligten Unternehmen waren. Da ein solcher wettbewerbswidriger Zweck nicht nachzuweisen und anhand der Aktenlage auch keine bewirkte Wettbewerbsbeschränkung festzustellen war, wurde das Verfahren eingestellt.⁴⁹

4. Rückgriff auf (reformiertes) Fusionskontrollrecht der Mitgliedstaaten

Als letzte Möglichkeit bliebe dann die „Flucht ins Nationale“, also der Versuch, die angebliche Regelungslücke durch Fusionskontrollprüfungen in mindestens einem Mitgliedstaat zu schließen. Weiter gefasste nationale Anmeldepflichten bzw. neue Aufgreifbefugnisse der dortigen Behörden könnten dann auch den Weg nach Brüssel ebnen. Denn dass ein nach nationalem Recht tatsächlich *zuständiger* Staat einen Verweisungsantrag nach Art. 22 FKVO stellen kann, ist im Grundsatz unbestritten. Blickt man auf die im Nachgang des Urteils veröffentlichte Pressemitteilung von Kommissarin *Vestager*, die genau diese Zusammenhänge betont, darf man diesen Schritt wohl als die naheliegendste (kurzfristige) Reaktion einordnen.⁵⁰

Frau *Vestager* wies darauf hin, dass in den letzten Jahren mehrere Mitgliedstaaten Vorschriften eingeführt hätten, die es ihnen erlauben, von Transaktionsbeteiligten im Einzelfall eine Anmeldung auch dann zu verlangen, wenn das Vorhaben zwar unterhalb der allgemein gültigen nationalen Fusionskontrollschwellen bleibt, aber eine erhebliche Wettbewerbswirkung nach sich ziehen könnte. Diese Beobachtung ist zutreffend: Während z.B. Spanien und Portugal seit langem auch auf marktanteilsbasierte Anmeldeschwellen setzen und Deutschland und Österreich sich alternativ zu Umsätzen auch am Transaktionswert orientieren, gibt es u.a. mit Italien, Irland, Schweden und Dänemark bereits einige Mitgliedstaaten, die eine schwellenwertunabhängige Befugnis haben, unter bestimmten Bedingungen die Anmeldung von Zusammenschlüssen zu fordern und sich ihre Zuständigkeit auf diesem Wege selbst zu bilden. Insbesondere hierauf, also die bereits im FKVO-Kontext skizzierte „Call-in“-Befugnis, spielt *Vestager* an.

Viel spricht dafür, dass weitere Mitgliedstaaten auf diesen Trend aufspringen und auf diese Weise dem Anliegen der Regelungslückenschließung entsprechen. Rechtspolitisch

kann es hier – je nach Jurisdiktion – viel Rückenwind geben.⁵¹ Aus Unternehmenssicht wäre dieses Ergebnis jedoch alles andere als wünschenswert. Es handelte sich um eine kleinteilige und vollständig dezentrale Lösung, die von der Parallelität verschiedener nationaler Normen und der Unsicherheit über deren Zusammenspiel mit den Verweisungsnormen der FKVO geprägt wäre. Unterschiedliche Fristenregime für die behördliche Möglichkeit zum „Call-in“ kämen hinzu. Anstelle des weiteren Zusammenwachsens des Binnenmarktes droht nationalstaatliche Fragmentierung.

Und selbst für den theoretischen Fall der Gleichschaltung aller bestehenden und künftigen „Call-in“-Möglichkeiten der mitgliedstaatlichen Behörden bliebe räumlich gesehen ein „Flickenteppich-Risiko“. Denn der auf den gesamten Binnenmarkt bezogene Fusionskontrollrechtliche Gestaltungsanspruch der Kommission ließe sich auf Basis von Verweisungen nur bedienen, wenn zum einen *jeder* Mitgliedsstaat über eine „Call-in“-Befugnis verfügt und diese zum anderen auch gleichzeitig mit den anderen *nutzt*. Denn die aus Art. 22 FKVO folgende Prüfkompetenz der Kommission ist eine abgeleitete.

Fusionskontrollrechtliche Interventionen der Kommission nach solchen Verweisungen bleiben daher auf die Gebiete derjenigen Mitgliedstaaten beschränkt, die tatsächlich einen Verweisungsantrag gestellt oder sich einem solchen angeschlossen haben.⁵² So verlockend der Gedanke auch ist, sich künftig auf die weiten Eingriffsbefugnisse einzelner „Strandwächterjurisdiktionen“ zu verlassen: Dauerhaft am Tropf nationaler (Exekutiv- oder Legislativ-)Entscheidungen zu hängen, kann auf Kommissionsseite eigentlich niemandem gefallen.

Viel grundlegender als diese praktisch-rechtspolitischen Probleme ist jedoch die Frage, ob die Begründung des Illumina-Urteils eine solche Lösung überhaupt hergibt. Der EuGH stellt nämlich klar, dass Unternehmen „[...] leicht und schnell erkennen können müssen, an welche Behörde sie sich wenden müssen und in welcher Frist und Form [...]“.⁵³ Es darf bezweifelt werden, dass Verweisungsanträge auf Grundlage mitgliedstaatlicher „Call-in“-Befugnisse diesen Anforderungen an Rechtsicherheit und Vorhersehbarkeit genügen.⁵⁴

Doch auch wenn die Kommission diesen Weg gehen sollte und derartige Verweisungsanträge akzeptiert, bliebe ein gewichtiges Folgeproblem. Der EuGH hat nämlich noch eine Feststellung in die Urteilsbegründung eingefügt, die für die Handhabung von Art. 22 FKVO von immenser Bedeutung ist. In der Kommissionspraxis war man stets davon ausgegangen, dass nach einem (rechtmäßigen) Erstantrag auf Verweisung die Frage der Fusionskontrollzuständigkeit aller sich dem Antrag „nur“ anschließenden Mitgliedstaaten keine Rolle spielte. Durch sein Urteil zieht der EuGH nun die Vorbedingungen zahlreicher durch Art. 22 FKVO initiiertes Fusionskontrollprüfungen der Vergangenheit in Zweifel. Denn der Anschluss an eine Verweisung zur Durchsetzung des One-Stop-Shop-Prinzips ist nur dann sinnvoll, wenn auch der sich anschließende Mitgliedstaat zuständig ist. Ergo kann ein solcher Anschluss genau wie der ursprüngliche Antrag nur durch zuständige

Mitgliedstaaten gestellt werden.⁵⁵ Es ist nunmehr schlicht nicht möglich, eine den gesamten Binnenmarkt abdeckende Fusionskontrollprüfung dadurch herzustellen, dass ein einzelner Staat mit „Call-in“-Befugnis (z.B. Italien) diese Befugnis ausübt und alle anderen Mitgliedstaaten sich diesem Antrag dann unabhängig von ihrer eigenen Zuständigkeit anschließen. Das Ziel, durch erweiterte nationale Fusionskontrollzuständigkeiten effektiv eine EU-weite Fusionskontrolle im Einzelfall zu etablieren, gerät dadurch in weite Ferne.

IV. Fazit und Ausblick – No Happy End

Die Entscheidung des EuGH ist richtig. Klar ist aber auch: Europas Kartellbehörden – insbesondere die Kommission – sehen weiterhin eine Regelungslücke, die sie schließen wollen. Wie sich dieses Bestreben praktisch-rechtspolitisch umsetzt, ist offen.

Mit Blick auf das gesetzte Ziel unwahrscheinlich ist eine auf den DMA beschränkte Reform. Ähnliches gilt für einen verstärkten Rückgriff auf das Verhaltenskartellrecht. Zwar kann – insbesondere auf nationaler Ebene – nicht ausgeschlossen werden, dass im Einzelfall Verfahren auf Basis von Art. 101 oder 102 AEUV geführt werden. Dabei handelt es sich jedoch eher um eine „Hail Mary“-Lösung, die aufgrund zahlreicher rechtlicher und praktischer Probleme am eigentlichen Behördenbedarf vorbeigeht.⁵⁶

Rechnen sollte man daher eher mit einer Mischung aus kurz- und langfristigen Reaktionen in Gestalt neuer Gesetzgebung. Langfristig ist nicht auszuschließen, dass Kommission und Rat größere Reformvorhaben wagen. Während die Einführung eines NCT bisher von der Agenda verschwunden war, könnte sie durch den Draghi-Bericht und die neue Kommission wieder Rückenwind erfahren. Ob dies wahrscheinlicher ist als eine (punktuelle) Reform der FKVO, ist schwer zu beurteilen. Zumindest aber ist der designierten Wettbewerbskommissarin bereits eine Überarbeitung der *Horizontal Merger Guidelines* der Kommission aufgetragen worden.⁵⁷ Zwanzig Jahre nach Einführung der jetzigen FKVO und mit Blick auf den Umstand, dass der fehlende Reformwille zumindest mitursächlich für das jetzige gerichtliche Scheitern der Kommission war, erscheint zumindest denkbar, dass in Brüssel ein Umdenken stattfindet und Reformvorhaben nicht nur auf die *Guidelines* beschränkt bleiben.

Bis dahin müssen sich Unternehmen jedenfalls auf eine schärfere mitgliedstaatliche Kontrolle einstellen. Der Trend zur Ausweitung der Befugnisse ist eindeutig, insbesondere mittels flexibler „Call-in“-Befugnisse. Das ist bedauerlich, denn so wird die Fusionskontrollwelt trotz der EuGH-Entscheidung tendenziell (noch) komplexer und unsicherer. Auch aus Sicht der Kommission kann dies keine gute Lösung sein, wird sie doch die Fragmentierung des Binnenmarkts weiter verschärfen und mitgliedstaatliche politische Einflussnahmen möglicherweise ausweiten. Es ist aber gerade dieser Trend zur Nationalstaatlichkeit, der eine Regelung auf EU-Ebene schwieriger macht. Klar ist daher: Die vom EuGH nun kassierte Verweisungspraxis wird nachhallen. Und weitere Probleme nach sich ziehen.

* *Dr. Julian Urban* und *Dr. Florian von Schreitter* sind Rechtsanwälte für Kartellrecht im Düsseldorfer Büro der Kanzlei Hogan Lovells International LLP. Sie verfolgen keine Sonderinteressen und geben ihre eigene Meinung wieder. Zum vorliegenden Thema s. auch die Beiträge von *Gundel*, NZKart 2024, 527; *Ende*, NZKart 2024, 532; *Schmidt/ Betzendörfer*, NZKart 2024, 535.

¹ EuGH, Urt. v. 3.9.2024, C-611/22 und C-625/22 P, ECLI:EU:C:2024:677 = NZKart 2024, 571 – *Illumina*.

² Zur Kritik s. *von Schreitter/Urban*, WuW 2021, 674; *dies.*, NZKart 2020, 637; *Neideck*, NZKart 2021, 263; *Völcker*, NZKart 2021, 262; *Schmidt/ Steinvorth*, BB 2021, 1666; *Bischke/ Brack*, NZG 2021, 638; *Käseberg*, NZKart 2024, 525 f.

³ S. etwa *Guersent*, “Obviously, we think of deals which involve start-ups with strong competitive potential that don't yet generate important revenue [...]” abrufbar unter <https://content.mlex.com/#/content/1273959>; *ders.*, “All the counterfactuals are actually worse.”, abrufbar unter https://content.mlex.com/#/content/1563319/all-alternatives-to-article-22-are-worse-for-companies-legal-certainty-eu-s-guersent-says?referrer=email_instantcontentset&paddleid=209&paddleaois=2003.

⁴ KOM v. 6.9.2022, C(2022) 6454 final.

⁵ KOM v. 12.7.2023, C(2023) 4263 final.

⁶ KOM v. 12.10.2023, C(2023) 6737 final.

⁷ EuG, Urt. v. 13.7.2022, T-227/21, ECLI:EU:T:2022:447, NZKart 2022, 450 – *Illumina*.

⁸ Schlussanträge GA *Emiliou* v. 21.3.2024, C-611/22 P und C-625/22 P, ECLI:EU:C:2024:264 = NZKart 2024, 231 – *Illumina*.

⁹ EuGH (Fn. 1), Rn. 116, 123-128 – *Illumina*.

¹⁰ Verordnung (EWG) Nr. 4064/89 des Rates v. 21.12.1989 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (ABl. L 395, S.1).

¹¹ EuGH (Fn. 1), Rn. 147 – *Illumina*.

¹² Durch die Reformen der Fusionskontrollverordnung im Jahr 1997 wurde Artikel 22 ergänzt, sodass auch anderen Mitgliedstaaten ermöglicht wurde, Zusammenschlüsse an die Kommission zu verweisen. Hieß es in der Verordnung (EWG) Nr. 4064/89 in Art. 22 Abs. 3 noch „*Stellt die Kommission auf Antrag eines Mitgliedstaats fest, [...]*“ wurde in der Revision aus 1997 daraus: „*Stellt die Kommission auf Antrag eines Mitgliedstaats oder mehrerer gemeinsam handelnder Mitgliedstaaten fest. [...]*“.

¹³ EuG (Fn.7), Rn. 97 f. – *Illumina*.

¹⁴ EuGH (Fn. 1), Rn. 139-146 – *Illumina*.

¹⁵ EuGH (Fn. 1), Rn. 148 – *Illumina*.

¹⁶ EuGH (Fn. 1), Rn. 153 ff. – *Illumina*.

¹⁷ EuGH (Fn. 1), Rn. 157 ff. – *Illumina*.

18 EuGH (Fn. 1), Rn. 173 f. – *Illumina*.

19 EuGH (Fn. 1), Rn. 178 ff. – *Illumina*.

20 EuGH (Fn. 1), Rn. 183 f. – *Illumina*.

21 EuGH (Fn. 1), Rn. 163-168 – *Illumina*.

22 EuGH (Fn. 1), Rn. 182 – *Illumina*.

23 Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates vom 20.1.2004 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, ErwGr. 11.

24 EuG (Fn.7), Rn. 141 – *Illumina*.

25 EuGH (Fn. 1), Rn. 203-210 – *Illumina*; so auch GA *Emiliou* (Fn. 8), Rn. 206-213.

26 EuGH (Fn. 1), Rn. 215 ff. – *Illumina*.

27 In diese Richtung auch *Käseberg*, NZKart 2024, 525 f.

28 Dabei handelt es sich um die unten in Fn. 38 genannten Fälle.

29 Statement by Executive Vice-President Margrethe Vestager on today's Court of Justice judgment on the *Illumina/GRAIL* merger jurisdiction decisions, 3.9.2024, abrufbar unter https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/STATEMENT_24_4525.

30 Speech by EVP M. Vestager at the 28th Annual Competition Conference of the International Bar Association, 6.9.2024, abrufbar unter https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/speech_24_4582.

31 Kritisch *Schmidt/ Betzendörfer*, NZKart 2024, 535, 359; zustimmend wohl *Ende*, NZKart 2024, 532, 535.

32 Vgl. *Koch*, in MüKo Wettbewerbsrecht, Bd. 1-2, 4. Aufl. 2023, Art. 1 FKVO, Rn. 11; *Körber*, in Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Bd. 3, 6. Aufl. 2020, Art. 1 FKVO, Rn. 64.

33 EuGH (Fn. 1), Rn. 184 – *Illumina*.

34 Zur Illustration: Um diese faktische Schwellenwertabsenkung zu korrigieren, müsste angesichts der historischen Inflationsraten z.B. die weltweite Umsatzschwelle von EUR 5 Mrd. (Art. 1 Abs. 2 lit. a) FKVO) heute bei rund *EUR 7,9 Mrd. (!)* liegen, vgl. www.finanzen.net/konjunktur/inflationsrechner (Basisjahr 2005). Befürworter für eine solche Reform sind freilich nirgends in Sicht.

35 Dazu eingehend *Schöning/von Schreitter*, WuW 2022, 582, 584 f.

36 Vgl. *Käseberg*, in MüKo Wettbewerbsrecht, Bd. 1-1, 4. Aufl. 2023, Art. 14 DMA, Rn. 4.

37 Für Art. 114 AEUV als taugliche Ermächtigungsgrundlage *Franck/Monti/de Streef*, Article 114 TFEU as a Legal Basis for Strengthened Control of Acquisitions by Digital Gatekeepers, 20 September 2021, abrufbar unter www.bmwk.de/Redaktion/EN/Publikationen/Wirtschaft/article-114-tfeu-as-a-legal-basis-for-strengthened-control-of-acquisitions-by-digital-gatekeepers.pdf?__blob=publicationFile&v=5; das entsprechende Gutachten war seinerzeit

vom BMWK beauftragt worden. Dagegen aber *Herbers*, in Podszun, Digital Markets Act, 1. Aufl. 2023, Art. 14 DMA, Rn. 2.

38 Die Kommissionspraxis hatte hier neben dem Fall *Illumina/Grail* (M.10188) auch Transaktionsvorhaben von *EEX/Nasdaq Power* (M.11241) und *Qualcomm/Autotalks* (M.11212) aufgegriffen und damit Fusionskontrollen in den Branchen Pharma, Elektrizitätshandel und Elektronikkomponenten (Chips) eingeleitet.

39 S. Part 4 des Enterprise Act 2002 („Market Studies and Market Investigations“).

40 Es war die Kommission selbst, die diesen Begriff im Rahmen ihres entsprechenden „Inception Impact Assessment“ (abrufbar unter https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=PI_COM%3AAres%282020%292877634) im Juni 2020 einführte.

41 Vgl. ACM: savings rates lag behind due to too little competition, 28.5.2024, abrufbar unter www.acm.nl/en/publications/acm-savings-rates-lag-behind-due-too-little-competition. Dort heißt es am Ende: „ACM currently does not have powers to take measures to boost competition on the Dutch savings market. That is something the legislature must do. [...]. With additional powers (for example, a so-called New Competition Tool), ACM will be able to take action against inadequate competition.“

42 The future of European competitiveness, Part B | In-depth analysis and recommendations, S. 303 f., abrufbar unter https://commission.europa.eu/document/download/ec1409c1-d4b4-4882-8bdd-3519f86bbb92_en?filename=The%20future%20of%20European%20competitiveness_%20In-depth%20analysis%20and%20recommendations_0.pdf.

43 Vgl. Summary of the contributions of the National Competition Authorities to the impact assessment of the new competition tool, abrufbar unter https://competition-policy.ec.europa.eu/system/files/2021-03/summary_contributions_NCAs_responses.pdf.

44 EuGH, Urt. v. 16.3.2023, C-449/21, NZKart 2023, 216, Rn. 50, 53 – *Towercast*.

45 Das *Towercast*-Urteil hatte zwar einen Fall der ex-post-Kontrolle nach Vollzug zum Anlass, die Begründung des EuGH beschränkt die Anwendbarkeit von Art. 102 AEUV jedoch *nicht* auf diese Konstellation, vgl. *von Schreitter*, NZKart 2023, 255, 260. In einem unmittelbar nach dem Urteil eingeleiteten belgischen Verfahren konnte die Wettbewerbsbehörde einen Zusammenschluss auf diesem Wege sogar effektiv verhindern, vgl. Belgian Competition Authority, Press Release N°10/2023, 22 March 2023, abrufbar unter www.belgiancompetition.be/sites/default/files/content/download/files/20230322_Press_release_10_BCA_0.pdf.

46 *von Schreitter*, NZKart 2023, 255, 256 f.

47 Vgl. die Einlassungen von Olivier *Guersent* im Bericht von *Micheletti*, PaRR Report of 7 February 2023, “DG Comp senior official discourages use of Article 102 on mergers – GCLC Brussels” (abrufbar unter https://app.parr-global.com/intelligence/view/intelcms-vkhh6h?utm_source=Notifications&utm_medium=Email&utm_campaign=Alert&utm_term=5efdf050e0e24c002a426e7e&ssoid=2D591468-551D-446C-9E91-121546DD3A5C). Eine solche Zusammenschlusskontrolle entbehre „Klarheit“ und „Schnelligkeit“.

48 Auch diesen Pfad hat der EuGH durch die Begründung seines *Towercast*-Urteils eröffnet, vgl. *von Schreitter*, NZKart 2023, 255, Fn. 5 m.w.N.

49 Autorité de la concurrence, Meat-cutting sector: for the first time, the Autorité examines, under antitrust law, mergers below the national notification thresholds, and dismisses the case, 15.5.2024, abrufbar unter www.autoritedelaconcurrence.fr/en/press-release/meat-cutting-sector-first-time-autorite-examines-under-antitrust-law-mergers-below.

50 Statement by Executive Vice-President Margrethe Vestager on today's Court of Justice judgment on the Illumina/GRAIL merger jurisdiction decisions, a.a.O. (Fn. 31).

51 Der Präsident der niederländischen Kartellbehörde beispielsweise wirbt derzeit sehr offensiv hierfür, vgl. Blog Martijn Snoep: Small mergers, big problems, 6.11.2023, abrufbar unter www.acm.nl/en/publications/blog-martijn-snoep-small-mergers-big-problems: "If we weigh the pros and cons of the different options against each other, the call-in power seems to be the most favorable one."; Autorité de la concurrence, The Autorité de la concurrence takes note of the Illumina / Grail judgment by the Court of Justice of the European Union, 3.9.2024, abrufbar unter www.autoritedelaconcurrence.fr/en/press-release/autorite-de-la-concurrence-takes-note-illumina-grail-judgment-court-justice-european.

52 *von Schreitter/Urban*, WuW 2021, 676, 681; *dies.*, NZKart 2020, 637, 639.

53 EuGH (Fn. 1), Rn. 207 ff. – *Illumina*.

54 So auch *Schmidt/Betzendörfer*, NZKart 2024, 535, 540.

55 EuGH (Fn. 1), Rn. 198, 168 – *Illumina*.

56 Vgl. auch *von Schreitter*, NZKart 2023, 255, 261 f.

57 Mission Letter to Teresa Ribera Rodríguez, 17.9.2024, S. 6, abrufbar unter https://commission.europa.eu/document/download/5b1aeee5-681f-470b-9fd5-ae14e106196_en?filename=Mission%20letter%20-%20RIBERA.pdf; dazu auch *Käseberg*, NZKart 2024, 525, 526.

© Verlag C.H.BECK oHG 2024