

MASTER THESIS | MASTER'S THESIS

Titel | Title

Killer Acquisitions - Ist die FKVO noch zeitgemäß?

verfasst von | submitted by

Mag.iur. Agnieszka Maria Blonska

angestrebter akademischer Grad | in partial fulfilment of the requirements for the degree of
Master of Laws (LL.M.)

Wien | Vienna, 2026

Studienkennzahl lt. Studienblatt |
Degree programme code as it appears on the
student record sheet:

UA 999 082

Universitätslehrgang lt. Studienblatt | Post-
graduate programme as it appears on the stu-
dent record sheet:

Europäisches und Internationales Wirtschaftsrecht
(LL.M.) [Berufsbegleitend Deutsch]

Betreut von | Supervisor:

Dr. Hanno Wollmann

Inhaltsverzeichnis

Einleitung.....	3
1. Was sind Killer Acquisitions?.....	4
1.1 Definition und Problematik der fusionskontrollrechtlichen Erfassung	4
1.2 Differenzierte Betrachtung von Killer Acquisitions	9
1.2.1 Reverse Killer Acquisitions / Suicide Acquisitions	9
1.2.2 Hidden Killer Acquisitions / Zombie Acquisitions	10
1.2.3 Nascent-Competitor Acquisitions / Killer Acquisitions im weiteren Sinne	10
1.3 Zweck und Geschichte der Fusionskontrolle nach der FKVO	11
1.4 Fusionskontrollrechtliche Prüfung von Killer Acquisitions	14
2. Rs Illumina/Grail: Art 22 FKVO & die Verweisungslösung der Europäischen Kommission	16
2.1 Das “One-Stop-Shop”-Prinzip und dessen Ausnahmen.....	17
2.2 Art 22 FKVO: The Dutch Clause.....	19
2.2.1 Inhaltliche Ausgestaltung des Art 22 FKVO.....	19
2.2.2 Geschichte des Art 22 FKVO.....	21
2.3 Neue Auslegung des Art 22 FKVO durch die Europäische Kommission: die Verweisungslösung... ..	23
2.3.1 Hintergrund des Tätigwerdens der Europäischen Kommission	23
2.3.2 Der Leitfaden Art 22 FKVO	25
2.3.3 Kritik an der Vorgangsweise	26
2.4 Rs Illumina/Grail	33
2.4.1 Entscheidung der Europäischen Kommission & Bestätigung durch das EuG	33
2.4.2 Entscheidung des EuGH: Überschreitung der Kompetenz durch die Europäische Kommission ..	36
2.4.3 Folgen der EuGH-Entscheidung	39
3. Rs Towercast: ex-post-Kontrolle von vollzogenen Zusammenschlüssen nach Art 102 AEUV	41
3.1 Hintergrund der Entscheidung	41
3.2 Rs Continental Can (1973): Marktstrukturmissbrauch nach Art 102 AEUV	42
3.3 Rs Towercast.....	44
3.3.1 Zugrundeliegender Sachverhalt.....	44
3.3.2 Schlussanträge der befassten Generalanwältin.....	45
3.3.3 Entscheidung des EuGH.....	46
3.4 Folgen des Towercast-Urteils	48
3.4.1 Erste Reaktion: Verfahren nach Art 102 AEUV von nationalen Wettbewerbsbehörden	48
3.4.2 Rechtsgrundlagen für das Tätigwerden nach Art 102 AEUV	49
3.4.3 Zeitliche Komponente der Geltendmachung des Art 102 AEUV	51
3.4.4 Marktbeherrschende Stellung nach Art 102 AEUV in der Auslegung der Rs Towercast	52
3.4.5 Doppelte Kontrolle ex-ante und ex-post.....	54
3.4.6 Objektive Rechtfertigung eines Verstoßes gegen Art 102 AEUV	55
3.4.7 Öffentlich- und zivilrechtliche Folgen eines Verstoßes gegen Art 102 AEUV.....	56
3.4.8 Fazit.....	57
3.5 Art 101 AEUV	60
4. Weitere Prüfmöglichkeiten von Zusammenschlüssen & Zukunft der EU-Fusionskontrolle.....	62
4.1 Rückgriff auf Art 4 Abs 5 FKVO	62
4.2 Rückgriff auf nationales Fusionskontrollrecht im Rahmen des Art 22 FKVO	63
4.3 Formelle Reform der FKVO in ihrer derzeitigen Form	64
4.3.1 Herabsetzung der FKVO-Schwellenwerte	64

4.3.2	Anpassung des Art 22 FKVO.....	66
4.4	Mitgliedsstaatliche Lösungsansätze	67
4.4.1	Transaktionswertschwelle	67
4.4.2	Call-In-Optionen	69
4.4.3	Marktanteilsbezogenes Aufgreifkriterium.....	71
4.4.4	Multiplikatorregel des § 9 Abs 3 KartG & Verordnungsermächtigung nach § 18 KartG	72
4.4.5	„New Competition Tool“ (NCT).....	73
4.5	Weitere Lösungsansätze.....	73
4.5.1	Mitteilungspflicht für bestimmte Sektoren.....	73
4.5.2	Economic Goodwill-Test	73
4.5.3	Schwellenwert der Auswirkung auf Verbraucher (Consumer Impact Threshold)	74
4.6	Änderungen der materiellen Kontrolle der FKVO	75
4.6.1	Neuausrichtung des materiellen Prüfungsmaßstabs der FKVO	76
4.6.2	Überarbeitung der Leitlinien zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse	78
4.6.3	Schadenstheorien.....	80
4.6.4	Verpflichtungszusagen	82
4.6.5	„Balance of harms“ Test.....	83
4.6.6	Beweislastumkehr	83
4.6.7	Alternative Lösungsansätze.....	84
4.7	Digital Markets Act (DMA).....	85
4.7.1	Art 14 DMA	85
4.7.2	Art 18 Abs 2 DMA.....	86
4.8	Andere Regelungsbereiche.....	87
4.9	Vorhaben der Europäischen Kommission	87
5.	Zusammenfassung / Fazit	89
	Abstract.....	91
	Deutsch.....	91
	Englisch.....	91
	Literaturverzeichnis.....	92
	Urteile.....	95
	Rechtsvorschriften / Materialien	95
	Abkürzungsverzeichnis.....	97

Einleitung

Diese Masterarbeit soll sich mit der Frage beschäftigen, ob die EU-Fusionskontrollverordnung im Hinblick auf Killer Acquisitions noch zeitgemäß ist. Sie soll die Fragen behandeln, was Killer Acquisitions überhaupt sind, und ob sie aus kartellrechtlicher Sicht tatsächlich als so gefährlich für den Wettbewerb einzustufen sind, wie ihnen oft vorgeworfen wird. Zudem wird den Fragen nachgegangen, wie die FKVO zu ihren heutigen Umsatzschwellen kam und was sich der EU-Gesetzgeber dabei gedacht hat.

Des Weiteren wird die aufsehenerregende Entscheidung der Europäischen Kommission zur veränderten Auslegung des Art 22 FKVO in der Rs Illumina/Grail behandelt, die das Transaktionsgeschäft erschütterte, weil man ab diesem Zeitpunkt nicht mehr von einer Vorhersehbarkeit der fusionskontrollrechtlich notwendigen Anmeldung von Zusammenschlüssen anhand der Umsatzschwellen ausgehen konnte, und ein gewisses Element der Willkür und Unsicherheit eingeführt wurde. Im Rahmen dieser Masterarbeit möchte ich den Fragen nachgehen, weswegen dieser Schritt aus Sicht der Europäischen Kommission im Hinblick auf die fusionskartellrechtliche Erfassung von sogenannten Killer Acquisitions erforderlich war, und warum er schlussendlich kritisiert und vom EuGH abgelehnt wurde.

Ich möchte mich ebenfalls mit der Rs Towercast, einer weiteren Entscheidung des EuGH zur Fusionskontrolle, befassen und der Frage nachgehen, ob eine mögliche Lücke in der ex-ante fusionskontrollrechtlichen Prüfung durch eine nachträgliche Prüfung eines Zusammenschlusses anhand des Art 102 AEUV geschlossen werden kann und welche Gründe gegebenenfalls dagegensprechen.

Zuletzt möchte ich mögliche weitere Ausweichmöglichkeiten auf EU und mitgliedsstaatlicher Ebene aufzeigen (wie zB die Transaktionswertschwelle in Österreich und Deutschland, Call-In-Optionen der Mitgliedsstaaten etc.) und abwägen, ob Killer Acquisitions als potenziell schädliche Zusammenschlüsse auf anderen Wegen verhindert bzw. deren Folgen hintangehalten werden können oder ob der EU, vor allem im Hinblick auf die Rechtssicherheit, nur eine Anpassung der FKVO an die heutigen Umstände am Gesetzgebungsweg bleibt. Schließlich wird auch erörtert, ob eine mögliche Lücke in der Fusionskontrolle tatsächlich nur bei der Begründung der Zuständigkeit für bestimmte Zusammenschlüsse vorliegt, oder nicht auch aus materieller Sicht in der Prüfung anmeldepflichtiger Zusammenschlüsse besteht.

1. Was sind Killer Acquisitions?

1.1 Definition und Problematik der fusionskontrollrechtlichen Erfassung

Unternehmensübernahmen geschehen traditionell zur Konzentration von Marktmacht, dem Erwerb von Marktanteilen, der Erschließung von neuen Märkten, dem Erwerb von Technologien sowie zur Integration vor- oder nachgelagerter Marktstufen. Mit sog. „Killer Acquisitions“ werden jedoch ganz andere Zwecke verfolgt.¹

Als „Killer Acquisitions“ wird der Erwerb von innovativen Unternehmen (Start-Ups) mit keinen oder bloß geringen Umsätzen durch Marktgrößen verstanden, die das Ziel verfolgen, künftigen Wettbewerb durch ebendiese zu verhindern. Das Risiko, dass diese Zusammenschlüsse von keiner Wettbewerbsbehörde geprüft werden können, ergibt sich aus dem Nichterreichen der in der Fusionskontrolle meistens für eine Anmeldepflicht verlangten Umsatzschwellen durch die Zielunternehmen. Diese Gefahr sieht man vor allem im digitalen und pharmazeutischen Bereich.² Auf Technologiemarkten werden die Umsatzschwellen oftmals nicht erreicht, da der Wert des Zielunternehmens sich für den Erwerber nicht in dessen Umsatz, sondern in dessen Innovations- und Disruptionskraft widerspiegelt.³ Durch die in den letzten Jahren zunehmende Bedeutung des Internets und der Verbreitung alternativer Geschäftsmodelle, hat sich auch der Wettbewerb verändert. Unternehmen bieten Waren und Dienstleistungen für Nutzer kostenlos an, wie bspw Facebook oder Google, und können auf Märkten mächtig werden, ohne bedeutenden Umsatz zu erwirtschaften, wie zB WhatsApp. Zusätzliche Bedenken ergeben sich bei Berücksichtigung der Rolle von personenbezogenen Daten bei Unternehmenskäufen in dieser Branche.⁴

Zusammenfassend lässt sich sagen, dass die Umsätze der Zielunternehmen solcher Transaktionen zum Zeitpunkt ihres Erwerbs oft nicht ihr tatsächliches bzw zukünftiges Wettbewerbspotenzial zum Ausdruck bringen.⁵ Killer Acquisitions im engeren Sinne meinen den Erwerb von Unternehmen mit dem Ziel der Geschäftseinstellung bzw der Einstellung der

¹ *Sauermann*, Killer Acquisitions – Herausforderungen für die Fusionskontrolle, Zeitschrift für KMU und Entrepreneurship (2022) 70/1, 61 (62).

² *Reidlinger/Kühnert*, EU-Fusionskontrolle: Verweisungsanträge nach Artikel 22 FKVO, ÖZK 2024/5, 163; *Vestager*, Speech by EVP M. Vestager at the 28th Annual Competition Conference of the International Bar Association, ec.europa.eu (Stand 6. 9. 2024); *Cukurov*, Die „niederländische Klausel“ als Instrument zur Schließung von Durchsetzungslücken, NZKart 2021, 606 (607); *Ziermann*, Tackling the entrenchment of bottleneck power: A new direction for European merger control? – Part 1, ÖZK 2024/2, 39 (41).

³ *Ende*, David, Goliath und die Aufgreifproblematik – Killer Acquisitions im Unionskartellrecht nach Towercast und Illumina, NZKart 2023, 589.

⁴ *Bunworth*, Pre-Emptive Acquisitions in the Technology Sector: Is It Time to Reconsider the Turnover Thresholds? IIC 2021, 734 (735f).

⁵ *Bauer/Cappel*, Illumina/Grail: Absage des EuGH an Fusionskontrolle unterhalb der Anmeldeschwellen, ecolex 2024/550, 959.

Produkte. Damit einhergeht die Folge der wettbewerbsschädlichen Innovationshemmung. Auch der Erwerber unterliegt nach dem Unternehmenskauf einem für den Wettbewerb schädlichen, geringeren Innovationsdruck und geminderten Innovationsanreizen. Das Fusionskontrollrecht kann seine Funktion, Marktstrukturmissbrauch präventiv zu verhindern, hier nicht entfalten, woraus sich Durchsetzungslücken der Fusionskontrolle ergeben.⁶

Weitere Begriffe, die im Zusammenhang mit Killer Acquisitions verwendet werden, sind „shoot-out acquisitions“ für Unternehmensübernahmen zum Zweck der Eliminierung von Start-Ups, die sich zu potenziellen Wettbewerbern entwickeln könnten, sowie „pre-emptive mergers“ für Unternehmensübernahmen zur Verhinderung von disruptiven Wettbewerbern.⁷

Zum einen macht das erwerbende marktbeherrschende Unternehmen Gebrauch von seiner finanziellen Überlegenheit, um gezielt den Wettbewerb auszuschalten und seine Marktstellung zu sichern. Zum anderen kann das Bündeln von innovativen Ideen, sicherer Finanzierung und etablierter Geschäftsabläufe jedoch auch zu Effizienzen führen⁸ und somit positive Auswirkungen auf das Verbraucherwohl haben.⁹ Für Start-Ups in der Digitalwirtschaft kann der Zugang zu Nutzern eines etablierten Erwerbers wertvoll sein, in der Pharmabranche hingegen der Zugang zu dessen Ressourcen und Produktionskapazitäten.¹⁰ Die (finanzielle) Motivation zu innovativen Leistungen durch Start-Ups liegt zudem oft gerade darin, von großen Mitbewerbern aufgekauft zu werden.¹¹ Für einige Start-Ups ist der spätere Verkauf an große Konzerne und Exit der Investoren Teil des Business Plans und damit Voraussetzung, dass das Start-Up bzw dessen Gründer die notwendigen finanziellen Mittel erhalten.¹² Das Zielunternehmen könnte genauso gut ohne Übernahme zur Gänze vom Markt verschwinden, weil es noch keinen Umsatz erwirtschaftet und unter Liquiditätsproblemen leidet. Regulatorische Hürden können somit negative Auswirkungen auf Innovations- und Fusionsanreize haben und so eventuell den Fortschritt verzögern. Doch wird trotz möglicher Vorteile vorwiegend die Auffassung vertreten, dass solche Übernahmen langfristig eine große Bedrohung für das Verbraucherwohl darstellen könnten. Killer Acquisitions verhindern künftigen Wettbewerb durch eine Innovation, die potenziell die Marktmacht des etablierten Unternehmens gefährden könnte, und zielen darauf ab, deren Auswirkungen auf die bestehende Marktstruktur zu unterdrücken, bevor diese überhaupt eintreten kann. Sie können zudem

⁶ Cukurov, NZKart 2021, 606 (607f).

⁷ Sauermann, Zeitschrift für KMU und Entrepreneurship (2022) 70/1, 61.

⁸ Ende, NZKart 2023, 589.

⁹ Bunworth, IIC 2021, 734 (738).

¹⁰ Sauermann, Zeitschrift für KMU und Entrepreneurship (2022) 70/1, 61 (64).

¹¹ Ende, NZKart 2023, 589.

¹² Reidlinger/Kühnert, ÖZK 2024/5, 163 (167).

langfristige Effekte haben und es mächtigen Unternehmen an der Spitze technologischer Märkte ermöglichen, ihre Ressourcen und Marktdominanz weiter auszubauen. Für Verbraucher führt dies zu negativen Folgen in Form von reduzierter Innovationskraft, langfristig höherer Preise oder einer geringeren Vielfalt an angebotenen Produkten und Dienstleistungen. Die Duldung der Übernahmen von Start-ups und potenziellen Wettbewerber, ohne wirksamer regulatorischer Kontrolle oder Aufsicht, festigt einen Kreislauf solcher präventiver Übernahmen, bei welchen Marktführer bzw Marktbeherrscher daran gewöhnt werden, innovative Ideen aufzukaufen, um tragfähigen Wettbewerb systematisch zu unterdrücken.¹³ Das Problem bei Unternehmensübernahmen durch starke bzw marktbeherrschende Unternehmen ist zudem, dass Nutzer immer mehr Schwierigkeiten haben, zu alternativen Produkten zu wechseln.¹⁴

Aus den dargestellten Gründen kann und möchte man Killer Acquisitions nicht ausnahmslos verbieten, sondern diese einfach einer jetzt fehlenden wettbewerbsrechtlichen Kontrolle unterstellen.¹⁵

Im digitalen Bereich liegt der Fokus insbesondere auf den Unternehmen Microsoft, Amazon, Google/Alphabet, Apple und Facebook/Meta, die aufgrund ihrer Finanzkraft von 1987 bis 2019 mehr als 700 Unternehmen erwarben.¹⁶ Andere Quellen sprechen von einer Größenordnung von rund 400 Akquisitionen im zweiten Jahrzehnt des 21. Jahrhunderts¹⁷ oder 600 Akquisitionen in 20 Jahren seit dem Jahr 2000¹⁸. Darunter befanden sich einige innovative Unternehmen, wie im Fall Facebook/WhatsApp oder Google/DeepMind (Killer Acquisitions im weiteren Sinn¹⁹).²⁰ Das durchschnittliche Alter der übernommenen Zielunternehmen lag bei Amazon bei 6,5 Jahren, bei Facebook/Meta bei 2,5 Jahren und bei Google/Alphabet bei 4 Jahren, was ein erstes Indiz für das Vorliegen von Killer Acquisitions darstellt. Da viele der Unternehmenserwerbe nicht der Fusionskontrolle von Wettbewerbsbehörden unterlagen, deren Anmeldepflichten sich zumeist nach Umsatzschwellenwerten richten, kann ebenfalls davon ausgegangen werden, dass es sich bei den Zielunternehmen um, gemessen an ihren Umsätzen, kleine und damit wahrscheinlich junge Unternehmen handelte. Eine Analyse der Entwicklung

¹³ *Bunworth*, IIC 2021, 734 (738f).

¹⁴ *Kızılay*, Lack of Effective Control on Killer Acquisitions in the Big Tech Market under EU Framework: Rethinking of EUMR Rules? Public and Private International Law Bulletin 44/1, 253 (260).

¹⁵ *Ende*, NZKart 2023, 589.

¹⁶ *Cukurov*, NZKart 2021, 606 (608).

¹⁷ *Sauermann*, Zeitschrift für KMU und Entrepreneurship (2022) 70/1, 61 (63); siehe unter Ausklammerung von Microsoft auch *Turgot*, Killer Acquisitions in Digital Markets: Evaluating the Effectiveness of the EU Merger Control Regime, European Competition and Regulatory Law Review (2021) 5/2, 112.

¹⁸ *Bunworth*, IIC 2021, 734 (735).

¹⁹ Siehe Kapitel 1.2.3.

²⁰ *Cukurov*, NZKart 2021, 606 (608).

der durch die digitalen Riesen erworbenen Zielunternehmen ergab, dass die erworbenen Produkte in 60% der Fälle nach Übernahme eingestellt wurden.²¹ Jene wenigen Übernahmen, die doch der Fusionskontrolle unterlagen, wurden hingegen oft ohne Abhilfemaßnahmen bzw Auflagen freigegeben.²²

Levy/Mostyn/Buzatu vertreten die Meinung, das von 250 Unternehmenserwerben durch die größten Technologieunternehmen in den Jahren zwischen 2015 und 2020 der Großteil sog. „acquihires“ waren, bei welchen Unternehmen mit weniger als 20 Angestellten übernommen wurden, und die nur darauf abzielten, ebendiese Arbeitskräfte zu übernehmen. Zudem sei von den tatsächlich angemeldeten Zusammenschlüssen der digitalen Riesen kein relevanter Zusammenschluss, wie Facebook/Instagram, Google/Waze, Facebook/WhatsApp oder Google/DoubleClick, untersagt worden, wobei nachträgliche Analysen bei Facebook/Instagram sowie Google/DoubleClick zeigten, dass Effizienzen durch die Zusammenschlüsse erreicht werden konnten.²³

Es besteht wohl grundsätzlich keine Einigkeit darüber, welche Folgen Unternehmenskäufe durch Big Tech für den Wettbewerb und Innovation haben. Der EK wird vorgeworfen, bei ihren Maßnahmen bislang keine umfassende Bestandsaufnahme der einschlägigen wissenschaftlichen empirischen Forschung zu Unternehmenskäufen durch Microsoft, Amazon, Google/Alphabet, Apple und Facebook/Meta vorgenommen zu haben. Als wissenschaftlich empirisch gesichert lassen sich die Feststellungen, dass die digitalen Riesen typischerweise weniger als fünf Jahre alte Unternehmen übernehmen, die nicht in ihren etablierten Kerngeschäftsfeldern tätig sind, sondern daran angrenzende Bereiche abdecken und über ein hohes Datenvolumen verfügen, einstufen. Trotzdem lasse sich durch die empirische Forschung nicht feststellen, dass die digitalen Riesen systematisch wettbewerbsbehindernd agieren und Marktergebnisse verschlechtern, sowie ebenfalls keine statistischen Belege dafür, dass sie beim Großteil der durch sie vorgenommenen Unternehmensübernahmen (potenzielle) Wettbewerber „töten“. Es sei ebenso die These vertretbar, dass sie Unternehmen erwerben, um deren Fähigkeiten für die Weiterentwicklung ihrer eigenen Angebote in ihren Kern- bzw

²¹ *Sauermann*, Zeitschrift für KMU und Entrepreneurship (2022) 70/1, 61 (63f).

²² *Mikroulea*, „Killer-Acquisitions“ und digitale Märkte, in *Mohr/Tsikrikas* (Hrsg), Zivilprozessrecht – Wettbewerbsrecht – Arbeitsrecht, Erster Kongress der Nationalen und Kapodistrias Universität Athen und der Universität Leipzig am 27./28.09.2023 in Athen (2025) 133 (135).

²³ *Levy/Mostyn/Buzatu*, Reforming EU merger control to capture 'killer acquisitions' - the case for caution, Competition Law Journal (2020) 19/2, 51 (54).

angrenzenden Geschäften zu verwenden und dass diese Integration zu einem höheren Verbraucherwohl führt, als ohne Zusammenschluss erreicht werden könnte.²⁴

Das Problem an den Big Tech Unternehmen ist das digitale Ökosystem, über welches sie verfügen, und somit eine Struktur, die sich um ein zentrales Unternehmen dreht und verschiedene komplementäre Akteure einbindet, wodurch eine gegenseitige Abhängigkeit entsteht. Es ist bspw schier unmöglich, Apps ohne Google oder Apple zu vertreiben, oder soziale Netzwerke ohne Facebook/Meta zu nutzen. Hierdurch entsteht ein weiterer Einflussbereich und wirtschaftliche Abhängigkeit von diesen Unternehmen, die auch in einer faktischen Kontrolle münden kann.²⁵

Im Pharmabereich hingegen ergab eine Studie zum US-Markt, dass die Anzahl von Killer Acquisitions im engeren Sinn bis zu 7,4% aller Unternehmenskäufe in diesem Sektor ausmacht.²⁶ Zudem zeigte eine Analyse der Entwicklung pharmazeutischer Innovationsprojekte, dass jene Projekte, die von Unternehmen mit überlappenden Produktportfolio erworben wurden, eine circa 39,6% niedrigere Entwicklungsrate zeigten, als vergleichbare Projekte, die nicht veräußert wurden.²⁷

Laut *Levy/Mostyn/Buzatu* werden im Pharmabereich Killer Acquisitions oft tatsächlich zum Zweck, die Projekte des Zielunternehmens einzustellen, durchgeführt und im Digitalsektor das Zielunternehmen eher in die bestehende Struktur bzw das Ökosystem des Erwerbers eingegliedert.²⁸ Im Hinblick darauf muss jedoch auch beachtet werden, welcher Verlust an Innovation damit einhergeht, dass der Erwerber sich selbst die Entwicklung des zugekauften Produkts bzw der zugekauften Dienstleistung erspart.²⁹

Es stellen sich somit im Wesentlichen zwei Problemstellungen. Zum einen die Lücke in der Zuständigkeit, wonach manche Zusammenschlüsse bzw Killer Acquisitions gar nicht erst von der Fusionskontrolle erfasst werden. Zum anderen die materielle Kontrolllücke³⁰, die den

²⁴ *Gerpott*, Empirische Befunde zu Unternehmenskäufen durch Big Tech-Konzerne, NZKart 2022, 561 (562, 564, 567).

²⁵ *Ziermann*, Tackling the entrenchment of bottleneck power: A new direction for European merger control? – Part 2, ÖZK 2024/3, 79 (83f).

²⁶ *Cukurov*, NZKart 2021, 606 (608); *Richter*, Killer Acquisitions im Digital- und Pharmabereich – Aufräumarbeiten im Begriffswirrwarr, NZKart 2023, 549; *Sauermann*, Zeitschrift für KMU und Entrepreneurship (2022) 70/1, 61 (63); *Tyagi*, Illumina/Grail in light of the Draghi Report: Decoding a paradigm to catch killer acquisitions, Maastricht Journal of European and Comparative Law (19.05.2025), 1 (8); *Mikroule* in *Mohr/Tsikrikas* 133.

²⁷ *Richter*, NZKart 2023, 549 (550); *Sauermann*, Zeitschrift für KMU und Entrepreneurship (2022) 70/1, 61 (64).

²⁸ *Levy/Mostyn/Buzatu*, Competition Law Journal (2020) 19/2, 51 (53).

²⁹ *Jafarguliyev*, Capturing Killer Acquisitions in Digital Markets under the European Union Merger Control Rules, Trento Student Law Review (2023), 5/2, 47 (53f).

³⁰ Siehe hierzu Kapitel 4.6.

Nachweis verhindert, dass Killer Acquisitions eine Gefahr für den Wettbewerb darstellen bzw diesen erheblich behindern.³¹

1.2 Differenzierte Betrachtung von Killer Acquisitions

Der Begriff Killer Acquisition beinhaltet gemäß Teilen der Literatur zwei Elemente. Dies sind (i) die Absicht, einen (potenziellen) Wettbewerber vom Markt auszuschließen bzw auszuschalten, und (ii) die Einstellung der Forschung und Entwicklung und somit der Produktinnovation nach dessen Übernahme. Damit wird eine Schadenstheorie einer begründeten Erwartung, wie der Wettbewerb durch ein konkretes Verhalten im Vergleich zur hypothetisch wettbewerbskonformen Lage beschränkt wird, aufgestellt.³²

Von diesen Teilen der Literatur wird eine differenzierte Betrachtung von Killer Acquisitions vertreten, die in Folge dargestellt wird.

1.2.1 Reverse Killer Acquisitions / Suicide Acquisitions

Aus Perspektive von Verbrauchern ist für die wettbewerbliche Wirkung einer Killer Acquisition bloß das Vorliegen beider oben dargestellter Elemente notwendig und nicht notwendigerweise der Umstand, dass die Forschung und Entwicklung des erworbenen Zielunternehmens eingestellt wird. Es kann auch der Fall eintreten, dass der Erwerber sein eigenes Konkurrenzprodukt einstellt und nicht jenes, das er erworben hat, wie beispielsweise im Fall Paypal/iZettle, wo Paypal sein eigenes Produkt Paypal Here einstellte und das erworbene Produkt iZettle fortführte. Diese „Reverse Killer Acquisition“ bzw „Suicide Acquisition“ kommt damit der Killer Acquisition in ihrer Wirkung auf die Innovation und den Wettbewerb gleich bzw kann unter den Oberbegriff der Killer Acquisitions subsumiert werden.³³

Durch die Übernahme des Zielunternehmens bzw dessen Produkts und die Einstellung des eigenen Produkts des Erwerbers werden sowohl externer Wettbewerb als auch interne Kannibalisierungseffekte vermieden. Damit können Unternehmen der „schöpferischen Zerstörung“ durch zukünftige Wettbewerber zuvorkommen.³⁴

³¹ *Whish*, Killer Acquisitions and Competition Law: Is there a gap and how should it be filled? National Law School of India Review (2022) 34/1, 1 (6ff).

³² *Richter*, NZKart 2023, 549 (550).

³³ *Richter*, NZKart 2023, 549 (550); zur Definition siehe auch *Ziermann*, ÖZK 2024/2, 39 (41).

³⁴ *Sauermann*, Zeitschrift für KMU und Entrepreneurship (2022) 70/1, 61 (63).

1.2.2 Hidden Killer Acquisitions / Zombie Acquisitions

Eine „Visible Killer Acquisition“ ist ein Unternehmenserwerb, bei welchem die innovationsschädliche Absicht auch für Außenstehende erkennbar ist. So wird das innovative Produkt des erworbenen Zielunternehmens entweder überhaupt nicht auf den Markt gebracht oder vom Markt genommen und entsprechende Forschung und Entwicklung ebenfalls eingestellt.³⁵

Möglich ist aber auch der Fall, dass der Unternehmenserwerb sich in vergleichbarer Weise auf die Innovation und den Wettbewerb auswirkt, auch wenn das erworbene Produkt auf dem Markt belassen wird. Dies dann, wenn das Produkt sich eigentlich (noch) in der (Weiter-)Entwicklung befindet und bloß diese vom Erwerber nicht fortgeführt wird. Ein Beispiel hierfür ist der Fall Google/like.com. Vor dem Erwerb durch Google hatte like.com 16 (sich in Entwicklung befindliche) Patente angemeldet. Nach dem Erwerb wurde kein einziges Patent mehr angemeldet und die bereits angemeldeten Patente wurden nicht weiterentwickelt, weswegen like.com fünf Jahre nach dessen Erwerb durch Google komplett eingestellt wurde. Auch bei einem solchen Vorgang wird das innovative Potenzial eines Produkts nicht vollständig erreicht, sodass auch diese „Hidden Killer Acquisitions“ bzw „Zombie Acquisitions“ unter den Oberbegriff der Killer Acquisitions subsumiert werden können.³⁶

1.2.3 Nascent-Competitor Acquisitions / Killer Acquisitions im weiteren Sinne

„Nascent Competitors“ sind aufstrebende Anbieter eines Produktes oder einer Technologie, die zwar noch keine Wettbewerberstellung haben, sich in absehbarer Zeit jedoch zu einem bedeutenden Wettbewerber entwickeln könnten. Diese Unternehmen werden zwar ebenfalls mit dem Ziel der Senkung des Wettbewerbsdrucks, dh des Verhinderns des Aufstiegs des Zielunternehmens zum tatsächlichen Wettbewerber, übernommen, ihre Produkte sind aber nach der Unternehmensübernahme weiterhin auf dem Markt erhältlich oder werden ins eigene Produkt integriert. Die entsprechende Forschung und Entwicklung wird weitergeführt. Dies soll die „Nascent-Competitor Acquisitions“ von den innovationshemmenden Killer Acquisitions unterscheiden und diese sogar als Gegenteil der Killer Acquisitions einordnen. „Nascent-Competitor Acquisitions“ sollen Innovationen nicht vollständig beseitigen und von Killer Acquisitions erhebliche Abweichungen haben, die insbesondere durch mögliche Synergien oder effizientere Vertriebsmöglichkeiten den Endverbrauchern häufig zu Gute kommen sollen. Eine ex-ante Abgrenzung in der Praxis sei jedoch schwer, da im vorhinein nicht zur Gänze

³⁵ Richter, NZKart 2023, 549 (550).

³⁶ Richter, NZKart 2023, 549 (550f); zur Definition siehe auch Ziermann, ÖZK 2024/2, 39 (42).

geklärt werden kann, welches Schicksal die Forschung und Entwicklung nach dem Unternehmenserwerb erwartet.³⁷

Demnach wird vertreten, dass das Akquisitionsverhalten der großen Digitalkonzerne eher unter solche „Nascent-Competitor Acquisitions“ zu subsumieren als als „Killer Acquisitions“ zu verstehen sei. Die Schwierigkeiten bei der Vorbereitung von Killer Acquisitions, bei der Identifikation von potenziellen, bedrohlichen Wettbewerbern und die damit einhergehende aufwendige und teure Recherche sowie das hohe Produktentwicklungs- und Innovationstempo in diesem Sektor sprächen gegen das Auftreten von Killer Acquisitions. Die Höhe von Gewinnverlusten bei Eintritt eines Konkurrenzproduktes sei zudem nahezu unvorhersehbar und die Einstellung der Innovation von Produkten nach Unternehmenserwerb nur in Ausnahmefällen die hauptsächliche Motivation der Erwerber in der Digitalwirtschaft. Wahrscheinlicher sei der Erwerb zur synergetischen Zusammenführung einer Innovation mit der eigenen Geschäftstätigkeit oder zur Erschließung eines neuen Marktes. Im Fall Facebook/WhatsApp ginge es um die Verhinderung direkten Wettbewerbs und nicht um die Einstellung des Dienstes des Zielunternehmens, sodass es sich hierbei auch um keine Killer Acquisition sondern nur um eine „Nascent-Competitor Acquisition“ handeln könnte. Der aus der Pharmabranche stammende Begriff „Killer Acquisition“ könne wegen grundlegender Unterschiede der zwei Branchen nicht pauschal auf Unternehmensübernahmen im digitalen Sektor übernommen werden.³⁸

Vorgeschlagen wird deswegen unter anderem die Bezeichnung der eigentlich als „Nascent-Competitor Acquisitions“ zu bezeichnenden Unternehmenserwerbe als „unechte“ oder Killer Acquisitions „im weiteren Sinne“³⁹, was mit der unter Kapitel 1.1 dargestellten Definition übereinstimmt.

1.3 Zweck und Geschichte der Fusionskontrolle nach der FKVO

Eine wirksame Fusionskontrolle kann nicht jeden Zusammenschluss erfassen, der potenziell gefährlich für den Wettbewerb sein könnte. Deswegen werden für die Zuständigkeitsbegrenzung Schwellenwerte bestimmt, welche einerseits vermeiden sollen, dass Wettbewerbsbehörden mit einer Vielzahl an Anmeldungen bzw Verfahren überflutet werden, und andererseits sicherstellen sollen, dass sie sich auf jene Zusammenschlüsse konzentrieren können, bei welchen es am ehesten Wettbewerbsbedenken gibt. Die Schwellenwerte der

³⁷ Richter, NZKart 2023, 549 (551).

³⁸ Richter, NZKart 2023, 549 (551f).

³⁹ Richter, NZKart 2023, 549 (552).

Fusionskontrollverordnung⁴⁰ wurden eingeführt, um präzise, objektive und einfach anzuwendende Kriterien zur Verfügung zu stellen, die ebenfalls die Anforderungen an Rechtssicherheit und zügige Verfahren erfüllen sowie eine klare Zuständigkeitsverteilung zwischen EK und nationalen Wettbewerbsbehörden sicherstellen.⁴¹

Die europäischen Fusionskontrollvorschriften wurden als politischer Kompromiss mit dem Ziel eingeführt, das einzige Mittel zur Prüfung von Unternehmenszusammenschlüssen zu sein. Aufgrund von Widersprüchen und in Folge dessen Zuständigkeitskonflikten wurde in der FKVO das One-Stop-Shop-Prinzip⁴² der EK vorgesehen. Die Kompetenzen der EK wurden jedoch durch hohe Umsatzschwellen und die Möglichkeit der Mitgliedsstaaten, ihre wettbewerblichen Interessen zu schützen, falls diese nicht genug Berücksichtigung bei der EK fanden, eingeschränkt.⁴³ Der EuGH stellte in seiner Entscheidung in der Rs Illumina/Grail⁴⁴ nach Einsichtnahme in historische Dokumente fest, dass dem Unionsgesetzgeber bei Einführung der FKVO bewusst war, dass nicht alle Zusammenschlüsse mit den vorgesehenen Umsatzschwellen erfasst werden würden.⁴⁵

Aufgrund genau der Tatsache, dass die europäische Fusionskontrolle das Ergebnis eines politischen Kompromisses zwischen der EK und den Mitgliedsstaaten war, und das einzige Mittel zur Prüfung von Zusammenschlüssen darstellen sollte, war absehbar, dass es unumgänglich zu Defiziten im Vollzug der europäischen Zusammenschlussprüfung kommen würde und der Wunsch aufkäme, den Anwendungsbereich der europäischen Fusionskontrolle auszuweiten. In der Literatur wird vertreten, dass dies nicht gezwungenermaßen auf das Aufkommen neuartiger bzw sich ständig verändernder großer (Technologie-)Unternehmen zurückzuführen ist, sondern bereits 1990 erkannt wurde, dass die Definition von Umsatzschwellen die effektive Durchsetzung der Fusionskontrolle durch die EK bei Zusammenschlüssen, bei welchen beteiligte Unternehmen Umsätze unterhalb der Schwellen erwirtschaften, einschränkt. Es lässt sich mutmaßen, dass dies deswegen als unproblematisch angesehen wurde, weil sowohl die FKVO⁴⁶ als auch ihre Vorgängerin einen

⁴⁰ VO (EG) 139/2004 des Rates vom 20. 1. 2004 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, ABl L 2004/24, 1 (in Folge „FKVO“).

⁴¹ *Levy/Rimsa/Buzatu*, The European Commission's New Merger Referral Policy: A Creative Reform or an Unnecessary End to 'Brightline' Jurisdictional Rules?, *European Competition and Regulatory Law Review* (2021) 5/4, 364.

⁴² Siehe hierzu Kapitel 2.1.

⁴³ *Zierrmann*, ÖZK 2024/2, 39.

⁴⁴ EuGH C-611/22 P und C-625/22 P, *Illumina/Kommission*, ECLI:EU:C:2024:677; siehe zu dieser Rechtssache Kapitel 2.

⁴⁵ *Urban/von Schreitter*, Lichtspieltheater – Das Illumina-Drama und die Folgen, *NZKart* 2024, 609 (610); EuGH C-611/22 P und C-625/22 P, *Illumina/Kommission*, ECLI:EU:C:2024:677, Rz 148.

⁴⁶ Siehe Erwägungsgrund 18 der FKVO.

Auffangmechanismus für Mitgliedsstaaten vorsahen, wonach bei Zusammenschlüssen, die keine gemeinschaftsweite Bedeutung haben, bei welchen der wirksame Wettbewerb aber gefährdet ist, die Mitgliedsstaaten eingreifen sollten. Der Mechanismus kam nie zur Anwendung, da Mitgliedsstaaten eigene nationale fusionskontrollrechtliche Schwellen einführten. Die ursprüngliche Fusionskontrollverordnung hatte den nationalen Wettbewerbsbehörden eine große Anzahl an Zusammenschlüssen zugewiesen. Dies führte dazu, dass sowohl die FKVO als auch ihre Vorgängerin zwar auf eine wirksame Kontrolle aller Zusammenschlüsse hinsichtlich ihrer Auswirkungen auf die Wettbewerbsstruktur in der EU abzielten, die festgesetzten Schwellenwerte jedoch eine beachtliche Anzahl an Zusammenschlüssen von der Fusionskontrolle durch die EK ausschlossen.⁴⁷

Die EK hatte schon immer den Wunsch, ihre Kompetenzen bei der Kontrolle von Zusammenschlüssen auszuweiten. Schon im Jahr 1973⁴⁸ wollte die EK die Kompetenz einer ex officio Aufgreifmöglichkeit von Zusammenschlüssen, die die definierten Schwellenwerte nicht erfüllten, sodass es sich beim Bestreben der EK nach mehr Kompetenzen⁴⁹ nicht um ein neues Phänomen handelt und es auch nicht unbedingt mit dem digitalen Zeitalter zusammenhängt. Der europäische Gesetzgeber hat sich jedoch bewusst und in Kenntnis sowohl der Vor- als auch der Nachteile für umsatzbasierte Schwellenwerte in der FKVO als zwingende Voraussetzung für ein Tätigwerden der EK entschieden. Auch den nationalen Gesetzgebern kann keine planwidrige Regelungslücke unterstellt werden, wenn sie sich vorsätzlich gegen die Einführung niedrigerer Schwellenwerte entschieden haben.⁵⁰

Literaturmeinungen vertreten, dass es kein „Enforcement Gap“ der EK gibt. Demnach seien fast alle Zusammenschlüsse im digitalen Sektor, die aus heutiger Sicht wohl niemals hätten vollzogen dürfen, bei Wettbewerbsbehörden angemeldet und in weiterer Folge genehmigt worden. 2016/2017 hätten auch nur drei von 15 nationalen Wettbewerbsbehörden, die im Rahmen einer öffentlichen Konsultation eine Stellungnahme abgegeben haben, eine Schutzlücke im Fusionskontrollrecht gesehen. Zudem habe sich die EK im Rahmen ihrer geänderten Auslegungspraxis zum Art 22 FKVO⁵¹ eine Vielzahl an potenziellen Killer Acquisitions angesehen, jedoch nur bei drei davon den Art 22 FKVO tatsächlich zur

⁴⁷ Ziermann, ÖZK 2024/2, 39f.

⁴⁸ Siehe Art 6 im Vorschlag der Kommission für eine Verordnung (EWG) des Rates über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, ABl C 1973/92, 1.

⁴⁹ Siehe hierzu insbesondere Kapitel 2.

⁵⁰ Völcker/Esser, Plädoyer der Vernunft – Die Schlussanträge von GA Emiliou in Sachen Illumina/Grail, NZKart 2024, 277f.

⁵¹ Siehe dazu Kapitel 2.

Anwendung gebracht.⁵² Dies sei auch der engen Zusammenarbeit der nationalen Wettbewerbsbehörden und der EK im Rahmen des European Competition Network zu verdanken. Die Transaktionswertschwellen⁵³ in Österreich und Deutschland, die Marktanteilsschwellen⁵⁴ in Spanien und Portugal sowie der Trend, im nationalen Recht ein Aufgreifermessen für Zusammenschlüsse unterhalb der Schwellenwerte einzuführen⁵⁵, würden ebenfalls dazu beitragen.⁵⁶

Anzumerken ist an dieser Stelle, dass die neuen Geschäftsmodelle, die seit dem Inkrafttreten der FKVO entwickelt wurden, trotz der voranstehenden Ausführungen nicht bei deren Einführung bedacht werden konnten, und nun bei Unternehmenskäufen eben keine fusionskontrollrechtliche Anmeldepflicht auslösen, obwohl sie das Potenzial haben, die Marktdynamik erheblich zu verändern und den Innovationswettbewerb zu beeinträchtigen.⁵⁷

1.4 Fusionskontrollrechtliche Prüfung von Killer Acquisitions

Wettbewerbsbehörden haben nunmehr das Ziel, Killer Acquisitions von der fusionskontrollrechtlichen Prüfung zu erfassen. Die Schwierigkeit liegt hierbei in der seit Einführung der FKVO ein zentrales Element der Fusionskontrolle bildenden Rechtssicherheit. Die Transparenz und Rechtssicherheit der in Art 1 FKVO geregelten Umsatzschwellen, die über die Anmeldepflicht der erfassten Zusammenschlüsse entscheiden, liegt bei anderen, nicht rein formalen Kriterien nicht vor.⁵⁸ Bislang konnten Unternehmen sich grundsätzlich darauf verlassen, dass sie kartellrechtlich keine Konsequenzen zu befürchten haben, sofern das Zusammenschlussvorhaben, an welchem sie beteiligt sind, die fusionskontrollrechtlichen Schwellen nicht erreicht bzw überschreitet.⁵⁹

Es gibt Warnungen, dass durch eine Überregulierung von Killer Acquisitions und fehlgeleitete Schadenstheorien wettbewerbsfördernde Effekte verhindert und Innovationsanreize gehemmt werden könnten. Doch gilt auch, dass bei Verlust von Wettbewerb jeder verbleibende potenzielle Wettbewerb bedeutsam sein kann. Unternehmensübernahmen können wirtschaftlichen Wert schaffen, wobei die Integration in ein ganzes Ökosystem zu einem noch

⁵² Siehe hierzu Kapitel 2.4.3.

⁵³ Siehe Kapitel 4.4.1.

⁵⁴ Siehe Kapitel 4.4.3.

⁵⁵ Siehe Kapitel 4.4.2.

⁵⁶ *Völcker/Esner*, NZKart 2024, 277.

⁵⁷ *Bunworth*, IIC 2021, 734 (737).

⁵⁸ *Ende*, NZKart 2023, 589.

⁵⁹ *Dästner*, Welche Transaktionen sind noch sicher? – Kartellrechtliche Kontrolle von Zusammenschlüssen jenseits herkömmlicher Anmeldepflichten, NZKart 2023, 146 (147).

größeren Wert führen kann. Genauso kann der Mangel an bzw die Verringerung von Wettbewerb zu Innovationsverlusten bzw zu allgemeinen Wohlfahrtsverlusten führen.⁶⁰

Innovation kann teilweise wiederhergestellt werden, doch hat die langjährige Untätigkeit der Wettbewerbsbehörden Big Tech-Unternehmen ermöglicht, Ökosysteme anorganisch aufzubauen, wie bspw durch den Zusammenschluss von Facebook/WhatsApp. Dies hat zur Folge, dass solche Unternehmen über gefestigte Positionen verfügen, die nur schwer umkehrbar sind. Selbst scheinbar kleine Übernahmen, die einen größeren Datenzugang ermöglichen, können die beherrschende Stellung von Unternehmen verfestigen. Theorien zu solchen Wettbewerbsbeeinträchtigungen, die die Probleme ebensolcher kleiner, schrittweiser Datenübernahmen betonen, werden selten entwickelt und selbst die EK verweist auf die DSGVO⁶¹, anstatt Kontrolle über datengetriebene Zusammenschlüsse auszuüben, um eine Marktmonopolisierung zu verhindern.⁶² Die Konzentration von Daten innerhalb eines Unternehmens kann den Wettbewerb verzerren und muss bei Fusionsentscheidungen berücksichtigt werden. Umsatzbasierte Schwellenwerte übersehen, dass persönliche Daten eine Art neuer Währung darstellen, mit welcher Verbraucher für kostenlose Dienste bezahlen, auf welche sie über das Internet zugreifen können, wie zB die Suchmaschine Google oder die Social Media Plattformen von Facebook/Meta.⁶³

Die Ausweitung der Fusionskontrolle kann zudem das Problem der sog. „Kill Zone“ vergrößern, wonach Start-Ups, welche Produkte anbieten möchten, die gegebenenfalls in Konkurrenz zu jenen der großen Technologieunternehmen stehen, keine Finanzierung erhalten, da Investoren befürchten, dass diese Unternehmen, wenn sie das Start-Up im Endeffekt nicht erwerben dürfen, aggressiv gegen sie vorgehen, um sie vom Markt zu drängen, bzw grundsätzlich die Wahrscheinlichkeit geringer ist, dass Start-Ups eine Finanzierung erhalten, wenn die Exit-Option, das Start-Up später an eine große Plattform zu verkaufen, nicht zur Debatte steht. Im Nachhinein ist schwierig zu beurteilen, ob sich bei Zusammenschlüssen wie der Übernahme von DoubleClick 2017 und Waze 2013 durch Google, Instagram 2012 und WhatsApp 2014 durch Facebook/Meta oder Skype 2011 durch Microsoft die erworbenen Zielunternehmen zu tatsächlichen Wettbewerbern der Erwerber entwickelt hätten oder diese

⁶⁰ Ziermann, ÖZK 2024/2, 39 (42f).

⁶¹ VO (EU) 2016/679 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27.04.2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der Richtlinie 95/46/EG, ABl L 2016/119 (Datenschutz-Grundverordnung).

⁶² Ziermann, ÖZK 2024/2, 39 (43).

⁶³ Bunworth, IIC 2021, 734 (740).

nicht von den Erwerbern durch aggressive Praktiken an einem Wachstum gehindert worden wären. Die Beurteilung dessen ex-ante ist jedoch ebenso nahezu unmöglich.⁶⁴

Ob es tatsächlich eine Durchsetzungslücke gibt, die geschlossen werden muss, ist eine Frage, auf welche es keine eindeutige Antwort gibt. Die öffentliche Konsultation der EK 2016/2017 ergab, dass der Großteil der Befragten eine solche Durchsetzungslücke in der FKVO nicht verorten konnte. Im Zuge ihrer Verweisungslösung⁶⁵, berief sich die EK auf eigene Auswertungen im Rahmen einer Arbeitsunterlage⁶⁶, wobei die EK prüfungsrelevante Fälle sehr weit definierte und Zusammenschlüsse mit Überschneidungen oder vertikalen Beziehungen erfasste, losgelöst davon, ob tatsächlich wettbewerbsrechtliche Probleme bestanden, sowie unabhängig davon, ob nicht bereits eine Prüfung der konkreten Zusammenschlüsse von nationalen Wettbewerbsbehörden vorgenommen wurde, sodass nicht unbedingt viele Erkenntnisse aus der Arbeitsunterlage gewonnen werden konnten. Die Arbeitsunterlage enthält auch keine konkrete Bestimmung von Durchsetzungslücken, sodass nach *Neideck* weitere Untersuchungen notwendig wären.⁶⁷ Auch *Levy/Rimsa/Buzatu* erheben Zweifel am Vorliegen einer Durchsetzungslücke.⁶⁸

Nichtsdestotrotz sollte die EK bzw die EU-Gesetzgebung schnellstmöglich handeln, wenn der Trend tatsächlich in die Richtung geht, dass Unternehmen mit wertvollen Daten oder Innovationen von starken Unternehmen übernommen werden, um zu verhindern, dass sie die Wettbewerbsdynamik eines Marktes verändern. Hier abzuwarten und zu beobachten, wie sich die Märkte entwickeln, würde bedeuten, dass das Problem zu groß werden würde und man sich der Verantwortung entzogen hätte.⁶⁹

2. Rs Illumina/Grail: Art 22 FKVO & die Verweisungslösung der Europäischen Kommission

Als ersten Schritt im Kampf gegen Killer Acquisitions veröffentlichte die EK im März 2021 einen Leitfaden zur Anwendung des Verweisungssystems nach Artikel 22 der FKVO auf

⁶⁴ *Haucap*, Plattformökonomie: neue Wettbewerbsregeln – Renaissance der Missbrauchsaufsicht, Wirtschaftsdienst 2020, 100/13, 20 (27).

⁶⁵ Siehe hierzu Kapitel 2.3.

⁶⁶ Commission Staff Working Document, Evaluation of procedural and jurisdictional aspects of EU merger control, 26.3.2021, SWD(2021) 66 final.

⁶⁷ *Neideck*, Viele Fragezeichen bleiben – Der Leitfaden zu Art. 22 der Fusionskontrollverordnung, NZKart 2021, 263 (264f).

⁶⁸ *Levy/Rimsa/Buzatu*, European Competition and Regulatory Law Review (2021) 5/4, 364 (375).

⁶⁹ *Bunworth*, IIC 2021, 734 (740).

bestimmte Kategorien von Vorhaben⁷⁰, in welchem sie ihre Absicht darstellte, ausgewählte Zusammenschlüsse, die weder auf nationaler, noch auf EU-Ebene einer Anmeldepflicht unterliegen, auf Basis einer veränderten Auslegungspraxis des Art 22 FKVO trotzdem einer fusionskontrollrechtlichen Prüfung zu unterstellen. Kurz darauf, im April 2021, schritt die EK in der Rs Illumina/Grail, dem prominenten ersten Anwendungsfall ihrer neuen Auslegungspraxis, tatsächlich zur Tat, als sie Mitgliedsstaaten aufforderte, Verweisungsanträge nach Art 22 FKVO an sie zu stellen, und Frankreich dem Aufruf folgte, woraufhin sich auch Belgien, Griechenland, Island, die Niederlande sowie Norwegen dem Antrag anschlossen. Die Übernahme des Unternehmens Grail, welches sich mit innovativer Krebserkennung beschäftigte, durch Illumina unterlag weder einer Anmeldepflicht auf EU-Ebene noch in einem Mitgliedsstaat.⁷¹

Die Fusionskontrolle hat insofern eine hohe Bedeutung für Transaktionsvorhaben, weil diese, sofern sie einer fusionskontrollrechtlichen Anmeldepflicht unterliegen, sei es auf EU- oder nationaler Ebene, nur nach Genehmigung durch die zuständige/-n Wettbewerbsbehörde/-n vollzogen werden dürfen.⁷² Die FKVO sorgte bislang mit ihren eindeutigen Verfahrensregeln und Anmeldeschwellen, die sich an den Umsätzen der beteiligten Unternehmen orientieren, für einen grundsätzlich vorhersehbaren und planbaren Prozess.⁷³

Die neue Kommissionspraxis führte zu einer erheblichen Rechtsunsicherheit, indem sie faktisch ein System „freiwilliger“ Zusammenschlussanmeldungen, wie es sie im Vereinigten Königreich gibt, für grundsätzlich nicht der Fusionskontrolle unterliegende Zusammenschlüsse schuf.⁷⁴ Sie verschlechterte mit ihrem Vorgehen nicht nur die Planbarkeit von Transaktionen, sondern auch die Rechts- und Investitionssicherheit.⁷⁵

2.1 Das “One-Stop-Shop”-Prinzip und dessen Ausnahmen

Die Zuständigkeitsverteilung zwischen der EU und ihren Mitgliedsstaaten ist klar geregelt. Sofern es sich um einen Zusammenschluss iSd Art 3 FKVO von gemeinschaftsweiter Bedeutung iSd Art 1 FKVO handelt, welche anhand von Umsatzschwellen der an der

⁷⁰ Mitteilung der Kommission, Leitfaden zur Anwendung des Verweisungssystems nach Artikel 22 der Fusionskontrollverordnung auf bestimmte Kategorien von Vorhaben, ABl C 2021/113, 1 (in Folge „**Leitfaden Art 22 FKVO**“).

⁷¹ *Schmidt/Steinvorth*, Fusionskontrolluntersuchungen durch die EU-Kommission ohne Anmeldepflicht - neue Herausforderungen für die M&A-Transaktionspraxis, BB 2021, 1666.

⁷² *Schmidt/Steinvorth*, BB 2021, 1666.

⁷³ *von Schreitter*, (No) getting away with Mergers - Die Europäische Fusionskontrolle nach Towercast, NZKart 2023, 255.

⁷⁴ *Schmidt/Steinvorth*, BB 2021, 1666.

⁷⁵ *Cukurov*, NZKart 2021, 606 (609).

Transaktion beteiligten Unternehmen gemessen wird, fällt dieser in die ausschließliche Prüfständigkeit der EK. Gemäß dem „One-Stop-Shop“-Prinzip wird die Zuständigkeit nationaler Wettbewerbsbehörden sowie die Anwendbarkeit nationalen Kartellrechts in Art 21 FKVO grundsätzlich ausgeschlossen.⁷⁶ Auf Island, Liechtenstein und Norwegen findet dies basierend auf dem Abkommen über den Europäischen Wirtschaftsraum (EWR) ebenfalls Anwendung und auch in diesen Ländern erwirtschaftete Umsätze sind bei der Prüfung der Umsatzschwellen zu berücksichtigen.⁷⁷ Die Schwellenwerte haben eine Filterfunktion und sind von großer Bedeutung für Fusionskartellrechtsregime, da sie sicherstellen, dass einerseits die EK nicht mit einer übermäßigen Anzahl von Zusammenschlussanmeldungen überfordert wird, die von keiner gemeinschaftsweiten Bedeutung sind, und dass andererseits die beteiligten Unternehmen auch nicht mit unangemessenen verwaltungsrechtlichen Aufwand belastet werden, wenn der betreffende Zusammenschluss keine Gefahr für den Wettbewerb in der EU darstellt.⁷⁸

Zusammenschlüsse, die nicht unter diese Kriterien fallen, sind - ebenfalls grundsätzlich - der Prüfung durch die einzelnen Mitgliedsstaaten vorbehalten, wenn das Vorhaben die entsprechenden nationalen Aufgreifschwellen erfüllt. Diese Zuständigkeitsverteilung kann als „Grobsteuerung“ bezeichnet werden.⁷⁹ Da zusätzlich der Grundsatz gilt, dass die am besten geeignete Wettbewerbsbehörde über den jeweiligen Zusammenschluss entscheiden soll, gibt es Ausnahmen von der Regel in Form eines Verweisungssystems, mit welchem die Zuständigkeitsverteilung in Einzelfällen korrigiert werden kann („Feinsteuerung“).⁸⁰

In Art 1 Abs 2 letzter Halbsatz und Abs 3 letzter Halbsatz FKVO wird festgehalten, dass ein grundsätzlich dem Anwendungsbereich der FKVO unterfallender Zusammenschluss von diesem ausgenommen wird, wenn die beteiligten Unternehmen jeweils mehr als zwei Drittel ihres gemeinschaftsweiten Gesamtumsatzes in nur einem Mitgliedsstaat erzielen („Zwei-Drittel-Regelung“).⁸¹

Art 4 Abs 4 FKVO regelt wiederum, dass die beteiligten Unternehmen vor Anmeldung eines in die Zuständigkeit der EK fallenden Zusammenschlusses einen begründeten Antrag an die

⁷⁶ *Schmidt/Steinvorth*, BB 2021, 1666; *von Schreitter/Urban*, Schlagloch voraus! – Zur geplanten Ausweitung der Verweisungspraxis nach Art. 22 FKVO, NZKart 2020, 637 (638); *Schmidt/Betzendörfer*, Eliminating Grail – Wer prüft in der EU künftig potenziell kritische Zusammenschlüsse? NZKart 2024, 535 (536).

⁷⁷ *Schmidt/Betzendörfer*, NZKart 2024, 535 (536).

⁷⁸ *Bunworth*, IIC 2021, 734 (737); siehe hierzu bereits Kapitel 1.3.

⁷⁹ *Cukurov*, NZKart 2021, 606 (607).

⁸⁰ *Schmidt/Steinvorth*, BB 2021, 1666; *Cukurov*, NZKart 2021, 606 (607); *Schmidt/Betzendörfer*, NZKart 2024, 535 (536).

⁸¹ *Schmidt/Steinvorth*, BB 2021, 1666; *Schmidt/Betzendörfer*, NZKart 2024, 535 (536).

EK stellen können, in welchem sie darlegen, dass der Zusammenschluss den Wettbewerb in einem Markt innerhalb eines Mitgliedstaats, der alle Merkmale eines gesonderten Marktes aufweist, erheblich beeinträchtigen könnte und deshalb ganz oder teilweise von diesem Mitgliedstaat geprüft werden sollte (Verweisung „nach unten“).⁸²

Nach Art 4 Abs 5 FKVO⁸³ können die beteiligten Unternehmen, ebenfalls vor Anmeldung bei den zuständigen Wettbewerbsbehörden, bei der EK beantragen, dass ein Zusammenschluss, der mangels gemeinschaftsweiter Bedeutung grundsätzlich nicht der FKVO unterliegt, sondern von den Wettbewerbsbehörden von mindestens drei Mitgliedsstaaten zu prüfen wäre, stattdessen ganz oder teilweise von der EK geprüft werden sollte (Verweisung „nach oben“).⁸⁴

Art 9 FKVO eröffnet den Mitgliedsstaaten die Möglichkeit, einen Antrag an die EK zur Verweisung eines bereits bei ihr angemeldeten Zusammenschlusses an ihre nationalen Wettbewerbsbehörden zu stellen.⁸⁵

Mittels Art 22 FKVO können Mitgliedsstaaten die Prüfung eines Zusammenschlusses, der mangels gemeinschaftsweiter Bedeutung grundsätzlich nicht der FKVO unterliegt, an die EK verweisen.⁸⁶ Die EK prüft das Zusammenschlussvorhaben nur an Stelle jener Mitgliedsstaaten, die den Antrag gestellt bzw sich diesem angeschlossen haben.⁸⁷ Dieser Artikel wird im nächsten Kapitel näher beleuchtet.

2.2 Art 22 FKVO: The Dutch Clause

2.2.1 Inhaltliche Ausgestaltung des Art 22 FKVO

Art 22 FKVO behandelt die Möglichkeit der Mitgliedsstaaten zur Verweisung der Prüfung eines Zusammenschlusses, der zwar keine gemeinschaftsweite Bedeutung hat und deswegen nicht originär in die Zuständigkeit der EK fällt, jedoch den Handel zwischen Mitgliedsstaaten beeinträchtigt und den Wettbewerb im Hoheitsgebiet des bzw der antragstellenden Mitgliedstaaten erheblich zu beeinträchtigen droht, mittels Antrags an die EK.⁸⁸

⁸² *Schmidt/Steinvorth*, BB 2021, 1666; *Schmidt/Betzendörfer*, NZKart 2024, 535 (536).

⁸³ Siehe auch Kapitel 4.1.

⁸⁴ *Schmidt/Steinvorth*, BB 2021, 1666; *Mulder/Sauter*, A new regime for below threshold mergers in EU competition law? The Illumina/Grail and Towercast judgments, *Journal of Antitrust Enforcement* (2023) 11, 544 (546); *Schmidt/Betzendörfer*, NZKart 2024, 535 (536).

⁸⁵ *Schmidt/Steinvorth*, BB 2021, 1666; *Mulder/Sauter*, *Journal of Antitrust Enforcement* (2023) 11, 544 (546); *Schmidt/Betzendörfer*, NZKart 2024, 535 (536).

⁸⁶ *Schmidt/Steinvorth*, BB 2021, 1666; *Mulder/Sauter*, *Journal of Antitrust Enforcement* (2023) 11, 544 (546); *Schmidt/Betzendörfer*, NZKart 2024, 535 (536).

⁸⁷ *Schmidt/Betzendörfer*, NZKart 2024, 535 (536).

⁸⁸ *Mulder/Sauter*, *Journal of Antitrust Enforcement* (2023) 11, 544 (546); *Schmidt/Betzendörfer*, NZKart 2024, 535 (537).

Mitgliedsstaaten können einen Verweisungsantrag nach Art 22 FKVO aus eigener Initiative oder gemäß Abs 5 auf Aufforderung der EK sowie alleine oder gemeinsam mit anderen Mitgliedsstaaten stellen. Weitere Mitgliedsstaaten können sich einem bereits gestellten Verweisungsantrag anschließen.⁸⁹ Das Vorliegen der Voraussetzungen ist durch die Mitgliedsstaaten schriftlich schlüssig zu begründen und sind eindeutige und konkrete Anhaltspunkte darzustellen. Dies muss für jeden Mitgliedsstaat gesondert stattfinden. Ein einmal gestellter Antrag kann nicht wieder zurückgenommen werden.⁹⁰

An die EK können nur Zusammenschlüsse iSd Art 3 FKVO verwiesen werden, sodass zusätzliche bzw von der FKVO abweichende Tatbestände bspw des deutschen und österreichischen Fusionskontrollrechts nicht Gegenstand einer Verweisung sein können.⁹¹ Dass der Zusammenschluss keine gemeinschaftsweite Bedeutung hat, bedeutet, dass er die Schwellenwerte des Art 1 Abs 2 bzw Abs 3 FKVO nicht erreicht.⁹² Die Voraussetzung der Beeinträchtigung des Handels zwischen Mitgliedsstaaten bereitet in der Praxis keine Schwierigkeiten.⁹³ Der Zusammenschluss muss den Handel zwischen den Mitgliedsstaaten insofern beeinträchtigen, dass er erkennbaren Einfluss auf den Verlauf der Handelsströme zwischen Mitgliedsstaaten nimmt, wobei dieses Kriterium in der Praxis weit ausgelegt wird und die bloße Eignung als genügend angesehen wird.⁹⁴ Es dürfte noch eine Erklärung der EK in Geltung bzw nie korrigiert worden sein, dass bei weltweiten Umsätzen von weniger als € 2 Milliarden bzw gemeinschaftsweiten Umsätzen von weniger als € 100 Millionen der zwischenstaatliche Handel normalerweise nicht nennenswert beeinflusst wird.⁹⁵ Die Voraussetzung, dass durch den Zusammenschluss eine erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs im Hoheitsgebiet der antragstellenden Mitgliedsstaaten drohen muss, setzt voraus, dass nach einer vorläufigen Analyse ein wirkliches Risiko hierzu besteht, sodass der Zusammenschluss näher geprüft werden sollte.⁹⁶ In der Vergangenheit wurde dies sogar dann als gegeben angesehen, wenn die relevanten unternehmerischen Tätigkeiten der am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen im betreffenden Hoheitsgebiet gar nicht signifikant waren.⁹⁷

⁸⁹ *Schmidt/Steinvorth*, BB 2021, 1666.

⁹⁰ *von Schreitter/Urban*, NZKart 2020, 637 (638f).

⁹¹ *Schmidt/Steinvorth*, BB 2021, 1666.

⁹² *von Schreitter/Urban*, NZKart 2020, 637 (638); *Cukurov*, NZKart 2021, 606 (609).

⁹³ *Schmidt/Betzendörfer*, NZKart 2024, 535 (537).

⁹⁴ *von Schreitter/Urban*, NZKart 2020, 637 (638).

⁹⁵ *von Schreitter/Urban*, NZKart 2020, 637 (643); *Neideck*, NZKart 2021, 263 (266).

⁹⁶ *von Schreitter/Urban*, NZKart 2020, 637 (638).

⁹⁷ *Schmidt/Betzendörfer*, NZKart 2024, 535 (537).

Ein Fusionskontrollverfahren kann bereits durch Stellung eines Verweisungsantrags erheblich verlängert werden. Ein solcher Antrag ist innerhalb von 15 Arbeitstagen nach Anmeldung des Zusammenschlusses beim betreffenden Mitgliedsstaat oder sonstiger Kenntnisnahme, sofern eine Anmeldung nicht erforderlich ist, zu stellen. Der Fristbeginn wird jedoch erst ausgelöst, wenn der nationalen Wettbewerbsbehörde genügend Informationen für eine Beurteilung, ob eine Verweisung im gegenständlichen Fall möglich bzw gewünscht ist, vorliegen, zB erst nach Beantwortung eines Auskunftersuchens durch die beteiligten Unternehmen. Weitere Mitgliedsstaaten können sich innerhalb von zusätzlichen 15 Arbeitstagen nach Information vom Verweisungsantrag durch die EK anschließen. Sodann hat die EK zehn weitere Arbeitstage, um eine Entscheidung über den Verweisungsantrag zu fällen.⁹⁸

Ob die EK die Verweisung annimmt, liegt in ihrem pflichtgemäßen Ermessen. Sollte sie dies tun, prüft sie den Zusammenschluss jedenfalls ausschließlich im Hinblick auf jene Mitgliedsstaaten, die die Verweisung beantragt bzw sich ihr angeschlossen haben. Verweisungen sollen auf jene Zusammenschlüsse beschränkt werden, die eine tatsächliche Gefahr nachteiliger Folgen für den Wettbewerb und zwischenstaatlichen Handel darstellen könnten und denen auf supranationaler Ebene besser entgegengetreten werden kann.⁹⁹

2.2.2 Geschichte des Art 22 FKVO

Hintergrund des Art 22 FKVO bzw seiner Vorgängerbestimmung war, jenen Mitgliedsstaaten, die über kein nationales Fusionskontrollrecht verfügen, zu ermöglichen, Durchsetzungslücken zu vermeiden und Zusammenschlüsse von der EK überprüfen zu lassen. Zum Zeitpunkt der Einführung traf dies auf die Niederlande zu bzw geschah die Aufnahme auf ihr eindringliches Verlangen, sodass Art 22 FKVO seine Bezeichnung als „Dutch Clause“ bzw „holländische/niederländische Klausel“ ihr zu verdanken hat. Heute verfügt innerhalb der EU ausschließlich Luxemburg über kein nationales Fusionskontrollrecht, was zu einer Funktionsänderung der Norm führte, nämlich der effizienten Zuständigkeitsverteilung an die am besten zur Prüfung geeignete Wettbewerbsbehörde.¹⁰⁰

Anfangs war nur eine Einzelverweisung durch einen Mitgliedsstaat möglich.¹⁰¹ 1997 wurde vorgesehen, dass ein gemeinsamer Verweisungsantrag durch mehrere Mitgliedsstaaten gestellt werden kann. 2004 wurden die materiellen Anforderungen an die nun noch immer geltende

⁹⁸ Schmidt/Steinvorth, BB 2021, 1666.

⁹⁹ Schmidt/Steinvorth, BB 2021, 1666; von Schreitter/Urban, NZKart 2020, 637 (638f).

¹⁰⁰ Schmidt/Steinvorth, BB 2021, 1666; von Schreitter/Urban, NZKart 2020, 637 (639); Cukurov, NZKart 2021, 606 (607); Ende, NZKart 2023, 589 (591f); Mulder/Sauter, Journal of Antitrust Enforcement (2023) 11, 544 (546).

¹⁰¹ Cukurov, NZKart 2021, 606 (607).

Version angepasst. 2013 schlug die EK in einem Konsultationspapier vor, dass auch schon der Verweisungsantrag eines einzelnen Mitgliedsstaates Wirkung für den gesamten EWR entfalten sollte. Mehrfachanträge hätten sich damit erübrigt und die einzelnen Mitgliedsstaaten ein Vetorecht gegen die Verweisung erlangt. 2014 wurde in einem Weißbuch der Vorschlag der EK angepasst, nur mehr nach nationalem Fusionskontrollrecht zuständigen Mitgliedsstaaten Verweisungsanträge zu gestatten. Diese Vorschläge der EK wurden zwar nie umgesetzt, dienten der herrschenden Meinung aber zur Interpretation des Art 22 FKVO, die daraus schlussfolgerte, dass nach Art 22 Abs 1 FKVO de lege lata jeder Mitgliedsstaat einen Verweisungsantrag stellen kann, sofern die materiellen Voraussetzungen gegeben sind, ohne dass er nach seinem nationalem Recht für eine Prüfung des Zusammenschlussvorhabens zuständig sein muss.¹⁰² In der Praxis wurde dies jedoch nicht so gehandhabt, da die EK den nationalen Wettbewerbsbehörden explizit kommuniziert hatte, Verweisungsanträge von Mitgliedsstaaten, die nach ihrem nationalen Fusionskontrollrecht für eine Prüfung unzuständig sind, zurückzuweisen. Hintergrund dessen war die Annahme, dass solche Zusammenschlüsse bloß von vernachlässigbarer Größe seien und wahrscheinlich keinen bedeutenden Einfluss auf den Markt hätten.¹⁰³ Darüber hinaus nahm die EK in Kauf, dass auch Zusammenschlüsse, die eventuell wettbewerbsrechtlich kritisch waren, ohne vorheriger fusionskontrollrechtlicher Prüfung durchgeführt werden konnten.¹⁰⁴

Ebenfalls 2014 wurde von der EK erwägt, den Mechanismus des Art 22 FKVO insoweit anzupassen, dass keine parallelen fusionskontrollrechtlichen Prüfungen der EK (stellvertretend für jene Mitgliedsstaaten, die Verweisungsanträge gestellt haben oder sich solchen angeschlossen haben) und jener Mitgliedsstaaten, die ihre Zuständigkeit nicht an die EK übertragen wollten, mehr möglich sind. Dies wurde jedoch nicht weiter verfolgt.¹⁰⁵

Von 1990 bis zur ersten Reform der europäischen Fusionskontrolle 2004 wurden nur acht Zusammenschlüsse nach Art 22 FKVO an die EK verwiesen, wobei nur zwei davon auf die Niederlande entfielen. Von 2004 bis 2021 wurden 30 Zusammenschlüsse an die EK verwiesen, allen voran von Deutschland mit neun und Spanien mit sechs Verweisungen. In 13 Fällen wurde von der EK ein Phase II-Verfahren, dh ein vertieftes Prüfverfahren, eingeleitet. Dies sind im Vergleich zu nicht verwiesenen Zusammenschlüssen überproportional viele Fälle, sodass der Schluss nahe liegt, dass die Verweisungen tatsächlich eher kritischere Zusammenschlüsse

¹⁰² von Schreitter/Urban, NZKart 2020, 637 (639).

¹⁰³ von Schreitter/Urban, NZKart 2020, 637 (639); Mulder/Sauter, Journal of Antitrust Enforcement (2023) 11, 544 (546).

¹⁰⁴ Neideck, NZKart 2021, 263.

¹⁰⁵ Levy/Rimsa/Buzatu, European Competition and Regulatory Law Review (2021) 5/4, 364 (366f).

betrafen.¹⁰⁶ Grundsätzlich lässt sich verallgemeinernd sagen, dass großteils Fälle von nationalen Wettbewerbsbehörden an die EK nach Art 22 FKVO verweisen wurden, bei denen die nationalen Wettbewerbsbehörden für die Prüfung zwar zuständig waren, die Zusammenschlüsse jedoch aufgrund ihrer Komplexität bzw Sensibilität nicht prüfen wollten.¹⁰⁷

2.3 Neue Auslegung des Art 22 FKVO durch die Europäische Kommission: die Verweisungslösung

2.3.1 Hintergrund des Tätigwerdens der Europäischen Kommission

Wie eingangs erwähnt, erließ die EK Anfang 2021 den Leitfaden Art 22 FKVO. Diesem gingen Befürchtungen zuvor, dass es in der Vergangenheit einige Zusammenschlüsse gab, die zwar als wettbewerbsrechtlich bedenklich galten, jedoch nicht fusionskontrollrechtlich geprüft wurden bzw werden konnten, da sie die notwendigen Aufgreifkriterien nicht erfüllten. Dies weder auf Ebene der EU noch auf Ebene der Mitgliedsstaaten. Das lag, wie bereits in Kapitel 1 im Detail erläutert, zumeist daran, dass die Zielunternehmen keine oder bloß sehr geringe Umsätze in der EU erwirtschafteten.¹⁰⁸ Die EK sorgte sich um Lücken in der Fusionskontrolle von Killer Acquisitions vor allem im digitalen und pharmazeutischen Sektor, die eine Gefährdung des Wettbewerbs darstellen¹⁰⁹, sowie das diesbezügliche „Enforcement Gap“.¹¹⁰ Als dritten wettbewerblich potenziell gefährlichen Wirtschaftszweig definierte die EK Unternehmen mit Zugang zu oder Einfluss auf wettbewerbsrelevante Vermögenswerte.¹¹¹ Im Wesentlichen ging es der EK darum, ohne formelle Änderung der ihr zur Verfügung stehenden fusionskontrollrechtlichen Instrumente, ein Mittel zu haben, den Erwerb von vielversprechenden, aber umsatzschwachen und in Folge dessen, aufgrund der Nichterreichung der notwendigen Umsatzschwellen, nicht der Fusionskontrolle unterliegenden Start-Ups durch deren marktmächtige Konkurrenten trotzdem prüfen zu können und damit deren Ausschaltung zu verhindern.¹¹²

¹⁰⁶ Schmidt/Steinvorth, BB 2021, 1666.

¹⁰⁷ Mulder/Sauter, Journal of Antitrust Enforcement (2023) 11, 544 (546).

¹⁰⁸ Schmidt/Steinvorth, BB 2021, 1666.

¹⁰⁹ Innerhofer/Petje/Dolina, Marktstrukturmissbrauch in der Rs Towercast: Kontrolle von Zusammenschlüssen jenseits der Fusionskontrolle, ÖZK 2023/3, 79 (82f).

¹¹⁰ Ely, EuGH: Zusammenschluss Illumina-Grail - Nichtigerklärung der Beschlüsse, mit denen die Kommission Anträgen nationaler Wettbewerbsbehörden auf Prüfung des geplanten Zusammenschlusses stattgab, EuGH 3.9.2024, C-611/22 P, BB 2024/42, 2387.

¹¹¹ Dästner, NZKart 2023, 146 (147).

¹¹² Gundel, Grenzen der kreativen Zuständigkeitsbegründung im EU-Wettbewerbsrecht: Der Fall Illumina, NZKart 2024, 527 (528).

In einem Bericht an die EK aus dem Jahr 2019 wurde bereits die Idee aufgegriffen, dass der Erwerb von Start-Up-Unternehmen durch „dominant platforms“ durch Modifikationen im Verweisungssystem einer Prüfung zugeführt werden kann.¹¹³

Der Leitfaden Art 22 FKVO ermutigt die Mitgliedsstaaten, Anträge nach Art 22 FKVO an die EK zu stellen und wurde als bedeutendste Änderung der EU-Fusionskontrolle seit Einführung der FKVO bezeichnet. Bevor sich die EK für die Verweisungslösung, die im Wesentlichen „bloß“ eine Neuinterpretation des bestehenden Art 22 FKVO darstellt, entschied, befasste sie sich mit der Möglichkeit, eine Transaktionswertschwelle¹¹⁴ einzuführen, wofür jedoch ein wesentlich aufwendigerer Prozess der formellen Änderung der FKVO notwendig gewesen wäre.¹¹⁵

Die damalige EU-Wettbewerbskommissarin Margrethe Vestager äußerte bei einer Rede im September 2020, dass die EK aus den dargestellten Gründen von nun an Verweisungsanträge der Mitgliedsstaaten nach Art 22 FKVO akzeptieren würde, auch wenn diese nach ihrem nationalen Recht nicht zu einer Prüfung befugt seien. Sie wies ausdrücklich auf eine Abkehr der EK von ihrer bisherigen Praxis hin, solche Verweisungsanträge abzulehnen. Die Umsätze von einigen Unternehmen würden nicht deren Bedeutung auf dem Markt widerspiegeln, insbesondere im digitalen und pharmazeutischen Bereich könne der zukünftige Wettbewerb stark von neuen Produkten und Dienstleistungen, die noch keine hohen Umsätze erzielen, abhängen. Die EK würde Verweisungsanträge der Mitgliedsstaaten nach Art 22 FKVO vielmehr forcieren und diese aktiv hierzu auffordern. Auch Dritte, wie Wettbewerber, Kunden oder Lieferanten, könnten die EK auf potenziell wettbewerbsschädliche Zusammenschlüsse aufmerksam machen.¹¹⁶ Dieser Praxiswechsel wird in der Literatur als „Aikido-Kunstgriff“ bezeichnet.¹¹⁷

Dies führte unumgänglich zu einem Risiko einer Verweisung an die EK für jeden Zusammenschluss iSd Art 3 FKVO. An Bedeutung erlangten somit die Kriterien, anhand welcher die EK bestimmen wollte, ob ein Zusammenschluss für eine Verweisung nach Art 22 FKVO geeignet ist¹¹⁸, wobei anzumerken ist, dass diese laut EK nur der

¹¹³ von Schreitter/Urban, NZKart 2020, 637 (638).

¹¹⁴ Siehe hierzu Kapitel 4.4.1.

¹¹⁵ Mulder/Sauter, Journal of Antitrust Enforcement (2023) 11, 544 (547).

¹¹⁶ Vestager, The future of EU merger control, International Bar Association 24th Annual Competition Conference, ec.europa.eu (Stand 11. 9. 2020); Schmidt/Steinvorth, BB 2021, 1666; von Schreitter/Urban, NZKart 2020, 637.

¹¹⁷ Cukurov, NZKart 2021, 606 (607); Bauer/Cappel, ecolex 2024/550, 959 (961).

¹¹⁸ Schmidt/Steinvorth, BB 2021, 1666.

Veranschaulichung und keineswegs der Absteckung der Grenzen ihres Aufgreifermessens dienen sollten.¹¹⁹

2.3.2 Der Leitfaden Art 22 FKVO

Der Leitfaden Art 22 FKVO sollte die 2005 veröffentlichte Mitteilung der EK über die Verweisung von Fusionssachen¹²⁰ ergänzen und nur für jene Zusammenschlüsse gelten, die nach nationalem Fusionskontrollrecht der verweisenden Mitgliedsstaaten nicht anmeldepflichtig waren.¹²¹

Als maßgeblich wurde gemäß dem Leitfaden Art 22 FKVO angesehen, dass der aktuelle Umsatz mindestens eines der am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen nicht dessen tatsächliches oder künftiges Wettbewerbspotenzial widerspiegelt. In dieser Hinsicht war von Belang, ob es sich bei einem der Unternehmen um ein Start-Up oder ein erst kürzlich in den Markt eingetretenes Unternehmen mit beträchtlichem Wettbewerbspotenzial, das erst ein gewinnbringendes Geschäftsmodell entwickeln bzw umsetzen muss, um einen wichtigen Innovator oder ein Unternehmen, das potenziell wichtige Forschungsarbeiten durchführt, oder eine (potenziell) wichtige Wettbewerbskraft handelt, oder es Zugang zu wettbewerbsrelevanten Vermögenswerten (wie zB Rohstoffen, Infrastruktur, Daten oder Rechten des geistigen Eigentums) hat und/oder es Produkte oder Dienstleistungen anbietet, die als Input/Komponenten für andere Wirtschaftszweige wichtig sind. Zudem wies die EK auf die Berücksichtigung des Verhältnisses des Werts der Gegenleistung, die der Verkäufer erhält, zum gegenwärtigen Umsatz des Zielunternehmens hin¹²², was wie eine Parallele zur Transaktionswertschwelle¹²³ wirkt, wobei jedoch die Berechnung der Gegenleistung bzw Anhaltspunkte, wann ein relevantes Auseinanderfallen der beiden Faktoren vorliegt, nicht definiert wurde.¹²⁴ All diese Kriterien sollten lediglich der Veranschaulichung dienen, nicht erschöpfend und, trotz der anlassgebenden Marktentwicklungen im digitalen und pharmazeutischen Bereich, nicht auf bestimmte Wirtschaftszweige beschränkt sein.¹²⁵ Die Aufzählung hatte damit keinen besonders hohen Aussagegehalt.¹²⁶

Schwierigkeiten ergaben sich unter anderem durch die Verfahrensvorschriften des Art 22 FKVO. Mangels Anmeldung des Zusammenschlusses war nunmehr darauf abzustellen,

¹¹⁹ *Schmidt/Betzendörfer*, NZKart 2024, 535 (536); *Neideck*, NZKart 2021, 263 (266).

¹²⁰ Mitteilung der Kommission über die Verweisung von Fusionssachen, ABl C 2005/56, 2.

¹²¹ *Neideck*, NZKart 2021, 263 (265).

¹²² *Schmidt/Steinvorth*, BB 2021, 1666.

¹²³ Siehe hierzu Kapitel 4.4.1.

¹²⁴ *Neideck*, NZKart 2021, 263 (266).

¹²⁵ *Schmidt/Steinvorth*, BB 2021, 1666.

¹²⁶ *Neideck*, NZKart 2021, 263 (266).

dass den Mitgliedsstaaten dieser „anderweitig zur Kenntnis gebracht worden ist“. Um die Antragsfrist in Gang zu setzen, mussten den nationalen Wettbewerbsbehörden jedoch genügend Informationen zur Verfügung stehen, um das Vorliegen der Voraussetzungen für einen Verweisungsantrag nach Art 22 FKVO prüfen zu können. Dieser Umstand hätte aber auch über eine längere Zeitspanne nicht eintreten müssen, sodass die Option offen stand, im Rahmen von Gesprächen mit den einzelnen Mitgliedsstaaten oder der EK direkt zu klären, ob eine Verweisung für den konkreten Zusammenschluss im Raum steht. Solche Gespräche hätten der EK die Möglichkeit, Mitgliedsstaaten später trotzdem zu einer Verweisung aufzufordern, jedoch nicht genommen. Zudem schloss die in einem oder mehreren Mitgliedsstaaten bereits erfolgte oder noch andauernde fusionskontrollrechtliche Prüfung des Zusammenschlusses Verweisungsanträge anderer Mitgliedsstaaten nicht aus.¹²⁷

Eine Verweisung hätte somit auch erst geschehen können, nachdem der Zusammenschluss von den Unternehmen bereits vollzogen wurde. Die EK wollte diesen Umstand zwar in ihrer Ermessensentscheidung berücksichtigen und eine Verweisung eher nicht anregen, wenn bereits sechs Monate vergangen waren, jedoch hätte diese Frist erst ab einem Zeitpunkt begonnen, zu welchem maßgebliche Tatsachen über den Zusammenschluss in der EU veröffentlicht worden waren. Zusammenfassend schloss ein Zusammenschlussvollzug, unabhängig davon, wann dieser geschehen war, eine Verweisung nicht aus. Sofern der Zusammenschluss noch nicht vollzogen war, war ab dem Zeitpunkt, zu welchem die EK die beteiligten Unternehmen über das Vorliegen eines Verweisungsantrages eines Mitgliedsstaates informierte, das Vollzugsverbot nach Art 7 FKVO zu beachten und alle Handlungen zu unterlassen, die als Vollzug bzw Kontrollwechsel im Zielunternehmen zu werten sind. Hätte die EK die Verweisung nicht angenommen, wäre das Vollzugsverbot wieder weggefallen.¹²⁸ Sollte der Zusammenschluss bereits vollzogen worden sein, hätte die EK eine Rückabwicklung (Entflechtung) gemäß Art 8 Abs 4 FKVO anordnen können.¹²⁹

2.3.3 Kritik an der Vorgangsweise

Die geänderte Praxis der EK führte naturgemäß zu geäußerten Bedenken. Wesentlichster Kritikpunkt an der Vorgangsweise der EK war der Umstand, ob Mitgliedsstaaten Zusammenschlüsse, für deren Prüfung sie nach ihrem nationalen Recht nicht zuständig sind, tatsächlich gemäß Art 22 FKVO an die EK verweisen können.¹³⁰

¹²⁷ Schmidt/Steinvorth, BB 2021, 1666.

¹²⁸ Schmidt/Steinvorth, BB 2021, 1666.

¹²⁹ von Schreitter/Urban, NZKart 2020, 637 (639).

¹³⁰ Schmidt/Steinvorth, BB 2021, 1666.

2.3.3.1 Zuständigkeit

Nach herrschender Meinung und der EK konnten Zusammenschlüsse, die die nationalen Aufgreifschwelen nicht erfüllten, wie oben kurz erwähnt¹³¹, bereits in der Vergangenheit an die EK verwiesen werden¹³². Unternehmen, Anwälte und politische Entscheidungsträger wurden hingegen von der Entscheidung der EK und der sofortigen Umsetzung der Verweisungslösung überrascht. Der Leitfaden Art 22 FKVO wurde rasch und ohne vorherige öffentliche Konsultation bzw Folgenabschätzung, wie sie grundsätzlich von den EU-Institutionen für sämtliche Vorhaben mit erheblichen direkten Auswirkungen empfohlen werden, umgesetzt.¹³³

Art 22 FKVO wurde zwar gerade für den Fall geschaffen, dass ein Mitgliedsstaat einen Zusammenschluss mangels nationalem Fusionskontrollrecht nicht prüfen kann. Doch kommt hierfür heute nur mehr Luxemburg in Frage.¹³⁴ Die von der EK vertretene Auslegung steht somit mit dem ursprünglichen Zweck der Bestimmung in Widerspruch, macht es doch einen erheblichen Unterschied, ob Mitgliedsstaaten ein Verweisungsrecht zugestanden wird, weil sie überhaupt über kein Fusionskontrollrecht verfügen oder obwohl sie ein eigenes Fusionskontrollrecht haben, welches bloß eine Prüfung des konkreten Vorhabens nicht vorsieht.¹³⁵ Auch der Wortlaut des Art 22 FKVO lässt zwar grundsätzlich offen, ob eine nationale Anmeldepflicht oder -fähigkeit erforderlich ist. Sowohl die FKVO als auch die Mitteilung der Kommission über die Verweisung von Fusionssachen¹³⁶ aus dem Jahr 2005 unterscheiden jedoch systematisch zwischen Verweisungen vor und nach einer Anmeldung. Implizit setzt diese Untergliederung eine Anmeldefähigkeit des Zusammenschlusses voraus. Darüber hinaus ordnet Art 22 Abs 3 FKVO an, dass das nationale Kartellrecht der antragstellenden Mitgliedsstaaten „nicht mehr Anwendung“ findet. Diese Regelung bzw Formulierung macht nur Sinn, wenn man davon ausgeht, dass das nationale Kartellrecht ursprünglich erst anwendbar war.¹³⁷

Die Zuständigkeitsverteilung zwischen den Mitgliedsstaaten und der EU bzw der EK folgt den Grundsätzen der Subsidiarität, der Effizienz und der Rechtssicherheit. Art 22 FKVO soll in diesem Gefüge sicherstellen, dass der Zusammenschluss von jener Wettbewerbsbehörde geprüft wird, die hierfür am besten geeignet ist, und nicht dazu dienen, den Entschluss des

¹³¹ Siehe hierzu Kapitel 2.2.2.

¹³² *Schmidt/Steinvorth*, BB 2021, 1666.

¹³³ *Levy/Rimsa/Buzatu*, European Competition and Regulatory Law Review (2021) 5/4, 364 (375).

¹³⁴ *Schmidt/Steinvorth*, BB 2021, 1666.

¹³⁵ *von Schreitter/Urban*, NZKart 2020, 637 (640f).

¹³⁶ Mitteilung der Kommission über die Verweisung von Fusionssachen, ABl C 2005/56, 2.

¹³⁷ *Schmidt/Steinvorth*, BB 2021, 1666.

nationalen Gesetzgebers zu untergraben, bestimmte Zusammenschlüsse von der nationalen Fusionskontrolle auszunehmen. Die nationalen Wettbewerbsbehörden bestimmter Mitgliedsstaaten, wie Spanien, Österreich und Slowenien, äußerten gegenüber der EK aus diesen Gründen keine Verweisungsanträge an sie stellen zu wollen.¹³⁸ Auch die Wettbewerbsbehörden von Irland, Lettland und Litauen äußerten, mangels nationaler Zuständigkeit keine Verweisungsanträge an die EK zu stellen. Die Mitgliedsstaaten hatten somit keine einheitliche Position, womit Zusammenschlüsse, die bestimmte Mitgliedsstaaten betrafen, aufgrund des Konnex einem höheren Verweisungsrisiko ausgesetzt waren. Zudem barg diese Uneinigkeit die Gefahr paralleler Prüfungen durch die EK und bestimmte nationale Wettbewerbsbehörden.¹³⁹

2.3.3.2 EU-Verfassungsrechtliche Bedenken

Es ist unverständlich, dass die EK alleine einen neuen Normzweck der „Feinsteuerung der Zuständigkeitsverteilung“ vorsehen wollte, da hierfür eigentlich der Unionsgesetzgeber, EK und Europäisches Parlament sowie der Ministerrat gemeinsam zuständig sind, wobei hervorzuheben ist, dass die EK hier nur Vorschläge unterbreiten darf. Das Vorgehen der EK ging über eine bloße Feinsteuerung hinaus, da das Antragsrecht der Mitgliedstaaten zur Gänze von ihrer originären Zuständigkeit losgelöst wurde. Das Vorgehen der EK entfernte sich so auch vom unionsrechtlichen Subsidiaritätsprinzip nach Art 5 Abs 3 EUV¹⁴⁰, wonach die EU in Bereichen, die nicht in ihre ausschließliche Zuständigkeit fallen, nur tätig wird, sofern und soweit die Ziele der in Betracht gezogenen Maßnahmen von den Mitgliedstaaten weder auf zentraler noch auf regionaler oder lokaler Ebene ausreichend verwirklicht werden können, sondern vielmehr wegen ihres Umfangs oder ihrer Wirkungen auf Unionsebene besser zu verwirklichen sind. Das Subsidiaritätsprinzip sieht im Fusionskontrollrecht ein Tätigwerden der EK im Rahmen der Verweisungsmöglichkeiten nur in Ausnahmefällen vor. Unklar ist, weswegen die Ziele der Fusionskontrolle hier nun auf Unionsebene besser verwirklicht werden könnten.¹⁴¹

Aus dem Blickwinkel der Gewaltenteilung ist es zudem bedenklich, wenn die EK die nationalen Wettbewerbsbehörden zur Stellung eines Verweisungsantrags auffordert, da sie sich faktisch in Widerspruch zum Willen des europäischen Gesetzgebers setzt, der einen solchen Zusammenschluss, da nicht von der FKVO umfasst, nicht für prüfungsrelevant hielt und mit

¹³⁸ Schmidt/Steinvorth, BB 2021, 1666.

¹³⁹ Levy/Rimsa/Buzatu, European Competition and Regulatory Law Review (2021) 5/4, 364 (376, 378).

¹⁴⁰ Vertrag über die Europäische Union, ABl C 1992/191, 1 (in Folge „EUV“).

¹⁴¹ von Schreitter/Urban, NZKart 2020, 637 (641).

Art 22 FKVO jenen Mitgliedsstaaten eine Art Amtshilfe anbieten wollte, die über kein eigenes Fusionskontrollregime verfügen, ein Zusammenschlussvorhaben jedoch dennoch überprüft haben möchten.¹⁴²

2.3.3.3 Zusätzlicher Aufwand

Für die Praxis ergab sich durch die Verweisungslösung der EK die Herausforderung, insbesondere fusionskontrollrechtliche Anmeldeerfordernisse nicht mehr verlässlich vorhersagen zu können. Dies auch nicht mithilfe des Leitfadens Art 22 FKVO, der nur bedingt eine Hilfe darstellte. Die Risikoeinschätzung musste in den dem Zusammenschluss zugrundeliegenden Vertragsdokumenten und im Transaktionsprozess, vor allem in der zeitlichen Komponente, Eingang finden.¹⁴³

Die Kommissionspraxis führte zu einem erheblichen Aufwand auf beiden Seiten, zum einen für die beteiligten Unternehmen, zum anderen für die EK. Die beteiligten Unternehmen hatten Zusammenschlussvorhaben bereits aufgrund des immanenten Entflechtungsrisikos einer gründlichen Risikoeinschätzung zu unterziehen, ob die nationalen Wettbewerbsbehörden und/oder die EK ein Interesse an einer Verweisung bzw Prüfung des Vorhabens haben könnten. Die bisherige Praxis, anhand von objektiven Merkmalen, wie Umsatz-, Asset- und Transaktionswerten sowie unter Umständen Marktanteilen, eine potenzielle Anmeldepflicht festzustellen, musste somit um diesen unsicheren Faktor ergänzt werden.¹⁴⁴

Wie aufgezeigt¹⁴⁵, betrafen die nach Art 22 FKVO an die EK verwiesenen Fälle in der Vergangenheit eher kritischere Zusammenschlüsse, die einer vertieften Prüfung und/oder dem Angebot von Zusagen bedurften. Solche Fälle bargen somit auch für die EK einen erhöhten Verfahrensaufwand, sowohl beim Zwischenverfahren über die Annahme der Verweisung als auch bei der konkreten Prüfung, und Einsatz von erheblichen Ressourcen. Die Fälle, die die EK auf Basis der Verweisungslösung untersuchen wollte, und die insbesondere neue Produkte und Dienstleistungen betrafen, wären mit einem noch höheren Aufwand, vor allem bei der Abgrenzung der Märkte und der Vorhersage der durch das Vorhaben verursachten Wettbewerbswirkungen, verbunden.¹⁴⁶

¹⁴² Horstkotte/Wingarter, Neueste Entwicklungen im europäischen Kartellrecht, IWRZ 2023, 151.

¹⁴³ Schmidt/Steinvorth, BB 2021, 1666.

¹⁴⁴ von Schreitter/Urban, NZKart 2020, 637 (640).

¹⁴⁵ Siehe hierzu Kapitel 2.2.2.

¹⁴⁶ von Schreitter/Urban, NZKart 2020, 637 (640).

2.3.3.4 Fristen und Verfahrensdauer

Schwierigkeiten bezüglich der Effizienz und Planbarkeit ergaben sich zusätzlich durch die Unklarheiten im Zusammenhang mit den Fristen und der Verfahrensdauer. Wie unter Kapitel 2.2.1 kurz dargestellt, ist ein Verweisungsantrag durch einen Mitgliedsstaat innerhalb von 15 Arbeitstagen nach Zusammenschlussanmeldung oder sonstiger Kenntnisnahme zu stellen. Diese 15-Tage-Frist wird von der EK jedoch nicht autonom EU-rechtlich ausgelegt, sondern werden nationale Bestimmungen zur Fristenlaufhemmung berücksichtigt, was bei 27 Mitgliedsstaaten zu gravierenden Abweichungen in den nationalen Regelungen führen kann. Verschärft wurde dieser Umstand nun durch das komplette Ausbleiben von Zusammenschlussanmeldungen und das Erfordernis, dass der Zusammenschluss dem Mitgliedsstaat anderweitig zur Kenntnis gebracht worden ist. Zum Teil wurde hierzu vertreten, dass eine Parteienmitwirkung und damit die aktive Beibringung von Informationen von Nöten ist, was jedoch praktisch auf eine Notifizierungspflicht in allen Mitgliedsstaaten hinausgelaufen wäre, da eine Verweisung durch die Mitgliedsstaaten ansonsten jederzeit auch nach Durchführung des Zusammenschlusses möglich gewesen wäre, und die vorgesehene Alternative der Fristauslösung durch Kenntnis obsolet gemacht hätte. Vielmehr hätte eine freiwillige Kontaktaufnahme als fristauslösendes Ereignis zwar genügen, jedoch nicht erforderlich sein müssen, da alleine auf die Kenntniserlangung, auf welche Art auch immer, durch den Mitgliedstaat abzustellen war. Bei der Fristauslösung durch eine Zusammenschlussanmeldung wird eine umfassende Faktengrundlage bereitgestellt, sodass dies auch von der Alternative der Kenntniserlangung gefordert werden müsste. Den nationalen Wettbewerbsbehörden hätten ausreichend Informationen für eine Entscheidung zur Stellung eines Verweisungsantrags vorliegen müssen. Kurios ist, dass Mitgliedsstaaten im Rahmen der Möglichkeit, sich einem Antrag eines anderen Mitgliedsstaates anzuschließen, eine zweite Gelegenheit gegeben wurde, einen Zusammenschluss von der EK prüfen zu lassen, wenn sie selbst innerhalb der für sie geltenden (ersten) 15-Tage-Frist keinen entsprechenden Antrag gestellt hatten. Die beteiligten Unternehmen waren bei all diesen Unklarheiten und dem Risiko einer Entflechtung gut beraten, proaktiv auf die nationalen Wettbewerbsbehörden zuzugehen, um den Fristbeginn auszulösen und ein Mindestmaß an Rechtssicherheit zu bekommen.¹⁴⁷

An den unklaren Fristbeginn direkt anknüpfend, war die Verfahrensdauer ebenfalls eine unbestimmte Komponente. Schon die Prüfung der Verweisung kann mehrere Wochen in Anspruch nehmen. Wenn die EK die Verweisung schließlich annimmt, verlangt sie, bereits

¹⁴⁷ von Schreitter/Urban, NZKart 2020, 637 (641f).

bislang und umso mehr ohne als Prüfungsgrundlage dienende nationale Anmeldung, eine FKVO-Anmeldung auf Basis des Formblatts CO. Nach der Praxis der EK scheidet hierbei die Führung eines vereinfachten Prüfverfahrens aus und die beteiligten Unternehmen müssen umfangreiche Informationen bereitstellen. Vor der förmlichen Zusammenschlussanmeldung beginnt die Prüffrist der EK nicht zu laufen. Dieser geht aber im Normalfall eine einiges an Zeitaufwand einnehmende Voranmeldephase („Pre-Notification-Phase“) voraus. Alleine bei vereinfachten Prüfverfahren, welche gegenständlich überhaupt nicht in Frage kamen, liegt der Zeitraum zwischen Ankündigung und Anmeldung durchschnittlich bei 47 Kalendertagen, bei vertieften Prüfverfahren hingegen bei 208 Kalendertagen. Die Wahrscheinlichkeit einer materiellen Freigabe außer Acht lassend, kann dieser Umstand aufgrund des meist engen Zeitplans und steigender Transaktions(finanzierungs)kosten manche Zusammenschlussvorhaben praktisch undurchführbar machen. Ein rascher Vollzug des Vorhabens stellte aufgrund des Risikos einer Entflechtung jedoch auch keine zufriedenstellende Lösung dar.¹⁴⁸

2.3.3.5 Materielle Prüfung des Vorhabens

Eine vorausgehende materielle Prüfung der Vorhaben erwies sich ebenso wenig als einfach. Die Prüfkriterien des SIEC-Tests sind bei den Fällen, die die EK erfassen wollte, nicht praktikabel.¹⁴⁹ Die Zielgesellschaften erreichen entweder keine oder bloß geringe Umsätze und erfüllen deswegen die Schwellenwerte des Fusionskontrollrechts nicht. Dementsprechend können sie auch keine erwähnenswerten Marktanteile oder Kundenbeziehungen vorweisen. Zurückgreifen müsste man stattdessen auf eine umfassende Analyse in Betracht kommender marktübergreifender Schadenstheorien, der Auswirkungen auf den Innovationswettbewerb sowie den potenziellen allgemeinen Wettbewerb.¹⁵⁰ Selbst bei Phase II-Verfahren unter Ausschöpfung aller behördlichen Ermittlungsmöglichkeiten ergeben sich hierbei Schwierigkeiten, eine Einschätzung durch die beteiligten Unternehmen gestaltet sich umso beschwerlicher. Auch hier schien nur eine Kontaktaufnahme mit den nationalen Wettbewerbsbehörden Abhilfe zu verschaffen, was bei diesen jedoch wiederum Ressourcen band. Dies steht in diametralem Widerspruch zum ursprünglichen Ziel von Aufgreifschwelen, die Wettbewerbsbehörden zu entlasten. Nicht zu vergessen ist hierbei die politische Komponente des Art 22 FKVO, der das Antragsrecht streng genommen nicht den nationalen Wettbewerbsbehörden sondern den Mitgliedsstaaten zuweist, die bei ihrer Entscheidung dazu

¹⁴⁸ von Schreitter/Urban, NZKart 2020, 637 (642).

¹⁴⁹ Siehe auch Kapitel 4.6.1.

¹⁵⁰ Siehe auch Kapitel 4.6.3.

tendieren könnten, sich von außerwettbewerblichen Aspekten und Rechtsmaterien beeinflussen zu lassen. Des Weiteren ist der Druck der EK, Mitgliedsstaaten zu einem Verweisungsantrag zu bringen, nicht zu vernachlässigen.¹⁵¹

2.3.3.6 Mangel an effektivem Rechtsschutz

Ein wesentlicher Aspekt war zudem der Mangel an effektivem Rechtsschutz. Es konnte (bzw kann weiterhin) der Fall eintreten, dass die beteiligten Unternehmen erst vom Verweisungsantrag erfahren, wenn die EK ihnen diesen weiterleitet und sie sich zuvor nicht gegen eine Verweisung aussprechen bzw verteidigen können. Das EU-Recht sieht kein Anhörungs- und kein Akteneinsichtsrecht im Rahmen des Zwischenverfahrens über die Verweisungsannahme vor. In der Praxis gewährt die EK eine gesetzlich nicht vorgesehene Möglichkeit zur Stellungnahme zum Verweisungsantrag. Die Gewährung von Akteneinsicht geschieht erst nach Annahme des Verweisungsantrags durch die EK. Den beteiligten Unternehmen hätte jedoch Rechtsschutz gegen die Annahme von Verweisungsanträgen zugestanden werden müssen, insbesondere weil diese Entscheidung mangels originärer Zuständigkeit nationaler Wettbewerbsbehörden erheblich in ihre verfahrensrechtliche Position eingriff und konstitutiv für eine Fusionskontrollprüfung war. Die Entscheidung wäre deswegen als außenwirksamer Beschluss im Sinne des Art 288 AEUV¹⁵² anzusehen, gegen welchen Nichtigkeitsklage vor dem EuG ergriffen werden kann. Fallpraxis aus der Rechtsprechung besteht zur Anfechtbarkeit von Entscheidungen nach Art 22 FKVO jedenfalls nicht. Strittig ist diese Vorgehensweise auch, weil Art 22 FKVO ein dem Art 9 Abs 9 FKVO ähnlichen Hinweis auf Rechtsschutzmöglichkeiten nicht vorsieht.¹⁵³

2.3.3.7 Rolle Dritter

Ein weiterer kritischer Aspekt ist die ausdrückliche Aufforderung an Dritte im Leitfaden Art 22 FKVO, die EK bzw nationale Wettbewerbsbehörden mit Informationen zu Zusammenschlüssen zu versorgen, was eine Einfallstor dafür darstellte, dass Wettbewerber und Kunden versuchen, Zusammenschlüsse zu verhindern oder wenigstens die Durchführung zu verlangsamen.¹⁵⁴

2.3.3.8 Fazit

Auch wenn es zunächst so erscheint, war nicht alles an der Verweisungslösung der EK schlecht. Die geänderte Auslegung des Art 22 FKVO bot den Wettbewerbsbehörden größtmögliche

¹⁵¹ von Schreitter/Urban, NZKart 2020, 637 (642f).

¹⁵² Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union, ABl 2008/115, 47 (in Folge „AEUV“).

¹⁵³ von Schreitter/Urban, NZKart 2020, 637 (643).

¹⁵⁴ Neideck, NZKart 2021, 263 (268).

Flexibilität und führte auf den ersten Blick zu einer lückenlosen Erfassung von wettbewerblich bedenklichen Zusammenschlüssen¹⁵⁵. Die EK war jedoch (bzw ist weiterhin) auf die Mitgliedsstaaten bzw deren Mitwirkung angewiesen. Die bereits erörterten Unsicherheiten fielen zusätzlich ins Gewicht. Bei risikoscheuen Vertragsparteien konnte die Verweisungslösung zu negativen Auswirkungen führen und Transaktionen bzw die Wirtschaft bremsen.¹⁵⁶ Die EK hatte sich in ihrem Leitfaden Art 22 FKVO sowohl die größtmögliche Flexibilität bei der Auswahl der Zusammenschlüsse als auch beim Verfahren herausgenommen.¹⁵⁷

2.4 Rs Illumina/Grail

2.4.1 Entscheidung der Europäischen Kommission & Bestätigung durch das EuG

Im September 2020 kündigte das Unternehmen Illumina, bei welchem es sich um den weltweit führenden Anbieter von Next Generation DNA-Sequenziersystemen handelt, den Erwerb des Unternehmens Grail, das diese Systeme bei der Entwicklung von blutprobenbasierten Krebs-Früherkennungstests einsetzt, für \$ 7,1 Milliarden an. Mangels (relevanten) Umsätzen von Grail, war das Zusammenschlussvorhaben in keinem Mitgliedsstaat und auch nicht bei der EK anmeldepflichtig.¹⁵⁸

Im Dezember 2020 langte eine Beschwerde gegen diesen Zusammenschluss bei der EK ein, woraufhin sie im Februar 2021 darauf hinwirkte, dass Mitgliedsstaaten einen Verweisungsantrag nach Art 22 FKVO zur Prüfung des Vorhabens durch sie stellen. Die französische Wettbewerbsbehörde stellte einen solchen Antrag, dem sich die griechische, belgische, norwegische, isländische und niederländische Wettbewerbsbehörde anschlossen.¹⁵⁹ Die österreichische Bundeswettbewerbsbehörde und das deutsche Bundeskartellamt schlossen sich dem Antrag nicht an, weil sie mangels nationaler Zuständigkeit zur Überprüfung des Zusammenschlusses in Art 22 FKVO keine Grundlage sahen, die Prüfung an die EK zu verweisen.¹⁶⁰ Die französischen und niederländischen Gerichte überprüften die Verweisungsentscheidungen ihrer Wettbewerbsbehörden, beanstandeten diese jedoch nicht, wobei das niederländische Gericht inhaltlich prüfte, ob tatsächlich auszuschließen war, dass der Zusammenschluss negative Auswirkungen auf den Wettbewerb haben könnte, und Frankreich

¹⁵⁵ Siehe Kapitel 1 zu Killer Acquisitions.

¹⁵⁶ *Cukurov*, NZKart 2021, 606 (610).

¹⁵⁷ *Neideck*, NZKart 2021, 263 (269).

¹⁵⁸ *Reidlinger/Kühnert*, ÖZK 2024/5, 163 (164); *Innerhofer/Petje/Dolina*, ÖZK 2023/3, 79 (85f);

Schmidt/Betzendörfer, NZKart 2024, 535 (536).

¹⁵⁹ *Reidlinger/Kühnert*, ÖZK 2024/5, 163 (164f); *Mulder/Sauter*, *Journal of Antitrust Enforcement* (2023) 11, 544 (546); *Bauer/Cappel*, *ecolex* 2024/550, 959 (960).

¹⁶⁰ *Bauer/Cappel*, *ecolex* 2024/550, 959 (960).

sich für unzuständig erklärte, die Verweisungsentscheidung zu überprüfen, und diese Zuständigkeit als nicht selbstständig angreifbaren Teil des Verfahrens auf EU-Ebene¹⁶¹ bei den EU-Gerichten sah.¹⁶² Angegriffen werden konnte somit nur die Entscheidung der EK, womit sie das Verfahren gemäß Art 22 Abs 3 FKVO annahm, und in welcher die vorangegangenen nationalen Entscheidungen aufgingen.¹⁶³ Im April 2021 nahm die EK die Anträge an und prüfte das Vorhaben materiell. Sie sprach wegen vertikaler Abschottungsbedenken eine Untersagung des Erwerbs von Grail durch Illumina aus und ordnete zuerst mittels einstweiliger Maßnahme an, beide Unternehmen getrennt zu halten, und verpflichtete Illumina sodann zur Rückabwicklung des Zusammenschlusses¹⁶⁴, nachdem die Transaktion im August 2021 während des laufenden Verfahrens vor der EK vollzogen wurde.¹⁶⁵ Zudem erließ die EK eine Geldbuße in Höhe von € 432 Millionen gegen Illumina aufgrund des vorsätzlichen Verstoßes gegen das Vollzugsverbot nach Art 7 FKVO. Illumina klagte auf Nichtigerklärung der Entscheidungen der EK beim EuG.¹⁶⁶

An dieser Stelle ist erwähnenswert, dass Illumina als erstes Unternehmen jemals den Vollzug des Zusammenschlusses trotz des bei der EK angemeldeten Zusammenschlussvorhabens und laufenden Verfahrens noch vor der Freigabe öffentlich ankündigte (und schließlich durchführte), woraufhin die EK ebenfalls erstmalig einstweilige Maßnahmen ergriff, um den vorzeitigen Vollzug zu verhindern. Damit ging Illumina, wohl aus Überzeugung, dass die Verweisungslösung der EK rechtswidrig ist und diese über keine Prüfständigkeit verfügt, ein hohes Bußgeldrisiko ein.¹⁶⁷ Neben der erwähnten Verhängung eines Bußgeldes gegen Illumina in Höhe von € 432 Millionen aufgrund des Verstoßes gegen das Vollzugsverbot, verhängte die EK wiederum zum ersten Mal ein Bußgeld in Höhe von symbolischen € 1.000,- über das Zielunternehmen Grail.¹⁶⁸ Die EK begründete dies damit, dass beide beteiligten Unternehmen wissentlich und vorsätzlich während des bei der EK laufenden Verfahrens gegen das Vollzugsverbot verstießen und sich Grail aktiv an diesem Vorgehen beteiligt hatte, indem es rechtliche Schritte gesetzt hatte, um den Vollzug des Vorhabens zu ermöglichen. In Bezug auf die Entscheidung der EK zur Bußgeldhöhe gegen Illumina ist auffallend, dass zum Zeitpunkt

¹⁶¹ *Gundel*, NZKart 2024, 527 (529).

¹⁶² *Cukurov*, NZKart 2021, 606 (609); *Mulder/Sauter*, Journal of Antitrust Enforcement (2023) 11, 544 (547f).

¹⁶³ *Gundel*, NZKart 2024, 527 (529).

¹⁶⁴ *Reidlinger/Kühnert*, ÖZK 2024/5, 163 (164f); *Mulder/Sauter*, Journal of Antitrust Enforcement (2023) 11, 544 (548); *Gundel*, NZKart 2024, 527f.

¹⁶⁵ *Cukurov*, NZKart 2021, 606 (609).

¹⁶⁶ *Reidlinger/Kühnert*, ÖZK 2024/5, 163 (164f).

¹⁶⁷ *Horstkotte/Wingarter/Gerhold*, Neueste Entwicklungen im europäischen Kartellrecht, IWRZ 2022, 3.

¹⁶⁸ *Horstkotte/Wingarter/Gerhold-Kempf*, Neueste Entwicklungen im europäischen Kartellrecht, IWRZ 2024, 59; *Schmidt/Betzendörfer*, NZKart 2024, 535 (536).

des Vollzugs die endgültige Auslegung des Art 22 FKVO noch nicht geklärt war und Illumina die wohl vertretbare Ansicht vertrat, dass der EK keine Zuständigkeit zur Prüfung zusteht.¹⁶⁹

Die kritischen Fragen im Verfahren vor dem EuG waren, ob die formalen Anforderungen des Art 22 FKVO eingehalten wurden. Dazu zählten insbesondere, ob die 15-tägige Frist für die Verweisung eingehalten wurde, ob Auswirkungen auf den Handel bzw die Gefahr einer erheblichen Wettbewerbsbeeinträchtigung gegeben waren, ob der Zusammenschluss unter die Leitlinien Art 22 FKVO fiel und ob die Entscheidung mit den allgemeinen Grundsätzen des EU-Rechts bzw den Verteidigungsrechten in Einklang stand. Allen voran ging es jedoch um die Frage, ob die EK überhaupt auf Basis des Art 22 FKVO ihre Zuständigkeit begründen konnte, wenn der bzw die verweisenden Mitgliedsstaaten zwar über ein eigenes nationales Fusionskontrollregime verfügten, für eine Prüfung gemäß diesem aber vorliegend gar nicht zuständig waren. Zudem ging es um das Subsidiaritätsprinzip und die Frage, wie Mitgliedsstaaten den Zusammenschluss ohne nationale Zuständigkeit hätten prüfen können, und zuletzt, ob ein berechtigtes Vertrauen darauf bestand, dass die EK die Mitgliedsstaaten weiterhin davon abhält, Verweisungsanträge ohne nationale Zuständigkeit zu stellen, wie sie es bislang getan hatte.¹⁷⁰

Das EuG erließ im Juli 2022 ein abweisendes Urteil gegen die Klage von Illumina auf Nichterklärung der Entscheidung der EK über die Annahme des Verweisungsantrags bzw der Verweisungsanträge nach Art 22 FKVO. Das EuG kam nach einer wörtlichen, historischen, systematischen und teleologischen Auslegung zur Feststellung, dass insbesondere der Wortlaut des Art 22 FKVO nicht voraussetzt, dass der antragstellende Mitgliedsstaat über ein nationales Fusionskontrollrecht verfügen muss bzw nach diesem für die Prüfung des zu verweisenden Zusammenschlusses zuständig ist, aber auch die anderen Auslegungsarten zu keinem anderen Ergebnis führen.¹⁷¹ Der Zweck der FKVO bestünde darin, eine wirksame Kontrolle von den Wettbewerb in der EU erheblich beeinträchtigenden Zusammenschlüssen sicherzustellen und der Verweisungsmechanismus diene in Bezug darauf als Korrektiv, sodass alle vier Auslegungsarten zu einer erfolgreichen Kompetenzbegründung führen.¹⁷²

Das EuG stellte fest, dass die 15-tägige Frist nicht schon ab dem öffentlichen Bekanntwerden des Zusammenschlusses, sondern erst ab dem aktiven Übermitteln von ausreichenden

¹⁶⁹ Horstkotte/Wingerter/Gerhold-Kempf, IWRZ 2024, 59.

¹⁷⁰ Mulder/Sauter, Journal of Antitrust Enforcement (2023) 11, 544 (548).

¹⁷¹ Reidlinger/Kühnert, ÖZK 2024/5, 163 (165);); EuG T-227/21, *Illumina/Kommission*, ECLI:EU:T:2022:447, Rz 94, 116, 139, 148.

¹⁷² Mulder/Sauter, Journal of Antitrust Enforcement (2023) 11, 544 (549); EuG T-227/21, *Illumina/Kommission*, ECLI:EU:T:2022:447, Rz 141, 165.

Informationen über den Zusammenschluss an den betroffenen Mitgliedsstaat, sodass dieser beurteilen kann, ob die Verweisungs Voraussetzungen gegeben sind, läuft und dass dies im konkreten Fall erst ab dem Zeitpunkt vorlag, als die EK die Mitgliedsstaaten aufforderte, Verweisungsanträge an sie zu stellen. Die EK müsse, in Bezug auf Beschwerden wegen Verletzungen der Grundsätze des Rechtssicherheit und ordnungsgemäßen Verwaltung, jedoch trotzdem angemessene Fristen, zB zwischen Beschwerde und Aufforderung an die Mitgliedsstaaten, einhalten. Die im vorliegenden Fall zwischen Beschwerde und Aufforderung vergangenen 47 Tage hielt das EuG zwar für unangemessen, doch folgte es, dass dieser Verfahrensmangel das Recht von Illumina auf wirksame Verteidigung nicht beeinträchtigte und deswegen auch keinen Grund zur Aufhebung der Kommissionsentscheidung darstellte.¹⁷³

In Bezug auf die behauptete Verletzung des Vertrauensschutzes, stellte das EuG fest, dass das Recht, sich auf Vertrauensschutz zu berufen, voraussetzt, dass klare, unbedingte und übereinstimmende Zusicherungen von befugten und verlässlichen Stellen der zuständigen EU-Behörde vorliegen, die es im gegenständlichen Fall nicht gegeben habe. Das EuG hielt fest, dass die EK davon ausgehen durfte, dass der Zusammenschluss Illumina/Grail wahrscheinlich erhebliche Auswirkungen auf den Wettbewerb im Binnenmarkt haben würde, auch wenn die beteiligten Unternehmen auf die bisherige Kommissionspraxis vertrauen durften. Solange die beanstandeten Kommissionsentscheidungen auf einer richtigen Anwendung des Art 22 FKVO beruhten, könnten sich die beteiligten Unternehmen nicht auf eine Abänderung der Kommissionspolitik berufen.¹⁷⁴ Illumina und Grail erhoben daraufhin Rechtsmittel an den EuGH.¹⁷⁵

2.4.2 Entscheidung des EuGH: Überschreitung der Kompetenz durch die Europäische Kommission

Der in Folge mit der Rechtssache Illumina/Grail beschäftigte EuGH entschied im September 2024, dass nationale Wettbewerbsbehörden keine Verweisungsanträge nach Art 22 FKVO an die EK für die Prüfung von Zusammenschlussvorhaben, für die sie selbst nach nationalem Recht nicht zuständig sind, stellen können und hob das Urteil des EuG aus 2022, welches die Kommissionsentscheidung bestätigt hatte, auf.¹⁷⁶ Damit folgte der EuGH auch den

¹⁷³ *Mulder/Sauter*, Journal of Antitrust Enforcement (2023) 11, 544 (549); EuG T-227/21, *Illumina/Kommission*, ECLI:EU:T:2022:447, Rz 211, 214, 233, 239, 246.

¹⁷⁴ *Mulder/Sauter*, Journal of Antitrust Enforcement (2023) 11, 544 (549f); EuG T-227/21, *Illumina/Kommission*, ECLI:EU:T:2022:447, Rz 254, 262ff.

¹⁷⁵ *Reidlinger/Kühnert*, ÖZK 2024/5, 163 (165); *Mulder/Sauter*, Journal of Antitrust Enforcement (2023) 11, 544 (550).

¹⁷⁶ *Reidlinger/Kühnert*, ÖZK 2024/5, 163; EuGH C-611/22 P und C-625/22 P, *Illumina/Kommission*, ECLI:EU:C:2024:677, Rz 222 und Urteilsspruch 1.

Schlussanträgen des in der Sache befassten Generalanwalts.¹⁷⁷ Die Beschlüsse der EK, wonach diese den Verweisungsantrag der französischen Wettbewerbsbehörde und die Beitrittsanträge der anderen Mitgliedsstaaten angenommen hatte, erklärte der EuGH für nichtig.¹⁷⁸

Der EuGH griff ebenfalls auf die verschiedenen Auslegungsarten zurück, kam jedoch zu einem anderen Ergebnis als das EuG. Der Wortlaut des Art 22 FKVO würde demgegenüber keinen Aufschluss darüber bieten, ob die Zuständigkeit des antragstellenden Mitgliedsstaates für die fusionskontrollrechtliche Prüfung des Vorhabens notwendigerweise gegeben sein muss. Auch die historische Auslegung bietet keine Antwort auf die Frage. Zum einen wurde die Vorgängerregelung des Art 22 FKVO eingeführt, um Mitgliedsstaaten ohne nationales Fusionskontrollrecht die Möglichkeit zu bieten, Zusammenschlüsse von der EK prüfen zu lassen, zum anderen würden auch die Materialien keinen anderen Anhaltspunkt bieten, dass Art 22 FKVO als „Korrekturmechanismus“ zu den Umsatzschwellen des Art 1 FKVO verstanden werden soll. Gemäß systematischer Auslegung des EuGH ergäbe sich, dass nach Art 4 Abs 5 FKVO an die EK verwiesene Zusammenschlüsse als solche mit gemeinschaftsweiter Bedeutung gelten. Im Gegensatz dazu werden nach Art 22 FKVO an die EK verwiesene Zusammenschlüsse gemäß Art 22 Abs 3 FKVO nur für jene Mitgliedsstaaten geprüft, die den Antrag gestellt bzw sich diesem angeschlossen haben, sodass der Umstand, dass die EK an die Stelle der entsprechenden Mitgliedsstaaten tritt, zu einer Erforderlichkeit der Zuständigkeit der nationalen verweisenden Wettbewerbsbehörden gemäß ihrem nationalen Recht führt. Zusätzlich argumentiert der EuGH mit der Anforderung des Art 22 Abs 1 FKVO, dass der Zusammenschluss den Wettbewerb im Hoheitsgebiet der antragstellenden Mitgliedstaaten erheblich zu beeinträchtigen droht.¹⁷⁹ Art 22 FKVO eignet sich systematisch somit nicht zur Korrektur der den europäischen Binnenmarkt betrachtenden EU-Fusionskontrolle, da er nur auf den Wettbewerb in jenem Mitgliedsstaat abstellt, welcher den Verweisungsantrag stellt.¹⁸⁰ Der EuGH verweist auch auf die in Art 1 Abs 4 und Abs 5 FKVO geregelte Zuständigkeit des Rates zur Änderung der Umsatzschwellen mit qualifizierter Mehrheit. Teleologisch blickt der EuGH vor allem auf Erwägungsgrund 15 der FKVO, der festhält, dass die EK den Zusammenschluss „für“ antragstellende Mitgliedsstaaten prüft und Mitgliedsstaaten, die für die Prüfung „ebenfalls“ zuständig sind, einem Verweisungsantrag

¹⁷⁷ *Gundel*, NZKart 2024, 527 (528); *GA Emiliou*, Schlussanträge 21.03.2024 zu C-611/22 P und C-625/22 P, *Illumina/Kommission*, ECLI:EU:C:2024:264.

¹⁷⁸ *Reidlinger/Kühnert*, ÖZK 2024/5, 163 (166); EuGH C-611/22 P und C-625/22 P, *Illumina/Kommission*, ECLI:EU:C:2024:677, Urteilspruch 2 und 3.

¹⁷⁹ *Reidlinger/Kühnert*, ÖZK 2024/5, 163 (165f); EuGH C-611/22 P und C-625/22 P, *Illumina/Kommission*, ECLI:EU:C:2024:677, Rz 127f, 139, 142, 146ff, 180, 182.

¹⁸⁰ *Gundel*, NZKart 2024, 527 (529); EuGH C-611/22 P und C-625/22 P, *Illumina/Kommission*, ECLI:EU:C:2024:677, Rz 182, 197.

beitreten können. Auch dies weist nach dem EuGH auf die Erforderlichkeit der Zuständigkeit der nationalen verweisenden Wettbewerbsbehörde gemäß ihrem nationalen Recht hin.¹⁸¹

Der EuGH zieht die Schlussfolgerung, dass Art 22 FKVO zum einen für Mitgliedsstaaten vorgesehen ist, die über kein nationales Fusionskontrollrecht verfügen, und zum anderen zum Ziel hat, gemäß dem One-Stop-Shop-Prinzip die Rechtssicherheit für Unternehmen zu erhöhen und eine Vielzahl an nationalen Zusammenschlussanmeldungen zu vermeiden. Ausdrücklich nicht zum Ziel hat Art 22 FKVO als Korrekturmechanismus für Zusammenschlüsse zu dienen, die mangels Erreichung der Umsatzschwellen nicht von der Fusionskontrolle erfasst werden. Zudem steht die von der EK vertretene und vom EuG bestätigte Auslegung des Art 22 FKVO mit einigen Zielen der FKVO in Widerspruch, wie der Schaffung einer klaren Kompetenzverteilung zwischen der EK und den nationalen Wettbewerbsbehörden und eines wirksamen und vorhersehbaren Systems der ex ante-Kontrolle für die beteiligten Unternehmen. Unternehmen müssen auf einfache Art feststellen können, ob ihr beabsichtigtes Zusammenschlussvorhaben einer Anmelde- bzw Prüfpflicht unterliegt, gegebenenfalls bei welcher Wettbewerbsbehörde und welche Verfahrensfristen Anwendung finden. Dies sei bei der Verweisungslösung der EK nicht der Fall. Das Erfordernis einer wirksamen Fusionskontrolle könne die Ausdehnung der FKVO durch die EK nicht rechtfertigen, da nationale Wettbewerbsbehörden Zusammenschlüsse gemäß des EuGH-Urteils in der *Rs Towercast*¹⁸² auch nach Art 102 AEUV prüfen können. Darüber hinaus hat die Verweisungslösung der EK gegen den Grundsatz des institutionellen Gleichgewichts verstoßen, da die Kompetenz für die Änderung der Umsatzschwellen nach der FKVO klar dem Unionsgesetzgeber zugeordnet, und die Entscheidung, ihre eigenen Anmeldeschwellen herabzusetzen, den Mitgliedsstaaten überlassen ist.¹⁸³

Eine formlose Anmeldung von Zusammenschlussvorhaben bei sämtlichen nationalen Wettbewerbsbehörden zur Fristauslösung des Art 22 FKVO, wie von der Kommission vorgeschlagen und vom EuG unbeanstandet, sieht der EuGH als impraktikabel an. Diese Vorgangsweise würde zu einer dezentralisierten Anmeldung bei den einzelnen Mitgliedsstaaten führen, welche ohne vorhersehbaren definierten inhaltlichen Kriterien darüber entscheiden

¹⁸¹ *Reidlinger/Kühnert*, ÖZK 2024/5, 163 (165f); EuGH C-611/22 P und C-625/22 P, *Illumina/Kommission*, ECLI:EU:C:2024:677, Rz 183, 197f.

¹⁸² Siehe dazu im Detail Kapitel 2; EuGH C-449/21, *Towercast*, ECLI:EU:C:2023:207, Rz 50 und 53.

¹⁸³ *Reidlinger/Kühnert*, ÖZK 2024/5, 163 (166); EuGH C-611/22 P und C-625/22 P, *Illumina/Kommission*, ECLI:EU:C:2024:677, Rz 199f, 206ff, 214ff.

könnten, ob sie einen Verweisungsantrag an die EK, welcher wiederum deren Zuständigkeit begründen sollte, stellen oder nicht.¹⁸⁴

Eher in den Schlussanträgen des Generalanwalts als im Urteil des EuGH Eingang gefunden hat das Argument, dass es eher kontraproduktiv für das angestrebte Ziel ist, die Prüfungsbefugnis der EK auch auf Zusammenschlüsse auszuweiten, die die geforderten Umsatzschwellen zwar unterschreiten, jedoch einer Prüfung auf EU-Eben bedürfen, an Verweisungsanträge von Mitgliedsstaaten zu koppeln. Funktional können die unterlaufenen Umsatzschwellen durch das Erfordernis eines Verweisungsantrages aufgrund der geringen materiellen Voraussetzungen nicht ersetzt werden, vor allem weil die EK selbst gerne auf die Mitgliedsstaaten hinwirkt bzw hingewirkt hat, Verweisungsanträge nach Art 22 FKVO an sie zu stellen. Auch ein Mindestquorum an antragstellenden bzw sich einem Verweisungsantrag anschließenden Mitgliedsstaaten sieht die FKVO nicht vor, sodass auch die Anzahl an teilnehmenden Mitgliedsstaaten den Mangel an inhaltlichen Prüfkriterien zur Legitimationsbegründung des Verfahrens nicht ersetzen kann.¹⁸⁵

2.4.3 Folgen der EuGH-Entscheidung

Die Beschlüsse der EK, mit denen sie die Verweisungsanträge angenommen hatte, sowie das Urteil des EuG wurden mit dem Urteil aufgehoben.¹⁸⁶ Die EK hat als Reaktion auf das Urteil des EuGH die restlichen Entscheidungen, die sie in der Rs Illumina/Grail erlassen hatte, wie die Bußgeldentscheidung und Entflechtungsanordnung, selbst wieder zurückgenommen und die Geldbußen wieder erstattet.¹⁸⁷ Denkbar sind Ersatzansprüche der EU auf Basis des Art 340 Abs 2 AEUV. Dies ebenfalls für die beteiligten Unternehmen der geplanten Zusammenschlüsse Qualcomm/Autotalks und EEX/Nasdaq Power, von denen aufgrund der Einleitung einer Prüfung nach Art 22 FKVO durch die EK Abstand genommen wurde. Art 340 AEUV hat jedoch eine hohen Haftungsmaßstab, da er einen Verstoß voraussetzt, die eine Verwaltungsbehörde bei Anwendung der gewöhnlichen Sorgfalt unter ähnlichen Umständen nicht begangen hätte.¹⁸⁸

Zudem haben jene Mitgliedsstaaten, die Verweisungsanträge nach Art 22 FKVO zur Prüfung des Erwerbs von Inflection AI. Inc. durch Microsoft Corporation gestellt hatten, diese wieder

¹⁸⁴ Gündel, NZKart 2024, 527 (530); EuGH C-611/22 P und C-625/22 P, *Illumina/Kommission*, ECLI:EU:C:2024:677, Rz 210.

¹⁸⁵ Gündel, NZKart 2024, 527 (530f); GA Emiliou, Schlussanträge 21.03.2024 zu C-611/22 P und C-625/22 P, *Illumina/Kommission*, ECLI:EU:C:2024:264, Rz 67.

¹⁸⁶ Bauer/Cappel, ecolex 2024/550, 959 (961); EuGH C-611/22 P und C-625/22 P, *Illumina/Kommission*, ECLI:EU:C:2024:677, Urteilsspruch 1, 2 und 3.

¹⁸⁷ Reidlinger/Kühnert, ÖZK 2024/5, 163 (167); Bauer/Cappel, ecolex 2024/550, 959 (961).

¹⁸⁸ Picht/Leitz, Illuminating the Law and Casting a Tower? GRUR 2024, 1755 (1758).

zurückgezogen.¹⁸⁹ Dies obwohl einmal gestellte Verweisungsanträge eigentlich nicht mehr zurückgenommen werden können.¹⁹⁰ Zurückzuführen wird diese Akzeptanz der Rücknahme der Anträge durch die EK wohl auf die gemäß dem EuGH-Urteil von Beginn an unrechtmäßige Verweisung an sich sein.

Nach dem Urteil des EuGH gilt nunmehr wieder die ursprüngliche Auslegung des Art 22 FKVO, wonach antragstellende Mitgliedsstaaten nach ihrem nationalen Fusionskontrollrecht zur Prüfung des Zusammenschlusses zuständig sein müssen. Da ansonsten, wie oben erwähnt¹⁹¹, eine Rechtsschutzlücke entstehen würde, muss die Berechtigung und Verpflichtung der EK bzw der Unionsorgane angenommen werden, das Vorliegen dieser Zuständigkeit zu überprüfen.¹⁹²

Das Großherzogtum Luxemburg darf weiterhin Verweisungsanträge nach Art 22 FKVO an die EK stellen, da es nach wie vor über kein nationales Fusionskontrollrecht verfügt und somit auch unverändert in den Anwendungsbereich fällt. Die EK hat bereits anklingen lassen, dass sie deswegen zukünftig enger mit Luxemburg zusammenarbeiten möchte.¹⁹³ Doch auch für die anderen Mitgliedsstaaten ist die Anwendbarkeit des Art 22 FKVO nun nicht völlig ausgeschlossen. Die Mitgliedsstaaten müssen nur nach ihrem nationalen Fusionskontrollrecht für die Prüfung des konkreten Zusammenschlusses zuständig sein und können diesen sodann wie gewohnt an die EK gemäß Art 22 FKVO verweisen. Einige Mitgliedsstaaten haben bereits sog. „Call-in-Optionen“¹⁹⁴ eingeführt, um die Anmeldung von Zusammenschlüssen, die die grundsätzlich geforderten Schwellenwerte nicht erfüllen, fordern zu können.¹⁹⁵

Ein großer Anteil der Lehre war der Meinung, dass es für eine Verweisung nach Art 22 FKVO keiner vorangehenden Zuständigkeit des Mitgliedsstaats bedürfe¹⁹⁶, sodass die Ansicht des EuGH für einige eine Überraschung darstellte. Seit 2021 hatten sich jedoch immer mehr Unterstützer der Gegenauffassung angeschlossen.¹⁹⁷

Der EuGH stellte in seiner Entscheidung das Element der Rechtssicherheit in den Vordergrund, sodass die Frage im Raum steht, welche Möglichkeiten den Wettbewerbsbehörden zur Reaktion

¹⁸⁹ Reidlinger/Kühnert, ÖZK 2024/5, 163 (167); Bauer/Cappel, *ecolex* 2024/550, 959 (961).

¹⁹⁰ Körber in Immenga/Mestmäcker (Hrsg), Wettbewerbsrecht III, Kommentar zum Deutschen und Europäischen Fusionskartellrecht⁷ (2025) Art. 22 FKVO Rz 19.

¹⁹¹ Siehe hierzu Kapitel 2.4.

¹⁹² Gundel, NZKart 2024, 527 (531).

¹⁹³ Bauer/Cappel, *ecolex* 2024/550, 959 (962).

¹⁹⁴ Siehe hierzu Kapitel 4.4.2.

¹⁹⁵ Ende, Die Schwelle des Vertretbaren übertreten: Art. 22 FKVO nach dem EuGH-Urteil Illumina, NZKart 2024, 532 (534); Picht/Leitz, GRUR 2024, 1755 (1758).

¹⁹⁶ Siehe Kapitel 2.2.2 sowie 2.3.3.

¹⁹⁷ Reidlinger/Kühnert, ÖZK 2024/5, 163 (166f).

auf Killer Acquisitions¹⁹⁸ bleiben. In den dem Urteil des EuGH drei vorangegangenen Jahren hat die EK von 100 als potenziell kritisch erachteten Zusammenschlüssen, die keiner Anmeldepflicht innerhalb der EU unterlagen, tatsächlich nur drei geprüft. Dies waren neben Illumina/Grail die erwähnten Zusammenschlussvorhaben Qualcomm/Autotalks und EEX/Nasdaq Power, von denen die beteiligten Unternehmen jeweils nach ihrer Verweisung an die EK Abstand nahmen. In den Jahren 2021, 2022, 2023 und 2024 gab es jeweils nur zwei bis drei Verweisungsanträge der Mitgliedsstaaten.¹⁹⁹

Eine Möglichkeit, Zusammenschlüsse zu prüfen, die die Umsatzschwellen nicht erreichen, eröffnete der EuGH in der Rs Towercast, die im folgenden Kapitel näher behandelt wird. Ob dieses Urteil nun mehr Rechtssicherheit bietet, sei dahingestellt.

3. Rs Towercast: ex-post-Kontrolle von vollzogenen Zusammenschlüssen nach Art 102 AEUV

In seinem Urteil zur Rs Illumina/Grail erwähnt²⁰⁰, stellte der EuGH in der Rs Towercast²⁰¹ fest, dass bereits vollzogene Zusammenschlüsse einer ex-post-Kontrolle unterstellt werden können, was wiederum, wie einst die Verweisungslösung der EK, erneut die Rechts- und Planungssicherheit für Unternehmen gefährdet.²⁰² Diese Form der Ausweitung der Fusionskontrolle geht auch zu Lasten des One-Stop-Shop-Prinzips²⁰³ sowie der fundamentalen Unterscheidung bzw traditionellen Trennung zwischen der ex-ante Fusionskontrolle und der ex-post Verhaltenskontrolle, wobei es in Zukunft zum großen Teil auf die nationalen Wettbewerbsbehörden (und die EK) selbst ankommen wird, wie diese ihre neu gewonnenen Befugnisse zur Anwendung bringen.²⁰⁴

3.1 Hintergrund der Entscheidung

Der europäische Gesetzgeber hat sich mit der FKVO für ein präventives Kontrollsystem entschieden, das eine Anmeldung von Zusammenschlussvorhaben vor deren Vollziehung notwendig macht und die ex-ante-Kontrolle der EK durch ein umfangreiches Vollzugsverbot absichert. Das dient vorrangig der Rechtssicherheit und der Vermeidung von erheblichem Aufwand bei einem nachträglichen Aufgreifen bereits vollzogener Zusammenschlüsse. Die

¹⁹⁸ Zur Definition siehe Kapitel 1.1.

¹⁹⁹ *Reidlinger/Kühnert*, ÖZK 2024/5, 163 (166f); *Vestager*, Speech by EVP M. Vestager at the 28th Annual Competition Conference of the International Bar Association, ec.europa.eu (Stand 6. 9. 2024); *Ely*, BB 2024/42, 2387; *Schmidt/Betzendörfer*, NZKart 2024, 535 (536f).

²⁰⁰ Siehe Kapitel 2.4.2.

²⁰¹ EuGH C-449/21, *Towercast*, ECLI:EU:C:2023:207.

²⁰² *Brinker*, Towercast und die (ersten) Folgen, NZKart 2024, 360.

²⁰³ Siehe hierzu Kapitel 2.1.

²⁰⁴ *Mulder/Sauter*, Journal of Antitrust Enforcement (2023) 11, 544f.

Befugnis für eine nachträgliche Prüfung ist vorwiegend den Wettbewerbsbehörden jener Staaten vorbehalten, die über kein präventives Fusionskontrollregime verfügen, sondern freiwillige Zusammenschlussanmeldungen vorsehen.²⁰⁵

In den vergangenen Jahren wurden Meinungen laut, dass Wettbewerbsbehörden bei der materiellen Prüfung von Zusammenschlussvorhaben zu kulant waren und Zusammenschlüsse genehmigt hätten, von denen sich im Nachhinein herausgestellt hat, dass sie besser nicht hätten genehmigt werden sollen. Ebenfalls im Vordergrund stehen die bereits behandelten Killer Acquisitions, bei welchen bekanntlich Regelungs- und Durchsetzungslücken beklagt werden. Doch werden auch in anderen Bereichen, wie in kleineren, regionalen Märkten eben solche Lücken bemängelt.²⁰⁶

Bereits im Jahr 1973, dh zu einem Zeitpunkt, als es noch keine Fusionskontrolle auf EU-Ebene gab, befasste sich der EuGH in der Rs Continental Can²⁰⁷ mit der Frage, ob ein Zusammenschluss anhand des primären EU-Wettbewerbsrechts, im Konkreten der Vorgängerregelung des Art 102 AUEV, überprüft werden könnte, und bejahte dies.²⁰⁸

Nunmehr wandte sich ein französisches Gericht mit der Frage, ob die sog. Continental-Can-Doktrin, dh die Anwendbarkeit des Art 102 AEUV auf (auch bereits vollzogene) Zusammenschlüsse, trotz mittlerweile bestehender EU- und nationaler Fusionskontrolle weiterhin anwendbar ist, an den EuGH. Die Vorlagefrage betraf einen Zusammenschluss, der weder nach EU- noch nach nationalem Fusionskontrollrecht anmeldepflichtig war.²⁰⁹

Art 21 Abs 1 FKVO regelt nämlich eigentlich ausdrücklich, dass auf Zusammenschlüsse iSd Art 3 FKVO ausschließlich die FKVO und nicht die Verordnung 1/2003²¹⁰, welche die Durchführung der Art 101 und Art 102 AUEV regelt, zur Anwendung kommt.²¹¹

3.2 Rs Continental Can (1973): Marktstrukturmissbrauch nach Art 102 AEUV

Die EK führte in den 1970er Jahren zunächst mangels Bestehens von Fusionskontrollrecht Untersuchungen und Überlegungen zur Anwendung des primären EU-Wettbewerbsrechts auf Unternehmenszusammenschlüsse durch und wollte die daraus gezogenen Schlüsse im Fall

²⁰⁵ Brinker, NZKart 2024, 360.

²⁰⁶ Brinker, NZKart 2024, 360 (361).

²⁰⁷ EuGH C 6/72, *Europemballage Corporation und Continental Can Company Inc./Kommission*, ECLI:EU:C:1973:22.

²⁰⁸ Brinker, NZKart 2024, 360 (361).

²⁰⁹ Brinker, NZKart 2024, 360 (361f).

²¹⁰ VO (EG) 1/2003 des Rates vom 16.12.2002 zur Durchführung der in den Artikeln 81 und 82 des Vertrags niedergelegten Wettbewerbsregeln, ABl L 2003/1, 1 (in Folge „**Verordnung 1/2003**“).

²¹¹ Mulder/Sauter, Journal of Antitrust Enforcement (2023) 11, 544 (550).

Continental Can²¹² sodann in der Praxis zur Anwendung bringen. Continental Can beabsichtigte den Erwerb eines Wettbewerbers, der auf demselben Markt tätig war. Die EK war der Ansicht, dass dieser Zusammenschluss zu einer spürbaren Verstärkung der Marktanteile von Continental Can und damit zur praktischen Ausschaltung des Wettbewerbs am relevanten Markt führen würde, was den Erwerbsvorgang missbräuchlich iSd der Vorgängerbestimmung des Art 102 AEUV machte. Die EK untersagte den Zusammenschluss auf dieser Grundlage, woraufhin sich Continental Can an den EuGH wandte.²¹³

Der EuGH prüfte sowohl die grundsätzliche Anwendbarkeit der im Primärrecht vorgesehenen Missbrauchsaufsicht auf Zusammenschlüsse als auch deren Anwendbarkeit auf den konkreten Fall. Er bestätigte die Auffassung der EK, dass die primärrechtlichen Bestimmungen über die Missbrauchsaufsicht auch auf Zusammenschlüsse anwendbar sind, da es ein missbräuchliches Verhalten darstellen könnte, wenn ein marktbeherrschendes Unternehmen seine Stellung so verstärkt, dass der Wettbewerb wesentlich behindert wird und nur mehr Unternehmen auf dem Markt erhalten bleiben, die in ihrem Marktverhalten vom Marktbeherrscher abhängen. Es komme dabei weder auf ein Verschulden noch auf einen kausalen Zusammenhang zwischen dem Bestehen einer marktbeherrschenden Stellung und deren missbräuchlicher Ausnutzung an.²¹⁴ Dieser sog. Marktstrukturmissbrauch unterfällt einer ex-post-Kontrolle nach Art 102 AEUV und ermöglicht die Prüfung eines Zusammenschlusses anhand der tatsächlich eingetretenen Marktveränderung anstatt eine ex-ante Prognose der wettbewerblichen Auswirkungen treffen zu müssen.²¹⁵ Art 102 AEUV bezieht sich laut EuGH nicht nur auf Verhaltensweisen, die Verbrauchern unmittelbar einen Schaden zufügen, sondern auch jene, die Verbraucher indirekt durch einen Eingriff in die Marktstruktur schädigen.²¹⁶

Als Kriterien, die bei der Beurteilung eines Marktstrukturmissbrauchs zu berücksichtigen sind, nannte der EuGH (i) eine wesentliche Behinderung des Wettbewerbs, durch welche ausschließlich Unternehmen auf dem Markt verbleiben, die in ihrem Marktverhalten vom Marktbeherrscher abhängen, (ii) eine die Vertragsziele umgehende sowie die Handlungsfreiheit der Verbraucher auf dem Markt ernsthaft gefährdende Änderung der Angebotsstruktur sowie (iii) das Verbot der Abschottung eines wesentlichen Teils des Binnenmarkts.²¹⁷

²¹² EuGH C 6/72, *Europemballage Corporation und Continental Can Company Inc./Kommission*, ECLI:EU:C:1973:22.

²¹³ *Brinker*, NZKart 2024, 360 (362).

²¹⁴ *Brinker*, NZKart 2024, 360 (362).

²¹⁵ *Ende*, NZKart 2023, 589 (590).

²¹⁶ *Innerhofer/Petje/Dolina*, ÖZK 2023/3, 79 (81); *Fuchs in Immenga/Mestmäcker* (Hrsg), Wettbewerbsrecht I, Kommentar zum Europäischen Kartellrecht⁷ (2025) Art. 102 AEUV Rz 357.

²¹⁷ *Fuchs in Immenga/Mestmäcker I*⁷ Art. 102 AEUV Rz 357.

In der konkreten Sache entschied er jedoch, dass die Sachverhaltsfeststellungen der EK nicht genügten, um ein missbräuchliches Verhalten von Continental Can festzustellen, und hob die Entscheidung der EK auf.²¹⁸

Nach der Rs Continental Can gab es keine weiteren Verbotsentscheidungen im Zusammenhang mit Unternehmenszusammenschlüssen auf Grundlage des Art 102 AEUV.²¹⁹ Dies kann daran liegen, dass nach Einführung der FKVO in der Praxis die Ansicht vertreten wurde, dass auf Grundlage des Art 21 FKVO und des Selbstständigkeitscharakters der FKVO eine nachträgliche Prüfung von Zusammenschlüssen über die Verhaltenskontrolle des Art 102 AEUV nicht mehr möglich ist.²²⁰

3.3 Rs Towercast

3.3.1 Zugrundeliegender Sachverhalt

Im der Rs Towercast zugrundeliegenden Sachverhalt erwarb das französische Infrastrukturunternehmen Télédiffusion de France den Wettbewerber Itas, ohne dass dieser Vorgang eine Anmeldepflicht nach EU- bzw französischen Fusionskontrollrecht auslöste, weil die Umsätze der beteiligten Unternehmen unterhalb der jeweiligen Anmeldeschwellen lagen. Der letzte am Markt übrig gebliebene Wettbewerber Towercast SASU beschwerte sich daraufhin bei der französischen Wettbewerbsbehörde und verwies auf die noch immer gültige Continental-Can-Doktrin und die unmittelbare und direkte Anwendbarkeit des im EU-Primärrecht geregelten Art 102 AEUV.²²¹ Der Wettbewerber behauptete, dass der Erwerber seine bestehende Marktmacht missbraucht, weil er seine beherrschende Stellung durch die Übernahme eines anderen Wettbewerbers verstärkt, und insbesondere den Wettbewerb auf den vor- und nachgelagerten Großkundenmärkten behindert.²²² Das Inkrafttreten der FKVO und der dort geregelten ex-ante-Prüfung von Zusammenschlussvorhaben hätte nicht zur Folge, die Anwendung des EU-Primärrechts auszuschließen, auch wenn damit eine systemwidrige ex-post-Kontrolle einherginge. Die französische Wettbewerbsbehörde lehnte dies Anfang 2020 unter Verweis auf den offensichtlichen Willen des EU-Gesetzgebers ab, Zusammenschlussvorhaben ausschließlich dem Anwendungsbereich der EU-Fusionskontrolle zu unterwerfen.²²³ Sie stützte sich auf die die Entscheidung in der Rs Continental Can und

²¹⁸ Brinker, NZKart 2024, 360 (362).

²¹⁹ Brinker, NZKart 2024, 360 (363); Innerhofer/Petje/Dolina, ÖZK 2023/3, 79 (81).

²²⁰ Langguth, Ex-Post-Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen nach Art. 102 AEUV, NZKart 2023, 214 (215).

²²¹ Brinker, NZKart 2024, 360 (363); Langguth, NZKart 2023, 214; von Schreitter, NZKart 2023, 255 (256); Innerhofer/Petje/Dolina, ÖZK 2023/3, 79f.

²²² Ende, NZKart 2023, 589; Langguth, NZKart 2023, 214; Innerhofer/Petje/Dolina, ÖZK 2023/3, 79 (80).

²²³ Brinker, NZKart 2024, 360 (363); Langguth, NZKart 2023, 214.

vertrat, dass die dort ermöglichte Prüfung von Zusammenschlüssen anhand des Art 102 AEUV mit Einführung der FKVO obsolet geworden war.²²⁴ Das in weiterer Folge damit befasste französische Gericht erhob Mitte 2021 ein Vorabentscheidungsersuchen an den EuGH und fragte, ob Art 21 Abs 1 FKVO die Anwendung des Art 102 AEUV auf ein Zusammenschlussvorhaben, welches weder der EU- noch der französischen Fusionskontrolle unterliegt und auch nicht gemäß Art 22 FKVO an die EK verwiesen wurde, ausschließen würde²²⁵, dh eine sog. Sperrwirkung entfalte.²²⁶

3.3.2 Schlussanträge der befassten Generalanwältin

Die mit der Sache befasste Generalanwältin verwies in ihren Schlussanträgen auf die Rechtsnatur des Art 102 AEUV als primärrechtliche Norm, deren unmittelbare Anwendbarkeit vom EuGH seit Beginn seiner Rechtsprechung anerkannt wurde und außer Frage stünde. Eine sekundärrechtliche Norm könnte nur den Anwendungsbereich einer anderen sekundärrechtlichen Norm einschränken, nicht jedoch einer Norm des Primärrechts.²²⁷ Auch die unterschiedlichen verfolgten Zwecke der ex-ante EU-Fusionskontrolle einerseits und der ex-post-Kontrolle des Art 102 AEUV andererseits könnten zu keinem anderen Ergebnis führen. Unter dem Aspekt der Rechtssicherheit sei dies zwar nicht unbedenklich, doch auch diese könnte die Nichtanwendbarkeit der primärrechtlichen Norm nicht rechtfertigen, insbesondere weil das Missbrauchsverbot wohl auf wenige Fälle beschränkt sein würde. Die Entscheidung in der Rs *Continental Can* bietet nach der Generalanwältin ebenfalls nicht den Interpretationsspielraum, dass das Inkrafttreten der europarechtlichen Fusionskontrolle nunmehr zum Ausschluss der Anwendung des Art 102 AEUV führe. Die Regelungen seien komplementär und als gegenseitige Ergänzung zu verstehen und der Art 102 AEUV damit auch im gegenständlichen Fall unmittelbar und direkt anzuwenden.²²⁸ Das Nichterreichen der Umsatzschwellen nach der FKVO bedeute bloß, dass keine ex-ante-Kontrolle auf Basis der FKVO möglich ist, jedoch nicht, dass dies auch eine ex-post-Kontrolle nach Art 102 AEUV ausschließt. Die Generalanwältin argumentierte jedoch, dass ein Zusammenschluss, der bereits ex-ante anhand der FKVO geprüft wurde, nach dem Prinzip *lex specialis derogat legi generali* ex-post nur überprüft bzw als Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung eingestuft

²²⁴ *Ende*, NZKart 2023, 589.

²²⁵ *Brinker*, NZKart 2024, 360 (363); *Langguth*, NZKart 2023, 214; *Mulder/Sauter*, Journal of Antitrust Enforcement (2023) 11, 544 (551); *von Schreitter*, NZKart 2023, 255 (256).

²²⁶ *Innerhofer/Petje/Dolina*, ÖZK 2023/3, 79 (80).

²²⁷ *Brinker*, NZKart 2024, 360 (363f); *Mulder/Sauter*, Journal of Antitrust Enforcement (2023) 11, 544 (551); *GA Kokott*, Schlussanträge 13.10.2022 zu C-449/21, *Towercast*, ECLI:EU:C:2022:777, Rz 29ff.

²²⁸ *Brinker*, NZKart 2024, 360 (363f); *GA Kokott*, Schlussanträge 13.10.2022 zu C-449/21, *Towercast*, ECLI:EU:C:2022:777, Rz 39ff, 50ff.

werden darf, wenn das betreffende Unternehmen ein über den Vorgang des Zusammenschlusses hinausgehendes missbräuchliches Verhalten an den Tag legt. Zusammenfassend bedeutet das, dass die Generalanwältin eine ex-post Zusammenschlusskontrolle anhand des Art 102 AEUV für möglich erachtet, wenn der Zusammenschluss keiner ex-ante Kontrolle unterlag, diese jedoch ausschließt, wenn der Zusammenschluss bereits ex-ante freigegeben wurde und kein zusätzliches missbräuchliches Verhalten hinzugetreten ist. Der Anwendungsbereich einer Zusammenschlusskontrolle nach Art 102 AEUV wäre somit begrenzt und zusätzlich durch den auf dem Verhältnismäßigkeitsprinzip basierenden Vorrang verhaltensorientierter Abhilfemaßnahmen abgeschwächt, indem eher Geldbußen verhängt als Entflechtungen angeordnet werden würden.²²⁹ Laut Generalanwältin gäbe es eine Schutzlücke bei der Zusammenschlusskontrolle von innovativen Start-Ups im digitalen und pharmazeutischen Bereich (Killer Acquisitions)²³⁰, was von der Literatur als legitimes Bedürfnis für eine Ergänzung der ex-ante Fusionskontrolle durch die ex-post-Kontrolle bestätigt wird.²³¹

3.3.3 Entscheidung des EuGH

Der EuGH schloss sich in seiner Entscheidung aus dem Jahr 2023 den Schlussanträgen der Generalanwältin im Wesentlichen an. Eine Unanwendbarkeit des Art 102 AEUV ergäbe sich weder aus dem Wortlaut der FKVO noch aus dem systematischen Zusammenhang bzw deren Regelungszweck. Ausdrücklich betonte der EuGH, dass ein sekundärrechtlicher Rechtsakt niemals die Anwendung von Primärrecht verdrängen könnte.²³²

Konkret regelt Art 21 Abs 1 FKVO gemäß seinem Wortlaut den Vorrang der FKVO gegenüber anderen sekundärrechtlichen Rechtsakten in Bezug auf Zusammenschlüsse, jedoch nicht gegenüber dem EU-Primärrecht, sodass die FKVO nicht als speziellere Norm im Verhältnis zum EU-Primärrecht gelten kann. Dem Unionsgesetzgeber könne nicht unterstellt werden, dass er durch die Einführung der FKVO die Prüfung nach Art 102 AEUV auf nationaler Ebene ausschließen wollte, auch wenn es sich bei der FKVO systematisch um ein besonderes Verfahrensinstrument zur Kontrolle von Zusammenschlüssen handelt. Das One-Stop-Shop-Prinzip stünde dem auch nicht entgegen. Eine sekundärrechtlich geregelte Verfahrensordnung

²²⁹ *Mulder/Sauter*, Journal of Antitrust Enforcement (2023) 11, 544 (551); *GA Kokott*, Schlussanträge 13.10.2022 zu C-449/21, *Towercast*, ECLI:EU:C:2022:777, Rz 57ff.

²³⁰ *Innerhofer/Petje/Dolina*, ÖZK 2023/3, 79 (86); *GA Kokott*, Schlussanträge 13.10.2022 zu C-449/21, *Towercast*, ECLI:EU:C:2022:777, Rz 48.

²³¹ *Fuchs in Immenga/Mestmäcker I*⁷ Art. 102 AEUV Rz 361.

²³² *Brinker*, NZKart 2024, 360 (363f); *Mulder/Sauter*, Journal of Antitrust Enforcement (2023) 11, 544 (551); EuGH C-449/21, *Towercast*, ECLI:EU:C:2023:207, Rz 44, 50.

sei zur Anwendung des Art 102 AEUV auch nicht notwendig, da dieser klar, präzise und unbedingt formuliert ist.²³³

Der EuGH argumentiert, dass die FKVO die Anwendung von Primärrecht nicht verhindern kann. Auf Basis ihrer Rechtsgrundlagen in Art 352 und Art 103 AEUV dient sie ebenfalls der Verwirklichung der mit den Art 101 und 102 AEUV verfolgten Ziele und stellt ein vom Primärrecht abgeleitetes Instrument dar, auch wenn sie innerhalb ihres Anwendungsbereichs das primäre Mittel zur Zusammenschlusskontrolle darstellt.²³⁴

Nach dem siebenten Erwägungsgrund der FKVO sind die (heutigen) Art 101 und 102 AEUV auf bestimmte Zusammenschlüsse anwendbar, reichen jedoch nicht aus, um alle Zusammenschlüsse zu erfassen, die mit dem Wettbewerb unvereinbar sein könnten. Daraus ergibt sich laut EuGH, dass die FKVO zu einer Gesamtheit von Rechtsvorschriften gehört, die allesamt zu gewährleisten hätten, dass der Wettbewerb keiner Verfälschung unterliegt. In Anbetracht der Rechtssicherheit sei zwar die ex-ante-Kontrolle zu bevorzugen, diese könne die nachträgliche Kontrolle jedoch nicht ausschließen. Das Verfahrensrecht der Mitgliedsstaaten bleibt durch Art 21 Abs 1 FKVO unberührt, sodass es den nationalen Wettbewerbsbehörden offen stünde, Zusammenschlüsse anhand des Art 102 AEUV auf Basis ihrer nationalen Verfahrensregeln zu überprüfen.²³⁵ Aufgrund der Fragestellung im gegenständlichen Verfahren ließ der EuGH offen, ob auch die EK auf Basis des Art 102 AEUV direkt gegen betroffene Unternehmen vorgehen kann.²³⁶ Dies wird jedoch aufgrund dessen, dass sich die EK aufgrund des Art 21 Abs 1 FKVO nicht auf die Anwendung der Verordnung 1/2003 stützen kann, eher auszuschließen sein.²³⁷

Der EuGH stellte bloß fest, dass die Anwendung des Art 102 AEUV jedenfalls für solche Zusammenschlüsse gelten müsste, die die Umsatzschwellen nach EU- und nationalem Fusionskontrollrecht nicht erreichen. Ob es auch eine doppelte Kontrolle ex-ante nach der FKVO und ex-post nach Art 102 AEUV geben könnte, ließ er aufgrund der konkreten Fragestellung wiederum offen. Die Generalanwältin hatte hierzu ausgeführt, dass Art 102 AEUV auch bei fusionskontrollrechtlich ex-ante freigegebenen Zusammenschlüssen grundsätzlich anzuwenden wäre, in diesem Fall jedoch die FKVO als spezielleres Recht dem

²³³ *Ende*, NZKart 2023, 589 (590); *Mulder/Sauter*, Journal of Antitrust Enforcement (2023) 11, 544 (551f); *von Schreitter*, NZKart 2023, 255 (257); EuGH C-449/21, *Towercast*, ECLI:EU:C:2023:207, Rz 30, 34ff, 51.

²³⁴ *von Schreitter*, NZKart 2023, 255 (257); EuGH C-449/21, *Towercast*, ECLI:EU:C:2023:207, Rz 40.

²³⁵ *Ante*, Neue Rechtsunsicherheit für nicht anmeldepflichtige Zusammenschlüsse – Die Towercast-Entscheidung des EuGH und ihre Folgen, GWR 2023, 147 (148); *Innerhofer/Petje/Dolina*, ÖZK 2023/3, 79 (80f); EuGH C-449/21, *Towercast*, ECLI:EU:C:2023:207, Rz 38ff.

²³⁶ *Ante*, GWR 2023, 147 (148).

²³⁷ *Mulder/Sauter*, Journal of Antitrust Enforcement (2023) 11, 544 (552).

EU-Primärrecht vorgehe und ein freigegebener Zusammenschluss nicht nachträglich einen Marktstrukturmissbrauch darstellen könnte, was zwar inhaltlich überzeugt, ihrer sonstigen Argumentation aber klar widerspricht. Art 102 AEUV müsste entweder insgesamt der FKVO als primärrechtliche Bestimmung vorgehen und damit eine doppelte ex-ante und ex-post Kontrolle ermöglichen oder vor der Anwendung der spezielleren FKVO zurückweichen und bei Zusammenschlüssen unanwendbar bleiben. Die im ersten Fall ermöglichte doppelte Kontrolle würde jedoch die Fusionskontrolle ihrer Rechtssicherheit berauben. Eine Lösung wäre, im Fall von erfolgter ex-ante-Kontrolle eine Ausnahme aus dem Grundsatz des Vertrauensschutzes abzuleiten, um eine zusätzliche ex-post Kontrolle zu unterbinden.²³⁸ Denkbar ist, wie die Generalanwältin ausgeführt hat²³⁹, eine parallele Anwendung der FKVO im Vorhinein und des Art 102 AEUV im Nachhinein, wenn der Marktbeherrscher sich ein über den Zusammenschluss hinausgehendes missbräuchliches Verhalten zu Schulden kommen lässt.²⁴⁰

Eine nachträgliche Zusammenschlusskontrolle nach Art 102 AEUV kommt für den EuGH damit unter Verweis auf die Rs *Continental Can*²⁴¹ unter vier Voraussetzungen in Frage, und zwar, (i) wenn der Zusammenschluss die Schwellen für eine ex-ante Fusionskontrolle nicht erreicht, dies weder nach nationalem noch nach EU-Recht, (ii) es sich beim Erwerber um einen Marktbeherrscher handelt, (iii) er einen anderen Wettbewerber, der auf demselben Markt, wo der Erwerber Marktbeherrscher ist, tätig ist, übernimmt und (iv) der Zusammenschlussvorgang eine erhebliche Wettbewerbsbehinderung am betroffenen Markt zur Konsequenz hat. Die vier vom EuGH definierten Voraussetzungen der ex-post Zusammenschlusskontrolle anhand des Art 102 AEUV sind jedoch nicht so klar, wie sie grundsätzlich erscheinen.²⁴²

3.4 Folgen des Towercast-Urteils

3.4.1 Erste Reaktion: Verfahren nach Art 102 AEUV von nationalen Wettbewerbsbehörden

Einige Tage nach der Veröffentlichung des Urteils in der Rs *Towercast* leitete die belgische Wettbewerbsbehörde ein Verfahren gegen das Unternehmen Proximus, welches den Erwerb der Vermögenswerte des Unternehmens EDPnet beabsichtigte, ein. Sie erließ vorläufige Maßnahmen, um den Vollzug der Transaktion vorläufig zu verhindern und die anhaltende und

²³⁸ *Ende*, NZKart 2023, 589 (590); EuGH C-449/21, *Towercast*, ECLI:EU:C:2023:207, Rz 52; *GA Kokott*, Schlussanträge 13.10.2022 zu C-449/21, *Towercast*, ECLI:EU:C:2022:777, Rz 58f.

²³⁹ Siehe oben Kapitel 3.3.2.

²⁴⁰ *von Schreitter*, NZKart 2023, 255 (258); *GA Kokott*, Schlussanträge 13.10.2022 zu C-449/21, *Towercast*, ECLI:EU:C:2022:777, Rz 60.

²⁴¹ Siehe hierzu Kapitel 3.2.

²⁴² *Innerhofer/Petje/Dolina*, ÖZK 2023/3, 79 (81f); EuGH C-449/21, *Towercast*, ECLI:EU:C:2023:207, Rz 52.

eigenständige Existenz und Wettbewerbstätigkeit des Zielunternehmens aufrechtzuerhalten. Erst nach dem Verkauf von EDPnet an den Wettbewerber Citymesh, welcher das Ergebnis der Verständigung der belgischen Wettbewerbsbehörde und Proximus unter Einbeziehung von Citymesh darstellte, stellte sie das Verfahren gegen Proximus ein.²⁴³

Die französische Wettbewerbsbehörde ging einen Schritt weiter und leitete ein Ermittlungsverfahren nach Art 101 AEUV wegen des Vorwurfs von Absprachen im Sektor der Tierkörperbeseitigung ein. Auf dem französischen Markt für die Sammlung tierischer Neben- oder Nachprodukte tätige Unternehmen hätten einen umfangreichen Plan ausgearbeitet und umgesetzt, um sich diesen Markt mittels mehr als 20 Vereinbarungen über den Verkauf und die Abtretung von Geschäftsbetrieben geographisch aufzuteilen. Die einzelnen Vereinbarungen waren weder für sich alleine noch in ihrer Gesamtheit bei einer Wettbewerbsbehörde zur fusionsrechtlichen Prüfung anzumelden. Die französische Wettbewerbsbehörde erwog die Anwendung der vom EuGH in der Rs Towercast ausgearbeiteten Grundsätze einer ex-post-Kontrolle auf diese einzelnen, bereits vollzogenen Transaktionen, kam jedoch zum Ergebnis, dass eine konkrete, wettbewerbsbeschränkende Absprache nicht gegeben war und stellte ihr Verfahren wieder ein.²⁴⁴

Die Auswirkungen der EuGH-Entscheidung in der Rs Towercast sind damit nicht zu unterschätzen. Die befasste Generalanwältin und der EuGH hatten angedeutet, kein Risiko einer größeren Anzahl ex-post durchgeführter Ermittlungsverfahren gegen bereits vollzogene Transaktionen zu sehen. Der Generaldirektor der DG COMP hatte hingegen darauf hingewiesen, dass die EK auf die nachträgliche Kontrollmöglichkeit von Zusammenschlüssen nach Art 102 AEUV zurückgreifen müsste, wenn der EuGH ihr Vorgehen nach Art 22 FKVO einschränken würde²⁴⁵, was er schließlich im Herbst 2024 getan hat²⁴⁶.

3.4.2 Rechtsgrundlagen für das Tätigwerden nach Art 102 AEUV

Kritisch anzumerken ist, dass die Verordnung 1/2003 ausdrücklich sowohl die EK als auch gemäß ihrem Art 5 die nationalen Wettbewerbsbehörden zur Anwendung der Art 101 und Art 102 AEUV ermächtigt, sodass die Verordnung 1/2003 bislang als Rechtsgrundlage für das Tätigwerden beider, dh auch der nationalen Wettbewerbsbehörden, galt und diese die Art 101 und Art 102 AEUV auch nicht direkt anwendeten. Die Entscheidung in der Rs Towercast

²⁴³ *Brinker*, NZKart 2024, 360 (364).

²⁴⁴ *Brinker*, NZKart 2024, 360 (364f).

²⁴⁵ *Brinker*, NZKart 2024, 360 (365f).

²⁴⁶ Siehe hierzu Kapitel 2.4.2.

scheint hier eine Änderung der bisherigen Praxis vorzunehmen, wobei die tatsächlichen praktischen Auswirkungen abzuwarten sind.²⁴⁷

Die Verordnung 1/2003 gilt ausdrücklich nicht für Zusammenschlüsse iSd Art 3 FKVO. Grundsätzlich wären somit von diesem Gesetzestext ausgehend keine Zweifel übrig. Der Gesetzgeber hat sich für eine ausschließliche ex-ante-Kontrolle von Zusammenschlüssen einschließlich Anmeldepflichten und Durchführungsverbot entschieden. Eine nachträgliche Überprüfung von Zusammenschlüssen nach Art 102 AEUV untergräbt die Bedeutung dieses Fusionskontrollregimes wie auch die Rechtssicherheit für die Marktteilnehmer. Unternehmen müssen innerhalb eines angemessenen Zeitrahmens Gewissheit erlangen können, ob der von ihnen beabsichtigte Zusammenschluss dem (Fusions-)Kartellrecht standhält.²⁴⁸

Aufgrund des nationalen Sachverhalts der Rs Towercast, sprach der EuGH nicht offen aus, ob die Anwendung des Art 102 AEUV auf Zusammenschlüsse ausschließlich den nationalen Wettbewerbsbehörden vorbehalten bleibt. Seiner sonstigen Argumentation folgend, sollte dem eigentlich nicht der Fall sein und die nachträgliche Prüfung von Zusammenschlüssen anhand des Art 102 AEUV auch der EK frei stehen. Anhaltspunkte hierfür können in verschiedenen Formulierungen der Urteilsgründe gefunden werden.²⁴⁹ Grundsätzlich spricht gegen die Prüfkompetenz der EK nach Art 102 AEUV, dass die Verordnung 1/2003 nach Art 21 Abs 1 FKVO auf Zusammenschlüsse gemäß Art 3 FKVO eben nicht anwendbar ist, diese jedoch die wesentlichen Ermittlungsbefugnisse der EK hinsichtlich der Anwendung der Art 101 und Art 102 AEUV festlegt. Für eine Prüfkompetenz spricht hingegen der Anwendungsvorrang des Primärrechts und der Grundsatz der effektiven Durchsetzung des EU-Rechts, vor deren Hintergrund es schwer zu argumentieren wäre, wenn Art 101 und Art 102 AEUV zwar in Theorie anwendbar wären, praktisch aber mangels Ermittlungsbefugnissen der EK nicht angewendet werden könnten. Nach Art 1 Abs 1 FKVO ist die FKVO grundsätzlich in ihrer Gesamtheit nur auf Zusammenschlüsse von unionsweiter Bedeutung anwendbar, wobei unionsweite Bedeutung bei Zusammenschlüssen, die nach Art 102 und ggf. Art 101 AEUV geprüft werden könnten, mangels Erreichen der Umsatzschwellen genau nicht vorliegen wird, und damit Art 21 FKVO nicht zur Anwendung gelangt, sodass das Spannungsverhältnis möglicherweise so gelöst werden kann. Überdies hat die EK sich offen gelassen, für nicht an sie verwiesene Zusammenschlüsse unter den Umsatzschwellen der FKVO Art 105 AEUV anzuwenden, um eine Prüfung nach Art 101 und

²⁴⁷ *Mulder/Sauter*, Journal of Antitrust Enforcement (2023) 11, 544 (553).

²⁴⁸ *Mulder/Sauter*, Journal of Antitrust Enforcement (2023) 11, 544 (553).

²⁴⁹ *von Schreitter*, NZKart 2023, 255 (258).

Art 102 AEUV durchführen zu können. Angesichts der hohen Anforderungen ist grundsätzlich aber eher nicht damit zu rechnen, dass die EK Zusammenschlüsse nach Art 102 und ggf. Art 101 AEUV prüfen wird.²⁵⁰

Auf Basis des Subsidiaritätsprinzips sollte die EK Zusammenschlüsse nach Art 102 AEUV jedenfalls dann nicht prüfen, wenn diese davor bereits der nationalen Fusionskontrolle unterstellt wurden, sofern die nationale Freigabeentscheidung den Effektivitätsgrundsatz nicht verletzt.²⁵¹

Sofern eine Transaktion den Tatbestand des Art 3 FKVO nicht erfüllt, wie zB beim Erwerb einer Minderheitsbeteiligung unterhalb der Kontrollschwelle, steht es der EK jedenfalls frei, mittels Verordnung 1/2003 auf Basis des Art 102 AEUV tätig zu werden.²⁵²

3.4.3 Zeitliche Komponente der Geltendmachung des Art 102 AEUV

Der EuGH hat in seiner Entscheidung keine Frist festgelegt, innerhalb welcher ein vollzogener Zusammenschluss dem Art 102 AEUV (noch) unterfällt.²⁵³ Beim Zusammenschluss handelt es sich wohl um ein Dauerdelikt. Die Durchführung des Zusammenschlusses sowie die damit einhergehende Veränderung der Marktstruktur stellen den Verstoß gegen Art 102 AEUV dar, sodass der Zusammenschluss zeitlich unbeschränkt einer Prüfung unterliegen kann.²⁵⁴ Je mehr Zeit seit dem Vollzug vergangen ist, desto schwieriger gestaltet sich aber eine Entflechtung des Zusammenschlusses, dh seine Rückgängigmachung, sodass hierbei wiederum die Gebote der Verhältnismäßigkeit und Rechtssicherheit Berücksichtigung finden müssten. Im Sachverhalt der Rs Towercast lag beispielsweise ein Zeitraum von dreizehn Monaten zwischen Vollzug und Beschwerde. Im Wege einer Einzelfallabwägung müssen die Interessen der beteiligten Unternehmen am Bestand des Zusammenschlusses und das Interesse der Wettbewerbsbehörden am Wettbewerbsschutz gegeneinander abgewogen werden. Ganz im Sinne der Rechtssicherheit wäre aber die Festlegung einer Ausschlussfrist von maximal einem Jahr wünschenswert (gewesen).²⁵⁵

Hinzu kommt die fehlende zeitliche Beschränkung der Urteilstwirkungen in der Rs Towercast. Grundsätzlich haben nationale Gerichte die sich aus der Rechtsprechung des EuGH resultierende Auslegung von EU-Recht auch auf Sachverhalte anzuwenden, die sich vor

²⁵⁰ *Schmidt/Betzendörfer*, NZKart 2024, 535 (539).

²⁵¹ *Fuchs in Immenga/Mestmäcker I*⁷ Art. 102 AEUV Rz 354.

²⁵² *Hoffmann in Ludwigs* (Hrsg), Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts⁶² (Jänner 2025) § 28 Missbrauchsverbot Rz 136.

²⁵³ *Ende*, NZKart 2023, 589 (590f).

²⁵⁴ *von Schreitter*, NZKart 2023, 255 (259).

²⁵⁵ *Ende*, NZKart 2023, 589 (590f).

Ausspruch des Urteils abgespielt haben. Auf Antrag kann der EuGH unter besonderen Umständen aus Gründen der Rechtssicherheit eine zeitliche Beschränkung der Urteilswirkungen vorsehen, wenn die Gutgläubigkeit der Betroffenen und Gefahr schwerwiegender Störungen dafür sprechen.²⁵⁶ Gegenständlich wurde die Geltung des Urteils vom EuGH nicht auf bloß zukünftige Sachverhalte begrenzt, sondern ist das Urteil auch rückwirkend auf Zusammenschlüsse vor Urteilsverkündung anzuwenden. Dies rechtfertigte der EuGH damit, dass der gute Glaube der beteiligten Unternehmen wie auch die tatsächliche Gefahr schwerwiegender Störungen fraglich seien.²⁵⁷ Überdies sei Art 102 AEUV schon immer so zu verstehen gewesen.²⁵⁸ Zudem könne aus der abstrakten Möglichkeit der Prüfung eines Zusammenschlusses anhand des Art 102 AEUV nicht gefolgert werden, dass ein konkreter Zusammenschluss in Frage gestellt und damit ein mit erheblichen finanziellen Folgen verbundener Eingriff ins Eigentumsrecht vorliegen würde.²⁵⁹

Der EuGH hat die Gelegenheit hier nicht genutzt, um Unternehmen Rechtssicherheit zu verschaffen.

3.4.4 Marktbeherrschende Stellung nach Art 102 AEUV in der Auslegung der Rs Towercast

Der EuGH wies besonders darauf hin, dass nur die Verstärkung und nicht bereits die erstmalige Begründung einer marktbeherrschenden Stellung von der Kontrolle nach Art 102 AEUV erfasst ist.²⁶⁰ Ein Verstoß gegen Art 102 AEUV liegt materiellrechtlich nicht schon bei Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung bzw dessen Stärkung vor, sondern erfordert auch, dass am Markt nur mehr Unternehmen verbleiben, die in ihrem Marktverhalten vom marktbeherrschenden Unternehmen abhängen, wobei dies als eigene Tatbestandsvoraussetzung gelten dürfte.²⁶¹ Der EuGH fordert wohl eine besonders starke strukturelle Überlegenheit des Marktbeherrschers, aufgrund welcher alle übrigen Wettbewerber ihre wirtschaftlichen Entscheidungen ausschließlich in Reaktion auf den Marktbeherrscher treffen.²⁶² Im Endeffekt ist dies ein enger Maßstab, der die höhere Eingriffsintensität und die besseren Beweismöglichkeiten durch die Wettbewerbsbehörden im ex post-Verfahren wenigstens auszugleichen versucht.²⁶³ Der EuGH

²⁵⁶ *Innerhofer/Petje/Dolina*, ÖZK 2023/3, 79 (81).

²⁵⁷ *Langguth*, NZKart 2023, 214 (215); *von Schreitter*, NZKart 2023, 255 (259); EuGH C-449/21, *Towercast*, ECLI:EU:C:2023:207, Rz 57ff.

²⁵⁸ *von Schreitter*, NZKart 2023, 255 (259); EuGH C-449/21, *Towercast*, ECLI:EU:C:2023:207, Rz 58.

²⁵⁹ *Ante*, GWR 2023, 147 (148); *von Schreitter*, NZKart 2023, 255 (259); EuGH C-449/21, *Towercast*, ECLI:EU:C:2023:207, Rz 60.

²⁶⁰ *von Schreitter*, NZKart 2023, 255 (256); EuGH C-449/21, *Towercast*, ECLI:EU:C:2023:207, Rz 52.

²⁶¹ *Reidlinger/Kühnert*, ÖZK 2024/5, 163 (168); *Langguth*, NZKart 2023, 214 (215); *von Schreitter*, NZKart 2023, 255 (256); *Fuchs in Immenga/Mestmäcker I*⁷ Art. 102 AEUV Rz 358.

²⁶² *von Schreitter*, NZKart 2023, 255 (256f).

²⁶³ *Ende*, NZKart 2023, 589 (591).

verlangt zudem einen engen Marktbezug. Der Erwerber muss Marktbeherrscher über einen bestimmten Markt sein und den Wettbewerb auf diesem Markt durch Kontrollerwerb über ein Unternehmen, dass auf ebendiesem Markt tätig ist, erheblich behindern. Faktisch schränkt dies den Anwendungsbereich des Art 102 AEUV in diesem Zusammenhang auf horizontale Zusammenschlüsse ein. Denkbar wäre die Berücksichtigung vertikaler oder konglomerater Zusammenschlüsse damit nur, wenn das Zielunternehmen, wenn auch nur über mit ihm konzernverbundene Gesellschaften, neben seiner hauptsächlichen Tätigkeit am relevanten Markt, vor- oder nachgelagerte Waren oder Dienstleistungen vertreibt, oder der EuGH mit der Verwendung des Wortes „Markt“ zusätzlich alle damit zusammenhängenden Tätigkeiten verstand. Damit einhergehend wäre das Erfordernis, dass auch Abnehmer und Zulieferer vom Marktbeherrscher abhängig werden würden. Der EuGH schwächt seine Aussagen zum Markt in den Entscheidungsgründen durch die Verwendung eines „insbesondere“ zwar ab, doch entfernt sich der materielle Bewertungsmaßstab des Art 102 AEUV wesentlich vom fusionskontrollrechtlichen SIEC-Test²⁶⁴, sodass dieser auch als „SIEC-Test plus“ bzw „SIEC-Test mit Plusfaktoren“ bezeichnet werden könnte.²⁶⁵ Wenn man die ex-ante Fusionskontrolle nicht als gänzlich etwas anderes, sondern als bloße Konkretisierung des Art 102 AEUV und dessen Schutzes der Marktstruktur versteht, lässt sich nicht zur Gänze nachvollziehen, weswegen im Rahmen des Art 102 AEUV eine schwerwiegendere Beeinträchtigung des Wettbewerbs gefordert wird als im Rahmen der FKVO. Die verlangten Plusfaktoren müssen nicht jedenfalls marktstruktureller Art sein, sondern können auch verhaltensbezogen sein, wie zB bei einer systematischen Verfolgung einer wettbewerbsfeindlichen Strategie durch Unternehmenserwerbe.²⁶⁶ Es wird zudem vertreten, dass die Einführung eines zusätzlichen Tatbestandelements durch den EuGH, nämlich, dass eine Wettbewerbssituation verlangt wird, in welcher alle restlichen Marktteilnehmer von einem einzigen Unternehmen abhängig sind, eine Entfernung von den Zielen des AEUV darstellt und unter dem Risiko steht, durch ein nationales Verfassungsgericht aufgehoben zu werden.²⁶⁷

In Bezug auf Big Tech könnte man argumentieren, dass jede Übernahme durch bspw einen digitalen Riesen aufgrund dessen bestehender Stellung als Unternehmen, auf welches alle

²⁶⁴ von Schreitter, NZKart 2023, 255 (257); EuGH C-449/21, *Towercast*, ECLI:EU:C:2023:207, Rz 52.

²⁶⁵ Innerhofer/Petje/Dolina, ÖZK 2023/3, 79 (83).

²⁶⁶ Fuchs in Immenga/Mestmäcker I⁷ Art. 102 AEUV Rz 358.

²⁶⁷ Ziermann, ÖZK 2024/3, 79 (80).

anderen angewiesen sind („Ökosystem“)²⁶⁸, jedenfalls einen Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung darstellt.²⁶⁹

Die Abgrenzung des sachlich und geographisch relevanten Marktes für sich allein ist in der Praxis ein schwieriges Unterfangen, im Rahmen der ex-post Kontrolle müsste diese Marktabgrenzung zum einen für Marktgegebenheiten vorgenommen werden, die bereits einige Jahre zurückliegen. Zum anderen müsste untersucht werden, ob eine zu einem bestimmten Zeitpunkt bestehende marktbeherrschende Stellung des erwerbenden Unternehmens später nicht auch weggefallen ist und das missbräuchliche Verhalten damit beendet und den Beginn von Verjährungsfristen ausgelöst hat.²⁷⁰

Als an und für sich weitere Einschränkung setzt Art 102 AEUV voraus, dass sich die marktbeherrschende Stellung auf einen wesentlichen Teil des Binnenmarkts erstreckt und der Missbrauch geeignet ist, den Handel zwischen Mitgliedsstaaten zu beeinträchtigen.²⁷¹ Für das Vorliegen des Zwischenstaatlichkeitserfordernisses müsste in Fällen wie in der Rs Towercast der Nachweis gelingen, dass durch den Zusammenschluss der Marktzugang für Unternehmen aus anderen Mitgliedsstaaten verhindert wird, der Zusammenschluss somit Abschottungswirkung hat.²⁷² Aus dem Urteil des EuGH kann jedoch nicht gefolgert werden, dass es den nationalen Wettbewerbsbehörden nicht auch frei stünde, anstatt des Art 102 AEUV nationales Wettbewerbsrecht zur Anwendung zu bringen, welches die Eignung des Missbrauchs zur Beeinträchtigung des Handels zwischen den Mitgliedsstaaten nicht vorsieht.²⁷³

3.4.5 Doppelte Kontrolle ex-ante und ex-post

Die Korrelation zwischen nationalem Fusionskontrollrecht und Art 102 AEUV und der Möglichkeit der doppelten Kontrolle ex-ante sowie ex-post, insbesondere auch zwischen verschiedenen Mitgliedsstaaten untereinander, ist weiterhin offen. Mitgliedsstaaten können Zusammenschlüsse ohne gemeinschaftsweite Bedeutung anhand ihres nationalen Fusionskontrollrecht prüfen. Nach Art 21 Abs 3 FKVO sowie Art 3 Abs 3 Satz 1 Verordnung 1/2003 können Mitgliedsstaaten Art 101 und Art 102 AEUV auf nach nationalem Fusionskontrollrecht anmeldepflichtige Zusammenschlüsse anwenden, sind dazu jedoch nicht verpflichtet. Grundsätzlich wäre im Einklang mit den Argumenten der Generalanwältin²⁷⁴ und

²⁶⁸ Siehe hierzu Kapitel 1.1.

²⁶⁹ Ziermann, ÖZK 2024/3, 79 (84).

²⁷⁰ Innerhofer/Petje/Dolina, ÖZK 2023/3, 79 (82f).

²⁷¹ Ante, GWR 2023, 147 (148f).

²⁷² von Schreitter, NZKart 2023, 255 (257).

²⁷³ Ante, GWR 2023, 147 (148f).

²⁷⁴ Siehe unter Kapitel 3.3.2.

im Sinne des Grundsatzes der Rechtssicherheit zu vertreten, dass ein bereits fusionskontrollrechtlich geprüfter Zusammenschluss nicht noch einmal nachträglich einer Prüfung nach Art 102 AEUV unterliegt. Der Mitgliedsstaat hat dann im Zusammenschluss im konkreten Fall eben keine wettbewerbswidrigen Wirkungen gesehen. Anders sieht dies aus, wenn es bspw um zusammenschlussbedingte Auswirkungen auf regional benachbarten Märkten geht. In diesem Fall können aufgrund des Auswirkungsprinzips Wettbewerbsbehörden der Nachbarländer bzw aufgrund der Zwischenstaatlichkeitsklausel die EK nach Art 102 AEUV tätig werden. Vor dem Hintergrund des völkerrechtlichen Territorialitätsprinzips, wäre die Freigabe eines Zusammenschlusses einer nationalen Wettbewerbsbehörde für andere Wettbewerbsbehörden nicht präjudiziell. Lösungsansätze könnte man auf Art 4 Abs 3 EUV und dem dort geregelten Loyalitätsgrundsatz sowie einer Koordination im Rahmen des European Competition Network basieren, sodass auf Ermittlungen nach Art 102 AEUV, unter Umständen bereits generell vorab, verzichtet wird oder gemeinsam im Rahmen des Art 22 FKVO vorgegangen wird.²⁷⁵

Bezüglich der Anwendbarkeit nationaler Missbrauchsverbote auf fusionskontrollrechtlich freigegebene Zusammenschlüsse kann festgehalten werden, dass Art 21 Abs 3 FKVO die Anwendung des gesamten nationalen Kartellrechts bei Unterfallen eines Zusammenschlusses unter die FKVO ausschließt, sodass keine doppelte Prüfung anhand eines nationalen Missbrauchsverbots stattfinden kann. Wenn jedoch ein Zusammenschluss nur nach nationalem Recht freigegeben wurde, kann die nachträgliche Prüfung nach nationalen Missbrauchsverboten durch andere Mitgliedsstaaten nicht ausgeschlossen werden. Auch für solche Fälle wäre eine Lösung durch Verweisung des Zusammenschlusses an die EK auf Basis des Art 4 Abs 5 oder Art 22 FKVO ein gangbarer Weg. In Bezug auf zur Gänze nationale Sachverhalte lässt sich die doppelte Prüfung genauso wenig ausschließen und richtet sich nach dem innerhalb des nationalen Kartellrecht Möglichen, wobei eine solche doppelte Prüfung grundsätzlich zur Förderung der Rechtssicherheit vermieden werden sollte.²⁷⁶

3.4.6 Objektive Rechtfertigung eines Verstoßes gegen Art 102 AEUV

Fraglich ist, ob Verstöße gegen Art 102 AEUV durch einen Zusammenschlussvorgang objektiv rechtfertigbar sind. Der EuGH äußert, dass keine Freistellung gewährt werden kann, doch beziehen sich diese Ausführungen auf eine rechtstechnische Abgrenzung zum Art 101 AEUV, welcher einer Freistellung sehr wohl zugänglich ist. Grundsätzlich sind gegen Art 102 AEUV

²⁷⁵ von Schreitter, NZKart 2023, 255 (258f).

²⁷⁶ von Schreitter, NZKart 2023, 255 (259).

verstoßende Verhaltensweisen rechtfertigbar. Als Gründe für eine solche Rechtfertigung könnten jene in der Fusionskontrolle liegenden herangezogen werden, wie bspw die Berücksichtigung Verbrauchern zugutekommender Effizienzen.²⁷⁷

3.4.7 Öffentlich- und zivilrechtliche Folgen eines Verstoßes gegen Art 102 AEUV

Der EuGH hat durch sein Urteil in der Rs Towercast ausgesprochen, dass es bei Unternehmenserwerben durch marktbeherrschende Erwerber, die die nationalen bzw EU-fusionskontrollrechtlichen Schwellen nicht erfüllen, keinen „sicheren Hafen“ („safe harbour“) gibt bzw auch niemals gegeben hat.²⁷⁸

Vom EuGH unentschieden bleibt die Überlegung der Generalanwältin, dass beim Art 102 AEUV in der Regel keine nachträgliche Entflechtung des Zusammenschlusses, sondern im Hinblick auf den Vorrang verhaltensorientierter Abhilfemaßnahmen und den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz nur die Verhängung einer Geldbuße droht. Doch ist die Rückabwicklung grundsätzlich auch bei der nachträglichen Kontrolle als ultima ratio möglich, sollte aber aufgrund der Unvorhersehbarkeit und Rechtsunsicherheit, die die Zusammenschlusskontrolle nach Art 102 AEUV mit sich bringt, nicht die Regel darstellen. Wenn eine ex-post-Kontrolle von Zusammenschlüssen durchgeführt wird, obwohl an sich in der FKVO rechtssichere Instrumente für eine ex-ante-Kontrolle zur Verfügung stehen, so sind an die Beurteilung der Verhältnismäßigkeit von Abhilfemaßnahmen von Anfang an höhere Anforderungen zu stellen.²⁷⁹

Bei einem Verstoß gegen Art 102 AEUV verfügt die EK²⁸⁰ über erhebliches Ermessen, welcher Mittel sie sich bedient und welchen der EuGH in seinem Urteil keine Schranken gesetzt hat. In Frage kommen gemäß der Verordnung 1/2003 die Feststellung des Verstoßes und die Auferlegung gebotener Abhilfemaßnahmen, die Verhängung von Bußgeldern, eine Verpflichtungszusagenentscheidung oder ermittlungsbegleitende einstweilige Maßnahmen. Den Ausführungen der Generalanwältin ist zu entnehmen, dass es sich bei Art 102 AEUV im Vergleich zur Fusionskontrolle um ein schwächeres Prüfungsinstrument handelt, welches auch gar nicht zum selben Ergebnis führen soll, wie die Fusionskontrolle, sondern dass die Verhängung einer Geldbuße der Rückabwicklung des Zusammenschlusses im Sinne des Vorrangs verhaltensorientierter Abhilfemaßnahmen und des Grundsatzes der

²⁷⁷ von Schreitter, NZKart 2023, 255 (257); EuGH C-449/21, *Towercast*, ECLI:EU:C:2023:207, Rz 45.

²⁷⁸ *Innerhofer/Petje/Dolina*, ÖZK 2023/3, 79 (84); EuGH C-449/21, *Towercast*, ECLI:EU:C:2023:207, Rz 58.

²⁷⁹ *Ende*, NZKart 2023, 589 (591); *GA Kokott*, Schlussanträge 13.10.2022 zu C-449/21, *Towercast*, ECLI:EU:C:2022:777, Rz 63.

²⁸⁰ Die Rechtsfolgen werden zur Vereinfachung am Beispiel der Befugnisse der EK dargestellt.

Verhältnismäßigkeit vorgezogen werden soll. Wie die Behörden damit umgehen, bleibt abzuwarten. Die Rückabwicklung eines Zusammenschlusses sollte jedenfalls bloß ultima ratio sein. Wenn der Erwerber und das Zielunternehmen bereits zur Gänze miteinander verwoben sind, kann der ursprüngliche Zustand oft entweder gar nicht oder nur unter unverhältnismäßigem rechtlichen, organisatorischen und finanziellen Aufwand wiederhergestellt werden. Verhältnismäßigere Maßnahmen könnten sein, nur die Veräußerung bestimmter Geschäftsbereiche anzuordnen, sofern sie tatsächlich notwendig sind, um das ursprüngliche Wettbewerbsniveau herzustellen.²⁸¹

Zivilrechtlich könnte das den Zusammenschluss begründende Rechtsgeschäft mit Nichtigkeit behaftet sein. Der Grundsatz der effektiven Durchsetzung des Unionsrechts unter Berücksichtigung legitimer Interessen Dritter bestimmt, ob das zugrundeliegende Rechtsgeschäft gänzlich, nur zum Teil oder gar nicht nichtig sein soll, abhängig davon, ob die Nichtigkeit zur Durchsetzung des Missbrauchsverbots erforderlich und von dessen Normzweck gedeckt ist. Die legitimen Interessen Dritter bzw der Allgemeinheit können bereits durch gezielte Anordnungen der EK nach der Verordnung 1/2003 berücksichtigt werden, sodass die Konsequenz der Nichtigkeit nicht erforderlich ist. Die Behinderung des Wettbewerbs kann so eliminiert werden, während das aus dem Zusammenschluss herausgegangene Unternehmen seiner Integrität nicht beraubt wird. Ein nichtiges Rechtsgeschäft kommt zwar den Wettbewerbern zu Gute, doch zieht es Folgen für Abnehmer, Zulieferer oder Arbeitnehmer mit sich, die nicht mit dem Allgemeininteresse in Einklang stehen könnten. Dritte können zudem auch losgelöst von einer behördlichen Entscheidung oder einer etwaigen Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts gegen das aus dem Zusammenschluss hervorgegangene Unternehmen vorgehen.²⁸²

3.4.8 Fazit

Für Wettbewerbsbehörden erweist es sich als besonders schwierig bei einer ex-ante-Kontrolle Vorhersagen über den Erfolg von Zielunternehmen, insbesondere innovativen Start-Ups zu treffen. Die nachträgliche Kontrolle erleichtert ihnen hingegen die Beurteilung anhand von tatsächlich eingetretenen Wettbewerbseffekten und, im Hinblick auf die Verfolgung einer möglichen Aufkaufstrategie des marktbeherrschenden Unternehmens, zusätzlichen Unternehmenskäufen durch den Erwerber.²⁸³ Eine wettbewerbswidrige und systematische

²⁸¹ von Schreitter, NZKart 2023, 255 (259f); GA Kokott, Schlussanträge 13.10.2022 zu C-449/21, *Towercast*, ECLI:EU:C:2022:777, Rz 63.

²⁸² von Schreitter, NZKart 2023, 255 (260).

²⁸³ Ende, NZKart 2023, 589 (591).

Aufkaufstrategie, mit welcher Marktbeherrscher durch Beseitigung erst entstehender, aber potenziell disruptiver Wettbewerber (sog. Nascent-Competitors) ihre Stellung absichern und unangreifbar machen wollen, kann im Nachhinein aus ex-post Sicht besser aufgedeckt und dagegen vorgegangen werden. Das reduziert das Risiko nicht mehr rückgängig zumachender fehlerhafter Einschätzungen.²⁸⁴ Die Wettbewerbsbehörden müssen jedoch die marktbeherrschende Stellung des Erwerbers nachweisen, was insbesondere auf digitalen Märkten keine leichte Aufgabe darstellt.²⁸⁵

Kritisch anzumerken ist jedoch, wie ebenfalls bereits im Rahmen der Auseinandersetzung mit Art 22 FKVO ausgeführt²⁸⁶, dass die in der Fusionskontrolle vorgesehenen Umsatzschwellen eine Entscheidung des Gesetzgebers darstellen, bestimmte Zusammenschlüsse der Fusionskontrolle zu unterstellen und andere eben nicht. Eine, insbesondere doppelte, Kontrolle des gleichen Sachverhalts untergräbt im Wesentlichen die Absicht des Gesetzgebers.²⁸⁷

Wie einst auch die Verweisungslösung der EK²⁸⁸ führt nun das Urteil des EuGH in der Rs Towercast zu einer massiven Einbuße an Rechtssicherheit, die grundsätzlich durch die absoluten Schwellenwerte in der FKVO gegeben war. Andererseits kann die Einbeziehung von Aufkaufstrategien und die Bewertung der aktuellen Marktsituation bei der Prüfung von Killer Acquisitions von Vorteil sein, dies insbesondere wenn die Verhältnismäßigkeit eingehalten wird, und weil nicht jeder Zusammenschluss automatisch unter die Kontrolle fällt.²⁸⁹ Einen vollständigen Schutz gegen Killer Acquisitions bietet diese Vorgehensweise jedoch nicht.²⁹⁰

Im Vergleich zur Fusionskontrolle birgt der Einsatz des Art 102 AEUV viele Unklarheiten und eine höhere materielle Eingriffsschwelle sowie ein fehlendes Vollzugsverbot und die fehlende Parteienmitwirkungspflicht im Form formeller Zusammenschlussanmeldungen. Die Fusionskontrolle müsste für Wettbewerbsbehörden weiterhin die attraktivere Variante sein, die zudem einer gerichtlichen Überprüfung standhält, da sie eindeutige Verfahrensbestimmungen, anerkannte Schadenstheorien und eine etablierte Fallpraxis aufweist. Nachdem der EuGH der Antragsbefugnis nach Art 22 FKVO von nach nationalem Fusionskontrollrecht unzuständigen Mitgliedsstaaten einen Riegel vorgeschoben hat²⁹¹, bleibt jedoch grundsätzlich nur mehr der

²⁸⁴ *Fuchs in Immenga/Mestmäcker I*⁷ Art. 102 AEUV Rz 361.

²⁸⁵ *Ende*, NZKart 2023, 589 (591).

²⁸⁶ Siehe Kapitel 2.3.3.

²⁸⁷ *Thiede*, EuGH: Kartellrecht: Kartellrechtliche Missbrauchskontrolle als Maßstab, wenn Unternehmenstransaktion ohne fusionskontrollrechtliche Freigabe vollzogen werden durfte, EuZW 2023, 477 (481).

²⁸⁸ Siehe hierzu Kapitel 2.3.

²⁸⁹ *Ende*, NZKart 2023, 589 (591); *Fuchs in Immenga/Mestmäcker I*⁷ Art. 102 AEUV Rz 361.

²⁹⁰ *Fuchs in Immenga/Mestmäcker I*⁷ Art. 102 AEUV Rz 361.

²⁹¹ Siehe hierzu Kapitel 2.4.2.

Art 102 AEUV, um nicht anmeldepflichtige Zusammenschlussvorhaben einer kartellrechtlichen Prüfung zu unterstellen. Neben der schwierigen kartellrechtlichen Vorabbeurteilung von Zusammenschlussvorhaben, stellt sich auch in der Vorbereitung und Dokumentation der zugrundeliegenden Transaktionen die Herausforderung der Abbildung solcher Rechtsunsicherheiten.²⁹² Art 102 AEUV bietet kein Vollzugsverbot, beschränkt sich auf eine Prüfung nach erfolgtem Zusammenschluss und ermöglicht keine wirksame präventive Fusionskontrolle. Außerdem ermöglicht er nur ein Vorgehen gegen Marktbeherrscher, wohingegen es aber das Ziel der Fusionskontrolle darstellt, jede erhebliche Behinderung wirksamen Wettbewerbs inklusive der Entstehung von marktbeherrschenden Stellungen hintanzuhalten.²⁹³

Zusammenfassend ist jeder Unternehmenserwerb eines Marktbeherrschers unter dem Aspekt der Towercast-Grundsätze einer Vorabanalyse zu unterstellen, da ein latentes Risiko des Aufgreifens des Zusammenschlusses durch eine nationale Wettbewerbsbehörde besteht. Grundsätzlich sollten nach EU- oder nationalem Fusionskontrollrecht anmeldepflichtige Zusammenschlüsse außer Betracht bleiben können. Sodann ist eine allenfalls vorliegende marktbeherrschende Stellung des Erwerbers zu prüfen. Nicht geklärt ist hingegen, ob die Entscheidungsgrundsätze auch auf jene Zusammenschlüsse übertragen werden können, bei welchen die marktbeherrschende Stellung erst durch den Zusammenschluss entsteht oder ein marktbeherrschendes Unternehmen von einem nicht marktbeherrschenden Unternehmen erworben wird, die Rollen also umgekehrt sind. Dies wird aber wohl zu verneinen sein. Die Konsequenzen mit Bußgeldern, Abstellungsverfügungen und Entflechtungen sind nicht zu unterschätzen. Zudem knüpft die kartellrechtliche Verjährung der Verfolgung prinzipiell an die Abstellung des Kartellrechtsverstoßes, sodass das Aufgreifrisiko besteht, solange Vermögenswerte des erworbenen Unternehmens weiterhin beim Erwerber vorhanden sind, oder dieser sonst Vorteile aus der neuen bzw verstärkten Marktposition zieht. Es besteht kein förmliches Instrument, um Rechtssicherheit vor den Wettbewerbsbehörden zu erlangen.²⁹⁴

Da viele Mitgliedsstaaten bereits Vorkehrungen zur Erfassung von Killer Acquisitions getroffen haben, bleiben die endgültigen Auswirkungen der Rs Towercast auf die Praxis abzuwarten. Zu erwarten ist eine vermehrte Anzahl an Dritten als Möglichkeit zustehenden Beschwerden.²⁹⁵

²⁹² von Schreitter, NZKart 2023, 255 (261f).

²⁹³ Urban/von Schreitter, NZKart 2024, 609 (614).

²⁹⁴ Ante, GWR 2023, 147 (148f).

²⁹⁵ Langguth, NZKart 2023, 214 (215).

Art 102 AEUV bietet der EK aber in Verbindung mit dem DMA²⁹⁶, welcher sog. „Gatekeepern“ auferlegt, der EK über beabsichtigte Zusammenschlüsse zu berichten²⁹⁷, nunmehr mehr Möglichkeiten, solche Zusammenschlüsse auch aufzugreifen.²⁹⁸

In Österreich hatte der OGH 2019 in der Entscheidung „dm“-Drogeriemärkte²⁹⁹ die nachträgliche Anwendbarkeit der Art 101 und Art 102 AEUV sowie des entsprechenden nationalen Kartellrechts auf Zusammenschlüsse verneint und die FKVO als ausschließlich anwendbar erklärt. Er bezog sich insbesondere auf den Ausschluss der Anwendbarkeit der Verordnung 1/2003 in Art 21 FKVO. Bloß beim Erwerb einer Minderheitsbeteiligung und bei von Gruppeneffekten betroffenen Zusammenschlüssen sei eine gleichzeitige, nicht nachträgliche Prüfung nach Art 101 AEUV denkbar. Zudem war er der Ansicht, dass die in Kapitel 3.5 erwähnte Entscheidung in der Rs BAT & Reynolds/Philipp Morris³⁰⁰ durch die Einführung der (ursprünglichen) FKVO aus dem Jahr 1989 hinfällig wurde und verkannte, dass es vom EuGH noch keine Abkehr von seiner eigenen Rechtsprechung gegeben hatte. Diese Ansicht wird der OGH in Zukunft wohl revidieren müssen.³⁰¹

3.5 Art 101 AEUV

Ähnlich wie die Anwendung des Art 102 AEUV ist auch die Anwendung des Art 101 AEUV auf Zusammenschlüsse zu beurteilen. 1987 sprach der EuGH im sog. Zigaretten-Urteil (Rs BAT & Reynolds/Philipp Morris)³⁰² aus, dass die Vorgängerbestimmung des Art 101 Abs 1 AEUV auf Zusammenschlüsse außerhalb von Gemeinschaftsunternehmen anwendbar ist, wenn ein Unternehmen sich mittels Minderheitsbeteiligung an einem Wettbewerber beteiligt. Laut EuGH kommt es hierbei darauf an, ob die zugrundeliegende Vereinbarung sich auf die geschäftliche Zusammenarbeit zwischen den beteiligten Unternehmen bezieht oder Strukturen schafft, die eine solche Zusammenarbeit fördern. Die Anwendbarkeit der Vorgängerbestimmung des Art 101 Abs 1 AEUV könnte zudem daraus folgen, dass die Minderheitsbeteiligung notwendigerweise zur Verpflichtung der beteiligten Unternehmen führt, die Interessen des jeweils anderen bei der Entwicklung ihrer Geschäftspolitik zu

²⁹⁶ VO (EU) 2022/1925 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14.09.2022 über bestreitbare und faire Märkte im digitalen Sektor und zur Änderung der Richtlinien (EU) 2019/1937 und (EU) 2020/1828 (Gesetz über digitale Märkte), ABl L 2022/265, 1 (in Folge „DMA“).

²⁹⁷ Siehe hierzu Kapitel 4.7.

²⁹⁸ Mulder/Sauter, Journal of Antitrust Enforcement (2023) 11, 544 (553).

²⁹⁹ OGH 19.12.2019, 6 Ob 105/19p.

³⁰⁰ EuGH C-142/84 und C-156/84, BAT und Reynolds/Kommission, ECLI:EU:C:1987:490.

³⁰¹ Innerhofer/Petje/Dolina, ÖZK 2023/3, 79 (84); Hummer, Kartellrechtsfreier Raum für Alt-Fusionen!? ÖZK 2020/2, 65 (67f).

³⁰² EuGH C-142/84 und C-156/84, BAT und Reynolds/Kommission, ECLI:EU:C:1987:490.

berücksichtigen. Im konkret untersuchten Fall hatte sich die Minderheitsbeteiligung jedoch nicht auf die Wettbewerbssituation auf dem Zigarettenmarkt ausgewirkt.³⁰³

Der EuGH stellte keinen Grundsatz auf, wonach Minderheitsbeteiligungen zwischen Wettbewerbern jedenfalls wettbewerbsbeschränkende Wirkungen entfalten würden. Wenn sich jedoch wettbewerbsbeschränkende Wirkungen feststellen ließen, sei das Kartellverbot grundsätzlich anwendbar. Bislang gab es keinen weiteren Anwendungsfall, der diese Doktrin der Anwendung des EU-Kartellverbots auf Unternehmenszusammenschlüsse fortgeführt bzw weiterentwickelt hätte.³⁰⁴

Aus Erwägungsgrund 7 der FKVO lässt sich ableiten, dass Art 101 AEUV, wie auch Art 102 AEUV, auf Zusammenschlüsse iSd Art 3 FKVO, die die Schwellenwerte nicht erreichen, anzuwenden ist.³⁰⁵ Daneben können auch Zusammenschlüsse, die zwar nicht nach EU-Fusionskontrollrecht sondern nach nationalem Recht unter den Tatbestand eines Zusammenschlusses fallen, einen Verstoß gegen Art 101 AEUV begründen.³⁰⁶ Doch auch die Anwendung des Art 101 AEUV birgt ein zeitaufwendiges Verfahren, in welchem die Wettbewerbsbehörden an keine Fristen gebunden sind und welches im Vergleich zur eigentlichen Fusionskontrolle wenig effizient ist. Art 101 AEUV wird wohl genauso wenig wie Art 102 AEUV eine vollwertige Alternative zur Fusionskontrolle darstellen.³⁰⁷ Wie bei Art 102 AEUV sind insbesondere das Fehlen eines Vollzugsverbots und die strengen, noch schwieriger nachzuweisenden Anwendungsvoraussetzungen als problematisch hervorzuheben. Man kann grundsätzlich davon ausgehen, dass ein Zusammenschluss, an welchem kein marktbeherrschendes Unternehmen beteiligt ist, und welches auch nicht unter die fusionskontrollrechtlichen Anmeldeschwellen fällt und deswegen keiner Anmeldepflicht unterliegt, einen neutralen Vorgang darstellt.³⁰⁸

An dieser Stelle sei jedoch ebenfalls an das im Anschluss an und unter Bezugnahme auf die Rs Towercast eingeleitete und bereits unter Kapitel 3.4.1 behandelte Ermittlungsverfahren nach Art 101 AEUV der französischen Wettbewerbsbehörde verwiesen. Interessanterweise wurde von der französischen Wettbewerbsbehörde nicht auf die Rs BAT & Reynolds/Philipp Morris

³⁰³ *Brinker*, NZKart 2024, 360 (362f).

³⁰⁴ *Brinker*, NZKart 2024, 360 (363).

³⁰⁵ *Bauer/Cappel*, *ecolex* 2024/550, 959 (961f).

³⁰⁶ *Dästner*, NZKart 2023, 146 (150).

³⁰⁷ *Bauer/Cappel*, *ecolex* 2024/550, 959 (961f).

³⁰⁸ *Urban/von Schreitter*, NZKart 2024, 609 (614).

Bezug genommen.³⁰⁹ Ebenfalls sei auf das 2019 in Österreich ergangene und bereits in Kapitel 3.4.8 behandelte OGH-Urteil verwiesen.

4. Weitere Prüfmöglichkeiten von Zusammenschlüssen & Zukunft der EU-Fusionskontrolle

In der EU gibt es weiterhin keinen Konsens, wie Killer Acquisitions fusionskontrollrechtlich erfasst werden können. Bei der Diskussion geht es meistens weniger um die Frage nach der Eignung der materiellen Kontrolle anhand des SIEC-Tests sondern um die Aufgreifschwelle mithilfe welcher Zusammenschlüsse überhaupt erst unter eine fusionskontrollrechtliche Prüfung fallen.³¹⁰ In diesem Kapitel werden beide Aspekte beleuchtet und Lösungsansätze dargestellt, welche unterschiedliche Mitgliedsstaaten implementiert haben, sowie jene, die die Literatur vorschlägt. Das Kapitel schließt ein Ausblick auf den derzeitigen Stand von Reformen der EU bzw EK ab.

4.1 Rückgriff auf Art 4 Abs 5 FKVO

Der Großteil der Befragten der im Kapitel 4.4.1 genauer erläuterten öffentlichen Konsultation der EK war der Meinung, dass die Verweisungsmöglichkeiten der Art 4 Abs 5 FKVO³¹¹ und Art 22 FKVO in Verbindung mit dem nationalen Fusionskontrollrecht der Mitgliedsstaaten ausreichen würden, um Zusammenschlüsse ohne gemeinschaftsweite Bedeutung entweder auf nationaler oder eben EU-Ebene zu prüfen. Dem ist zu entgegnen, dass die beteiligten Unternehmen nach Art 4 Abs 5 FKVO zum einen nicht verpflichtet sind, eine Zusammenschlussanmeldung bei der EK vorzunehmen, und es sich zum anderen um ein Verfahren handelt, welches die beteiligten Unternehmen von alleine auslösen müssen. Die EK sollte jedoch nicht auf die beteiligten Unternehmen angewiesen sein, wenn es um die Beurteilung von Zusammenschlüssen geht, die Auswirkungen auf Verbraucher in der gesamten EU haben könnten. Zudem dürfen die beteiligten Unternehmen den Zusammenschluss erst dann an die EK verweisen, wenn das Vorhaben in drei Mitgliedsstaaten anzumelden wäre. Wenn ein Zusammenschluss unter die Regelungslücke fällt und bspw die erforderlichen Umsatzschwellen nicht erreicht, kommt es darauf an, ob er unter die nicht-umsatzbasierten Schwellen von drei Mitgliedsstaaten fällt. Art 4 Abs 5 FKVO eignet sich somit im Ergebnis nicht zur Prüfung von Killer Acquisitions.³¹²

³⁰⁹ *Brinker*, NZKart 2024, 360 (364f).

³¹⁰ *Picht/Leitz*, GRUR 2024, 1755.

³¹¹ Siehe hierzu Kapitel 2.1.

³¹² *Bunworth*, IIC 2021, 734 (742ff).

4.2 Rückgriff auf nationales Fusionskontrollrecht im Rahmen des Art 22 FKVO

Auch Änderungen des nationalen Fusionskontrollrechts können der EK zugute kommen, wenn nämlich die neu gewonnene fusionskontrollrechtliche Prüfständigkeit auf mitgliedersstaatlicher Ebene aufgrund von ausgeweiteten Aufgreifrechten bzw Anmeldepflichten auf Basis des Art 22 FKVO auf die EK übertragen wird. Dies ist auch als wahrscheinlichste kurzfristige Lösung der EK im Anschluss an das Urteil in der Rs Illumina/Grail zu erwarten.³¹³

Auf nationaler Ebene haben Spanien und Portugal zB bereits marktanteilsbasierte Anmeldeschwellen³¹⁴, Deutschland und Österreich haben sich für eine Transaktionswertschwelle³¹⁵ entschieden und die Tendenz einiger anderer Mitgliedsstaaten geht nun sogar in Richtung Call-In-Optionen^{316, 317}.

Unbedingt erstrebenswert ist diese Lösung aus unternehmerischer Sicht nicht. In der Praxis handelt es sich um einen dezentralisierten Ansatz, gekennzeichnet durch die Parallelität unterschiedlicher nationaler Bestimmungen, insbesondere Fristen, und der Ungewissheit im Hinblick auf das Zusammenwirken mit den Verweisungsnormen der FKVO. Anstelle einer stärkeren Vereinigung des Binnenmarktes, besteht die Gefahr nationaler Fragmentierung.³¹⁸

Funktionieren würde der Ansatz zudem nur, wenn jeder Mitgliedsstaat über eine Call-In-Option verfügt und alle auch gleichzeitig davon Gebrauch machen. Art 22 FKVO überträgt nämlich nur die Prüfkompetenz des antragstellenden Mitgliedsstaates bzw der sich anschließenden Mitgliedsstaaten auf die EK³¹⁹, dh es handelt sich um eine abgeleitete Prüfkompetenz der EK, die auf die Gebiete dieser Mitgliedsstaaten beschränkt ist. Auch die sich einem Verweisungsantrag anschließenden Mitgliedsstaaten müssen gemäß Urteil des EuGH in der Rs Illumina/Grail zur Prüfung des Zusammenschlussvorhabens zuständig sein. Dieser Ansatz dürfte den Erwartungen der EK dementsprechend dauerhaft nicht entsprechen.³²⁰

Fraglich ist zudem, ob das Urteil des EuGH in der Rs Illumina/Grail einen solchen Ansatz generell zulässt, denn der EuGH legte seinen Fokus auf Rechtssicherheit und die Tatsache, dass Unternehmen einfach und schnell Kenntnis von zuständigen Behörden, Fristen und Formvorschriften erlangen können, was von mitgliedersstaatlichen Call-In-Optionen nicht zu

³¹³ *Urban/von Schreitter*, NZKart 2024, 609 (614).

³¹⁴ Siehe hierzu Kapitel 4.4.3.

³¹⁵ Siehe hierzu Kapitel 4.4.1.

³¹⁶ Siehe hierzu Kapitel 4.4.2.

³¹⁷ *Urban/von Schreitter*, NZKart 2024, 609 (614).

³¹⁸ *Urban/von Schreitter*, NZKart 2024, 609 (614f).

³¹⁹ Siehe hierzu Kapitel 2.4.2.

³²⁰ *Urban/von Schreitter*, NZKart 2024, 609 (615).

erwarten ist.³²¹ Zudem fordert der EuGH die Ausweitung der ex-ante Prüfung, die mittels Call-In-Option nicht gegeben ist und keine Transaktionssicherheit bietet.³²² Zu Call-In-Optionen und insbesondere der Entscheidung von Nvidia, gegen das Tätigwerden der EK auf Basis des italienischen Call-Ins in Verbindung mit Art 22 FKVO gerichtlich vorzugehen, sei auf das Kapitel 4.4.2 verwiesen.

4.3 Formelle Reform der FKVO in ihrer derzeitigen Form

Eine langfristige Lösung für die EK wäre eine umfassende Reform der FKVO, die jedoch eines einstimmigen Beschlusses des Rates bedürfte. Dies ist wahrscheinlich auch der Grund, warum die EK sich für die Verweisungslösung entschied, anstatt eine Änderung der FKVO auf gesetzgeberischem Wege anzustoßen. Eine umfassende Reform der FKVO würde den Weg für die Aufnahme von Elementen ebnen, die nichts mit einer an Wettbewerbswirkungen und Verbraucherwohl ausgerichteten Fusionskontrolle gemein haben, wie zB (sicherheits-) politische Erwägungen, Außenhandel oder Nachhaltigkeit. Die Berücksichtigung industriepolitischer Themen könnte auch Auswirkungen auf die Ausgestaltung der materiellen Fusionskontrolle haben.³²³ Nichtsdestotrotz wäre eine gesetzgeberische Lösung die beste Option zur Wahrung insbesondere des Grundsatzes des institutionellen Gleichgewichts.³²⁴

Eine weitere Schwierigkeit, die sich bei Ausweitung der Kompetenzen der EK ergibt, ist das Zusammenspiel mit der nationalen Fusionskontrolle der Mitgliedsstaaten. Sollte die EK ihre Fusionskontrolle auf Zusammenschlüsse ausweiten, die in, wenn auch nur bestimmten, Mitgliedsstaaten bereits anmeldepflichtig sind, so würde dies in die bestehende Kompetenzverteilung eingreifen und vermutlich auf Widerstand stoßen. Wenn die Kompetenzen der EK sich hingegen ausschließlich auf Zusammenschlüsse beschränken würden, die nicht bereits auf nationaler Ebene anmeldepflichtig sind, würden aufgrund der grundsätzlich weit gefassten Schwellenwerte in den Mitgliedsstaaten für die EK nur noch kleine, unbedeutende Zusammenschlüsse übrig bleiben.³²⁵

4.3.1 Herabsetzung der FKVO-Schwellenwerte

Es steht dem EU-Gesetzgeber frei, die Schwellenwerte nach der FKVO zu reformieren und anzupassen. Erforderlich für die Änderung der Schwellenwerte nach Art 1 Abs 2 FKVO wäre

³²¹ *Urban/von Schreitter*, NZKart 2024, 609 (615); *Schmidt/Betzendörfer*, NZKart 2024, 535 (540).

³²² *Schmidt/Betzendörfer*, NZKart 2024, 535 (540).

³²³ *Urban/von Schreitter*, NZKart 2024, 609 (612).

³²⁴ *Schmidt/Betzendörfer*, NZKart 2024, 535 (539).

³²⁵ *Levy/Mostyn/Buzatu*, Competition Law Journal (2020) 19/2, 51 (60).

jedoch gemäß Art 352 AEUV die Einstimmigkeit der Mitgliedsstaaten³²⁶, für jene nach Art 1 Abs 3 FKVO hingegen würde gemäß Art 1 Abs 4 und Abs 5 FKVO eine qualifizierte Mehrheit ausreichen.³²⁷ Art 1 Abs 4 und Abs 5 FKVO kamen bislang noch nie zur Anwendung, sodass die Rahmenbedingungen der Auslegung und das entsprechende Verfahren zu diesem Zeitpunkt noch unklar sind.³²⁸

Man könnte erwägen, eine Transaktionswertschwelle³²⁹ oder eine Call-In-Option³³⁰ auf Basis der Art 1 Abs 4 und Abs 5 FKVO einzuführen, dies würde aber vermutlich dem Sinn und Zweck des Art 1 Abs 3 FKVO widersprechen. Es soll wohl ausschließlich ermöglicht werden, dessen Umsatzschwellen anzupassen.³³¹

Da die Höhe der Umsatzschwellen schon immer umstritten war³³², sind die Bestimmungen, die eine Anpassung ermöglichen, als Interessensausgleich zwischen Mitgliedsstaaten, die ihre eigenen Prüfkompetenzen behalten wollen, sowie der EU, welche beabsichtigt, nach Möglichkeit nur eine einzelne fusionskontrollrechtliche Anlaufstelle (One-Stop-Shop) vorzusehen, anzusehen. Komplette Neuerungen dürfen wohl nicht auf die Art 1 Abs 4 und 5 FKVO gegründet werden. Ferner kann der Umsatz eines Unternehmens nicht für sich alleine als Indiz für die potenzielle wettbewerbsrechtliche Schädlichkeit eines Zusammenschlussvorhabens herangezogen werden. Er trifft allenfalls eine Aussage über die wirtschaftliche Relevanz der beteiligten Unternehmen. Somit würden die Ziele der EK in Bezug auf Killer Acquisitions über eine Absenkung der Umsatzschwellen nicht erreicht werden. Überdies wurden die Umsatzschwellen seit Einführung der FKVO vor über zwanzig Jahren nicht angepasst, haben aber aufgrund der hohen Inflation der letzten Jahre faktisch bereits zu einer Absenkung geführt.³³³

Niedrigere Umsatzschwellen würden mit einem erhöhten Verwaltungsaufwand einhergehen, unter welchem die Qualität aller Verfahren und Untersuchungen leiden würde. Zudem könnten auch niedrigere Umsatzschwellen nicht alle wettbewerbsrechtlich relevanten Zusammenschlüsse erfassen, wenn das Zielunternehmen bspw überhaupt keinen Umsatz erzielt, wie dies bei Instagram 2012 vor dem Erwerb durch Facebook der Fall war.

³²⁶ *Schmidt/Betzendörfer*, NZKart 2024, 535 (539).

³²⁷ *Bauer/Cappel*, *ecolox* 2024/550, 959 (962); *Ende*, NZKart 2024, 532 (534); *Urban/von Schreitter*, NZKart 2024, 609 (612); *Innerhofer/Petje/Dolina*, ÖZK 2023/3, 79 (84).

³²⁸ *Urban/von Schreitter*, NZKart 2024, 609 (612).

³²⁹ Siehe hierzu Kapitel 4.4.1.

³³⁰ Siehe hierzu Kapitel 4.4.2.

³³¹ *Urban/von Schreitter*, NZKart 2024, 609 (612); *Schmidt/Betzendörfer*, NZKart 2024, 535 (539).

³³² Siehe hierzu Kapitel 1.3.

³³³ *Urban/von Schreitter*, NZKart 2024, 609 (613).

Facebook/Instagram konnte durch die EK nur geprüft werden, weil der Zusammenschluss unter den „share of supply“-Test des Vereinigten Königreichs fiel.³³⁴ Der „share of supply“-Test stellt ein flexibles Instrument dar, welches keine genaue Definition eines relevanten Marktes erfordert, um die Zuständigkeit der britischen Competition and Markets Authority zu begründen, sondern lediglich eine vertretbare Beschreibung der Waren und Dienstleistungen, bei welchen die beteiligten Parteien einen Marktanteil von mehr als 25% haben, voraussetzt.³³⁵

Was jedoch schon erwägt werden könnte, wäre die Schwellenwerte nur für bestimmte Branchen zu senken, wie dies bspw für Österreich im Rahmen der Medienzusammenschlüsse der Fall ist³³⁶. Dies könnte zB für digitale Plattformen angedacht werden. Alternativ könnte man, wiederum bezogen auf bestimmte Branchen, die Umsatzschwellen für Zielunternehmen absenken und jene für Erwerber erhöhen. Eine solche Lösung wurde in einem EU-Bericht bereits erwägt, jedoch am Schluss abgelehnt, weil einige Offline-Geschäftsmodelle ähnliche Eigenschaften aufweisen wie digitale Plattformen und solche neuen Schwellen potenziell wiederum mehr Unternehmensübernahmen erfassen würden als angedacht, weil sie nicht als problematisch gelten. Supermärkte, Banken und Medienunternehmen sammeln bspw auch Nutzerdaten und agieren als mehrseitige Plattformen bzw könnten anfällig für Netzwerkeffekte sein.³³⁷

4.3.2 Anpassung des Art 22 FKVO

Art 22 FKVO könnte im Rahmen einer Änderung der FKVO ergänzt werden, sodass unerschwellige Verweisungen ermöglicht werden, wobei dies an zusätzliche und im voraus bestimmte Voraussetzungen und Fristen geknüpft werden müsste und auch nicht zu einem absolutem Ermessen der EK führen dürfte.³³⁸ Aus Unternehmenssicht besteht hier wieder bzw weiterhin die Gefahr von Rechtsunsicherheit und ist im Endeffekt eine wenig wünschenswerte Lösung.³³⁹

³³⁴ *Ende*, NZKart 2024, 532 (535); *Levy/Mostyn/Buzatu*, Competition Law Journal (2020) 19/2, 51 (57f).

³³⁵ *Levy/Rimsa/Buzatu*, European Competition and Regulatory Law Review (2021) 5/4, 364 (369).

³³⁶ Siehe hierzu Kapitel 4.4.4.

³³⁷ *Levy/Mostyn/Buzatu*, Competition Law Journal (2020) 19/2, 51 (57f).

³³⁸ *Ende*, NZKart 2024, 532 (535); *Urban/von Schreitter*, NZKart 2024, 609 (612).

³³⁹ *Urban/von Schreitter*, NZKart 2024, 609 (612).

4.4 Mitgliedsstaatliche Lösungsansätze

4.4.1 Transaktionswertschwelle

Die Disparität zwischen einem geringen Umsatz des Zielunternehmens und einem hohen Transaktionswert kann darauf hinweisen, dass die wettbewerbsrechtlichen Folgen einer solchen Transaktion genauer angesehen werden sollten.³⁴⁰

Auf EU-Ebene wurde die Einführung einer Transaktionswertschwellenlösung in der Vergangenheit erwogen. Die EK führte im Jahr 2016 eine Konsultation durch, bei welcher herauskam, dass eine transaktionswertbasierte Aufgreifschwelle („deal size threshold“) von der Mehrheit der sich dazu Geäußerten abgelehnt wurde, da Durchsetzungslücken durch Verweisungen der nationalen Wettbewerbsbehörden geschlossen werden könnten. Zudem erlaube der Transaktionswert keinen Rückschluss auf die potenzielle wettbewerbliche Bedeutung eines Vorhabens, die Transaktionswertbestimmung erweise sich als schwierig, der räumliche Bezug („local nexus“) fände nicht genügend Berücksichtigung und zusätzliche Schwellenwerte würden sich negativ auf Innovationen und Investitionen auswirken.³⁴¹ Angepasste Schwellen festzusetzen sei keine leichte Aufgabe und auch die EK hätte in der Vergangenheit darauf verzichtet, die Schwellenwerte anzupassen, weil kein angemessener Wert ermittelt werden konnte. Die Untersuchung der EK hatte ergeben, dass eine höhere Transaktionswertschwelle von bspw. € 1 Milliarde auf der einen Seite zwar viele Unternehmenserwerbe durch große Unternehmen im Digitalsektor gar nicht erfasst hätte, und auf der anderen Seite jedoch gleichzeitig zu wahrscheinlich 500 bis 1.000 neuen Verfahren geführt hätte.³⁴² Weil die FKVO vielen Drittländern als Vorlage für ihre Fusionskontrolle dient, hätte die Einführung einer Transaktionswertschwelle auf EU-Ebene möglicherweise den Effekt, dass es weltweit zu vermehrten Anmeldepflichten kommen könnte, indem diese Drittländer die Maßnahmen der EU erneut kopieren.³⁴³ Die EK entschied sich im Endeffekt gegen die Einführung einer Transaktionswertschwelle, weil man zur Schlussfolgerung kam, dass keine Anpassung der Fusionskontrolle notwendig war, da wieder der Großteil der Befragten der Meinung war, dass nicht genügend empirische Beweise vorlagen, um das Vorliegen einer Durchsetzungslücke nachzuweisen, und die EK lieber warten sollte, wie sich

³⁴⁰ *Ende*, NZKart 2024, 532 (535).

³⁴¹ *Cukurov*, NZKart 2021, 606 (608f).

³⁴² *Schmidt/Betzendörfer*, NZKart 2024, 535 (540).

³⁴³ *Levy/Mostyn/Buzatu*, Competition Law Journal (2020) 19/2, 51 (59).

die Umsetzung und Anwendung der Transaktionswertschwelle in Österreich und Deutschland gestaltet, bevor die FKVO angepasst wird.³⁴⁴

Die Transaktionswertschwelle bietet (im Vergleich zur Verweisungslösung der EK) grundsätzlich mehr Rechtssicherheit, da sich Anmeldepflichten leichter feststellen lassen. Eine zu niedrig angesetzte Transaktionswertschwelle kann aber dazu führen, dass zu viele Zusammenschlüsse erfasst werden, die vermehrt bürokratischen Aufwand für die beteiligten Unternehmen wie auch die Wettbewerbsbehörden verursachen.³⁴⁵ Der Transaktionswert alleine spiegelt zudem weder das Potenzial des Zielunternehmens und dessen wettbewerbliche Bedeutung noch die Motivation des Erwerbers geeignet wider. Wenn die Transaktionswertschwelle zu hoch angesetzt wird, besteht das Risiko, dass bestimmte wettbewerbsschädliche Killer Acquisitions wiederum ungeprüft bleiben und der effektive Schutz des Wettbewerbs sich nicht entfalten kann.³⁴⁶ Ein im Vergleich zum Umsatz hoher Transaktionswert muss seine Ursache nicht unbedingt in der Innovationskraft des Zielunternehmens haben, sondern kann auch auf die Langlebigkeit der Vermögenswerte zurückzuführen sein.³⁴⁷ Österreich hat sich im Übrigen für einen Transaktionswert in Höhe von € 200 Millionen entschieden, während Deutschland € 400 Millionen wählte.³⁴⁸

Transaktionswertschwellen wurden in Österreich und Deutschland eingeführt, um den Erwerb von Zielunternehmen mit keinen oder bloß geringen Umsätzen einer Zusammenschlussprüfung unterstellen zu können. Die Transaktionswertschwelle ermöglicht zwar nicht die Prüfung aller als relevant eingestuften Zusammenschlüsse, doch begründet sie die Zuständigkeit der Wettbewerbsbehörden nach nationalem Recht und ermöglicht so wiederum einen rechtmäßigen Verweisungsantrag an die EK.³⁴⁹ In Österreich und Deutschland beschränkt sich die Transaktionswertschwelle dem Auswirkungsprinzip entsprechend auf Unternehmen mit erheblicher Inlandstätigkeit, sodass nur jene Zusammenschlüsse aufgegriffen werden können, die dieses Kriterium erfüllen.³⁵⁰ Zum einen muss ein lokaler Bezug zur EU bzw einem konkreten Mitgliedsstaat gefordert werden, da ansonsten gegen Grundsätze des Völkerrechts verstoßen werden sowie der wirkungsbasierten Rechtsprechung des EuGH widersprochen würde, zum anderen stellt es eine Schwierigkeit dar, bei Unternehmen, die im digitalen Bereich

³⁴⁴ *Bunworth*, IIC 2021, 734 (739f).

³⁴⁵ *Cukurov*, NZKart 2021, 606 (610f); *Reidlinger/Kühnert*, ÖZK 2024/5, 163 (168); *Levy/Mostyn/Buzatu*, Competition Law Journal (2020) 19/2, 51 (58f).

³⁴⁶ *Cukurov*, NZKart 2021, 606 (610f).

³⁴⁷ *Reidlinger/Kühnert*, ÖZK 2024/5, 163 (168).

³⁴⁸ *Cukurov*, NZKart 2021, 606 (608).

³⁴⁹ *Bauer/Cappel*, *ecolex* 2024/550, 959 (962).

³⁵⁰ *Ende*, NZKart 2024, 532 (535); *Tyagi*, Maastricht Journal of European and Comparative Law (19.05.2025), 1 (11).

tätig sind, Umsätze der EU bzw einem konkreten Mitgliedsstaat zuzuordnen.³⁵¹ In Bezug auf die Inlandstätigkeit stützen sich die Wettbewerbsbehörden deswegen auch auf Faktoren wie indirekte Kunden, Datenverarbeitungstätigkeiten, die Anzahl aktiver Nutzer auf monatlicher Basis oder der einzelnen Besucher einer Webseite.³⁵²

Die ersten Praxiserfahrungen haben die hohen Erwartungen nicht erreicht, doch konnten aufgrund der Transaktionswertschwelle von Österreich die Zusammenschlüsse Adobe/Figma, Apple/Shazam und Facebook/Kustomer und von Deutschland Adobe/Figma, Booking/eTraveli³⁵³ sowie Google/Photomath an die EK verwiesen werden.³⁵⁴ Der Großteil der Zusammenschlüsse, die unter die Transaktionswertschwelle fielen, hingen jedoch mit traditionellen Industrien zusammen und nicht mit dem Digitalsektor, für welchen die Schwelle ursprünglich gedacht war.³⁵⁵

Die Gefahr der Transaktionswertschwelle ist zum einen, dass die beteiligten Unternehmen den Transaktionswert künstlich ansetzen, um das Unterfallen unter die Schwelle zu vermeiden, bspw durch komplexe, nachträgliche Preismechanismen. Zum anderen handelt es sich beim Transaktionswert um einen subjektiven Wert, der von den beteiligten Unternehmen bestimmt wird, wobei es gegebenenfalls unangemessen ist, die beteiligten Unternehmen so über die Zuständigkeit der EK entscheiden zu lassen. Eine Transaktionsschwelle könnte zudem dasselbe Schicksal wie die Umsatzschwellen ereilen, indem sich der Wert und die Geschäftsmodelle im Laufe der Zeit ändern und die Schwelle ineffektiv wird. Selbstverständlich kann dann wiederum die FKVO angepasst werden und sollten solche ungewissen zukünftigen Entwicklungen nicht in eine Entscheidung gegen die Transaktionswertschwelle einfließen.³⁵⁶

4.4.2 Call-In-Optionen

Call-In-Optionen wurden von Schweden, Italien, Dänemark, Lettland, Litauen, Slowenien, Ungarn und Irland vorgesehen, sodass deren Wettbewerbsbehörden ihre Zuständigkeit auch unterhalb der Aufgreifschwellen selbst begründen und auch diese in weiterer Folge über einen rechtmäßigen Verweisungsantrag an die EK übertragen können.³⁵⁷ Diese Call-In-Optionen kommen zur Anwendung, wenn die Befürchtung im Raum steht, dass das Zusammenschlussvorhaben eine Gefahr für den nationalen Markt mit sich bringt, und sind

³⁵¹ *Levy/Mostyn/Buzatu*, Competition Law Journal (2020) 19/2, 51 (59).

³⁵² *Mikroulea in Mohr/Tsikrikas* 133 (145f).

³⁵³ Siehe dazu auch Kapitel 4.6.3.

³⁵⁴ *Schmidt/Betzendörfer*, NZKart 2024, 535 (540).

³⁵⁵ *Mikroulea in Mohr/Tsikrikas* 133 (145).

³⁵⁶ *Bunworth*, IIC 2021, 734 (741).

³⁵⁷ *Bauer/Cappel*, ecolex 2024/550, 959 (962); *Ely*, BB 2024/42, 2387; *Reidlinger/Kühnert*, ÖZK 2024/5, 163 (168).

zudem an zusätzliche Kriterien gebunden.³⁵⁸ In manchen Ländern werden als zusätzliche Voraussetzungen für ein Call-In zB eine vorangehende Sektoruntersuchung sowie ein durch Umsatz belegter Inlandsbezug (Deutschland), das Erreichen gewisser Inlandsumsatzschwellen (Dänemark, Schweden, Island), (alternativ) weltweiter Umsatzschwellen (Italien) oder Marktanteilschwellen (Lettland, Ungarn) verlangt. Weitere EU-Mitgliedsstaaten planen die Einführung von Call-In-Optionen.³⁵⁹ Zuletzt hat Bulgarien eine Call-In-Option eingeführt.³⁶⁰ In den Niederlanden³⁶¹, Frankreich³⁶² und Tschechien³⁶³ ist die Einführung derzeit in konkreter Planung.

Aufgrund der Ausübung der Call-In-Option durch Italien, konnte bspw der Zusammenschluss Nvidia/Run:ai im Rahmen des Art 22 FKVO an die EK verwiesen werden, wo er ohne Auflagen in Phase I von der EK genehmigt wurde. Nvidia hat sich trotzdem dafür entschieden, vor EU-Gerichten gegen die EK vorzugehen, um die Entscheidung der EK, überhaupt in Bezug auf diesen Zusammenschluss tätig zu werden, zu hinterfragen.³⁶⁴ Nvidia argumentiert, dass sich die EK auf vage, willkürliche ex-post Call-in-Befugnisse der Italiener gestützt habe, was gegen das institutionelle Gleichgewicht, die Rechtssicherheit, Verhältnismäßigkeit und Gleichbehandlung sowie gegen das Illumina/Grail-Urteil verstoße.³⁶⁵ In der Sache Nvidia gegen EK ist somit auch ein spannendes Urteil zu erwarten.

Man könnte auch im Rahmen einer Änderung der FKVO eine Call-in-Option für die EK erwägen, die an erhöhte Voraussetzungen zu binden wäre.³⁶⁶ Für eine solche Änderung wäre laut *Ende* als Änderung der Aufgreifkriterien nach Art 1 Abs 4 und 5 FKVO eine qualifizierte Mehrheit im Rat notwendig³⁶⁷, wohingegen *Urban/von Schreitter* grundsätzlich von einem

³⁵⁸ *Ende*, NZKart 2024, 532 (534).

³⁵⁹ *Schmidt/Betzendörfer*, NZKart 2024, 535 (540).

³⁶⁰ *Strateva/Weiss*, Recent amendments to the Bulgarian Competition Protection Act, schoenherr.eu (Stand 10.11.2025).

³⁶¹ *Kuipers*, Beyond the Threshold: the Dutch Competition Authority gains new powers to tackle below-threshold acquisitions, twobirds.com (Stand 15.10.2025).

³⁶² *des Ylouses/Labory*, Targeted call in power: The French Competition Authority's expansion of powers in merger control, fieldfisher.com (Stand 11.11.2025).

³⁶³ *Vojtechovská*, Czech Competition Act Possibly to Undergo Major Amendment: What to Expect? Twobirds.com (Stand 19.11.2025).

³⁶⁴ *Tyagi*, Maastricht Journal of European and Comparative Law (19.05.2025), 1 (11f, 14).

³⁶⁵ *Engel/Sakellariou-Witt/Tantulli/Harjula/Frie*, Think you are below the radar? EU competition authorities expand scrutiny of below-threshold M&A deals, whitecase.com (Stand 17.04.2025).

³⁶⁶ *Ende*, NZKart 2024, 532 (535); *Reidlinger/Kühnert*, ÖZK 2024/5, 163 (168).

³⁶⁷ *Ende*, NZKart 2024, 532 (535).

Einstimmigkeitserfordernis des Rates ausgehen.³⁶⁸ Zur Unternehmenssicht gilt wiederum das zur Anpassung des Art 22 FKVO Gesagte^{369, 370}.

Eine Call-In-Option würde der EK viel Freiheit und Ermessen gewähren, jene Zusammenschlüsse zu prüfen, die sie als wettbewerbsrechtlich gefährlich einstuft. Hierzu wäre vermutlich die Einführung einer Abteilung, die solche Fälle für die EK identifiziert, notwendig. Der Ansatz einer Call-In-Option hätte wiederum hohe Verwaltungskosten und lange Verfahrensdauern zur Folge. Außerdem besteht keine Sicherheit, dass die EK im Stande wäre, im Hinblick auf die noch kleine Größe der meisten Zielunternehmen relevante wettbewerbswidrige Zusammenschlüsse zu identifizieren. Zudem würden sich Schwierigkeiten in Bezug auf das Vollzugsverbot während eines laufenden Verfahrens ergeben³⁷¹, ganz zu schweigen von der mangelnden Vorhersehbarkeit und Rechtsunsicherheit.

4.4.3 Marktanteilsbezogenes Aufgreifkriterium

Ein marktanteilsbezogenes Aufgreifkriterium bedeutet, dass ein Zusammenschluss anmeldepflichtig ist, wenn der Erwerber über eine bestimmte Marktstellung verfügt. In verschiedenen Jurisdiktionen, die ein solches Aufgreifkriterium kennen, kommt es bspw auf das Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung oder das Überschreiten eines bestimmten Marktanteils an.³⁷² In Spanien und Portugal³⁷³ sowie Slowenien³⁷⁴ finden sich marktanteilsbasierte Aufgreifkriterien, die zur Anwendung kommen können, wenn das Zielunternehmen schon über signifikante Marktanteile verfügt.³⁷⁵ Die Schwierigkeit hierbei ergibt sich bei der Marktabgrenzung und Marktanteilsbestimmung, die von den am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen vorgenommen werden muss.³⁷⁶ Bei Killer Acquisitions ergeben sich dabei zwei Herausforderungen. Zum einen lassen sich digitale Plattformmärkte aufgrund ihrer Mehrseitigkeit und Nullpreispolitik schwer abgrenzen. Zum anderen nehmen Forschungsunternehmen am gewöhnlichen Marktgeschehen noch nicht teil und verfügen somit noch über keine Marktanteile.³⁷⁷ Mit Marktanteilsschwellen gehen somit erneut mangelnde Vorhersehbarkeit und Rechtsunsicherheit einher.³⁷⁸

³⁶⁸ Siehe hierzu auch Kapitel 4.3.1.

³⁶⁹ Siehe Kapitel 4.3.2.

³⁷⁰ *Urban/von Schreitter*, NZKart 2024, 609 (612).

³⁷¹ *Levy/Mostyn/Buzatu*, Competition Law Journal (2020) 19/2, 51 (59f).

³⁷² *Cukurov*, NZKart 2021, 606 (608).

³⁷³ *Ende*, NZKart 2024, 532 (535); *Ely*, BB 2024/42, 2387.

³⁷⁴ *Schmidt/Betzendörfer*, NZKart 2024, 535 (540).

³⁷⁵ *Ende*, NZKart 2024, 532 (535).

³⁷⁶ *Ende*, NZKart 2024, 532 (535); *Schmidt/Betzendörfer*, NZKart 2024, 535 (540).

³⁷⁷ *Ende*, NZKart 2024, 532 (535).

³⁷⁸ *Schmidt/Betzendörfer*, NZKart 2024, 535 (540).

4.4.4 Multiplikatorregel des § 9 Abs 3 KartG & Verordnungsermächtigung nach § 18 KartG

§ 9 Abs 3 des österreichischen KartG³⁷⁹ sieht eine besondere Regelung für Medienzusammenschlüsse vor, weil sie aufgrund des zusätzlichen Schutzzwecks strenger beurteilt werden sollen. Umsatzerlöse von Medienunternehmen und Mediendiensten werden mit dem Faktor 200, jene von Medienhilfsunternehmen mit dem Faktor 20 multipliziert, was im Endeffekt zu einer deutlichen Herabsetzung der Umsatzschwellen führt.³⁸⁰

§ 18 Abs 1 KartG sieht eine Ermächtigung für den/die Bundesminister/-in für Justiz zum Erlass einer Verordnung vor, wonach bei der Anwendung der Schwellenwerte in § 9 Abs 1 und Abs 2 KartG die Umsatzerlöse, die auf einem bestimmten Markt erzielt werden, mit einem bestimmten Faktor multipliziert werden.³⁸¹

Eine solche Verordnung kann gemäß § 18 Abs 2 KartG erlassen werden, wenn wegen der Besonderheiten des betroffenen Marktes auch Zusammenschlüsse umsatzschwächerer Unternehmen zu schwerwiegenden Beeinträchtigungen des Wettbewerbs auf diesem Markt führen können und diese Beeinträchtigungen nicht durch andere wettbewerbs- oder handelspolitische Maßnahmen verhindert werden können., wobei insbesondere der Umfang der auf dem betroffenen Markt insgesamt erzielten Umsatzerlöse, die Umstände, die den Marktzutritt für andere Unternehmer beschränken und die Verflechtung des betroffenen Marktes mit den ausländischen Märkten zu berücksichtigen sind.³⁸² Eine solche Verordnung wurde bislang noch nicht erlassen.³⁸³

Die Herabsetzung der Umsatzschwellen für bestimmte Märkte könnte ein wirksames Instrument sein, um Killer Acquisitions zu erfassen, bei welchen die Zielunternehmen die bislang vorgesehenen Schwellenwerte nicht erreichen. Schwierigkeiten hierbei würden sich bei der Abgrenzung der relevanten Märkte ohne Anlassfall einer konkreten Zusammenschlussprüfung ergeben. Die Vorhersehbarkeit und Rechtssicherheit kann auch hier in Zweifel gezogen werden, jedoch wäre es möglich, bei Erlass von entsprechenden Verordnungen bzw sonstigen Rechtsakten, wenn diese Lösung auf EU-Ebene übernommen

³⁷⁹ Kartellgesetz 2005 BGBl I 2005/61.

³⁸⁰ Holzweber/Von der Thannen/Dietz in Holzweber/Dietz (Hrsg), Kommentar zur Fusionskontrolle (2023) § 9 KartG Rz 1 (36).

³⁸¹ Feldner, § 9 Abs 4 KartG - Die praktische Bedeutung des neuen Schwellenwerts, ÖZK 2017/4, 149 (151f).

³⁸² § 18 Abs 2 KartG.

³⁸³ Feldner, ÖZK 2017/4, 149 (152); Holzweber/Müller/Dietz in Holzweber/Dietz (Hrsg), Kommentar zur Fusionskontrolle (2023) § 18 KartG Rz 1 (2).

werden würde, Übergangsfristen vorzusehen, damit Unternehmen, die auf den relevanten Märkten tätig sind, sich darauf einstellen können.

4.4.5 „New Competition Tool“ (NCT)

Der Unionsgesetzgeber könnte sich auch dafür entscheiden, einen vollkommen neuen Weg zu beschreiten und bspw ein Prüfinstrument zu schaffen, welches es erlaubt, ex-ante in einen Markt mit einem strukturellen Mangel an Wettbewerb einzugreifen, ohne dass im Vorhinein ein konkreter Verstoß gegen das Kartellrecht festgestellt werden müsste. Die EK könnte das Recht bekommen, wie das deutsche Bundeskartellamt derzeit, losgelöst von sonst geltenden Anmeldeschwellen, nach Durchführung von Untersuchungen eines bestimmten Sektors konkreten Unternehmen eine Anmeldepflicht von bestimmten Zusammenschlüssen aufzutragen. Auch das Vereinigte Königreich, Italien und Dänemark haben ein solches System in ihrem nationalen Recht etabliert und auf EU-Ebene wurde es unter dem Titel „New Competition Tool“ vor Einführung des DMA diskutiert. Zuspruch fand dies auch im sog. Draghi-Bericht. Die EK hatte hierzu in den letzten Jahren jedoch eher eine ablehnende Haltung und entschied sich bewusst dagegen.³⁸⁴

4.5 Weitere Lösungsansätze

4.5.1 Mitteilungspflicht für bestimmte Sektoren

Ähnlich wie im DMA³⁸⁵, könnte eine allgemeine fusionskontrollrechtliche Mitteilungspflicht für Unternehmen vorgesehen werden, die definierte Voraussetzungen erfüllen, zB einer bestimmten Branche angehören, wie der Digital- oder Pharmasektor.³⁸⁶

Eine reine Mitteilungspflicht ohne gleichzeitiger Anmeldepflicht löst jedoch nicht das Problem der fehlenden Aufgreifmöglichkeit von potenziell wettbewerbsschädlichen Killer Acquisitions. Eine Mitteilungspflicht könnte gegebenenfalls nur im Zusammenspiel mit Art 102 AEUV zu Erfolgen führen.

4.5.2 Economic Goodwill-Test

Ein Ansatz von Andrew McLean ist, Aufgreifschwellen vorzusehen, die sich nach dem wirtschaftlichen Wert („economic goodwill“) eines Vorhabens richten. Damit meint er die Differenz zwischen der Gesamtsumme der materiellen Nettovermögenswerte eines Zielunternehmens und dem Transaktionswert. Diese Differenz soll den Vorteil widerspiegeln,

³⁸⁴ Urban/von Schreitter, NZKart 2024, 609 (613f).

³⁸⁵ Siehe Kapitel 4.7.

³⁸⁶ Cukurov, NZKart 2021, 606 (608).

den sich der Erwerber aus der Transaktion erwartet. Vom „Tauschwert“ („exchange value“), dem prozentualen Verhältnis zwischen dem wirtschaftlichen Wert und dem Transaktionswert, soll in weiterer Folge die konkrete Bestimmung der Anmeldepflicht eines Vorhabens abhängen. Die Begründung für diesen Ansatz sieht McLean in den vermehrt spekulativen und von den Abläufen der Realwirtschaft losgelösten Investitionen in Zeiten des Finanzkapitalismus, bei welchen die Zukunftsfähigkeit der Zielunternehmen von Bedeutung ist.³⁸⁷

Auch der Economic Goodwill-Test bietet mehr Rechtssicherheit als die Verweisungslösung der EK. Die beteiligten Unternehmen sind im Stande, die Aufgreifkriterien vor dem Vollzug des Zusammenschlussvorhabens zu bestimmen. Im Vergleich zur Transaktionswertschwellenlösung bildet der wirtschaftliche Wert das wirtschaftliche Potenzial des Zielunternehmens und damit zusammenhängend dessen wirtschaftliche Bedeutung genauer ab, weil die mitgekauften materiellen Vermögenswerte herausgerechnet werden. Jedoch bildet der Economic Goodwill-Test den wirtschaftlichen Wert bloß aus Sicht des konkreten Erwerbers ab und dies ausschließlich nach dessen Einschätzung. Es fehlt eine Aussage über die potenzielle Entwicklung des Zielunternehmens als unabhängiges Unternehmen. Werden die Kriterien beim Economic Goodwill-Test zu hoch angesetzt, können Killer Acquisitions auch hier ungeprüft davonkommen.³⁸⁸

4.5.3 Schwellenwert der Auswirkung auf Verbraucher (Consumer Impact Threshold)

Ein weiterer Vorschlag ist bzw. war die Einführung eines Schwellenwertes, der auf der Anzahl der vom Zusammenschluss voraussichtlich betroffenen Verbraucher basiert. Ein solcher Schwellenwert könnte zwar vermeiden, in Zukunft bei Änderung von Geschäftsmodellen oder Werten redundant zu werden, doch würde er jene Fälle nicht erfassen, in welchen das Produkt bzw. die Dienstleistung noch gar nicht am Markt erhältlich ist, wie zB in der Pharmabranche, aber das dazugehörige Unternehmen alleine auf Basis seines Potenzials zur Marktveränderung erworben wird, und es zu diesem Zeitpunkt noch keine direkt betroffenen Verbraucher gibt. Die Bemessung bzw. Ermittlung einer Auswirkung auf Verbraucher wäre außerdem wohl schwierig und könnte ein Einfallstor für Manipulationen oder Schwankungen sein. Für sich alleine wäre dieser Schwellenwert somit keine ausreichende Lösung, könnte aber gegebenenfalls in Kombination mit einer Transaktionswertschwelle eingesetzt werden.³⁸⁹

³⁸⁷ Cukurov, NZKart 2021, 606 (610).

³⁸⁸ Cukurov, NZKart 2021, 606 (611).

³⁸⁹ Bunworth, IIC 2021, 734 (746).

4.6 Änderungen der materiellen Kontrolle der FKVO

Die Praxis zeigt, dass auch wenn Zusammenschlüsse bzw potenzielle Killer Acquisitions durch Wettbewerbsbehörden geprüft werden konnten, dies nicht unbedingt zu einer wirksameren bzw verbesserten Fusionskontrolle führte. Unternehmenserwerbe durch Microsoft, Amazon, Google/Alphabet, Apple und Facebook/Meta geschahen in unterschiedlichen Wirtschaftssektoren, die komplementäre Produkte und Dienstleistungen anbieten, was auch die Komplexität ihrer Geschäftsmodelle widerspiegelt. Es ist eine Untersuchung des systematischen Vorgehens dieser Übernahmen erforderlich, um ausgereifte Theorien über damit einhergehende Wettbewerbsbeeinträchtigungen, die das gesamte Spektrum der Produkte und Dienstleistungen umfassen, zu entwickeln.³⁹⁰

Um die EU-Fusionskontrolle auf künftige Herausforderungen vorzubereiten, müsste nicht nur die Anzahl der Fusionskontrolle unterliegenden Zusammenschlüsse erweitert werden, sondern der Begriff bzw Inhalt der Fusionskontrolle neu definiert werden.³⁹¹

Schwierigkeiten ergeben sich in der Digitalwirtschaft bspw bei den betroffenen Märkten, da bei konglomeraten Zusammenschlüssen der Erwerber und das Zielunternehmen auf unterschiedlichen Märkten tätig sind, weil sie unterschiedliche Dienstleistungen mit ebenso unterschiedlichen Funktionen anbieten, die auch auf unterschiedliche Bedürfnisse abgestimmt sein können. Solche Zusammenschlüsse werden von Wettbewerbsbehörden oft deswegen nicht verhindert, weil die Dienstleistungen keinem gemeinsamen Markt, sondern eben getrennten Märkten zugeordnet werden. Als Lösungsansätze wird eine Ausweitung der Marktdefinition vorgeschlagen, wonach zB auf einen „Markt für Aufmerksamkeit“ abzustellen ist. Die Aufmerksamkeit der Endnutzer ist beschränkt und Unternehmen, die Dienstleistungen wie Netflix, Facebook, YouTube und andere anbieten, konkurrieren um diese, um von den Endnutzern direkt durch Einnahmen vergütet zu werden oder um indirekt durch Werbung an den Endnutzern zu verdienen. Diese Lösung hätte zwar zur Folge, dass solche Zusammenschlüsse in der Fusionskontrolle besser erfasst und beurteilt werden können, doch würde die weite Marktdefinition die kartellrechtliche Missbrauchsaufsicht gefährden, weil es auf solchen Märkten folglich weniger Marktbeherrscher gäbe. Ein anderer Ansatz könnte sein, bei der fusionskartellrechtlichen Prüfung Erwerbsstrategien von marktbeherrschenden Unternehmen zu berücksichtigen. Grundsätzlich wird in der Fusionskontrolle immer nur der gegenständliche Zusammenschluss beurteilt, doch könnte eine Analyse der Gesamtsituation

³⁹⁰ Ziermann, ÖZK 2024/2, 39 (42).

³⁹¹ Ziermann, ÖZK 2024/2, 39 (43).

den Wettbewerbsbehörden ermöglichen, die Wettbewerbsfolgen mehrerer Unternehmensübernahmen als Ganzes zu betrachten. Dies würde jedoch wahrscheinlich wieder zu mehr Rechtsunsicherheit führen, weil sich diese Vorgehensweise von der bisherigen Praxis unterscheiden würde.³⁹² Zudem stellt sich hierbei das Problem, dass die EK für sämtliche zu betrachtenden Zusammenschlüsse zuständig sein müsste.³⁹³

Das Problem liegt damit nicht nur in der fusionskartellrechtlichen Erfassung von Killer Acquisitions mangels Vorhandensein geeigneter Schwellenwerte sondern ebenfalls in der materiellen Prüfung, wonach potenzielle kartellrechtliche bzw wettbewerbsrechtliche Probleme bzw Bedenken im Rahmen stattgefundener Fusionskontrollverfahren nicht erkannt wurden.³⁹⁴

Bevor weitreichende Änderungen an der FKVO vorgenommen werden, muss sich die EK damit beschäftigen, welche Zusammenschlüsse keiner fusionskontrollrechtlichen Kontrolle unterlagen und welche ihrer Meinung nach hätten geprüft werden müssen und von welchen Zusammenschlüssen sie denkt, dass diese falsch entschieden wurden.³⁹⁵

Änderungen können sohin nicht nur an den formellen Aufgreifkriterien vorgenommen werden. Auch die inhaltliche Kontrolle von Zusammenschlüssen könnte, als Antwort auf die Kritik, dass einige geprüfte Zusammenschlüsse niemals hätten freigegeben werden dürfen und wettbewerbsrechtliche Probleme nicht erkannt wurden, überarbeitet werden.³⁹⁶ Wettbewerbsbehörden haben bei der Fusionskontrolle zu beurteilen, ob der Wettbewerb in Zukunft einen Schaden in Folge des Zusammenschlusses davonträgt, was äußerst spekulativ ist. Die Wettbewerbsbehörden haben Schadenstheorien aufzustellen und zu vergleichen, wie sich der Markt hypothetisch mit und ohne Zusammenschluss entwickeln würde. Bei Killer Acquisitions ist es deswegen besonders herausfordernd, zu beurteilen, ob das Start-Up ein ausreichend plausibler potenzieller Wettbewerber ist.³⁹⁷

4.6.1 Neuausrichtung des materiellen Prüfungsmaßstabs der FKVO

Ursprünglich basierte der materielle Prüfungsmaßstab der Vorgängerversion der heutigen FKVO von 1989 auf dem Konzept der Marktbeherrschung, die zwar nicht in der FKVO definiert war, jedoch von der EK flexibel ausgelegt und von den europäischen Gerichten umfassend weiterentwickelt wurde. Die Prüfung der EK fokussierte sich als erstes auf die Marktmacht eines einzelnen Unternehmens („Einzelmarktbeherrschung“) und erst in einem

³⁹² *Haucap*, Wirtschaftsdienst 2020, 100/13, 20 (26).

³⁹³ Siehe hierzu Kapitel 4.6.2.

³⁹⁴ *Levy/Mostyn/Buzatu*, Competition Law Journal (2020) 19/2, 51 (52, 54).

³⁹⁵ *Levy/Mostyn/Buzatu*, Competition Law Journal (2020) 19/2, 51 (54f).

³⁹⁶ *Levy/Mostyn/Buzatu*, Competition Law Journal (2020) 19/2, 51 (60).

³⁹⁷ *Whish*, National Law School of India Review (2022) 34/1, 1 (9).

zweiten Schritt auf das Risiko einer stillschweigenden Kollusion bzw koordinierender Effekte („gemeinsame oder kollektive Marktbeherrschung“). Die EK verglich die Auswirkungen des Zusammenschlusses mit Fokus auf Veränderungen der Marktstruktur und des Wettbewerbsumfelds mit der hypothetischen Situation ohne Zusammenschluss. Im Laufe der Zeit wurde mehr Wert auf die Art und das Ausmaß des Wettbewerbs zwischen den beteiligten Unternehmen gelegt.³⁹⁸

Ende 2001 regte die EK Diskussionen zur Änderung des materiellen Prüfungsmaßstabs von der Marktbeherrschung zum „substantial lessening of competition“ (SLC)-Test, dh der wesentlichen Einschränkung des Wettbewerbs, an. Die EU entschied sich 2004 dagegen und führte stattdessen den „SIEC“-Test (significant impediment to effective competition) ein, wonach nunmehr Zusammenschlüsse untersagt wurden, die zwar keine Bedenken hinsichtlich Einzel- oder kollektiver Marktbeherrschung ergaben, jedoch durch nicht-koordiniertes Verhalten der nicht marktbeherrschenden Unternehmen trotzdem unilaterale bzw einseitige Effekte zur Folge hatten. Anhand des SIEC-Tests wird gefragt, ob eine Transaktion den wirksamen Wettbewerb im gemeinsamen Markt oder in einem wesentlichen Teil desselben erheblich behindert, insbesondere infolge der Begründung oder Verstärkung einer beherrschenden Stellung. Diese Änderung führte zu einem stärker wirkungsorientierten Ansatz und zur Schließung einer Durchsetzungslücke, indem klargestellt wurde, dass die FKVO auch auf unilaterale bzw einseitige Effekte in oligopolistischen Märkten Anwendung findet. Die EK legt ihren Fokus bei ihrer Prüfung seitdem auf die Wettbewerbsdynamik zwischen den beteiligten Unternehmen und den durch den Zusammenschluss gegebenenfalls verlorengelassenen Wettbewerb.³⁹⁹

Grundsätzlich könnte der ursprüngliche Marktbeherrschungstest zwar besser geeignet sein, Übernahmen von potenziellen Wettbewerbern zu beurteilen als der SIEC-Test, da er Zusammenschlüsse erfasst, die eine beherrschende Stellung erst schaffen oder verstärken, ohne dass nachgewiesen werden muss, dass der Zusammenschluss den Wettbewerb erheblich oder wesentlich beeinträchtigt, doch wäre die Rückkehr dazu laut *Levy/Mostyn/Buzatu* nicht erwünscht, weil die geschlossene Durchsetzungslücke wieder geöffnet werden würde. Der SIEC-Test wurde eingeführt, weil der Marktbeherrschungstest nicht alle problematischen Zusammenschlüsse erfasste. Der SIEC-Test sei ausreichend flexibel, um der EK das Aufgreifen von Zusammenschlüssen, die zur Begründung oder Verstärkung einer beherrschenden Stellung führen, zu ermöglichen. Sinnvoll könnte jedoch die Klarstellung sein, dass der SIEC-Test auch

³⁹⁸ *Levy/Mostyn/Buzatu*, Competition Law Journal (2020) 19/2, 51 (60).

³⁹⁹ *Levy/Mostyn/Buzatu*, Competition Law Journal (2020) 19/2, 51 (60f).

jene Zusammenschlüsse erfassen soll, die zur Begründung oder Verstärkung einer beherrschenden Stellung führen, und dass das Kriterium der Erheblichkeit den Umfang des Wettbewerbs vor dem Zusammenschluss berücksichtigen sollte. Außerdem biete der SIEC-Test ein Rahmenwerk zur Bewertung der Auswirkungen eines Zusammenschlusses auf potenziellen Wettbewerb und Innovationswettbewerb und habe die EK in einigen Fällen auf potenzielle Wettbewerbsbedenken abgestellt.⁴⁰⁰

4.6.2 Überarbeitung der Leitlinien zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse

Die Leitlinien zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse⁴⁰¹ könnten einer Aktualisierung unterzogen werden, um die Besonderheiten und Dynamiken digitaler Märkte besser abzubilden und einen klareren Rahmen für die Bewertung nicht preislich bedingter Effekte zu schaffen. Dies könnte durch die stärkere Betonung des Verlusts künftigen Wettbewerbs, die explizite Nennung des Verlusts zukünftiger Innovation als möglichen unilateralen bzw. einseitigen Effekt, die Einführung eines längeren Zeithorizonts bei der Bewertung potentiellen Wettbewerbs, die Berücksichtigung der Natur des Plattformwettbewerbs und mehrseitiger Plattformmärkte sowie die Identifizierung zusätzlicher potentiell relevanter Beweismittel (zB Transaktionsbewertungen und -begründungen) geschehen.⁴⁰²

Die Leitlinien wurden von der EK zur selben Zeit wie die FKVO verabschiedet, wobei sich die digitale Branche in den Jahren danach bekanntlich sehr schnell weiterentwickelt hat. 2004 konnte nicht vorweggenommen werden, dass die digitalen Riesen so aggressive Übernahmepolitiken verfolgen würden, um konkurrierende Ideen und Technologien im frühen Entwicklungsstadium aufzukaufen. Auch wurde nicht antizipiert, dass sich Geschäftsmodelle entwickeln würden, bei welchen Produkte und Dienstleistungen kostenlos angeboten werden, während stattdessen personenbezogene Daten monetarisiert werden. Die Leitlinien sind somit nicht auf dem Stand des digitalen Zeitalters.⁴⁰³

Randzahl 6 der Leitlinien zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse erlaubt es der EK, die Leitlinien an aktuelle Entwicklungen anzupassen. Die EK könnte somit in die Leitlinien einfließen lassen, dass von Killer Acquisitions, dh der Übernahme von hoch bewerteten Übernahmen datenreicher oder hochinnovativer Unternehmen ohne nennenswerte Umsätze, eine Gefahr für den Innovationswettbewerb und das Verbraucherwohl ausgeht. In den aktuellen

⁴⁰⁰ *Levy/Mostyn/Buzatu*, Competition Law Journal (2020) 19/2, 51 (61).

⁴⁰¹ EK, Leitlinien zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse gemäß der Ratsverordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, ABl C 2004/31, 5.

⁴⁰² *Levy/Mostyn/Buzatu*, Competition Law Journal (2020) 19/2, 51 (65).

⁴⁰³ *Bunworth*, IIC 2021, 734 (746f).

Leitlinien wird nur erwähnt, dass auch Unternehmen mit relativ geringen Marktanteilen eine bedeutende Wettbewerbskraft sein können, wenn erfolgversprechende Produkte kurz vor der Einführung stehen. Dies mag auf Unternehmen im Pharmasektor zutreffen, wo lange an Produkten geforscht wird und die Unternehmen erst mit einem marktfähigen Produkt übernommen werden, doch spiegelt die Formulierung der Leitlinien nicht die neuen Herausforderungen des Technologiesektors wider. WhatsApp oder Instagram konnten zB jeweils beim Erwerb durch Facebook/Meta nicht als solche Unternehmen mit relativ geringen Marktanteilen angesehen werden, die eine bedeutende Wettbewerbskraft sein können, wenn erfolgversprechende Produkte kurz vor der Einführung stehen. Es handelte sich bei ihnen bereits um erfolgreiche Unternehmen mit schon vermarkteten Produkten, deren Geschäftsmodelle bloß nicht auf Umsatzmaximierung abzielten. Die Leitlinien könnten somit in der Hinsicht überarbeitet werden, dass sie direkt auf Gefahren verweisen, die von solchen Übernahmen ausgehen, und anerkennen, dass sie aufgrund des potenziellen Schadens für den Wettbewerb durch Killer Acquisitions einer genaueren Prüfung unterzogen werden müssen.⁴⁰⁴

Die Leitlinien könnten insbesondere Anhaltspunkte dafür bieten, wann Killer Acquisitions vorliegen könnten, zB wenn das Zielunternehmen für einen ungewöhnlich hohen Kaufpreis erworben wird, den relevanten Markt entweder noch nicht oder erst kürzlich betreten hat, eine grundlegende Marktveränderung bewirkt oder ein Produkt oder eine Dienstleistung eingeführt hat, die in der Verbraucherwahrnehmung einen neuen Markt geschaffen hat, der Erwerber über ein konkurrierendes Produkt verfügt oder das Zielunternehmen außerhalb traditioneller Warenbereiche agiert, insbesondere indem es neue Technologien vermarktet. Der Verbraucherschutz kann so gestärkt werden, indem sichergestellt wird, dass die EK Killer Acquisitions erkennt und damit verbundene Wettbewerbsrisiken berücksichtigen kann. Eine eher allgemein gehaltene Formulierung wäre geeignet, solche Zusammenschlüsse nicht nur im digitalen Sektor sondern auch in anderen Branchen, bspw im Pharmasektor, zu identifizieren.⁴⁰⁵

Die EK könnte zudem das „Maverick“ (Marktstörer) Konzept, welches grundsätzlich bereits in den Leitlinien Erwähnung findet, im Hinblick auf den Technologiemarkt weiterentwickeln. Demnach ist dem Erwerb eines potenziellen Marktstörers, insbesondere eines, welcher sich einem Preisanstieg widersetzt, besondere Aufmerksamkeit zu widmen. In einem Technologiemarkt sei eine solche Weigerung jedoch kein Merkmal eines Marktstörers. Vielmehr sollten potenzielle Marktstörer erfasst werden, die neue Märkte schaffen oder die Nachfrage durch technologische Fortschritte verlagern wollen. Es müsste im Leitfaden auf die

⁴⁰⁴ *Bunworth*, IIC 2021, 734 (747).

⁴⁰⁵ *Bunworth*, IIC 2021, 734 (747f).

Gefahr verwiesen werden, dass Unternehmen Innovatoren mit dem Ziel erwerben, potenzielle Marktveränderungen durch technologische Fortschritte zu verhindern, oder solche Marktstörer übernehmen, um deren disruptive Produkte oder Dienstleistungen gar nicht erst auf den Markt gelangen zu lassen und so die eigene Marktposition zu schützen, und die Aufmerksamkeit der EK gezielt auf diese besonderen Risiken gelenkt werden.⁴⁰⁶

Erwägenswert wäre auch die Leitlinien im Hinblick auf Serien an Übernahmen (insbesondere im Technologiesektor) auszuweiten. Serienübernahmen müssten in ihren Kontext beurteilt bzw. die längerfristigen Auswirkungen von solchen Zusammenschlüssen stärker gewichtet werden, jedoch stellt sich bei solchen Serien an Übernahmen wiederum das Problem der Zuständigkeit der EK für alle zu berücksichtigenden Zusammenschlussvorhaben.⁴⁰⁷

4.6.3 Schadenstheorien

Zusammenschlüsse können unterschiedliche schädliche Auswirkungen haben. Schadenstheorien, wie zB Auswirkungen auf Verbraucher oder der Verlust potenzieller Wettbewerber, versuchen den Nachweis zu erbringen, warum ein bestimmtes Verhalten dem Wettbewerb schadet.⁴⁰⁸ Während die EK und der EuGH sich im Wesentlichen an die Schwierigkeiten bei der Definition der relevanten Märkte und der Bestimmung von Marktanteilen angepasst haben, ergeben sich bei der Entwicklung bzw. Bestimmung der Schadenstheorien weiterhin Debatten.⁴⁰⁹

Übernahmen von Unternehmen und insbesondere Killer Acquisitions können für Innovationen und den potenziellen Wettbewerb gefährlich sein. Innovationen werden deswegen als bedeutsamer Wettbewerbsparameter im Wettbewerbsschutz und der Fusionskontrolle berücksichtigt, wobei der Fall Dow/DuPont als Meilenstein der Entwicklung der Fusionskontrollpraxis angesehen werden kann⁴¹⁰, bei welchem die EK eine Beeinträchtigung der Innovation im vorgelagerten Markt feststellen konnte und sich damit auf die Innovationsfähigkeit konzentrierte anstatt auf das Produktionsergebnis⁴¹¹. Bei Killer Acquisitions kommt jedoch hinzu, dass junge Unternehmen im Mittelpunkt stehen, deren Produkte eventuell noch keine Marktreife erlangt haben oder keinen oder bloß geringen Umsatz

⁴⁰⁶ *Bunworth*, IIC 2021, 734 (748).

⁴⁰⁷ *Bunworth*, IIC 2021, 734 (748f).

⁴⁰⁸ *Kızılay*, Public and Private International Law Bulletin 44/1, 253 (261).

⁴⁰⁹ *Turgot*, European Competition and Regulatory Law Review (2021) 5/2, 112 (113).

⁴¹⁰ *Sauermann*, Zeitschrift für KMU und Entrepreneurship (2022) 70/1, 61 (63).

⁴¹¹ *Turgot*, European Competition and Regulatory Law Review (2021) 5/2, 112 (114).

erwirtschaften. Erwerbe von solchen Unternehmen können geplante Innovationstätigkeiten früh unterbinden.⁴¹²

Starke Unternehmen übernehmen potenzielle Wettbewerber bevor sie zu einer tatsächlichen Gefahr für sie werden, bevor das Zusammenschlussvorhaben anmeldepflichtig ist und bevor zuverlässige Prognosedaten verfügbar sind, die eine fundierte Bewertung des Vorhabens zulassen, und verhindern damit künftigen effektiven Wettbewerb und schränken die Innovationsfähigkeit ein. Laut OECD wird der Wettbewerb durch Zusammenschlüsse von Unternehmen, die Daten von Verbrauchern nutzen, beeinträchtigt, indem es zu einer Qualitätsverringerung des Datenschutzes und der Privatsphäre kommt sowie durch die Erhöhung der Marktzutrittsschranken bzw der Kosten der Wettbewerber durch die Zusammenführung der Daten von Verbrauchern. Die EK fügte dem die Verringerung der Innovation, die Verschlechterung der Interoperabilität sowie des Zugangs hinzu. Durch den sog. Ersatzeffekt ist es für den Erwerber profitabler, das Produkt eines potenziellen Wettbewerbers aufzukaufen und vom Markt zu nehmen, als den Verlust an Umsatz zu erleiden, wenn das Produkt des potenziellen Wettbewerbers an Erfolg gewinnt oder das Produkt nach Erwerb weiterentwickelt wird.⁴¹³

Zwei Autoren traten für eine neue innovationsbasierte Schadenstheorie in der Fusionskontrolle ein, bei welcher im Wesentlichen untersucht wird, ob der Zusammenschluss die Gefahr eines „Kannibalisierungseffekts“ birgt. Die EK hat sich in Zusammenhang mit pharmazeutischen und agrochemischen Märkten bereits mit der vorzeitigen Beseitigung von Wettbewerbsbedrohungen befasst, indem sie Wettbewerbsbeziehungen in einer Innovationsphase untersucht hat, die dem Wettbewerb auf dem Produktmarkt vorausgeht, dh durch die Identifikation von potenziell konkurrierenden Forschungspolen. Ein solcher Ansatz könnte auch auf digitale Märkte übertragbar sein, wobei das typische Szenario auf digitalen Märkten eher sein soll, dass das erworbene Start-Up ins Ökosystem des Erwerbers integriert wird. Beim Zusammenschluss Booking/eTraveli basierte die Schadenstheorie der EK auf der Ökosystemtheorie des Schadens. Demnach hätte der Zusammenschluss durch den Anstieg der Besucherfrequenz auf den Plattformen von Booking und des darüber erzielten Absatzes die Netzwerkeffekte verstärkt und die Marktzutritts- und Expansionsschranken erhöht.⁴¹⁴

⁴¹² *Sauermann, Zeitschrift für KMU und Entrepreneurship* (2022) 70/1, 61 (63).

⁴¹³ *Mikroulea in Mohr/Tsikrikas* 133 (136ff).

⁴¹⁴ *Mikroulea in Mohr/Tsikrikas* 133 (137, 165, 167).

Anzumerken ist, dass bspw weder der Erwerb von Instagram 2012 noch der Erwerb von WhatsApp 2014 durch Facebook ursprünglich bei der EK anmeldepflichtig waren.⁴¹⁵ Im Fall Facebook/Instagram hatte die EK bei der Bewertung der Schadenstheorien festgestellt, dass es eine horizontale Überschneidung im Markt der Foto-Apps gibt und zudem die Gefahr einer Marktabstottung bestünde, wobei schlussendlich beide Theorien abgelehnt wurden. Foto-Apps wurden als unattraktiv für Werbetreibende angesehen und kein strategischer Exklusionsanreiz gesehen, da man davon ausging, dass die Beliebtheit von Instagram zurückgehen würde. Nicht behandelt wurden die Ausschließlichkeit des Nutzerkreises, die Größe der digitalen Plattform sowie die Möglichkeit zur gezielteren Werbung.⁴¹⁶

Nichtsdestotrotz bleibt an dieser Stelle erwähnenswert, dass bei erheblichen Komplementaritäten zwischen Produkten und/oder starken Synergien zwischen Innovationsfähigkeiten, High-Tech-Übernahmen zwar schon zu einer Verringerung des Wettbewerbs, aber auch zu einer Innovationssteigerung führen können. Trotzdem lautet die Empfehlung der Literatur, dass Wettbewerbsbehörden die Schadenstheorien einer Anpassung unterziehen sollten, um die Dynamik digitaler Märkte besser widerzuspiegeln.⁴¹⁷

4.6.4 Verpflichtungszusagen

Beim Zusammenschluss Gerresheimer/Bormioli hatte die österreichische Bundeswettbewerbsbehörde bspw ebenfalls einen interessanten Ansatz. Gerresheimer, ein Unternehmen das Glas- und Kunststoffprodukte insbesondere für die Pharmaindustrie herstellt, wollte indirekt sämtliche Anteile an Bormioli, welches ebenfalls Glas- und Kunststoffprodukte insbesondere für die Pharmaindustrie produziert, übernehmen. Die BWB hatte wettbewerbliche Bedenken, die durch Verpflichtungszusagen ausgeräumt werden konnten. Die Parteien hatten sich zur Vornahme von Maßnahmen verpflichtet, die darauf abzielen, einen Wettbewerber aufzubauen und einen erfolgreichen Markteintritt zu ermöglichen.⁴¹⁸

Die Verpflichtung, Wettbewerb aufrechtzuerhalten bzw gar einen eigenen Wettbewerber aufzubauen, könnte die Absicht der marktstarken Unternehmen konterkarieren, Wettbewerb auszuschalten.

⁴¹⁵ *Bunworth*, IIC 2021, 734 (738).

⁴¹⁶ *Mikroulea* in *Mohr/Tsikrikas* 133 (139f).

⁴¹⁷ *Mikroulea* in *Mohr/Tsikrikas* 133 (139, 169f).

⁴¹⁸ *BWB*, Zusammenschluss Gerresheimer/Bormioli im Bereich Glas- und Kunststoffprodukte für die Pharmaindustrie unter Auflagen gestellt, bwb.gv.at (Stand 19.11.2024).

4.6.5 „Balance of harms“ Test

Ein „Balance of harms“ Test könnte im Rahmen einer vorausschauenden Analyse das Ausmaß und die Wahrscheinlichkeit wettbewerbsschädlicher Auswirkungen dem Ausmaß und der Wahrscheinlichkeit von Effizienzen gegenüberstellen, sodass auch Zusammenschlüsse berücksichtigt werden könnten, die nur ein geringes Risiko erheblicher Schäden bergen. *Levy/Mostyn/Buzatu* haben hinsichtlich einer solchen Lösung wiederum Bedenken. Die EK müsste schwer quantifizierbare Ereignisse mit geringer Eintrittswahrscheinlichkeit identifizieren und deren Effizienzen sowie wettbewerbsschädliche Auswirkungen hinsichtlich ihrer Größenordnung bewerten, wobei sie hierbei den von EU-Gerichten festgelegten Maßstab einhalten müsste, wonach für spekulative Schadenstheorien eine besonders plausible Beweisführung notwendig ist. Dies stellt sich nicht nur bei Zusammenschlüssen im digitalen Sektor als schwierig und unsicher dar. Die Quantifizierung von Effizienzen, die gegen die prognostizierten Wettbewerbsnachteile abgewogen werden müssen, würde entweder eine Absenkung der von der EK bislang sehr hohen Anforderungen an Nachweise von Effizienzen oder eine Anhebung der Schwelle für die Wettbewerbsnachteile erfordern. Zudem hätte die EK im Rahmen des „Balance of harms“ Tests auch gegenläufige Faktoren zu berücksichtigen, die das wettbewerbsschädliche Ergebnis abmildern könnten wie zB Markteintritt oder Expansion von Wettbewerbern. Ein „Balance of harms“ Test würde somit einen grundlegenden Wandel in der Fusionskontrolle darstellen, der eine transparente und belastbare Prüfung erschweren könnte.⁴¹⁹

4.6.6 Beweislastumkehr

Die EK trägt nach gefestigter Rechtsprechung der EU-Gerichte die Beweislast dafür, ob ein Zusammenschluss zu genehmigen oder zu untersagen ist. Es besteht weder in die eine noch in die andere Richtung eine Vermutung und es gilt derselbe Beweismaßstab anhand der Abwägung der Wahrscheinlichkeiten („balance of probabilities“). Es wurde vorgeschlagen, die Beweislast umzukehren, sodass Erwerber von aufstrebenden Wettbewerbern den Beweis erbringen müssten, dass der beabsichtigte Zusammenschluss nicht wettbewerbswidrig ist. Nach *Levy/Mostyn/Buzatu* ist dies jedoch auch keine wünschenswerte Lösung. Die Wettbewerbsbehörden sollten demnach nur dann auf Vermutungen zurückgreifen, wenn das Verhalten offensichtlich wettbewerbsschädlich ist, wie bspw bei Hardcore-Kartellen, da dies sonst dazu führen könnte, dass wettbewerbsfördernde Zusammenschlüsse bzw Verhaltensweisen untersagt werden. Es gäbe zudem keine Hinweise darauf, dass Übernahmen

⁴¹⁹ *Levy/Mostyn/Buzatu*, Competition Law Journal (2020) 19/2, 51 (62).

junger Unternehmen im digitalen Sektor als grundsätzlich wettbewerbsschädlich angesehen werden können. Vielmehr sei die Mehrheit der Übernahmen der letzten Jahre in diesem Bereich wahrscheinlich unbedenklich, wenn nicht sogar vorteilhaft für Verbraucher gewesen. Zudem sei die Aussicht auf die Übernahme durch größere Unternehmen für viele Start-Ups, wie bereits in Kapitel 1 dargestellt, ein starker Innovations- und Investitionsanreiz, sodass eine Beweislastumkehr diesen Anreiz, sowohl für Gründer als auch Investoren zur Investition in solche Start-Ups, erheblich mindern würde. Die EK müsste auch bei einer Vermutung wettbewerbsschädlicher Wirkungen den Umfang dieses Schadens quantifizieren und belegen, da die beteiligten Unternehmen sonst nicht darlegen könnten, wie Effizienzgewinne aus dem Zusammenschluss den Schaden aufwiegen. Sogar Grundrechte, wie das Recht auf unternehmerische Betätigung und das Recht auf Eigentum der Art 16 und 17 der GRC⁴²⁰, könnten durch eine solche Beweislastumkehr bei der Vermutung wettbewerbsschädlicher Wirkungen bei Übernahmen aufstrebender Wettbewerber durch digitale Plattformen gefährdet sein. Diese dürfen zwar grundsätzlich eingeschränkt werden, jedoch nur durch verhältnismäßige und angemessene Maßnahmen, zu welchen eine pauschale Vermutung wohl nicht gehören würde.⁴²¹

4.6.7 Alternative Lösungsansätze

Die EK hat nach Ansicht von *Levy/Mostyn/Buzatu* auch ohne einer weitreichenden Reform der FKVO noch Spielraum zur Beurteilung von potenziell wettbewerbsschädlichen Zusammenschlüssen im digitalen Sektor. Anhand einer Analyse vergangener Zusammenschlüsse, sowohl jener, bei welchen die fusionskontrollrechtliche Prüfung gänzlich unterblieben ist, als auch jener, bei welchen Wettbewerbsprobleme im Prüfprozess vermeintlich nicht erkannt wurden, könnte festgestellt werden, ob wettbewerbliche Probleme im Digitalbereich tatsächlich auf Mängel in der Fusionskontrolle oder nicht doch auf andere Marktentwicklungen zurückzuführen sind. Dies würde der Beantwortung der Fragen dienen, ob die aktuellen konzeptionellen Rahmen und juristischen Prüfmaßstäbe angemessen sind, sowie ob im Fusionskontrollverfahren regelmäßig bestimmte Faktoren systematisch übersehen werden, und es der EK ermöglichen, zu überprüfen, ob die zu ihren Entscheidungen führenden Annahmen und Schlussfolgerungen valide waren.⁴²²

Vorgeschlagen wird die Bewertung potenziellen Wettbewerbs über einen längeren Zeitraum als die bisherigen zwei Jahre, wobei hierbei auch die Wahrscheinlichkeit eines Markteintritts

⁴²⁰ Charta der Grundrechte der Europäischen Union vom 18.12.2000, ABl C 2000/354, 1.

⁴²¹ *Levy/Mostyn/Buzatu*, Competition Law Journal (2020) 19/2, 51 (62ff).

⁴²² *Levy/Mostyn/Buzatu*, Competition Law Journal (2020) 19/2, 51 (64).

oder einer Expansion von Wettbewerbern bzw neuer Technologien berücksichtigt werden müsste, durch die die Dienstleistungen der beteiligten Unternehmen obsolet werden könnten. Die EK könnte zudem ihre Befugnisse zur Zeugenbefragung intensiver nutzen, um an Beweise zu kommen, bzw die Strategien der Erwerber, deren Pläne zur Entwicklung und Monetarisierung des übernommenen Geschäfts, interne Dokumente der Parteien und Dritter sowie die Gründe für den Zusammenschluss und den Transaktionswert genauer ansehen.⁴²³

Es wird auch vorgeschlagen, der EK die Befugnis zu geben, bereits vollzogene Zusammenschlüsse rückgängig zu machen, wobei sich *Levy/Mostyn/Buzatu* wiederum dagegen aussprechen. Dies kann sie zum jetzigen Zeitpunkt bei anmeldepflichtigen Zusammenschlüssen (unter engeren Voraussetzungen) nur, wenn diese nicht ordnungsgemäß nach der FKVO angemeldet wurden. Sie kann zudem eine Freigabeentscheidung widerrufen, die auf falschen Angaben beruht, oder den Unternehmen Geldbußen auferlegen, wenn sie unrichtige oder irreführende Informationen gegeben haben. Die EK kann jedoch keine Zusammenschlüsse rückgängig machen bzw deren Entflechtung anordnen, die nicht anmeldepflichtig waren, oder die zwar anmeldepflichtig waren, die sie jedoch freigegeben hat. Eine solche Befugnis stünde womöglich in Widerspruch zu durch nationale Wettbewerbsbehörden genehmigten Zusammenschlüssen und würde die bestehende Kompetenzverteilung zwischen EU und Mitgliedsstaaten beeinträchtigen. Die Schwelle zur Entflechtung von durch die EK bereits freigegebenen Zusammenschlüssen müsste besonders hoch angesetzt werden, wobei insbesondere der Nachweis eines alternativen Wettbewerbsverlaufs sich als schwierig erweisen würde. Die Befugnis der EK müsste aus Gründen der Rechtssicherheit und des Vertrauensschutzes zeitlich beschränkt werden. Schließlich würden sich auch faktische Schwierigkeiten bei einer Entflechtung bereits miteinander integrierter Unternehmen ergeben.⁴²⁴ Diese Erwägungen sind im Übrigen auch auf die Folgen der Rs *Towercast*⁴²⁵ übertragbar.

4.7 Digital Markets Act (DMA)

4.7.1 Art 14 DMA

Nach Art 14 Abs 1 DMA sind sog. „Gatekeeper“ bzw „Torwächter“ verpflichtet, die EK über jeden beabsichtigten Zusammenschluss zu informieren, unabhängig davon, ob dieser bei der EK oder nationalen Wettbewerbsbehörden anmeldepflichtig ist, wenn die sich

⁴²³ *Levy/Mostyn/Buzatu*, Competition Law Journal (2020) 19/2, 51 (64f).

⁴²⁴ *Levy/Mostyn/Buzatu*, Competition Law Journal (2020) 19/2, 51 (65f).

⁴²⁵ Siehe Kapitel 3.

zusammenschließenden Unternehmen oder das Zielunternehmen zentrale Plattformdienste bereitstellen oder sonstige Dienste im digitalen Sektor erbringen oder die Erhebung von Daten ermöglichen. Unter die Definition fallen somit Erwerber oder potenzielle Ziele von Killer Acquisitions, die solche Dienste derzeit nicht erbringen, nicht. Die Kontrolle ist damit auf einige bestimmte Torwächter beschränkt.⁴²⁶ Nach Art 14 Abs 4 DMA informiert die EK die Mitgliedsstaaten über solche Zusammenschlüsse.⁴²⁷ Art 14 Abs 1 DMA regelt aber nur eine Anzeigeverpflichtung und keine zusätzliche Befugnis der EK, solche Zusammenschlüsse zu überprüfen. Art 14 Abs 5 DMA war explizit auf ein Zusammenwirken mit Art 22 FKVO und der Verweisungslösung der EK ausgerichtet, sodass er seine beabsichtigte Wirkung nicht in der gewünschten Form wird entfalten können. Erwägenswert wäre somit Art 14 Abs 1 DMA zu ändern, um eine Anmeldepflicht statt einer reinen Anzeigepflicht vorzusehen. Dies wurde im Gesetzgebungsverfahren zum DMA eigentlich schon gefordert. Eine solche fusionskontrollrechtliche Regelung könnte jedoch wahrscheinlich nicht auf die Ermächtigungsgrundlage des DMA gestützt werden und läge wohl auch außerhalb des Regelungsgegenstandes des DMA.⁴²⁸

Auch eine Anpassung des Art 14 Abs 1 DMA würde insofern das angestrebte Ziel der EK nicht erreichen, da nur Zusammenschlüsse der Torwächter im Digitalsektor umfasst wären. Diese stehen zwar grundsätzlich unter Generalverdacht, regelmäßig Killer Acquisitions durchzuführen, doch würde der Pharmasektor hier unberücksichtigt bleiben. Zudem hat sich gezeigt, dass die EK mehr Branchen als nur diese zwei als potenziell interessant empfindet. Eine Anpassung des DMA in Bezug auf Fusionskontrolle ist somit unwahrscheinlich.⁴²⁹

4.7.2 Art 18 Abs 2 DMA

Torwächter werden gemäß Art 18 Abs 2 DMA bei systematischer Nichteinhaltung der Verhaltensvorgaben des DMA mit einem Verbot der Durchführung von Zusammenschlüssen belegt. Da der Artikel sich jedoch nicht auf wettbewerbswidrige Zusammenschlussvorhaben bezieht, sondern an die großteils missbrauchs- und lauterkeitsrechtlichen Verhaltensgebote und -verbote des DMA anknüpft, und außerdem als schwerwiegende Sanktionierung nur bei gravierenden Verstößen zur Anwendung kommen kann, handelt es sich bei ihm ebenfalls um kein geeignetes Mittel zur Kontrolle von Killer Acquisitions.⁴³⁰

⁴²⁶ Ziermann, ÖZK 2024/2, 39 (40); Picht/Leitz, GRUR 2024, 1755 (1760).

⁴²⁷ Picht/Leitz, GRUR 2024, 1755 (1760).

⁴²⁸ Urban/von Schreitter, NZKart 2024, 609 (613).

⁴²⁹ Urban/von Schreitter, NZKart 2024, 609 (613, 615).

⁴³⁰ Ende, NZKart 2024, 532 (534).

4.8 Andere Regelungsbereiche

Lediglich der Vollständigkeit halber sollen auch die EU-Verordnungen zur Schaffung eines Rahmens für die Überprüfung ausländischer Direktinvestitionen in der Union⁴³¹ sowie über den Binnenmarkt verzerrende drittstaatliche Subventionen⁴³² erwähnt werden, welche zwar beide eine weitere Möglichkeit darstellen, Zusammenschlüsse zu prüfen, jedoch andere Zielsetzungen als die Fusionskontrolle haben und somit grundsätzlich nicht zur Prüfung von Killer Acquisitions geeignet sind.⁴³³

4.9 Vorhaben der Europäischen Kommission

Die Tendenz der EU-Fusionskontrolle geht klar in Richtung der Überprüfung von Zusammenschlüssen, die ernsthafte wettbewerbliche Bedenken aufwerfen, und weniger auf ein System der umfassenden Prüfung von Zusammenschlüssen, das alleine auf dem Erreichen der Schwellenwerte beruht. In Bezug auf die Durchsetzung effektiven Wettbewerbs- bzw. Kartellrechts ist dies selbstverständlich zu begrüßen, im Hinblick auf die damit verlorengelassene Rechtssicherheit und Vorhersehbarkeit ist dies aber kritisch zu betrachten.⁴³⁴ Mitgliedsstaaten werden nun von der EK aktiv aufgefordert, Call-In-Optionen⁴³⁵ einzuführen bzw. auszuweiten, wobei bis Ende des Jahres 2025 erwartet wird, dass es 15 Mitgliedsstaaten mit solchen Befugnissen geben wird.⁴³⁶

Im Mission Letter der Präsidentin der EK Ursula von der Leyen an die nunmehr für Wettbewerb zuständige Kommissarin Teresa Ribera Rodríguez wurde der letzteren aufgetragen, die EU-Wettbewerbspolitik zu modernisieren, damit sie europäische Unternehmen bei der Innovation und beim globalen Wettbewerb unterstützt, zu mehr Wettbewerbsfähigkeit und Nachhaltigkeit beiträgt sowie sich explizit dem Thema Killer Acquisitions und Leitlinien für horizontale Zusammenschlüsse⁴³⁷ anzunehmen.⁴³⁸

⁴³¹ VO (EU) 2019/452 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19.03.2019 zur Schaffung eines Rahmens für die Überprüfung ausländischer Direktinvestitionen in der Union, ABl L 2019/79 I, 1.

⁴³² VO (EU) 2022/2560 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14.12.2022 über den Binnenmarkt verzerrende drittstaatliche Subventionen, ABl L 2022/330, 1.

⁴³³ Langguth, NZKart 2023, 214 (215).

⁴³⁴ Mulder/Sauter, Journal of Antitrust Enforcement (2023) 11, 544 (554).

⁴³⁵ Siehe hierzu Kapitel 4.4.2.

⁴³⁶ Engel/Sakellariou-Witt/Tantulli/Harjula/Frie, Think you are below the radar? EU competition authorities expand scrutiny of below-threshold M&A deals, whitecase.com (Stand 17.04.2025).

⁴³⁷ EK, Leitlinien zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse gemäß der Ratsverordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, ABl C 2004/31, 5.

⁴³⁸ von der Leyen, Teresa Ribera Rodríguez - Mission letter, commission.europa.eu (Stand 17.09.2024).

Von Mai bis September 2025 führte die EK eine öffentliche Konsultation zwecks Überarbeitung der fusionskontrollrechtlichen Leitlinien sowohl für horizontale⁴³⁹ als auch für nichthorizontale⁴⁴⁰ Zusammenschlüsse durch. Die EK erkennt an, dass es seit Einführung der Leitlinien unter anderem im Bereich der Digitalisierung Veränderungen gegeben hat und eine Anpassung an diese sowie an neue Marktgegebenheiten notwendig ist.⁴⁴¹ Die überarbeiteten Leitlinien werden nicht bis Ende 2027 erwartet. Auf Basis der Fragebögen und der behandelten Themen ist davon auszugehen, dass die EK den Fokus auch auf Killer Acquisitions legt, wobei keine bahnbrechende Neuerung bzw Überarbeitung der (materiellen) Fusionskontrolle zu erwarten ist.⁴⁴²

Im September 2024 führte die zuvor für Wettbewerb zuständige EU-Kommissarin Margrethe Vestager aus, dass es bislang keinen optimalen Weg gab, gegen Killer Acquisitions vorzugehen. Das Absenken der Umsatzschwellenwerte würde zu erhöhtem Verwaltungsaufwand für harmlose Fälle führen, bei einer Transaktionswertschwelle bestünde die Gefahr, nicht den richtigen Betrag zu finden, um die wenig problematischen Fälle auszuschließen und die problematischen zu erfassen, und die Einführung einer Call-In-Option würde wohl wieder zur rechtlichen Unsicherheit, wie an der Verweisungslösung kritisiert wurde, führen.⁴⁴³

All dies lässt darauf schließen, dass die EK derzeit nicht anstrebt, die FKVO formell zu adaptieren.

⁴³⁹ EK, Leitlinien zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse gemäß der Ratsverordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, ABl C 2004/31, 5.

⁴⁴⁰ EK, Leitlinien zur Bewertung nichthorizontaler Zusammenschlüsse gemäß der Ratsverordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, ABl C 2008/265, 6.

⁴⁴¹ EK, Kommission holt Rückmeldungen zur Überprüfung der EU-Fusionskontrollleitlinien ein, ec.europa.eu (Stand 08.05.2025).

⁴⁴² Raedts/Evans, EU merger guidelines review: catching up with the times? stibbe.com (Stand 28.05.2025).

⁴⁴³ Vestager, Speech by EVP M. Vestager at the 28th Annual Competition Conference of the International Bar Association, ec.europa.eu (Stand 6. 9. 2024).

5. Zusammenfassung / Fazit

Aus Angst vor einer Lücke in der fusionskontrollrechtlichen Prüfung von Killer Acquisitions mangels Erreichens der Umsatzschwellenwerte, ließ sich die EK zu einer kreativen, aber umstrittenen Lösung ohne formelle Änderung der FKVO hinreißen. Die Verweisungslösung nach Art 22 FKVO erfüllte jedoch in der Praxis nicht die Erwartungen. Unterschiedliche Mitgliedsstaaten interpretierten den Artikel jeweils unterschiedlich, sodass die Verweisungslösung einen eher kontraproduktiven, dezentralisierten Ansatz darstellte. Die EK war von den Mitgliedsstaaten abhängig, was zu einer nationalen Fragmentierung anstelle einer Harmonisierung des Binnenmarktes führte. Insbesondere unter den Gesichtspunkten der Rechtssicherheit sowie der Gewaltenteilung und Zuständigkeitsverteilung zwischen der EU und den Mitgliedsstaaten, war die Initiative der EK nicht überzeugend.

Weder die durch die Rs Towercast (wieder)eröffnete Möglichkeit einer ex-post Kontrolle noch die sonstigen in Kapitel 4 dargestellten Möglichkeiten bieten einen zufriedenstellenden Schutz gegen Killer Acquisitions. Für Unternehmen ist in fast jeder Konstellation die Rechts- und Planungssicherheit gefährdet. Die Zurückhaltung der EK, eine formelle und rechtssichere Änderung der FKVO herbeizuführen, hat die Fragmentierung der nationalen Lösungen verstärkt und macht eine Lösung auf EU-Ebene, die nicht in die bestehenden Kompetenzen der Mitgliedsstaaten eingreift, schwieriger.

Die Umsatzschwellenwerte der FKVO bringen den klaren gesetzgeberischen Willen zum Ausdruck, sodass es nun auch wieder der EU-Gesetzgeber sein sollte, der Anpassungen vornimmt oder das Fusionskontrollrecht insgesamt reformiert. Die EK sollte weder auf die an einem Zusammenschluss beteiligten Unternehmen noch auf die Mitgliedsstaaten angewiesen sein, wenn es um die Zuständigkeit für die Prüfung von Zusammenschlüssen geht, die Auswirkungen auf Verbraucher in der gesamten EU haben könnten.

Die zu beurteilende Ausgangssituation hat sich im Vergleich zum Zeitpunkt der Einführung der FKVO geändert. Neue Geschäftsmodelle zeigen die Grenzen rein umsatzbasierter Schwellenwerte auf. Diese wurden ursprünglich eingeführt, um präzise, objektive und einfach anzuwendende Kriterien zur Verfügung zu stellen, Rechtssicherheit und zügige Verfahren zu gewährleisten und eine klare Zuständigkeitsverteilung zwischen EK und nationalen Wettbewerbsbehörden sicherzustellen. Sie stellten einen politischen Kompromiss dar, bei welchem allen Entscheidungsträgern bewusst war, dass nicht alle Zusammenschlüsse von den vorgesehenen Umsatzschwellen erfasst werden würden.

Marktmächtige Unternehmen versuchen durch Killer Acquisitions künftigen Wettbewerb durch innovative Unternehmen zu verhindern. Andererseits verfolgen Start-Ups oft das Ziel, von großen Unternehmen übernommen zu werden. Durch regulatorische Hürden kann es zu negativen Auswirkungen auf Innovations- und Fusionsanreize sowie einer Verzögerung des Fortschritts kommen. Ohne Regularien kann aber ein ähnlicher Effekt auch durch Übernahmen erzielt werden. Killer Acquisitions sollen nicht ausnahmslos verboten werden, sondern einer jetzt fehlenden wirksamen wettbewerbsrechtlichen Kontrolle unterworfen werden.

Ob tatsächlich eine Durchsetzungslücke in Bezug auf Killer Acquisitions besteht, ist eine nicht eindeutig zu beantwortende Frage. Zwei zentrale Problemstellungen wurden jedoch deutlich. Einerseits die fehlende Zuständigkeit der EK zur Prüfung von bestimmten Zusammenschlüssen und andererseits die nicht mehr für alle Arten von Zusammenschlüssen geeignete materielle Kontrolle bei der Beurteilung von anmeldepflichtigen Vorhaben. Es bedarf somit nicht nur einer Ausweitung der Anmeldepflicht, sondern auch einer Anpassung der materiellen Prüfung an neue Gegebenheiten digitaler Märkte und alternativer Geschäftsmodelle. Die EK ist gefordert, im Detail zu analysieren, welche Zusammenschlüsse keiner fusionskontrollrechtlichen Kontrolle unterlagen und welche eigentlich hätten geprüft werden müssen sowie welche Zusammenschlüsse falsch beurteilt wurden und im formellen (Gesetzgebungs)Verfahren auf eine entsprechende Änderung der Fusionskontrolle hinzuwirken.

Abstract

Deutsch

Diese Masterarbeit analysiert die Herausforderungen der fusionskontrollrechtlichen Erfassung von Killer Acquisitions in der Europäischen Union. Sie behandelt neben allgemeinen Erwägungen zu Killer Acquisitions die Verweisungslösung nach Art 22 FKVO der Europäischen Kommission sowie damit einhergehend die Rechtssache Illumina/Grail, die Rechtssache Towercast bzw die Möglichkeit einer ex-post Fusionskontrolle sowie alternative Lösungsansätze einer formellen bzw materiellen Reform des EU-Fusionskontrollrechts.

Englisch

This master's thesis analyzes the challenges of regulating killer acquisitions under merger control law in the European Union. In addition to general considerations on killer acquisitions, it addresses the referral mechanism under Article 22 EUMR, alongside the Illumina/Grail case, the Towercast case and the possibility of ex-post merger control, and alternative approaches to a formal and substantive reform of EU merger control law.

Literaturverzeichnis

- Ante*, Neue Rechtsunsicherheit für nicht anmeldepflichtige Zusammenschlüsse – Die Towercast-Entscheidung des EuGH und ihre Folgen, GWR 2023, 147 (zitiert unter „*Ante*, GWR 2023, 147“).
- Bauer/Cappel*, Illumina/Grail: Absage des EuGH an Fusionskontrolle unterhalb der Anmeldeschwellen, ecolex 2024/550, 959 (zitiert unter „*Bauer/Cappel*, ecolex 2024/550, 959“).
- Brinker*, Towercast und die (ersten) Folgen, NZKart 2024, 360 (zitiert unter „*Brinker*, NZKart 2024, 360“).
- Bunworth*, Pre-Emptive Acquisitions in the Technology Sector: Is It Time to Reconsider the Turnover Thresholds? IIC 2021, 734 (zitiert unter „*Bunworth*, IIC 2021, 734“).
- BWB*, Zusammenschluss Gerresheimer/Bormioli im Bereich Glas- und Kunststoffprodukte für die Pharmaindustrie unter Auflagen gestellt, bwb.gv.at (Stand 19.11.2024).
- Cukurov*, Die „niederländische Klausel“ als Instrument zur Schließung von Durchsetzungslücken, NZKart 2021, 606 (zitiert unter „*Cukurov*, NZKart 2021, 606“).
- Dästner*, Welche Transaktionen sind noch sicher? – Kartellrechtliche Kontrolle von Zusammenschlüssen jenseits herkömmlicher Anmeldepflichten, NZKart 2023, 146 (zitiert unter „*Dästner*, NZKart 2023, 146“).
- des Ylouses/Labory*, Targeted call in power: The French Competition Authority's expansion of powers in merger control, fieldfisher.com (Stand 11.11.2025).
- EK*, Kommission holt Rückmeldungen zur Überprüfung der EU-Fusionskontrollleitlinien ein, ec.europa.eu (Stand 08.05.2025).
- Ely*, EuGH: Zusammenschluss Illumina-Grail - Nichtigerklärung der Beschlüsse, mit denen die Kommission Anträgen nationaler Wettbewerbsbehörden auf Prüfung des geplanten Zusammenschlusses stattgab, EuGH 3.9.2024, C-611/22 P, BB 2024/42, 2387 (zitiert unter „*Ely*, BB 2024/42, 2387“).
- Ende*, David, Goliath und die Aufgreifproblematik – Killer Acquisitions im Unionskartellrecht nach Towercast und Illumina, NZKart 2023, 589 (zitiert unter „*Ende*, NZKart 2023, 589“).
- Ende*, Die Schwelle des Vertretbaren übertreten: Art. 22 FKVO nach dem EuGH-Urteil Illumina, NZKart 2024, 532 (zitiert unter „*Ende*, NZKart 2024, 532“).
- Engel/Sakellariou-Witt/Tantulli/Harjula/Frie*, Think you are below the radar? EU competition authorities expand scrutiny of below-threshold M&A deals, whitecase.com (Stand 17.04.2025).
- Feldner*, § 9 Abs 4 KartG - Die praktische Bedeutung des neuen Schwellenwerts, ÖZK 2017/4, 149 (zitiert unter „*Feldner*, ÖZK 2017/4, 149“).
- Fuchs* in *Immenga/Mestmäcker* (Hrsg), Wettbewerbsrecht I, Kommentar zum Europäischen Kartellrecht⁷ (2025) Art. 102 AEUV Rz 1 (zitiert unter „*Fuchs* in *Immenga/Mestmäcker* I⁷ Art. 102 AEUV Rz 1“).
- Gerpott*, Empirische Befunde zu Unternehmenskäufen durch Big Tech-Konzerne, NZKart 2022, 561.
- Gundel*, Grenzen der kreativen Zuständigkeitsbegründung im EU-Wettbewerbsrecht: Der Fall Illumina, NZKart 2024, 527 (zitiert unter „*Gundel*, NZKart 2024, 527“).

- Haucap*, Plattformökonomie: neue Wettbewerbsregeln – Renaissance der Missbrauchsaufsicht, Wirtschaftsdienst 2020, 100/13, 20 (zitiert unter „*Haucap*, Wirtschaftsdienst 2020, 100/13, 20“).
- Hoffmann* in *Ludwigs* (Hrsg), Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts⁶² (Jänner 2025) § 28 Missbrauchsverbot Rz 131.
- Holzweber/Müller/Dietz* in *Holzweber/Dietz* (Hrsg), Kommentar zur Fusionskontrolle (2023) § 18 KartG Rz 1.
- Holzweber/Von der Thannen/Dietz* in *Holzweber/Dietz* (Hrsg), Kommentar zur Fusionskontrolle (2023) § 9 KartG Rz 1.
- Horstkotte/Wingerter*, Neueste Entwicklungen im europäischen Kartellrecht, IWRZ 2023, 151.
- Horstkotte/Wingerter/Gerhold-Kempf*, Neueste Entwicklungen im europäischen Kartellrecht, IWRZ 2024, 59 (zitiert unter „*Horstkotte/Wingerter/Gerhold-Kempf*, IWRZ 2024, 59“).
- Horstkotte/Wingerter/Gerhold*, Neueste Entwicklungen im europäischen Kartellrecht, IWRZ 2022, 3.
- Hummer*, Kartellrechtsfreier Raum für Alt-Fusionen!? ÖZK 2020/2, 65.
- Innerhofer/Petje/Dolina*, Marktstrukturmissbrauch in der Rs Towercast: Kontrolle von Zusammenschlüssen jenseits der Fusionskontrolle, ÖZK 2023/3, 79 (zitiert unter „*Innerhofer/Petje/Dolina*, ÖZK 2023/3, 79“).
- Jafarguliyev*, Capturing Killer Acquisitions in Digital Markets under the European Union Merger Control Rules, Trento Student Law Review (2023), 5/2, 47.
- Kızılay*, Lack of Effective Control on Killer Acquisitions in the Big Tech Market under EU Framework: Rethinking of EUMR Rules? Public and Private International Law Bulletin 44/1, 253 (zitiert unter „*Kızılay*, Public and Private International Law Bulletin 44/1, 253“).
- Körber* in *Immenga/Mestmäcker* (Hrsg), Wettbewerbsrecht III, Kommentar zum Deutschen und Europäischen Fusionskartellrecht⁷ (2025) Art. 22 FKVO Rz 19.
- Kuipers*, Beyond the Threshold: the Dutch Competition Authority gains new powers to tackle below-threshold acquisitions, twobirds.com (Stand 15.10.2025).
- Langguth*, Ex-Post-Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen nach Art. 102 AEUV, NZKart 2023, 214 (zitiert unter „*Langguth*, NZKart 2023, 214“).
- Levy/Mostyn/Buzatu*, Reforming EU merger control to capture 'killer acquisitions' - the case for caution, Competition Law Journal (2020) 19/2, 51 (zitiert unter „*Levy/Mostyn/Buzatu*, Competition Law Journal (2020) 19/2, 51“).
- Levy/Rimsa/Buzatu*, The European Commission's New Merger Referral Policy: A Creative Reform or an Unnecessary End to 'Brightline' Jurisdictional Rules?, European Competition and Regulatory Law Review (2021) 5/4, 364 (zitiert unter „*Levy/Rimsa/Buzatu*, European Competition and Regulatory Law Review (2021) 5/4, 364“).
- Mikroulea*, „Killer-Acquisitions“ und digitale Märkte, in *Mohr/Tsikrikas* (Hrsg), Zivilprozessrecht – Wettbewerbsrecht – Arbeitsrecht, Erster Kongress der Nationalen und Kapodistrias Universität Athen und der Universität Leipzig am 27./28.09.2023 in Athen (2025), 133 (zitiert unter „*Mikroulea* in *Mohr/Tsikrikas* 133“).
- Mulder/Sauter*, A new regime for below threshold mergers in EU competition law? The Illumina/Grail and Towercast judgments, Journal of Antitrust Enforcement (2023) 11, 544 (zitiert unter „*Mulder/Sauter*, Journal of Antitrust Enforcement (2023) 11, 544“).

- Neideck*, Viele Fragezeichen bleiben – Der Leitfaden zu Art. 22 der Fusionskontrollverordnung, NZKart 2021, 263 (zitiert unter „*Neideck*, NZKart 2021, 263“).
- Picht/Leitz*, Illuminating the Law and Casting a Tower? GRUR 2024, 1755 (zitiert unter „*Picht/Leitz*, GRUR 2024, 1755“).
- Raedts/Evans*, EU merger guidelines review: catching up with the times? stibbe.com (Stand 28.05.2025).
- Reidlinger/Kühnert*, EU-Fusionskontrolle: Verweisungsanträge nach Artikel 22 FKVO, ÖZK 2024/5, 163 (zitiert unter „*Reidlinger/Kühnert*, ÖZK 2024/5, 163“).
- Richter*, Killer Acquisitions im Digital- und Pharmabereich – Aufräumarbeiten im Begriffswirrwarr, NZKart 2023, 549 (zitiert unter „*Richter*, NZKart 2023, 549“).
- Sauermann*, Killer Acquisitions – Herausforderungen für die Fusionskontrolle, Zeitschrift für KMU und Entrepreneurship (2022) 70/1, 61 (zitiert unter „*Sauermann*, Zeitschrift für KMU und Entrepreneurship (2022) 70/1, 61“).
- Schmidt/Betzendörfer*, Eliminating Grail – Wer prüft in der EU künftig potenziell kritische Zusammenschlüsse?, NZKart 2024, 535 (zitiert unter „*Schmidt/Betzendörfer*, NZKart 2024, 535“).
- Schmidt/Steinvorth*, Fusionskontrolluntersuchungen durch die EU-Kommission ohne Anmeldepflicht - neue Herausforderungen für die M&A-Transaktionspraxis, BB 2021, 1666 (zitiert unter „*Schmidt/Steinvorth*, BB 2021, 1666“).
- Strateva/Weiss*, Recent amendments to the Bulgarian Competition Protection Act, schoenherr.eu (Stand 10.11.2025).
- Thiede*, EuGH: Kartellrecht: Kartellrechtliche Missbrauchskontrolle als Maßstab, wenn Unternehmenstransaktion ohne fusionskontrollrechtliche Freigabe vollzogen werden durfte, EuZW 2023, 477.
- Turgot*, Killer Acquisitions in Digital Markets: Evaluating the Effectiveness of the EU Merger Control Regime, European Competition and Regulatory Law Review (2021) 5/2, 112 (zitiert unter „*Turgot*, European Competition and Regulatory Law Review (2021) 5/2, 112“).
- Tyagi*, Illumina/Grail in light of the Draghi Report: Decoding a paradigm to catch killer acquisitions, Maastricht Journal of European and Comparative Law (19.05.2025), 1 (zitiert unter „*Tyagi*, Maastricht Journal of European and Comparative Law (19.05.2025), 1“).
- Urban/von Schreitter*, Lichtspieltheater – Das Illumina-Drama und die Folgen, NZKart 2024, 609 (zitiert unter „*Urban/von Schreitter*, NZKart 2024, 609“).
- Vestager*, Speech by EVP M. Vestager at the 28th Annual Competition Conference of the International Bar Association, ec.europa.eu (Stand 6. 9. 2024).
- Vestager*, The future of EU merger control, International Bar Association 24th Annual Competition Conference, ec.europa.eu (Stand 11. 9. 2020).
- Vojtechovská*, Czech Competition Act Possibly to Undergo Major Amendment: What to Expect? Twobirds.com (Stand 19.11.2025).
- Völcker/Esser*, Plädoyer der Vernunft – Die Schlussanträge von GA Emiliou in Sachen Illumina/Grail, NZKart 2024, 277 (zitiert unter „*Völcker/Esser*, NZKart 2024, 277“).
- von der Leyen*, Teresa Ribera Rodríguez - Mission letter, commission.europa.eu (Stand 17.09.2024).

von Schreitter, (No) getting away with Mergers - Die Europäische Fusionskontrolle nach Towercast, NZKart 2023, 255 (zitiert unter „*von Schreitter*, NZKart 2023, 255“).

von Schreitter/Urban, Schlagloch voraus! – Zur geplanten Ausweitung der Verweisungspraxis nach Art. 22 FKVO, NZKart 2020, 637 (zitiert unter „*von Schreitter/Urban*, NZKart 2020, 637“).

Whish, Killer Acquisitions and Competition Law: Is there a gap and how should it be filled? National Law School of India Review (2022) 34/1, 1 (zitiert unter „*Whish*, National Law School of India Review (2022) 34/1, 1“).

Zierrmann, Tackling the entrenchment of bottleneck power: A new direction for European merger control? – Part 1, ÖZK 2024/2, 39 (zitiert unter „*Zierrmann*, ÖZK 2024/2, 39“).

Zierrmann, Tackling the entrenchment of bottleneck power: A new direction for European merger control? – Part 2, ÖZK 2024/3, 79 (zitiert unter „*Zierrmann*, ÖZK 2024/3, 79“).

Urteile

EuG T-227/21, *Illumina/Kommission*, ECLI:EU:T:2022:447.

EuGH C-142/84 und C-156/84, *BAT und Reynolds/Kommission*, ECLI:EU:C:1987:490.

EuGH C-449/21, *Towercast*, ECLI:EU:C:2023:207.

EuGH C-611/22 P und C-625/22 P, *Illumina/Kommission*, ECLI:EU:C:2024:677.

EuGH C 6/72, *Europemballage Corporation und Continental Can Company Inc./Kommission*, ECLI:EU:C:1973:22.

GA Kokott, Schlussanträge 13.10.2022 zu C-449/21, *Towercast*, ECLI:EU:C:2022:777.

GA Emiliou, Schlussanträge 21.03.2024 zu C-611/22 P und C-625/22 P, *Illumina/Kommission*, ECLI:EU:C:2024:264.

OGH 19.12.2019, 6 Ob 105/19p.

Rechtsvorschriften / Materialien

Charta der Grundrechte der Europäischen Union vom 18.12.2000, ABl C 2000/354, 1.

Commission Staff Working Document, Evaluation of procedural and jurisdictional aspects of EU merger control, 26.3.2021, SWD(2021) 66 final.

EK, Leitlinien zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse gemäß der Ratsverordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, ABl C 2004/31, 5.

EK, Leitlinien zur Bewertung nichthorizontaler Zusammenschlüsse gemäß der Ratsverordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, ABl C 2008/265, 6.

Kartellgesetz 2005 BGBl I 2005/61.

Mitteilung der Kommission über die Verweisung von Fusionssachen, ABl C 2005/56, 2.

Mitteilung der Kommission, Leitfaden zur Anwendung des Verweisungssystems nach Artikel 22 der Fusionskontrollverordnung auf bestimmte Kategorien von Vorhaben, ABl C 2021/113, 1.

Vertrag über die Europäische Union, ABl C 1992/191, 1.

VO (EG) 1/2003 des Rates vom 16.12.2002 zur Durchführung der in den Artikeln 81 und 82 des Vertrags niedergelegten Wettbewerbsregeln, ABl L 2003/1, 1.

VO (EG) 139/2004 des Rates vom 20. 1. 2004 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, ABl L 2004/24, 1.

VO (EU) 2016/679 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27.04.2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der Richtlinie 95/46/EG, ABl L 2016/119 (Datenschutz-Grundverordnung).

VO (EU) 2019/452 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19.03.2019 zur Schaffung eines Rahmens für die Überprüfung ausländischer Direktinvestitionen in der Union, ABl L 2019/79 I, 1.

VO (EU) 2022/1925 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14.09.2022 über bestreitbare und faire Märkte im digitalen Sektor und zur Änderung der Richtlinien (EU) 2019/1937 und (EU) 2020/1828 (Gesetz über digitale Märkte), ABl L 2022/265, 1.

VO (EU) 2022/2560 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14.12.2022 über den Binnenmarkt verzerrende drittstaatliche Subventionen, ABl L 2022/330, 1.

Vorschlag der Kommission für eine Verordnung (EWG) des Rates über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, ABl C 1973/92, 1.

Abkürzungsverzeichnis

Abs	Absatz
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union, ABl 2008/115, 47
Art	Artikel
bspw	beispielsweise
bzw	beziehungsweise
dh	das heißt
DMA	Digital Markets Act; VO (EU) 2022/1925 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14.09.2022 über bestreitbare und faire Märkte im digitalen Sektor und zur Änderung der Richtlinien (EU) 2019/1937 und (EU) 2020/1828 (Gesetz über digitale Märkte), ABl L 2022/265, 1
DSGVO	VO (EU) 2016/679 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27.04.2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der Richtlinie 95/46/EG, ABl L 2016/119 (Datenschutz-Grundverordnung)
EK	Europäische Kommission
EU	Europäische Union
EuG	Europäisches Gericht erster Instanz
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EUV	Vertrag über die Europäische Union, ABl C 1992/191, 1
EWR	Europäischer Wirtschaftsraum
FKVO	VO (EG) 139/2004 des Rates vom 20. 1. 2004 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, ABl L 2004/24, 1
GRC	Charta der Grundrechte der Europäischen Union vom 18.12.2000, ABl C 2000/354,1
iSd	im Sinne des, - der
KartG	Kartellgesetz 2005 BGBl I 2005/61
Leitfaden Art 22 FKVO	Mitteilung der Kommission, Leitfaden zur Anwendung des Verweisungssystems nach Artikel 22 der

	Fusionskontrollverordnung auf bestimmte Kategorien von Vorhaben, ABl C 2021/113, 1
OECD	Organization for Economic Co-operation and Development
OGH	Oberster Gerichtshof
Rs	Rechtssache (bei Europäischen Gerichten)
SIEC(-Test)	Significant Impediment to Effective Competition
sog	sogenannt, -e, -er, -es
Verordnung 1/2003	VO (EG) 1/2003 des Rates vom 16.12.2002 zur Durchführung der in den Artikeln 81 und 82 des Vertrags niedergelegten Wettbewerbsregeln, ABl L 2003/1, 1
zB	zum Beispiel