

# Europäische Union: Zusammenschlusskontrolle unterhalb der Schwellenwerte

Eine neues Risiko in der Transaktionspraxis?

## In Kürze

### Belgische Wettbewerbsbehörde prüft Transaktion unter Marktmachtmissbrauchsgesichtspunkten

Am 22. März 2023 veröffentlichte die Belgische Wettbewerbsbehörde ("**BWB**") eine aufsehenerregende Pressemitteilung (Nr. 10/2023): Es werde untersucht, ob Proximus durch den Erwerb von edpnet eine marktbeherrschende Stellung missbraucht habe. Obgleich der Zusammenschluss nicht anmeldepflichtig gewesen ist, sieht sich die BWB mit Verweis auf die wegweisende *Towercast*-Entscheidung des EuGHs (C-449/21) veranlasst, die Transaktion unter Marktmachtmissbrauchsgesichtspunkten zu prüfen.

Die BWB knüpft damit an jüngste Überlegungen über eine wirksamere Kontrolle von sog. Killer-Akquisitionen an: Dem Schutz des Wettbewerbs vor innovationshemmenden Zusammenschlüssen großer marktstarker Unternehmen mit kleinen innovativen Wettbewerbern, die aufgrund geringer Umsätze der Zielgesellschaft keiner fusionskontrollrechtlichen Anmeldung bedürfen.

## Towercast

In Sachen *Towercast* entschied der EuGH, dass es Wettbewerbsbehörden nicht verwehrt sei, Zusammenschlüsse auf einen möglichen Verstoß gegen die Marktmachtmissbrauchsregeln hin zu untersuchen, die:

- mangels gemeinschaftsweiter Bedeutung (Art. 1 FKVO (VO 139/2004)) nicht der europäischen Fusionskontrolle unterfallen,
- die Anmeldeschwellen der Fusionskontrolle des jeweiligen Mitgliedsstaates nicht erfüllen und
- nicht an die Kommission verwiesen worden sind (Art. 22 FKVO).

In diesem Fall können die nationalen Wettbewerbsbehörden also prüfen, ob die Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung durch den Zusammenschluss einen Marktmachtmissbrauch (genauer: Marktstrukturmissbrauch) darstellt.

Der Gedanke, einen nicht anmeldepflichtigen Zusammenschluss im Hinblick auf Art. 102 AEUV zu prüfen, ist nicht neu: Seit der *Continental Can*-Entscheidung (Rs. 6-72) aus dem Jahr 1973 geht der EuGH davon aus, dass Zusammenschlüsse an Art. 102 AEUV gemessen werden können. Neu ist hingegen, dass nationale Wettbewerbsbehörden zunehmend für sich in Anspruch nehmen, nicht anmeldepflichtige Zusammenschlussvorhaben auch *tatsächlich* als Marktstrukturmissbrauch zu prüfen. Die Wettbewerbsbehörden scheinen hierbei von der Befürchtung angetrieben zu sein, dass große marktstarke Unternehmen angeblich dazu übergehen, vermehrt kleinere innovative Wettbewerber zu übernehmen, um Marktpositionen abzusichern und so den nationalen Wettbewerb zu gefährden.

## Art. 22 FKVO

Neben der *Towercast*-Entscheidung ist Art. 22 FKVO zu beachten, der laut der Europäischen Kommission ("**Kommission**") eine Prüfungszuständigkeit auch bei Zusammenschlüssen begründen kann, die auf mitgliedsstaatlicher Ebene nicht anzumelden sind.

**Baker  
McKenzie.**

Dieses Mandantenrunds Schreiben dient ausschließlich der Information. Sein Inhalt sollte daher nicht als Entscheidungsgrundlage im Einzelfall oder als Ersatz für einen einzelfallbezogenen Rechtsrat genutzt werden. Hierfür sollte stets der Rat eines qualifizierten Rechtsanwalts eingeholt werden. Mit der Herausgabe dieses Mandantenrunds Schreibens übernehmen wir keine Haftung im Einzelfall.

Die Baker McKenzie Rechtsanwalts-Gesellschaft mbH von Rechtsanwälten und Steuerberatern ist eingetragen beim Registergericht Frankfurt/Main (Sitz der Gesellschaft) HRB 123975. Sie ist assoziiert mit Baker & McKenzie International, einem Verein nach Schweizer Recht. Mitglieder von Baker & McKenzie International sind die weltweiten Baker McKenzie-Anwalts-Gesellschaften. Der allgemeinen Übung von Beratungsunternehmen folgend, bezeichnen wir als "Partner" einen Freiberufler, der als Gesellschafter oder in vergleichbarer Funktion für uns oder ein Mitglied von Baker & McKenzie International tätig ist. Als "Büros" bezeichnen wir unsere Büros und die Kanzleistandorte der Mitglieder von Baker & McKenzie International.

© Baker McKenzie

Art. 22 FKVO erlaubt es Mitgliedstaaten, Zusammenschlüsse auch bei fehlender gemeinschaftsweiter Bedeutung durch die Kommission prüfen zu lassen. Der im März 2021 veröffentlichte Kommissionsleitfaden zur Anwendung von Art. 22 FKVO stellt klar, dass die Kommission auch solche Verweisungen annimmt, "die ursprünglich nicht in die Zuständigkeit des verweisenden Mitgliedstaats fallen". Die Kommission kann daher - nach eigener Lesart - unter den Voraussetzungen von Art. 22 FKVO auch solche Zusammenschlüsse prüfen, die auf mitgliedstaatlicher Ebene nicht anzumelden sind.

Über diese kontroverse Auslegung streiten derzeit Illumina und die Kommission vor dem EuGH. Kernfrage ist, ob die Kommission berechtigt war, den Erwerb von Grail durch Illumina zu prüfen, nachdem u.a. aus Frankreich ein Verweisungsantrag nach Art. 22 FKVO gestellt wurde.

Die Kommission untersagte Illumina zunächst, den Zusammenschluss vor einer etwaigen fusionskontrollrechtlichen Freigabe zu vollziehen. Illumina vollzog den Zusammenschluss dennoch vorzeitig. Die Kommission initiierte daraufhin ein Bußgeldverfahren wegen eines Verstoßes gegen das Vollzugsverbot. Am 6. September 2022 untersagte die Kommission dann den Zusammenschluss. Das EuG (Rs. T-227/21) bestätigte in erster Instanz die Auffassung der Kommission, insbesondere die Verweisungsmöglichkeit trotz fehlender mitgliedstaatlicher Zuständigkeit. Das Verfahren ist derzeit vor dem EuGH anhängig (C-611/22 P - *Illumina v Commission*).

---

## Was ist zu tun?

Auch ein nicht anmeldepflichtiger Zusammenschluss kann durch die Wettbewerbsbehörden im Hinblick auf einen möglichen Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung oder von der Kommission nach einem Verweis eines oder mehrerer Mitgliedstaaten gemäß Art. 22 FKVO geprüft werden.

- Ein besonders hohes Risiko besteht beim Erwerb kleiner, innovativer Wettbewerber. Liegt ein solcher Fall vor, sollte die Erwerberin in jedem Fall prüfen, ob eine marktbeherrschende Stellung vorliegt.
- Auch die Möglichkeit der Verweisung nach Art. 22 FKVO sollte, wenn möglich, im Rahmen des *Share Purchase Agreements* (z.B. beim *Long Stop Date*) berücksichtigt werden.
- Im Hinblick auf die unternehmensinterne Kommunikation sollte die Rechtsabteilung zudem frühzeitig - idealerweise bereits im Rahmen der Bewertung des Zusammenschlussvorhabens - auf die sich aus einem Missbrauchsverfahren oder einer Verweisung nach Art. 22 FKVO durch die Wettbewerbsbehörden ergebenden Risiken hinweisen (insbesondere den Vorstand oder die Geschäftsführung).

---

## Ihre Kontakte



**Dr. Nicolas Kredel, LL.M.**  
Partner, Düsseldorf

nicolas.kredel  
@bakermckenzie.com



**Dr. Anika Schürmann LL.M.**  
Partnerin, Düsseldorf

anika.schuermann  
@bakermckenzie.com



**Jan Kresken, LL.M.**  
Counsel, Düsseldorf

jan.kresken  
@bakermckenzie.com



**Dr. Andrés Martin-Ehlers**  
Counsel, Düsseldorf/Frankfurt

andres.martin-ehlers  
@bakermckenzie.com