

Newsletter, 6. September 2024

## Das Ende einer Saga: EuGH-Entscheidung *Illumina/Grail* zur Fusionskontrolle nach Art. 22 FKVO

Das EuGH-Urteil bringt lang ersehnte Rechtssicherheit zur – nun eingeschränkten – Reichweite des Verweisungsregimes nach Art. 22 FKVO für Zusammenschlüsse, die weder europäische noch nationale Anmeldeschwellen erfüllen

Mit der Entscheidung vom 3. September 2024<sup>1</sup> stellt der EuGH klar, dass die EU-Kommission keinen Verweisungsantrag nach Art. 22 FKVO<sup>2</sup> annehmen kann, wenn die nationalen Anmeldeschwellen des verweisenden Mitgliedsstaates nicht erfüllt sind und somit keine initiale Zuständigkeit zur Prüfung eines Zusammenschlusses bestand. Der EuGH hebt damit das vorhergehende gegenteilige Urteil des Europäischen Gerichts<sup>3</sup> sowie die zugrundeliegenden Beschlüsse der EU-Kommission zur Prüfung des Zusammenschlusses *Illumina/Grail* auf. Auch nach dieser weitreichenden Entscheidung, mit der die Kompetenzen der Behörde deutlich eingeschränkt werden, bleiben der EU-Kommission und den nationalen Wettbewerbsbehörden mit sog. *Call-in* Befugnissen und Art. 102 AEUV weiterhin Optionen, kritische Zusammenschlüsse auch unterhalb der Fusionskontrollschwellen zu prüfen.

### Hintergrund: Der Fall *Illumina/Grail*

Im April 2021 akzeptierte die EU-Kommission einen Verweisungsbeschluss der französischen Wettbewerbsbehörde<sup>4</sup> im Zusammenhang mit dem geplanten Erwerb von Grail, einem Unternehmen, das Bluttest zur Krebsfrüherkennung entwickelt, durch das Gentechnikunternehmen *Illumina*. Der Zusammenschluss erfüllte weder die nationalen Anmeldeschwellen noch die der EU-Fusionskontrolle. Dennoch entschied sich die EU-Kommission für ein Aufgreifen der Transaktion und bestätigte ihre Zuständigkeit aufgrund der Verweisungsnorm des Art. 22 FKVO.<sup>5</sup> *Illumina* und *Grail* legten hiergegen Beschwerde ein und vollzogen den Zusammenschluss (vorzeitig) noch während des laufenden Prüfverfahrens. Nachdem die EU-Kommission

die Transaktion im September 2022 letztlich untersagte, erfolgte kurze Zeit später die Verhängung von Rekordbußgeldern gegen beide Unternehmen<sup>6</sup> und die Aufforderung der EU-Kommission, den Zusammenschluss zu entflechten. Vor diesem Hintergrund (und des Ausgangs eines parallel in den USA geführten Rechtsstreits) entschied sich *Illumina* im Dezember 2023, die Mehrheit der Anteile an *Grail* wieder zu veräußern. Das Europäische Gericht bestätigte zunächst im Juli 2022 die Kompetenz der EU-Kommission, den Fall unter Art. 22 FKVO prüfen zu dürfen, bevor Generalanwalt *Emiliou* dem EuGH mit seinen Schlussanträgen im März 2024 zu einer Kehrtwende riet.<sup>7</sup>

### Das Urteil des EuGH

Der EuGH bestätigt nun mit einem Paukenschlag die Ansicht des Generalanwalts und hebt die vorhergehenden Entscheidungen von Gericht und EU-Kommission auf: Eine wörtliche, historische, systematische und teleologische Auslegung der FKVO ergebe, dass die EU-Kommission einen Zusammenschluss nicht prüfen kann, dem nicht nur eine europäische Dimension fehlt, sondern der auch außerhalb der Zuständigkeit der verweisenden Mitgliedsstaaten fällt, weil die nationalen Schwellenwerte nicht erreicht werden. Es bedürfe keines „Korrekturmechanismus“ durch die FKVO für die wirksame Kontrolle von Zusammenschlüssen mit erheblichen Auswirkungen auf die Wettbewerbsstruktur in der EU. Alles andere würde zu einem Ungleichgewicht zwischen den verschiedenen mit der FKVO verfolgten Ziele führen. Schwellenwerte dienen der Vorhersehbarkeit und Rechtssicherheit für die beteiligten Unternehmen, die leicht feststellen können müssten, ob ihr Vorhaben der Fusionskontrolle unterfällt

<sup>1</sup> EuGH, Urt. v. 3.9.2024, verb. [RS C-611/22 P und C-625/22 P](#).

<sup>2</sup> VO 139/2004 (EG-Fusionskontrollverordnung, „FKVO“).

<sup>3</sup> EuG, Urt. v. 13.7.2022, [Rs. T-227/21](#).

<sup>4</sup> Später gefolgt von weiteren Mitgliedsstaaten, siehe Entsch. der EU-Kommission C(2021) 2847-49, 2851, 2854-55.

<sup>5</sup> Siehe zu Art. 22 den COMMEO [Newsletter](#) 04/21.

<sup>6</sup> EUR 432 Mio. gegen *Illumina* sowie EUR 1.000 gegen *Grail*, siehe hierzu den COMMEO [Newsletter](#) 12/23.

<sup>7</sup> [Schlussanträge](#) v. 21.3.2024, verb. RS C-611/22 P und C-625/22 P.

und wenn ja, vor welcher Behörde und unter welchen verfahrensrechtlichen Regeln.

### *Fusionskontrolle unterhalb der Schwellenwerte – „Call-In“ Befugnisse nationaler Wettbewerbsbehörden*

Nationalen Wettbewerbsbehörden verbleiben auch nach dem folgenreichen Urteil des EuGH andere Optionen, „unterschwellige“ Zusammenschlüsse zu prüfen: Zahlreiche Fusionskontrollregime in der EU sehen sog. „Call-in“ Befugnisse der Wettbewerbsbehörden für Zusammenschlüsse vor, die die nationalen Umsatzschwellen nicht oder nur teilweise erfüllen, wenn sie befürchten, dass der Zusammenschluss wettbewerbsrechtliche Bedenken aufwirft. Ein im Ermessen der Behörden stehendes Aufgreifen kann dabei in einigen Regimen sogar retrospektiv bis zu einem Jahr nach Vollzug der in Frage stehenden Transaktion stattfinden.

Vergleichbare Aufgreifbefugnisse gibt es derzeit u.a. in Dänemark, Irland, Schweden, Italien, Lettland und Litauen. Weitere Länder, wie die Niederlande oder Tschechien, haben die Einführung von Call-in Befugnissen bereits angekündigt. Im deutschen Wettbewerbsgesetz kommt ein Aufgreifen von Transaktionen unterhalb der Schwellenwerte des § 35 GWB nur ausnahmsweise nach einer Sektoruntersuchung in Betracht. Das Bundeskartellamt kann Unternehmen auf dem untersuchten Markt nach § 32f Abs. 2 GWB auferlegen, alle Zusammenschlüsse in den nächsten drei Jahren anzumelden, bei denen das Zielunternehmen mind. EUR 1 Mio. Umsatz in Deutschland erzielt.

### *Fusionskontrolle unterhalb der Schwellenwerte – Missbrauchskontrolle nach Art. 102 AEUV*

Eine weitere Möglichkeit der Überprüfung von Zusammenschlüssen unterhalb der EU- bzw. nationalen Fusionskontrollschwellen hat der EuGH im März 2023 mit seiner *Towercast*-Entscheidung<sup>8</sup> eröffnet: Hiernach ist bei Unternehmenskäufen eines marktbeherrschenden Erwerbers eine Überprüfung des Zusammenschlusses auch nach Vollzug unter dem Verbot des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung nach Art. 102 AEUV möglich.<sup>9</sup>

Nationale Wettbewerbsbehörden haben bereits in zwei Fällen von der *Towercast*-Doktrin Ge-

brauch gemacht: Während die belgische Behörde im Fall *Proximus*<sup>10</sup> in einem der *Towercast*-Konstellation ähnlichen Fall einen Zusammenschluss unter dem Missbrauchsverbot des Art. 102 AEUV untersucht hat, hat die französische Wettbewerbsbehörde die Rechtsprechung des EuGH bemerkenswerterweise auf eine nachträgliche Untersuchung von Zusammenschlüssen nach dem Kartellverbot des Art. 101 AEUV angewandt.<sup>11</sup>

### *Kommentar und Ausblick*

Die EuGH-Entscheidung *Illumina/Grail* bringt einerseits die lang ersehnte Rechtssicherheit zur Reichweite des Verweisungsregimes des Art. 22 FKVO. Andererseits sind nationale Wettbewerbsbehörden und die EU-Kommission nicht machtlos, um weiterhin „Killer-Akquisitionen“ oder andere vermeintlich problematische Zusammenschlüsse aufzugreifen<sup>12</sup>: Die Bedeutung einer Prüfung nach Art. 102 AEUV bei Transaktionen marktbeherrschender Unternehmen wird nun wohl stärker in den Fokus der Behörden rücken. Auch der europäische Trend zu Call-in Befugnissen, die für Transaktionen von allen Unternehmen gelten, wird weiter fortschreiten und an Bedeutung gewinnen. Der damit einhergehenden verbleibenden Unsicherheit für Unternehmen sollte mit einer Anpassung von Klauseln zu fusionskontrollrechtlichen Risiken in M&A-Verträge begegnet werden.



Franziska Lange-Schlüter, Isabel Oest, LL.M.  
LL.M.

COMMEO Rechtsanwälte PartGmbH  
Rechtsanwälte und Notar  
Speicherstraße 55 | D-60327 Frankfurt am Main  
[www.commeo-law.com](http://www.commeo-law.com)

COMMEO ist eine auf die Beratung im Kartellrecht spezialisierte Kanzlei in Frankfurt am Main. Als gewachsenes Team erfahrener Anwälte beraten wir nationale und internationale Mandanten in allen Fragen des deutschen und europäischen Kartellrechts.

*Diese Veröffentlichung dient ausschließlich Informationszwecke, erhebt keinen Anspruch auf Vollständigkeit und stellt keine Rechtsberatung dar. Jegliche Haftung im Zusammenhang mit der Nutzung der Informationen sowie ihrer Richtigkeit wird ausgeschlossen.*

<sup>8</sup> EuGH, Urt. v. 16.03.2023, [C-449/21](#).

<sup>9</sup> Siehe hierzu den COMMEO [Newsletter](#) 06/23.

<sup>10</sup> Das Verfahren wurde nach einer Veräußerung des erworbenen Zielunternehmens von der belg. Wettbewerbsbehörde eingestellt, siehe [Pressemitteilung](#) v. 6.11.2023.

<sup>11</sup> Der Unternehmen im Bereich der Tierkörperbeseitigung betreffende Fall wurde letztlich von der Behörde eingestellt, siehe Entscheidung der franz. Wettbewerbsbehörde v. 2.5.2024, [Décision n° 24-D-05](#).

<sup>12</sup> Vgl. [Pressemitteilung](#) der EU-Kommission v. 3.9.2024.