

Catch me if you can: Killer Mergers nach *Illumina/Grail*

MMag. Dr. Astrid Ablasser-Neuhuber

Dr. Bernhard Kofler-Senoner, LL.M.

Inhaltsverzeichnis

- 1.0 *Pre-Illumina/Grail*: Art 22 im Visier
- 2.0 *Post-Illumina/Grail*: Kontrolle von Killer Mergers neu gedacht
- 3.0 Transaktionswertschwelle: Bedeutung und Auswirkungen
- 4.0 Ex-post-Kontrolle: Art 102 im Einsatz
- 5.0 Schlussfolgerungen

1.0

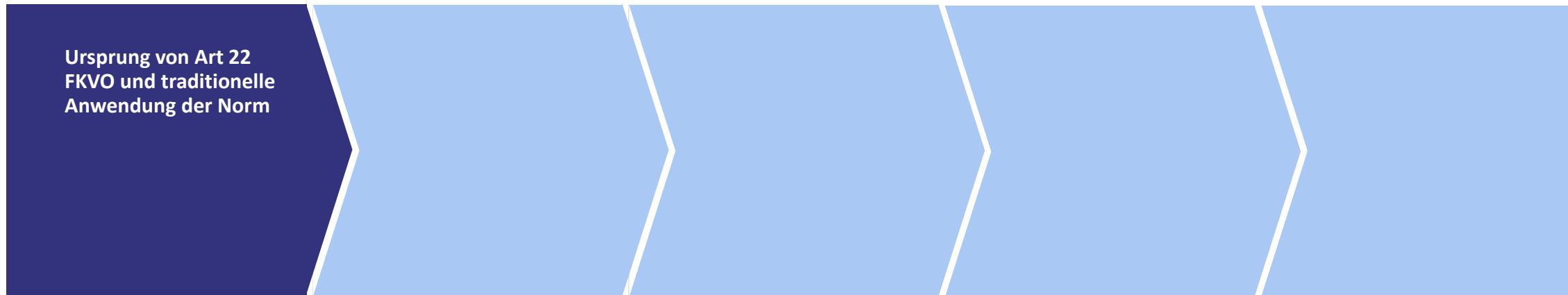
Pre-*Illumina/Grail*: Art 22 im Visier

Von traditionell begrenzter Anwendung bis *Illumina/Grail*

**bpv HÜGEL
CERHA HEMPEL**

Pre-Illumina/Grail: Art 22 im Visier

Traditionell begrenzte Anwendung des Verweisungssystems



- Art 22 Abs 3-5 aF wurden ursprünglich auf Wunsch derjenigen MS aufgenommen, die noch keine nationale Fusionskontrolle durchführten (insb auf Druck der niederländischen Regierung, deshalb „*niederländische Klausel*“).
- Kommission riet MS von Art 22-Verweisungen ausdrücklich ab, wenn der Zusammenschluss unterhalb der innerstaatlichen Aufreisewellen blieb.

Pre-Illumina/Grail: Art 22 im Visier

Killer Acquisitions in der digitalen Wirtschaft und Pharmaindustrie



- Killer Acquisitions als Strategie von Unternehmen, um die Entwicklung und Innovation aufstrebender Wettbewerber auszubremsen, bevor sie zum Risiko werden? → Definition einer Killer Acquisition? → Abgrenzung in der Praxis von Verkäufen von Start-ups an große Investoren und Wettbewerbsförderung?
- Zusammenschlüsse mit erheblicher potentieller Wettbewerbsrelevanz nehmen zu, insb in der digitalen Wirtschaft und Pharmaindustrie.
- Kommission auf der Suche nach Mechanismen, um Zusammenschlüsse, die die FKVO- und innerstaatlichen Aufreisenschwellen nicht erreichen, einer Prüfung zu unterziehen.

Pre-Illumina/Grail: Art 22 im Visier

Umsatzschwellenwerte nicht entscheidend für Kommissionszuständigkeit



- Aus Wortlaut, Entstehungsgeschichte und Zweck des Artikels 22 [...] ergibt sich, dass Artikel 22 für alle Zusammenschlüsse gilt, also nicht nur für solche, die die jeweiligen Zuständigkeitskriterien der verweisenden Mitgliedstaaten erfüllen (Pkt 6 Leitfaden).
- Nach Auffassung der Kommission könnte eine Neubewertung der Anwendung des Artikels 22 der Fusionskontrollverordnung zur Lösung dieses Problems [Killer Mergers] beitragen. In Anbetracht der vorstehenden Erwägungen beabsichtigt die Kommission [...] Zusammenschlussvorhaben, die ursprünglich nicht in die Zuständigkeit des verweisenden Mitgliedstaats fallen (aber die Kriterien des Artikels 22 erfüllen), zu fördern und ihr zuzustimmen (Pkt 11 Leitfaden).

Illumina/Grail: Art 22 im Visier

Übernahme von Startup *Grail* durch *Illumina* erster Härtetest für Neuinterpretation



- Übernahme von *Grail* durch *Illumina*, beide am Markt für Krebsforschung tätig, stellte ersten Härtetest für Neuinterpretation dar.
- Die Prüfung der Kommission basierte auf Verweisungsanträge von sechs MS (angeführt von Frankreich), die selbst nicht für die Prüfung zuständig waren.
- EuG bestätigte im Juli 2022 das Vorgehen der Kommission, welche daraufhin das Vorhaben untersagte und eine Rekord-Geldbuße von EUR 432 Mio. verhängte, da der Zusammenschluss trotz des laufenden Fusionskontrollverfahrens vollzogen wurde.

Illumina/Grail: Art 22 im Visier

EuGH stoppt fragwürdige Kommissionspraxis (EuGH C-611/22 P iVm C-625/22 P vom 3.09.2024)



- *Mit anderen Worten war dieser Mechanismus vor allem deshalb notwendig geworden, weil bestimmte Mitgliedstaaten nicht über eine Regelung der präventiven (Ex-ante-)Kontrolle von Zusammenschlüssen verfügten (Rz 147).*
- *Nach alledem hat das Gericht Art. 22 Abs. 1 Unterabs. 1 der Verordnung Nr. 139/2004 rechtsfehlerhaft ausgelegt, indem es entschieden hat, dass die Mitgliedstaaten unter den dort genannten Voraussetzungen einen Antrag nach dieser Bestimmung unabhängig von der Reichweite ihrer nationalen Ex-ante-Fusionskontrollregelung stellen könnten (Rz 218).*

Post-Illumina/Grail: Kontrolle von Killer Mergers neu gedacht

Call-In-Powers und Transaktionswert-Schwellen

2.0

**bpv HÜGEL
CERHA HEMPEL**

Kontrolle von Killer Mergers neu gedacht

Call-In-Powers und Transaktionsschwellenwerte

- Einige MS nutzen ihre **Call-In-Powers** – welche ua auch qualitative Kriterien enthalten –, um Zusammenschlüsse unterhalb der Umsatzschwellen zu prüfen; andere verfolgen solche Fälle als möglichen Missbrauch der marktbeherrschenden Stellung gem Art 102 AEUV (iSv *Towercast* und *Continental Can*).
- Österreich und Deutschland nutzen **Transaktionswert-Schwellen**, um potenziell wettbewerbsrelevante Zusammenschlüsse zu erfassen – insb zum Schutz von Innovationspotenzialen und des Innovationswettbewerbs in Technologiemärkten.
 - Mehr Komplexität und Rechtsunsicherheit für Unternehmen, da auch unterhalb der quantitativen Schwellen ein Eingreifen von Wettbewerbsbehörden (ex ante / ex post) möglich ist.

Kontrolle von Killer Mergers neu gedacht

| Mitgliedstaat | Voraussetzungen für Call-In-Powers | Timing | Leitfaden | Standstill |
|---------------|--|--|-----------|------------|
| Dänemark | <ol style="list-style-type: none"> 1. Gemeinsamer Umsatz in Dänemark von mind. EUR 6,7 Mio., und 2. Risiko einer erheblichen Beeinträchtigung eines lokalen oder des nationalen Markts. | <ul style="list-style-type: none"> • Innerhalb von drei Monaten nach Signing, Bekanntmachung oder Erwerb der Kontrolle, je nachdem, welcher Umstand zuerst eintritt, oder • Innerhalb von sechs Monaten nach Closing unter „besonderen Umständen“. | Ja | Ja |
| Ungarn | <ol style="list-style-type: none"> 1. Gemeinsamer Umsatz in Ungarn von mind. EUR 13,1 Mio., und 2. es ist „nicht offensichtlich“, dass die Transaktion den Wettbewerb auf einem lokalen oder dem nationalen Markt nicht erheblich beeinträchtigen würde. | <ul style="list-style-type: none"> • Innerhalb von sechs Monaten ab Closing. | Ja | Nein |
| Schweden | <ol style="list-style-type: none"> 1. Gemeinsamer Umsatz in Schweden von mind. EUR 87,1 Mio., und 2. Vorhandensein von „besonderen Umständen“, die einen Call-In rechtfertigen. | <ul style="list-style-type: none"> • Innerhalb von zwei Jahren ab Vollzug des Zusammenschlusses. | Ja | Ja |
| Irland | <ul style="list-style-type: none"> • Potentieller Effekt auf den Wettbewerb in Irland. | <ul style="list-style-type: none"> • Innerhalb von 60 Tagen ab Bekanntmachung, Zeitpunkt der Benachrichtigung an die CCPC oder Closing, je nachdem, welcher Umstand zuerst eintritt. | Ja | Ja |
| Italien | <ol style="list-style-type: none"> 1. Gemeinsamer Umsatz weltweit von mind. EUR 5 Mrd., und 2. Risiko einer Beeinträchtigung des ital. Wettbewerbs. | <ul style="list-style-type: none"> • Innerhalb von sechs Monaten ab Closing. | Ja | Nein |
| Lettland | <ol style="list-style-type: none"> 1. Beteiligte Unternehmen waren oder sind direkte Wettbewerber mit einem gemeinsamen Marktanteil von mehr als 40%, und 2. Vorhandensein eines begründeten Verdachts, dass die Transaktion eine marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärkt oder den Wettbewerb erheblich beeinträchtigt. | <ul style="list-style-type: none"> • Innerhalb von zwölf Monaten ab Closing. | Nein | Nein |

Kontrolle von Killer Mergers neu gedacht

| Mitgliedstaat | Voraussetzungen für Call-In-Powers | Timing | Leitfaden | Standstill |
|-----------------------------------|--|--|-----------|------------|
| Litauen | <ul style="list-style-type: none"> Zusammenschluss, welcher wahrscheinlich eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt oder zu einer erheblichen Beeinträchtigung des Wettbewerbs führt. | <ul style="list-style-type: none"> Innerhalb von zwölf Monaten ab Closing. | Nein | Ja |
| Slowenien | <ul style="list-style-type: none"> Marktanteile der Parteien von mehr als 60%. | <ul style="list-style-type: none"> Innerhalb von 15 Tagen ab Bekanntgabe des Zusammenschlusses. | Nein | Ja |
| Transaktionswert-Schwellen | | | | |
| Österreich | <ul style="list-style-type: none"> Anmeldung bei der BWB, wenn (i) weltweiter Umsatz der beteiligten Unternehmen mehr als EUR 300 Mio., (ii) Inlandsumsätze der beteiligten Unternehmen mehr als EUR 15 Mio., (iii) Wert der Gegenleistung für den Zusammenschluss mehr als EUR 200 Mio. und (iv) das Target ist im Inland „in erheblichem Umfang“ tätig. | | | |
| Deutschland | <ul style="list-style-type: none"> Anmeldung beim BKartA, wenn (i) weltweiter Umsatz der beteiligten Unternehmen mehr als EUR 500 Mio., (ii) Inlandsumsätze eines beteiligten Unternehmens mehr als EUR 50 Mio., (iii) weder das Target noch ein sonstiges beteiligtes Unternehmen Inlandsumsätze von mehr als EUR 17,5 Mio. erzielt, (iv) Wert der Gegenleistung für den Zusammenschluss mehr als EUR 400 Mio. und (v) das Target im Inland „in erheblichem Umfang“ tätig. | | | |
| Marktanteils-Schwellen | | | | |
| Portugal | <ul style="list-style-type: none"> Anmeldung erforderlich, wenn der gemeinsame Marktanteil (i) 50% erreicht oder überschreitet, oder (ii) 30% erreicht oder überschreitet, sofern der Umsatz jedes von mind zwei beteiligten Unternehmen über EUR 5 Mio. Erfüllung der Marktanteils-Schwellen allein durch das Target möglich. | | | |
| Spanien | <ul style="list-style-type: none"> Anmeldung erforderlich, wenn der gemeinsame Marktanteil 30% erreicht oder überschreitet (Erfüllung allein durch das Target möglich). Erfüllung der Marktanteil-Schwellen allein durch das Target möglich. | | | |

Kontrolle von Killer Mergers neu gedacht



Takeaways:

- Vorabprüfung durch neue Schwellenwerte und Call-In-Möglichkeiten unübersichtlich und komplex.
- Prüfung der qualitativen Call-In-Kriterien erfordert deutlich intensivere Auseinandersetzung mit dem Marktgeschehen und der eigenen Marktposition.
- Zusätzliche Call-In-Powers und Transaktionswert-Schwellen sowie mögliche FKVO-Reform erfordern erhöhte Aufmerksamkeit.

3.0

Transaktionswertschwelle

Zusammenfassung und Schlussfolgerungen aus Edwards
LifeSciences/JenaValve und Meta/Kustomer

bpv HÜGEL
CERHA HEMPEL

Transaktionswertschwelle

Warum wurde sie eingeführt?

„Im Hinblick auf die Vermeidung von Monopolbildungen im sensiblen digitalen Wirtschaftsbereich soll (...) neben der Umsatzschwelle eine Kaufpreis-Aufgriffsschwelle von 200 Millionen Euro vorgesehen werden. Damit soll den Wettbewerbsbehörden eine wettbewerbsrechtliche Prüfkompetenz in Fällen zukommen, in denen § 9 Abs 1 KartG 2005 mangels Erreichens der Umsatzschwellenwerte nicht anwendbar ist. Dies ist beispielsweise der Fall, wenn ein verbleibender österreichischer Plattformbetreiber von einem internationalen Konkurrenten übernommen werden soll (...)“ (ErlRV 1522 BlgNR 25. GP, 3).

Wann kommt sie zur Anwendung? § 9 (4) KartG, § 35 (1a) dGWB

1. die beteiligten Unternehmen im letzten Geschäftsjahr vor dem Zusammenschluss Umsatzerlöse von weltweit insgesamt mehr als 300 Millionen Euro erzielten, (GWB: 500 Millionen Euro)
2. die beteiligten Unternehmen im letzten Geschäftsjahr vor dem Zusammenschluss im Inland Umsatzerlöse von insgesamt mehr als 15 Millionen Euro erzielten, (GWB: ein beteiligtes Unternehmen im Inland > 50 Millionen Euro, kein Unternehmen < 17,5 Millionen Euro)
3. der Wert der Gegenleistung für den Zusammenschluss mehr als 200 Millionen Euro beträgt und (GWB: 400 Millionen Euro)
4. das zu erwerbende Unternehmen in erheblichem Umfang im Inland tätig ist.

Transaktionswertschwelle

Welche Zusammenschlüsse sind erfasst?

Gemeinsamer Leitfaden Transaktionswert-Schwellen von BKartA und BWB

Ziel: Schutz von Innovationspotenzialen und Innovationswettbewerb in Technologiemärkten

Keine Beschränkung auf bestimmte Branchen

Alle Branchen erfasst, in denen ein hohes Marktpotenzial zu einem hohen Kaufpreis führt, der nicht durch aktuelle Umsätze gerechtfertigt ist – insb auch Unternehmen im Pharma-/Biotechnologie - Bereich

Welche Auswirkungen hat sie in der Praxis?

Problemlage Multi-Jurisdictional Mergers

Schwierige Beurteilung bei internationalen Zusammenschlüssen (insbesondere Asien, USA) mit marginalem Bezug zu Österreich

Hohes Geldbußenrisiko nach neuerer Rsp

OGH: Unterlassung von Zusammenschlussanmeldungen in Österreich kein „Kavaliersdelikt“

Transaktionswertschwelle

OGH 26.3.2025, 16 Ok 2/25t, *Edwards Lifesciences/JenaValve*

Sachverhalt

Die US-amerikanische Erwerberin ist führende Anbieterin von Therapien für strukturelle Herzerkrankungen. Target hat Sitz in USA und vertreibt das einzige in der EU zugelassene zur Behandlung von symptomatischer Aortaklappen-Insuffizienz. In Ö wurden 5 Systeme an ein einziges Krankenhaus verkauft (Umsatz < 100 000 EUR), es besteht keine Niederlassung/Forschungstätigkeit in Ö.

Erhebliche Inlandstätigkeit: Relevante Faktoren

Maßgeblich sind **aktuelle** marktbezogene Tätigkeiten des Zielunternehmens zum Zeitpunkt der Durchführung. Alle Indikatoren zur Zuordnung einer Tätigkeit zu Kunden im Inland sind. Inländische Umsätze < 1 Mio EUR deuten nicht auf erhebliche Inlandstätigkeit hin.

Erhebliche Inlandstätigkeit: Irrelevante Faktoren

Höhe des Kaufpreises an sich (über die Erfüllung des Schwellenwertes hinaus) und Anteil der inländischen Tätigkeit des Zielunternehmens , Marktanteil des Zielunternehmens in Ö, Zulassung von Produkten, Anzahl von in Entwicklung befindlichen weiteren Produkten, bloße Werbung von potenziellen Kunden in Ö.

Transaktionswertschwelle

BGH 17.6.2025, KVR 77/22, *Meta/Kustomer*

Sachverhalt

Erwerberin ist ein weltweit führendes Technologieunternehmen (Facebook, Instagram, Whatsapp). Target ist ein innovatives US-amerikanisches Unternehmen im Bereich Cloud-basierte Kundenservice- und Kundenbeziehungsmanagementsoftware (CRM), wofür personenbezogene Daten von deutschen Endkunden verarbeitet werden.

OLG Düsseldorf 23.11.2022, Kart 11/21

Keine erhebliche Inlandstätigkeit: Ausmaß von Endkundendaten kein geeignetes Kriterium zur Bestimmung der Inlandstätigkeit, ausschließlich unmittelbare Kunden sind relevant

BGH 17.6.2025, KVR 77/22

Ausreichend ist eine aktuelle und **potenziell wettbewerbsrelevante** wirtschaftliche Tätigkeit mit Inlandsbezug – auch die Verarbeitung von deutschen Endkundendaten kann eine wettbewerblich relevante Inlandstätigkeit darstellen. Nur marginale Inlandstätigkeiten sollen ausgenommen sein.

Transaktionswertschwelle

Weitere Fälle bei denen die Transaktionswertschwelle zur Prüfung geführt hat

| Österreich | Deutschland |
|---|--|
| <p>Meta – Giphy Erhebliche Inlandstätigkeit bejaht.</p> <p>Begründung: Die tiefe API-Integration von Giphy in Österreich genutzte Apps führte zu umfangreicher Nutzung und relevanten Datenflüssen mit Inlandsbezug. Maßgeblich war nicht der Umsatz, sondern die tatsächliche Nutzung und Wirkung auf österreichischem Markt (0,5 - 1 Mio monatliche aktive Nutzer:innen).</p> | <p>Adobe – Magento Erhebliche Inlandstätigkeit verneint.</p> <p>Begründung: Zwar erfüllte der Zusammenschluss die übrigen Tatbestandsmerkmale, jedoch war die Marktpräsenz in Deutschland begrenzt (rund 135 zahlende Kunden) - keine erhebliche Inlandstätigkeit im Sinne des § 35 Abs. 1a GWB.</p> |
| <p>Salesforce – Tableau Erhebliche Inlandstätigkeit bejaht.</p> <p>Begründung: Obwohl kaum relevante Österreich-Umsätze, wurde die weit verbreitete Nutzung von Tableau in Österreich als relevante Inlandstätigkeit gewertet. Damit hat die BWB anklingen lassen, dass bei mehr als 10% Marktanteil von einer erheblichen Inlandstätigkeit die Rede sein soll.</p> | <p>Microsoft – Inflection Erhebliche Inlandstätigkeit verneint.</p> <p>Begründung: Zu geringe Inlandsnutzung (nicht genügend Pi-Nutzer) und keine signifikante wirtschaftliche Tätigkeit in Deutschland. Damit keine relevante Marktposition oder Einfluss, weshalb keine Inlandswirkung im Sinne des § 35 Abs. 1a GWB vorlag.</p> |

4.0

Ex-post-Kontrolle: Art 102 im Einsatz

Rs Towercast bestätigt ex-post-Kontrolle von Zusammenschlüssen

bpv HÜGEL
CERHA HEMPEL

Ex-post-Kontrolle: Art 102 im Einsatz

EuGH bestätigt in Rs *Towercast* die ex-post-Kontrolle von Zusammenschlüssen

Schlussanträge von GA Kokott in Rs *Towercast*

- FKVO und nationales Fusionsregime können Anwendung von Primärrecht bzw Art 102 AEUV nicht ausschließen – keine *lex specialis*. *Killer Acquisitions* können Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung darstellen.
- Art 102 AEUV erfüllt komplementäre Funktion – Regelungslücke *Killer Acquisitions*.
- Keine Rückabwicklung von nicht angemeldeten Transaktionen, die unter Art 102 fallen.
- Rechtssicherheit nur durch angemeldete, genehmigte und vollzogene Zusammenschlüsse – keine Anwendung von Art 102 AEUV, außer Zusammenschluss stellt Teil eines umfassenderes Vergehen dar.

EuGH-Urteil Rs *Towercast*

- Ansicht des EuGH bestätigt Rs *Continental Can* und Auffassung von GA Kokott.
- Art 102 AEUV nur auf Zusammenschlüsse anwendbar, wenn Umsätze unterhalb (i) der FKVO-Schwellenwerte, oder (ii) nationaler Schwellenwerte liegen und gleichzeitig kein Verweis iSd Art 22 FKVO erfolgt.

5.0

Schlussfolgerungen

bpv HÜGEL
CERHA HEMPEL

Schlussfolgerungen

Unterüberschrift

Überschrift

- EuGH Urteil in Rs Illumina /Grail trägt zur Rechtssicherheit bei
- Faktischer Realitäts-Check, ob und wenn ja, in welchen Formen Killer Acquisitions in der Vergangenheit vorkamen
- Wichtige Abgrenzung von wettbewerbsfördernden Verkäufen von Start-ups an Investoren
- Transaktionssicherheit versus nationale Call-in Powers
- Transaktionswert-Schwellen Österreich als Vorbild?

Danke!

bpv HÜGEL
CERHA HEMPEL



Dr. Bernhard Kofler-Senoner, LL.M.

Partner bei Cerha Hempel

Berufserfahrung: Partner und Leiter Competition Practice Group bei CERHA HEMPEL, seit 2006 Rechtsanwalt, führend in Fusionskontrolle und Kartellverfahren (AT/EU)

Beratung: Wettbewerbs-, Kartell- und Fusionskontrollrecht, Distribution Law, Compliance/Investigations, M&A, Schadenersatz nach Kartellverstößen

Mitgliedschaften: Wiener Rechtsanwaltskammer, International Bar Association, Vorsitzender der Studienvereinigung Kartellrecht

Kontakt:

Tel.: +43 1 514 35 581

E-Mail: bernhard.kofler-senoner@cerhahempel.com



MMag. Dr. Astrid Ablasser-Neuhuber

Partnerin bei bpv Hügel

Berufserfahrung: EU-Kommission (Merger Task Force), Kartellgericht, Linklaters London, seit 2002 bpv Hügel, seit 2004 Partnerin und Leiterin Kartellrecht

Beratung: Wettbewerbs-, Fusionskontrollrecht, Europarecht, Vertriebsrecht, internationale Transaktionen

Mitgliedschaften: Vorstandsmitglied ÖV, Vizepräsidentin Competition Law Commission/UIA, Mitglied IBA und Vienna Bar Association

Kontakt:

Tel.: 01/26050-220

E-Mail: astrid.ablasser@bpv-huegel.com