

NZKart

Neue Zeitschrift für Kartellrecht

www.nzkart.de

Herausgegeben von

Prof. Dr. Thomas Ackermann

RA Prof. Dr. Albrecht Bach

RiBGH Dr. Klaus Bacher

RA Prof. Dr. Rainer Bechtold

Prof. Dr. Florian Bien

RA Dr. Ingo Brinker

Dr. Friedrich Wenzel Bulst

RiEuG Alfred Dittrich

RA Dr. Michael Esser

MinRat Dr. Thorsten Käseberg

Prof. Dr. Torsten Körber

VorsRiOLG Prof. Dr. Jürgen Kühnen

RA Dr. Thorsten Mäger

VPräs. b. BKartA Prof. Dr. Konrad Ost

Prof. Dr. Ulrich Schwalbe

Prof. Dr. Heike Schweitzer

RA Dr. Kathrin Westermann

Aus dem Inhalt

F. Stancke

Kartellrecht 4.0 und die Frage der Balance (Editorial) 285

A. Petrasincu/K.-Ch. von Steuben

Zeitliche Anwendbarkeit der Offenlegungsregeln
des § 33 g GWB im Lichte jüngster Rechtsprechung 286

St. Patzer/J. Kruse

Zeitliche Anwendbarkeit von § 33 g GWB auf
Altansprüche 291

L. Carnegie/S. Croley/J. Taubman/J. Dammann de Chappo

Foreign Direct Investment in the United States and Europe 296

R. Hoffer/L. A. Lehr

„Gun jumping“ in Europa – Endlich Klarheit? 300

J. Herrlinger/D. Valdimi

Frühstart oder nicht? – EuGH und BGH nicht einig
über die Reichweite des Vollzugsverbots 308

EuGH

Urteil Ernst & Young 310

BGH

Urteil Grauzementkartell II 315

Hanseatisches Oberlandesgericht Hamburg

Urheberrechtsschutz von DIN-Normen 322

EFTA-Gerichtshof

Zur missbräuchlichen Kosten-Preis-Schere
(Síminn Island) 325



7/2018

S. 285–328 10. Juli 2018

BINDER GRÖSSWANG



P350201807

Dr. Raoul Hoffer, LL.M., und Mag. Leo Alexander Lehr, LL. M. BSc, Wien*

„Gun jumping“ in Europa – Endlich Klarheit?

Im Bereich des Vollzugsverbotes im Rahmen der Europäischen Fusionskontrolle gab es kürzlich einige interessante und kontrovers diskutierte Entwicklungen. Einerseits sorgte die Europäische Kommission mit hohen Geldbußen-Entscheidungen für Aufsehen, die nach und nach den Weg zu den Europäischen Gerichten finden. Andererseits liegt nun erstmals im Zuge einer Vorlageentscheidung eine konkrete Auslegung des Art. 7 FKVO durch den EuGH vor. Gleichzeitig zeigen auch nationale Wettbewerbsbehörden unterschiedliche Zugänge zu diesem Thema. Vor diesem Hintergrund soll der vorliegende Beitrag versuchen einen Überblick über den relevanten rechtlichen Kontext zu geben und auch konkret auf die Abgrenzung von erlaubten (Vorbereitungs-)Handlungen für die an Zusammenschlüssen beteiligten Unternehmen eingehen.

I. Einleitung

Das im Art. 7 der FKVO verankerte Vollzugsverbot findet sich derzeit stark im Fokus der europäischen Wettbewerbsbehörden und der kartellrechtlichen Literatur wieder. Das Vollzugsverbot und die damit einhergehende Stillhaltepflicht sollen die Beachtung und Durchführung der Fusionskontrolle absichern und den Wettbewerb vor Beeinträchtigung schützen und existieren in einer ähnlichen Weise in nahezu allen europäischen nationalen Jurisdiktionen.¹ Bis zur Freigabeentscheidung durch die Wettbewerbsbehörde oder Entscheidungsfiktion durch Fristablauf darf demnach ein der FKVO unterliegender Zusammenschluss nicht „vollzogen“ werden.² Ebensolches trifft auf die nationale Zusammenschlusskontrolle in den meisten EU-Mitgliedstaaten zu.³ Höchstgerichtliche nationale Judikatur bzw. EuGH Rspr. zum Begriff „Vollzug“ und zu den nicht zulässigen Handlungen – sog. „gun-jumping“ – fehlt weitgehend, auch Jahrzehnte nach Inkrafttreten der FKVO. Demgegenüber gibt es eine immer größer werdende Zahl an einzelnen nationalen Entscheidungen der Wettbewerbsbehörden und dementsprechend verschiedene Arten der Auslegung der Reichweite des Vollzugsverbotes in den einzelnen EU-Mitgliedstaaten aber auch in anderen Ländern.⁴

Auch die Europäische Kommission (EK) hat kürzlich mit Geldbußen i.H.v. EUR 20 Mio. gegen Marine Harvest⁵ und EUR 124,5 Mio. gegen Altice⁶ für einiges öffentliches Aufsehen gesorgt (Fall *EK Altice*). In der Rechtmittelentscheidung zu *Marine Harvest*⁷ des Europäischen Gerichts (EuG) finden sich einige interessante Aussagen, die in diesem Beitrag noch näher beleuchtet werden sollen.

Ganz aktuell und vor dem Hintergrund dieser Entwicklungen hat das dänische See- und Handelsgericht in der Sache *Ernst & Young* ein Vorabentscheidungsersuchen⁸ zur Auslegung des Art. 7 Abs. 1 FKVO und der diesem nachgebildeten dänischen Bestimmungen der Zusammenschlusskontrolle an den EuGH gerichtet betreffend die Abgrenzung zwischen (noch) legaler Vorbereitungshandlung und verbotener Vollzugshandlung.

Diese Entscheidung stellt eine höchst relevante und erhebliche Weiterentwicklung der europäischen Fusionskontrolle dar, und könnte in nahezu allen EU-Jurisdiktionen zu einem

Überdenken der gängigen Entscheidungspraxis der Wettbewerbsbehörden führen.

II. Rechtslage nach der FKVO

Art. 7 Abs. 1 FKVO lautet: *Ein Zusammenschluss von gemeinschaftsweiter Bedeutung [...] darf weder vor der Anmeldung noch so lange vollzogen werden, bis er aufgrund einer Entscheidung [...] für vereinbar mit dem Gemeinsamen Markt erklärt worden ist.*

Art. 7 Abs. 2 FKVO enthält zusätzlich eine „Legalausnahme“ für öffentliche Übernahmen und den Kontrollenerwerb über die Börse. Wird die Kontrolle von mehreren Veräußerern im Wege eines Übernahmeangebots oder einer Reihe von Rechtsgeschäften mit Wertpapieren erworben, ist Abs. 1 demnach nicht anwendbar. Voraussetzung dafür ist jedoch, dass der Erwerb unverzüglich bei der EK angemeldet wird und die Stimmrechte aus den Anteilen nicht oder nur zur Werterhaltung der Anteile ausgeübt werden.

Alternativ gibt die FKVO den Parteien die Möglichkeit im Vorhinein bei der EK eine Befreiung vom Vollzugsverbot gem. Art. 7 Abs. 3 FKVO zu beantragen und somit einen potentiellen Rechtsverstoß zu vermeiden. Hierbei besitzt die EK ein weites Ermessen und bezieht üblicherweise die möglichen Risiken im Falle eines Aufschubs des Vollzugs, etwa eine drohende Insolvenzgefahr oder den Verlust von essentiellen Aufträgen für das betroffene Unternehmen, mit ein.⁹

Bei Verstößen gegen das Vollzugsverbot sieht die FKVO einerseits eine (schwebende) Unwirksamkeit¹⁰ für die Vollzugshandlungen vor und andererseits können gem. Art. 14

* Dr. Raoul Hoffer ist Partner, Mag. Leo Alexander Lehr Rechtsanwaltsanwärter bei Binder Grösswang Rechtsanwälte GmbH in Wien. Siehe hierzu auch den Beitrag von Herrlinger/Valdini in diesem Heft, S. 308.

1 Siehe Wessely, in MüKo, 2. Aufl., Art. 7 FKVO Rz. 35; eine Ausnahme ist z.B. Großbritannien, wo jedoch keine generelle Anmeldepflicht besteht und die Arbeitsweise der Wettbewerbsbehörde von vorneherein anders strukturiert ist, siehe im Detail Chisholm/Heideman, *The Decision to Investigate Mergers in the United Kingdom's voluntary Regime*, *Journal of Competition Law & Economics*, 13, 4, 2017.

2 Siehe Bechtold/Bosch/Brinker, *EU-Kartellrecht*, 3. Aufl., FKVO Art. 7 Rz. 2 f.

3 Dies liegt schon alleine daran, dass in vielen EU-Mitgliedstaaten die Bestimmungen der Zusammenschlusskontrolle der FKVO (oft wortgleich) nachgebildet wurden. Ausnahmen hiervon sind Großbritannien, Italien und Lettland. Vgl. z.B. das dänische Recht in EuGH, *Urt. v. 31.5.2018, C-633/16 – Ernst & Young*, in diesem Heft, S. 310.

4 Brasilien hat bspw. erst 2012 ein neues Zusammenschlusskontrollregime mit Anmeldeverpflichtungen etabliert und seither gab es dort auch im Rahmen des Vollzugsverbotes einige beachtliche Geldbußen bzw. Settlements. Vgl. dazu z.B. die Sache Conselho administrativo de defesa econômica (CADE), Nr. 08700.009018/2015-86 – *Cisco/Tech-nicolor*.

5 Kommission, *Entsch. v. 23.7.2014, COMP/M.7184 – Marine Harvest/Morpol*.

6 Siehe Kommission, *Pressemitteilung v. 24.4.2018, IP/18/3522 – Altice*.

7 EuG, *Urt. v. 26.10.2017, T-704/14 – Marine Harvest*, NZKart 2017, 649.

8 EuGH, *Vorabentsch. eingereicht am 7.12.2016, C-633/16 – Ernst & Young*, in diesem Heft, S. 310.

9 Bechtold/Bosch/Brinker, *FKVO Art. 7 Rz. 10*.

10 Der Wortlaut der Bestimmung („Die Wirksamkeit ist...abhängig.“) indiziert schwebende Unwirksamkeit. Ob das im Einzelfall zutrifft kann aber auch noch zusätzlich vom jeweiligen nationalen Recht abhängen, das auf die Transaktion anwendbar ist. Siehe Bechtold/Bosch/Brinker, *FKVO Art. 7 Rz. 12*, so auch Körber, in Immenga/Mestmäcker, *EU-Wettbewerbsrecht* 5. Aufl., FKVO Art. 7 Rz. 47 f.

Ab. 2 lit. b FKVO (u.U. erhebliche) Geldbußen auferlegt werden. Kommt es zur Untersagung, kann die EK weiters die Rückabwicklung und Entflechtung anordnen. Aus nationalem Recht können sich darüber hinaus individuelle zivilrechtliche Konsequenzen, wie Ansprüche auf Schadenersatz oder ebenfalls Rückabwicklung, ergeben.¹¹

Schließlich ist in diesem Zusammenhang auch zu beachten, dass bei Zusammenschlüssen unter Wettbewerbern bestimmte Verhaltensweisen, die nicht für den Zusammenschluss essentiell sind und damit auch nicht unter das Regime der Fusionskontrolle fallen, gegen Art. 101 AEUV verstoßen können.¹² Das kann insbesondere für den Austausch von wettbewerbslich sensitiven Informationen im Laufe von Verhandlungen im Rahmen der betreffenden M&A Transaktion bzw. danach im Zeitraum zwischen Signing und Closing relevant sein.

III. Bisheriger Meinungsstand und behördliche Entscheidungspraxis

Die Vorschriften der FKVO – und vielfach diejenigen, die aus dem europäischen Recht abgeleiteten nationalen Zusammenschlussregime – lassen oftmals einen beachtlichen Interpretationsspielraum bzgl. der Frage, welche Handlungen bzw. Maßnahmen der beteiligten Unternehmen schon vor zusammenschlussrechtlicher Freigabe zulässig sind. Denn, wie erwähnt, gibt Art. 7 FKVO *per se* auch keinen Hinweis auf die genauen Voraussetzungen, unter denen der Vollzug eines Zusammenschlusses eintritt, und darauf, welche Maßnahmen konkret nun schon eine (unzulässige) Vollzugshandlung darstellen. Deshalb ist es von Seiten der Wettbewerbsbehörden und der jeweiligen wettbewerbsrechtlichen Literatur zu verschiedenartig strengen Auslegungen gekommen.

Weshalb diese Frage so bedeutend ist, ergibt sich aus den sich entgegenstehenden Interessen der Wettbewerbsbehörden eine Transaktion entsprechend zu prüfen bevor diese umgesetzt wird, und jener der beteiligten Unternehmen, möglichst bald, nachdem sie sich über einen Zusammenschluss geeinigt haben, diesen auch umzusetzen. Aus rein ökonomischer Sicht ist die Phase ab Anmeldung eines Zusammenschlusses bis zur Freigabe durch die Wettbewerbsbehörden durchaus problematisch und risikobehaftet. Es ist dann nämlich schon öffentlich bekannt, dass die Akquisition stattfindet und dennoch kann der Erwerber noch keine strategischen Maßnahmen im Zielunternehmen umsetzen. Je nach Fallkonstellation kann sich diese „Zwischenphase“ negativ auf die Mitarbeitersituation, die Finanzierungs-, Auftrags- und Geschäftslage usw. des Zielunternehmens, sowie u.U. auch des Erwerbers auswirken, und damit indirekt durchaus auch auf die gesamte Wettbewerbssituation am Markt. Rechtspolitisch betrachtet kann es daher auch nicht Zweck der Zusammenschlusskontrolle sein die ökonomischen Vorteile des konkreten Zusammenschlusses durch einen langen „Stillstand“ bis zur Freigabe zu konterkarieren. Das kann gerade bei größeren Akquisitionen, die auch auf den Märkten zu gewisser Nervosität führen können, besonders brisant sein. Demgegenüber steht das Ziel der Stillhalteverpflichtung laut FKVO, namentlich dass Zusammenschlüsse nicht umgesetzt werden können, bevor nicht feststeht, ob diese zu Marktverwerfungen führen. Die Prüfung dieser Auswirkungen ist typischerweise umso länger, je bedeutender das Zusammenschlussvorhaben ist, weil dann die Marktveränderungen auch größere sind. Anders formuliert – umso bedeutender der Zusammenschluss, umso eher werden

der Erwerber und das Zielunternehmen ein Interesse an einer raschen Zusammenarbeit haben, umso länger kann aber auch die zusammenschlussrechtliche Prüfung durch die Wettbewerbsbehörden und damit wiederum der „Stillstand“ dauern. Insofern ist es daher wichtig für die Rechtsfragen, welche Maßnahmen vor Freigabe durch die beteiligten Unternehmen gemeinsam bereits durchgeführt werden dürfen bzw. welchen Einfluss der Erwerber schon im Vorfeld ausüben kann, eine klare und pragmatische Auslegung der FKVO bzw. der betreffenden nationalen Bestimmungen zu finden.

Dies konnte man aber von der bisherigen Entscheidungspraxis nicht behaupten. Hier gab es leider sowohl auf Kommissionsebene als auch bei den nationalen Instanzen durchaus sehr weitgehende und teilweise auch unverständliche Entscheidungen, die immer wieder zu großer Unsicherheit beigetragen haben. Parallel zur EK entwickelten nämlich auch die nationalen Wettbewerbsbehörden und Gerichte ihre jeweils eigenen rechtlichen Zugänge.¹³ In Frankreich wurde gegen die Altice Gruppe etwa kürzlich ein Bußgeld durch die Wettbewerbsbehörde ADLC (Autorité de la Concurrence) in Rekordhöhe v. EUR 80 Mio. wegen „gun jumping“ verhängt (ADLC *Altice*), wobei gleich eine Vielzahl an verschiedenen Maßnahmen als Verstöße gegen das Vollzugsverbot gewertet wurde, während in Österreich kürzlich das Kartellobergericht zwar ein Verstoß gegen die Stillhaltepflicht festgestellt hat, die Strafe jedoch wegen Strafunwürdigkeit gänzlich erlassen wurde.¹⁴

Konkrete Orientierungshilfen für Unternehmen und nationale Behörden bzgl. dieser wettbewerbsrechtlichen Thematik auf europäischer Ebene waren oft lediglich Pressemitteilungen bzw. mittelbar einzelne, durch die EK veröffentlichte Freistellungsentscheidungen gem. Art. 7 Abs. 3 FKVO.¹⁵

Aus den genannten verschiedenen Rechtsquellen – Entscheidungen der Kommission, des EuG und nationaler Gerichte – wurden daher in der Praxis und Literatur positiv definierte „Maßnahmenkataloge“ für erlaubte Handlungen zusammengestellt, um die erheblichen Unsicherheiten im Rahmen von M&A-Transaktionen für die Unternehmen zu vermindern. Da – wie oben erwähnt – die zeitliche Komponente bei solchen Zusammenschlüssen einen großen wirtschaftlichen Wert bedeuten kann und gewünschte Synergieeffekte bei Verzögerung oft nicht optimal genutzt werden können, ist die Nachfrage nach konkreten Handlungsempfehlungen hoch. Hervorzuheben ist hier das brasilianische „Administrative Council for Economic Defense“ (CADE), das konkrete Leitlinien in diesem Bereich herausgegeben hat.¹⁶

11 Siehe *Ablasser-Neuhuber*, in Loewenheim/Meessen/Riesenkampff/Kersting/Meyer-Lindemann, Kartellrecht 3. Aufl., FKVO Art. 7 Rz. 20.

12 Die FKVO gilt gem. Art. 21 Abs. 1 nur für Zusammenschlüsse i.S. ihres Art. 3 und gleichzeitig sind diese von der Kontrolle des Art. 101 AEUV nach Verordnung 1/2003 ausgenommen. Jede Ausweitung der präventiven Kontrolle der FKVO würde eine Einschränkung der Verordnung 1/2003 und damit der Kontrolle nach Art. 101 AEUV bedeuten – s. EuGH, Ur. v. 7.9.2017, C-248/16 – *Austria Asphalt*, Rz. 34, NZKart 2017, 535, sowie *Ernst & Young* Rz. 55 ff.

13 Vgl. etwa zu Frankreich, *Purps/Beauminier*, „Gun Jumping“ nach Altice: Im Westen was Neues? NZKart 2017, 224; zu Deutschland, BKartA, Beschl. v. 31.3.2015 – *Edeka/Tengelmann* Rz. 943 ff.; zu Österreich, *Hoffer/Lehr*, Zum Durchführungsverbot in Österreich – Welcher Zeitpunkt ist maßgeblich?, NZKart 2018, 256.

14 Vgl. OGH, Beschl. vom 7.12.2017, 16 Ok 2/17 f., NZKart 2018, 242.

15 Bspw. Kommission, Mitteilung v. 18.12.1996, IV/M.861 – *Textron/Kautex*, zur Klassifizierung von „Ordinary course of business“ Beschränkungen und Informationsverpflichtungen für die Zielgesellschaft.

16 CADE, Guidelines For The Analysis Of Previous Consumption of Merger Transactions 2015, veröffentlicht unter <http://en.cade.gov.br/topics/publications/guidelines/guideline-gun-jumping.pdf>.

Im Folgenden soll versucht werden, einige wesentliche Kategorien von relevanten Handlungen/Maßnahmen, die von den beteiligten Unternehmen vor Freigabe durchgeführt werden könnten, und die jeweilige bisherige Praxis/Rspr. dazu, darzustellen.

1. Erwerb der Kontrolle

Am Anfang jeder Transaktionsplanung steht der Erwerb der Kontrolle über das Zielunternehmen. Gerade hier gab es aber in der Vergangenheit Missverständnisse, inwiefern bereits ein Verstoß gegen das Durchführungsverbot vorliegt. Zum einen geht es hier um Fallkonstellationen, in denen der Erwerb der Beteiligung bzw. des Einflusses im Rahmen der Transaktion *de-jure* schon erfolgt, selbst wenn die Kontrolle nicht ausgeübt wird. Die EK legt die FKVO regelmäßig derart aus, dass schon der Erwerb der Möglichkeit von Kontrolle als Vollzugshandlung gilt. Es ist demnach nicht notwendig zu beweisen, dass ein bestimmender Einfluss tatsächlich ausgeübt wird oder in Zukunft ausgeübt werden könnte.¹⁷ Auch in Österreich war diese Frage lange strittig – allerdings hat kürzlich der Oberste Gerichtshof als Kartellobergericht klargestellt, dass der Zeitpunkt der Durchführung bereits mit dem Erwerb der reinen Kontrollmöglichkeit eintritt.¹⁸

Um einiges problematischer zeigten sich dagegen die Entscheidungen der EK hinsichtlich des Erwerbs von Minderheitsbeteiligungen – und gleichzeitig von *de-facto* Kontrolle – bereits vor Durchführung einer M&A Transaktion. So wurde in *UniChem/Alliance Sante*¹⁹ und *Porsche/Volkswagen*²⁰ eine Beteiligungshöhe von nur etwa 36%, in *Marine Harvest* und *Electrabel* von knapp unter 50% als ausreichend für eine Anmeldepflicht und Prüfung gesehen. Erwirbt etwa ein Käufer ein Minderheits-Aktienpaket mit dem er „so gut wie sicher“ sein kann, in der Hauptversammlung wiederholt eine Mehrheit zu erreichen, weil sich die übrigen Anteile im (das Stimmrecht nicht ausübenden) Streubesitz befinden, kann eine unzulässige Vollzugshandlung vorliegen – ohne dass formal je eine *de-jure* Kontrollposition gegeben ist.²¹ Hier ergeben sich somit mitunter schwierige Prognoseentscheidungen. Ob der weiteren Bedeutsamkeit dieser Fragestellung soll im Folgenden der Fall *Marine Harvest* kurz näher beleuchtet werden.

a) *Marine Harvest* – Erwerb von Minderheitsanteilen und *de-facto* Kontrolle. Der Fall *Marine Harvest* stellt ein aktuelles Verfahren wegen eines Verstoßes gegen das Vollzugsverbot auf EU-Ebene dar und zeigt die Komplexität und Schwierigkeit in dessen Anwendung auf. Er behandelt die Abgrenzung von faktischen Maßnahmen, die zu einem Kontrollübergang führen.

Bei *Marine Harvest* und *Morpol* (damals an der Osloer Börse gelistet) handelt es sich um norwegische Gesellschaften, die beide hauptsächlich in der Lachszucht und -verarbeitung tätig sind.

Am 14. Dezember 2012 schloss *Marine Harvest* ein „Share Purchase Agreement“ (SPA) mit Hrn. Malek, dem Gründer, ab und erwarb 48,5% der Anteile an *Morpol* („Dezember 2012 Transaktion“). Das norwegische Recht verpflichtet einen Käufer von mehr als einem Drittel der Anteile einer börsennotierten Gesellschaft zu einem Übernahmeangebot. Dieses wurde von *Marine Harvest* im Jänner 2013 für die übrigen 51,5% gestellt. In Folge übernahm *Marine Harvest* bis November 2013 kontinuierlich 100% der Aktien und nahm *Morpol* von der Börse. In der Zwischenzeit, jedoch erstmals mit 21. Dezember 2012, wurde auch Kontakt mit

der EK aufgenommen. Die Transaktion wurde am 9. August 2013 angemeldet und daraufhin unter Auflagen freigegeben.

2014 fasste die EK eine Bußgeldentscheidung²² gegen *Marine Harvest* i. H.v. insgesamt EUR 20 Mio.²³ Diese habe gegen die Anmeldepflicht und das Vollzugsverbot verstoßen, da die Dezember 2012 Transaktion für sich bereits *de-facto* Kontrolle über *Morpol* ermöglicht habe und damit eine Vollzugshandlung darstellte. Dabei legte die EK dar, dass Hr. Malek als 48,5%iger Anteilsinhaber zwar *de-jure* keine alleinige Kontrolle besaß, jedoch *de-facto* in allen Hauptversammlungen *Morpol*s eine Stimmenmehrheit erwarten konnte, da ein Großteil der kleineren Anleger gar nicht an diesen teilnahm.²⁴ Er konnte damit alleine strategische Entscheidungen treffen, was der Erwerberin auch im Vorhinein bekannt gewesen sei.²⁵ *Marine Harvest* argumentierte auch mit der Ausnahme des Art. 7 Abs. 2 FKVO²⁶ für Börsenübernahmen und einer engeren Auslegung des Vollzugsverbotes.

Das EuG bestätigte die Entscheidung der EK und bekräftigte die bisherige Rechtsprechung, dass auch ein Minderheitsanteil bereits ausreichen kann um *de-facto* Kontrolle herzustellen.²⁷ Gleichzeitig wurde bekräftigt, dass für „Kontrolle“ bereits die reine Möglichkeit einen bestimmenden Einfluss auf die Tätigkeit eines Unternehmens auszuüben maßgeblich ist. Ausschlaggebend sei damit der Erwerb dieser Kontrolle im formalen Sinn und in keinem Fall erst deren tatsächliche Ausübung.²⁸

Weiters liege hier nur eine einzige relevante Transaktion vor, nämlich der Kauf von 48,5% der Anteile, die den Kontrollerwerb bereits vor einem öffentlichen Übernahmeangebot verwirklichte. Art. 7 Abs. 2 FKVO sei daher von vorne herein nicht anwendbar, da dieser nur bei mehreren zusammenhängenden Transaktionen greife. Zusätzlich hob das Gericht hervor, dass ein solcher Ausnahmetatbestand eng auszulegen sei, und ein Antrag auf Freistellung an die EK nach Art. 7 Abs. 3 FKVO das passendere Instrument gewesen wäre, um etwaige Kursmanipulationen zu vermeiden.²⁹

2. Maßnahmen im Rahmen der M&A Transaktion

Ein anderer bedeutender Bereich sind Maßnahmen, die im Vorfeld bzw. im Rahmen des Abschlusses der M&A Transaktion erfolgen bzw. solche, die zum erfolgreichen Abschluss

17 Vgl. dazu Kommission, Konsolidierte Mitteilung der Kommission zu Zuständigkeitsfragen gemäß der Verordnung Nr. 139/2004, 2009/C 43/09 Rz. 16.

18 Vgl. 16 Ok 2/17 f Rz. I.5, NZKart 2018, 242.

19 Kommission, Entsch. v. 22.12.1997, M.1058 – *UniChem/Alliance Sante*.

20 Kommission, Entsch. v. 30.8.2008, M.5250 – *Porsche/Volkswagen*.

21 Siehe EuG, Urt. v. 12.12.2012, T-332/09, Rz. 42 ff. – *Electrabel*.

22 Kommission, Entsch. v. 23.7.2014, M.7184 – *Marine Harvest/Morpol*.

23 Davon EUR 10 Mio. für den Verstoß gegen Art. 4 (1) FKVO (unterlassene Anmeldung) und weitere EUR 10 Mio. für den frühzeitigen Vollzug gem. Art. 7 (1) FKVO.

24 *Marine Harvest/Morpol*, Rz. 59 ff.

25 Ebd. Rz. 63.

26 „[Das Vollzugsverbot] steht der Verwirklichung von Vorgängen nicht entgegen, bei denen die Kontrolle im Sinne von Artikel 3 von mehreren Veräußerern entweder im Wege eines öffentlichen Übernahmeangebots oder im Wege einer Reihe von Rechtsgeschäften mit Wertpapieren, einschließlich solchen, die in andere zum Handel an einer Börse oder an einem ähnlichen Markt zugelassene Wertpapiere konvertierbar sind, erworben wird.“

27 EuG, *Marine Harvest*, Rz. 53, unter Verweis auf EuG, *Electrabel*, Rz. 45 ff.

28 EuG, *Marine Harvest*, Rz. 58.

29 Ebd. Rz. 216 f.

und zur Erhaltung des Wertes des Zielunternehmens zwischen Signing und Closing getroffen werden. Unter erstere fallen etwa der Kaufvertrag selbst, die Finanzierung des Kaufpreises, eine Due Diligence oder auch Managementpräsentationen. Diese sind grundsätzlich unproblematisch, alleine bzgl. der Due Diligence bzw. Managementpräsentationen und anderem Austausch von sensiblen Informationen des Zielunternehmens wird mitunter vertreten, dass diese nur in beschränktem Maße bzw. unter besonderen Vorkehrungen erfolgen dürfen.³⁰

Zu den Maßnahmen, mit denen der Wert des Zielunternehmens bis zur Übergabe erhalten werden soll, zählen u. a. sog. „(Ordinary) Conduct of Business – Klauseln“. Damit verpflichtet sich dieses, zwischen Signing und Closing keine Handlungen vorzunehmen, die den Wert des Zielunternehmens mindern könnten, oder dass solche unter einem expliziten Zustimmungsvorbehalt des Erwerbers stehen.³¹ Prinzipiell sind auch solche Klauseln bisher in der Lit. als zulässig betrachtet worden, allerdings, wie diese im Detail auszugestalten waren bzw. ab wann Geschäfte relevant genug waren, um unter einen Zustimmungsvorbehalt fallen zu dürfen, war hier oftmals fraglich.³² Erhebliche Unruhe brachte dann jedoch die Entscheidung *ADLC Altice*, die zwar einerseits die Beschränkung des Unternehmen weiterhin angemessen zu führen als zulässig anerkannte. Gleichzeitig wurde aber ein Zustimmungsvorbehalt des Erwerbers, wonach eine schriftliche Zustimmung erforderlich war, um gewisse Investitionen zu tätigen oder bestimmte wichtige Geschäfte abzuschließen, als eine unzulässige, starke Beschränkung der geschäftlichen Handlungsfähigkeit und somit ein Verstoß gegen das Durchführungsverbot betrachtet.³³

3. Vorbereitungshandlungen

Eine weitere in der Praxis wichtige Kategorie sind Maßnahmen zur Vorbereitung der gemeinsamen Geschäftstätigkeit nach Freigabe bzw. der zukünftigen Integration des Zielunternehmens in den Konzern des Erwerbers, wie etwa die Neuausrichtung des Berichtswesens oder die Durchführung von Informationsveranstaltungen für Mitarbeiter.³⁴ Für die Beurteilung, ob diese Maßnahmen zulässig sind oder nicht wurde in der Lit. dann gelegentlich auch noch danach unterschieden, ob die betreffende Maßnahme zusätzlich „marktfremd“ war, also mit dem eigentlichen Geschäft der Parteien nicht im Zusammenhang stand (z. B. Anmietung von Räumlichkeiten, Änderungen in der IT-Infrastruktur etc.).³⁵ Auch hier legte die *ADLC Altice* einen überraschend strengen Maßstab an und klassifizierte die Vorbereitung und Planung eines neuen Internetangebots sowie auch gemeinsame Einkaufsplanung und Angebotseinholung als unzulässig, obwohl die effektive Umsetzung dieser Aktivitäten auf dem Markt erst nach Freigabe erfolgte.³⁶

Der deutsche BGH subsumiert demgegenüber nur diejenigen Maßnahmen unter das Vollzugsverbot, durch die der Erwerber – selbst, wenn er noch keine Kontrolle über das Zielunternehmen oder wettbewerbslich erheblichen Einfluss auf dieses erlangt – bereits Befugnisse erhält, die er nach dem beabsichtigten Zusammenschluss nur kraft seiner Position als Inhaber der Geschäftsanteile und Gesellschafterrechte ausüben könnte, sowie solche Maßnahmen, die die mit dem Zusammenschluss erstrebte Integration der beteiligten Unternehmen teilweise vorwegnehmen.³⁷ Hier hielt man sich demgemäß bei reinen Vorbereitungshandlungen zurück.

Auf derselben Linie sind in diesem Zusammenhang auch jene Fälle, in denen die EK gemeinsame Aktivitäten der beteiligten Unternehmen, die direkt auf den Markt gerichtet waren, problematisierte. So wurde z. B. eine gemeinsame Vermarktung eines Fernsehdecoders vor Freigabe eines Zusammenschlusses im Medienbereich als „teilweise Vorwegnahme“ bzw. „Teilvollzug“ des Zusammenschlusses gesehen.³⁸ Auch sei nach diesem Dafürhalten den Parteien verboten sich allein oder gemeinsam derart am Markt zu präsentieren, sodass der Eindruck entsteht als sei der Zusammenschluss bereits durchgeführt.³⁹ In *Electrabel* machte die EK deutlich, dass der Vollzug eines Zusammenschlusses jene Vorgehensweisen betrifft aus denen sich eine strukturelle Änderung der Wettbewerbsbedingungen ergibt.⁴⁰

Auch in der Entscheidung *EK Altice* wurde von der EK konsequenterweise eine Anweisung zur Durchführung einer Werbekampagne und das Ausüben von Einfluss über bestimmte Teile der Geschäftstätigkeit der Zielgesellschaft durch die Altice Gruppe vor Freigabe als unzulässig beurteilt.⁴¹ Ähnlich wertete die *ADLC* nach französischem Recht die vorzeitige Beteiligung und Integration des Managements des Zielunternehmens sowie die Vereinbarung einer gemeinsamen Strategie als Vollzugshandlung.⁴² Im Gegensatz dazu gelten als zulässig jene Handlungen, die regelmäßig marktfremde, rein formale Akte, wie Beglaubigungen, behördliche Anträge oder rein interne Umstrukturierungen, betreffen.⁴³

4. Koordination und Informationsaustausch – Art. 101 AEUV als Verhaltensschränke

Neben dem zusammenschlussrechtlichen Durchführungsverbot kann im Vorfeld der Umsetzung eines Unternehmenserwerbes auch die Verhaltenskontrolle des Art. 101 AEUV eine Rolle spielen.⁴⁴ Das kann die Abstimmung des Marktverhaltens zwischen Wettbewerbern, aber auch jeglichen Informationsaustausch sowie den Abschluss von Vereinbarungen zwischen den Parteien, sofern diese wettbewerbsbeschränkende Wirkung entfalten, betreffen.⁴⁵ Somit ist auch bei M&A Transaktionen Art. 101 AEUV weiterhin beachtlich.⁴⁶ Allerdings ist hier in der Praxis oft die genaue

30 Z.B. auf Basis einer speziellen Vertraulichkeitsvereinbarung oder unter Verwendung sogenannter „Clean Teams“.

31 Derartige Klausel für die Zeit vor dem Zusammenschluss hat die Kommission in den Entscheidungen M.861 – *Textron/Kautex*, Entsch. v. 18.12.1996, bzw. M.1694 – *EMC/Data General*, Entsch. v. 6.10.1999, ausdrücklich anerkannt und als „ancillary restraints“ für notwendig für die Durchführung und damit zulässig erachtet.

32 Vgl. Purps/Beaumont, 226 f.

33 *ADLC, Altice*, Rz. 305.

34 Vgl. etwa Röbling, in: *Kölner Kommentar*, Bd. 2, 2014, *GWb* § 41 Rz. 17 f.

35 Vgl. Wessely, *MüKo*, Art. 7 FKVO, Rz. 38.

36 Vgl. *ADLC*, Entsch. v. 8.11.2016, 16-D-24 – *Altice*, Rz. 218 f.

37 BGH, Beschl. v. 14.11.2017, KVR 57/16 – *EDEKA/Kaiser's Tengelmann*, Rz. 61, NZKart 2018, 90.

38 Siehe Kommission, Pressemitteilung v. 15.12.1997, IP/97/1119 – *Bertelsmann/Kirch/Premiere*.

39 Vgl. Wessely, *MüKo*, Art. 7 FKVO Rz. 36.

40 Vgl. Kommission, 10.6.2009, M.4994 – *Electrabel* Rz. 182.

41 Siehe Kommission, Pressemitteilung *Altice*.

42 Vgl. *ADLC, Altice*.

43 Vgl. Wessely, *MüKo*, Art. 7 FKVO Rz. 38 und 60 ff.

44 Vgl. *Ernst & Young*, Rz. 54 ff.

45 Vgl. *Reysen/Jaspers*, Kartellrechtliche Vorgaben für die Transaktions- und Integrationsplanung im M&A-Geschäft, *WuW* 2006, 607.

46 Vgl. Wessely, *MüKo*, Art. 7 FKVO Rz. 55; besonders krasse Fälle gab es etwa in den USA, in denen Unternehmen vorgeworfen worden war, teilweise einen Zusammenschluss nur zu simulieren, um sich über die Due Diligence und Verhandlungen gewisse Geschäftsinformationen zukommen zu lassen, sog. „sham merger“, vgl. dazu z. B. *US Court of Appeals, Seventh Circuit*, 09-1152, Entsch. v. 10.1.2011 – *Omnicare, Inc v. Unitedhealth Group, Inc.*

Abgrenzung zwischen dem Zusammenschlussrechtlichen Durchführungsverbot und etwaigen Verhaltensweisen, die unter Art. 101 AEUV fallen könnten, nicht immer einfach gewesen.

Festzuhalten ist aber jedenfalls, dass auch hinsichtlich Art. 101 AEUV ein Zusammenschlussvorhaben einen gewissen Austausch von Informationen, selbst zwischen Wettbewerbern, die Parteien dieses Vorhabens sind, rechtfertigt. Wie auch schon nach der bisherigen Praxis zum Durchführungsverbot ist gem. Art. 101 AEUV der Austausch wettbewerbsrechtlich sensibler Information auf das für die Transaktion notwendigste Maß zu beschränken und das Risiko eines Verstoßes kann durch verschiedene Maßnahmen in der Praxis weitgehend entschärft werden, durch z. B.:

- Die Unterzeichnung von Vertraulichkeitsvereinbarungen und strenge Kontrolle über Befugnisse zur Informationsweitergabe
- Klare Protokollierung und Dokumentation der übergebenen Informationen
- Das Aufstellen von sog. „Clean Teams“ für die Transaktion (nur aus Personen bestehend, die nicht mit dem Vertrieb beschäftigt sind, etwa externe Berater, einzeln freigestellte Mitarbeiter etc.)
- Das Einrichten von separaten und eingegrenzten „Data Rooms“ mit beschränktem Zugriff auf spezifische Daten⁴⁷

5. Zwischenergebnis

Zusammenfassend legt die EK das Vollzugsverbot bisher so aus, dass insbesondere der Erwerb der Kontrollmöglichkeit, weder in rechtlicher noch faktischer Hinsicht, und weder ganz noch teilweise vorweggenommen werden durfte. Gleichzeitig weichen nationale Behörden teilweise von dieser Praxis in beide Richtungen – weiter und enger – ab.

Es lassen sich zusätzlich aus der bisherigen Praxis der EK drei Kriterien herauslesen, die auch abgesehen von der Kontrollthematik (jeweils bzw. kumulativ) für eine unzulässige Vollzugshandlung sprechen könnten und die regelmäßig auch in der Literatur analysiert wurden.⁴⁸ Diese sind (i) die Auswirkungen des Verhaltens auf den Markt, (ii) der Grad der Irreversibilität und schließlich (iii) der Zusammenhang mit dem Zusammenschluss, d. h. etwa durch bestimmte Bedingungen oder rein zeitlich.⁴⁹ Diese Kriterien wurden bisher meist i. S. eines beweglichen Systems angewandt – je stärker die Marktauswirkungen, je weniger reversibel und je näher am Zusammenschluss (zeitlich und sachlich), desto eher lag demnach ein Verstoß gegen das Vollzugsverbot vor.

IV. Ernst & Young

In der lange erwarteten Entscheidung in der Sache *Ernst & Young* eröffnete sich auch dem EuGH erstmals die Möglichkeit wegweisende Aussagen hinsichtlich des Vollzugsverbotes und zur Abgrenzung der konkreten Maßnahmen, die zum Vollzug eines Zusammenschlusses führen, zu treffen.

1. Sachverhalt

Im Rahmen eines Zusammenschlusses der Mitglieder von Ernst & Young (EY) in Dänemark und verschiedener zu KPMG Dänemark (KPMG DK) gehörigen Gesellschaften kündigte KPMG DK ihren WirtschaftsprüfungsKooperationsvertrag mit KPMG International im November 2013, d. h. vor der Freigabe durch die dänische Wettbewerbsbehörde (Wettbewerbsrat), um (nach Ablauf der relativ langen Kündigungsfrist von mindestens sechs Monaten) möglichst

schnell nach Freigabe Teil der EY Gruppe werden zu können. Der geplante Zusammenschluss und die Kündigung wurden bereits vor Anmeldung des Zusammenschlusses in den Medien bekanntgemacht.

KPMG International und KPMG DK beendeten ihre Zusammenarbeit mit Wirkung zum Juni 2014, nachdem die zuständige dänische Wettbewerbsbehörde (der Wettbewerbsrat) die Transaktion im Mai 2014 genehmigt hatte. Im Dezember 2014 entschied dann aber der Wettbewerbsrat, dass die Parteien gegen das Durchführungsverbot verstoßen hatten, zumal die Kündigung der Mitgliedschaft von KPMG DK im internationalen KPMG-Netzwerk noch vor Zusammenschlussrechtlicher Freigabe der Transaktion erfolgt war. In Anlehnung an die Entscheidungspraxis der EK führte der Wettbewerbsrat die drei oben genannten Kriterien an, die für die Annahme eines Verstoßes gegen das Durchführungsverbot wesentlich seien – namentlich, ob (i) die Maßnahme (hier die Kündigung des Kooperationsvertrages) mit dem Zusammenschluss in Zusammenhang stehe, (ii) unumkehrbar sei und (iii) zu Auswirkungen auf dem Markt hätte führen können.

Im Juni 2015 brachte EY beim dänischen See- und Handelsgericht Klage auf Nichtigkeitserklärung gegen diese Entscheidung ein, worauf die Sache von diesem Gericht dem EuGH vorgelegt wurde. Dies vor dem Hintergrund, dass die dänische Zusammenschlusskontrolle der FKVO nachempfunden ist und sich der Wettbewerbsrat in seiner Entscheidung hauptsächlich auf die Entscheidungspraxis der EK und der europäischen Gerichte bezogen habe.

2. Schlussanträge des GA Wahl

In seinen Schlussanträgen plädierte GA Wahl für eine liberale Auslegung des Vollzugsverbotes. Er sieht die Stillhaltepflicht – im Gegensatz zur EK – nicht generell als absolut unerlässliches Instrument der Fusionskontrolle.⁵⁰ Weiters hebt er hervor, dass die derzeitige Ausgestaltung der Stillhalteverpflichtung die finanzielle Belastung und das wirtschaftliche Risiko während des Fusionskontrollverfahrens im Wesentlichen auf die beteiligten Unternehmen überwälzt, obwohl diese gleichzeitig mit erheblicher Rechtsunsicherheit konfrontiert seien.⁵¹ Er schlägt deshalb eine negative Definition vor, namentlich jene Maßnahmen abzugrenzen, die nicht von der Stillhalteverpflichtung umfasst seien, und so erhöhte Rechtssicherheit für die Betroffenen zu schaffen.⁵²

Erlaubt sein sollen Maßnahmen, die zwar im Zusammenhang mit dem Zusammenschluss getroffen wurden, jedoch den Maßnahmen, die tatsächlich zum Erwerb der Kontrolle führen, vorausgehen und sich von diesen trennen lassen.⁵³ Die Kriterien, die der Wettbewerbsrat angelegt hatte, hielt GA Wahl für die Analyse, ob ein Verstoß gegen das Vollzugsverbot anzunehmen sei, allesamt für nicht geeignet. Dass eine Maßnahme mit dem Zusammenschluss in Zusammenhang stehe, sei einer Vollzugshandlung generell inhärent und

47 Vgl. CADE Guidelines. Dort werden auch sog. „Parlor Rooms“ genannt, wo sich Mitglieder des Vorstandes treffen können, um die zukünftige Integration zwischen den beiden Unternehmen zu erörtern. Alle Aktivitäten im „Parlor Room“ werden von einem unabhängigen Mitglied registriert und auf den Austausch von wettbewerbsrechtlich sensibler Information überwacht.

48 Ähnlich auch in *Purps/Beaunumier*, 229.

49 So beurteilte auch der dänische Wettbewerbsrat Maßnahmen der beteiligten Unternehmen nach diesen Kriterien – s. *Ernst & Young* Rz. 23.

50 GA Wahl, Schlussanträge v. 18.1.2018, C-633/16 – *Ernst & Young* Rz. 35.

51 Ebd.

52 Ebd. Rz. 45 f.

53 Ebd. Rz. 78.

bierte keinen Mehrwert für die Abgrenzung. Bzgl. des Kriteriums der Unumkehrbarkeit meinte GA Wahl, dass es widersprüchlich wäre, hätte die EK die Befugnis eine Rückabwicklung anzuordnen, während die Geltung der Stillhaltepflicht aber von einer Unumkehrbarkeit abhängt. Schlussendlich hält er fest, dass potentielle Marktauswirkungen der spezifischen Maßnahmen schließlich ohne jegliche Relevanz für die Prüfung von Handlungen i. R. d. Vollzugsverbotes seien, da so im Wesentlichen dasselbe zu prüfen wäre wie bei der Genehmigung des Zusammenschlusses und damit auch eine (nicht gewollte) eventuelle präjudizielle Wirkung auf das Ergebnis der Zusammenschlussprüfung nicht ausgeschlossen wäre.⁵⁴

Somit gelangt GA Wahl zu der Conclusio, dass die Kündigung des Kooperationsvertrages eine notwendige Voraussetzung für den Zusammenschluss gewesen sei – sie hätte jedoch in keiner Weise zum Kontrollübergang zwischen KPMG und EY beigetragen und EY nicht die Möglichkeit „bestimmenden Einfluss über die betreffenden KPMG-Gesellschaften auszuüben“ verschafft.⁵⁵

3. Entscheidung des EuGH

Im Folgenden hat der EuGH eine klare und wohl für die Zukunft richtungsweisende Entscheidung getroffen. Inhaltlich folgt der Gerichtshof GA Wahl weitgehend und stellt fest, dass Art. 7 FKVO in engem Zusammenhang mit der Definition des Zusammenschlusses in Art. 3 FKVO zu interpretieren sei.

Die zentrale Aussage zeigt sich dabei durch die mehrfache Betonung der negativen Definition der Vollzugshandlung. Der Vollzug eines Zusammenschlusses tritt demnach laut EuGH erst ein, *sobald die Beteiligten Handlungen vornehmen, die, ganz oder teilweise, tatsächlich oder rechtlich zu einer dauerhaften Veränderung der Kontrolle über das Zielunternehmen beitragen*.⁵⁶ Fehlt eine solche Kontrolländerung durch die Maßnahme, könne definitionsgemäß keine Vollzugshandlung vorliegen.

Weiters müsse naturgemäß auch ein nur teilweiser Vollzug darunterfallen. Wäre es nämlich verboten, Kontrolle durch einen einzigen Vorgang zu erwerben, dasselbe jedoch durch mehrere Teilvorgänge erlaubt, wäre die praktische Wirksamkeit des durch Art. 7 aufgestellten Verbots stark verringert und leicht zu untergraben.⁵⁷

Der EuGH nimmt in seinen Überlegungen in diesem Zusammenhang auch Bezug auf Erwerbsvorgänge, die eng miteinander verknüpft sind, weil sie durch eine Bedingung miteinander verbunden sind oder in Form einer Reihe von innerhalb eines gebührend kurzen Zeitraums getätigten Rechtsgeschäften mit Wertpapieren stattfinden – diese könnten als ein einziger Zusammenschluss gesehen werden.⁵⁸ Demnach würden auch solche Vorgänge jedoch von vorne nicht unter Art. 7 FKVO fallen und würden damit nicht als Vollzug gewertet, wenn sie nicht erforderlich seien, um eine Veränderung in der Kontrolle über eines der beteiligten Unternehmen herbeizuführen. Auch wenn sie den Zusammenschluss begleiten oder vorbereiten mögen, würden solche Maßnahmen dann nämlich keinen unmittelbaren funktionellen Zusammenhang mit dem Zusammenschluss aufweisen.⁵⁹

Der EuGH stellt auch ausdrücklich klar, dass Marktauswirkungen als Kriterium nicht ausreichend sind, um eine Vollzugshandlung abzugrenzen, da auch Handlungen ohne jegliche Marktwirkung zu einer Veränderung der Kontrolle führen könnten und die Untersuchung solcher Auswirkungen erst zur materiell-rechtlichen Prüfung des Zusammenschlusses

gehöre.⁶⁰ Die Stillhaltepflicht fände jedoch unabhängig davon Anwendung, da ihr Zweck gerade darin bestehe eine solche Prüfung durch die EK zu gewährleisten, aber nicht die Entscheidung über die Vereinbarkeit mit dem Gemeinsamen Markt vorwegzunehmen.⁶¹

Ergänzend wird ausgeführt, dass eine Ausweitung des Wirkungsbereiches des Art. 7 FKVO auf Vorgänge, die nicht untrennbar mit dem Zusammenschluss verbunden seien, gleichzeitig eine Einengung des Anwendungsbereichs der Verordnung 1/2003 bewirken würde, die dann auf derartige Handlungen nicht mehr anwendbar wäre.⁶² Damit würden sie nämlich der kartellrechtlichen Kontrolle durch Art. 101 AEUV, die im Bereich der FKVO nicht anwendbar sei, entgehen, selbst wenn eine rechtswidrige Koordinierung zwischen Wettbewerbern stattfinde.

Basierend auf dieser Analyse wird die Kündigung des Kooperationsvertrages selbst nicht als Vollzugshandlung klassifiziert. Abgesehen davon, dass es sich um eine Handlung zwischen nur einer am Zusammenschluss beteiligten und einer dritten Partei handelt, habe EY durch die Kündigung, trotz möglicher Marktauswirkungen, keinesfalls die Möglichkeit zur Einflussnahme über KPMG DK erhalten. KPMG DK sei aus wettbewerbsrechtlicher Sicht, vor und nach der Aufkündigung, vollkommen unabhängig gewesen.⁶³

V. Rechtliche Würdigung

Wie gezeigt hat das Vollzugsverbot nach Art. 7 FKVO in der Vergangenheit kontroverse Diskussionen ausgelöst. Die vorliegende Entscheidung des EuGH schafft jedoch nun eine gänzlich neue rechtliche Realität. Auch in Hinblick auf bisher schon als zulässig betrachtete Handlungen ergibt sich größere Klarheit, wobei jedoch einige spezifische Fragen weiter offenbleiben.

Konkret legt der EuGH nun in seiner zentralen Aussage in *Ernst & Young* erfreulicherweise die Stillhalteverpflichtung wesentlich enger aus, als es die bisherige Entscheidungspraxis der EK und nationaler Wettbewerbsbehörden erwarten ließ. Er beschränkt das Verbot auf die (Teil-) Vorgänge, die eine dauerhafte Veränderung der Kontrolle über das Zielunternehmen, tatsächlich oder rechtlich, bewirken und schafft damit deutlich mehr Klarheit im Rahmen der EU-rechtlichen Zusammenschlussprüfung. Dies scheint insofern auch konsistent, da nach Art. 3 FKVO ein Zusammenschluss als Kontrollenerwerb definiert ist. „Kontrolle“ als solche wird nach dem Wortlaut des Art. 3 Abs. 2 FKVO *„durch Rechte, Verträge oder andere Mittel begründet, die einzeln oder zusammen unter Berücksichtigung aller tatsächlichen oder rechtlichen Umstände die Möglichkeit gewähren, einen bestimmenden Einfluss auf die Tätigkeit eines Unternehmens auszuüben“*.

Der Gerichtshof stärkt damit die ökonomisch effizientere Auslegung des Vollzugsverbotes, die eine umfangreiche Vorbereitung des Zusammenschlusses bereits vor Freigabe er-

54 Ebd. Rz. 47 ff.

55 Ebd. Rz. 86 f.

56 *Ernst & Young*, Rz. 46, 52, 59, 62.

57 Ebd. Rz. 47.

58 Vgl. auch Erwägungsgrund 20 der FKVO.

59 *Ernst & Young* Rz. 49.

60 Ebd. Rz. 51.

61 Ebd. Rz. 50.

62 Ebd. Rz. 58, unter mehrmaligem Bezug auf die erst kürzlich ergangene Entscheidung, EuGH, Urt. v. 7.9.2017, C-248/16 – *Austria Asphalt*, NZKart 2017, 535.

63 Ebd. Rz. 61.

laubt, im Gegensatz zur Praxis der Wettbewerbsbehörden, die eine strengere Prüfungsphase und längeren Stillstand der Unternehmenstätigkeit quasi einforderten. Dies vermindert insbesondere für die an Zusammenschlüssen beteiligten Unternehmen das hohe finanzielle Risiko und grenzt die Möglichkeit einer Geldbuße ein, die durch die bisher nicht exakte Abgrenzung bestand. Gleichzeitig bleibt das Ziel einer wirksamen Fusionskontrolle aber erhalten, ähnlich wie es GA Wahl darstellte, indem alle mit Kontrollübergängen verbundenen Handlungen weiterhin dem Verbot unterliegen. Beachtlich ist auch, dass eine derartige Praxis den Wettbewerb schlussendlich sogar stärken könnte, da ein fusioniertes oder erworbenes Unternehmen auch schneller wieder gänzlich in diesen eintreten kann.

Zusätzlich scheint die explizite Verdeutlichung des EuGH, dass auch ein teilweiser Vollzug unter Art. 7 FKVO fallen kann, wenn dieser Teil der Kontrolländerung ist, verständlich.

Aber auch in zeitlicher Hinsicht scheint die Stillhalteverpflichtung nun klarer zu sein. Hier ist wohl *Marine Harvest* relevant, wonach der Zeitpunkt des Vollzugs bereits mit der erstmaligen Erlangung der Möglichkeit von Kontrolle anzusetzen ist, und es keine Rolle spielt, ab wann konkret ein Einfluss ausgeübt wird.⁶⁴

Ein weiterer wesentlicher Aspekt hinsichtlich des Vollzugsverbotes, den der EuGH besonders hervorhebt, ist auch der Zusammenhang zwischen *ex ante* Strukturkontrolle der FKVO und der Verhaltenskontrolle durch Art. 101 AEUV, und damit ein zentraler Punkt in der Zuständigkeit der Mitgliedstaaten. Bei einer Unterstellung von Vorgängen, die nicht zum Vollzug eines Zusammenschlusses direkt beitragen, unter den Anwendungsbereich des Art. 7 FKVO, wären solche Sachverhalte gleichzeitig dem Wirkungsbereich des Art. 101 AEUV entzogen, und somit auch diesbzgl. der Kontrolle durch die EK oder die nationalen Wettbewerbsbehörden.⁶⁵ Damit folgt der EuGH seiner früheren Rspr. und der klaren Trennung dieser beiden Rechtsinstrumente, die bisher vor allem in Bezug auf die Stillhalteverpflichtung teilweise vermischt wurden. Die darauf anschließende Frage wird sein, inwiefern Art. 101 AEUV im Vorfeld von Zusammenschlüssen an Bedeutung gewinnt. Dies würde insbesondere für Wettbewerber eine stärkere Kontrolle durch die Wettbewerbsbehörden bedeuten, für nicht konkurrierende Parteien eines Zusammenschlusses könnte es jedoch weitgehende Erleichterungen mit sich bringen.

Schließlich bestätigt die Sache *Ernst & Young* gemeinsam mit *Marine Harvest* auch die weiter hohe Relevanz von lediglich tatsächlich herbeigeführten Veränderungen der Kontrolle. Die bisherige weite Auslegung der *de-facto* Kontrolle durch die EK wird vom EuGH nicht verworfen und Zusammenschlüsse werden dahingehend eine noch detailliertere und umfangreichere Prüfung aller Umstände des Einzelfalles erfordern. Die beteiligten Parteien können sich nicht auf reine *de-jure* Kontrolltatbestände verlassen, sondern müssen Faktoren, wie etwa die Eigentumsverhältnisse dritter Aktionäre und deren Einflussmöglichkeiten, bzw. die Frage, ob andere größere Anteilseigentümer strukturelle, wirtschaftliche oder sogar familiäre Bindungen untereinander besitzen, in ihre Überlegungen miteinbeziehen.⁶⁶ Weitere denkbare faktische Kontrollmaßnahmen wären hier etwa starker wirtschaftlicher Druck im Vorhinein, wie z. B. durch Exklusivvereinbarungen, die Entsendung von oder Einflussnahme auf Personal oder Management, selbst wenn diese keinen direkten Einfluss auf die Gesellschaft ausüben, oder

auch der tatsächliche Einfluss auf die ordentliche Geschäftstätigkeit der Gegenpartei.

Schlussendlich stellt sich natürlich die Frage, wie sich *Ernst & Young* auf die Beurteilung der Zulässigkeit der oben genannten Vorbereitungsmaßnahmen auswirkt. Das soll im Folgenden noch kurz erörtert werden.

1. Maßnahmen im Rahmen der M&A-Transaktion

Wie beschrieben wird im Rahmen einer Übernahme inzwischen nahezu standardmäßig vereinbart, dass zum Schutze des Erwerbers das „normale Geschäftsverhalten“ der Zielgesellschaft aufrechterhalten werden soll. Der Verkäufer wird demgemäß verpflichtet seine Handlungen bis zum Closing auf die normale Geschäftsführung zu beschränken. Vom Kartellverbot ist diese Beschränkung grundsätzlich als notwendige Nebenabrede ausgenommen.⁶⁷

Werden jedoch erweiterte Zustimmungrechte für gewisse Geschäfte/Maßnahmen an den Erwerber übertragen, kann weiterhin auch das Vollzugsverbot greifen – es kann nämlich dadurch tatsächlich zur Veränderung der Kontrolle kommen.⁶⁸ Die genaue Abgrenzung des Umfangs des Zustimmungsvorbehaltes bleibt hier wie bisher offen und es wird auf die Auslegung der EK und der Gerichte zu achten sein. Sieht man den liberalen Ansatz des EuGH in *Ernst & Young* auch hier, könnte man argumentieren, dass durch die meisten dieser Zustimmungsvorbehalte typischerweise noch keine Kontrolle in umfänglichem Sinn übertragen wird. Sollte es sich daher bei den Zustimmungsvorbehalten nur um solche handeln, die außerordentliche Geschäftsvorgänge betreffen, könnte man wohl in Zukunft besser argumentieren, dass diese zulässig sind.⁶⁹ Sieht man die Vollzugshandlungen nämlich im Zusammenhang mit Art. 3 Abs. 3 FKVO und den dortigen Kontrolltatbeständen, namentlich die Übertragung von Eigentums- und Nutzungsrechten bzw. von bestimmenden Einfluss auf die Zusammensetzung, die Beratungen oder Beschlüsse der Organe des Unternehmens (dies betrifft strategische Entscheidungen wie die Finanzplanung oder Besetzung leitender Organe), kann man davon ausgehen, dass ein reiner Investitionsschutz zulässig sein wird.⁷⁰

Solange derartige Klauseln mit Vorsicht eingesetzt werden und das Tagesgeschäft der Beteiligten nicht beeinflusst wird, ergibt sich durch *Ernst & Young* demgemäß ein zusätzliches Argument, dass die Vereinbarung eines Zustimmungsvorbehalts für außerordentliche Maßnahmen zwischen Signing und Closing zulässig ist.⁷¹

⁶⁴ *Marine Harvest*, Rz. 58.

⁶⁵ Die Verordnung Nr. 1/2003 des Rates vom 16. Dezember 2002 zur Durchführung der in den Artikeln 81 und 82 des Vertrags niedergelegten Wettbewerbsregeln gilt nämlich grundsätzlich nicht für Zusammenschlüsse i. S. d. Art. 3 FKVO, siehe *Austria Asphalt* Rz. 32.

⁶⁶ Vgl. *Carloni*, 'Electrabel v Commission & COMP M.7184 *Marine Harvest/Morpol: Gunjumping and Violation of the Merger Standstill Obligation in Europe*', *Journal of European Competition Law & Practice*, 2014, 695.

⁶⁷ Siehe etwa Kommission, Entsch. v. 6.10.1999, COMP/M.1694 – *EMC/Data General*, Rz. 28.

⁶⁸ Wie es auch Gegenstand der französischen *Altice*-Entscheidung war, siehe ADLC, *Altice* Rz. 39 ff.

⁶⁹ So auch Purps/Beaunier.

⁷⁰ Vgl. dazu auch *Körber*, in Immenga/Mestmäcker, EU-Wettbewerbsrecht 5. Aufl., Art. 3 FKVO Rz. 34 ff.

⁷¹ Dies ganz abgesehen von dem praktischen Argument, dass auf diese Weise langwierige Schadenersatzprozesse oder Kaufpreisanpassungen für wertmindernde Maßnahmen schon effektiv *ex ante* verhindert werden können, ohne dass gesetzliche Sanktionen wie eine Geldbußenandrohung notwendig wären.

2. Vorbereitungshandlungen

Wie oben dargestellt, waren Vorbereitungshandlungen in einem gewissen Rahmen schon bisher zulässig.⁷² Die Abgrenzung von erlaubten Handlungen und Maßnahmen erscheint nach den Aussagen des EuGH jedoch nun weitaus verlässlicher möglich. Sämtliche Vorbereitungsmaßnahmen, die nicht zur Veränderung der Kontrolle über die beteiligten Unternehmen beitragen, sind *prima facie* zulässig. Es sollte daher ohne Problem möglich sein, z. B. die Personal- und Marketingmaßnahmen oder Produktangebote, für die Zeit nach dem Zusammenschluss vorzubereiten oder eben Verträge abzuschließen bzw. zu kündigen, solange damit die Unabhängigkeit des Zielunternehmens nicht beeinträchtigt wird.

a) *Marktbezogene Maßnahmen.* In *Ernst & Young* wird auch ausdrücklich geklärt, dass allfällige Marktauswirkungen kein ausreichendes Kriterium im Rahmen des Vollzugsverbotes sind.⁷³ Vorzeitige gemeinsame Marktaktivitäten könnten jedoch (insbesondere bei Wettbewerbern) als Verstoß gegen das Verbot wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen betrachtet werden und sind daher an diesem Maßstab zu messen.

Rein formale Handlungen ohne jegliche Marktauswirkung hingegen, wie etwa die Beantragung von bestimmten behördlichen Genehmigungen, notarielle Beglaubigungen, die unilaterale interne Umstrukturierung von Gesellschaften oder die Anmietung von Räumlichkeiten für die Zeit nach dem Zusammenschluss, sind wohl nun noch deutlicher weder von Art. 7 FKVO noch Art. 101 AEUV erfasst und können in der Regel von Unternehmen bereits vor Freigabe umgesetzt werden.

b) *Planung der zukünftigen Integration und der Marktsituation.* Für die Abgrenzung der erlaubten Planung der zukünftigen Integration gilt ähnliches wie zur Vorbereitung und eine solche kann nun wesentlich großzügiger geschehen. Art. 101 AEUV, und dabei vorwiegend der Informationsaustausch, bilden hierbei die wesentliche Schranke. Weiterhin gilt, dass auch bzgl. einer solchen Planung wettbewerbslich sensitive Daten nur im äußerst notwendigsten Ausmaß ausgetauscht werden dürfen und dabei bestimmte Vorkehrungen (wie Vertraulichkeitsvereinbarungen) abzuschließen sein werden (s. o.).

3. Zusammenarbeit mit Drittparteien

Wichtig ist auch die Klärung der Zusammenarbeit mit Drittparteien durch den Gerichtshof. In solchen Fällen stellte sich das Abwarten, um das Risiko eines Verstoßes gegen das Vollzugsverbot abzuwenden, für die Unternehmen häufig als äußerst kostspielig heraus. Insofern konnte dies auch in der Praxis immer wieder zu wirtschaftlich problematischen Situationen führen, da nicht gänzlich klar war, wie weit bereits Verhandlungen mit dritten Parteien im Vorhinein erlaubt waren oder ob diese den Zusammenschluss bereits vorwegnehmen könnten.

Den Aussagen des EuGH ist zu entnehmen, dass ein Vorgang, der nur zwischen einem der Beteiligten am Zusammenschluss und einer dritten Partei abgehandelt wird, von vorne herein nicht unter das Vollzugsverbot fällt.⁷⁴ Solange die beteiligten Unternehmen wettbewerbsrechtlich unabhängig bleiben, ist das wohl in der Regel zulässig. Diese Klarstellung ermöglicht insbesondere frühzeitige Verhandlungen und Vertragsabschlüsse, etwa mit Lieferanten, Vermietern/Verpächtern oder Finanzinvestoren, um in der Zeit nach

Durchführung des Zusammenschlusses die Änderungen in der Geschäftstätigkeit so schnell wie möglich umsetzen zu können. Es empfiehlt sich natürlich zur Vorsicht jegliche Verträge mit der aufschiebenden Bedingung der Freigabe durch die Wettbewerbsbehörden zu versehen.

VI. Fazit

Zusammenfassend lässt sich sagen, dass die Entscheidung des EuGH einen wesentlichen Einschnitt in der Auslegung des Art. 7 FKVO darstellt.

Die negative Abgrenzung des EuGH unterstellt nur mehr jene Maßnahmen dem Vollzugsverbot, die zu einer Veränderung der Kontrolle über das Zielunternehmen führen oder beitragen. Die Liste der nach der FKVO erlaubten Handlungen wird dadurch entsprechend ausgeweitet, was wirtschaftlich in einer erheblichen Kostenersparnis für Unternehmen durch einen insgesamt optimierten und beschleunigten Prozess resultieren kann.

Die Abgrenzung des tatsächlichen, also *de-facto*, Kontrollenerwerbs enthält in diesem Bereich jedoch noch immer einen gewissen Graubereich und einige offene Fragen, die in der Sache *Marine Harvest* u. U. noch vor dem EuGH adressiert werden.⁷⁵

Während somit insgesamt in vielen Bereichen erhebliche Erleichterungen für an Zusammenschlüssen beteiligte Unternehmen zu erwarten sind, ist in anderen immer noch Vorsicht geboten. Insbesondere wird verstärkt auch im Rahmen von Zusammenschlüssen von Wettbewerbern Art. 101 AEUV miteinzubeziehen sein, der durch ein Zurückdrängen der FKVO an Bedeutung gewinnt.

Es wird auch spannend bleiben, inwieweit die nationalen Wettbewerbsbehörden diese neuen Abgrenzungen übernehmen. Da jedoch der Großteil der europäischen Fusionskontrollsysteme nach dem Vorbild der FKVO geschaffen und gestaltet ist, wird schon alleine deshalb mit Änderungen in der Auslegungspraxis der nationalen Zusammenschlusskontrollregelungen durch die jeweiligen Wettbewerbsbehörden zu rechnen sein. Ein Anpassungsdruck ergibt sich u. U. aber auch aus einem anderen Grund. Die breitere Anwendung des Art. 101 AEUV aufgrund von *Ernst & Young* wirft die Frage auf, inwiefern ein nationales zusammenschlussrechtliches Durchführungsverbot auf einen Sachverhalt Anwendung finden darf, der nach der Rspr. des EuGH Art. 101 AEUV unterliegt. Damit würde nämlich der nationale Gesetzgeber den Anwendungsvorrang von Art. 101 AEUV (wie er in VO 1/2003 vorgesehen ist) unterlaufen können. Er könnte z. B. mit Hilfe des Durchführungsverbotes Verhaltensweisen verbieten, die nach Art. 101 AEUV freigestellt wären.⁷⁶ Es ist zumindest fraglich, ob damit nicht die neue Rspr. i. S. *Ernst & Young* auch zwingend eine entsprechende Neuinterpretation des mitgliedstaatlichen Durchführungsverbotes mit sich bringt.

72 Vgl. *Purps/Beaumur*, 228.

73 Vgl. etwa *Wessely*, MüKo, Art. 7 FKVO Rz. 38; oder *Purps/Beaumur*, 228.

74 Vgl. *Ernst & Young*, Rz. 61.

75 Vgl. EuGH, Rechtsmittel v. 5.1.2018, C-10/18 P – *Marine Harvest v Commission*.

76 S. Art. 21 Abs. 1 FKVO, wonach die VO 1/2003 nur insofern nicht anwendbar ist, als es sich um einen Zusammenschluss nach Art. 3 FKVO handelt; nach *Ernst & Young* wären aber nun alle Maßnahmen, die nicht den Kontrollerwerb betreffen, nicht mehr von der FKVO erfasst.