

Österreichische Blätter für

GEWERBLICHEN RECHTSSCHUTZ UND URHEBERRECHT

ÖB1

Herausgeber Österreichische Vereinigung für gewerblichen Rechtsschutz
und Urheberrecht

Chefredakteur Christian Schumacher

Redaktion Rainer Beetz, Reinhard Hinger

Ständige fachliche Mitarbeit Astrid Ablasser-Neuhuber, Christian Handig

November 2018

06

301 – 348

Beiträge

Wann droht eine Abschottung nationaler Märkte?

Wendelin Moritz ➔ 304

Neues zur Erzeugnisbezogenheit im Unionsdesign

Clemens Thiele ➔ 310

Aktuelle Entwicklungen

EU-Rechtsentwicklung ➔ 312

Rechtsprechung des EuGH/EuG in EUIPO-Verfahren ➔ 314

Rechtsprechung des Europäischen Patentamts ➔ 317

Rechtsprechung des OLG Wien in Patentsachen ➔ 318

Rechtsprechung des OLG Wien in Markenregisterverfahren ➔ 320

Leitsätze

Nr 33 – 35 ➔ 321

Rechtsprechung

Erste-Hilfe-Kästen – Veröffentlichung eines Unterlassungs-Urteils
„zehn Jahre danach“ Silke Graf ➔ 323

Davidoff – Verwendung einer Wortbildmarke im Webshop Dritter
Katharina Majchrzak ➔ 326

Paco Rabanne – Markenerschöpfung und Beweislast ➔ 327

Feuerschalen – Schutz als (Geschmacks)Muster
David Plasser ➔ 330

Isoflavon II – Angaben von Wirkstoffmengen auf Verpackung
und in Inseraten Michael Stadler ➔ 336

Ernst & Young/Konkurrenzerädet – Kündigung einer Kooperation
als Vollzug einer Fusion? Raoul Hoffer ➔ 340

NEU!
Rsp OLG Wien
Patentsachen

ÖBI 2018/103

Art 7 Abs 1 FKVO;
Art 267 AEUV

EuGH 31. 5. 2018,
C-633/16, ECLI:
EU:C:2018:371

Ernst & Young/
Konkurrenzerådet

→ Kündigung einer Kooperation als verbotener Vollzug einer Fusion?

→ Ein Zusammenschluss wird nur dadurch vollzogen, dass ganz oder teilweise, tatsächlich oder rechtlich die Kontrolle über das Zielunternehmen verändert wird. Die Kündigung eines Kooperationsvertrags mit einem Dritten vollzieht den Zusammenschluss auch dann nicht, wenn sie Auswirkungen auf den Markt hatte.

→ Auch wenn eine nationale Regelung nicht auf das Unionsrecht Bezug nimmt, aber von Begriffen ausgeht, die nach dem EU-Recht auszulegen sind, ist der EuGH für die Fragebeantwortung zuständig.

Sachverhalt:

Die *Ernst & Young P/S* klagte beim dän See- und Handelsgericht¹⁾ auf Nichtigerklärung einer Entscheidung des dän Wettbewerbsrats,²⁾ der festgestellt hatte, dass

→ Ernst & Young; Ernst & Young Europe LLP; Ernst & Young Godkendt Revisionsaktieselskab; Ernst & Young Global Limited; und EYGS LLP („EY-Gesellschaften“) auf der einen Seite

→ und KPMG Statsautoriseret Revisionspartnerselskab, Komplementarselskabet af 1. Januar 2009 Statsautoriseret Revisionsaktieselskab; und KPMG Ejendomme Flintholm K/S („KPMG-DK-Gesellschaften“) auf der anderen Seite

gegen § 12 c Abs 5 des dän Wettbewerbsgesetzes³⁾ („WettbG“) verstoßen hätten, weil sie den Zusammenschluss vor seiner Genehmigung durch den Wettbewerbsrat vollzogen und somit gegen die Stillhaltepflicht verstoßen hätten.

Die genannten Gesellschaften (Wirtschaftsprüfungsunternehmen, die in Dänemark tätig waren) schlossen am 18. 11. 2013 einen **Fusionsvertrag**.

Beim Abschluss des Fusionsvertrags waren die KPMG-DK-Gesellschaften Mitglieder eines internationalen Netzwerks unabhängiger Wirtschaftsprüfungsunternehmen, der KPMG International Cooperative („KPMG International“) uzw auf Basis eines **Kooperationsvertrags** vom 15. 2. 2010. Der Kooperationsvertrag enthielt ua Bestimmungen über die Zuteilung von Kunden; zur Verpflichtung, Dienstleistungen gegenüber Kunden aus anderen Staaten zu erbringen; und Bestimmungen über Jahresvergütungen. Er sah zudem vor, dass die beteiligten Unternehmen untereinander keine Partnerschaften schließen oder Joint Ventures eingehen durften. Er begründete auch eine freiwillige Zusammenarbeit zur Verwendung derselben Standards und Normen und zur gemeinsamen Präsentation gegenüber den Kunden.

Der Fusionsvertrag verpflichtete die KPMG-DK-Gesellschaften, unmittelbar nach seiner Unterzeichnung das Ausscheiden aus dem Kooperationsvertrag

anzukündigen. Der Kooperationsvertrag enthielt eine sechsmonatige Kündigungsfrist vor dem Ende des Rechnungsjahrs der KPMG International.

Unstrittig ist, dass der Fusionsvertrag von der zuständigen dän Behörde genehmigt werden musste. Die KPMG-DK-Gesellschaften kündigten am Tag der Unterzeichnung des Fusionsvertrags (18. 11. 2013) den Kooperationsvertrag mit Wirkung vom 30. 9. 2014. Diese Kündigung unterlag nicht der Genehmigung durch die Wettbewerbsbehörden.

Am 19. 11. 2013 wurde der Abschluss des Fusionsvertrags öffentlich bekanntgemacht. Am 20. 11. 2013 verkündete die KPMG International ihre Absicht, auf dem dän Markt zu bleiben. Sie gründete daher am 21. 11. 2013 ein neues Wirtschaftsprüfungsunternehmen in Dänemark, obwohl der Kooperationsvertrag noch in Kraft war. Mehrere Kunden der KPMG-DK-Gesellschaften entschlossen sich zu einem Wechsel der Wirtschaftsprüfer und wechselten entweder zur KPMG International oder zu anderen Wirtschaftsprüfungsunternehmen.

Der Zusammenschluss wurde am 13. 12. 2013 angemeldet und am 28. 5. 2014 vorbehaltlich einiger Verpflichtungen genehmigt. Danach vereinbarten die KPMG-DK-Gesellschaften und die KPMG International, ihre Kooperation mit Wirkung vom 30. 6. 2014 zu beenden.

[Vorlageverfahren und Fragen]

Am 17. 12. 2014 stellte der dän Wettbewerbsrat fest, dass die KPMG-DK-Gesellschaften gegen das Verbot verstoßen hätten, einen Zusammenschluss zu vollziehen, bevor der Wettbewerbsrat den Zusammenschluss genehmigt habe, weil sie den Kooperationsvertrag schon vor der Genehmigung des Fusionsvertrags gekündigt hätten. Der Wettbewerbsrat bezog sich auf eine Gesamtbeurteilung der tatsächlichen Umstände, wonach die Kündigung des Kooperationsvertrags ua

1) Sø- og Handelsretten.
2) Konkurrenzerådet.
3) Konkurrence Lov.

Der EuGH prüft den Begriff „Vollzug eines Zusammenschlusses“ anhand eines Kooperationsvertrags, den eines der beteiligten Unternehmen mit dritten Unternehmen hatte und unverzüglich nach Abschluss des Fusionsvertrags kündigte.

mit dem Zusammenschluss eng zusammenhänge, unumkehrbar sei und sich schon in der Zeit zwischen der Kündigung der Kooperation und der Genehmigung der Fusion auf den Markt habe auswirken können. Dass sich die Kündigung auf den Markt ausgewirkt habe, sei nicht erforderlich; es genüge, dass sie Auswirkungen hätte haben können.

Ernst & Young klagte auf Nichtigerklärung dieser Entscheidung und trug ua vor, dass die Entscheidung für die Frage einer Strafsanktion von Bedeutung sei, weil die Wettbewerbsbehörde die EY-Gesellschaften bei der Staatsanwaltschaft⁴⁾ angezeigt habe.

Das vorliegende Gericht sah die Auslegung von Art 7 Abs 1 FKVO als relevant an und legte dem EuGH folgende Fragen vor:⁵⁾

- 1. Nach welchen Kriterien ist zu beurteilen, ob das Verhalten eines Unternehmens dem Verbot des Art 7 Abs 1 FKVO (Vollzug vor der Genehmigung) unterliegt, und muss die Handlung ganz oder teilweise, tatsächlich oder rechtlich ein Bestandteil des Kontrollwechsels oder der Zusammenführung der fortlaufenden Geschäftstätigkeiten der beteiligten Unternehmen sein, wodurch – sofern die quantitativen Schwellenwerte erreicht werden – die Verpflichtung zur Anmeldung ausgelöst wird?
- 2. Kann die Kündigung des Kooperationsvertrags eine verbotene Vollzugshandlung sein, und anhand welcher Kriterien ist dies dann zu bestimmen?
- 3. Spielt es für die Frage 2 eine Rolle, ob die Kündigung tatsächlich wettbewerbsrechtlich relevante Auswirkungen auf den Markt hatte?
- 4. Wenn ja: Auf welche Kriterien und welchen Grad der Wahrscheinlichkeit ist abzustellen, um dann zu bestimmen, ob die Kündigung derartige Auswirkungen auf den Markt hatte, und zwar auch unter Berücksichtigung der Möglichkeit, dass solche Auswirkungen andere Ursachen haben können?

Aus den Entscheidungsgründen:

[Zur Zuständigkeit des EuGH]

28. Die EK äußert Zweifel an der Zuständigkeit des EuGH. Das Unionsrecht sei im Ausgangsstreit nicht anwendbar und das anwendbare Gesetz verweise nicht auf das Unionsrecht. Nur in den Gesetzesmaterialien sei erwähnt, dass das Gesetz im Licht der FKVO und der Rsp des EuG und des EuGH auszulegen sei.

29. Im Rahmen der durch Art 267 AEUV geschaffenen Zusammenarbeit zwischen dem EuGH und den nationalen Gerichten ist es allein Sache des nationalen Gerichts, im Hinblick auf die Besonderheiten der einzelnen Rechtssache sowohl die Erforderlichkeit einer Vorabentscheidung als auch die Erheblichkeit der vorgelegten Fragen zu beurteilen. Folglich ist der EuGH grundsätzlich zu einer Entscheidung verpflichtet, wenn die vorgelegten Fragen die Auslegung einer Bestimmung des Unionsrechts betreffen.⁶⁾

30. [Es] besteht nämlich ein klares Interesse daran, dass die aus dem Unionsrecht übernommenen Bestimmungen oder Begriffe unabhängig davon, unter welchen Voraussetzungen sie angewandt werden sollen, einheitlich ausgelegt werden, um künftige Auslegungsunterschiede zu vermeiden.

31.-33. Das dän WettbG verweist nicht direkt auf die Bestimmungen des Unionsrechts, um deren Auslegung ersucht wird. Ebenso werden im dän WettbG die entsprechenden Bestimmungen der FKVO nicht wortgleich wiedergegeben. Zum einen hatte der dän Gesetzgeber zufolge der Gesetzesmaterialien zum dän WettbG die Absicht, das nationale Wettbewerbsrecht im Bereich der Fusionskontrolle mit dem Unionsrecht zu harmonisieren, da die nationalen Bestimmungen im Wesentlichen auf der FKVO beruhen. § 12 c Abs 5 des dän WettbG führt nämlich ein Verbot des Vollzugs von Zusammenschlüssen ein, bevor sie angemeldet oder von den nationalen Behörden genehmigt wurden. Dieses Verbot ist mit dem in Art 7 Abs 1 FKVO aufgestellten Verbot im Wesentlichen identisch.

34. Zum anderen hat das Gericht bei seiner Würdigung der Besonderheiten der Rechtssache und insb der Gesetzesmaterialien die Auffassung vertreten, dass das dän Recht ua im Licht der Rsp des EuGH auszulegen sei.

35. Unter diesen Umständen ist der EuGH für die Beantwortung der Fragen zuständig.

[Allgemeines zur Fusionskontrolle]

37. Für die Beantwortung der ersten drei Fragen ist darauf hinzuweisen, dass Art 7 Abs 1 FKVO nur vorsieht, dass ein Zusammenschluss weder vor der Anmeldung noch so lange vollzogen werden darf, bis er für vereinbar mit dem Gemeinsamen Markt erklärt worden ist.

38. Er gibt somit keinen Hinweis auf die Voraussetzungen, unter denen ein Zusammenschluss „als vollzogen gilt“, und die FKVO bestimmt insb nicht näher, ob der Vollzug eines Zusammenschlusses nach dem Abschluss eines Vorgangs eintreten kann, der die Kontrolle über das Zielunternehmen nicht verändert.

39. Allein der Wortlaut von Art 7 der FKVO bestimmt die Reichweite des darin aufgestellten Verbots nicht näher.

40. In diesem Fall ist zur Auslegung sowohl auf die Zielsetzung als auch auf ihre Systematik abzustellen.⁷⁾

41. Zu den Zielsetzungen der FKVO ergibt sich ua aus ihrem 5. ErwGr, dass Umstrukturierungen von Unternehmen den Wettbewerb nicht dauerhaft schädigen dürfen. Das Unionsrecht muss deshalb für Zusammenschlüsse, die geeignet sind, den wirksamen Wettbewerb im Binnenmarkt oder in einem wesentlichen Teil davon erheblich zu beeinträchtigen, Vorschriften enthalten. Zu diesem Zweck muss die FKVO, wie in ihrem 6. ErwGr ausgeführt, eine wirksame Kontrolle sämtlicher Zusammenschlüsse im Hinblick auf ihre Auswirkungen auf die Wettbewerbsstruktur in der Union ermöglichen.⁸⁾ →

4) Statsanklageren for Særlig Økonomisk og International Kriminalitet.

5) Der Text der Fragen und der Entscheidungsgründe wurde gekürzt und zur besseren Lesbarkeit redaktionell vereinfacht, ohne den Sinn zu verändern. Judikaturzitate wurden weitgehend in die Fußnoten verschoben. Der Originaltext kann auf <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=202404&pageIndex=0&doclang=de&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=24679> (Stand Juni 2018) nachgelesen werden.

6) EuGH 14. 3. 2013, C-32/11, *Allianz Hungária Biztosító ua*, Rn 19 und die dort angeführte Rsp; ECLI:EU:C:2013:160.

7) EuGH C-248/16, *Austria Asphalt*, Rn 20 und die dort angeführte Rsp, ÖBl 2018/10, 35 (*Hoffer*); ECLI:EU:C:2017:643;.

8) EuGH C-248/16, *Austria Asphalt*, Rn 21.

42. Laut dem 34. ErwGr der FKVO sind die Unternehmen, um die Wirksamkeit der Kontrolle zu gewährleisten, verpflichtet, Zusammenschlüsse zuvor anzumelden, und der Vollzug eines Zusammenschlusses ist bis zur abschließenden Entscheidung der EK auszusetzen.

43. Zu diesem Zweck wird in Art 7 Abs 1 FKVO das Verbot des Vollzugs eines Zusammenschlusses auf Zusammenschlüsse iSd Art 3 FKVO beschränkt und damit ausgeschlossen, dass Vorgänge verboten werden, bei denen nicht davon auszugehen ist, dass sie zum Vollzug eines Zusammenschlusses beitragen.

44., 45. Folglich ist zur Festlegung der Reichweite von Art 7 der FKVO die Definition des Begriffs „Zusammenschluss“ in Art 3 heranzuziehen, wonach ein Zusammenschluss dadurch bewirkt wird, dass eine dauerhafte Veränderung der Kontrolle in der Weise stattfindet, dass zwei oder mehr bisher voneinander unabhängige Unternehmen oder Unternehmensteile fusionier[t werd]en oder dass eine oder mehrere Personen, die bereits mindestens ein Unternehmen kontrollieren, oder ein oder mehrere Unternehmen die unmittelbare oder mittelbare Kontrolle über die Gesamtheit oder über Teile eines oder mehrerer anderer Unternehmen erwerben, wobei sich die Kontrolle aus der (durch Rechte, Verträge oder andere Mittel begründeten) Möglichkeit ergibt, einen bestimmenden Einfluss auf die Tätigkeit eines Unternehmens auszuüben.

46. Der Zusammenschluss ist somit vollzogen, sobald die Beteiligten Handlungen vornehmen, die dazu beitragen, die Kontrolle über das Zielunternehmen dauerhaft zu verändern.

47. Daher liegt eine wirksame Kontrolle vor, wenn jeder teilweise Vollzug eines Zusammenschlusses zum Anwendungsbereich dieses Artikels gehört. Wäre es den Beteiligten nämlich verboten, einen Zusammenschluss mittels eines einzigen Vorgangs zu vollziehen, aber erlaubt, dasselbe Ergebnis mittels aufeinanderfolgender Teilvergänge zu erreichen, würde dies die praktische Wirksamkeit des Verbots nach Art 7 der FKVO verringern und so den Vorabcharakter der Kontrolle und die Verfolgung der Ziele der FKVO gefährden.

48. Diese Sichtweise liegt auch dem 20. ErwGr der FKVO zugrunde, wonach Erwerbsvorgänge, die eng miteinander verknüpft sind, weil sie durch eine Bedingung miteinander verbunden sind oder mit einer Reihe von Rechtsgeschäften mit Wertpapieren innerhalb eines gebührend kurzen Zeitraums stattfinden, als ein einziger Zusammenschluss behandelt werden sollten.

49. Jedoch fallen solche Vorgänge nicht unter Art 7 der FKVO, wenn sie, obwohl sie im Rahmen eines Zusammenschlusses erfolgen, nicht erforderlich sind, um die Kontrolle über eines der beteiligten Unternehmen zu verändern. Sie weisen nämlich, auch wenn sie den Zusammenschluss vorbereiten oder begleiten mögen, keinen unmittelbaren funktionellen Zusammenhang mit dem Vollzug des Zusammenschlusses auf, sodass sie grundsätzlich nicht die Wirksamkeit der Fusionskontrolle beeinträchtigen können.

50. Der Umstand, dass solche Vorgänge Auswirkungen auf den Markt haben können, reicht allein nicht aus. Zum einen gehört nämlich die Würdigung

der Auswirkungen eines Vorgangs auf den Markt zur materiell-rechtlichen Prüfung des Zusammenschlusses. Die in Art 7 der FKVO vorgesehene Stillhaltepflicht findet jedoch unabhängig davon Anwendung, ob der Zusammenschluss mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar ist, da ihr Sinn und Zweck gerade darin besteht, eine wirksame Kontrolle sämtlicher Zusammenschlüsse durch die EK zu gewährleisten.

51. Zum anderen ist nicht auszuschließen, dass ein Vorgang, der keine Auswirkungen auf den Markt hat, dennoch zu einer Veränderung der Kontrolle über das Zielunternehmen beitragen kann und daher den Zusammenschluss zumindest teilweise vollzieht.

52., 53. Somit ist Art 7 Abs 1 FKVO dahin auszuulegen, dass er den Beteiligten Handlungen verbietet, die die Kontrolle über eines der beteiligten Unternehmen dauerhaft verändern. Diese Auslegung von Art 7 steht auch mit der Systematik der FKVO im Einklang.

54. Auch wenn nach dem 6. ErwGr der FKVO die präventive Kontrolle auf Zusammenschlüsse anzuwenden ist, die Auswirkungen auf die Wettbewerbsstruktur haben, ergibt sich daraus nicht, dass **jedes** Verhalten, das keine solchen Auswirkungen hat, der Kontrolle entzogen ist.⁹⁾

55. Die FKVO gehört nämlich – ebenso wie insb die VO (EU) 1/2003¹⁰⁾ – zu einer Gesamtheit von Rechtsvorschriften, die der Umsetzung der Art 101 und 102 AEUV und der Errichtung eines Kontrollsystems dienen, das gewährleistet, dass der Wettbewerb im Binnenmarkt der Union nicht verfälscht wird.¹¹⁾

56. Nach Art 21 Abs 1 gilt die FKVO allein für Zusammenschlüsse im Sinne ihres Art 3, für die die VO (EU) 1/2003 grundsätzlich nicht gilt.¹²⁾

57. Die letztgenannte VO bleibt jedoch auf Verhaltensweisen von Unternehmen anwendbar, die zwar keinen Zusammenschluss iSd FKVO darstellen, aber gleichwohl zu einer gegen Art 101 AEUV verstoßenden Koordinierung zwischen ihnen führen können und deshalb der Kontrolle unterliegen.¹³⁾

58. Daher liefe eine Ausweitung des Anwendungsbereichs von Art 7 der FKVO auf Vorgänge, die nicht zum Vollzug eines Zusammenschlusses beitragen, nicht nur darauf hinaus, dass der Anwendungsbereich der FKVO unter Verstoß gegen ihren Art 1 ausgedehnt würde, sondern entsprechend auch auf eine Einengung des Anwendungsbereichs der VO (EU) 1/2003, die dann nicht mehr auf solche Vorgänge anwendbar wäre, auch wenn diese eine Koordinierung zwischen Unternehmen iSv Art 101 AEUV bewirken können.

59. In Anbetracht der vorstehenden Erwägungen ist Art 7 Abs 1 FKVO dahin auszulegen, dass ein Zusammenschluss nur durch einen Vorgang vollzogen wird, der ganz oder teilweise, tatsächlich oder rechtlich zu einer Veränderung der Kontrolle über das Zielunternehmen beiträgt.

9) EuGH C-248/16, *Austria Asphalt*, Rn 30.

10) VO zur Durchführung der Wettbewerbsregeln, ABI L 2003/1, 1.

11) EuGH C-248/16, *Austria Asphalt*, Rn 31.

12) EuGH C-248/16, *Austria Asphalt*, Rn 32.

13) EuGH C-248/16, *Austria Asphalt*, Rn 33.

[Zum konkreten Vorgang]

60. Die Kündigung des Kooperationsvertrags unter den im Ersuchen beschriebenen Umständen (deren Prüfung Sache des vorlegenden Gerichts ist) trägt als solche nicht zu einer dauerhaften Veränderung der Kontrolle über das Zielunternehmen bei, auch wenn sie durch eine Bedingung mit dem Zusammenschluss verbunden ist, diesen begleiten und vorbereiten kann und Auswirkungen auf den Markt gehabt haben mag.

61. Abgesehen davon, dass der Vorgang einen Beteiligten und einen Dritten (die KPMG International) betrifft, haben die EY-Gesellschaften durch diese Kündigung nämlich keine Möglichkeit zur Einflussnahme auf die KPMG-DK-Gesellschaften erhalten, die aus

wettbewerbsrechtlicher Sicht sowohl vor als auch nach der Kündigung unabhängig waren.

62. Nach alledem ist auf die ersten drei Fragen zu antworten, dass nach Art 7 Abs 1 FKVO ein Zusammenschluss nur durch einen Vorgang vollzogen wird, der ganz oder teilweise, tatsächlich oder rechtlich zu einer Veränderung der Kontrolle über das Zielunternehmen beiträgt. Es ist nicht davon auszugehen, dass die Kündigung eines Kooperationsvertrags (unter Umständen wie denen des Ausgangsverfahrens, die das vorlegende Gericht zu prüfen hat) zum Vollzug eines Zusammenschlusses führt; dies gilt unabhängig davon, ob die Kündigung Auswirkungen auf den Markt hatte.

63. Angesichts der Antwort auf die ersten drei Fragen ist die vierte Frage nicht zu beantworten.

Anmerkung:

Die vorliegende Entscheidung des EuGH kann durchaus als Meilenstein in der Betrachtung des zusammenschlussrechtlichen Durchführungsverbots gewertet werden. Die Vorgeschichte ist wie folgt: KPMG Dänemark wollte sich von der KPMG-Organisation lösen, um sich Ernst & Young Dänemark anzuschließen. Zumal sich die Parteien handelseins waren, kündigte KPMG Dänemark den Kooperationsvertrag mit der KPMG-Organisation – wobei dieser Kooperationsvertrag als das wesentliche Integrationsinstrumentarium der KPMG-Organisation zu verstehen ist. Die Kündigung des Kooperationsvertrags wurde zudem öffentlich bekanntgegeben, und zwar noch bevor der Zusammenschluss freigegeben wurde, der an sich ordnungsgemäß bei der dän Wettbewerbsbehörde angemeldet worden war. Der tatsächliche Wechsel in die Ernst & Young Organisation erfolgte aber erst nach der Freigabe.

Der Zusammenschluss selbst schien aus Sicht des dän Rechts unproblematisch und wurde freigegeben. Allerdings wurde gegen die Zusammenschlussparteien eine Geldbuße verhängt, weil die dän Wettbewerbsbehörde davon ausgegangen war, dass die Aufkündigung des Kooperationsvertrags und ihre Bekanntgabe gegen das Durchführungsverbot verstoßen.

Das Rechtsmittelgericht legte die Frage dem EuGH vor. Obwohl es sich dabei um rein innerstaatliches Zusammenschlussrecht handelte, erklärte sich der EuGH für zuständig, da das dän Zusammenschlussrecht der EU-Fusionskontrollverordnung (FKVO) nachempfunden ist und von den dän Gerichten regelmäßig im Lichte der EuGH-Rsp ausgelegt wird. Nach stRsp kann der EuGH auch Vorlagefragen zu nationalen Bestimmungen annehmen, die EU-Regelungen nachempfunden sind.

Das vorlegende Gericht nannte jene Kriterien, die in Anlehnung an die bisherige Entscheidungspraxis der EK für die Annahme eines Verstoßes und damit für die Auferlegung der Geldbuße herangezogen wurden – namentlich, dass solche Maßnahmen gegen das Durchführungsverbot verstoßen, die

- (i) den Zusammenschluss betreffen,
- (ii) irreversibel und
- (iii) marktbezogen sind.

GA *Wahl* hielt allerdings in seinen Schlussanträgen schon Erstaunliches fest.¹⁴⁾ Er führte aus, dass das Durchführungsverbot im Grunde überbewertet werde und sich sehr wohl die Frage stelle, ob es für die Zusammenschlusskontrolle überhaupt die ihm zugeordnete Bedeutung habe. Nach dieser Grundaussage ging er inhaltlich auf die drei Kriterien ein und widerlegte jedes Kriterium für sich, und zwar alleine aufgrund der diesem inhärenten Logik. Er hielt fest, dass es sowieso selbstverständlich sei, dass für die rechtliche Beurteilung nur solche Maßnahmen herangezogen werden können, die sich auf den Zusammenschluss bezögen, weil sonst das Durchführungsverbot gar nicht relevant sein könne. Die Frage der Irreversibilität beurteilte er nach der Systematik der FKVO, die eine Rückabwicklung von Durchführungsmaßnahmen vorsieht. Er meinte daher, dass die Irreversibilität für sich kein Kriterium sein könne, wenn die FKVO gleichzeitig die Rückabwicklung einer Maßnahme explizit vorsehe (eine Durchführungsmaßnahme daher nicht per se irreversibel sein müsse). Zuletzt meinte er, dass sich die Frage, ob etwas marktbezogen sei oder nicht, bereits mit der materiellen Beurteilung des Zusammenschlusses überkreuzen und daher präjudiziell für die Endentscheidung der EK nach der FKVO sein könnte. Dies sollte daher kein Thema für die Frage sein, ob das Durchführungsverbot verletzt worden sei. Vielmehr meinte GA *Wahl*, dass nur jene Maßnahmen als Verstoß gegen das Durchführungsverbot gelten können, die den Zusammenschluss an sich betreffen, namentlich Maßnahmen, die den Erwerb der Kontrolle über das Zielunternehmen herbeiführen.

Diesen Ausführungen folgt dann auch der EuGH vollinhaltlich und kommt somit zum Schluss, dass die Kündigung des Kooperationsvertrags nicht gegen das Durchführungsverbot verstoßen könne. Denn dadurch würde KPMG Dänemark seine Unabhängigkeit nicht verlieren, es sei dadurch (noch) nicht Teil der Ernst & Young Organisation geworden.

Der EuGH hielt weiter fest, dass nur jene Maßnahmen als Teil des Zusammenschlusses und damit als Verstoß gegen das Durchführungsverbot gelten könn-

14) SA v 18. 1. 2018, C-633/16, ECLI:EU:C:2018:23.



ten, die zu einer dauerhaften Veränderung der Kontrolle über die Zielgesellschaft führen würden. In dem konkreten Fall wäre das daher wohl die Umsetzung eines neuen Kooperationsvertrags mit der Ernst & Young Organisation in Dänemark gewesen.

Die Entscheidung des EuGH hat damit eine vollkommen neue Sichtweise auf das Durchführungsverbot eröffnet. Bisher fragte man sich oft, ob gewisse Vorbereitungsmaßnahmen für Zusammenschlüsse wie zB strategische Planung, interne Umstrukturierungen oder die Koordinierung und Abstimmung gewisser Maßnahmen betreffend Marketing, Vertrieb oder Arbeitnehmer für die Zeit nach der Freigabe uÄ bereits vom Durchführungsverbot erfasst sind. Das wird nun wohl großteils nicht mehr der Fall sein.

Andererseits hat der EuGH – wie er auch explizit festhält – damit auch Art 101 AEUV einen weiteren Anwendungsbereich gewährt. Denn sofern man bisher von der Annahme ausging, dass gewisse Maßnahmen dem Zusammenschluss immanent waren und daher auch unter das Durchführungsverbot fallen konnten, waren solche gem Art 21 Abs 1 FKVO von der Anwendung der VO (EU) 1/2003 und somit von Art 101 und Art 102 AEUV ausgenommen. Da diese Maßnahmen nicht mehr als Teil der Durchführung des Zusammenschlusses betrachtet werden, unterliegen sie (bei Erfüllen der sonstigen Voraussetzungen) Art 101 AEUV.

Dieser Paradigmenwechsel führt natürlich zu der interessanten Frage, ob sich die nationalen Wettbewerbsbehörden dieser Interpretation des EuGH für die Anwendung des nationalen Zusammenschlussesrechts entziehen können.¹⁵⁾ Wenn nämlich der Zusammen-

schlussbegriff auf europäischer Ebene in einer ganz speziellen Weise interpretiert wird, so bestimmt das eben auch den Anwendungsbereich des Art 101 AEUV. Daher könnte es problematisch sein, wenn die nationalen Rechte den Zusammenschlussbegriff und damit das Durchführungsverbot weiter interpretieren. Damit würden sie potentiell Maßnahmen, die nach Art 101 AEUV zulässig sind, verbieten. Es stellt sich daher die Frage, ob nicht auch hier der Anwendungsvorrang von Art 101 AEUV durchschlägt und daher die nationalen Regelungen der Zusammenschlusskontrolle entsprechend eng zu interpretieren sind.

Das EuGH-Urteil hätte damit über den konkreten Anwendungsfall des dan Rechts und der allgemeinen Anwendung für die FKVO hinaus auch eine sofortige Änderung der Interpretationspraxis der nationalen Zusammenschlussrechte der EU-MS zur Folge.

Zusammenfassend folgt aus dieser EuGH-Entscheidung eine massive Reduktion des Anwendungsbereichs des Durchführungsverbots gegenüber der bisherigen Praxis. Insb die Parteien von Zusammenschlüssen zwischen Wettbewerbern werden dafür aber zukünftig verstärkt auf Art 101 AEUV achten müssen. Zudem spricht vieles dafür, dass auch nationale Zusammenschlussrechte der EU-MS entsprechend neu zu interpretieren sein werden.

*Raoul Hoffer, Rechtsanwalt,
BINDER GRÖSSWANG Rechtsanwälte GmbH, Wien*

15) Diese Frage stellte sich auch schon für die Interpretation des nationalen Zusammenschlussbegriffs betreffend Gemeinschaftsunternehmen in der Folge von EuGH 7. 9. 2017, C-248/16, *Austria Asphalt* (s dazu ÖBL 2018/10).

