



## Sammlung der Rechtsprechung

URTEIL DES GERICHTSHOFS (Fünfte Kammer)

31. Mai 2018\*

„Vorlage zur Vorabentscheidung – Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen – Verordnung (EG) Nr. 139/2004 – Art. 7 Abs. 1 – Vollzug eines Zusammenschlusses vor der Anmeldung bei der Europäischen Kommission und vor der Erklärung der Vereinbarkeit mit dem Gemeinsamen Markt – Verbot – Reichweite – Begriff ‚Zusammenschluss‘ – Kündigung eines Kooperationsvertrags mit einem Dritten durch ein an dem Zusammenschluss beteiligtes Unternehmen“

In der Rechtssache C-633/16

betreffend ein Vorabentscheidungsersuchen nach Art. 267 AEUV, eingereicht vom Sø- og Handelsret (See- und Handelsgericht, Dänemark) mit Entscheidung vom 25. November 2016, beim Gerichtshof eingegangen am 7. Dezember 2016, in dem Verfahren

**Ernst & Young P/S**

gegen

**Konkurrencerådet**

erlässt

DER GERICHTSHOF (Fünfte Kammer)

unter Mitwirkung des Kammerpräsidenten J. L. da Cruz Vilaça, des Vizepräsidenten des Gerichtshofs A. Tizzano (Berichterstatter), des Richters A. Borg Barthet, der Richterin M. Berger und des Richters F. Biltgen,

Generalanwalt: N. Wahl,

Kanzler: C. Strömholm, Verwaltungsrätin,

aufgrund des schriftlichen Verfahrens und auf die mündliche Verhandlung vom 15. November 2017,

unter Berücksichtigung der Erklärungen

- der Ernst & Young P/S, vertreten durch G. Holtsø und J. Plum, advokater,
- der dänischen Regierung, vertreten durch C. Thorning als Bevollmächtigten im Beistand von J. Pinborg, advokat,
- der Europäischen Kommission, vertreten durch G. Conte und T. Vecchi als Bevollmächtigte im Beistand von H. Peytz, advokat,

\* Verfahrenssprache: Dänisch.

nach Anhörung der Schlussanträge des Generalanwalts in der Sitzung vom 18. Januar 2018

folgendes

### Urteil

- 1 Das Vorabentscheidungsersuchen betrifft die Auslegung von Art. 7 Abs. 1 der Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates vom 20. Januar 2004 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen („EG-Fusionskontrollverordnung“) (ABl. 2004, L 24, S. 1).
- 2 Es ergeht im Rahmen einer Klage der Ernst & Young P/S beim Sø- og Handelsretten (See- und Handelsgericht, Dänemark) auf Nichtigerklärung einer Entscheidung des Konkurrencerådet (Wettbewerbsrat, Dänemark). In dieser Entscheidung stellte der Konkurrencerådet (Wettbewerbsrat) fest, dass Ernst & Young, Ernst & Young Europe LLP, Ernst & Young Godkendt Revisionsaktieselskab, Ernst & Young Global Limited und EYGS LLP (im Folgenden zusammen: EY-Gesellschaften) auf der einen Seite und KPMG Statsautoriseret Revisionspartnerselskab, Komplementarselskabet af 1. Januar 2009 Statsautoriseret Revisionsaktieselskab und KPMG Ejendomme Flintholm K/S (im Folgenden zusammen: KPMG-DK-Gesellschaften) auf der anderen Seite gegen das Verbot aus § 12c Abs. 5 Konkurrencelov (dänisches Wettbewerbsgesetz), einen Zusammenschluss vor seiner Genehmigung durch den Wettbewerbsrat zu vollziehen (im Folgenden: Stillhaltepflicht), verstoßen hätten.

### Rechtlicher Rahmen

#### *Unionsrecht*

- 3 Die Erwägungsgründe 5, 6, 20 und 34 der Verordnung Nr. 139/2004 lauten:
  - „(5) [Es] ist zu gewährleisten, dass der Umstrukturierungsprozess nicht eine dauerhafte Schädigung des Wettbewerbs verursacht. Das Gemeinschaftsrecht muss deshalb Vorschriften für solche Zusammenschlüsse enthalten, die geeignet sind, wirksamen Wettbewerb im Gemeinsamen Markt oder in einem wesentlichen Teil desselben erheblich zu beeinträchtigen.
  - (6) Daher ist ein besonderes Rechtsinstrument erforderlich, das eine wirksame Kontrolle sämtlicher Zusammenschlüsse im Hinblick auf ihre Auswirkungen auf die Wettbewerbsstruktur in der Gemeinschaft ermöglicht und das zugleich das einzige auf derartige Zusammenschlüsse anwendbare Instrument ist. ...
- ...
  - (20) Der Begriff des Zusammenschlusses ist so zu definieren, dass er Vorgänge erfasst, die zu einer dauerhaften Veränderung der Kontrolle an den beteiligten Unternehmen und damit an der Marktstruktur führen. In den Anwendungsbereich dieser Verordnung sollten daher auch alle Gemeinschaftsunternehmen einbezogen werden, die auf Dauer alle Funktionen einer selbstständigen wirtschaftlichen Einheit erfüllen. Ferner sollten 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, als ein einziger Zusammenschluss behandelt werden.
- ...

(34) Um eine wirksame Überwachung zu gewährleisten, sind die Unternehmen zu verpflichten, Zusammenschlüsse von gemeinschaftswelter Bedeutung nach Vertragsabschluss, Veröffentlichung des Übernahmeangebots oder des Erwerbs einer die Kontrolle begründenden Beteiligung und vor ihrem Vollzug anzumelden. ... Der Vollzug eines Zusammenschlusses sollte bis zum Erlass der abschließenden Entscheidung der Kommission ausgesetzt werden. Auf Antrag der beteiligten Unternehmen sollte es jedoch gegebenenfalls möglich sein, hiervon abzuweichen. ...“

4 Art. 3 („Definition des Zusammenschlusses“) dieser Verordnung bestimmt in den Abs. 1 und 2:

„(1) Ein Zusammenschluss wird dadurch bewirkt, dass eine dauerhafte Veränderung der Kontrolle in der Weise stattfindet, dass

- a) zwei oder mehr bisher voneinander unabhängige Unternehmen oder Unternehmensteile fusionieren oder dass
- b) eine oder mehrere Personen, die bereits mindestens ein Unternehmen kontrollieren, oder ein oder mehrere Unternehmen durch den Erwerb von Anteilsrechten oder Vermögenswerten, durch Vertrag oder in sonstiger Weise die unmittelbare oder mittelbare Kontrolle über die Gesamtheit oder über Teile eines oder mehrerer anderer Unternehmen erwerben.

(2) Die Kontrolle wird 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, insbesondere durch:

- a) Eigentums- oder Nutzungsrechte an der Gesamtheit oder an Teilen des Vermögens des Unternehmens;
- b) Rechte oder Verträge, die einen bestimmenden Einfluss auf die Zusammensetzung, die Beratungen oder Beschlüsse der Organe des Unternehmens gewähren.“

5 Art. 4 („Vorherige Anmeldung von Zusammenschlüssen und Verweisung vor der Anmeldung auf Antrag der Anmelder“) der Verordnung Nr. 139/2004 bestimmt in Abs. 1 Unterabs. 1:

„Zusammenschlüsse von gemeinschaftswelter Bedeutung im Sinne dieser Verordnung sind nach Vertragsabschluss, Veröffentlichung des Übernahmeangebots oder Erwerb einer die Kontrolle begründenden Beteiligung und vor ihrem Vollzug bei der Kommission anzumelden.“

6 Art. 7 („Aufschub des Vollzugs von Zusammenschlüssen“) dieser Verordnung sieht in den Abs. 1 bis 3 vor:

„(1) Ein Zusammenschluss von gemeinschaftswelter Bedeutung im Sinne des Artikels 1 oder ein Zusammenschluss, der von der Kommission gemäß Artikel 4 Absatz 5 geprüft werden soll, darf weder vor der Anmeldung noch so lange vollzogen werden, bis er aufgrund einer Entscheidung gemäß Artikel 6 Absatz 1 Buchstabe b) oder Artikel 8 Absätze 1 oder 2 oder einer Vermutung gemäß Artikel 10 Absatz 6 für vereinbar mit dem Gemeinsamen Markt erklärt worden ist.

(2) Absatz 1 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, sofern

- a) der Zusammenschluss gemäß Artikel 4 unverzüglich bei der Kommission angemeldet wird und
- b) der Erwerber die mit den Anteilen verbundenen Stimmrechte nicht ausübt oder nur zur Erhaltung des vollen Wertes seiner Investition aufgrund einer von der Kommission nach Absatz 3 erteilten Freistellung ausübt.

(3) Die Kommission kann auf Antrag eine Freistellung von den in Absatz 1 oder Absatz 2 bezeichneten Pflichten erteilen. Der Antrag auf Freistellung muss mit Gründen versehen sein. Die Kommission beschließt über den Antrag unter besonderer Berücksichtigung der möglichen Auswirkungen des Aufschubs des Vollzugs auf ein oder mehrere an dem Zusammenschluss beteiligte Unternehmen oder auf Dritte sowie der möglichen Gefährdung des Wettbewerbs durch den Zusammenschluss. Die Freistellung kann mit Bedingungen und Auflagen verbunden werden, um die Voraussetzungen für einen wirksamen Wettbewerb zu sichern. Sie kann jederzeit, auch vor der Anmeldung oder nach Abschluss des Rechtsgeschäfts, beantragt und erteilt werden.“

- 7 In Art. 21 („Anwendung dieser Verordnung und Zuständigkeit“) Abs. 1 der Verordnung Nr. 139/2004 heißt es:

„Diese Verordnung gilt allein für Zusammenschlüsse im Sinne des Artikels 3; die Verordnungen (EG) Nr. 1/2003 [des Rates vom 16. Dezember 2002 zur Durchführung der in den Artikeln (101) und (102 AEUV) niedergelegten Wettbewerbsregeln (ABl. 2003, L 1, S. 1)], (EWG) Nr. 1017/68 ..., (EWG) Nr. 4056/86 ... und (EWG) Nr. 3975/87 ... des Rates gelten nicht, außer für Gemeinschaftsunternehmen, die keine gemeinschaftsweite Bedeutung haben und die Koordinierung des Wettbewerbsverhaltens unabhängig bleibender Unternehmen bezwecken oder bewirken.“

### ***Dänisches Recht***

- 8 § 12c des dänischen Wettbewerbsgesetzes bestimmt:

„(1) Die dänische Wettbewerbs- und Verbraucherbehörde entscheidet, ob ein Zusammenschluss genehmigt oder untersagt wird.

...

(5) Ein Zusammenschluss im Sinne dieses Gesetzes darf weder vor der Anmeldung noch so lange vollzogen werden, bis er von der dänischen Wettbewerbs- und Verbraucherbehörde nach Abs. 1 genehmigt worden ist.

...

(6) Die dänische Wettbewerbs- und Verbraucherbehörde kann eine Freistellung von den Bestimmungen in Abs. 5 erteilen und sie mit Bedingungen und Auflagen verbinden, um die Voraussetzungen für einen wirksamen Wettbewerb zu sichern.“

- 9 Der Begründung der Gesetzesänderung, durch die § 12c des dänischen Wettbewerbsgesetzes eingeführt wurde, ist zu entnehmen, dass die dänischen Regelungen zur Fusionskontrolle auf den Bestimmungen der Verordnung Nr. 139/2004 beruhen und hinsichtlich der Definition und der Reichweite sowohl des Begriffs des Zusammenschlusses als auch der Stillhaltepflicht im Einklang mit dieser Verordnung auszulegen sind.

## Ausgangsverfahren und Vorlagefragen

- 10 Die KPMG-DK-Gesellschaften schlossen am 18. November 2013 mit den EY-Gesellschaften einen Fusionsvertrag (im Folgenden: Fusionsvertrag).
- 11 Sowohl die KPMG-DK-Gesellschaften als auch die EY-Gesellschaften waren zu diesem Zeitpunkt Wirtschaftsprüfungsunternehmen, die in Dänemark Dienstleistungen auf den Gebieten der Wirtschaftsprüfung und des Rechnungswesens anboten.
- 12 Zum Zeitpunkt des Abschlusses des Fusionsvertrags waren die KPMG-DK-Gesellschaften Mitglieder eines internationalen Netzwerks von unabhängigen Wirtschaftsprüfungsunternehmen, der KPMG International Cooperative (im Folgenden: KPMG International). Da die KPMG-DK-Gesellschaften strukturell nicht zum Netzwerk der KPMG International gehörten, war am 15. Februar 2010 zwischen den KPMG-DK-Gesellschaften und der KPMG International ein Kooperationsvertrag (im Folgenden: Kooperationsvertrag) geschlossen worden. Dieser Vertrag gab den KPMG-DK-Gesellschaften das ausschließliche Recht, in Dänemark in das Netzwerk der KPMG International einbezogen zu sein und die Markenzeichen der KPMG International für Marketingzwecke in Dänemark zu benutzen.
- 13 Der Kooperationsvertrag enthielt darüber hinaus Bestimmungen über die Zuteilung von Kunden, die Verpflichtung, Dienstleistungen gegenüber Kunden aus anderen Staaten zu erbringen, und Bestimmungen über Jahresvergütungen für die Beteiligung an der Kooperation. Er sah zudem vor, dass die beteiligten Wirtschaftsprüfungsunternehmen untereinander keine Geschäftsvereinbarungen wie Partnerschaften oder Joint Ventures schließen durften. Er begründete auch eine freiwillige und integrierte Zusammenarbeit zwischen den beteiligten Wirtschaftsprüfungsunternehmen, in deren Rahmen die Unternehmen nach denselben Standards und Normen arbeiteten und sich gegenüber den Kunden als ein gemeinsames Netzwerk darstellten, auch wenn die einzelnen Beteiligten im Sinne des Wettbewerbsrechts eigenständige und unabhängige Unternehmen waren.
- 14 Der Fusionsvertrag verpflichtete die KPMG-DK-Gesellschaften, unmittelbar nach seiner Unterzeichnung anzukündigen, dass sie wegen eines Zusammenschlusses mit den EY-Gesellschaften spätestens ab dem 30. September 2014 aus der Kooperation mit der KPMG International ausschieden. Gemäß dem Kooperationsvertrag musste seine Kündigung durch eine Vertragspartei spätestens sechs Monate vor dem Ende des Rechnungsjahrs der KPMG International erklärt werden.
- 15 Zwischen den Parteien des Ausgangsverfahrens ist unstrittig, dass der Zusammenschluss keine gemeinschaftsweite Bedeutung im Sinne der Verordnung Nr. 139/2004 hatte, dass er einer Anmeldung bei den zuständigen dänischen Behörden bedurfte und sein Vollzug von diesen zuvor genehmigt werden musste.
- 16 Nachdem die KPMG-DK-Gesellschaften den Fusionsvertrag am 18. November 2013 unterzeichnet hatten, kündigten sie am selben Tag den Kooperationsvertrag mit Wirkung vom 30. September 2014. Die Kündigung des Kooperationsvertrags unterlag selbst nicht der Genehmigung durch die Wettbewerbsbehörden.
- 17 Der Abschluss des Fusionsvertrags wurde am 19. November 2013 öffentlich bekannt gemacht.
- 18 Am 20. November 2013 verkündete die KPMG International ihre Absicht, auf dem dänischen Markt zu bleiben. Sie gründete daher am 21. November 2013 ein neues Wirtschaftsprüfungsunternehmen in Dänemark, obwohl der Kooperationsvertrag noch in Kraft war.
- 19 Mehrere Kunden der KPMG-DK-Gesellschaften entschlossen sich zu einem Wechsel der Wirtschaftsprüfer und wechselten entweder zur KPMG International oder zu anderen Wirtschaftsprüfungsunternehmen.



- 20 Die KPMG-DK-Gesellschaften und die EY-Gesellschaften leiteten unmittelbar nach der Bekanntgabe des Fusionsvertrags das Voranmeldeverfahren ein. Erste Sondierungsgespräche mit den dänischen Behörden fanden am 21. November 2013 statt.
- 21 Der Zusammenschluss wurde am 13. Dezember 2013 bei der Konkurrence- og Forbrugerstyrelse (Wettbewerbs- und Verbraucherbehörde, Dänemark) angemeldet und durch Entscheidung des Wettbewerbsrats vom 28. Mai 2014 vorbehaltlich einiger von den Beteiligten einzuhaltender Verpflichtungen genehmigt. Nach dieser Genehmigung vereinbarten die KPMG-DK-Gesellschaften und die KPMG International, ihre Kooperation mit Wirkung vom 30. Juni 2014 zu beenden.
- 22 Mit Entscheidung vom 17. Dezember 2014 (im Folgenden: angefochtene Entscheidung) stellte der Wettbewerbsrat fest, dass die KPMG-DK-Gesellschaften gegen das im dänischen Wettbewerbsgesetz festgelegte Verbot, einen Zusammenschluss zu vollziehen, bevor der Wettbewerbsrat den Zusammenschluss genehmigt habe, verstoßen hätten, indem sie den Kooperationsvertrag mit der KPMG International im Einklang mit dem Fusionsvertrag am 18. November 2013 gekündigt hätten, bevor der Wettbewerbsrat die Genehmigung erteilt habe.
- 23 Der Wettbewerbsrat stützt die angefochtene Entscheidung auf eine Gesamtbeurteilung der tatsächlichen Umstände, wonach die Kündigung des Kooperationsvertrags u. a. mit dem Zusammenschluss in einem engen Zusammenhang stehe, unumkehrbar sei und sich in dem Zeitraum zwischen der Kündigung und der Genehmigung des Zusammenschlusses auf den Markt habe auswirken können. Insbesondere sei kein Nachweis dafür erforderlich, dass die Kündigung zu den Auswirkungen auf den Markt geführt habe. Es genüge, dass sie Auswirkungen hätte haben können.
- 24 Ernst & Young erhob am 1. Juni 2015 beim Sø- og Handelsretten (See- und Handelsgericht) eine Klage auf Nichtigerklärung der angefochtenen Entscheidung. Sie wendet sich insbesondere gegen die Auffassung des Wettbewerbsrats zur Reichweite der Verbots, einen Zusammenschluss zu vollziehen, bevor der Wettbewerbsrat diesen Zusammenschluss genehmigt hat, und gegen die Grundlagen der angefochtenen Entscheidung und bestreitet die Auswirkungen auf den Markt, die die Kündigung des Kooperationsvertrags gehabt haben soll.
- 25 Ernst & Young trägt außerdem vor, dass die Entscheidung des Ausgangsrechtsstreits für die Frage einer etwaigen strafrechtlichen Sanktion von Bedeutung sei, da die dänische Wettbewerbs- und Verbraucherbehörde den Fall am 11. Juni 2015 an den Statsanklageren for Særlig Økonomisk og International Kriminalitet (Staatsanwaltschaft für schwerwiegende wirtschaftliche und internationale Straftaten, Dänemark) zur strafrechtlichen Prüfung der Verhaltensweisen der EY-Gesellschaften überwiesen habe.
- 26 Das vorliegende Gericht führt aus, dass die dänischen Fusionskontrollbestimmungen auf der Verordnung Nr. 139/2004 beruhen und sich der Wettbewerbsrat in der angefochtenen Entscheidung im Wesentlichen auf die Entscheidungspraxis der Kommission und die Rechtsprechung der Unionsgerichte berufen habe. Die Auslegung von Art. 7 Abs. 1 der Verordnung Nr. 139/2004 werfe daher Fragen auf.
- 27 Unter diesen Umständen hat das Sø- og Handelsret (See- und Handelsgericht) beschlossen, das Verfahren auszusetzen und dem Gerichtshof folgende Fragen zur Vorabentscheidung vorzulegen:
1. Nach welchen Kriterien ist zu beurteilen, ob Verhaltensweisen oder Handlungen eines Unternehmens dem Verbot des Art. 7 Abs. 1 der Verordnung Nr. 139/2004 (Verbot des Vollzugs vor der Genehmigung) unterliegen, und erfordert eine Vollzugshandlung im Sinne von Art. 7 Abs. 1, dass die Handlung ganz oder teilweise, tatsächlich oder rechtlich ein Bestandteil des Kontrollwechsels oder der Zusammenführung der fortlaufenden Geschäftstätigkeiten der beteiligten Unternehmen ist, wodurch – sofern die quantitativen Schwellenwerte erreicht werden – die Verpflichtung zur Anmeldung ausgelöst wird?

2. Kann die Kündigung eines Kooperationsvertrags wie des hier vorliegenden, die unter den in der Vorlageentscheidung beschriebenen Umständen erklärt wird, eine Vollzugshandlung darstellen, die dem Verbot des Art. 7 Abs. 1 der Verordnung Nr. 139/2004 unterliegt, und anhand welcher Kriterien ist dies dann zu bestimmen?
3. Spielt es für die Antwort auf die Frage 2 eine Rolle, ob die Kündigung tatsächlich wettbewerbsrechtlich relevante Auswirkungen auf den Markt hatte?
4. Für den Fall, dass die Frage 3 zu bejahen ist: 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?

### **Zur Zuständigkeit des Gerichtshofs**

- 28 Die Kommission äußert Zweifel hinsichtlich der Zuständigkeit des Gerichtshofs für die Entscheidung über das vorliegende Vorabentscheidungsersuchen. Das Unionsrecht sei im Ausgangsrechtsstreit nicht anwendbar und das anwendbare Gesetz verweise nicht auf das Unionsrecht. Nur in den Gesetzesmaterialien sei erwähnt, dass das Gesetz im Licht der Verordnung Nr. 139/2004 und der Rechtsprechung des Gerichts der Europäischen Union und des Gerichtshofs auszulegen sei.
- 29 Insoweit ist darauf hinzuweisen, dass der Gerichtshof nach Art. 267 AEUV im Wege der Vorabentscheidung über die Auslegung der Verträge und der Handlungen der Organe der Europäischen Union entscheidet. Im Rahmen der durch diesen Artikel geschaffenen Zusammenarbeit zwischen dem Gerichtshof und den nationalen Gerichten ist es allein Sache des nationalen Gerichts, im Hinblick auf die Besonderheiten der einzelnen Rechtssache sowohl die Erforderlichkeit einer Vorabentscheidung zum Erlass seines Urteils als auch die Erheblichkeit der dem Gerichtshof von ihm vorgelegten Fragen zu beurteilen. Folglich ist der Gerichtshof grundsätzlich zu einer Entscheidung verpflichtet, wenn die von den nationalen Gerichten vorgelegten Fragen die Auslegung einer Bestimmung des Unionsrechts betreffen (Urteil vom 14. März 2013, Allianz Hungária Biztosító u. a., C-32/11, EU:C:2013:160, Rn. 19 und die dort angeführte Rechtsprechung).
- 30 In Anwendung dieser Rechtsprechung hat der Gerichtshof wiederholt seine Zuständigkeit für die Entscheidung über Vorabentscheidungsersuchen bejaht, die Vorschriften des Unionsrechts in Fällen betrafen, in denen der Sachverhalt des Ausgangsverfahrens nicht in den unmittelbaren Geltungsbereich des Unionsrechts fiel, aber die genannten Vorschriften durch das nationale Recht, das sich zur Regelung rein innerstaatlicher Sachverhalte nach den im Unionsrecht getroffenen Regelungen richtete, für anwendbar erklärt worden waren. In solchen Fällen besteht nämlich ein klares Interesse der Union 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 (Urteil vom 14. März 2013, Allianz Hungária Biztosító u. a., C-32/11, EU:C:2013:160, Rn. 20 und die dort angeführte Rechtsprechung).
- 31 Zum vorliegenden Vorabentscheidungsersuchen ist darauf hinzuweisen, dass das dänische Wettbewerbsgesetz im Gegensatz zum italienischen Wettbewerbsgesetz, um das es in der Rechtssache ging, in der das Urteil vom 11. Dezember 2007, ETI u. a. (C-280/06, EU:C:2007:775, Rn. 23 und 24), ergangen ist, nicht direkt auf die Bestimmungen des Unionsrechts verweist, um deren Auslegung ersucht wird.
- 32 Ebenso werden im dänischen Wettbewerbsgesetz im Gegensatz zum ungarischen Wettbewerbsgesetz, um das es in der Rechtssache ging, in der das Urteil vom 14. März 2013, Allianz Hungária Biztosító u. a. (C-32/11, EU:C:2013:160, Rn. 21), ergangen ist, die entsprechenden Bestimmungen der Verordnung Nr. 139/2004 nicht wortgleich wiedergegeben.

- 33 Aus den dem Gerichtshof vorgelegten Akten ergibt sich jedoch zum einen, dass den Gesetzesmaterialien zum dänischen Wettbewerbsgesetz zufolge der dänische Gesetzgeber die Absicht hatte, das nationale Wettbewerbsrecht im Bereich der Fusionskontrolle mit dem Unionsrecht zu harmonisieren, da die nationalen Bestimmungen im Wesentlichen auf der Verordnung Nr. 139/2004 beruhen. § 12c Abs. 5 des dänischen Wettbewerbsgesetzes führt nämlich ein Verbot des Vollzugs von Zusammenschlüssen ein, bevor sie nicht angemeldet oder von den nationalen Behörden genehmigt wurden. Dieses Verbot ist mit dem in Art. 7 Abs. 1 der Verordnung Nr. 139/2004 aufgestellten Verbot im Wesentlichen identisch.
- 34 Zum anderen hat das vorlegende Gericht bei seiner Würdigung der Besonderheiten der bei ihm anhängigen Rechtssache und insbesondere der Gesetzesmaterialien zum anwendbaren nationalen Gesetz, das er auszulegen hat, die Auffassung vertreten, dass das dänische Recht u. a. im Licht der Rechtsprechung des Gerichtshofs auszulegen sei.
- 35 Unter diesen Umständen ist der Gerichtshof für die Beantwortung der vom vorlegenden Gericht gestellten Fragen zuständig.

### **Zu den ersten drei Fragen**

- 36 Mit seinen ersten drei Fragen, die zusammen zu prüfen sind, möchte das vorlegende Gericht wissen, ob Art. 7 Abs. 1 der Verordnung Nr. 139/2004 dahin auszulegen ist, 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. Insbesondere möchte es wissen, ob die Kündigung eines Kooperationsvertrags unter Umständen wie denen des Ausgangsverfahrens zum Vollzug eines Zusammenschlusses führt und ob insoweit die Frage erheblich ist, ob eine solche Kündigung Auswirkungen auf den Markt hatte.
- 37 Für die Beantwortung dieser Fragen ist darauf hinzuweisen, dass Art. 7 Abs. 1 der Verordnung Nr. 139/2004 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 bestimmt insbesondere nicht näher, ob der Vollzug eines Zusammenschlusses nach Abschluss eines Vorgangs eintreten kann, der nicht zu einer Veränderung der Kontrolle über das Zielunternehmen beiträgt.
- 39 Es ist daher festzustellen, dass sich allein anhand des Wortlauts von Art. 7 der Verordnung Nr. 139/2004 die Reichweite des darin aufgestellten Verbots nicht näher bestimmen lässt.
- 40 Ermöglicht die Auslegung des Wortlauts einer Bestimmung des Unionsrechts nicht die Beurteilung ihrer genauen Bedeutung, ist bei der Auslegung der betreffenden Regelung sowohl auf ihre Zielsetzung als auch auf ihre Systematik abzustellen (Urteil vom 7. September 2017, Austria Asphalt, C-248/16, EU:C:2017:643, Rn. 20 und die dort angeführte Rechtsprechung).
- 41 Zu den Zielsetzungen der Verordnung Nr. 139/2004 ergibt sich u. a. aus ihrem fünften Erwägungsgrund, dass mit ihr gewährleistet werden soll, dass Umstrukturierungen von Unternehmen keine dauerhafte Schädigung des Wettbewerbs verursachen. Das Unionsrecht muss deshalb für Zusammenschlüsse, die geeignet sind, wirksamen Wettbewerb im Binnenmarkt oder in einem wesentlichen Teil desselben erheblich zu beeinträchtigen, Vorschriften enthalten. Zu diesem Zweck muss die Verordnung, wie in ihrem sechsten Erwägungsgrund ausgeführt, eine wirksame Kontrolle sämtlicher Zusammenschlüsse im Hinblick auf ihre Auswirkungen auf die Wettbewerbsstruktur in der Union ermöglichen (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 7. September 2017, Austria Asphalt, C-248/16, EU:C:2017:643, Rn. 21).



- 42 Wie sich aus dem 34. Erwägungsgrund der Verordnung Nr. 139/2004 ergibt, sind die Unternehmen, um die Wirksamkeit der Kontrolle zu gewährleisten, verpflichtet, Zusammenschlüsse zuvor anzumelden, und ist der Vollzug eines Zusammenschlusses bis zum Erlass der abschließenden Entscheidung der Kommission auszusetzen.
- 43 Zu diesem Zweck wird in Art. 7 Abs. 1 dieser Verordnung das darin aufgestellte Verbot des Vollzugs eines Zusammenschlusses auf Zusammenschlüsse im Sinne des Art. 3 der Verordnung beschränkt und damit ausgeschlossen, dass Vorgänge verboten werden, bei denen nicht davon auszugehen ist, dass sie zum Vollzug eines Zusammenschlusses beitragen.
- 44 Folglich ist zur Festlegung der Reichweite von Art. 7 der Verordnung Nr. 139/2004 die Definition des Begriffs „Zusammenschluss“ in Art. 3 heranzuziehen.
- 45 Nach dem Wortlaut dieser Bestimmung wird ein Zusammenschluss dadurch bewirkt, dass eine dauerhafte Veränderung der Kontrolle in der Weise stattfindet, dass zwei oder mehr bisher voneinander unabhängige Unternehmen oder Unternehmensteile fusionieren 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 Vollzug eines Zusammenschlusses im Sinne von Art. 7 der Verordnung Nr. 139/2004 tritt somit ein, sobald die an einem Zusammenschluss Beteiligten Handlungen vornehmen, die zu einer dauerhaften Veränderung der Kontrolle über das Zielunternehmen beitragen.
- 47 Daher wird das Erfordernis einer wirksamen Kontrolle von Zusammenschlüssen erfüllt, wenn jeder teilweise Vollzug eines Zusammenschlusses zum Anwendungsbereich dieses Artikels gehört. Wäre es den an einem Zusammenschluss Beteiligten nämlich verboten, einen Zusammenschluss mittels eines einzigen Vorgangs zu vollziehen, aber erlaubt, dasselbe Ergebnis mittels aufeinanderfolgender Teilvorgänge zu erreichen, würde dies die praktische Wirksamkeit des in Art. 7 der Verordnung Nr. 139/2004 aufgestellten Verbots verringern und so den in dieser Verordnung vorgesehenen Vorabcharakter der Kontrolle und die Verfolgung der Ziele der Verordnung gefährden.
- 48 Diese Sichtweise liegt auch dem 20. Erwägungsgrund der Verordnung Nr. 139/2004 zugrunde, wonach 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, als ein einziger Zusammenschluss behandelt werden sollten.
- 49 Jedoch fallen solche Vorgänge nicht unter Art. 7 der Verordnung Nr. 139/2004, wenn sie, obwohl sie im Rahmen eines Zusammenschlusses erfolgen, nicht erforderlich sind, um eine Veränderung der Kontrolle über eines der am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen herbeizuführen. Sie weisen nämlich, auch wenn sie den Zusammenschluss vorbereiten oder begleiten mögen, keinen unmittelbaren funktionellen Zusammenhang mit dem Vollzug des Zusammenschlusses auf, so dass 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, um eine andere Auslegung von Art. 7 zu rechtfertigen. Zum einen gehört nämlich die Würdigung der Auswirkungen eines Vorgangs auf den Markt zur materiell-rechtlichen Prüfung des Zusammenschlusses. Die in Art. 7 der Verordnung Nr. 139/2004 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 Kommission 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 Somit ist Art. 7 Abs. 1 der Verordnung Nr. 139/2004 im Hinblick auf die mit der Richtlinie verfolgten Ziele dahin auszulegen, dass er den am Zusammenschluss Beteiligten verbietet, Handlungen vorzunehmen, die zu einer dauerhaften Veränderung der Kontrolle über eines der am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen führt.
- 53 Diese Auslegung von Art. 7 steht auch mit der Systematik der Verordnung Nr. 139/2004 im Einklang.
- 54 Zwar findet die mit der Verordnung Nr. 139/2004 eingeführte präventive Kontrolle von Zusammenschlüssen nach ihrem sechsten Erwägungsgrund Anwendung auf Zusammenschlüsse, die Auswirkungen auf die Wettbewerbsstruktur in der Union haben, doch ergibt sich daraus keineswegs, dass jedes Verhalten von Unternehmen, das keine solchen Auswirkungen hat, der Kontrolle durch die Kommission oder die für Wettbewerbsfragen zuständigen nationalen Behörden entzogen ist (Urteil vom 7. September 2017, Austria Asphalt, C-248/16, EU:C:2017:643, Rn. 30).
- 55 Die Verordnung Nr. 139/2004 gehört nämlich – ebenso wie insbesondere die Verordnung Nr. 1/2003 – zu einer Gesamtheit von Rechtsvorschriften, die zur Umsetzung der Art. 101 und 102 AEUV und zur Errichtung eines Kontrollsystems dienen, das gewährleistet, dass der Wettbewerb im Binnenmarkt der Union nicht verfälscht wird (Urteil vom 7. September 2017, Austria Asphalt, C-248/16, EU:C:2017:643, Rn. 31).
- 56 Wie sich aus Art. 21 Abs. 1 der Verordnung Nr. 139/2004 ergibt, gilt sie allein für Zusammenschlüsse im Sinne ihres Art. 3, für die die Verordnung Nr. 1/2003 grundsätzlich nicht gilt (Urteil vom 7. September 2017, Austria Asphalt, C-248/16, EU:C:2017:643, Rn. 32).
- 57 Die letztgenannte Verordnung bleibt jedoch auf Verhaltensweisen von Unternehmen anwendbar, die zwar keinen Zusammenschluss im Sinne der Verordnung Nr. 139/2004 darstellen, aber gleichwohl zu einer gegen Art. 101 AEUV verstoßenden Koordinierung zwischen ihnen führen können und aus diesem Grund der Kontrolle durch die Kommission oder die nationalen Wettbewerbsbehörden unterliegen (Urteil vom 7. September 2017, Austria Asphalt, C-248/16, EU:C:2017:643, Rn. 33).
- 58 Daher ließe, wie der Generalanwalt in Nr. 68 seiner Schlussanträge ausgeführt hat, eine Ausweitung des Anwendungsbereichs von Art. 7 der Verordnung Nr. 139/2004 auf Vorgänge, die nicht zum Vollzug eines Zusammenschlusses beitragen, nicht nur darauf hinaus, dass der Anwendungsbereich dieser Verordnung unter Verstoß gegen ihren Art. 1 ausgedehnt würde, sondern entsprechend auch auf eine Einengung des Anwendungsbereichs der Verordnung Nr. 1/2003, die dann nicht mehr auf solche Vorgänge anwendbar wäre, auch wenn diese eine Koordinierung zwischen Unternehmen im Sinne von Art. 101 AEUV bewirken können.
- 59 In Anbetracht der vorstehenden Erwägungen ist Art. 7 Abs. 1 der Verordnung Nr. 139/2004 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.
- 60 Zu der Frage, ob die Kündigung eines Kooperationsvertrags unter Umständen wie denen des Ausgangsverfahrens zum Vollzug eines Zusammenschlusses führen kann, ist festzustellen, dass eine solche Kündigung unter den im Vorabentscheidungsersuchen beschriebenen Umständen, deren Prüfung Sache des vorlegenden Gerichts ist, auch wenn sie durch eine Bedingung mit dem fraglichen Zusammenschluss verbunden ist und diesen begleiten und vorbereiten kann, trotz der Auswirkungen, die sie auf den Markt gehabt haben mag, als solche nicht zu einer dauerhaften Veränderung der Kontrolle über das Zielunternehmen beiträgt.

- 61 Abgesehen davon, dass es sich um einen Vorgang handelt, der einen am Zusammenschluss Beteiligten und einen Dritten, die KPMG International, betrifft, haben die EY-Gesellschaften durch diese Kündigung nämlich keinerlei Möglichkeit zur Einflussnahme auf die KPMG-DK-Gesellschaften erhalten, die, wie sich aus den Rn. 12 und 13 des vorliegenden Urteils ergibt, aus wettbewerbsrechtlicher Sicht sowohl vor als auch nach der Kündigung unabhängig waren.
- 62 Nach alledem ist auf die ersten drei Fragen zu antworten, dass Art. 7 Abs. 1 der Verordnung Nr. 139/2004 dahin auszulegen ist, 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. Es ist nicht davon auszugehen, dass die Kündigung eines Kooperationsvertrags unter Umständen wie denen des Ausgangsverfahrens, die zu prüfen Sache des vorliegenden Gerichts ist, zum Vollzug eines Zusammenschlusses führt; dies gilt unabhängig davon, ob die Kündigung Auswirkungen auf den Markt hatte.

#### **Zur vierten Frage**

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

#### **Kosten**

- 64 Für die Parteien des Ausgangsverfahrens ist das Verfahren ein Zwischenstreit in dem bei dem vorlegenden Gericht anhängigen Rechtsstreit; die Kostenentscheidung ist daher Sache dieses Gerichts. Die Auslagen anderer Beteiligter für die Abgabe von Erklärungen vor dem Gerichtshof sind nicht erstattungsfähig.

Aus diesen Gründen hat der Gerichtshof (Fünfte Kammer) für Recht erkannt:

**Art. 7 Abs. 1 der Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates vom 20. Januar 2004 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen („EG-Fusionskontrollverordnung“) ist 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. Es ist nicht davon auszugehen, dass die Kündigung eines Kooperationsvertrags unter Umständen wie denen des Ausgangsverfahrens, die zu prüfen Sache des vorlegenden Gerichts ist, zum Vollzug eines Zusammenschlusses führt; dies gilt unabhängig davon, ob die Kündigung Auswirkungen auf den Markt hatte.**

Unterschriften