

Leitfaden Pränotifikationsverfahren der BWB (Entwurf):

Stellungnahme der Studienvereinigung Kartellrecht vom 3. Februar 2023

Die Studienvereinigung Kartellrecht („**Studienvereinigung**“) bedankt sich bei der BWB dafür, eine Stellungnahme zum Entwurf „Leitfaden Pränotifikationsverfahren“ („**Entwurf**“) abgeben zu dürfen.

Für die Verfassung der vorliegenden Stellungnahme haben wir eine Arbeitsgruppe unter der Leitung von Axel Reidlinger gebildet, der insb folgende AutorInnen angehörten: Jochen Anweiler, Christine Dietz, Gerhard Fußenegger, Isabella Hartung, Michael Mayr und William Redl. Ferner waren beteiligt: Martin Eckel, Judith Feldner, Felix Frommelt, Evelin Hlina, Bernhard Kofler-Senoner, Dieter Thalhammer, Volker Weiss und Anna Wolf-Posch.

Zum Anlass und Zweck des Leitfadens

- (1) Wir verstehen die ergänzenden telefonischen Erläuterungen dahingehend, dass die BWB mit dem Leitfaden keine Änderung der bisherigen bewährten Praxis anstrebt, sondern vielmehr diese im Leitfaden vor allem für jene Betroffenen zusammenfasst, die bisher mit dem Instrument nicht vertraut waren oder dieses nicht in der richtigen Weise genutzt haben. Es soll auch weiter keine indirekte Pflicht für die Anmelder zur Durchführung eines Pränotifikationsverfahrens bestehen. Auch der Hinweis „*Das Pränotifikationsverfahren erfolgt idR schriftlich.*“ bedeutet nicht, dass nicht vorab auch telefonisch Anfragen zu bestimmten Einzelfragen möglich sind.
- (2) Folgende Punkte sollten nach Ansicht der Studienvereinigung schon in der Einleitung des Leitfadens (also vor dem Punkt „Zweckmäßigkeit“) erwähnt werden:
 - Abgrenzung zur Konsultation betr Anmeldepflicht (diese findet sich derzeit nur weiter hinten im Entwurf auf Seite 2 bzw in FN 9);
 - Rolle des Bundeskartellanwalts (idealerweise sollte die BWB den Leitfaden auch mit ihm vorab abstimmen, um dessen Nutzen für die Unternehmen noch zu erhöhen).

Zu den einzelnen Kapiteln des Entwurfs dürfen wir folgende Anregungen geben:

Zweckmäßigkeit eines Pränotifikationsverfahrens

- (3) Die BWB führt in ihren Ausführungen zur Zweckmäßigkeit eines Pränotifikationsverfahrens verschiedene Fälle an, in denen sie ein „*Pränotifikationsverfahren regelmäßig als zweckmäßig erachtet*“. Nach Ansicht der Studienvereinigung trifft diese „regelmäßige Zweckmäßigkeit“ nur auf einen Teil der angeführten Fälle zu, bei anderen Fällen ist diese Formulierung hingegen zu

weitreichend: Die Zweckmäßigkeit kann sich in diesen anderen Fällen, wenn, nur im Zusammenhang mit weiteren, besonderen Umständen begründen.

- (4) Dieser – nach Ansicht der Studienvereinigung gebotenen – Differenzierung folgend, wird im Folgenden zur Zweckmäßigkeit zwischen jenen Fällen, in denen die BWB ein Pränotifikationsverfahren „regelmäßig als zweckmäßig erachtet“ und – ergänzend – Beispielen für solche Fälle unterschieden, in denen sich nach den Umständen des Einzelfalls ein solches Verfahren als zielführend erweisen kann:
- (5) Nach Ansicht der Studienvereinigung können Pränotifikationsverfahren aus Sicht der beteiligten Unternehmen **regelmäßig** zweckmäßig sein, wenn
- der Zusammenschluss zur **Entstehung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung** als Anbieter oder Nachfrager iSd § 4 Abs 1 oder 1a KartG führt (bzw wenn eine Entstehung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung vorab nicht ausgeschlossen werden kann) oder
 - der Zusammenschluss in Bezug auf die **Vermutung der Marktbeherrschung** nach § 4 Abs 2 oder 2a KartG zu einem gemeinsamen Marktanteil von (weit) mehr 30% führt (vgl § 4 Abs 2 Z 1 KartG). Auch bei dem Vorliegen der anderen Tatbestände einer vermuteten Marktbeherrschung¹ kann es im Einzelfall zielführend sein, ein Pränotifikationsverfahren zu initiieren.²
- (6) Nach Ansicht der Studienvereinigung können Pränotifikationsverfahren hingegen nur **unter besonderen Umständen** des Einzelfalls zweckmäßig sein, wenn zB jeweils aus Sicht der beteiligten Unternehmen
- nicht ausgeschlossen werden kann
 - dass der Zusammenschluss **Äußerungen von Unternehmen** (zB Wettbewerber, Kunden, Unternehmensvereinigungen), dessen rechtliche oder wirtschaftliche Interessen durch den Zusammenschluss berührt werden iSd § 10 Abs 4 KartG bzw **Bedenken** von Verbraucherschutzverbänden nach sich ziehen wird,
 - dass der Zusammenschluss geeignet ist, im Hinblick auf veröffentlichte Ergebnisse oder Empfehlungen einer **Branchenuntersuchung** oder sonstige veröffentlichte aktuelle thematische **Schwerpunktsetzungen der BWB** Wettbewerbsbedenken hervorzu-rufen,
 - eine „**vertiefte Prüfung**“ angezeigt oder aus sonstigen Gründen wahrscheinlich sein wird (weil die gesetzlich vorgesehenen vier bzw sechs Wochen gemäß § 11 Abs 1 und Abs 1a KartG voraussichtlich nicht ausreichend sind, um der BWB eine abschließende Prüfung

¹ Vgl § 4 Abs 2 Z 2, 3 und Abs 2a Z 1, 2 KartG.

² Kriterien für die Zweckmäßigkeit sind hier neben der Höhe der Marktanteile der beteiligten Unternehmen insbesondere, inwiefern auch nach Durchführung des Zusammenschlusses ausreichender Wettbewerb gewährleistet werden kann und eine ausreichende Anzahl an Wettbewerbern am Markt verbleiben.

des Zusammenschlusses zu ermöglichen, zB auf Grund der Komplexität des Zusammenschlusses),

- von der **Marktabgrenzung** im Vergleich zur bisherigen etablierten Fallpraxis in Österreich oder der EU abzuweichen ist; in Ausnahmefällen kann auch fehlende Entscheidungspraxis in Bezug auf die Abgrenzung des relevanten Marktes oder der Widerspruch zu Marktstudien oder sonstigen (öffentlich verfügbarer oder unternehmensinterner) Quellen eine Zweckmäßigkeit begründen, insbesondere im Zusammenhang mit weiteren besonderen Umständen des Einzelfalls;
- ein **sonstiger betroffener Markt** gemäß Abschnitt 5 des Formblattes C für Zusammenschlussanmeldungen vorliegt und weitere Umstände (wie zB die oben genannten) hinzukommen;³
- **weitere besondere Umstände** vorliegen, die die Zweckmäßigkeit in der gebotenen Einzelfallbewertung begründen.⁴

Ziele des Pränotifikationsverfahrens

- (7) Die Studienvereinigung teilt die Meinung der BWB, dass das Pränotifikationsverfahren auch dazu dient, komplexe Sachverhalte und mögliche Wettbewerbsbedenken auf effiziente Weise mit den Amtsparteien vor der Einreichung der Zusammenschlussanmeldung zu erörtern. Eine aus Anmeldersicht sinnvolle Ergänzung wäre, dass die Pränotifikation nicht nur die Chance eröffnet, etwaige Wettbewerbsbedenken zu erörtern, sondern auch die Möglichkeit bietet, etwaige Bedenken mit den Amtsparteien gemeinsam bereits im Vorfeld der Anmeldung auszuräumen, sodass eine Freigabe des Zusammenschlussvorhabens in Phase I erreicht werden kann. Verwiesen wird in diesem Zusammenhang auf den Tätigkeitsbericht 2020 der BWB, in dem die BWB diesen Ansatz entsprechend zusammenfasst: *„Gelingt es in dieser frühen Phase, die wettbewerblichen Fragen abzugrenzen und zwischen BWB und Anmeldern eine Einigung über wirksame Abhilfen (Beschränkungen oder Auflagen) zu erzielen, kann ein aufwendiges und kostenintensives Verfahren vor dem Kartellgericht vermieden werden.“*⁵ Nach Ansicht der Studienvereinigung ist dieses Ziel – Vermeidung einer langwierigen „Phase II-Prüfung“ – oft

³ Das Vorliegen „sonstiger betroffener Märkte“ gemäß Abschnitt 5 des Formblattes erfüllt nach Ansicht der Studienvereinigung für sich alleine – entgegen dem Entwurf des Leitfadens – nicht die Voraussetzungen der Zweckmäßigkeit eines Pränotifikationsverfahrens.

⁴ Eine abschließende Aufzählung von Beispielen erscheint aus Sicht der Studienvereinigung nicht möglich (erfahrungsgemäß gab es zB auch Pränotifikationsverfahren bei „Sanierungsfusionen“ oder „öffentlichen Übernahmeangeboten“). Zu überlegen wäre, in diesem Zusammenhang in den Leitfaden den Hinweis aufzunehmen, dass sich Unternehmen zur Frage der Zweckmäßigkeit der Pränotifikation mit der BWB (informell) abstimmen können.

⁵ BWB-Tätigkeitsbericht 2020, S 44.

dafür ausschlaggebend, dass sich Anmelder für die Durchführung eines Pränotifikationsverfahrens entscheiden.

- (8) Zudem kann die Pränotifikation dazu genutzt werden, die BWB nicht nur bei der Vorbereitung von Marktbefragungen zu unterstützen, sondern sie in die Lage zu versetzen, diese bereits im Pränotifikationsverfahren durchführen zu können, sofern die BWB dies für sinnvoll erachtet und die beteiligten Unternehmen sich mit dieser Verfahrensweise durch Abgabe von Waivern einverstanden erklären.
- (9) Die Studienvereinigung regt daher die folgenden Änderungen an:
- Ergänzung des ersten bullet points zur Klarstellung: "*Erörterung (komplexer) Sachverhalte und möglicher Wettbewerbsbedenken außerhalb der Verfahrensfristen, insbesondere um sodann nach förmlicher Anmeldung innerhalb der Frist des § 11 Abs 1 bzw 1a KartG eine möglichst vollständige Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens zu ermöglichen;*"
 - Ergänzung des dritten bullet points: "*Vorbereitung von Marktbefragungen durch die BWB; dies betrifft die Erstellung eines Fragebogens durch die BWB und die durch die Parteien aufbereiteten Kontaktdaten der zu Befragenden; gegebenenfalls bereits Durchführung einer Marktbefragung, sofern die beteiligten Unternehmen der BWB "Waiver of Confidentiality" erteilen, die es ihr ermöglichen, Kunden, Wettbewerber und/oder Lieferanten bereits im Rahmen des Pränotifikationsverfahrens zu befragen*".

Einleitung eines Pränotifikationsverfahrens

- (10) Im Hinblick auf eine mögliche Verweisung eines Zusammenschlussvorhabens von oder nach Brüssel kann eine Einbindung der BWB bei Pränotifikationsverfahren auf EU-Ebene nicht nur dann sinnvoll sein, wenn die beteiligten Parteien eine Verweisung für zweckmäßig erachten, sondern auch dann, wenn die Parteien mit einer Verweisung lediglich rechnen (unabhängig davon, ob sie eine Verweisung für zweckmäßig erachten). Die im Entwurf genannten Bestimmungen der FKVO sollten außerdem, da sie alternativ sind, mit „oder“ verknüpft werden.
- (11) Gleichzeitig sollte klargestellt werden, dass eine Einbindung der BWB bei Pränotifikationsverfahren auf EU-Ebene – sei es bei Zusammenschlussvorhaben im Medienbereich oder im Zusammenhang mit einer möglichen Verweisung – „regelmäßig“ zweckmäßig ist. Mit dieser Klarstellung soll zum Ausdruck gebracht werden, dass die Zweckmäßigkeit einer frühzeitigen Einbindung der BWB von den beteiligten Parteien nach den Umständen des Einzelfalls zu beurteilen ist, ohne nahelegen, dass in diesen Fällen eine frühzeitige Einbindung der BWB jedenfalls erforderlich wäre.
- (12) Der letzte Absatz des Abschnitts „Einleitung eines Pränotifikationsverfahrens“ könnte daher wie folgt ergänzt werden:

„Bei Zusammenschlussvorhaben im Medienbereich, die sowohl den Anwendungsbereich der FKVO als auch des österreichischen Fusionskontrollregimes eröffnen, ist es regelmäßig

zweckmäßig, die BWB auch bei Pränotifikationsverfahren auf EU-Ebene frühzeitig einzubinden. Dasselbe gilt für Fälle, in denen die Parteien eine Verweisung gemäß Art 4 FKVO bzw Art 9 FKVO oder Art 22 FKVO für zweckmäßig erachten oder mit einer Verweisung nach einer dieser Bestimmungen rechnen.

Voraussetzungen

- (13) Mit dem Begriff „Parteien“ im ersten Satz dieses Abschnitts sind wohl die Vertragsparteien gemeint, während an anderen Stellen die „am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen“ als „Parteien“ bezeichnet werden (siehe dazu auch unsere Anmerkungen zum Abschnitt „Selbstverpflichtungen und Auflagen“). Im Sinne einer klaren und einheitlichen Terminologie schlagen wir vor, hier den Begriff „Vertragsparteien“ zu verwenden. Hingegen sollte im letzten bullet point sowie im letzten Satz dieses Abschnitts unseres Erachtens „Parteien“ durch „am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen“ ersetzt werden.
- (14) Als eine der notwendigen Voraussetzungen für die Einleitung eines Pränotifikationsverfahrens wird die *„Übermittlung eines vollständigen Entwurfs der Zusammenschlussanmeldung“* angeführt. Da das Pränotifikationsverfahren insbesondere dazu dienen soll, Umfang und Inhalt der Anmeldung zu erörtern und damit insbesondere abzustecken, in welcher Tiefe Marktinformationen aus Sicht der BWB für deren umfassende Beurteilung im konkreten Fall erforderlich sind, erscheint uns die derzeitige Formulierung im Entwurf etwas zu weitreichend bzw nicht für alle Fälle passend. So kann es etwa vorkommen, dass zunächst nur einzelne Aspekte mit der BWB abgestimmt werden sollen, etwa die Marktabgrenzung (vgl oben Rn 6), bevor der Anmeldeentwurf ausgearbeitet werden kann. In solchen Fällen könnte auch ein „Briefing Paper“ ausreichen. Klar ist natürlich, dass es nicht Sinn und Zweck eines Pränotifikationsverfahrens sein kann, die BWB mit hypothetischen Anfragen zu geplanten Transaktionen zu befassen, wie dies auch in der Fußnote 11 des Entwurfs ausgeführt wird. Eine leichte Abschwächung der bestehenden Formulierung sollte unseres Erachtens aber in Kombination mit der genannten Fußnote die Notwendigkeit eines bereits fortgeschrittenen Vorbereitungsstadiums für eine Pränotifikation ausreichend klarstellen: *„Übermittlung eines fortgeschrittenen Entwurfs der Zusammenschlussanmeldung“*.
- (15) Die *„Übermittlung eines „Waiver of confidentiality“ für alle Wettbewerbsbehörden, bei denen eine Anmeldung des Zusammenschlusses erfolgt oder geplant ist“* ist unseres Erachtens im Stadium einer Pränotifikation mit der BWB verfrüht, weil die Anmeldungen in verschiedenen Ländern oftmals nicht gleichzeitig vorbereitet bzw fertiggestellt werden und daher die entsprechenden Behörden gerade im Voranmeldestadium zu unterschiedlichen Zeitpunkten mit dem geplanten Vorhaben befasst werden. Ebenso kann es vorkommen, dass Pränotifikationsgespräche nicht in allen Ländern geführt werden, in denen der Zusammenschluss letztlich angemeldet wird. Da der Waiver zu einem späteren Zeitpunkt ohnedies erteilt wird und damit der BWB die Möglichkeit eines Austauschs mit anderen zuständigen Behörden offensteht, schlagen wir vor, den Waiver als generelle Voraussetzung für eine Pränotifikation zu streichen.

Wenn die BWB aufgrund der Umstände in einem konkreten Fall um einen entsprechenden Waiver bereits in der Pränotifikationsphase bittet, dann werden sich die am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen dem wohl nicht verwehren.

- (16) Der letzte Satz enthält eine Verpflichtung für die am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen, sich an die von der BWB gesetzten Fristen zu halten. Die Nichteinhaltung von Fristen wird im Abschnitt „Beendigung des Pränotifikationsverfahrens“ auch als einer der Fälle für eine vorzeitige Beendigung genannt (siehe dazu auch Rn 19ff unserer Stellungnahme). Eine möglichst zügige Durchführung des Pränotifikationsverfahrens auch bzw insbesondere im Interesse der Zusammenschlussparteien ist wohlverstanden. Da es aber unterschiedliche Gründe dafür geben kann, weshalb eine Frist nicht eingehalten werden kann und eine derart generelle Verpflichtung daher schwer einzugehen ist, schlagen wir vor, diese Formulierung etwas abzuschwächen: *„Mit der Anfrage einer Pränotifikation verpflichten sich die am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen, von der BWB gesetzte Fristen möglichst einzuhalten. Sofern Fristen nicht eingehalten werden können, verpflichten sich die beteiligten Unternehmen, rechtzeitig und unter Darlegung der hierfür vorliegenden Gründe um eine Fristverlängerung zu bitten.“*

Selbstverpflichtungen und Auflagen

- (17) Der Begriff „Parteien“ im zweiten Satz könnte die Frage aufwerfen, ob damit die Vertragsparteien gemeint sind (zB Verkäufer und Erwerber) oder die (Verfahrens-)Parteien des – vor Einreichung der Anmeldung noch gar nicht initiierten – Zusammenschlusskontrollverfahrens. Wir regen an, den Terminus „Parteien“ hier durch „am Zusammenschluss beteiligte Unternehmen“ zu ersetzen. Gleiches gilt auch für weitere Stellen im Entwurf, wo ebenfalls der Begriff „Parteien“ verwendet wird, so zB im Absatz betreffend die Beendigung des Pränotifikationsverfahrens. An anderen Stellen im Entwurf hingegen sind mit „Parteien“ wohl die Vertragsparteien gemeint, so zB im ersten Satz unter der Überschrift „Voraussetzungen“. Eine genauere begriffliche Differenzierung wäre für weniger versierte Leser des Leitfadens vermutlich hilfreich.
- (18) Betreffend die im zweiten Satz verwendete Formulierung *„konkrete Vorschläge, welche [...] aus Sicht der BWB geeignet sind, wettbewerbliche Bedenken auszuräumen“* würden wir vorschlagen, sie zu ersetzen durch eine der beiden folgenden Formulierungen:
- a. *„konkrete Vorschläge, welche [...] aus Sicht der am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen geeignet sind, wettbewerbliche Bedenken auszuräumen“* oder
 - b. *„konkrete Vorschläge, welche [...] aus Sicht der BWB geeignet sein könnten, wettbewerbliche Bedenken auszuräumen“*.

Beendigung des Pränotifikationsverfahrens

- (19) Hinsichtlich der Beendigung des Pränotifikationsverfahrens würden wir den Entwurf dahingehend verstehen, dass das Pränotifikationsverfahren sowohl seitens der BWB als auch seitens der beteiligten Unternehmen jederzeit einseitig beendet werden kann.
- (20) Im dritten bullet point wird als einer von mehreren Gründen für eine vorzeitige Beendigung seitens der BWB der Fall genannt, dass von der BWB gesetzte Fristen von den Parteien nicht eingehalten werden. Dies scheint in Verbindung mit dem Einleitungssatz, laut dem die BWB in diesen Fällen „in der Regel“ von einer Fortführung des Pränotifikationsverfahrens Abstand nehmen wird, etwas zu streng formuliert. Wir schlagen vor, diesen Punkt zu entschärfen, zB wie folgt: *„von der BWB gesetzte Fristen werden von den beteiligten Unternehmen nicht eingehalten, ohne dass sie der BWB zuvor berechnigte Gründe dafür mitgeteilt und um eine Fristverlängerung ersucht hätten“*.
- (21) Eine ähnliche Entschärfung würden wir für den vierten bullet point wie folgt vorschlagen: *„für die BWB relevante Unterlagen werden nicht oder nicht vollständig übermittelt, obwohl die beteiligten Unternehmen faktisch und rechtlich in der Lage wären, diese an die BWB zu übermitteln“*.

Bindungswirkung und Geheimnisschutz

- (22) Wir erlauben uns in diesem Zusammenhang die Anfrage, ob allenfalls für besonders gelagerte Einzelfälle (zB Erwerb eines börsennotierten Unternehmens) die Möglichkeit eines erweiterten Geheimnisschutzes durch die Vergabe von Code-Namen bestünde, ähnlich wie dies von der Europäischen Kommission bei hochgradig marktsensiblen Transaktionen gehandhabt wird. Diesfalls könnte im Leitfaden darauf hingewiesen werden.

Bundeskartellanwalt

- (23) Siehe oben (Rn 2): Der Bundeskartellanwalt sollte bereits in der Einleitung (also vor dem Punkt „Zweckmäßigkeit“) erstmals erwähnt werden.