

## Die 9. GWB-Novelle im Überblick

Bei der gerade verabschiedeten 9. Novelle des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen ("GWB") handelt es sich um eine der umfangreichsten Anpassungen des deutschen Kartellrechts. Die Fusionskontrolle wird auf Übernahmen kleiner Unternehmen mit erheblichem Marktpotential ausgedehnt. Lücken bei der Bußgeldhaftung werden geschlossen. Auch wird die europäische Schadensersatzrichtlinie in deutsches Recht umgesetzt. Der vorliegende Newsletter gibt einen Überblick über die wesentlichen Änderungen, die im April oder Mai 2017 in Kraft treten werden.

### Fusionskontrolle

#### Transaktionsschwellenwert

In die Fusionskontrolle wird ein zusätzlicher Aufgreifbestand integriert. Künftig unterliegen Zusammenschlüsse auch dann der Anmeldepflicht, wenn der gesamte Transaktionswert mehr als EUR 400 Mio. beträgt, der weltweite Umsatz aller Beteiligten EUR 500 Mio. überschreitet und eines der beteiligten Unternehmen in Deutschland einen Umsatz von mehr als EUR 25 Mio. generiert. Anders als der bereits im bisherigen GWB enthaltene Aufgreifbestand (der parallel bestehen bleibt), erfasst die neue Regelung ausdrücklich die Fälle, in denen etwa das Zielunternehmen die zweite Inlandsumsatzschwelle von EUR 5 Mio. nicht überschreitet. Ausreichend ist eine "erhebliche Inlandstätigkeit".

Trotz einiger Beispiele in der Gesetzesbegründung dürfte die Auslegung des neuen Aufgreifbestandes in der Praxis auf Schwierigkeiten stoßen. Die

## Overview of the 9<sup>th</sup> ARC-Amendment

The 9<sup>th</sup> amendment to the German Competition Act ("ARC") recently passed constitutes one of the most comprehensive amendments to German competition law. Merger control will be extended to cover takeovers of small undertakings with significant market potential. Gaps in liability for fines will be filled. In addition, the European Damages Directive will be implemented into German law. This newsletter provides an overview of the essential changes, which will come into force in April or May 2017.

### Merger Control

#### Transaction Size Threshold

A new additional threshold will be introduced into merger control. Going forward, transactions will also be subject to a notification requirement when the total transaction value is more than EUR 400m, the combined worldwide turnover of all undertakings concerned exceeds EUR 500m and one of the undertakings concerned achieves a turnover of more than EUR 25m in Germany. In contrast to the turnover thresholds already contained in the current ARC (which will be maintained in parallel), the new regulation will expressly apply to cases in which the target company does not exceed the second domestic turnover threshold of EUR 5m. A "significant domestic activity" suffices.

Despite several examples in the explanatory memorandum, the interpretation of the new threshold is likely to encounter difficulties in practice. The

Anzahl der vorsorglichen Anmeldungen dürfte daher steigen.

### Kriterien zur Bewertung von Märkten

Ein Markt soll künftig auch bei unentgeltlichen Leistungsbeziehungen angenommen werden können. Dies hat etwa Bedeutung für die Bewertung von zwei- oder mehrseitigen Märkten, wie z. B. Hotelbuchungsportalen oder Online-Immobilienplattformen, bei denen Angebote teils ohne Entgelt genutzt werden können. Für deren Bewertung sollen zudem auch Kriterien, wie Netzwerkeffekte, Zugang zu relevanten Daten oder Innovationspotential, berücksichtigt werden.

### Ausweitung der Bußgeldhaftung

Nach bisheriger Rechtslage konnten sich Bußgeldadressaten unter bestimmten Umständen durch eine Umstrukturierung der Bußgeldverantwortlichkeit entziehen. Die hier vom Gesetzgeber identifizierten Lücken werden geschlossen. Zudem sollen Geldbußen auch gegen lenkende Muttergesellschaften der Kartellanten einfacher verhängt werden können, auch wenn sie am Kartellrechtsverstoß selbst nicht beteiligt waren.

### Schadensersatzrichtlinie

Die Umsetzung der europäischen Schadensersatzrichtlinie führt zu umfangreichen Ergänzungen des GWB, die im Wesentlichen die zivilrechtliche Durchsetzung von Schadensersatzansprüchen bei Kartellverstößen vereinfachen sollen, auch durch die Berücksichtigung von Behördenentscheidungen.

Es wird nunmehr (widerleglich) vermutet, dass durch ein Kartell ein Schaden entstanden ist. Für die Schadenshöhe bleibt es dagegen bei der Beweislast der Kläger sowie der Anwendung der Grundsätze der Schadensschätzung.

Zugunsten mittelbarer Abnehmer wird vermutet, dass der Preisaufschlag des Kartells auf sie abgewälzt wurde. Folgerichtig kann der Kartellant gegenüber unmittelbaren Abnehmern den Einwand der Schadensabwälzung geltend machen ("*passing-on defence*"). Die bislang geltende Verjährungsfrist für

number of preventive notifications is hence likely to increase.

### Criteria for Evaluation of Markets

The existence of a market will henceforth also be assumed in respect of gratuitous services. This is particularly significant with regard to the evaluation of bi- or multi-lateral markets, such as hotel booking portals or online property platforms whose offers may partially be used free of charge. In the context of their evaluation, criteria such as network effects, access to relevant data, or innovation potential will also be taken into account.

### Expansion of the Liability for Fines

According to the current legal landscape, entities subject to a fine could under certain circumstances escape their liability for a fine by way of a restructuring. These gaps identified by the legislator will be closed. Furthermore, it will be possible to more easily impose a fine on the steering parent company of the cartel member, even when the parent company did not itself participate in the competition law infringement.

### Damages Directive

The implementation of the European Damages Directive leads to comprehensive additions to the ARC, which will essentially simplify the private enforcement of damage claims for cartel offences, also by taking into account the decisions of competent authorities.

There is now a (rebuttable) presumption that the cartel caused damages. However, with regard to the amount of damages, the burden of proof will remain with the claimant and the existing principles for the estimation of damages continue to be applicable.

Furthermore, there is a presumption in favour of indirect customers that a surcharge has been passed on to them. Correspondingly, the cartel member may rely on the passing-on defence vis-à-vis its direct customers. The period of limitation currently in place for damage claims will be extended

Schadensersatzforderungen wird von drei auf fünf Jahre verlängert und der Zugang zu Beweismitteln erleichtert.

Die als Kronzeugen auftretenden Kartellanten werden gleich mehrfach privilegiert. Zum einen sind sie grundsätzlich nur zum Schadensersatz an ihre unmittelbaren und mittelbaren Abnehmer/Lieferanten verpflichtet, während für andere Kartellanten grundsätzlich Gesamtschuld angenommen werden soll. Zum anderen trifft sie auch im Innenverhältnis nur eine beschränkte Ausgleichspflicht gegenüber den anderen Schädigern. Kronzeugenerklärungen gegenüber Kartellbehörden sowie entsprechende Vergleichsausführungen müssen ferner als Beweismittel nicht herausgegeben werden.

### Ministererlaubnis

Auch das Ministererlaubnisverfahren wird angepasst. Neben der bisher schon geltenden Sollfrist von vier Monaten für eine Entscheidung ist nun vorgesehen, dass nach Ablauf von sechs Monaten ohne Verfügung der Antrag als abgelehnt gilt. Neue Leitlinien des BMWi sollen das Verfahren transparenter gestalten.

### Sonstiges

Die Novelle führt zu weiteren Anpassungen etwa im Bereich Presse, beim Angebot unter Einstandspreis oder dem sog. Anzapfverbot. Zudem erhält das Bundeskartellamt im Bereich Verbraucherschutz (begrenzte) Kompetenzen.

### Ausblick

Es zeigt sich bereits jetzt, dass die intensiven Diskussionen, die die Entwicklung der 9. GWB-Novelle begleitet haben, auch mit Inkrafttreten nicht verstummen werden. In vielen Fällen wird die Rechtsprechung für Klarheit sorgen müssen. Deshalb und weil die effektive Durchsetzung des Kartellrechts auch auf der Agenda in Brüssel bleibt, kann Bedarf für eine erneute Novellierung auch nach Inkrafttreten der hier vorgestellten Reformen nicht ausgeschlossen werden.

from three to five years and access to evidence will be eased.

Those cartel members participating in a leniency programme will be privileged in several respects. First, they are only liable for damages vis-à-vis their direct and indirect customers/suppliers while other cartel members are in principle jointly and severally liable. Second, their duty to internally compensate the other infringers is also limited. Moreover, leniency and corresponding settlement submissions do not need to be disclosed as evidence.

### Ministerial Authorisation

The procedure concerning ministerial merger control authorisation will also be revised. Besides the current target deadline of four months, it will also be provided that request will be deemed rejected upon the expiration of six months without order. New guidelines issued by the Federal Ministry for Economic Affairs and Energy will make the procedure more transparent.

### Miscellaneous

The amendment will lead to further revisions, for instance in the fields of press, predatory pricing, or the abuse of a dominant position with regard to the demand side. Moreover, the Federal Cartel Office will have (limited) authority in the area of consumer protection.

### Outlook

It is already clear now that the intensive discussions that have accompanied the development of the 9th amendment to the ARC will not fall silent upon its coming into force. In many cases jurisprudence will have to create clarity. For this reason and because the effective enforcement of competition law will remain on the agenda in Brussels, the need for another amendment after the reforms presented here take effect cannot be excluded.

## Ihre Ansprechpartner / Your Contacts



**Dr. Joachim Schütze**  
Partner

T: +49 211 4355 5547  
E: joachim.schuetze  
@cliffordchance.com



**Marc Besen**  
Partner

T: +49 175 7290356  
E: marc.besen  
@cliffordchance.com



**Albrecht von Graevenitz**  
Counsel

T: +49 69 7199 1525  
E: albrecht.graevenitz  
@cliffordchance.com



**Dr. Dimitri Slobodenjuk**  
Senior Associate

T: +49 211 4355 5315  
E: dimitri.slobodenjuk  
@cliffordchance.com



**Dr. Florian Wiesner**  
Senior Associate

T: +49 211 4355 5316  
E: florian.wiesner  
@cliffordchance.com

Diese Publikation dient der allgemeinen Information und ersetzt nicht die Beratung im Einzelfall. Wenn Sie Fragen haben oder weitere Informationen wünschen, wenden Sie sich bitte an die Autoren oder Ihren üblichen Ansprechpartner bei Clifford Chance.

[www.cliffordchance.com](http://www.cliffordchance.com)

Clifford Chance, Königsallee 59, 40215 Düsseldorf  
© Clifford Chance 2017

Clifford Chance Deutschland LLP ist eine Limited Liability Partnership mit Sitz in 10 Upper Bank Street, London E14 5JJ, registriert in England und Wales unter OC393460. Die Gesellschaft ist mit einer Zweigniederlassung im Partnerschaftsregister des Amtsgerichts Frankfurt am Main unter PR 2189 eingetragen.

Die nach § 5 TMG und §§ 2, 3 DL-InfoV vorgeschriebenen Informationen finden Sie unter: [www.cliffordchance.com/deuregulatory](http://www.cliffordchance.com/deuregulatory)

Abu Dhabi • Amsterdam • Bangkok • Barcelona • Beijing • Brussels • Bucharest • Casablanca • Dubai • Düsseldorf • Frankfurt • Hong Kong • Istanbul • Jakarta\* • London • Luxembourg • Madrid • Milan • Moscow • Munich • New York • Paris • Perth • Prague • Rome • São Paulo • Seoul • Shanghai • Singapore • Sydney • Tokyo • Warsaw • Washington, D.C.

\*Linda Widyati & Partners in association with Clifford Chance.

Clifford Chance has a best friends relationship with Redcliffe Partners in Ukraine.

Clifford Chance has a co-operation agreement with Abuhimed Alsheikh Alhagbani Law Firm in Riyadh.