

22. Januar 2021

Umfangreiches Update für das deutsche Kartellrecht: Höhere Umsatzschwellen für die Fusionskontrolle und strengere Regeln für die digitale Wirtschaft

Fast ein Jahr nach der Vorstellung des Referentenentwurfs ist die 10. GWB-Novelle am 19. Januar in Kraft getreten.

Kernanliegen der Novelle ist eine verschärfte Missbrauchsaufsicht über marktmächtige Unternehmen der digitalen Wirtschaft. Für die Unternehmenspraxis besonders relevant dürfte eine erst letzte Woche ergänzte, signifikante Anhebung der Umsatzschwellen der Fusionskontrolle sein, die zu deutlich weniger anmeldepflichtigen Transaktionen führen wird.

Weitere wesentliche Änderungen: Wettbewerber erhalten einen Anspruch auf eine Entscheidung des Bundeskartellamts zu beabsichtigten Kooperationen. Das Bundeskartellamt erhält weitere Ermittlungsbefugnisse, die bei vielen Unternehmen eine Überarbeitung ihrer „Dawn Raid Guidelines“ erfordern werden. Angemessene und wirksame Compliance-Maßnahmen können zukünftig bei der Festsetzung eines Bußgelds durch das Bundeskartellamt bußgeldmindernd berücksichtigt werden.

22 January 2021

German Competition Law Gets Major Update: Higher Merger Control Thresholds and Tighter Rules for the Digital Economy

Almost one year after the publication of a first ministerial draft, the 10th amendment to the German Act against Restraints of Competition has entered into force on 19 January.

At the core of the amendment are new tools to address a misuse of market power by companies of the digital economy. Particularly relevant for most companies, however, are significantly higher merger control thresholds which will reduce the number of transactions subject to notification requirements. This part of the amendment has only been introduced last week.

Further relevant changes: Competitors may request the Bundeskartellamt to assess intended co-operations. The Bundeskartellamt receives further investigatory powers which will require many companies to revise their ‘dawn raid guidelines.’ Appropriate and effective compliance programs may help to reduce antitrust fines in the future.

EXECUTIVE SUMMARY

- **Fusionskontrolle:** Signifikante Erhöhung der Umsatzschwellen
- **Missbrauchsaufsicht:** Verschärfte Regeln für Digitalunternehmen
- **Verfahrensrecht:**
 - Anspruch auf Beurteilung beabsichtigter horizontaler Kooperationen
 - Erweiterte Ermittlungsbefugnisse u. a. bei Durchsuchungen
- **Bußgeldrecht:** Kodifizierung der Bußgeldzumessungskriterien, u. a. bußgeldmindernde Berücksichtigung von Compliance-Vorkehrungen
- **Kartellschadenersatz:** Widerlegliche Vermutung der Kartellbetroffenheit von Rechtsgeschäften mit Kartellanten
- **Merger control:** Significantly higher turnover thresholds
- **Abuse of Dominance:** Tighter rules for the digital economy
- **Procedure:**
 - Companies may obtain guidance on intended horizontal co-operations
 - Wider investigatory powers, e.g., when conducting dawn raids
- **Fines:** Codification of the criteria for the setting of fines; possibility of credits for compliance programs
- **Private actions for damages:** Rebuttable presumption that transactions with cartel member are affected by the cartel

Wir haben nachfolgend im Detail die wichtigsten Änderungen zusammengefasst.

We have summarised below in more detail the most important changes.

1. Fusionskontrolle

Inlandsumsatzschwellen: Die beiden Inlandsumsatzschwellen (§ 35 Abs. 1 Nr. 2 GWB) werden angehoben:

- Von EUR 25 Mio. auf EUR 50 Mio. und
- von EUR 5 Mio. auf EUR 17,5 Mio.

Von nun an ist eine Anmeldung nur erforderlich, wenn ein beteiligtes Unternehmen einen Inlandsumsatz von mehr als EUR 50 Mio. und ein weiteres einen Inlandsumsatz von mindestens EUR 17,5 Mio. erzielt hat. Nach wie vor ist zudem ein weltweiter Umsatz aller beteiligten Unternehmen von insgesamt mindestens EUR 500 Mio. erforderlich. Die In-

1. Merger Control

Domestic turnover thresholds: The two domestic turnover thresholds have been increased:

- From EUR 25m to EUR 50m and
- from EUR 5m to EUR 17.5m.

From now on, a filing will only be required if one undertaking concerned has a domestic turnover of at least EUR 50m and another of at least EUR 17.5m. The additional threshold requiring a combined worldwide turnover of at least EUR 500m of all undertakings concerned remains unchanged. The domestic turnover thresholds relevant for the transaction value threshold will be increased likewise.

landsumsatzschwellen der Transaktionswert-schwelle (§ 35 Abs. 1a Nr. 2 GWB) werden genauso angehoben.

Durch die höheren Schwellen werden deutlich weniger anmeldepflichtige Transaktionen als bisher erwartet. Allerdings ist damit zu rechnen, dass kritische Fälle in Zukunft intensiver geprüft werden. In einer Pressemitteilung hat das Bundeskartellamt angekündigt, frei werdende Ressourcen entsprechend zu nutzen.

Fristen: Die Fristen des Prüfverfahrens (Phase 1 und 2) werden von vier auf fünf Monate verlängert.

Verpflichtung zur Anmeldung zukünftiger Transaktionen: Das Bundeskartellamt kann Unternehmen unter bestimmten Voraussetzungen verpflichten, Erwerbe von Unternehmen anzumelden, auch wenn die Schwellen nicht erfüllt sind. Unter anderem muss die Verpflichtung einen Sektor betreffen, der Gegenstand einer Sektorenuntersuchung war und in dem der Erwerber an Anteil an dem Angebot oder der Nachfrage von mindestens 15 % hat. Der Erwerber muss einen weltweiten Umsatz von mehr als EUR 500 Mio. und das Zielunternehmen von mehr als EUR 2 Mio. haben. Das Zielunternehmen muss zudem mehr als zwei Drittel seiner Umsatzerlöse in Deutschland erzielt haben.

It is expected that the higher thresholds will lead to significantly less notifiable transactions. However, critical cases may be scrutinized more intensively in the future. The Bundeskartellamt has announced to use freed up resources in this respect.

Review periods: The review period (phase 1 and 2) will be extended from four to five months.

Obligation to notify future transactions: The Bundeskartellamt can oblige companies to notify acquisitions of companies even if the thresholds are not met, subject to certain requirements. Among others, the obligation must concern an economic sector which has been subject to a sector inquiry and on which the acquirer has a share of supply or demand of at least 15%. The acquirer must have a worldwide turnover of more than EUR 500m and the target of more than EUR 2m. Further, the target must have generated more than two thirds of its turnover in Germany.

2. Verschärfung der Missbrauchsaufsicht für Digitalunternehmen

Unternehmen mit überragender markt-übergreifender Bedeutung: Das Bundeskartellamt erhält neue Befugnisse gegenüber Unternehmen, die zum Beispiel als Plattform oder Netzwerk, Schlüsselpositionen auf mehrseitigen Märkten besetzen, ohne notwendigerweise auf diesen Märkten marktbeherrschend zu sein. Das Bundeskartellamt kann eine solche Bedeutung feststellen und dem Unternehmen folgende Verhaltensweisen vorbeugend untersagen:

2. Abuse of Dominance: Tighter Rules for the Digital Economy

Companies with paramount significance across markets: The Bundeskartellamt receives new enforcement powers vis-à-vis companies, such as platforms and networks, with gate keeper functions on multi-sided markets which do not necessarily need to dominate such markets. The Bundeskartellamt can determine such a significance across markets and preventively prohibit the following conduct

- beim Vermitteln des Zugangs zu Beschaffungs- und Absatzmärkten die eigenen Angebote gegenüber denen von Wettbewerbern bevorzugt zu behandeln (*Self-Preferencing*);
- Maßnahmen zu ergreifen, die andere Unternehmen in ihrer Geschäftstätigkeit auf Beschaffungs- oder Absatzmärkten behindern, wenn die Tätigkeit des Unternehmens für den Zugang zu diesen Märkten Bedeutung hat;
- Wettbewerber auf einem Markt, auf dem das Unternehmen seine Stellung, auch ohne marktbeherrschend zu sein, schnell ausbauen kann, unmittelbar oder mittelbar zu behindern;
- durch die Verarbeitung wettbewerbsrelevanter Daten, die das Unternehmen gesammelt hat, Marktzutrittsschranken zu errichten oder spürbar zu erhöhen, oder andere Unternehmen in sonstiger Weise zu behindern, oder Geschäftsbedingungen zu fordern, die eine solche Verarbeitung zulassen;
- die Interoperabilität von Produkten oder Leistungen oder die Portabilität von Daten zu verweigern oder zu erschweren und damit den Wettbewerb zu behindern;
- andere Unternehmen unzureichend über den Umfang, die Qualität oder den Erfolg der erbrachten oder beauftragten Leistung zu informieren oder ihnen in anderer Weise eine Beurteilung des Wertes dieser Leistung zu erschweren; und
- für die Behandlung von Angeboten eines anderen Unternehmens Vorteile zu fordern, die in keinem angemessenen Verhältnis zum Grund der Forderung stehen.
- giving preference to its own offers over those of competitors when providing access to supply and sales markets (self-referencing);
- taking measures that hinder other companies in their business activities on supply or sales markets if the company's activities are important for access to these markets;
- directly or indirectly hindering competitors in a market in which the company can rapidly expand its position, even without being dominant;
- creating or appreciably raising barriers to entry by processing relevant data collected by the company, or otherwise hindering other companies, or requiring business conditions that permit such processing;
- denying or making more difficult the interoperability of products or services or the portability of data, thereby hindering competition;
- providing other companies with inadequate information about the scope, quality or success of the service provided or contracted for, or otherwise make it difficult for them to assess the value of that service; and
- demanding advantages for the treatment of offers from another company which are not in reasonable proportion to the reason for the demand.

Zugang zu Daten: Der Anwendungsbereich der Essential Facility-Doktrin (§ 19 Abs. 2 Nr. 4 GWB) wird auf die Verweigerung eines Zugangs zu Daten ausgeweitet. Ein marktbeherrschendes Unternehmen muss gegen ein angemessenes Entgelt Zugang zu Daten gewähren, wenn dies notwendig ist, um auf einem vor- oder nachgelagerten Markt tätig zu sein und die Weigerung wirksamen Wettbewerb auf diesem Markt auszuschalten droht, es sei denn, die Weigerung ist sachlich gerechtfertigt.

Ein Anspruch auf Datenzugang kann auch gegenüber Unternehmen bestehen, die nicht marktbeherrschend sind, aber über relative Marktmacht verfügen (§ 20 Abs. 1a GWB). Dies setzt insbesondere voraus, dass ein Unternehmen für die eigene Tätigkeit auf Zugang zu Daten angewiesen ist.

Weitere Änderungen: Bei der Bemessung von Marktmacht ist der Zugang zu wettbewerbsrelevanten Daten und die Frage, ob eine Plattform über eine sog. Intermediationsmacht verfügt, zu berücksichtigen. Hinsichtlich der Regelungen für Unternehmen mit relativer oder überlegener Marktmacht gilt nun, dass der Schutzbereich der Norm nicht mehr auf kleine und mittlere Unternehmen begrenzt ist. Darüber hinaus sind spezielle Eingriffsmöglichkeiten für den Fall vorgesehen, dass ein Plattformmarkt in Richtung eines großen Anbieters zu „kippen“ droht.

3. Mehr Rechtssicherheit für Unternehmenskooperationen

Wettbewerber, die eine Zusammenarbeit miteinander anstreben, können nunmehr einfacher Rechtssicherheit hierüber erlangen. Sie können eine Entscheidung des Bundeskartellamts beantragen, dass ein Verstoß gegen kartellrechtliche Bestimmungen nicht vorliegt und daher kein Anlass besteht tätig zu werden.

Voraussetzung ist, dass in Hinblick auf die Zusammenarbeit ein erhebliches rechtliches

Access to Data: The scope of the essential facilities doctrine is extended to explicitly cover a refusal to share data. A market dominant company must provide against adequate consideration access to data where competitors need such access for their activities on upstream or downstream markets and the refusal is capable of eliminating effective competition, unless there is an objective justification for such a refusal.

A right of access to data may also be available vis-à-vis companies that are not market dominant but have relative market power. In particular, this requires that the company claiming access is dependent on such access for pursuing its own activity.

Other changes: When measuring market power, access to data relevant to competition and the question of whether a platform has so-called intermediation power must be taken into account. With regard to the regulations for companies with relative or superior market power, the scope of protection of the standard is no longer limited to small and medium-sized companies. In addition, special intervention options are provided for the event that a platform market threatens to ‘tip’ in the direction of a large provider.

3. More Legal Certainty for co-operations among competitors

Competitors seeking to cooperate with each other can now more easily obtain legal certainty in this respect. They can apply for a decision by the Bundeskartellamt that there is no infringement of antitrust provisions and therefore no ground for action.

The prerequisite is that there is a considerable legal and economic interest in such a de-

und wirtschaftliches Interesse an einer solchen Entscheidung besteht. Ausweislich der Gesetzesbegründung kann ein solches Interesse insbesondere bei komplexen neuen Rechtsfragen und außergewöhnlich hohem Investitionsvolumen und –aufwand bestehen.

Das Bundeskartellamt soll innerhalb von sechs Monaten über den Antrag entscheiden.

Es wird klargestellt, dass Unternehmen das Bundeskartellamt auch informell um eine Einschätzung bitten können. Das sogenannte *Vorsitzendenschreiben* erhält damit eine gesetzliche Grundlage.

4. Erweiterte Ermittlungsbefugnisse

Die Ermittlungsbefugnisse des Bundeskartellamts werden erweitert. Dies betrifft zum Beispiel das Auskunftsverlangen, Durchsuchungen und in diesem Rahmen bestehende Informationspflichten. Für natürliche Personen besteht zukünftig eine umfassende Auskunftspflicht und Mitwirkungspflicht in Bezug auf die Herausgabe von Unterlagen, wobei sogar Tatsachen, welche geeignet sind, eine Verfolgung wegen einer Straftat oder Ordnungswidrigkeit herbeizuführen, offengelegt werden müssen. Diese Informationen dürfen jedoch nur mit Zustimmung der betroffenen Person gegen sie verwendet werden.

Verstöße hiergegen sind bußgeldbewehrt. Unternehmen sollten prüfen, ob durch die Änderungen eine Überarbeitung ihrer „Dawn-Raid-Guidelines“ erforderlich ist.

5. Bußgeldrecht

Die Novelle kodifiziert sowohl die Kriterien für einen Bußgelderlass oder eine Bußgeldreduzierung (Kronzeugenregelung) als auch die Kriterien für die Bußgeldzumessung.

decision with regard to the co-operation. According to the explanatory memorandum, such an interest may exist in particular in the case of complex new legal issues and exceptionally high investment volumes and costs.

Bundeskartellamt has to decide on the application within six months.

The amendment clarifies that companies may also request informal guidance from the Bundeskartellamt. The so called *Vorsitzendenschreiben* (head of division's letter) has now a statutory basis.

4. Wider investigatory powers

The investigative powers of the Bundeskartellamt will be extended. This applies, for example, to requests for information, searches and duties to provide information in this context. In the future, natural persons will have a comprehensive duty to provide information and to cooperate with regard to the disclosure of documents, whereby even facts that are likely to lead to prosecution for a criminal or administrative offence must be disclosed. However, this information may only be used against the person concerned with his or her consent.

Violations are subject to fines. Companies should check whether the changes necessitate a revision of their 'dawn raid guidelines.'

5. Fines

The amendment codifies in law the criteria for immunity from or reduction of fines (leniency program) as well as the criteria for the setting fines.

Eine begrüßenswerte Änderung ist, dass bei der Bußgeldzumessung angemessene und wirksame Compliance-Vorkehrung bußgeldmindernd berücksichtigt werden können.

A welcome change is that existing appropriate and effective compliance measures are now a criterion for reducing fines.

6. Kartellschadenersatz

Es soll zur Erleichterung der Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen widerleglich vermutet werden, dass Rechtsgeschäfte über Waren oder Dienstleistungen mit kartellbeteiligten Unternehmen, die sachlich, zeitlich und räumlich in den Bereich des Kartells fallen, kartellbefangen sind. Die Vermutung gilt auch für indirekte Abnehmer.

6. Private actions for damages

In order to facilitate private actions for damages, there is now a rebuttable presumption that transactions concerning goods or services with members of a cartel, which fall within the scope of a cartel in terms of their object, time and place, were affected by that cartel. This presumption also applies to indirect customers.

Kontaktieren Sie uns:



daniel.wiedmann@pplaw.com
T +49 (69) 247047-70



xin.zhang@pplaw.com
T + 49 (69) 247047-18