

AN:	Mandanten	TO:	Clients
VON:	P+P Pöllath + Partners	FROM:	P+P Pöllath + Partners
DATUM:	30. September 2016	DATE:	30 September 2016
ZU:	Kartellrechtsnovelle: Regierungsentwurf beschlossen	RE:	Reform of German Competition Law: Government Draft Adopted

Mit unserer Mandanteninformation vom [7. Juli 2016](#) informierten wir über den Referententwurf des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie für ein Neuntes Gesetz zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen vom 1. Juli 2016 (der **“Referententwurf“**).

Am 28. September hat die Bundesregierung den Regierungsentwurf beschlossen (der **„Regierungsentwurf“**).

Die wesentlichen Änderungen des Regierungsentwurfs lassen sich wie folgt zusammenfassen:

- **Fusionskontrolle:** Die neue Aufgreifschwelle auf Basis des Transaktionswerts soll EUR 400 Millionen (statt EUR 350 Millionen) betragen. Zudem muss das Zielunternehmen in erheblichem Umfang im Inland tätig sein (Erfordernis der Inlandsauswirkung).
- **Missbrauch einer Marktstellung:** Der Anwendungsbereich des sogenannten “Anzapfverbots” wird erweitert, d.h. die Aufforderung eines marktbeherrschenden Unternehmens zur Vorteilsgewährung ohne sachlichen Grund soll bereits als solche missbräuchlich sein. Das Erfordernis der Ausnutzung der Marktstellung soll gestrichen werden. Für das Verbot von Verkäufen unter Einstandspreis wird der Begriff „Einstandspreis“ definiert.

With our Client Update dated [7 July 2016](#) we informed on the ministerial draft for a proposed Ninth Amendment of the German Act against Restraints of Competition published by the German Federal Ministry of Economic Affairs and Energy on 1 July 2016 (the **“Ministerial Draft”**).

On 28 September, the German Government adopted the governmental draft (the **“Governmental Draft”**).

The main changes in the Governmental Draft can be summarized as follows:

- **Merger Control:** The new notification threshold based on transaction value shall be set at EUR 400 million (instead of EUR 350 million). In addition, the target company must have significant activities in Germany (domestic effects).
- **Abuse of a Market Position:** The scope of the prohibition of “tapping” shall be broadened, *i.e.*, a market dominant company must not request other companies to grant it advantages without any objective justification. It shall no longer be required that the company uses its market position for such purposes. For purposes of the prohibition of sales below cost price, the term “cost price” shall be defined.

- **Konzernhaftung und Rechtsnachfolge:** Der Regierungsentwurf sieht hier kaum Änderungen vor. Beim Erwerb eines tatbeteiligten Unternehmens durch einen Dritten soll sich das Bußgeld allerdings hierdurch nicht erhöhen.
- **Group and Successor Liability:** The Governmental Draft provides for hardly any changes in this respect. However, if an undertaking involved in an infringement is acquired by a third party, the fine shall not be increased for this reason.

Der Regierungsentwurf wird nun als eilbedürftige Vorlage dem Bundesrat und Bundestag zugeleitet. Die EU-Kartell-Schadensersatzrichtlinie ist bis zum 27. Dezember 2016 in deutsches Recht umzusetzen. Es ist fraglich, ob diese Frist gehalten werden kann.

The Governmental Draft will now be submitted as an urgent matter to the German Federal Council and Federal Parliament. The EU directive for cartel damages must be transposed into national law no later than 27 December 2016. It remains to be seen whether this period can be met.

I. Fusionskontrolle: Neue Aufgreifschwelle

Zusammenschlüsse sollen auch dann anmeldspflichtig sein, wenn die sog. zweite Inlandsumsatzschwelle (in Höhe von EUR 5 Millionen) nicht erfüllt ist, der Transaktionswert aber mehr als EUR 400 Millionen beträgt.

Ein Zusammenschlussvorhaben ist demnach auch anmeldspflichtig, wenn:

- die beteiligten Unternehmen insgesamt weltweit Umsatzerlöse von mehr als EUR 500 Millionen erzielt haben; und
- ein beteiligtes Unternehmen im Inland Umsatzerlöse von mehr als EUR 25 Millionen erzielt hat; und
- der Wert der Gegenleistung für den Zusammenschluss mehr als EUR 400 Millionen beträgt; und
- das zu erwerbende Unternehmen in erheblichen Umfang im Inland tätig ist.

I. Merger Control: A New Filing Threshold

Transactions shall require notification even if the so-called second domestic turnover threshold (of EUR 5 million) is not met, but the transaction value exceeds EUR 400 million.

Therefore, in Germany, notification of a transaction will also be required if:

- the combined aggregate worldwide turnover of all the undertakings concerned exceeds EUR 500 million; and
- the turnover in Germany of one undertaking concerned exceeds EUR 25 million; and
- the value of the consideration for the transaction exceeds EUR 400 million; and
- the target company has significant activities in Germany.

Das Kriterium der Erheblichkeit der Inlandstätigkeit soll lediglich marginale Tätigkeiten ausnehmen. Die Bemessung der Aktivität in Deutschland soll sich an den für die jeweilige Branche maßgeblichen Kriterien und Faktoren orientieren. Bei traditionellen – durch entgeltliche Austauschbeziehungen und hohe Umsatzvolumina geprägten – Branchen kann weiterhin die Umsatzschwelle von EUR 5 Millionen maßgeblich sein. In anderen Fällen, wie zum Beispiel bei unentgeltlichen Internetdiensten, kann auf die Zahl der Nutzer abzustellen sein.

II. Missbrauch einer Marktstellung

Der Regierungsentwurf erweitert den Anwendungsbereich des Anzapfverbots und definiert den Begriff „Einstandspreis.“

1. Anzapfverbot

Einem marktbeherrschenden Unternehmen ist es untersagt, andere Unternehmen dazu aufzufordern, ihm ohne gerechtfertigten Grund, Vorteile zu gewähren. Das Erfordernis, dass dies unter Ausnutzung der Marktstellung geschehen muss, soll gestrichen werden. Bisher war die praktische Relevanz des Anzapfverbots vor allem aus diesem Grund gering. Schon die Aufforderung selbst soll nun einen Missbrauch darstellen. Bei der Rechtfertigung soll es insbesondere darauf ankommen, ob die Aufforderung nachvollziehbar begründet ist und ob der geforderte Vorteil in einem angemessenen Verhältnis zum Grund der Forderung steht.

The criteria of significant activities in Germany shall exclude only marginal activities. The assessment of whether an activity is significant or only marginal shall be based on the criteria and factors relevant to the particular industry. For traditional industries with monetary compensation and significant turnover the turnover threshold of EUR 5 million can still be seen as benchmark. In other industries, for instance internet services that are free of charge, the number of users may be relevant.

II. Abuse of a Market Position

The Governmental Draft broadens the scope of the tapping prohibition and defines the term “cost price.”

1. Prohibition of Tapping

A company with a dominant market position must not invite other companies to grant it advantages without any objective justification. The requirement that such company uses its market position in this respect shall no longer apply. So far, the practical relevance of the tapping prohibition has been limited, in particular for this reason. The invitation itself shall now be abusive. For a justification, it shall be particularly relevant whether the invitation is accompanied by plausible reasons and whether the requested advantage is reasonably proportional to the cause for requesting the advantage.

2. Verkauf unter Einstandspreis

Auch das Verbot von Verkäufen unter Einstandspreis war bisher von geringer praktischer Relevanz, da solche Verkäufe kaum zu beweisen waren. Dies liegt vor allem an der Schwierigkeit, die zwischen Lieferanten und Kunden vereinbarten Nachlässe und Konditionen zu berücksichtigen. Als „Einstandspreis“ soll nun der vereinbarte Preis für die Beschaffung der Ware oder Dienstleistung definiert werden, auf den allgemein (d.h. nicht nur für ein Produkt oder Leistung) gewährte und im Zeitpunkt des Angebots bereits mit Sicherheit feststehende Bezugsvergünstigungen anteilig angerechnet werden, soweit nicht für bestimmte Waren oder Dienstleistungen ausdrücklich etwas anderes vereinbart ist.

Das Verbot gilt wie bisher, unter weiteren Voraussetzungen, für Unternehmen mit gegenüber kleinen und mittleren Wettbewerbern überlegener Marktmacht.

III. Konzernhaftung und Rechtsnachfolge bei Bußgeldern

Der Regierungsentwurf bestätigt die Einführung einer Konzernhaftung und die Ausweitung der Rechtsnachfolge für Bußgelder. Diese Neuregelungen sind von Wirtschaftsverbänden in der Anhörung zum Teil heftig kritisiert wurden.

Zumindest sieht der Regierungsentwurf eine von Anhörungsbeteiligten geforderte Verbesserung vor, die für M&A-Transaktionen und Käufe aus der Insolvenz relevant ist: Ändern sich die wirtschaftlichen Verhältnisse einer Unternehmensgruppe dadurch, dass das tatbeteiligte Unternehmen von einem anderen

2. Sales below Cost Price

Also the prohibition of sales below costs price has been of very limited practical relevance to date, as it is deemed too complex to prove a sale below cost price, considering the various discounts and conditions agreed between suppliers and their customers. “Cost price” shall now be defined as the agreed price for a good or service. If the supplier grants general benefits (*i.e.*, not only for a certain product or service) to a customer, such benefits may be counted against the cost price only proportionately and only if they were certain at the time of the offer, unless something different was expressly agreed with respect to a certain product or service.

As before, the prohibition applies, subject to further requirements, to companies with a superior market power in relation to small and medium-sized competitors.

III. Group and Successor Liability for Fines

The Governmental Draft confirms the introduction of a group liability and a broader successor liability for fines. These rules were strongly criticised during the consultation process by industry federations.

The Governmental Draft provides at least for one improvement, also requested during the consultation, relevant for M&A deals and insolvency acquisitions: If the economic circumstances of a group change because the entity committing the infringement has been acquired by another company (not part of the same group), a lower fine as compared to the

(konzernexternen) Unternehmen übernommen wurde, so ist eine geringere Höhe der gegenüber dem Unternehmen zuvor angemessenen Geldbuße zu berücksichtigen. Durch die Regelung soll vermieden werden, dass sich die Geldbuße infolge des Erwerbs durch einen nicht beteiligten Dritten erhöht.

IV. Kartellschadensersatz

Der Regierungsentwurf sieht hier nur kleinere Änderungen vor. Diese betreffen zum Beispiel die Privilegierung von kleinen und mittleren Unternehmen und die Verjährungsregeln.

V. Mediensektor

Der Multiplikationsfaktor für die Umsätze von Zusammenschlussbeteiligten im Rundfunkbereich wird von 20 auf 8 reduziert. Der Regierungsentwurf bestätigt die Möglichkeit einer Ausnahme bestimmter Kooperationen von Zeitungs- und Zeitschriftenverlagen außerhalb des redaktionellen Bereichs vom deutschen Kartellverbot.

Im Übrigen verweisen wir auch auf unsere bisherige Mandanteninformation zum Referentenentwurf vom [7. Juli 2016](#).

Bei Fragen können Sie sich jederzeit gerne an uns wenden.

fine previously appropriate has to be considered. The aim is to prevent a higher fine due to the acquisition by a third party.

IV. Cartel Damages

The Governmental Draft provides only for minor changes in this area. For instance, these changes concern the privileged treatment of small and medium-sized enterprises and the limitation periods.

V. Media Sector

The turnover multiplier for concentrations in the area of television and radio broadcasts will be reduced from 20 to 8. The Governmental Draft confirms the possibility of an exemption from the German law cartel prohibition for certain cooperation between press publishers except for editorial matters.

Please refer also to our prior client information dated [7 July 2016](#).

Please feel free to contact us with any questions.

P+P Pöllath + Partners
Rechtsanwälte und Steuerberater mbB

Daniel Wiedmann
+49 (69) 247 047 - 70
daniel.wiedmann@pplaw.com