

Stellungnahme des Deutschen Gewerkschaftsbundes zum
Referentenentwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Wettbewerbs-
strukturen und zur Abschöpfung von Vorteilen aus Wettbewerbsverstößen
(Wettbewerbsdurchsetzungsgesetz)

11. GWB Novelle – Erste Schritte zur Allgemeinwohlorientierung, Beschäftigtenperspektive berücksichtigen 07.10.2022

Das Bundesministerium für Wirtschaft und Klimaschutz hat im September 2022 den Referentenentwurf des Wettbewerbsdurchsetzungsgesetzes (11. Novelle zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen) vorgelegt. Der Entwurf zielt auf eine Ausweitung der Befugnisse der Kartellbehörden zur besseren Durchsetzung des Kartellrechts und zur Belebung des Wettbewerbs auf verfestigten Märkten ab.

Der Schwerpunkt der Novelle liegt dabei auf der Sektoruntersuchung (§ 32e GWB), deren Beschleunigung sowie hieraus abzuleitende behördliche Abhilfemaßnahmen für den Fall, dass andauernde und erhebliche Wettbewerbsstörungen ohne Kartellrechtsverstoß festgestellt wurden. Hierfür ist der neu geschaffene § 32f GWB-E maßgeblich. Als Ultima Ratio soll zum Zwecke der Behebung struktureller Wettbewerbsprobleme eine Entflechtung von Unternehmen durch das Bundeskartellamt möglich gemacht werden.

Darüber hinaus adressiert der Gesetzesentwurf den § 34 Vorteilsabschöpfung durch die Kartellbehörden mit dem Ziel, die rechtlichen Hürden für die Durchsetzung des bisher nie zur Anwendung gekommenen Paragraphen abzusenken.

Schließlich schafft die Novelle die Rechtsgrundlage für die Unterstützung der Europäischen Kommission bei der Durchsetzung des Digital Markets Act (DMA) (EU-Verordnung Nr. 2022/) durch das Bundeskartellamt.

Der DGB wurde im Rahmen der Verbändeanhörung eingeladen, zum vorliegenden Entwurf Stellung zu beziehen. Dieser Einladung kommen die Gewerkschaften gern nach, merken jedoch an, dass die Frist von zwei Wochen für eine umfassende Bewertung des Gesetzesentwurfs zu kurz ist. Für die bereits angekündigte 12. Novelle des GWB wünschen sich der DGB und seine Mitgliedsgewerkschaften einen frühzeitigen, offenen und partizipativen Prozess, so wie es die Wettbewerbspolitische Agenda des BMWK bis 2025 vorsieht.

Deutscher Gewerkschaftsbund
DGB Bundesvorstand

**Abteilung Wirtschafts-, Finanz-
und Steuerpolitik**

Referat Marktregulierung

Henriette-Herz-Platz 2
10178 Berlin

www.dgb.de

Allgemeine Anmerkungen zum Wettbewerbsrecht und zur Wettbewerbspolitischen Agenda des BMWK bis 2025

Der Deutsche Gewerkschaftsbund und seine Mitgliedsgewerkschaften begrüßen ausdrücklich die Absicht des BMWK, das Wettbewerbsrecht stärker an Allgemeinwohlgründen zu orientieren.¹ Damit nimmt es eine wesentliche Forderung der Gewerkschaften auf.² Fairen Wettbewerb kann es nur geben, wenn alle betroffenen Akteure involviert und gesellschaftliche Ziele, wie Beschäftigungssicherung, gute Arbeit, soziale Gerechtigkeit, Verbraucherschutz, das Erreichen der Klimaziele und der Erhalt von Wertschöpfung in der sozial-ökologischen Transformation berücksichtigt werden.

Gerade angesichts der seit Ausbruch der Corona-Pandemie und des Ukraine-Kriegs erheblichen Preissteigerungen, die teilweise in der Ausnutzung von Marktmacht begründet liegen, ist ein regulatorisches Agieren seitens der öffentlichen Hand noch stärker gefordert.

Über die Durchsetzung von arbeits- und menschenrechtlichen, sozialen, steuer-, verbraucher- und klimapolitischen Regeln sollte ein Level Playing Field geschaffen werden, auf dem Wettbewerb zu besseren Lösungen und guter Qualität zu angemessenen Preisen führt.

Mit der vorliegenden Novelle erweitert das BMWK die rechtlichen Grundlagen zur Erreichung einiger der o. g. Ziele und schafft Instrumente, mit denen Wettbewerb, wo er auch ohne Rechtsverstöße zum Schaden der Verbraucher*innen, von Zulieferer*innen, kleinen und mittelständischen Unternehmen, Innovationskraft und nachhaltigen Wirtschaftswachstums nicht in ausreichendem Maße stattfindet, belebt werden kann.

Die Beschäftigtenperspektive findet bisher jedoch wenig Berücksichtigung.

Zudem ist hervorzuheben, dass ein Mehr an Wettbewerb nicht in jedem Fall zu einem besseren Marktergebnis führt. Verbund- und Netzwerkeffekte in Märkten mit hoher Konzentration können durchaus Effizienzvorteile mit sich bringen. Über regulatorische Maßnahmen und demokratische Kontrolle müssen dann negative Auswirkungen einer hohen Marktkonzentration ausgeglichen werden.

Der DGB und seine Mitgliedsgewerkschaften weisen zudem darauf hin, dass die Durchsetzung des Wettbewerbsprinzips und die Öffnung der Märkte in den Bereichen, die typischerweise der Daseinsvorsorge zuzuordnen sind, in der Vergangenheit oft zu einer schlechteren Versorgung und höheren Preisen geführt hat. Von diesen geht aber eine wesentliche Lenkungs- und Gestaltungswirkung aus. Aufgrund dieser Bedeutung sollte diskutiert werden, ob und in welchen Sektoren es gerade auch angesichts der digitalen und sozial-ökologischen Transformation und dem Erreichen der damit verbundenen Zielstellungen, sinnvoll ist, diese verstärkt zu regulieren und der öffentlichen Kontrolle zu unterwerfen.

¹ BMWK (2022) Wettbewerbspolitische Agenda des BMWK bis 2025, S. 2.

² DGB Stellungnahme (2020) 10. GWB Novelle – Hintergrund, Ziele und Kernpunkte des Gesetzentwurfs, S. 2, <https://www.dgb.de/-/W67> letzter Zugriff am 7.10.2022.

Sektoruntersuchung

Sektoruntersuchungen sind ein zentrales Element für das Erlangen wichtiger Informationen über Marktstrukturen und die Wettbewerbssituation. Diese auszuweiten und behördlich angeordnete Abhilfemaßnahmen verhaltensorientierter und struktureller Art zu ermöglichen, wo anhaltende und gravierende Wettbewerbsstörungen auch ohne widerrechtliches Handeln auftreten, werden vom DGB und seinen Mitgliedsgewerkschaften unterstützt (Vgl. § 32f GWB-E).

Die Unterstützung betrifft zum einen die Beschleunigung der Untersuchungen auf 18 Monate nach dem Vorbild der britischen Wettbewerbsbehörden und die Begrenzung des Zeitraums, in dem die Verfügungen eingeleitet werden sollen, auf ebenfalls 18 Monate. Dies bietet Planungssicherheit auf behördlicher wie unternehmerischer Seite und stellt eine zeitnahe Verwertung der durch die Untersuchung gewonnen Erkenntnisse sicher. Um sorgfältige Sektoruntersuchungen und die Einhaltung der vorgesehenen Fristen sicher zu stellen, sollte die personelle Ausstattung des Bundeskartellamtes noch einmal überprüft und ggf. aufgestockt werden.

Zum anderen unterstützt der DGB den präventiven Ansatz nach § 32f Absatz 2 GWB-E, nach welchem auf Märkten, auf denen Anhaltspunkte bestehen, dass künftige Zusammenschlüsse zu hoher Marktkonzentration führen könnten, die Unternehmen zur Anmeldung der Zusammenschlüsse verpflichtet werden können. Der hierfür angesetzte Mindestzeitraum beträgt drei Jahre und kann ggf. von den Wettbewerbsbehörden um weitere drei Jahre verlängert werden. Die Aufgreifschwelle wird für den Erwerber bei 50 Millionen Euro Inlandsumsatz im vorausgegangenen Geschäftsjahr und für das zu erwerbende Unternehmen bei 500.000 Euro Umsatz festgelegt.

Bereits im Kontext der 10. GWB-Novelle hat der DGB das Zugrundelegen des Umsatzes als Hauptkriterium bei der Fusionskontrolle als nicht zeitgemäß hinterfragt, u.a. weil auch kleine Märkte und geringe Umsätze nicht im Widerspruch zu einer hohen Marktkonzentration stehen.³ Dies adressiert der Entwurf zumindest im Kontext des § 32 GWB durch die Aufnahme weiterer Kriterien für die Sektoruntersuchung in Absatz 5 (siehe weiter unten).

Sollte nach einer Sektoruntersuchung die Kartellbehörde erhebliche, andauernde und wiederholte Störungen des Wettbewerbs identifizieren, kann sie nach § 32f Absatz 3 GWB-E nun Abhilfemaßnahmen ableiten, die der Belebung des Wettbewerbs dienen sollen. Als Ultima Ratio kann die Entflechtung von Unternehmen angeordnet werden (§ 32f Absatz 4 GWB-E), sollte dies zu einer erheblichen Verbesserung der Wettbewerbssituation führen und sollten vorangegangene Abhilfemaßnahmen nach Absatz 3 nicht genügen.

Der DGB bewertet es als sehr positiv, dass den Kartellbehörden Eingriffsbefugnisse nach Absatz 3 und somit weitere rechtliche Grundlagen für ein behördliches Gegengewicht zu starken Oligopolen oder Marktbeherrschern eingeräumt werden.

³ DGB (2020) ebd, S. 7 f. Zudem wurde hier die Anhebung der zweiten Aufgreifschwelle bei Fusionskontrollverfahren, auch wegen der Begründung mit dem behördlichen Arbeitsaufwand, kritisiert.

Der Entwurf enthält hierfür ein breites Repertoire an Maßnahmen, welche u. a. 1. die Gewährung des Zugangs zu Daten, Schnittstellen, Netzen; 2. die Belieferung anderer Unternehmen, einschließlich der Einräumung an Nutzungsrechten an geistigem Eigentum; 4. die Lieferbeziehungen zwischen Unternehmen auf den betroffenen Märkten und auf verschiedenen Marktstufen oder gar 7. die organisatorische Trennung von Unternehmens- und Geschäftsbereichen umfassen.

Die Entflechtung eines Unternehmens sollte, wie vorgesehen, die Ultima Ratio darstellen. Es muss dafür Sorge getragen werden, dass solche Eingriffe nicht auf den Rücken der Beschäftigten ausgetragen werden (siehe hierzu weiter unten).

— Für die Gewerkschaften ist grundsätzlich wichtig, dass die Entscheidungen für diese teilweise tiefen Eingriffe in die Unternehmen und Marktstrukturen auf einer sorgfältigen Sektoruntersuchung beruhen. Vor diesem Hintergrund ist es zu begrüßen, dass der Referentenentwurf in Absatz 5 eine Vielzahl von Kriterien festlegt, welche im Zuge einer Sektoruntersuchung zur Bewertung einer Wettbewerbsstörung zu berücksichtigen sind. Hierzu zählen relevante Unternehmens- und Marktstrukturdaten, Verflechtungen, Marktzugangs- bzw. Marktaustrittsbeschränkungen oder Marktergebnisse anhand von Preisen, Mengen, Auswahl, Qualität und Innovationstätigkeit, wodurch Rückschlüsse auf die Marktkonzentration gezogen werden können.

— Es sollte darüber hinaus in die Bewertung einfließen, ob ein Unternehmen bzw. Markt binnen- oder exportorientiert agiert. Unternehmen, die in Konkurrenz zu international bzw. global auftretenden Wettbewerbern stehen, sollte ggf. auch zur Erreichung nationaler und europäischer Nachhaltigkeitsziele und zur Reduzierung von Abhängigkeiten von außereuropäischen Anbietern eine größere Marktkonzentration zugestanden werden.

Interessen der Beschäftigten berücksichtigen, Tarifbindung und Marktgegenmacht stärken

Strukturelle Unternehmenseingriffe, wie sie mit der Novelle vorgesehen sind, dürfen nicht zu Lasten der Beschäftigten gehen. Sollten die Kartellbehörden Abhilfemaßnahmen in Form von einer organisatorischen Trennung von Unternehmens- oder Geschäftsbereichen (§ 32f Absatz 3 GWB-RefE) oder gar eine Entflechtung nach § 32f Absatz 4 GWB-RefE als Ultima Ratio anordnen, müssen die Interessen der Beschäftigten entsprechend Berücksichtigung finden. Wie in § 54 Absatz 2 GWB vorgesehen, sollten nach Einleiten behördlicher Verfahren die betroffenen Stakeholder, zu denen Arbeitnehmer*innen und ihre Interessenvertretungen/Gewerkschaften im besonderen Maße gehören, entsprechend beigeladen werden. Betriebs- und Personalräte sowie Gewerkschaften verfügen über vertieftes Wissen über die jeweiligen Unternehmen und Branchen, welches für die Bewertung der Auswirkungen von Unternehmenszusammenschlüssen oder -Trennungen, von hoher Relevanz ist.

Der DGB und seine Mitgliedsgewerkschaften wiederholen an dieser Stelle daher ihre Forderung aus der Stellungnahme zur 10. GWB-Novelle, dass die Beiladung von

Interessenvertretungen der Arbeitnehmer*innen obligatorisch sein und darüber hinaus ein Vorschlagsrecht eingeräumt werden muss.⁴

Der Gesetzgeber sollte zudem zur Erreichung seiner eigenen Zielstellungen - das Wettbewerbsrecht stärker an Allgemeinwohlgründen auszurichten und über einen zeitgemäßen ordnungspolitischen Rahmen die sozial-ökologische Transformation aktiv mitzugestalten - dafür Sorge Tragen, dass Tarifverträge angewendet werden und entsprechend bei der (organisatorischen) Trennung von Unternehmen fortgelten.

Gleiches gilt für Mitbestimmungs- und gewerkschaftliche Zugangsrechte sowie für soziale Standards. Eine Intensivierung des Wettbewerbs darf nicht mit einer Abwärtsspirale bei Lohnkosten oder Sozialstandards einhergehen.

Die Tarifbindung zu stärken, ist zudem wesentliches Element, um Marktgegenmacht herzustellen und einer ausufernden Preis-Gewinn-Spirale entgegenzuwirken.

Kartellrechtliche Vorteilsabschöpfung nach Wettbewerbsverstößen

Mit dem § 34 GWB wurde einst ein Instrument geschaffen, welches Anreize für kartellrechtswidriges Verhalten unterbinden sollte. Die Hürden für dessen Durchsetzung haben jedoch dazu geführt, dass das Instrument nie zur Anwendung kam.

Der Referentenentwurf sieht daher vor, die Nachweisanforderungen bezüglich des erlangten wirtschaftlichen Vorteils herabzusetzen, d.h. ein vorsätzlicher oder fahrlässiger Verstoß gegen das erste, zweite oder fünfte Kapitel des GWB, Artikel 101 bzw. 102 AEUV oder gegen eine Verfügung nach § 19a GWB muss nicht mehr nachgewiesen werden. Es soll begrüßenswerterweise gemäß Entwurf die Vermutung mit überwiegender Wahrscheinlichkeit für eine Einleitung des Verfahrens reichen. Die Vermutungsschwelle für den wirtschaftlichen Vorteil wird pauschal bei einer Mindesthöhe von einem Prozent der im Inland mit Produkten und Dienstleistungen erzielten Umsätze, welche mit dem Verstoß in Zusammenhang gebracht werden, festgelegt. Die Nachweispflicht darüber, dass aus dem rechtswidrigen Verhalten weder der beteiligten juristischen Person noch dem Unternehmen Gewinn im relevanten Zeitraum entstanden ist, liegt beim Unternehmen. Dieses hat hierfür den weltweiten Gewinn aller in einer wirtschaftlichen Einheit operierenden natürlichen und juristischen Personen und Personenvereinigungen heranzuziehen.

Der DGB unterstützt, dass durch den Entwurf dem Verursacher- und dem Präventionsprinzip stärker Rechnung getragen wird. Weniger nachvollziehbar ist hingegen, weshalb der abzuführende Geldbetrag bei 10 Prozent des Gesamtumsatzes gedeckelt wird. Der Gesetzgeber argumentiert mit der Wirtschaftlichkeit des Unternehmens. Jedoch handelt es sich hierbei um die Vermutung eines kartellrechtswidrigen Verhaltens, durch welches das betroffene Unternehmen „unrechtmäßige“ Gewinne erzielt hat, von denen der Gesetzgeber betont, dass sie nicht bei diesem verbleiben dürfen. Dieses Ziel sollte nicht durch das

⁴ Vgl. DGB (2020) a.a.O.

Einführen einer Obergrenze konterkariert werden, zumal es dem Unternehmen obliegt, nachzuweisen, dass hieraus kein Gewinn entstanden ist.

In der aktuellen wirtschaftspolitischen Debatte um die hohen Preissteigerungsraten werden die kartellrechtliche Vorteilsabschöpfung und eine Besteuerung von Extra- oder Zufallsgewinnen von einigen Akteuren als vermeintliche Substitute diskutiert. Die verbesserte Durchsetzung des § 34 GWB dient aus Sicht der Gewerkschaften keinesfalls als Ersatz für steuerrechtliche Instrumente. Beide Instrumente haben einen unterschiedlichen Anwendungsbereich, eines ist verwaltungsrechtlicher, das andere steuerrechtlicher Natur. Die Anwendung des verhaltensrechtlichen Instruments wird vermutlich auf wenige Fälle beschränkt bleiben. So unterstützen der DGB und seine Mitgliedsgewerkschaften, neben der Stärkung des § 34 GWB, die Forderung nach Erhebung einer Übergewinnsteuer für Unternehmen, z. B. in der Energiewirtschaft. In einer Situation, in der vom selben Markt ausgehend einerseits Millionen von Haushalten extreme finanzielle Belastungen bis hin zur Verarmung drohen und andererseits Unternehmen mit großer Marktmacht außerordentlich hohe Extra-Profite zufließen, muss der Staat über die ihm zur Verfügung stehenden Mittel ausgleichend handeln.

Durchsetzung der VO EU Nr. 2022/ (Digital Markets Act, DMA)

Die zügige Schaffung der Rechtgrundlage für die Unterstützung der EU-Kommission bei der Durchsetzung des Digital Markets Act durch die nationale Kartellbehörde ist folgerichtig. Der DGB hat den DMA begrüßt und zum Vorschlag der EU-Kommission COM (2020) 842 final vom 15. Dezember 2020 Stellung bezogen.⁵ Die europäischen Behörden benötigen umfassende Schlagkraft gegen große Plattformen und Digitalkonzerne. Darüber hinaus erachtet es der DGB für sinnvoll, auch auf kleineren Märkten, bisher nicht vom DMA erfasste Plattformmonopole zu berücksichtigen. Zudem sollte verstärkt erwogen werden, inwiefern die marktregulierende Funktion von marktbeherrschenden Plattformen staatlich organisiert werden kann, um Plattformen zu schaffen, die sich den Werten des europäischen Sozialmodells verpflichten.

⁵ DGB (2021) Stellungnahme Digitale Plattformen für Gute Arbeit und gute Güter und Dienstleistungen nutzen, <https://www.dgb.de/-/bSz> letzter Zugriff am 7.10.2022.