

Stellungnahme des Deutschen Gewerkschaftsbundes

10. Novelle zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen

10. GWB Novelle – Hintergrund, Ziele und Kernpunkte des Gesetzentwurfs 12.02.2020

Das Bundeswirtschaftsministerium hat Ende Januar 2020 den ersten Referentenentwurf des GWB-Digitalisierungsgesetzes (10. Novelle zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen) der Öffentlichkeit vorgelegt. Mit dem Entwurf soll das nationale Kartellrecht entsprechend der Richtlinie zur Stärkung der Wettbewerbsbehörden der Mitgliedstaaten im Hinblick auf eine wirksamere Durchsetzung der Wettbewerbsvorschriften und zur Gewährleistung des reibungslosen Funktionierens des Binnenmarkts (EU 2019/1) angepasst werden. Zudem wird mit dem Gesetzesentwurf die Vereinbarung des Koalitionsvertrags, nämlich neue Rahmenbedingungen für die Digitalwirtschaft im nationalen und europäischen Kontext zu schaffen, umgesetzt. Der Entwurf greift Vorschläge der Kommission Wettbewerbsrecht 4.0 sowie der vom BMWi beauftragten Studie „Reform der Missbrauchsaufsicht“ auf.

Das Hauptaugenmerk des Gesetzesentwurfs liegt darauf, neue Rahmenbedingungen zu entwickeln, die einerseits Bedingungen für Innovationen schaffen sowie andererseits spezifischen Monopolisierungstendenzen wirksam begegnen, die sich vor dem Hintergrund der fortschreitenden Digitalisierung und Globalisierung entwickelt haben.

Im Rahmen der Länder- und Verbändeeteiligung wurde auch der Deutsche Gewerkschaftsbund (DGB) eingeladen, zu dem vorliegenden Referentenentwurf Stellung zu beziehen. Der DGB und die Mitgliedsgewerkschaften kommen dieser Einladung hiermit gerne nach.

Allgemeine Anmerkungen zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen

Neues Leitbild des Wettbewerbsrechts

Wettbewerbspolitik im Zeitalter der Digitalisierung muss die Konsequenzen der Plattformökonomie thematisieren und Lösungsvorschläge für die dort offensichtlich bestehenden Probleme unterbreiten. Dabei ist es unter anderem notwendig, die Plattformbetreiber selbst stärker in die Verantwortung dafür zu nehmen, dass der soziale Schutz für die dort arbeitenden Menschen gewährleistet wird.

Deutscher Gewerkschaftsbund

Abteilung Wirtschafts-, Finanz- und Steuerpolitik

Dr. Robby Riedel
Referatsleiter Marktregulierung und Verteilungspolitik

robby.riedel@dgb.de

Telefon: +49 (0)30 240 60 302
Henriette-Herz-Platz 2
10178 Berlin

www.dgb.de



Der normative Anspruch an ein faires Wettbewerbsrecht sollte dabei sein, die Interessen aller in den Wettbewerb involvierten und von ihm betroffenen Akteure und Stakeholder zu berücksichtigen. Die Ökonomisierung des Wettbewerbsrechts mit dem Leitbild des freien Wettbewerbes und die Geltung des „günstigsten Preises“ muss deshalb in eine andere Richtung gelenkt werden. Vielmehr muss das gesamte Wettbewerbsrecht eine ganzheitliche Perspektive einnehmen. Gesellschaftlich anerkannte Ziele, wie die Sicherung der Beschäftigung, gute Arbeit mit guten Löhnen, Tarifbindung, Arbeitnehmer- und Mitbestimmungsrechte, Fortbestand eines Unternehmens, soziale Gerechtigkeit, aber auch Umwelt-, Verbraucher- und Datenschutz müssen Eingang in die Perspektive des Wettbewerbsrechts finden. Einige dieser Zielparame-ter werden bereits bei der Ministererlaubnis (Allgemeinwohlgründe) herangezogen. Der DGB und seine Mitgliedsgewerkschaften setzen sich für ein Wettbewerbsrecht ein, das Allgemeinwohlgründe im gesamten Prozess maßgeblich berücksichtigt.

Tarifverträge und Tariftreue für fairen Wettbewerb

Fairer Wettbewerb bedeutet auch bezogen auf die Lohnkosten ein level playing field. Dem widerspricht es, wenn Unternehmen durch Lohndumping und Tarifflicht die Personalkosten einer Branche verzerren und dadurch insbesondere tarifgebundene Unternehmen unter Druck geraten. Gleiche Wettbewerbsbedingungen können nur mit einer flächendeckenden Bindung an den gleichen Tarifvertrag hergestellt werden. Nur wenn klar ist, dass alle Betriebe einer Branche ihre Beschäftigten tariflich bezahlen, kann auf Dauer der Wettbewerbsverzerrung über Dumping-Löhne Einhalt geboten werden. Eine faire Wettbewerbspolitik, die auch die Einhaltung sozialer Standards und das Gemeinwohl im Blick hat, muss durch entsprechende Regeln die Abwälzung von Kosten auf Beschäftigte, den Staat, Zulieferer und die Umwelt unterbinden. Der Erhalt von Tarifbindung muss als ein Kriterium in den wettbewerbspolitischen Entscheidungsprozess einfließen. Das bedeutet auch, dass keine Subventionen und Steuervorteile gewährt werden dürfen, solange bestimmte Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen, wie beispielsweise Tarifverträge, nicht eingehalten werden.

Um Lohndumping zu vermeiden und gleiche Wettbewerbsbedingungen zu schaffen, dürfen öffentliche Aufträge nur an Unternehmen vergeben werden, die tarifgebunden sind und sich tariftreu verhalten. Angesichts des erheblichen Volumens öffentlicher Aufträge werden öffentliche Auftraggeber ihrer Verantwortung für eine nachhaltige, ökologische und soziale Gesellschaft nicht gerecht, wenn sie ihre Beschaffungsentscheidungen ausschließlich am billigsten Angebot ausrichten und die Folgen solcher Zuschläge ausblenden.

Es muss vermieden werden, dass Unternehmen bei der Ausführung öffentlicher Aufträge untertariflich entlohnte Beschäftigte einsetzen und sich damit ungerechtfertigte Wettbewerbsvorteile verschaffen. Eine derartige Praxis hat nicht nur unsoziale Folgen für die Beschäftigten, sie gefährdet auch im erheblichen Maße die Wettbewerbsposition derjenigen



Unternehmen, die tarifgebundene Arbeitsplätze anbieten. Einem solchen Verdrängungswettbewerb aufgrund der massiven Wettbewerbsverzerrungen können sich insbesondere mittelständische Unternehmen nur schwer entziehen.

Auf europäischer Ebene muss die deutsche Bundesregierung ihre Ratspräsidentschaft im zweiten Halbjahr 2020 dafür nutzen, um in den Beihilferegularien der Union nationale Tariftreuegesetze abzusichern.

Insbesondere bei digitalen Plattformen muss Wettbewerbspolitik Standards für Arbeit in den Fokus nehmen: Denn Wettbewerb auf Märkten wird immer auch über Kosten ausgetragen und Arbeit ist aus unternehmerischer Sicht ein wesentlicher Kostenfaktor. Konkuriert Arbeit, die über Plattformen angeboten wird, mit traditionell angebotener Arbeit, führen die unterschiedlichen Entlohnungs- und Arbeitsbedingungen zwangsläufig zu ungleichen Wettbewerbsbedingungen.

Aus gewerkschaftlicher Perspektive muss es Ziel des Gesetzgebers sein, dass über Plattformen vermittelte Leistungen zu gleichen Standards (Entgelt, soziale Absicherung, Qualität, Arbeits- und Verbraucherschutz) angeboten werden wie über klassische Vertriebskanäle. Auch digitale Angebote müssen ihren Erfolg durch hochwertige Produkte und Dienstleistungen legitimieren, nicht durch die Unterbietung oder Umgehung von Sozialstandards. Auch aus diesem Grund ist die Bindung von Unternehmen, die auf identischen Märkten tätig sind, an den gleichen Tarifvertrag notwendig – unabhängig davon, ob sie ein traditionelles oder ein digitales Geschäftsmodell verfolgen.

Marktmacht begrenzen durch Tarifverträge für Soloselbstständige

Von großer Bedeutung ist das Verhältnis der Plattformen zu den Erwerbstätigen, die über diese Plattformen ihre Leistungen anbieten. Diese sind vielfach formal selbstständig und haben i. d. R. eine geringe Verhandlungsmacht gegenüber den Plattformen. Dies kann zu niedrigen Arbeitsentgelten, schlechten Arbeitsbedingungen, fehlender sozialer Absicherung und nicht zuletzt zu einer umfassenden Überwachung der Arbeitenden über das Internet führen.

Zur Vermeidung einer weiteren Verstärkung dieser Marktmacht durch noch größere Monopolbildungen ist es erforderlich, nicht nur ihrer Marktmacht entgegenzuwirken, sondern zugleich die Erwerbstätigen dabei zu unterstützen, den Plattformen etwas entgegenzusetzen, um „Augenhöhe“ herzustellen. Ein zentraler Ansatzpunkt wäre an dieser Stelle die ausdrückliche Zulassung von tarifvertraglichen Regelungen für Soloselbstständige, wie sie für arbeitnehmerähnliche Personen in § 12a TVG niedergelegt ist. Die dortige Regelung greift jedoch zu kurz, da ihre Voraussetzungen zu eng gefasst sind und insbesondere die neuen Arbeitsformen von Crowdworker*innen im Rahmen der Plattformökonomie nicht abbilden. Ihre Verhandlungsposition entspricht derjenigen von abhängig Beschäftigten. Ihr Einkommen steht im Binnenmarkt unter zunehmendem Wettbewerbsdruck. Um Marktmacht gegen Anbietermonopole wie sie beispielsweise für die Plattformökonomie typisch sind, zu entwickeln, muss die Verhandlungsmacht wirtschaftlich abhängiger Soloselbstständiger



gestärkt werden, indem eine Ausnahme vom Kartellverbot für sie geschaffen wird. Diese Ausnahme soll die Koalition zwischen den Betroffenen sowie – analog den gewerkschaftlichen Tarifverträgen – Honorarvereinbarungen für wirtschaftlich abhängige Soloselbstständige ermöglichen, auch wenn die Voraussetzungen von § 12a TVG nicht vorliegen.

Auch der Europäische Gerichtshof hat bereits anerkannt, dass sich die Abgrenzung zwischen den traditionellen Kategorien der Arbeitnehmer*innen und der Selbstständigen in der heutigen Wirtschaft verwischt¹. Er hat Kriterien für das Vorliegen von Scheinselbstständigkeit entwickelt:

- Das Verhältnis zu den Kunden ähnelt demjenigen, in dem sich typischerweise ein Arbeitnehmer zu einem Arbeitgeber befindet; insbesondere was Wahl von Zeit, Ort und Inhalt der Arbeit angeht.
- Der Beschäftigte ist nicht an den geschäftlichen Risiken des Arbeitgebers beteiligt und während der Dauer des Arbeitsverhältnisses in das Unternehmen eingegliedert.
- Die Position am Verhandlungstisch, insbesondere betreffend Vergütung und Arbeitsbedingungen, ist eher schwach.
- Beschäftigte werden als Selbstständige getarnt, um die Anwendung bestimmter, aus Sicht des Arbeitgebers ungünstiger Rechtsvorschriften (beispielsweise arbeits- oder steuerrechtliche Regelungen) zu vermeiden.
- Sie sind wirtschaftlich abhängig.

Der Generalanwalt schlug im Vorlageverfahren FNV² die Verhinderung von Sozialdumping als Rechtfertigung für eine Bereichsausnahme vom Kartellverbot vor. Dieses Ziel dient aus seiner Sicht der unmittelbaren Verbesserung der Arbeitsbedingungen und kann einen zwingenden Grund im Allgemeininteresse darstellen, die eine Beschränkung der Grundfreiheiten rechtfertigt³. Aus Sicht des DGB und der Mitgliedsgewerkschaften sollte sich die deutsche Bundesregierung diese Sichtweise zu eigen machen.

Der DGB und die Mitgliedsgewerkschaften fordern daher, dass auf Basis der vom Europäischen Gerichtshof entwickelten Kriterien eine Bereichsausnahme für wirtschaftlich abhängige Soloselbstständige im GWB normiert wird.

¹ EuGH, Allonby, C-256/01; Haralambidis, C-270/13

² EuGH, FNV Kunsten Informatie en Media/NL, C-413/13

³ Dabei verweist Generalanwalt Wahl auf das Urteil Laval (C-341/05) und die dort angeführte Rechtsprechung.



Anmerkungen im Detail zum GWB-Referentenentwurf

Marktmissbrauch

Der DGB und die Mitgliedsgewerkschaften begrüßen die Neujustierung der Missbrauchsaufsicht. Insbesondere hervorzuheben ist, dass der Zugang zu Daten bzw. die Feststellung einer Intermediationsmacht als ein Kriterium der Marktbeherrschung herangezogen wird. Damit wird man dem Umstand gerecht, dass in einer zunehmend digitalen Welt, Daten eines der wichtigsten Güter des 21. Jahrhunderts darstellen. Die gezielte Nutzung von Daten kann Wettbewerbsvorteile generieren und nimmt eine zusehends größere Bedeutung für Wertschöpfungsketten, auch in der industriellen Produktion, ein. Unerwünschte Marktkonzentrations- und Monopolisierungstendenzen sind die Folge. Die Weigerung eines Unternehmens, anderen Unternehmen den Zugang zu Daten zu gewähren, kann zukünftig ein Missbrauch darstellen. Hierdurch werden auch die Konsument*innen in ihren Rechten gestärkt, indem sie zukünftig Zugang zu eigenen Daten erhalten und deren Verwendung bestimmen können.

§ 19a ist eine wesentliche Neuerung im Wettbewerbsrecht. Hiermit werden dem Bundeskartellamt neue, weitreichende Befugnisse gegenüber „Super-Marktbeherrscher“, wie digitale Tech-Giganten Google, Amazon oder Facebook eingeräumt. Kennzeichnend für die Unternehmen ist, dass sie nicht nur auf einem Markt beherrschend sind, sondern auch aufgrund von Netzwerkeffekten, Datenzugang sowie Geschäftsausrichtung auch Einfluss auf Unternehmen in anderen Teilmärkten haben können. Somit sind auch die vertikale Integration und die Marktbeherrschung auf anderen Märkten Kriterien für die Marktstellung eines Unternehmens. Aufgrund dieser exponierten Stellung dieser Unternehmen ist es richtig und wichtig, dass der Gesetzgeber versucht, den Tech-Giganten wettbewerbsrechtlich etwas entgegenzustellen und dem Missbrauch wettbewerbschädlichen Verhaltens einzudämmen. Damit nimmt das deutsche Kartellrecht international auch eine gewisse Vorreiterstellung ein.

Bedauerlich ist, dass der Anwendungsbereich des § 19a wegen der Bezugnahme auf Märkte „im Sinne des § 18 Absatz 3a“ auf Unternehmen beschränkt ist, die ihren Schwerpunkt im Bereich digitaler Geschäftsmodelle haben (vgl. S. 76f. der Begründung des Referentenentwurfs). Die vorgeschlagene Regelung sollte jedoch auch für Märkte und Produkte herkömmlicher Geschäftsmodelle gelten, um einen Wettbewerb auf Augenhöhe mit globalen Playern zu ermöglichen. Denn die Internationalisierung des Wettbewerbs ist nicht nur im Bereich der Plattformökonomie, sondern generell so weit fortgeschritten, dass klassische nationale und europäische Marktperspektiven zu kurz greifen. Bei einer entsprechenden Ausweitung des Anwendungsbereichs in Absatz 1 müssten die in Absatz 2 geregelten Maßnahmen nochmals auf ihre Konsistenz überprüft und angepasst werden, da sie in der aktuellen Formulierung nur auf Unternehmen mit digitalen Geschäftsmodellen zielen.



Gemäß § 20 wird es zukünftig möglich sein, dass bei Auftreten relativer Marktmacht, Datenzugangsansprüche seitens Wettbewerbern entstehen. Es ist richtig, bei Gewährung von Rechten nicht einzig auf die Größe eines Unternehmens abzustellen, sondern auf die asymmetrischen Machtverhältnisse zwischen Wettbewerbern abzielen.

Im Fall von überragend marktbeherrschenden Unternehmen (§ 19a GWB-RefE) muss das Bundeskartellamt mittels einer Verfügung missbräuchliche Praktiken untersagen. Dies kann zunächst eine relativ hohe Hürde für eine Untersagung darstellen. Zudem kann einzig das Bundeskartellamt eine solche Verfügung aussprechen und liegt somit im Ermessen der Behörde. Der Gesetzgeber sollte darauf hinwirken, Dritten, wie zivilgesellschaftliche, daten- und verbraucherrechtliche Akteure sowie Gewerkschaften, ein Antragsrecht auf Prüfung missbräuchlichen Verhalten von überragend marktbeherrschenden Akteuren zu gewähren. Zielführender wäre es hingegen, auch § 19a genauso wie § 19 in eine Verbotsnorm umzugestalten. So ließe sich durch eine Verbotsnorm bewerkstelligen, dass missbräuchliches Verhalten ex ante einen Riegel vorgeschoben werden würde, statt ex post bestimmte Verhaltensweise zu untersagen. Es ist strittig, ob mit der derzeitigen Ausgestaltung der Untersagung, der § 19a GWB-RefE seine vom Gesetzgeber gewünschte disziplinierende Wirkung entfalten kann. Denn ein Verhalten eines überragend beherrschenden Unternehmens bliebe solange straffrei und de facto erlaubt bis eine zum Teil langwierige Untersagungsbefugnis greift. Die wettbewerbsschädliche Wirkung eines Missbrauches würde sich folglich auf Märkten bis zur Untersagung entfalten können. Einen präventiven Charakter gegen marktmissbräuchliches Verhalten ließe sich somit nicht herstellen. Hier sollte der Gesetzgeber zwingend nachsteuern und § 19a GWB-RefE als eine Verbotsnorm formulieren, andernfalls könnte dieser Paragraph nicht die gewünschte Schlagkraft entwickeln.

Begrüßenswert ist, dass die Beweislast einer sachgerechten Verhaltensweise zukünftig bei dem überragend marktbeherrschenden Unternehmen liegt. Es ist zu erwarten, dass die Beweislastumkehr im Allgemeinen zu einer Arbeitserleichterung der Wettbewerbsbehörden führt. In der Praxis wird sich zeigen, welche Gründe von den Unternehmen als sachlich gerechtfertigt hervorgebracht werden. Hier sollte der Gesetzgeber die sachgerechten Gründe für bestimmte Verhaltensweisen stets beobachten und ggf. spezifizieren. Die Umkehrung der Beweislast ist sicherlich auch als Reaktion darauf zu verstehen, dass die Wettbewerbsbehörden in der Vergangenheit erheblichen Informationsasymmetrien ausgesetzt und sie somit strukturell im Hintertreffen bei der Beweisführung eines missbräuchlichen Handelns waren.

Grundsätzlich sollte der Schwellenwert für die Vermutung einer Marktbeherrschung (§ 18 Abs. 4) von derzeit 40 % reduziert werden. Darüber hinaus sollte diese Vermutungsschwelle auch für den Bereich des § 19a GWB-RefE Anwendung finden.

Mit der Novellierung einhergehend sollen auch die Eingriffsmöglichkeiten des Bundeskartellamtes ausgeweitet und gestärkt werden (§ 32 GWB). Nach § 32a Abs. 1 GWB-RefE kann das Bundeskartellamt einstweilige Maßnahmen anordnen, wenn eine Zuwiderhandlung überwiegend wahrscheinlich und ein Eingreifen geboten ist. Die Voraussetzung für ein Eingreifen wird somit merklich gesenkt. Die Möglichkeit einer frühzeitigen Intervention der



Behörden ist sehr begrüßenswert, insbesondere vor dem Hintergrund, dass durch langwierige Verfahren und vor deren Abschluss etwaige Wettbewerber längst aus dem Markt gedrängt wurden.

Um die Marktmacht von Super-Marktbeherrschern wie Google, Amazon, Facebook, etc. zu reduzieren, sollte über Alternativen zur Bereitstellung von Diensten nachgedacht werden. Denn tatsächlich stellen App-Märkte, Online-Suchmaschinen- und Marktplätze sowie soziale Medien wichtige Elemente des täglichen Lebens dar. Hier könnte eine öffentliche und allgemeinzugängliche Bereitstellung solcher Dienste und Infrastrukturen, wie eine europäische Suchmaschine, Social Media Alternativen, Open Source Smartphone-Betriebssysteme oder ein öffentlicher App-Markt, zielführend sein. Dadurch ließe sich die Abhängigkeit von jenen Anbietern reduzieren und letztlich auch deren Marktmacht begrenzen.

Fusionskontrolle

Der Referentenentwurf enthält einige neue und wegweisende Regelungen bezüglich der Fusionskontrolle. So soll die zweite Aufgreifschwelle von derzeit 5 Millionen Euro auf nunmehr 10 Millionen Euro heraufgesetzt (§ 35 Abs. 1 Nr. 2) werden. Somit findet keine Zusammenschlusskontrolle statt, wenn ein beteiligtes Unternehmen einen Umsatz von weniger als 10 Millionen Euro im Inland vorzuweisen hat, vorausgesetzt, die Bestimmungen von § 35 Abs. 1a finden keine Anwendung. Die erste Aufgreifschwelle, dass die beteiligten Unternehmen einen weltweiten Umsatz von mehr als 500 Millionen Euro besitzen, bleibt unberührt. Darüber hinaus sollen Zusammenschlüsse von Unternehmen auf kleinen Märkten mit einem Gesamtumsatz von weniger als 20 Millionen Euro (bisher 15 Millionen Euro) grundsätzlich keiner Fusionskontrolle unterliegen (sogenannte Bagatell-Märkte, § 36 Abs. 1 Nr. 2 GWB-RefE).

Die Regelung der Heraufsetzung der zweiten Inlandsumsatzschwelle von 5 auf 10 Millionen Euro soll den Aufwand für das Bundeskartellamt reduzieren. So sollen kartellrechtliche Anmeldungen um etwa 20 % oder rund 270 Anmeldungen jährlich zurückgehen. Zu befürchten ist allerdings, dass institutionelle Private-Equity-Investoren mit kleinen Übernahme-Targets davon profitieren werden. Dies würde allerdings unerwünschte Effekte für die Unternehmenslandschaft hierzulande nach sich ziehen, denn solche Übernahmen durch Private-Equity erfolgen oft mit sehr großen Hebel-Effekten in der Kapitalstruktur, d. h., sie finanzieren einen Großteil der Übernahmen durch Fremdkapital, hingegen nur einen kleineren Teil durch Eigenkapital. Grundsätzlich sind solche Finanzinvestitionen bedenklich, wenn im Zuge dessen beispielsweise Arbeitnehmer- und Mitbestimmungsrechte reglementiert werden und Beschäftigung abgebaut wird. Auch zeigte sich in der Vergangenheit, dass eine Vielzahl der übernommenen Betriebe, ihre finanzielle Grundlage verliert, da Gewinne weder thesauriert oder in Forschung und Entwicklung investiert worden sind, sondern dafür verwendet wurden, die Renditeerwartungen der Finanzinvestoren zu erfüllen.

Statt der Kartellbehörde durch eine Heraufsetzung der Aufgreifschwellen Arbeit zu ersparen, sollte die Behörde stattdessen besser personell ausgestattet werden, um die zahlreichen Anmeldungen auch einer wettbewerbsrechtlichen Prüfung unterziehen zu können.



Auch der Umsatz als maßgebliches Kriterium der Fusionskontrolle ist nicht zeitgemäß, auch wenn die Umsatzberechnung nunmehr nach internationalen Rechnungsstandards durchgeführt werden soll. Umsatzgeringe Unternehmen können viel Einfluss und eine exponierte Stellung im Markt einnehmen, unabhängig der Regelung zu den sogenannten Killer-Akquisitionen. Dies gilt gleichermaßen für die Regelung auf Bagatell-Märkten. Geringe Umsätze sind nicht zwingend Ausdruck geringer Marktmacht.

Eine wesentliche Änderung ist der Anspruch von Unternehmen gegenüber der Behörde auf eine kartellrechtliche Bewertung und Prüfung von Kooperationen. Somit sollen zukünftig Unternehmen Rechtssicherheit erhalten, ob die Zusammenarbeit mit anderen Unternehmen, beispielsweise bei der gemeinsamen Nutzung von Daten oder den Aufbau von Plattformen, rechtskonform ist. In der jüngeren Vergangenheit gab es einige kartellrechtliche Untersuchungen aufgrund Kooperationsvereinbarungen. Somit wird das Selbsteinschätzungsprinzip, nach dem die Unternehmen selbst abwägen mussten, ob die Kooperation kartellrechtlich angemessen ist oder nicht, hinfällig. In der Vergangenheit hat das Bundeskartellamt auch in informellen Verfahren entsprechende Hilfestellungen bei Kooperationen gegeben. Nun soll es aber für die Unternehmen einen verbindlichen Rechtsanspruch auf Bewertung binnen sechs Monaten nach Antragsstellung geben.

Die digitale Transformation macht Kooperationen von Unternehmen notwendig. Aufgrund dessen ist es außerordentlich begrüßenswert, dass Unternehmen zukünftig den Anspruch auf Bewertung von Kooperationen haben. So muss es unter bestimmten Voraussetzungen zulässig sein, dass sich Unternehmen – seien sie Produzenten oder Zulieferer – zur Förderung gemeinsamer Entwicklungen und Innovationen zusammenschließen, um sich gemeinsam zu einem Wettbewerb auf Augenhöhe zu den anderen Unternehmen zu befähigen. Diese Absprachen und Zusammenschlüsse haben keineswegs den Zweck, den Wettbewerb zu Lasten von Verbraucher*innen einzuschränken, sondern dienen in besonderem Maße der Sicherung von Beschäftigung auf dem Arbeitsmarkt, der Einhaltung von Sozialstandards oder der Weiterentwicklung innovativer Geschäftsmodelle.

Das Bundeskartellamt kann gemäß § 39a Unternehmen zur Anmeldung von geplanten Fusionen auffordern. Hiermit will man dem Umstand Rechnung tragen, dass sogenannte Killer-Akquisitionen, also Übernahmen von kleinen, wachstumsstarken und innovativen Unternehmen, die unter die Umsatzschwelle fallen, durch Marktbeherrschern zu unerwünschten Marktkonstellationen führen kann. Marktbeherrscher können mit solchen strategischen Übernahmen den Markteintritt und das Expandieren von Konkurrenten systematisch blockieren. Die Möglichkeit der Aufforderung zur Anmeldung einer Fusion - auch unterhalb der Schwelle - ist ein richtiges Signal, um sogenannte Killer-Akquisitionen vorzubeugen. Dies ließe sich aus Sicht des DGB und der Mitgliedsgewerkschaften allerdings auch dadurch lösen, dass jegliche Zusammenschlüsse von Unternehmen mit marktbeherrschender Bedeutung nach § 18 respektive § 19a, unabhängig der Größe des Zielunternehmens, anzeigepflichtig ist und einer Prüfung unterliegen sollte.



Das Hauptprüfverfahren, also die Entscheidung, ob ein Zusammenschluss statthaft ist, soll im Regelfall von vier auf fünf Monate angehoben werden (§ 40 Abs. 2), in Ausnahmefällen und bei Einverständnis aller Beteiligten bis zu sieben Monaten. Damit möchte man der zunehmenden Komplexität solcher Verfahren gerecht werden. Darüber hinaus sollen die Voraussetzungen für die Erteilung einer Ministererlaubnis für untersagte Fusionen verschärft werden (§ 42 GWB-RefE). Die Erlaubnis kommt nur noch dann in Betracht, wenn die Untersagung auch gerichtlich bestätigt ist und die Unternehmen somit nicht auf anderem Wege als mittels einer Ministererlaubnis die Genehmigung der Fusion erreichen können. Mit der Einführung dieser zusätzlichen Hürde für die Ministererlaubnis (§ 42 GWB-RefE) ist davon auszugehen, dass diese noch weniger als bisher zum Tragen kommt. Die vorgeschlagene Neuregelung berücksichtigt nicht ausreichend, dass der Prüfungsmaßstab für die Erteilung der Ministererlaubnis nicht rechtlicher, sondern wirtschafts- und gesellschaftspolitischer Natur ist. Denn Voraussetzung für eine Erlaubnis ist, dass *gesamtwirtschaftliche* Vorteile eines Zusammenschlusses die Wettbewerbsbeschränkungen aufwiegen oder dass der Zusammenschluss durch ein *überragendes Interesse der Allgemeinheit* gerechtfertigt wird. Die über das Institut der Ministererlaubnis gesicherte Berücksichtigung von Allgemeinwohlgründen, die ansonsten im Kartellrecht – wie oben bereits kritisch angemerkt – keine große Rolle spielen, darf keinesfalls noch weiter zurückgedrängt werden. Die vorgesehene zusätzliche Hürde für eine Ministererlaubnis ist daher weder geboten noch sachgerecht. Ganz im Gegenteil müssen über die Ministererlaubnis hinaus die Kartellrechtsbehörden verpflichtet werden, soziale und ökologische Standards bei wettbewerbsrechtlichen Entscheidungen zu berücksichtigen, wie dies im europäischen Wettbewerbsrecht – zum Beispiel in der Richtlinie 1370/2007 zur Erbringung von Verkehrsdienstleistungen – vorsieht.

Stärkere Beteiligung der Interessenvertretung

Schon im Vorfeld einer etwaigen Fusion müssen die direkt und indirekt betroffenen Stakeholder beteiligt werden. Das schließt zweifelsohne die Arbeitnehmer*innen als wichtige Stakeholder-Gruppe explizit mit ein. Das Kartellrecht sieht derzeit die Möglichkeit der Beiladung bei kartellrechtlichen Verfahren vor (§ 54 GWB-RefE). Darüber hinaus ist es bestimmten Verbänden und Institutionen möglich, sich aufgrund ihrer Fachkompetenz oder gesellschaftlich anerkannten Rolle in laufenden Verfahren Gehör bei den Wettbewerbsbehörden zu verschaffen. Nichtsdestotrotz muss die Beiladung u. a. auch der Interessenvertretungen der betroffenen Arbeitnehmer*innen, der Betriebsräte und Gewerkschaften gleichermaßen, zukünftig obligatorisch sein, also einer Beiladungspflicht entsprechen und über die Anhörung hinaus, z. B. mit Vorschlagsrechten, ausgestaltet werden. Bei anstehenden Zusammenschlüssen und Fusionen müssen die Interessenvertretungen vor einer behördlichen Entscheidung zwingend angehört werden. Betriebsräte verfügen über gute unternehmensinterne Einblicke, die Gewerkschaften über fundierte Kenntnisse der jeweiligen Branche. Aktuell beschränken sich die Informationen, die im Zuge einer Fusion oder Zusammenschlusses an die zuständigen Wettbewerbsbehörden zu übermitteln sind, im Kern auf Marktstrukturdaten. Weiterführende Informationen zu möglichen Auswirkungen



der Fusion auf Beschäftigung, Standorte oder strategische Ausrichtung des Unternehmens werden aktuell lediglich sehr eingeschränkt verlangt. Würden zukünftig auch die Interessenvertretungen mit ihren vertieften Kenntnissen über unternehmensspezifische Belange und Besonderheiten verpflichtend angehört, könnten sie einen wesentlichen Beitrag für eine angemessene Prüfung über eine Fusion und deren Folgen leisten.

Es wird daher vorgeschlagen, den Begriff der Interessenberührung im weit verstandenen Sinne des OLG Düsseldorf (u. a. vom 2. Juli 2014 – VI Kart 2/14) in § 54 Abs. 2 Nr. 3 GWB näher zu bestimmen: „Die aner kennenswerten Interessen sind nicht auf rechtliche Belange beschränkt, sondern umfassen auch wirtschaftliche Interessen. Es ist überdies keine unmittelbare Berührung der Interessen erforderlich, vielmehr kann eine mittelbare Interessenberührung genügen“.

Denkbar ist auch, die Regelung dahingehend zu erweitern, dass die tarifzuständige Gewerkschaft grundsätzlich beigeladen wird, soweit elementare gewerkschaftliche Interessen durch einen Unterbietungswettbewerb mittels Tariflosigkeit und Tarifflicht berührt sind, wie dies zum Beispiel im Einzelhandel häufig der Fall ist.