

10. GWB Novelle

Positionspapier des Bundesverbandes Deutsche Startups e.V. zum Regierungsentwurf

Berlin, 13. Oktober 2020

Einordnung

Mit dem Entwurf zur 10. Novelle des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) hat die Bundesregierung auf Vorschlag des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie einen wichtigen wie ambitionierten Plan vorgelegt, den wir begrüßen.

Die Vorschläge sollen Mechanismen des deutschen Wettbewerbsrechts zielgerichtet stärken, um den Herausforderungen des digitalen Umfelds gerecht zu werden. Diese sind derzeit gekennzeichnet durch starke Monopolisierungstendenzen. Zu berücksichtigen ist dabei, dass sobald die Marktstrukturen erst „gekippt“ sind, es praktisch nicht mehr möglich ist, einen funktionierenden Wettbewerb wiederherzustellen. Die Marktmacht global führender Digitalkonzerne stellt eine Bedrohung für die Wettbewerbsordnung in Deutschland dar. Marktübergreifende Zusammenhänge und missbräuchliche Verhaltensweisen sollten im Rahmen der GWB-Novelle wirksam adressiert werden.

Gerade Startups als jungen Unternehmen muss ein Zugang und eine Teilnahme unter fairen Bedingungen am Markt ermöglicht werden. Eine zu große Marktmacht einzelner Marktteilnehmer wirkt sich im Ergebnis innovationsfeindlich aus. Deshalb ist eine zügige Verabschiedung ohne inhaltliche Verwässerung des Gesetzes von großer Bedeutung – auch um auf europäischer Ebene Akzente setzen zu können. Das Wettbewerbsrecht muss Fairness und Chancengleichheit in der Digitalwirtschaft gewährleisten. Mit Blick auf das digitale Ökosystem muss dabei beachtet werden, dass Plattform nicht gleich Plattform ist. Die Einordnung als digitale Plattform trifft auf unterschiedlichste Unternehmen zu. Zusammen bilden sie ein digitales Ökosystem, bei dem insbesondere die Bedürfnisse der kleineren Spieler, wie Startups, in die Betrachtung der GWB-Novelle einbezogen werden sollten.

§ 19a RegE-GWB | Umgang mit missbräuchlichem Verhalten

Dem §19a RegE-GWB gelingt es im Grundsatz, diese beschriebenen Probleme zu adressieren. Insofern begrüßen wir die Vorschläge der Bundesregierung. Um der GWB-Novelle zusätzliche Wirkungskraft zu verleihen, plädieren wir jedoch für eine Konkretisierung in den folgenden Punkten:

§ 19 a Abs. 1 RegE-GWB | Konkretisierung der Normadressaten

Um eine größere Sicherheit bei der Feststellung einer überragenden marktübergreifenden Bedeutung eines Unternehmens zu gewährleisten, plädieren wir für die Einführung zweier ergänzender Kriterien in § 19a Abs. 1 S. 2 Nr. 4 RegE-GWB:

- a) Total Consumer Time (TCT) – die Zeit, die Nutzer aktiv auf einer Plattform oder in einem Ökosystem verbringen. Einerseits kann durch diesen Frühindikator insbesondere bei werbefinanzierten Angeboten Marktmacht rechtzeitig erkannt werden, bevor es zu einem Tipping Point kommt, und der Wettbewerb auf dem Markt erlahmt. Andererseits ermöglicht eine hohe TCT Unternehmen leicht, ihre Marktmacht auf andere Märkte zu übertragen, da sie die Aufmerksamkeit der Nutzer gezielt auf eigene Angebote lenken können.
- b) Außerdem sollte sowohl das Kriterium der Marktbeherrschung (§ 19a Abs. 1 S. 2 Nr. 1 RegE-GWB) als auch das der Bedeutung für den Marktzugang (§ 19a Abs. 1 S. 2 Nr. 4 bzw. Nr. 5 RegE-GWB) jeweils als zwingendes Kriterium für die Adressaten des § 19a Abs. 1 S. 1 RegE-GWB gelten. So wird es für das Bundeskartellamt und auch die Unternehmen selbst nachvollziehbarer, welche

Unternehmen erfasst sind. Auf diese Weise würde außerdem eine größere Rechtssicherheit hergestellt werden.

§ 19 a Abs. 2 Nr. 1 RegE-GWB | Verbot der Selbstbegünstigung

Das Selbstbegünstigungsverbot in § 19a Abs. 2 Nr. 1 RegE-GWB sollte weiter konkretisiert werden. Es ist klarzustellen, dass auch die direkte Integration eines eigenen Dienstes in die beherrschte Vermittlungsleistung eine Selbstbegünstigung darstellt und die Vermittlung nicht von der Gewährung von Vorteilen abhängig gemacht werden darf, die in keinem angemessenen Verhältnis zur Vermittlungsleistung stehen. Darüber hinaus gilt es, festgestellten Missbrauch effektiver zu unterbinden. Gerade in diesem Kontext ist zu beobachten, dass einzelne Unternehmen ihre marktmächtige Stellung ausnutzen und so maßgeblich Einfluss auf den Wettbewerb nehmen.

§ 19 a Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 | Verbot des "Konditionenmissbrauchs"

Die Auffindbarkeit von Wettbewerbern wird u.a. davon abhängig gemacht, dass diese dem Konkurrenzdienst des marktmächtigen Unternehmens Daten und Informationen zu vorteilhaften Bedingungen (wie z.B. unbegrenzten Gratislizenzen) zur Verfügung stellen. Zugang zu Endkunden ist vielfach nur über das marktmächtige Unternehmen möglich. Hier ist eine missbräuchliche Ausnutzung der Marktdominanz zu beobachten. In der Konsequenz werden dadurch auch der Markteintritt und das Wachstum – gerade für kleine innovative Unternehmen – erschwert und das Konsumentenwohl signifikant gemindert.

§ 19 a Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 | Einführung eines Verbots des "Trademark Search Abuse"

"Trademark Search Abuse", also die Erzeugung eines wirtschaftlichen Zwangs zur Schaltung teurer Werbung, um bei gezielter Suche eines Nutzers nach einer Marke oder einem Unternehmen unmittelbar und sicher „gefunden“ zu werden, ist missbräuchlich und sollte als expliziter Verbotstatbestand aufgenommen werden.

§ 19 a Abs. 2 S. 2 und 3 RegE-GWB | Einführung einer vollen Beweislastumkehr

Die Stärkung des Bundeskartellamtes und die Einführung strengerer Missbrauchsvorschriften für Unternehmen mit überragend marktübergreifender Bedeutung ist zu begrüßen. Gerade die Beweislastumkehr (§ 19a Abs. 2 S. 2 und 3 RegE-GWB) ist geeignet, dem Bundeskartellamt in der Durchsetzung von fairem Wettbewerb mehr Schlagkraft zu verleihen. Die Beweislastumkehr findet ihre wettbewerbspolitische Legitimation in der überragenden Bedeutung der Normadressaten für den Wettbewerb. Es ist daher dringend notwendig, dass – wie noch im Referentenentwurf beabsichtigt – eine volle Beweislastumkehr im Gesetzestext berücksichtigt wird, die für alle Feststellungen nach § 19a Abs. 1 i.V. m. Abs. 2 S. 1 RegE-GWB gilt. Für das „Aufrollen weiterer Märkte“ (§ 19a Abs. 2 Nr. 2 RegE-GWB) sollte es hier – anders als nun im Regierungsentwurf beabsichtigt – keine Ausnahme geben. Andernfalls würde eine der wichtigsten Neuregelungen der GWB-Novelle entscheidend an Durchschlagskraft verlieren. Es würden gerade die problematischen Fälle, in denen ein Unternehmen mit überragender marktübergreifender Bedeutung seine Marktmacht auf neue Märkte ausweitet, von der Beweislastumkehr nicht erfasst sein. Die Verteilung der Beweislast ist daher kein nebensächliches juristisches Detail, sondern zentrale Voraussetzung für eine funktionierende und schlagkräftige Missbrauchsaufsicht. Durch die Beweislastumkehr wird auch nicht Leistungswettbewerb beschränkt, da der RegE vorsieht, dass Abs. 2 Nr. 2 nur noch die „unbillige“ Behinderung von Wettbewerbern erfassen soll.