

Stellungnahme des Bundesverbandes Deutsche Startups e.V.

zum Referentenentwurf des Zehnten Gesetzes zur Änderung des
Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen für ein fokussiertes,
proaktives und digitales Wettbewerbsrecht 4.0 (GWB-Digitalisierungsgesetz)

Berlin, 13. Februar 2020

Einleitung

Der Startup-Verband begrüßt grundsätzlich das im vorliegenden Referentenentwurf formulierte Ziel, das deutsche Kartellrecht den Anforderungen der Digitalisierung anzupassen. Im Bereich der Missbrauchsaufsicht regt der Startup-Verband vorwiegend Klarstellungen an. Sehr kritisch sieht der Startup-Verband allerdings den im Rahmen der Fusionskontrolle neu vorgesehenen § 39 a GWB, der vermeintliche „Killer-Akquisitionen“ erfassen soll, aber auf das Startup-Ökosystem wie ein „Anti-Exit-Gesetz“ wirken würde.

1. Missbrauchsaufsicht

Der Startup-Verband sieht die wesentlichen Änderungsvorschläge als grundsätzlich positiv und geeignet, ein Level-Playing-Field auf digitalen Märkten zu fördern.

Aus Sicht des Startup-Verbands richtig ist die Erfassung von Intermediationsmacht (§ 18 Abs. 3 b) GWB RefE), da sie den Gegebenheiten digitaler Märkte und der häufig herausragenden Bedeutung der Intermediäre für diese Rechnung trägt. Dies gilt auch für die Verweigerung des Daten- bzw. Netzzugangs als Missbrauch (§ 19 Abs. 2 Nr.4 GWB RefE). Allerdings ist hier auch der Eigentums- und Innovationsschutz zugunsten des Dateninhabers zu berücksichtigen. Die recht hohen Voraussetzungen für die Feststellung eines Missbrauchs der Essential-Facility-Doktrin (u.a. drohende Ausschaltung des Wettbewerbs) schaffen aus Sicht des Startup-Verbands einen geeigneten Ausgleich. Sie sollten in weiteren Gesetzgebungsverfahren nicht aufgeweicht werden. Zu dem neuen Missbrauchskatalog für Unternehmen mit „überragend marktübergreifender Bedeutung“ (§ 19a GWB RefE) und den Änderungen in § 20 GWB hat der Startup-Verband die folgenden Anmerkungen:

Zu § 19a Abs. 1 S. 1 GWB RefE

Wortlaut: „Das Bundeskartellamt kann durch Verfügung feststellen, dass einem Unternehmen, das in erheblichem Umfang auf Märkten im Sinne des § 18 Absatz 3a tätig ist, eine überragende marktübergreifende Bedeutung für den Wettbewerb zukommt.“

Der Startup-Verband regt an klarzustellen, dass eine solche Feststellung nur im Einzelfall, d.h. in Bezug auf ein konkretes Unternehmen, getroffen werden kann. Der Startup-Verband spricht sich gegen eine Variante aus, die es dem Bundeskartellamt erlauben würde, proaktiv für zum

Beispiel bestimmte Geschäftsmodelle eine solche Bedeutung festzustellen (etwa nach dem Vorbild der Marktanalyseverfahren nach § 11 TKG). Dies könnte gerade für den Startup-Bereich eine innovationshemmende Rechtsunsicherheit zur Folge haben.

§ 19a Abs. 2 GWB RefE

Ausdrücklich begrüßt der Startup-Verband die Möglichkeit der Untersagung des Self-Preferencing (Nr. 1). Eine Gleichbehandlung der Angebote von Wettbewerbern ist zentral für eine Level-Playing-Field. Klarer könnte der Inhalt bzw. Umfang des Behinderungsverbots (Nr. 2) gefasst sein. Es ist nicht klar, welche Handlungsweisen hier erfasst werden und welche nicht. Innovationen, die Wettbewerbsvorsprünge ermöglichen, sollten nicht erfasst sein. Die Gewährleistung von Interoperabilität (Nr. 4) ist hingegen wichtig, da andernfalls Märkte abgeschottet werden können.

Zu § 20 Abs. 1 S. 1 GWB RefE

Änderung: Streichung des Bezugs auf „kleine oder mittlere“ Unternehmen

Durch die Streichung des „KMU-Vorbehalts“ besteht die Sorge, dass sich große Unternehmen auf eine Abhängigkeit von kleinen Unternehmen berufen können. Dies könnte zum Beispiel der Fall sein, wenn Startups neue, innovative Produkte anbieten. Dies kann den erfolgreichen Aufbau von Startup-Unternehmen behindern. Zwar soll eine Ergänzung Fälle ausschließen, in denen kein deutliches Ungleichgewicht besteht. Allerdings ist die Reichweite dieser Ergänzung unklar. Eine denkbare Präzisierung wäre hier klarzustellen, dass eine entsprechende Gegenmacht dann vorliegt, wenn der Normadressat im Gegensatz zum abhängigen Unternehmen ein kleines oder mittleres Unternehmen ist.

Zu § 20 Abs. 1 S. 2 und § 20 Abs. 1 a GWB RefE

Hier gelten die gleichen Anmerkungen wie zu § 20 Abs. 1 S. 1. Auch hier gilt zu bedenken, dass durch die Neuregelung kleine und mittlere Unternehmen, die nicht marktbeherrschend sind, sonst Gegenstand behördlicher oder – und hier besteht aufgrund des Ungleichgewichts in Hinblick auf mögliche Anspruchsteller die größere Besorgnis – zivilprozessualer Verfahren

werden können. Wie vorstehend vorgeschlagen, sollten diese von der Ausweitung des Anwendungsbereichs ausgenommen werden.

Zu § 20 Abs. 3a GWB RefE

Wortlaut: „Eine unbillige Behinderung im Sinne des Absatzes 3 Satz 1 liegt auch vor, wenn ein Unternehmen mit überlegener Marktmacht auf einem Markt im Sinne des § 18 Absatz 3a die eigenständige Erzielung von positiven Netzwerkeffekten durch Wettbewerber behindert und hierdurch die ernstliche Gefahr begründet, dass der Leistungswettbewerb in nicht unerheblichem Maße eingeschränkt wird.“

Da auch Startups auf durch Netzwerkeffekte geprägten Märkten tätig sind, sollten aus Sicht des Startup-Verbands die unbestimmten Rechtsbegriffe wie „ernstliche Gefahr“, „nicht unerhebliche Beeinträchtigung“ und „Leistungswettbewerb“ präzisiert werden. Ferner ist unklar, ob der Anwendungsbereich ebenso wie der seiner Bezugsnorm (Abs. 3 S. 1) auf kleine und mittlere Unternehmen beschränkt sein soll. Falls dies intendiert ist, sollte dies klargestellt werden. Falls dies nicht intendiert ist, gelten auch hier die vorstehenden Anmerkungen zu § 20 Abs. 1.

2. Fusionskontrolle

Der Startup-Verband begrüßt die vorgesehene Erleichterung für Unternehmen im Rahmen der Fusionskontrolle, insbesondere die Erhöhung der zweiten Inlandsumsatzschwelle auf EUR 10 Mio. (§ 35 Abs. 1 GWB RefE). Allerdings stößt der neu vorgesehene § 39a als mögliches „Anti-Exit-Gesetz“ auf starke Bedenken.

Zu § 39a Abs. 1 GWB RefE

Wortlaut: „Das Bundeskartellamt kann ein Unternehmen durch Verfügung auffordern, jeden Zusammenschluss des Unternehmens mit anderen Unternehmen in einem oder mehreren bestimmten Wirtschaftszweigen anzumelden, wenn

1. das Unternehmen im letzten Geschäftsjahr weltweit Umsatzerlöse von mehr als 250 Millionen Euro erzielt hat und

2. Anhaltspunkte dafür bestehen, dass durch künftige Zusammenschlüsse der Wettbewerb im Inland in den genannten Wirtschaftszweigen eingeschränkt werden kann.“

Mit der Neuregelung soll dem Bundeskartellamt die Prüfung von Zusammenschlüssen ermöglicht werden, die eigentlich nicht anmeldepflichtig sind, weil weder die Umsatzschwellen noch die im Rahmen der 9. GWB-Novelle neu eingeführten Transaktionswertschwelle erfüllt werden. Vor dem Hintergrund der Diskussion über sogenannte „Killer-Akquisitionen“ besteht die Sorge, dass das Bundeskartellamt insbesondere führende Unternehmen aus der Digitalwirtschaft zur Anmeldung verpflichtet wird. Solche Unternehmen sind aber als potentielle Erwerber von Startups wichtig. Die Motivation vieler Gründer liegt gerade in einem erfolgreichen Exit. Die Neuregelung kann insofern innovationshemmend wirken.

Dies hat nicht nur unmittelbare Auswirkungen auf die infrage stehenden Akquisitionen, sondern auch immense Konsequenzen auf das Startup-Ökosystem und den Investitionsstandort Deutschland insgesamt. Denn Investoren investieren, um Unternehmensanteile später gewinnbringend bei einem Exit verkaufen zu können. Wenn Investoren nun potentielle Restriktionen bei diesem angestrebten Exit antizipieren, ist eine Investition in dieses Startup unwahrscheinlich. Ausstiegsbarrieren sind in diesem Sinne immer auch Einstiegsbarrieren. Schon allein die Möglichkeit einer Untersuchung eines potentiellen Exits durch die Behörden sorgt also dafür, dass infrage stehende Startups keine Investitionen erhalten und dementsprechend weniger Chancen auf Wachstum und Erfolg haben. Die negativen volkswirtschaftlichen Implikationen, gerade im Hightech-Bereich, sind groß.