



**STARTUP
VERBAND**

**Stellungnahme des Startup-Verbands zum
Referentenentwurf des
Wettbewerbsdurchsetzungsgesetz**

07.10.2022

Hintergrund

Der BMWK-Referentenentwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Wettbewerbsstrukturen und zur Abschöpfung von Vorteilen aus Wettbewerbsverstößen enthält wichtige Maßnahmen, die es dem Bundeskartellamt ermöglichen sollen, schneller auf Wettbewerbsprobleme zu reagieren, Anreize gegen Kartellrechtsverstöße zu schaffen und die Durchsetzung der neuen EU-Vorschriften für einen faireren Wettbewerb im digitalen Sektor des EU-Binnenmarktes zu gewährleisten. Konkret zielt der Entwurf darauf ab, das Bundeskartellamt bei Sektoruntersuchungen zu stärken, den gesetzlichen Rahmen zur Abschöpfung der durch Kartellrechtsverstöße erzielten Gewinne anzupassen und die Umsetzung des EU Digital Markets Act (DMA) zu gewährleisten.

Aus Sicht des Startup-Verbands setzt der Referentenentwurf damit an vielen Stellen die richtigen Schwerpunkte, um auch jungen Unternehmen eine faire Teilnahme am Markt zu ermöglichen. Mehr Klarheit bedarf bei der parallelen Anwendung des DMA und des § 19a GWB. Darüber hinaus könnte durch eine Konkretisierung der „Gatekeeper“ als Normadressaten mehr Transparenz geschaffen werden. Die möglichen Folgemaßnahmen nach Sektorenuntersuchungen sollten präzisiert werden. Die Erweiterung der Fusionskontrolle durch Einzelverfügung sieht der Startup-Verband kritisch.

Konsistente Anwendung von DMA und GWB sicherstellen

Gemäß den Regelungen in § 19a GWB hat das Bundeskartellamt weitreichende Eingriffsbefugnisse gegenüber Unternehmen, bei denen förmlich festgestellt wird, dass ihnen eine überragende marktübergreifende Bedeutung für den Wettbewerb zukommt. Der DMA sieht u.a. in Artikel 6 Absatz 5 ähnliche Bestimmungen zur Selbstbevorzugung, wie sie auch in § 19a Abs. 2 enthalten sind, vor. Es ist daher davon auszugehen, dass § 19a GWB und der DMA teilweise einen ähnlichen Anwendungsbereich haben und somit ggf. die gleichen Unternehmen und Tatbestände betreffen.

Gemäß DMA sollen die EU-Kommission als „alleinige Durchsetzungsbehörde“ und die nationalen Behörden der Mitgliedstaaten „eng zusammen“ arbeiten und ihre Maßnahmen koordinieren, um eine „kohärente, wirksame und komplementäre Durchsetzung“ zu gewährleisten. Der vorliegende Referentenentwurf erkennt die exklusive Durchsetzung des DMA durch die EU-Kommission als Wettbewerbsbehörde an und räumt dem Kartellamt die entsprechenden Ermittlungsbefugnisse zur Unterstützung der EU-Kommission in der DMA-Umsetzung ein. Davon zu unterscheiden sind aber bestehende

Rechtsunsicherheiten bzgl. der ähnlichen Anwendungsbereiche beider Gesetzestexte, die nicht adressiert werden.

In der Umsetzung des DMA muss sichergestellt werden, dass es zu keinen wettbewerbsartigen Verhältnissen zwischen den nationalen und europäischen Einrichtungen kommt. Denn aktuell ist die genaue Abgrenzung der Anwendungsbereiche von GWB und DMA und damit einhergehend die konkrete Aufteilung der Zuständigkeiten zwischen der EU-Kommission und dem Bundeskartellamt nicht ausreichend geklärt. Dabei sollte aber sichergestellt werden, dass § 19a GWB weiter anwendbar bleibt, um potenzielle Lücken des DMA zu schließen.

Im Rahmen der Novellierung des GWB sollte demgemäß auch die Rolle des Bundeskartellamts in der Umsetzung der Regulierung von missbräuchlichem Verhalten von Unternehmen mit überragender marktübergreifender Bedeutung für den Wettbewerb konkretisiert werden. Dies sollte bereits vor in Kraft treten der EU-Verordnung erfolgen, um inkonsistente Entscheidungen zu vermeiden. Sofern die unklare Rechtslage weiter bestehen bleibt, könnten die Gatekeeper bzw. Unternehmen mit überragender marktübergreifender Bedeutung für den Wettbewerb im schlimmsten Fall die parallele Anwendung der europäischen und nationalen Rechtsakte gerichtlich anfechten.¹

Private Enforcement und DMA

Der Regierungsentwurf betont, dass die private Rechtsdurchsetzung als zweites Standbein neben die behördliche Durchsetzung durch die EU-Kommission treten solle. Daher sollen zukünftig auch Private einen Unterlassungsanspruch nach § 33 Abs. 1 GWB – und damit einhergehend wegen des Verweises in § 33a Abs. 1 GWB auch einen Schadensersatzanspruch bei Verstößen gegen Artikel 5, 6 und 7 DMA unmittelbar bei deutschen Gerichten geltend machen können.

Während Follow-on-Klagen, also Schadensersatzklagen in Folge eines von der EU-Kommission festgestellten Verstoßes gegen Art. 5, 6 und 7 DMA sinnvoll sein können, erscheint uns ein darüberhinausgehendes Private Enforcement als wenig sinnvoll, da es zu Inkonsistenzen in der Anwendung des DMA führen kann. Die Zuständigkeit für das Enforcement des DMA sollte allein bei der EU-Kommission und nicht zusätzlich bei deutschen Gerichten liegen.

¹ Wissenschaftliche Dienste des Deutschen Bundestags zur Anwendbarkeit von § 19a GWB im Lichte des europäischen Gesetzgebungsverfahrens zum „Digital Markets Act“ ([LINK](#))

Zudem bestehen Zweifel, ob solch ein weites Private Enforcement im DMA angelegt ist. Der DMA sieht unmittelbar nur Anwendbarkeit der Verbandsklage-Richtlinie nach Art. 42 DMA und damit eine Form des kollektiven Rechtsschutzes vor. Auch Art. 39 DMA, der von dem Regierungsentwurf als indirekte Aufforderung zu weitergehenden privaten Rechtsdurchsetzungsmöglichkeiten, als es die Verbandsklagemöglichkeit vorsieht, verstanden wird, lassen sich solche weitgehenden privaten Rechtsdurchsetzungsbefugnisse nicht unmittelbar entnehmen.

Konkretisierung der „Gatekeeper“ als Normadressaten

Sowohl im Rahmen der DMA-Anwendung als auch im GWB bedarf es einer konkreteren Ausdefinierung der Kriterien für die Digital-Unternehmen mit besonderer Bedeutung für den Wettbewerb, die beide Rechtsakte adressieren.

Der DMA benennt ein Unternehmen u.a. als Gatekeeper, wenn es eine bestimmte Anzahl an aktiven und gewerblichen Endnutzer*innen vorweist. Als Endnutzer*in gilt, wer z.B. einen Online-Vermittlungsdienst durch aktives Einloggen, Eingeben einer Abfrage, Klicken oder Scrollen genutzt hat oder mindestens einmal im Monat eine Transaktion darüber abgewickelt hat. Die exakte Definition von aktiven und gewerblichen Endnutzer*innen ist allerdings immer noch offen, auch wenn durch den Anhang im DMA weitere Klarheit geschaffen wurde. Im GWB wird ein Unternehmen mit marktübergreifender Bedeutung für den Wettbewerb insbesondere anhand seiner marktbeherrschenden Stellung, Finanzkraft, vertikalen Integration, Zugang zu Daten sowie Bedeutung für die Geschäftstätigkeit Dritter definiert.

Um das tatsächliche Wettbewerbspotenzial besser zu reflektieren, sollte auch die Zeit, die Nutzer*innen aktiv auf einer Plattform verbringen (Verbraucherzeit oder Total Consumer Time (TCT)), bei der Definition eines Unternehmens mit überragender marktübergreifender Bedeutung für den Wettbewerb berücksichtigt werden. Diese kann insbesondere bei werbefinanzierten Dienstleistungen ein Indikator für die Marktmacht eines Unternehmens sein. Darüber hinaus ermöglicht eine hohe Nutzerzeit es, regelmäßig die Aufmerksamkeit der Nutzer*innen auch auf weitere Angebote des Gatekeepers zu lenken und damit die Marktposition weiter zu festigen.

Vor diesem Hintergrund sollte daher die TCT in § 19a GWB als ein Kriterium ergänzt werden. Die zuständigen Behörden sollten das Unternehmen per Anordnung verpflichten können, die TCT über einen bestimmten Zeitraum zu messen. Die Messung muss von einem geeigneten Mechanismus zur Sicherstellung der

Ordnungsmäßigkeit und Datenintegrität begleitet werden, wie z. B. einem Bestätigungsvermerk, aufsichtsbehördlicher Kontrollbefugnisse oder einem Überwachungstreuhand.

Eine TCT-Messung könnte als Transparenzverpflichtung ausgestaltet werden, auf deren Grundlage entschieden wird, ob eine weitere Marktregulierung erforderlich ist.

Folgemaßnahmen nach Sektoruntersuchungen

Die im neuen § 32f GWB vorgesehenen weitergehenden Maßnahmemöglichkeiten nach Sektoruntersuchungen sind grundsätzlich zu begrüßen, da gerade in den Bereichen der vom Bundeskartellamt in letzter Zeit vorgenommenen bzw. eingeleiteten Sektoruntersuchungen (u.a. nicht-suchgebundene Online-Werbung, Scoring beim Online-Shopping, Messenger- und Video-Dienste, Mobile Apps) vielfach Startups durch etablierte Unternehmen behindert werden. Insbesondere die vorgesehenen verhaltensorientierten Maßnahmen nach Absatz 3 können hier voraussichtlich vielfach Abhilfe schaffen.

Allerdings bedeuten sie auch einen Paradigmenwechsel im Kartellrecht, da die Eingriffsbefugnisse unabhängig von Verstößen gegen das Kartellrecht bestehen. Nicht zuletzt aus verfassungsrechtlichen Gründen (insbesondere Berufsfreiheit und Eigentumsgarantie) sollten hier höhere und bestimmtere Anforderungen an die Eingriffsbefugnisse gestellt werden. Das Kriterium einer „erheblichen, andauernden oder wiederholten Störung des Wettbewerbs“ erscheint zu unpräzise und niedrigschwellig. Der Startup-Verband regt an, hier an die Kriterien der Marktbeherrschung nach § 18 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 2 GWB anzuknüpfen, d. h. eine Marktbeherrschung ohne Wettbewerber oder ohne wesentlichen Wettbewerb vorauszusetzen.

Erweiterung der Fusionskontrolle

Der erst mit der 10. GWB-Novelle eingeführte § 39a GWB soll in § 32f Abs. 2 überführt und dabei weiter verschärft werden. Insbesondere sollen bereits Zielunternehmen mit einem Umsatz von EUR 0,5 Mio. (bisher EUR 2 Mio.) erfasst werden. Die Voraussetzung, dass ein Zielunternehmen zwei Drittel seiner Umsatzerlöse im Inland erzielt haben muss, entfällt. Die Bagatellmarktklausel des § 36 Abs. 2 Satz Nr. 2 GWB wird für nicht anwendbar erklärt.

Diese Erweiterung kann auf das Startup-Ökosystem wie ein „Anti-Exit-Gesetz“ wirken. Denn Investor*innen investieren, um Unternehmensanteile später gewinnbringend bei einem Exit verkaufen zu können. Wenn Investor*innen nun

potenzielle 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 potenziellen Exits durch die Behörden sorgt also dafür, dass infrage stehende Startups keine Investitionen erhalten und dementsprechend weniger Chancen auf Wachstum und Erfolg haben.

Wir schlagen daher vor, junge Unternehmen, die erst seit fünfzehn Jahren am Markt agieren, explizit von der Vorschrift auszunehmen. Auch wenn der konkrete Zeitpunkt des Exits von Gründern aus ihrem Startup individuell verschieden ist, sind fünfzehn Jahre aus unserer Erfahrung ein üblicher Referenzwert.

Zum Startup-Verband:

Der Startup-Verband ist die Stimme der Startups in Deutschland. Seit seiner Gründung 2012 vertritt der Verband die Startup-Interessen gegenüber Politik, Wirtschaft und Öffentlichkeit. In seinem Netzwerk mit mittlerweile mehr als 1.200 Mitgliedern schafft der Verband darüber hinaus einen Austausch zwischen Startups untereinander, aber auch zwischen Startups und etablierter Wirtschaft. Ziel des Startup-Verbandes ist es, Deutschland und Europa zu einem gründungsfreundlichen Standort zu machen, der Risikobereitschaft honoriert und den Pionieren unserer Zeit die besten Voraussetzungen bietet, um mit Innovationskraft erfolgreich zu sein. Im Lobbyregister des Deutschen Bundestages sind wir unter der Nummer R002111 registriert.