

## Für ein selbstbewusstes Wettbewerbsrecht

### Stellungnahme der Zalando SE zum Kabinettsentwurf eines Zehnten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen für ein fokussiertes, proaktives und digitales Wettbewerbsrecht 4.0 (GWB-Digitalisierungsgesetz)

#### Vorbemerkung

“Einen Ordnungsrahmen zu gestalten, der den Anforderungen an die Digitalisierung und Globalisierung der Wirtschaft gerecht wird.” – dieses Ziel hat sich die Bundesregierung im Entwurf der Novelle des Wettbewerbsrechts gesetzt. Aus Sicht von Zalando kommt der Regierungsentwurf für die 10. GWB-Novelle dieser ambitionierten und notwendigen Zielsetzung sehr nahe.

Das deutsche Wettbewerbsrecht braucht ein Update. Denn digitale Märkten folgen neuen Mechanismen. Diese Mechanismen erleichtern den Aufbau von Marktmacht und machen den Missbrauch von Marktmacht umso folgenschwerer.

So wirken etwa geographische Entfernungen und räumliche Auslastungen sowie daraus resultierende Marktmechanismen nicht mehr als limitierende Faktoren. Die Kundschaft eines stationären Händlers zum Beispiel ist auf diejenigen Menschen beschränkt, die das Ladengeschäft zu Fuß, mit dem Fahrrad, den öffentlichen Verkehrsmitteln oder dem Auto erreichen können. Im Onlinehandel hingegen können die Kund\*innen theoretisch auch vom anderen Ende der Welt aus einkaufen.

Darüber hinaus können globale übergroße Plattformunternehmen ihre Marktmacht leicht auf andere Märkte übertragen und dort ausnutzen. Sie sammeln beispielsweise Daten über ihr Werbegeschäft, die sie anschließend nutzen können, um in genau diejenigen Märkte einzusteigen, für die geworben wurde. Um die Netzwerkeffekte bestmöglich auszuspielen und möglichst viele Daten zu sammeln, optimieren sie ihre Produkte danach, dass Nutzer\*innen möglichst viel Zeit auf ihrer Plattform bzw. ihrem “digitalen Ökosystem” verbringen. Über die immer weiter steigende Nutzer\*innenzeit werden globale übergroße Plattformunternehmen zum Gatekeeper auf immer mehr Märkten. Ist nicht sichergestellt, dass sie diese marktübergreifende Bedeutung nicht missbrauchen, erlahmt der Wettbewerb. Am Ende verlieren nicht nur die Wettbewerber, sondern insbesondere die Verbraucher\*innen.

Diese Entwicklungen machen eine Anpassung des GWB notwendig. Nur so kann sichergestellt werden, dass alle Unternehmen eine Chance am Markt haben, sie im fairen Wettbewerb miteinander stehen können sowie neue, innovative Produkte und Dienstleistungen entwickeln und anbieten können.

## Im Einzelnen

### § 19a Abs. 1 GWB-E

#### *Aktive Nutzer\*innenzeit bzw. Total Consumer Time (TCT)*

Die Einführung des neuen § 19a GWB-E „Missbräuchliches Verhalten von Unternehmen mit überragender marktübergreifender Bedeutung für den Wettbewerb“ ist eine richtige Antwort auf die in der Vorbemerkung beschriebenen neuen Gegebenheiten. Aus unserer Sicht birgt § 19a GWB-E die Chance, den Wettbewerb auf digitalen Märkten fairer zu gestalten und setzt dadurch neue Wachstumsimpulse. Wir sind jedoch der Auffassung, dass § 19a GWB-E noch zielgenauer gestaltet werden kann, um diese Zielsetzung zu erreichen. Wir schlagen daher vor, 19a Abs. 1 GWB-E um das Kriterium Aktive Nutzer\*innenzeit zu ergänzen. Aktive Nutzer\*innenzeit ist die Zeit, die Nutzer\*innen insgesamt aktiv auf einer Plattform oder in einem Ökosystem verbringen.

Das Ziel der 10. GWB-Novelle ist es, dem Bundeskartellamt zu ermöglichen, Marktmachtverschiebungen frühzeitig zu erkennen und vor allem Marktmachtmissbrauch dadurch zu verhindern. Mit der 9. GWB-Novelle wurde der Bedeutung von Daten, die zeitlich vor der Monetarisierung stehen, Rechnung getragen. Mit der 10. GWB-Novelle kann, durch die Aufnahme der Aktiven Nutzer\*innenzeit, das Erkennen von überragender marktübergreifender Bedeutung zeitlich noch früher ansetzen. Denn eine notwendige Bedingung für das Generieren von Daten ist Aktive Nutzer\*innenzeit in einem Angebot oder Ökosystem. Für das Ziel des § 19a GWB-E, wie es in der Begründung dargelegt wird – den Wettbewerbsprozess auch im Hinblick auf noch nicht beherrschte Märkte weitergehend zu schützen – ist die aktive Nutzerzeit besonders als Indikator geeignet.

Denn Aktive Nutzer\*innenzeit komplementiert die klassischen Indikatoren zur Bewertung von Marktmacht. Die Aktive Nutzer\*innenzeit ist ein Frühindikator, bei dem es darum geht, die Bedeutung im Markt und die sich abzeichnende Marktmacht zu erfassen. Er setzt somit früher an, als es etwa Umsätze oder Finanzkraft tun. Eine hohe Aktive Nutzer\*innenzeit ermöglicht es Unternehmen sehr schnell in neue Märkte vorzudringen. Eine hohe Nutzer\*innenzeit spielt daher bei der Expansion in neue Märkte eine entscheidende Rolle.

Bereits jetzt ist die Optimierung – das heißt Verlängerung – der aktiven Nutzer\*innenzeit einer der Hauptbeweggründe für das Agieren von vielen Plattformunternehmen. Sie verwenden die Nutzerzeit als KPI, um ihre Produkte danach zu optimieren. Einige dieser insbesondere werbefinanzierten Unternehmen, geben sie sogar in Jahresberichten an. Aktive Nutzer\*innenzeit ist für werbefinanzierte Anbieter bereits eine der entscheidenden Größen geworden. Das GWB sollte dieser Entwicklung Rechnung tragen.

Auch viele Eigenschaften und Auswirkungen von digitalen Produkten, die wir politisch und gesellschaftlich diskutieren, gehen auf die Optimierung nach Zeit zurück. Filterblasen zum Beispiel sind nicht entstanden, weil sie sich jemand zum Ziel gesetzt hat. Sie sind entstanden, weil festgestellt wurde, dass Menschen länger auf einer Plattform bleiben, wenn

sie Inhalte angezeigt bekommen, die sie mögen und dem gleichen, was sie zuvor gesehen haben.

Dabei gilt für die Aktive Nutzer\*innenzeit das gleiche, wie für die bereits vorgesehenen Indikatoren: Aktive Nutzer\*innenzeit muss nicht auf jeden Markt und in jedem Einzelfall angewendet werden. Vielmehr bietet die Ergänzung von Aktive Nutzer\*innenzeit dem Bundeskartellamt ein weiteres Instrument zur frühzeitigen Identifikation von Unternehmen mit überragender marktübergreifender Bedeutung für den Wettbewerb.

Die aktive Nutzer\*innenzeit erfasst dabei diejenige Zeit, in der ein Unternehmen etwas über den Nutzer lernt, weil er klickt, scrollt oder sich sonst irgendwie erfassbar verhält. Wenn ein Film läuft oder Musik gehört wird, lernt das Unternehmen nichts, weil der Nutzer in dieser Zeit nicht mit der Plattform interagiert. (Werbefreies) Streamen fällt daher nicht in die aktive Nutzer\*innenzeit. Ähnlich würde es sich beim Autonomen Fahren verhalten.

Schließlich wird durch die Aufnahme der Aktiven Nutzer\*innenzeit die aufkommende Rechtsunsicherheit gemindert. Denn durch die Einführung der “überragenden marktübergreifenden Bedeutung” wird ein neues Instrument geschaffen, das grundsätzlich eine zu begrüßende Anpassung des GWB darstellt, nichtsdestotrotz neu ist und – durch einen unbestimmten Rechtsbegriff – Rechtsunsicherheit für Unternehmen schafft. Quantitative Kriterien würden diese Rechtsunsicherheit erheblich mindern und sicherstellen, dass nicht Unternehmen erfasst werden, die nicht erfasst werden sollen. Die Aufnahme der aktiven Nutzer\*innenzeit ist daher auch in dieser Hinsicht eine hilfreiche Ergänzung.

### **§ 18 Abs. 3a GWB-E**

Wie in § 19a Abs. 1 GWB-E, so sollte auch in § 18 Abs. 3a GWB-E Aktive Nutzer\*innenzeit als Indikator aufgenommen werden. Denn die Aktive Nutzer\*innenzeit kann nicht nur dazu dienen, eine überragende marktübergreifende Bedeutung für den Wettbewerb festzustellen, sondern ist ebenfalls ein Frühindikator für Marktmacht auf einzelnen mehrseitigen Märkten. Die aufgezeigten Vorteile von Aktiver Nutzer\*innenzeit als zusätzliches – ergänzendes – Kriterium gelten hier entsprechend.

### **§ 20 GWB-E**

Das bisherige Missbrauchsverbot für Unternehmen mit relativer oder überlegener Marktmacht soll für digitale Märkte erweitert werden: relative Marktmacht soll auf Plattformen ausgeweitet werden, relative Marktmacht soll sich durch Zugang auf Daten ergeben können und eine Behinderung der Erzielung von positiven Netzwerkeffekten der Wettbewerber kann als unbillig gelten.

Aus unserer Sicht stellt sich die Frage, ob es dieser Ausweitung tatsächlich bedarf, um die aktuellen Probleme im Wettbewerbsrecht zu beheben. Obwohl die Erweiterung auch des § 20 diskussionswert ist, möchten wir darauf hinweisen, dass der Entwurf an dieser Stelle möglicherweise über das Ziel hinausgeht. Unserer Ansicht nach geht das Risiko von gravierenden und wettbewerbschädlichen Verhaltensweisen eher von Unternehmen aus,

die in den Anwendungsbereich von § 19 oder §19 a fallen. Zudem ist im Zusammenhang mit Zugang zu Daten unklar, welcher eigene Anwendungsbereich dem neu vorgeschlagenen § 19 Absatz 2 Nummer 4 verbleiben würde, wenn ein zusätzlicher Zugangsanspruch auch auf Ebene des § 20 aufgenommen würde.

### **§ 32c Abs. 4 GWB-E**

§ 32c Abs. 4 GWB-E sieht vor, dass Unternehmen beim Bundeskartellamt einen Antrag auf eine Einschätzung zu geplanten Kooperationen stellen können. Das Bundeskartellamt muss dann entscheiden, ob bei einer geplanten Kooperation kein Anlass zum Tätigwerden besteht. Wir unterstützen diese Änderung sehr. Derzeit besteht bei Unternehmen ein hohes Maß an Rechtsunsicherheit im Hinblick auf neue Kooperationsformen – bspw. in Bezug auf Datenaustausch. Aktuell werden solche Datenkooperationen von den Beteiligten oftmals unterschiedlich eingeschätzt, da es an dezidiertem Entscheidungspraxis mangelt. Es ist davon auszugehen, dass diese Unsicherheit mit steigender Relevanz von Daten, wachsenden Datenmengen und neuen, innovativen Verarbeitungsmöglichkeiten weiter zunehmen wird. Sollte die Unsicherheit bestehen bleiben, wird sie die Innovationskraft der deutschen und europäischen Wirtschaft erheblich bremsen. Der im Entwurf enthaltene „Anspruch auf Entscheidung“ stellt daher einen richtigen Ansatz dar. Er ermöglicht Unternehmen, die rechtliche Zulässigkeit innovativer Kooperationen vorab zu klären und so das Potential der Datenökonomie voll auszuschöpfen. Die vorgeschlagene Änderung kann aus unserer Sicht einen wichtigen Beitrag dazu leisten, Datenkooperationen in Deutschland zu fördern.

Im aktuellen Entwurf des § 32c Abs. 4 GWB-E greift diese neue Option noch nicht für alle relevanten Kooperationen: Sie ist auf Kooperationen zwischen „Wettbewerbern“ beschränkt. Dadurch würde der Anspruch lediglich auf Kooperationen in einem horizontalen Wettbewerbsverhältnis Anwendung finden, nicht hingegen auf vertikale Wettbewerbsverhältnisse. Gerade von Kooperationen in vertikalen Wettbewerbsverhältnissen können jedoch Innovationen ausgehen – insbesondere in der Plattformökonomie. In der Praxis von Zalando bspw. dürften Kooperationen in vertikalen Wettbewerbsverhältnissen der häufigere Anwendungsfall sein. Daher sollte der Anspruch auf Kooperationen in vertikalen Wettbewerbsverhältnissen erweitert werden, etwa durch die Ersetzung des Begriffs „Wettbewerbern“ mit „Marktteilnehmern“.

### **Zalando**

*Als Europas führende Online-Plattform für Mode und Lifestyle bedienen wir rund 35 Millionen aktive Kunden in 17 Ländern. Wir forschen an Künstlicher Intelligenz, entwickeln sie zur Marktreife und schaffen damit Innovation in Europa. Wir setzen uns ambitionierte Nachhaltigkeitsziele und treiben unsere Branche voran. Wir sehen uns als Erfolgsgeschichte des Europäischen Binnenmarkts.*

20. November 2020