



Universität St.Gallen

# Informationsrecht

Wettbewerbsrecht (UWG & KG)

Prof. Dr. iur. Daniel Hürlimann, Ass.-Prof. für Informationsrecht

4. Mai 2017

# Überblick Informationswettbewerbsrecht

- Information als Wettbewerbsvorteil
- Wettbewerbsrechtlicher Schutz von Information
- Wettbewerbsrechtlicher Schutz vor Informationsmissbrauch
- Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung durch Verhinderung von Informationszugang

# Information als Wettbewerbsvorteil

- Schutz von Information durch Geheimhaltung (Geschäftsgeheimnis)
- Schutz von Information durch Datenschutzrecht
- Schutz von Information durch Immaterialgüterrecht
- Abgrenzung Immaterialgüterrecht / Wettbewerbsrecht
  - Immaterialgüterrecht schützt immaterielle Güter
  - Wettbewerbsrecht schützt Wettbewerb
  - Immaterialgüterrecht schafft Monopole als Belohnung für Innovation
  - Wettbewerbsrecht verhindert unlauteren Wettbewerb (UWG) und Monopole (KG), weil diese u.a. Innovation hemmen
  - Wettbewerbsrecht und IGR ergänzen sich, beide schützen Innovation

# Wettbewerbsrechtlicher Schutz von Information

- Lauterkeitsrechtlicher Schutz
  - Auskundschaftung von Fabrikations- oder Geschäftsgeheimnissen ([Art. 4 lit. c UWG](#))
  - Verwertung fremder Leistung ([Art. 5 UWG](#))
  - Verletzung von Fabrikations- und Geschäftsgeheimnissen ([Art. 6 UWG](#))
- Fabrikationsgeheimnis = technisches Wissen, das zur Herstellung von Produkten erforderlich ist
- Geschäftsgeheimnis = Informationen, welche anderweitig für ein Unternehmen von Bedeutung sind
  - Strategie
  - Preispolitik
  - Kunden, Geschäftspartner

# Fall: Geschäftsgeheimnis

- Gesuch um Zugang zu amtlichen Dokumenten, aus denen hervorgeht, wieviel die Universitätsbibliothek Basel an Verlage bezahlt hat bzw. bezahlen wird
- Abweisung des Gesuchs durch Verwaltungsdirektion und Abweisung des Rekurses durch Rekurskommission der Universität Basel
- Abweisung des Rekurses durch Appellationsgericht des Kantons Basel-Stadt mit Urteil vom 2. Dezember 2016
- Beurteilung nach § 75 Abs. 2 KV-BS und Gesetz über die Information und den Datenschutz des Kantons Basel-Stadt (IDG-BS)

# Fall: Geschäftsgeheimnis

- [§ 75 Abs. 2 KV-BS](#): Das Recht auf Einsicht in amtliche Akten besteht, soweit nicht überwiegende öffentliche oder private Interessen entgegenstehen.
- § 25 Abs. 1 [IDG-BS](#): Jede Person hat Anspruch auf Zugang zu den bei einem öffentlichen Organ [...] vorhandenen Informationen, [...].
- § 29 Abs. 1 [IDG-BS](#): Das öffentliche Organ hat die Bekanntgabe von oder den Zugang zu Informationen im Einzelfall ganz oder teilweise zu verweigern oder aufzuschieben, wenn eine besondere gesetzliche Geheimhaltungspflicht oder ein überwiegendes öffentliches oder privates Interesse entgegensteht.

# Fall: Geschäftsgeheimnis

[Urteil des Appellationsgerichts BS](#), E. 4.4: “Es ist zu bezweifeln, dass die Verlage im Falle der Transparenz bezüglich der mit dem Konsortium der Schweizer Hochschulbibliotheken individuell ausgehandelten Preise noch Preisreduktionen im gleichen Umfang gewähren würden, weil in diesem Fall alle anderen Abnehmer eine analoge Preisgestaltung fordern könnten. Es ist zu befürchten, dass Transparenz hinsichtlich der Preisgestaltung nicht zu tieferen, sondern zu höheren Beschaffungskosten führen würde, weil die Ausübung der eigenen Marktmacht des Konsortiums nicht mehr im gleichen Umfang möglich wäre. Damit besteht ein erhebliches **öffentliches Interesse an der Geheimhaltung** der vom Rekurrenten gewünschten Informationen.”

# Fall: Geschäftsgeheimnis

Privates Interesse an Geheimhaltung?

Voraussetzungen für Geheimhaltung:

- relative Unbekanntheit: Tatsache ist weder offenkundig noch allgemein zugänglich
- objektives Geheimhaltungsinteresse: Geheimnisherr hat ein berechtigtes Interesse an der Geheimhaltung
- subjektives Geheimhaltungsinteresse: Geheimnisherr will Tatsache geheim halten



# Fall: Geschäftsgeheimnis

## Berechtigung eines Geheimhaltungsinteresses

- BVGer: Berechtigung des Geheimhaltungsinteresses abhängig von der Frage, ob ein Wettbewerbsverhältnis besteht (BVGE 2013/50, E. 8.2)
- EDÖB: Berufung auf Geschäftsgeheimnis nur dann zulässig, wenn eine Konkurrenzsituation gegeben ist ([Empfehlung vom 19. Oktober 2015](#), Rz. 39)
- Appellationsgericht BS: Geheimhaltungsinteresse ist nicht davon abhängig, ob ein wirksamer Wettbewerb besteht.

# Fall: Geschäftsgeheimnis

[Urteil des Appellationsgerichts BS](#), E. 4.5.4: “Es liegt auf der Hand, dass auch der Geschäftserfolg eines Unternehmens mit monopolistischer Stellung auf dem Markt geschmälert werden kann, wenn dessen Abnehmer gestützt auf publik gewordene vertrauliche Daten günstigere Konditionen verlangen. Somit kann auch ein Monopolist sich auf den Schutz von Geschäftsgeheimnissen im Sinne von Art. 7 Abs. 1 lit. g BGÖ berufen.”

→ Interesse an der Geheimhaltung = berechtigtes Interesse an der Geheimhaltung

# Fall: Geschäftsgeheimnis

## Preise als Geschäftsgeheimnisse

- Erziehungsdirektion Bern: Preise alleine stellen kein Geschäftsgeheimnis dar
- ebenso: Rekurskommission der Zürcher Hochschulen
- ebenso: Bibliothekskommission der Zentralbibliothek Zürich
- ebenso: Cour de Justice des Kantons Genf
- Appellationsgericht BS: erhebliches privates Interesse überwiegt öffentliches Interesse; keine Ausführungen zur Frage, ob ein berechtigtes Interesse an der Geheimhaltung vorliegt

# Fall: Geschäftsgeheimnis

[Urteil des Appellationsgerichts BS](#), E. 4.5.5: “Die Erziehungsdirektion des Kantons Bern [...] nicht nachvollziehbar. [...] Zum gleichen apodiktischen Schluss wie die Erziehungsdirektion des Kantons Bern, dass Preise allein noch kein Geschäftsgeheimnis darstellen würden, kommen die Rekurskommission der Zürcher Hochschulen [...] sowie die Bibliothekskommission der Zentralbibliothek Zürich [...]. Diesen beiden Entscheiden kann aus den angeführten Gründen ebenso wenig gefolgt werden wie dem Urteil der Cour de Justice des Kantons Genf [...] die Monopolstellung eines Unternehmens auf dem Markt [schliesst] nicht aus, dass sein Geschäftserfolg bei Bekanntwerden sensitiver Informationen erheblich beeinträchtigt werden kann.”

# Kartellrecht in a nutshell

1. Unzulässige Wettbewerbsabreden ([Art. 5 KG](#))
  - Generalklausel (Abs. 1)
  - Rechtfertigung (Abs. 2)
  - Horizontalabreden (Abs. 3)
  - Vertikalabreden (Abs. 4)
2. Unzulässige Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen ([Art. 7 KG](#))
3. Unternehmenszusammenschlüsse (Art. 9 f. KG)

# Kartellrechtlicher Schutz vor Informationsmissbrauch

- Austausch von Information (z.B. Preise) als Wettbewerbsabrede
  - Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs bei Preis-, Mengen-, und Gebietsabsprachen ([Art. 5 Abs. 3 KG](#))
  - Widerlegung der Vermutung möglich
- Verweigerung von Information als unzulässige Verhaltensweise marktbeherrschender Unternehmen
  - Essential- Facilities
  - Informationen als Essential Facilities
- Kartellrechtlicher Anspruch auf Informationszugang
  - Ansprüche aus Wettbewerbsbehinderung ([Art. 12 KG](#))
  - Durchsetzung des Beseitigungs- und Unterlassungsanspruchs ([Art. 13 KG](#))

# Fall: Preisempfehlungen

- Wettbewerbskommission ([02.11.2009](#)): Qualifikation von Preisempfehlungen für Medikamente als Wettbewerbsabreden
- Bundesverwaltungsgericht ([03.12.2013](#)): Gutheissung der Beschwerden gegen Entscheid der Wettbewerbskommission, weil Kartellgesetz bei verschreibungspflichtigen Medikamenten nicht anwendbar
- Bundesgericht ([28.01.2015](#)): Gutheissung der Beschwerde gegen das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts, weil Kartellgesetz doch anwendbar; Rückweisung zu neuem Entscheid

# Fall: Preisempfehlungen

## Art. 3 KG: Verhältnis zu anderen Rechtsvorschriften

- Art. 3 Abs. 1 KG: Vorbehalten sind Vorschriften, soweit sie auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen Wettbewerb nicht zulassen, [...]
- Art. 3 Abs. 2 KG: Nicht unter das Gesetz fallen Wettbewerbswirkungen, die sich ausschliesslich aus der Gesetzgebung über das geistige Eigentum ergeben. [...]
- Fallen die Verschreibungspflicht gemäss HMG und das Publikumswerbeverbot gemäss AMW unter Art. 3 KG?



# Fall: Preisempfehlungen

Urteil B-364/2010 des Bundesverwaltungsgerichts vom 3. Dezember 2013, E. 8.1:

“[B]eim strittigen Medikament [vermögen] die heilmittelgesetzlichen Rahmenbedingungen (Verschreibungspflicht sowie Publikumsverbot) angesichts des psychologisch wirksamen "Schamfaktors" (als wettbewerbsbeschränkender Parameter) den Intra-Brand Preiswettbewerb auf der Stufe der Abgabestellen in einem Ausmasse auszuschalten, dass hier von einem gesetzlichen Vorbehalt im Sinne von Art. 3 Abs. 1 KG auszugehen ist.

Insofern hat die Vorinstanz in der angefochtenen Verfügung zu Unrecht in der Veröffentlichung von Publikumspreisempfehlungen für [...] eine nach Art. 49a Abs. 1 KG sanktionswürdige – und zudem nach Art. 30 Abs. 1 KG verbotswürdige – Wettbewerbsabrede nach Art. 5 Abs. 1 i.V.m. Art. 5 Abs. 4 KG angenommen.”

# Fall: Preisempfehlungen

[BGE 141 II 66](#) E. 3.3.8

“[D]as HMG und die darauf gestützte AWW [enthalten] keine "Wettbewerbsnormen" im eigentlichen Sinn [...]; insofern ist das HMG eine zum KG parallele Normenordnung, die den Sachverhalt im Gegensatz zum KG nach anderen, d.h. gesundheitspolizeilichen Gesichtspunkten regelt, weshalb positive Normenkonkurrenz vorliegt und es sich dabei um keine vorbehaltenen Normen i.S. von Art. 3 Abs. 1 KG handelt. Dasselbe würde in Bezug auf die Normen gelten, welche das Arzt-Patientenverhältnis umschreiben.”

# Fall: Preisempfehlungen

[BGE 141 II 66](#) E. 4.2.1: “[D]er Wettbewerbsausschluss bzw. die "Verunmöglichung" oder Verminderung des Wettbewerbs [muss sich] aus dem Normsinn der nach Art. 3 Abs. 1 KG vorbehaltenen Norm ergeben [...]. Ein "Schamfaktor" als wettbewerbsausschliessendes Element ist deshalb nur dann relevant, wenn sich dieses aus der Norm zumindest ableiten lässt. Dies trifft nicht zu: Die von der Vorinstanz genannten Bestimmungen regeln die Werbung, näherhin das Publikumswerbeverbot für verschreibungspflichtige Arzneimittel.”

E. 4.2.3: “Mit dem Verbot der Publikumswerbung fehlt zwar der Angebotsseite eines ihrer wirksamsten Instrumente, um ihre Angebote bekannt zu machen, und die Nachfrageseite hat demzufolge geringeres Wissen (nur bezüglich Preis) über die Angebote. Damit geht indes - wie bereits dargelegt - kein Wettbewerbsausschluss einher; der Wettbewerb ist lediglich weniger breit.”

# Fall: Preisempfehlungen

BGE 141 II 66 E. 4.2.5:

“Insofern besteht - zusammenfassend - durchaus Wettbewerb; angesichts einer gesundheitsrechtlichen Rahmenordnung sind die Möglichkeiten allerdings nicht so breit wie in einem weniger regulierten Markt; Wettbewerb wird damit aber nicht ausgeschlossen und die Auffassung der Vorinstanz kann nicht bestätigt werden; das Kartellgesetz ist anwendbar.”

→ Gutheissung der Beschwerde gegen das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts und Rückweisung zu neuem Entscheid.

# Anspruch auf Eintrag in Suchmaschinen

- Relevanter Markt ([Art. 11 VKU](#)): Vermittlung von Aufmerksamkeit durch SM
- Marktbeherrschende Stellung ([Art. 4 Abs. 2 KG](#))
- Unzulässige Verhaltensweise ([Art. 7 KG](#)): Nichaufnahme als Missbrauch?
- Rechtfertigung
  - Verstoss gegen geltendes Recht
  - Verstoss gegen Suchmaschinen-Richtlinien
  - Person des Website-Betreibers
  - Kapazitätsengpässe
- Nachweis eines schlechten Rankings

# Anspruch auf Werbung in Suchmaschinen

- Relevanter Markt ([Art. 11 VKU](#)): Kontextspezifische Werbung bei SM
- Marktbeherrschende Stellung ([Art. 4 Abs. 2 KG](#))
- Unzulässige Verhaltensweise ([Art. 7 KG](#)): Verweigerung von Geschäftsbeziehungen (lit. a)
- Rechtfertigung: gleiche Gründe wie bei Nichtaufnahme in Suchergebnissen
- Verweigerung der Schaltung einer Werbeanzeige ohne sachlichen Grund ist unzulässige Wettbewerbsbeschränkung

# Fall: Schnittstelleninformationen von Microsoft

- Sachverhalt
  - hoher Marktanteil bei Betriebssystemen
  - zunächst kein eigenes Server-Betriebssystem, d.h. kein Marktanteil
  - neue Strategie ab Windows 2000: eigenes Server-Betriebssystem
  - Reduktion der Information über Schnittstellen
- Entscheidung der EU-Kommission und Urteil des Gerichts der EU (≠ EuGH)
  - Offenlegung von Schnittstelleninformationen
    - Schnittstelleninformationen als Immaterialgut?
    - Frage offen gelassen mit “selbst wenn”-Begründung
    - Schnittstellen müssen auch dann offen gelegt werden, wenn sie IGR-Schutz genießen
  - Windows ohne Media Player
  - Bussgeld

# Fall: Schnittstelleninformationen von Microsoft

- Essential-Facilities-Doktrin
  - Ursprung in den USA
  - Übernahme durch EuGH
  - CH: Kontrahierungszwang, wenn ein Unternehmen „als einziges über Einrichtungen verfügt, die zur Erbringung von bestimmten Dienstleistungen oder zur Herstellung von bestimmten Produkten unerlässlich sind.“ ([Botschaft KG](#), S. 571)
- URG-Schutz von Schnittstellen möglich ([Art. 21 URG](#) e contrario)
- Immaterialgüter als Essential Facilities
  - [Art. 3 Abs. 2 KG](#)
  - Netzwerkeffekte, Lock-In-Effekt, De-facto-Standards
  - zentral: zeitliche Komponente der Wesentlichkeit



# Fall: Android-Betriebssystem und -Anwendungen



Europäische Kommission - Pressemitteilung

## **Kartellrecht: Kommission sendet Google Mitteilung der Beschwerdepunkte zu Android-Betriebssystem und A nwendungen**

Brüssel, 20. April 2016

**Die Europäische Kommission hat Google mitgeteilt, dass sie der vorläufigen Auffassung ist, das Unternehmen nutze seine marktbeherrschende Stellung unter Verstoß gegen die EU-Kartellvorschriften missbräuchlich aus, indem es Herstellern von Android-Geräten und Mobilfunknetzbetreibern Beschränkungen auferlege.**

Die Kommission ist der vorläufigen Auffassung, dass Google eine Strategie für Mobilgeräte verfolgt, um seine beherrschende Stellung bei der allgemeinen Internetsuche zu wahren und auszubauen. Erstens wurde so erreicht, dass die Google-Suche auf den meisten in Europa verkauften Android-Geräten vorinstalliert und als Standardsuchdienst bzw. einziger Suchdienst festgelegt ist. Zweitens wird Konkurrenten auf dem Suchmaschinenmarkt auf diese Weise der Marktzugang über konkurrierende mobile Browser und Betriebssysteme versperrt. Außerdem würde den Verbrauchern durch diese Strategie geschadet, weil der Wettbewerb beschränkt und Innovationen bei Mobilgeräten gebremst werden.

1. Relevanter Markt?
2. Marktbeherrschende Stellung?
3. Missbrauch dieser Stellung?

[tinyurl.com/bp-android](https://tinyurl.com/bp-android)