

Big Data und Wettbewerbsrecht

Ursula Sury

AUSGANGSLAGE

Unter Big Data versteht man jegliche Art von Umgang mit Informationen, deren Analyse, Auswertung, Anreicherung, Aggregation etc. Häufig wird im Rahmen von Big Data Aktivitäten der Datenschutz und somit die Zulässigkeit der Bearbeitung personenbezogener Informationen diskutiert.

Betrachtet man den Inhalt von Big Data Aktivitäten, so ist dieser aber viel umfassender. Da jegliche Informationen interessant sind, werden auch Informationen über Märkte und Marktteilnehmer bearbeitet, welche miteinander im Wettbewerb stehen. Somit stellen sich regelmässig, und mit Sicherheit in Zukunft immer häufiger, auch wettbewerbsrechtliche Fragen.

WETTBEWERB

Wettbewerb unter Unternehmen ist insbesondere dann möglich, wenn deren gegenseitiges Verhalten nicht vorhersehbar ist. Damit dem so ist, müssen bestimmte Informationen, wie insbesondere genaue Ausgestaltung der Produkte, Preise, Mengen etc. jeweils geheim sein. Auf dieser Basis und diesem Hintergrund spricht man auch von Geschäfts- und Fabrikationsgeheimnissen der Unternehmen, welche zum Beispiel durch Arbeitnehmende absolut geheim zu halten sind. Weitere Akteure werden regelmässig mit sogenannten non-disclosure agreements (NDA) verpflichtet diese Geschäfts- und Fabrikationsgeheimnisse, mit denen sie im Kontakt kommen, geheim zu halten. In diesem Sinne könnte man auch sagen, dass das Bestehen von gegenseitigen Geschäfts- und Fabrikationsgeheimnissen unter Wettbewerbern die Basis für Unvorhersehbarkeit von zukünftigem Handeln und somit von freiem Wettbewerb ist.

INFORMATIONSAUSTAUSCH UND WETTBEWERB

Sobald das Verhalten eines Mitbewerbers antizipiert werden kann und somit voraussehbar ist, kann sich ein koordiniertes Verhalten ergeben, was echten Wettbewerb ausschliesst. Der Anteil von Big Data daran kann sein, dass eben über Preise auf Mengen oder über Mengen auf Preise oder über Mengen auf Strategien oder über Preise auf Strategien etc. gefolgert werden kann und somit die Antizipationsmöglichkeiten noch präziser werden.

VERTIKALE UND HORIZONTALE WETTBEWERBSABREDEN

Aus dem schweizerische Kartellrecht geht hervor, dass sowohl horizontale als auch vertikale Abreden als Wettbewerbsabreden qualifiziert werden. Treffen Unternehmen auf gleicher Marktstufe, d.h. direkte Konkurrenten eine Abrede, so spricht man von horizontalen Abreden. Das Gegenstück dazu bilden vertikale Abreden, bei denen Abreden zwischen Unternehmen verschiedener Marktstufen, so zum Beispiel zwischen Hersteller und Verkäufer getroffen werden. In der Praxis stellt sich die Unterscheidung der beiden Formen nicht als einfaches Unterfangen dar und ist im Hinblick auf die gesetzliche Beurteilung von grosser Bedeutung, da sich die Kriterien für die Beurteilung ihrer Zulässigkeit in vielen Punkten unterscheiden.

PLATTFORMEN

Ein solcher Austausch von Informationen ergibt sich immer häufiger über Plattformen von Verbänden, die ihren Mitgliedern derselben Branche verschiedene und auch neue Dienstleistung zur Verfügung stellen, um diese für das digitale Zeitalter fit zu machen. Über diese Plattformen werden somit nebst traditionellen Unterstützungsleistungen und Informationsaustausch auch neue Serviceleistungen angeboten, welche eben zu den oben beschriebenen Auswirkungen führen können.

PRAXIS DER WETTBEWERBSBEHÖRDEN UND SANKTIONEN

Das schweizerische Kartellgesetz sieht eine Vielzahl von Sanktionen sowohl gegenüber Unternehmen als auch gegenüber natürlichen Personen vor, welche gegen kartellrechtliche Bestimmungen verstossen. Nebst zivilrechtlichen Ansprüchen wie Beseitigung, Unterlassung, Schadenersatz und Gewinnherausgabe stehen eine Vielzahl von Verwaltungs- und Strafsanktionen zur Verfügung. Die

Verwaltungssanktionen können je nach Verstoss mit einem Betrag von bis zu 10 Prozent des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Umsatzes geahndet werden. Bei Verstössen im Zusammenhang mit Unternehmenszusammenschlüssen ist sogar eine Sanktionierung mit einem Betrag von bis zu einer Million Franken vorgesehen. Des Weiteren können bei Wiederhandlungen gegen einvernehmliche Regelungen und behördlichen Anordnungen Strafsanktionen im Sinne einer Busse von bis zu 100'000 Franken ausgesprochen werden.

In der Praxis liegt für die Unternehmen das Hauptrisiko darin, dass die Wettbewerbsbehörden, bei bestehenden Anhaltspunkten für eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung, eine Untersuchung gegen sie einleiten und sie damit an den Pranger gestellt werden. Zudem erheben die Wettbewerbsbehörden aufgrund der Verfügung über die Untersuchung von Wettbewerbsbeschränkungen und der Prüfung von Unternehmenszusammenschlüssen auch noch Gebühren.

ZUSAMMENFASSUNG

- Unter Big Data versteht man jegliche Art von Umgang mit Informationen, deren Analyse, Auswertung, Anreicherung, Aggregation etc.
- Betrachtet man den Inhalt von Big Data Aktivitäten, so stellen sich regelmässig und mit Sicherheit in Zukunft immer häufiger auch wettbewerbsrechtliche Fragen.
- Das Bestehen von gegenseitigen Geschäfts- und Fabrikationsgeheimnissen unter Mitbewerbern ist die Basis für Unvorhersehbarkeit von zukünftigem Handeln und somit von freiem Wettbewerb.
- Kann das Verhalten eines Mitbewerbers antizipiert werden und ist es damit auch vorhersehbar, ergibt sich unter Umständen ein koordiniertes Verhalten, was echten Wettbewerb ausschliesst. Der Anteil an Big Data kann sein, dass die Antizipationsmöglichkeiten noch präziser werden.
- Die Unterscheidung von horizontalen und vertikalen Abreden ist in der Praxis nicht einfach und zudem im Hinblick auf die gesetzliche Beurteilung von grosser Bedeutung, da sich die Kriterien für die Beurteilung ihrer Zulässigkeit in vielen Punkten unterscheiden.

- Der Austausch von Informationen wird in der Praxis immer häufiger über Plattformen vorgenommen. Dies kann ebenfalls zur Erweiterung der Antizipationsmöglichkeiten führen und somit den Wettbewerb ausschliessen.
- Es bestehen eine Vielzahl von Sanktionsmöglichkeiten. Nebst zivilrechtlichen Ansprüchen enthält das schweizerische Recht auch noch Verwaltungs- und Strafsanktionen.
- Hauptrisiko für die Unternehmen besteht in der Eröffnung einer Untersuchung durch die Wettbewerbsbehörden. Zudem werden den Unternehmen bei der Eröffnung einer Untersuchung Gebühren auferlegt.

Ursula Sury ist selbständige Rechtsanwältin in Luzern, Zug und Zürich (CH) und Vizedirektorin an der Hochschule Luzern - Informatik. Sie ist zudem Dozentin für Informatikrecht an verschiedenen Nachdiplomstudien. Die Autorin ist hauptsächlich im Bereich Informatikrecht und Datenschutz tätig.