

I. ABHANDLUNGEN

Lena Meyer / Ulf Müller, Münster

Die Zukunft des Geheimwettbewerbs in einer vernetzten Welt

Aufgrund der globalen Verfügbarkeit des Internet stellt dieses ein ideales Medium zur Herstellung der vom Gesetzgeber und Verbraucherschützern geforderten Transparenz von wirtschaftlichen Vorgängen dar. Andere Marktteilnehmer können die erhöhte Transparenz hingegen nutzen, um durch den so erleichterten Informationsgewinn ihr Marktverhalten zu koordinieren. Neben diesem Konflikt konkurriert auch der geforderte Schutz von Immaterialgüterrechten mit der wettbewerbsrelevanten missbräuchlichen Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung. Insbesondere aufgrund der im digitalen Umfeld auftretenden Netzeffekte, stellt sich die Frage nach der Herausgabepflicht von immaterialgüterrechtlich geschützten Schnittstelleninformationen.

I. Einleitung

Der Austausch von Informationen zwischen Wettbewerbern auf gleichen oder benachbarten Märkten birgt die Gefahr einer negativen Beeinflussung der Preisgestaltung nach oben und der Qualitätsgestaltung nach unten. Es ist für einen Wettbewerb, in dem die Marktbedingungen durch gegenseitige Reaktionsverbundenheit der Marktteilnehmer und nicht durch Absprachen bestimmt werden sollen, unerlässlich, dass wettbewerbsrelevante Informationen der Wettbewerber geheim gehalten bleiben. Nur durch eine Reaktionsverbundenheit können die Marktbedingungen zum Vorteil der Nachfrager und insbesondere der Verbraucher und nicht zum einseitigen Vorteil marktmächtiger Unternehmen gestaltet werden.

Die Alternative zu vollständiger Geheimhaltung wettbewerbsrelevanter Informationen wäre ihre vollständige Offenlegung. Mit der so geschaffenen Transparenz könnten für Marktteilnehmer gleichmäßige Wettbewerbsbedingungen geschaffen werden und den Interessen der Nachfrager ebenfalls gedient werden. Allerdings lässt sich eine vollständige Offenlegung nicht sicherstellen. Zum einen fehlt Unternehmen das Interesse, alle relevanten Informationen mitzuteilen, soweit einige dieser Informationen einen Wettbewerbsvorteil verschaffen. Zum anderen kollidiert eine kartellrechtliche Offenlegungspflicht mit immaterialgüterrechtlichen Geheimhaltungsrechten. Der an Schutzgütern Berechtigte kann nur dann sein umfassendes Schutzrecht geltend machen, wenn nicht jeder den Zugang zu den Informationen des Schutzgutes erhält und es damit nutzen kann.

Die Aufrechterhaltung des Geheimwettbewerbs steht am Scheideweg. Durch die Vernetzung von Unternehmen, vor allem in der Internetökonomie, wird die Offenlegung von Informationen teilweise erleichtert, ohne dass es eines direkten Austausches bedarf. Bei der Beurteilung des Geheimwettbewerbs in der zunehmend vernetzten Welt sind jedoch die Vorteile für den Verbraucherschutz durch die Herstellung von Unternehmenstransparenz und die Gefahren für den Schutz von Immaterialgüterrechten zu berücksichtigen.

1. Betriebsgeheimnisse und Transparenz im Internet

Das Internet stellt sich mit seiner globalen Verfügbarkeit für jedermann, der unbegrenzten inhaltlichen Erweiterbarkeit und Vernetzung als ideales Medium zur Herstellung der von Gesetzgeber und Verbraucherschützern gleichermaßen geforderten Transparenz von wirtschaftlichen Vorgängen, Unternehmenspolitik und beim Produktabsatz dar¹). Durch umfassende Informationen über das Unternehmen selbst, Umsätze, Partner, Geschäftsabschlüsse und Preise bekommt der Verbraucher bessere Einsichten in ein Unternehmen. Der potenzielle Kunde hat so die Möglichkeit, Preis-, Qualitäts- und Servicevergleiche durchzuführen und sich daraufhin für den günstigsten und attraktivsten Anbieter zu entscheiden.

Das Problem durch die gestiegene Unternehmenstransparenz erwächst aus der Offenheit des Informationszugangs. Solange die Website und somit der Zugang zu den betroffenen Informationen nicht verschlüsselt oder sonst wie beschränkt wird, stehen die bereitgehaltenen Informationen auch anderen Unternehmen offen. Die Transparenz wirkt sich so nicht nur positiv im Wege einer Verbesserung des Informationsstands der Nachfrager aus. Die Informationen stehen auch den aktuellen und potenziellen Wettbewerbern offen. Damit hat die Förderung der Transparenz von Unternehmensinformationen erheblichen Einfluss auf die kartellrechtliche Beurteilung geschäftlichen Informationsaustausches. So entstehende wettbewerbsrelevante Marktinformationssysteme²) sind bereits – allerdings in geringerer Intensität – aus dem Offline-Bereich bekannt³). Andere Marktteilnehmer können die erhöhte Transparenz nutzen, um durch den so erleichterten Informationsgewinn, auch ohne ausdrückliche Absprachen, ihr Marktverhalten zu koordinieren. Kollusives Verhalten der Marktteilnehmer wird erleichtert, wenn sämtliche Konkurrenten durch die verbesserte Marktübersicht über das aktuelle Verhalten der Wettbewerber informiert sind⁴).

2. Vernetzung und Informationsschutz

Für die Internetökonomie ist andererseits das Erfordernis der Offenlegung und die Weitergabe von (Schnittstellen-)Informationen problematisch, welche erst den Zugang in das Netz und zu netzbasierten Infrastrukturen ermöglichen. Für Netzwerke sind einheitliche Standards, die erst die Koordination und Kompatibilität von Kommunikations- und Systemprodukten ermöglichen, notwendige Voraussetzung⁵). Der Nutzen der Teilnehmer aus dem Standard wächst bei vernetzten Produkten mit zunehmender Zahl der am Netz angeschlossenen Teilnehmer und mit zunehmender Möglichkeit der Nutzung komplementärer Güter⁶). Den oft hohen Entwicklungskosten stehen extrem niedrige Kosten bei Vervielfältigung und Distribution der digitalen Produkte gegenüber. Daraus ergeben sich Größenvorteile auf der Angebotsseite, die durch Gewinneinnahmen oder Preissenkungen genutzt werden können und so die Wettbewerbsposition stärken.

Dadurch bedingt wächst die Abhängigkeit der Unternehmen auf demselben oder auf vor- oder nachgelagerten Märkten untereinander. Insbesondere für den Zugang zu bestimmten Netzwerken oder zur Entwicklung kompatibler Produkte, sind die Unternehmen auf Informationen und die Erteilung von Lizenzen angewiesen. Dies versetzt diejenigen Unternehmen, die über immaterialgüterrechtlich

1) Umfassend: Rünz, Verbraucherschutz im Fernabsatz, 2004, S. 37 ff.; Kemper, Verbraucherschutzinstrumente, 1994.

2) Bei Marktinformationssystemen handelt es sich um Verfahren organisierter Markttransparenz zwischen Konkurrenten

3) Roth/Ackermann, in: Frankfurter Kommentar, Bd. II, Stand Juni 2006, Art. 81 Grundfragen, Rdn. 164; Bunte, in: Bunte, Kartellrecht, Bd. 1, 10. Aufl. 2006, § 1, Rdn. 165 ff., nach § 2, Rdn. 70 ff.; Stockmann, in: Wiedemann, Handbuch des Kartellrechts, 1999, § 8, Rdn. 237 ff.

4) Gassner, MMR 2001 S. 140 (141).

5) Zerdick/Picot, Die Internet-Ökonomie, 3. Aufl., 2001, S. 158.

6) Zimmerlich, WRP 2004 S. 1260 (1261).

geschützte Schnittstelleninformationen verfügen, in die Lage, durch Lizenzverweigerungen oder Selektion bei der Lizenzvergabe Einfluss auf die Produktentwicklung bei anderen Unternehmen und auf die Anbieterstruktur des Marktes zu nehmen und sich so eine marktmächtige Position zu verschaffen. Ein Beispiel in diesem Bereich ist der Fall *Microsoft*⁷⁾. Um zu verhindern, dass sich aus der Geheimhaltung von für Vernetzungen erforderlichen Informationen auch ein Missbrauchsinstrument entwickelt, gilt es, einen gerechten Interessenausgleich zu schaffen. Einerseits haben die Unternehmen ein Interesse am Schutz ihrer Informationen zu Produkten, Leistungen und ihrem Unternehmen. Andererseits ist dem Verbraucher daran gelegen, dass möglichst viele Produkte mit einem standardisierten Produkt kompatibel sind. Die Wettbewerber benötigen für ein Tätigwerden auf vor- oder nachgelagerten Märkten den Zugang zu Netzen oder die Herstellung kompatibler Produkte, wofür die erforderlichen Informationen offen gelegt werden müssen.

Zur Abwägung dieser Interessenlagen und der notwendigen Grenzziehung ist sowohl der Informationsaustausch aus kartellrechtlicher Sicht zu beurteilen, als auch deren Nutzen für die Verbraucher und das betreffende Unternehmen. Im Fall *Microsoft* hat die Abwägung der gegenüberstehenden Interessen zu einer Auflösung des Geheimwettbewerbs geführt.

II. Der Geheimwettbewerb im deutschen und europäischem Kartellrecht

Die vereinbarte, beschlossene oder abgestimmte gemeinsame Beschaffung, Auswertung und Weitergabe marktrelevanter Informationen unter Wettbewerbern ist wettbewerblich ambivalent, da sie sowohl wettbewerbsfördernd wie -beschränkend wirken kann. Sowohl im deutschen (§ 1 GWB) als auch im europäischen Kartellrecht (Art. 81 EG) gilt grundsätzlich der Schutz des Geheimwettbewerbs⁸⁾. Da es sich bei Marktinformationssystemen i. d. R. nicht um ausdrückliche Vereinbarungen i. S. des § 1 GWB oder Art. 81 EG handelt, kommt zumeist das Verbot der aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen als Auffangtatbestand in Betracht. Der EuGH hat den Begriff der abgestimmten Verhaltensweise als eine „Form der Koordinierung zwischen Unternehmen“ eingeordnet, „die zwar noch nicht bis zum Abschluss eines Vertrages im eigentlichen Sinne gediehen ist, jedoch bewusst eine praktische Zusammenarbeit an die Stelle des mit Risiken verbundenen Wettbewerbs treten lässt“⁹⁾. Tritt koordiniertes Marktverhalten der Beteiligten demnach an die Stelle des risikobehafteten Wettbewerbs und führt dies zu Marktbedingungen, die nicht den sich normalerweise aus dem Wettbewerb ergebenden Bedingungen auf dem jeweiligen Markt entsprechen, liegt eine Verletzung i. S. des Art. 81 Abs. 1 EG vor¹⁰⁾. Um dies beurteilen zu können, ist auf den Inhalt der ausgetauschten Informationen, auf Marktstruktur und Marktkonzentration abzustellen.

1. Die Kritik am Geheimwettbewerb

Insbesondere im Hinblick auf den gesellschaftlichen Wandel, soll das Erfordernis eines Geheimwettbewerbs nicht mehr angemessen sein¹¹⁾. Mittlerweile sei ein

7) EU-Kommission, 24.3.2004, COMP/C-3/37.792, („Microsoft“).

8) Braun, in: Bunte, Kartellrecht, Bd. 2, 10. Aufl. 2006, Art. 81 EG, Rdn. 62 ff; Mestmäcker/Schweitzer, Europ. Wettbewerbsrecht, 2. Aufl. 2004, § 9, Rdn. 36 ff.; BGH, 29.1.1975, NJW 1975 S. 788 (789) = WuW/E S. 1337 ff. (1342) („Aluminium-Halbzeug“); BGH, 18.11.1986, NJW 1987 S. 1821 ff. = WuW/E S. 2313 ff. (2315) („Baumarkt-Statistik“); OLG Frankfurt WuW/E S. 5048 ff. (5050); Bechtold, GWB, 3. Aufl. 2002, § 1, Rdn. 37; Zimmer, in: Immenga/Mestmäcker, GWB, 3. Aufl. 2001, § 1, Rdn. 392 ff.

9) EuGH, 14.7.1972, Rs. 48/69, Slg. 1972 S. 619 (658), Rdn. 64 („ICI“); EuGH, 14.7.1981, Rs. 172/80, Slg. 1981 S. 2021 (2031), Rdn. 12 („Züchner“).

10) EuGH, 16.12.1975, Rs. 40/73, Slg. 1975 S. 1663, Rdn. 178 („Zuckerindustrie“); EuGH, 8.7.1999, C- 235/92, Slg. 1999 S. I-4539, Rdn. 162 („Montecatini“); Braun, a.a.O. (Fn. 8), Art. 81 EG, Rdn. 66.

11) Dreher, in: Bewertung und Zulässigkeit von Marktinformationsverfahren, 1993, S. 27; Benisch, in: Festschrift für Steindorff, 1990, S. 943; Sedemund, in: Festschrift für Lieberknecht, 1997, S. 572 f.

großer Teil der Wirtschaft bereits kraft Gesetzes dazu verpflichtet, Unternehmensdaten offen zu legen. Es sei nicht mehr zeitgemäß den Schutz des Geheimwettbewerbs für alle Märkte im gleichen Umfang zu fordern, da das Informationsbedürfnis von Marktteilnehmern nicht auf allen Märkten gleich groß sei. Des Weiteren wird kritisiert, dass nicht pauschal festgestellt werden könne, dass jede Vereinbarung eines kooperativen Datenaustausches eine verbindliche Beschränkung der wettbewerbsrechtlichen Handlungs- und Entschließungsfreiheit innehat¹²⁾. Im Übrigen sei eine als Beschränkung der wettbewerbsrechtlichen Handlungsfreiheit zu qualifizierende Verhaltensangleichung nicht zwingend Folge eines Informationsaustausches.

Diese unterschiedlichen Kritikansätze führen im Endeffekt nicht zu einer Entbehrlichkeit des Geheimwettbewerbs. Wenn teilweise Forderungen nach einer Lockerung des Geheimwettbewerbs durchaus entsprochen werden könnte, bleibt das Institut des Geheimwettbewerbs ein wichtiges Instrument des Wettbewerbs- und Verbraucherschutzes. Ansonsten würden undurchschaubare abgestimmte Verhaltensweisen und unbegrenzter Informationsaustausch zu einer Verzahnung eigenständiger und unabhängiger Unternehmen führen. Dadurch würde der Schutz und die Leistungsfähigkeit der Wettbewerber abhängig und davon der Verbraucherschutz in nicht zu rechtfertigendem Maße eingeschränkt.

2. Marktinformationssysteme und Geheimwettbewerb

Marktinformationsverfahren können aus kartellrechtlicher Sicht wettbewerbsfördernde, aber vor allem wettbewerbsbeschränkende Effekte haben. Verbesserte Transparenz der betroffenen Märkte für die Nachfrage kann ebenso eine Folge sein wie eine Beschränkung des Geheimwettbewerbs zwischen den Anbietern durch Offenlegung wesentlicher Wettbewerbsparameter. Bei der Preisgabe von Informationen muss es sich um wettbewerbsrelevante Tatsachen handeln, damit eine Verletzung des Geheimwettbewerbs in Betracht kommt¹³⁾. Der Ambivalenz des Austauschs von marktrelevanten Informationen unter Wettbewerbern trägt die Rechtsprechung dadurch Rechnung, dass sie zwischen identifizierenden und nichtidentifizierenden Verfahren unterscheidet. Erstere sind solche, bei denen Einzelgeschäfte durch Meldungen unter Benennung der Lieferanten oder Abnehmer offen gelegt werden¹⁴⁾. Da sie dadurch zur Beschränkung des Geheimwettbewerbs geeignet sind, verstoßen sie gegen Art. 81 EG und § 1 GWB. Diese Bedenken greifen umso mehr, je aktueller und unmittelbarer die Informationen die jeweiligen Marktbeziehungen widerspiegeln. Die entscheidende wettbewerbsbeschränkende Wirkung identifizierender Verfahren sah der BGH darin, dass mit diesen Verfahren die Ungewissheit der Beteiligten über die Wettbewerbslage beseitigt werde und damit der Einsatz des Preises als Wettbewerbsmittel im Geheimwettbewerb nicht mehr zu nachhaltigen Wettbewerbsvorsprüngen führen würde, so dass der Preiswettbewerb auf höherem als wettbewerblichem Niveau an Intensität verliert¹⁵⁾. Nichtidentifizierende Verfahren hingegen sind solche, bei denen ein Rückschluss auf Einzelgeschäfte trotz der Ermittlung und Auswertung preisbezogener Daten nicht möglich ist. Ein derartiger Informationsaustausch ist i. d. R. kartellrechtlich unbedenklich.

12) Krone, Horizontale Markttransparenz im Zeitalter einer Informationsgesellschaft, 2003, S. 77.

13) BGH, NJW 1975 S. 788 (789) = WuW/E S. 1337 ff. (1342) („Aluminium-Halbzeug“); BGH NJW 1987 S. 1821 = WuW/E S. 2313 ff. (2315) („Baumarkt-Statistik“); EuGH, 28.5.1998, Rs. 7/95, Slg. 1998 S. I-3111, Rdn. 67, 88 („John Deere“); EuGH, 28.5.1998, Rs. 8/95, Slg. 1998 S. I-3175, Rdn. 108 („New Holland Ford“).

14) Braun, a.a.O. (Fn. 8), Art. 81 EG, Rdn. 67; Mestmäcker/Schweitzer, a.a.O. (Fn. 8), § 9, Rdn. 43; Zimmer, in: Immenga/Mestmäcker (Fn. 8), § 1, Rdn. 393; Schroeder, in: Wiedemann (Fn. 3), § 8, Rdn. 241; Bechtold, a.a.O. (Fn. 8), § 1, Rdn. 37.

15) BGH NJW 1975 S. 788 (789) = WuW/E S. 1337 ff. (1342) („Aluminium-Halbzeug“).

3. Marktinformationssysteme außerhalb des Internets

Die wettbewerbsrechtliche Problematik des Informationsaustausches ist außerhalb des Internets vergleichbar mit dem Verhalten der Mineralölindustrie hinsichtlich ihrer Preispolitik. Die Mineralölunternehmen informieren potenzielle Kunden auf großen Sichttafeln an den Tankstellen über ihre aktuellen Tagespreise. Damit ist es den Tankstellenbetreibern gleichzeitig unmöglich, diese Preisankündigungen vor anderen Unternehmen der Branche geheim zu halten.

Jedoch hatten die Kartellbehörden, deren Eingreifen insbesondere im Hinblick auf die Mineralpreiserhöhungen von der Öffentlichkeit gefordert wurde, bisher Schwierigkeiten, ein unzulässiges abgestimmtes Verhalten anzunehmen¹⁶). Da der Abstimmungsvorgang regelmäßig nur aus Umständen wie gleichförmigem Marktverhalten geschlossen werden kann, verteidigen sich die betroffenen Unternehmen meist erfolgreich mit dem Hinweis auf wettbewerbsneutrales Parallelverhalten. Das Verbot von wettbewerbsrelevanten aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen findet dort seine Grenze, wo es sich lediglich um ein paralleles Verhalten ohne Elemente einer Abstimmung handelt¹⁷). Ein wettbewerbsneutrales Parallelverhalten kommt insbesondere aufgrund des sog. oligopolischen Marktzwangs (Reaktionsverbundenheit) in Betracht¹⁸). Die Schwierigkeit der Abgrenzung zwischen einem wettbewerbsrelevanten Informationsaustausch in Form eines Verstoßes gegen den Geheimwettbewerb und einem unschädlichem Parallelverhalten liegt in der Beweisfrage. Hier hilft lediglich eine Indizwirkung von gegebenenfalls relevantem Parallelverhalten. Ein Parallelverhalten der Wettbewerber indiziert nach der Rechtsprechung des EuGH nur dann eine Verhaltensabstimmung, wenn es unter Berücksichtigung der Struktur und anderer Besonderheiten des betreffenden Marktes nicht mehr mit den normalen Marktbedingungen, etwa durch einen oligopolistischen Marktzwang zu erklären ist¹⁹). Können die Beteiligten dartun, dass sich ihr Marktverhalten plausibel auf andere Gründe als eine Verhaltensabstimmung zurückführen lässt, entfällt die Indizwirkung.

Unabhängig von den häufigen Beweisproblemen in der Praxis hat der BGH festgestellt, dass eine unter § 1 GWB fallende Aufhebung des Geheimwettbewerbs vorliegt, wenn durch die Offenlegung von Daten, insbesondere über Preise, die Ungewissheit der Marktteilnehmer über die Wettbewerbssituation verloren geht und Preiszugeständnisse als Wettbewerbsmittel eingeengt werden, weil jeder Partner des Marktinformationsverfahrens sofort auf die veränderte Marktlage reagieren und somit Wettbewerbsvorsprünge verhindern kann²⁰).

III. Geheimwettbewerb im Internet

Der Geheimwettbewerb steht im Internet vor seiner Bewährungsprobe, da die Intensität des wettbewerbsrechtlich relevanten Informationsaustauschs und der Verfügbarkeit von Informationen eine neue Dimension erreicht. Praktische Bedeutung hat die Frage bei der Verweigerung der Herausgabe von Schnittstelleninformationen und bei der Genehmigung von B2B-Plattformen erlangt. Sie ist aber für jede Geschäftstätigkeit in der Internetökonomie bedeutsam.

16) BKartA, TB 1981/82, 27, 40; 1987/88, 51, 52.

17) Roth/Ackermann, a.a.O. (Fn. 3), Art. 81 EG, Rdn. 114; Gippini-Fournier, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, Kartellrecht, Bd 1, 2005, Art. 81 EG, Rdn. 95; Bunte, in: Bunte (Fn. 3), § 1, Rdn. 59, 66 f.

18) Roth/Ackermann, a.a.O. (Fn. 3), Art. 81 EG, Rdn. 142.

19) EuGH, 14.7.1972, Rs. 48/69, Slg. 1972 S. I-619 (658) („Imperial Chemical Industries“); EuGH, 16.12.1975, Rs. 40/73, Slg. 1975 S. I-1663, 1993 S. 2035 („SuikerUnie u. a./Komm“).

20) BGH, NJW 1975 S. 508 = WuW/E 1337 ff. (1342) („Alumimium-Halbzeug“); BGH, NJW 1987 S. 1821 = WuW/E S. 2313 ff. (2315) („Baumarkt-Statistik“).

1. Verweigerung der Herausgabe von Schnittstelleninformationen

Im Rahmen von Computernetzwerken kommunizieren die einzelnen PCs mittels ihrer Betriebssysteme mit dem Netzwerkserver und die einzelnen Netzwerkserver untereinander. Ist die genaue Spezifikation der Betriebssystem-Schnittstellen zwischen den Netzwerkservern und PCs nicht bekannt, kann ein reibungsloser Datenaustausch zwischen den Komponenten des Computernetzwerkes und damit auch die volle Funktionsfähigkeit der einzelnen serverseitigen Dienste nicht gewährleistet werden. Dies wird insbesondere in der Entscheidung der EU-Kommission gegen den Softwarehersteller *Microsoft* in einem Missbrauchsverfahren nach Art. 82 EG deutlich²¹). Als Missbrauch der marktbeherrschenden Stellung durch *Microsoft* in Form des Behinderungsmissbrauchs qualifiziert die EU-Kommission unter anderem die Weigerung *Microsofts*, Wettbewerbern Informationen zur Herstellung von Interoperabilität zwischen Netzwerkservern und dem PC-Betriebssystem *Windows* bereitzustellen als wettbewerbswidrige Maßnahme gemäß Art. 82 EG²²).

Dieser Entscheidung zugrunde gelegt wurde die *essential facilities doctrine*²³). Bezogen auf das Verhältnis von Plattform und komplementären Anwendungen folgt die Einstufung der Plattform als wesentlich aus der zwingenden Abhängigkeit der komplementären Anwendungen von der Plattform als Grundlage. Der Aufbau einer eigenen Plattformtechnologie als Alternative scheidet bei Existenz einer zum Standard entwickelten Technologie aus wirtschaftlichen Gründen aus.

Bei der Beurteilung der Missbräuchlichkeit der Verweigerung der Herausgabe von Schnittstelleninformationen i. S. des Art. 82 EG in digitalen und vernetzten Bereichen müssen insbesondere aufgrund der Netzeffekte²⁴) andere Maßstäbe angelegt werden als in der Offline Welt²⁵). Insbesondere bei gesteigerter Attraktivität von Betriebssystemen und Systemtechnologien zeigt sich das gesteigerte Interesse an komplementärer Software. Diese Interdependenzen zwischen Anzahl der Nutzer und Wert des Produktes kann sich deswegen gerade die Netzindustrie aufgrund der schnellen und kostengünstigen Verbreitungsmöglichkeiten zunutze machen²⁶). Sind die komplementären Güter nicht vollständig mit der Plattform oder dem Betriebssystem kompatibel, sinkt der Nutzen dieser Güter. Ist für potenzielle Wettbewerber abzusehen, dass ihnen die erforderlichen Informationen infolge des Geheimwettbewerbs versagt bleiben, dann besteht für sie kein Anreiz mehr für die Vornahme von Innovationsleistungen. Fühlen sich daraufhin marktbeherrschende Unternehmen keinem Wettbewerb mehr ausgesetzt, so gehen diesem Unternehmen mangels Wettbewerbsdruck auch die Innovationsanreize verloren. Der Schutz von Informationen durch Immaterialgüterrechte soll jedoch gerade den Innovationswettbewerb ankurbeln. Anhand bestehender Kriterien ist somit eine Harmonie von Geheimwettbewerb und Schutz von Immaterialgütern in der vernetzten Welt nicht herzustellen.

Ob die Beherrschung einer wesentlichen Einrichtung und einer damit einhergehenden Monopolstellung in der vernetzten Welt missbräuchlich ist, bewertet die Kommission unter anderem aufgrund der Netzeffekte immer stärker anhand

21) EU-Kommission, COMP/C-3/37.792, („Microsoft“).

22) EU-Kommission, COMP/C-3/37.792, Rdn. 545, („Microsoft“).

23) Die *essential facilities doctrine* ist inzwischen durch die Rechtsprechung des EuGH (EuGH Slg. 1995 S. I-743 [808] – *Magill*; EuGH Slg. 1998 S. I-7791 [7817] – *Oscar Bronner* integraler Bestandteil des europäischen Kartellrechts und in § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB in das deutsche Recht eingeführt worden. S. zu den Voraussetzungen *Möschel*, in: Immenga/Mestmäcker, EG-Wettbewerbsrecht, Bd. 1, Stand: 2001, Art. 86, Rdn. 260.

24) Als Netzeffekte bezeichnet man Phänomene, bei denen der Konsum eines Gutes nicht unabhängig von dem, anderer Konsumenten erfolgt und bei denen der von einem Gegenstand gestiftete Nutzen davon abhängt, wie viel andere Nutzer diesen Gegenstand verwenden.

25) *Thum*, Netzwerkeffekte, Standardisierung und staatlicher Regulierungsbedarf, 1995, S. 5.

26) *Zimmerlich*, WRP 2004 S. 1260 (1261).

ökonomischer Gesichtspunkte. Inzwischen hat die Kommission diesen, unter dem Begriff *more economic approach* diskutierten und mehr von ökonomisch geprägten Effizienzüberlegungen und auf Verbraucherinteressen ausgerichteten Ansatz in einem Diskussionspapier näher dargelegt²⁷). Es soll erreicht werden, dass durch die Ermöglichung eines effizienten Wettbewerbs auch unter Einbeziehung marktbeherrschender Unternehmen der Schutz von Verbrauchern und nicht von möglicherweise ineffizienten Wettbewerbern im Vordergrund steht. Als Behinderungsmissbrauch qualifiziert die Kommission Verhaltensweisen eines marktbeherrschenden Unternehmens, die voraussichtlich zu einer Marktabschottung führen²⁸). Die entscheidenden Kriterien bei der Beurteilung des Verhaltens marktbeherrschender Unternehmen sollen danach das wahrscheinliche Bewirken von Marktverschiebungseffekten und eine negative Veränderung der Marktstruktur sein. Von einer Marktverschiebung geht die Kommission dann aus, wenn anderen Wettbewerbern ein wirtschaftlich sinnvoller Zutritt zu dem betroffenen Markt oder eine Expansion innerhalb des Marktes ganz oder teilweise verwehrt wird bzw. diese sich zum Marktaustritt veranlasst sehen²⁹).

Durch den *more economic approach*-Ansatz entwickelt sich die Wettbewerbspolitik nunmehr vom strukturorientierten Ansatz eines Schutzes des Wettbewerbs zunehmend zu einer expliziten Förderung der gesellschaftlichen Wohlfahrt. Zumindest im Bereich der Internetökonomie bringt dieser Ansatz für die Beurteilung von marktbeherrschenden Unternehmen in der vernetzten Welt Vorteile. Somit ist die Beurteilung von Geheimwettbewerb in der vernetzten Welt unter Zugrundelegung des *more economic approach*-Ansatzes vorzunehmen. Nur so können der spezielle Charakter der Vernetzung und deren Auswirkungen berücksichtigt werden.

2. B2B-Plattformen

Vielfach diskutiert wurde die Problematik des Geheimwettbewerbs neben dem kartellrechtlichen Problemfeld der Netzwerkbildung und Fusionskontrolle bereits im Bereich von B2B-Plattformen³⁰) im Internet.

Die Bedenken im Bereich der B2B-Plattformen beziehen sich auf die Möglichkeit für Nutzer der Plattform, vertrauliche Informationen über Preise und Mengen auszutauschen oder in Erfahrung zu bringen. Aufgrund des Aufbaus des Systems und insbesondere der Offenheit, mit der die individuellen Daten anderer Teilnehmer behandelt werden, ist problematisch, dass durch die neue Qualität der Datenverarbeitung ein Ungleichgewicht zwischen den Marktteilnehmern entstehen kann. So sind beispielsweise die großen Nachfrager nicht nur über Preise und Konditionen der eigenen Zulieferer, sondern durch entsprechende Daten über diejenigen des gesamten Zuliefermarktes informiert. Die Effekte dieser Marktinformationssysteme werden durch den Einsatz neuer Kommunikationstechnologien – wie das Internet – verstärkt. So kann der standardisierte Informationsaustausch über das Internet einerseits zu einer Erweiterung der räumlichen Märkte und damit zu einer Erhöhung der Wettbewerbsintensität führen, andererseits Kollisionspraktiken der Marktteilnehmer und eine Beeinträchtigung des Geheimwettbewerbs erleichtern³¹).

27) DG Competition discussion paper on the application of Art. 82 of the Treaty to exclusionary abuses, Dec. 2005, <http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/others/discpaper2005.pdf> (Diskussionspapier); hierzu Schmidtchen, WuW 2006 S. 6 (16); Wirtz/Möller, WuW 2006 S. 226 (233).

28) Diskussionspapier (o. Fn. 28), Rdn. 1.

29) Diskussionspapier (o. Fn. 28), Rdn. 58.

30) Marktplätze, die von Unternehmen zur Effizienzsteigerung und Intensivierung des Wettbewerbs auf dem relevanten Markt genutzt werden, indem dort Informationen bereitgestellt und somit die Transaktionskosten der Marktteilnehmer gesenkt werden.

31) Zimmer, a.a.O. (Fn. 8), § 1, Rdn. 392; Gassner, MMR 2001 S. 140 (142); Asschenfeldt, MMR Beilage 9/2001, S. 5, 6; Koenig, Internetplattformen in der Unternehmenspraxis, 2002, S. 243.

Der Geheimwettbewerb ist allerdings durch den Daten- und Informationsaustausch über Internet-Marktplätze nicht per se als gefährdet anzusehen. Eine solche Annahme würde verkennen, dass B2B-Marktplätze zu einer Stärkung des Wettbewerbs und des grenzüberschreitenden Handels beitragen können, wenn zum Beispiel Marktzutrittsschranken sehr niedrig oder gar nicht vorhanden sind und die Markttransparenz für einen verbesserten Zugang zur Marktgegenseite sorgt. Ob eine derartige Beeinträchtigung des Geheimwettbewerbs bei B2B-Plattformen im Internet eintritt, hängt von der Beschaffenheit des konkreten Marktes und somit vom Einzelfall ab³²⁾. Bei der Beurteilung der möglichen Folgen des Informationsaustausches für den Wettbewerb sind folgende Faktoren zu berücksichtigen: Qualität und Ausmaß der preisgegebenen Informationen, Aktualität der ausgetauschten Informationen, Häufigkeit des Informationsaustausches, Zugänglichkeit der Informationen für weitere Unternehmen und Verwertbarkeit der Informationen für andere Marktteilnehmer³³⁾. Bei B2B-Plattformen lässt sich das Risiko eines Verstoßes gegen das Kartellrecht durch einen beschränkten Zugang derselben eindämmen. So besteht die Möglichkeit, konkurrierende Unternehmen von der Plattform auszuschließen. Missbräuchlich i. S. des § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB kann dies werden, wenn die wirtschaftliche Bedeutung des Marktplatzes derart hoch geworden ist, dass andere Unternehmen ohne Zugang zu diesem Marktplatz nicht mehr wirksam am Wettbewerb teilnehmen können. An das Bestehen einer wesentlichen Stellung eines solchen Netzwerks sind indes hohe Anforderungen zu stellen³⁴⁾. Diese sind wohl erst dann anzunehmen, wenn eine ganze Branche ihre Geschäfte über eine Plattform tätigt³⁵⁾.

Neben einer derartigen Zugangsbeschränkung bestehen weitere Möglichkeiten, den Informationsaustausch auf der B2B-Plattform kartellrechtsfest zu machen. So können entweder die Informationen selbst durch Identifizierungstechniken verschlüsselt oder anonymisiert werden oder die am Informationsaustausch beteiligten Unternehmen zur Geheimhaltung verpflichtet werden. So taucht beispielsweise bei einem der größten virtuellen Marktplätze der Welt, *Covisint*³⁶⁾, die Regelung auf, dass das teilnehmende Unternehmen, das seine Daten offenbart, den Kreis der Nutzer, die Zugriff auf die von ihm gelieferten Daten haben sollen, selbst bestimmen kann.³⁷⁾

3. Sonstiger Geheimwettbewerb in der vernetzten Welt

Außerhalb von B2B-Plattformen – in den endlosen Weiten des Internet – ist eine Beschränkung des Zugangs zu Unternehmensinformationen für Konkurrenzunternehmen noch schwieriger. Insbesondere wenn Unternehmen ihre Informationen für den Verbraucher zugänglich machen, um so das Kundenverständnis und schließlich den Absatz zu fördern, ist es schwierig, anderen Wettbewerbern diese Informationen vorzuenthalten. Insbesondere Aktiengesellschaften sind bereits verpflichtet, eine beträchtliche Menge an Unternehmensinformationen bekannt zugeben³⁸⁾. Die meisten Aktiengesellschaften, in Deutschland vor allem die großen DAX-Unternehmen, gehen in ihrem eigenen Interesse noch weit über

32) BKartA, TB 99/00, S. 47/48.

33) BKartA, TB 95/96, S. 126; BKartA, TB 97/98, S. 78; *Cassner*, MMR 2001 S. 140 (142).

34) *Möschel*, in: Immenga/Mestmäcker (Fn. 8), § 19, Rdn. 193.

35) *Asschenfeldt*, MMR Beilage 9/2001, S. 5, 6; *Cassner*, MMR 2001 S. 140 (143).

36) Marktplatzes von Ford, General Motors, DaimlerChrysler und Renault/Nissan, abrufbar unter: www.covisint.com.

37) BKartA 25.9.2000, K&R 2000 S. 604.

38) Gem. § 325 HGB ist jede Aktiengesellschaft zur Offenlegung ihrer Jahresabschluss-Bilanz gegenüber ihren Gesellschaftern verpflichtet. Auch nach dem Wertpapierprospektgesetz unterliegt ein Emittent, der einen Börsengang anstrebt, den Regelungen zur Ad-hoc-Pflicht ab dem Zeitpunkt, in dem er die Börsenzulassung beantragt. Nach § 15 Abs. 1 S. 1 WpHG muss er von Finanzinstrumenten, die zum Handel an einem inländischen organisierten Markt zugelassen sind oder für die er eine solche Zulassung beantragt hat, Insiderinformationen, die ihn unmittelbar betreffen, unverzüglich veröffentlichen.

diese Offenlegungspflichten hinaus, indem sie freiwillig, detaillierte Quartalsberichte im Internet veröffentlichen³⁹). Gegenstand einer das Wettbewerbsrecht verletzenden Abstimmung kann aber nur die Form der Koordinierung sein, die darauf abzielt, die Ungewissheit über künftiges Marktverhalten zu reduzieren⁴⁰). Eine Verschlüsselung kommt gerade nicht in Betracht, da Sinn und Zweck der Informationspräsentation deren Zugänglichkeit für potenzielle und aktuelle Kunden bzw. Investoren ist. Vertragliche Vereinbarungen sind aufgrund der grenzenlosen Erreichbarkeit des Internet praktisch nicht umsetzbar und mit dem Sinn und Zweck der Informationstransparenz nicht vereinbar.

Durch die andauernde Zunahme der User des Internet ist nunmehr ein weiteres weites Feld eröffnet, in welchen die Unternehmen ihre Informationen den Kunden offen legen können und dadurch die Gefahr, den Geheimwettbewerb zu untergraben oder Preisabsprachen vorzunehmen, erhöht wird. Aufgrund der weltweiten Erreichbarkeit, stellt sich die Frage, ob zum Schutz des Wettbewerbs eine Kontrolle bzw. Beschränkung der Veröffentlichung der Informationen vorzunehmen ist. Die Bekanntgabe etwaiger Informationen hat nicht lediglich verbraucher-schützende Vorteile. Vielmehr schützt sich das Unternehmen durch die Veröffentlichung von Preislisten etc. auch selbst. Durch die Herausgabe von Preislisten stellt das Unternehmen gleichzeitig faktische Richtpreise für den einschlägigen Markt auf⁴¹). Dadurch wird der mit Risiken verbundene Wettbewerb gemindert und verhindert, dass die Abnehmer die Hersteller untereinander ausspielen können.

In der Praxis wird es noch schwieriger als bei Unternehmenstransparenzen im Offline-Bereich nachzuweisen sein, dass es sich bei der Informationsoffenbarung gegenüber Verbrauchern und zwangsläufig gegenüber anderen Unternehmen um ein wettbewerbswidriges Verhalten handeln könnte. Die Kehrseite der Transparenz und Schnelligkeit des Internet ist die Flüchtigkeit und Unkontrollierbarkeit der Abläufe, so dass es dem BKartA Schwierigkeiten bereitet, einen unzulässigen Informationsaustausch nachzuweisen. Den Unternehmen wird immer das Hintertürchen des wettbewerbslosen Parallelverhaltens und des oligopolistischen Marktzwanges eröffnet bleiben, da Spuren – wie sie häufiger im Offline-Bereich auftreten – kaum nachzuvollziehen sind⁴²). Wettbewerb im Oligopol ist ein „strategisches Spiel“ von Aktion und Reaktion⁴³).

Einerseits muss bei der Beurteilung der Unternehmenstransparenz der Schutz vor Preiskartellen und die Wahrung des Geheimwettbewerbs berücksichtigt bleiben. Andererseits sind die zahlreichen Vorteile hinsichtlich des Informationsaustausches im Internet zu berücksichtigen. Neben den breiten Informationsmöglichkeiten kann die Transparenz dazu beitragen, dem Ideal eines vollkommenen Wettbewerbs näher zu kommen, da sämtliche marktrelevanten Informationen für alle Marktakteure zugänglich sind⁴⁴). Dadurch erhöht sich zwangsläufig der Druck auf die Preise der miteinander konkurrierenden Marktteilnehmer⁴⁵).

39) Stellvertretend für die DAX-30-Unternehmen sei hier genannt: Daimler Chrysler, abrufbar unter www.daimlerchrysler.com/dccom/home_d – Investor Relations – Berichte; siehe auch Jäger, Investor Relations und Publizität, NZG 2000 S. 186 ff.

40) EuGH, 31.3.1993, verb. Rs. 89/85 u. a., Slg. 1993 S. I-1307, 1599, Rdn. 63-64 („Zellstoff“); Roth/Ackermann, a.a.O. (Fn. 3), Art. 81 I, Rdn. 118.

41) Krone, a.a.O. (Fn. 12), S. 157.

42) von Lewinski, in: Gramlich/Ahrens, Rechtshandbuch B2B Plattformen, 2003, § 16, Rdn. 20.

43) BKartA, Auslegungsgrundsätze zur Prüfung von Marktbeherrschung in der deutschen Fusionskontrolle, 2005, S. 40, abrufbar unter <http://www.bundeskartellamt.de> – Merkblätter – Fusionskontrolle.

44) Gassner, MMR 2001 S. 140 (142); Jestaedt, BB 2001 S. 581 (585); Krone, a.a.O. (Fn. 12), S. 163.

45) Sura, in: Gramlich/Ahrens (Fn. 42), § 6, Rdn. 54.

4. Geheimwettbewerb als Hindernis für Verbraucherschutz?

Die Lösung des Problems hängt mithin von der Abwägung zwischen dem durch verstärkte Transparenz gestärktem Verbraucherschutz, dem Interesse am Schutz von Immaterialgüterrechten und dem Geheimhaltungsinteresse ab⁴⁶).

Im Hinblick auf dieses Verhältnis sehen einige gerade in der Weiträumigkeit des Internet einen eingeschränkten Anwendungsbereich für abgestimmte Verhaltensweisen und somit kartellrechtsrelevantes Verhalten. Die Aufhebung des Geheimwettbewerbs wirke in erster Linie dann wettbewerbsfeindlich, wenn der Marktgegenseite die Wettbewerbsbeschränkung verborgen bleibe. Das Internet mache es jedoch gerade möglich, dass alle Marktteilnehmer auf die Informationen Zugriff nehmen könnten und somit ein Verstoß gegen den Geheimwettbewerb eingeschränkt werde⁴⁷). Eine solche Ansicht verkennt jedoch die Bedeutung des kartellrechtlichen Schutzes vor abgestimmten Verhaltensweisen und deren wettbewerbsschädliches Potenzial. Ein Informationsaustausch zwischen Unternehmen wirkt nicht nur dann wettbewerbsfeindlich oder verbraucherfeindlich, wenn die Informationen sonst niemandem zugänglich sind. Es kommt vielmehr auf den Informationsaustausch und das abgestimmte Verhalten an sich und nicht auf die Anzahl derer an, denen die Informationen sonst noch offen liegen. Der Markt und die dort beteiligten Unternehmen sollen für den Verbraucher so transparent und zugänglich wie möglich gestaltet werden. Der Transparenzgedanke darf jedoch nicht das Wettbewerbsprinzip konterkarieren. Der Informationsaustausch muss deshalb da aufhören, wo der Geheimwettbewerb gefährdet würde. Ausschlaggebend bleibt mithin der Konflikt zwischen dem Wunsch nach Transparenz und der Pflicht zur Weitergabe von Informationen sowie dem Recht und der Pflicht zur Geheimhaltung. Insbesondere im Verbraucherschutz gehören die Informationspflichten des Unternehmers zu den klassischen Schutzinstrumenten.

Ein ausgewogener Ausgleich der beiden sich gegenüberstehenden Interessen wird in der Praxis am effizientesten herzustellen sein, wenn man auf die Art der Informationen abstellt. Solange es sich um nichtidentifizierende Informationen (Höchst-, Mindest- oder Durchschnittspreise) handelt, sollte dies i. S. des Transparenzgebotes erlaubt und sogar willkommen sein. Differenzierter sollten jedoch Informationen über die aktuelle Geschäftspolitik sowie zeitnahe und für den Wettbewerb wesentliche Pläne und Verhaltensweisen (Aufträge, Preise, Umsätze, Investitionen) gehandhabt werden. Mit der Verfügbarkeit nichtindividualisierbarer statistischer Marktinformationen ist deshalb ein gangbarer Mittelweg gefunden, der wettbewerbsschädigende Verhaltensweisen nicht begünstigen, sondern sich wettbewerbsfördernd auswirken wird⁴⁸).

In diesem Zusammenhang wirft nicht nur die Ubiquität, sondern auch die Aktualität des Internet Probleme auf. Die Gefahr von wettbewerbsbeschränkenden Verhaltensweisen durch Informationsaustausch nimmt mit der Aktualität und Unmittelbarkeit der jeweiligen Informationen zu. Auch dieses Kriterium ist bei der Beurteilung des Informationsaustausches zu berücksichtigen. Der EuGH hat entschieden, dass in einem hochkonzentrierten oligopolistischen Markt der Austausch marktnaher Daten erst nach einem Jahr als zulässig erachtet werden kann⁴⁹). Die Informationen auf Internetplattformen werden i. d. R. von größerer Aktualität sein. Ein Verstoß gegen Art. 81 Abs. 1 EG liegt jedenfalls dann vor, wenn der Austausch wettbewerbsrelevanter Informationen tatsächlich eine Koordinierung des Marktverhaltens herbeiführt oder wenn der Informationsaustausch

46) Zur Kollision von Geheimwettbewerb und Immaterialgüterrechten ausführlich: Müller/Meyer, Unternehmenstransparenz und Geheimwettbewerb im digitalen Umfeld, in: Arbeitsbericht Nr. 43 des Kompetenzzentrums Internetökonomie und Hybridität, S. 9 ff.

47) Jestaedt, BB 2001 S. 581 (583).

48) Lochen, Elektronische Marktplätze, 2006, S. 120.

49) EuGH, 28.5.1998, Rs. 7/95, Slg. 1998, S. I-3111, Rdn. 67, 89 ff. („John Deere“)

zur Überprüfung kartellrechtswidriger Abreden eingesetzt wird⁵⁰). Die Weitergabe historischer Informationen bleibt zulässig, weil die Marktteilnehmer ihr künftiges Verhalten nicht mehr danach ausrichten können.

In den meisten Fällen wird die Abwägung der unterschiedlichen Interessen von der Marktstruktur und Marktkonzentration abhängen. Auf einem vom Wettbewerb geprägten Markt kann erhöhte Transparenz der Wettbewerbsparameter unter den Wirtschaftsteilnehmern geeignet sein, den Wettbewerb zu verstärken⁵¹). Es ist also nicht allen Unternehmen per se untersagt, aktuelle Preislisten auf ihrer Internetpräsenz zugänglich zu machen. Auf engen oligopolistischen Märkten hingegen kann erhöhte Transparenz den Wettbewerb wesentlich vermindern, da infolge der gestiegenen Transparenz die Reaktionsverbundenheit der Oligopolisten zunimmt und als Mittel zur Koordinierung des Wettbewerbsverhaltens der Beteiligten genutzt werden kann⁵²).

Das Verhältnis zwischen Geheimwettbewerb und Verbraucherschutz wird auch beim Immaterialgüterschutz in der Internetökonomie relevant. Da der Schutz des Geheimwettbewerbs und auch der Schutz von Immaterialgüterrechten nicht zu Lasten des Verbraucherschutzes gehen dürfen, ist es sinnvoll zumindest im Rahmen der Beurteilung vernetzter Unternehmen den *more economic approach*-Ansatz zu berücksichtigen. Wird bei der Begutachtung eines effizienten Wettbewerbs die Möglichkeit von Innovationswettbewerb berücksichtigt, gilt dies gleichzeitig den Verbraucherinteressen. Wird somit die missbräuchliche Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung im Rahmen der vernetzten Welt unter Berücksichtigung dieser Aspekte vorgenommen, führt weder der Schutz von Geheimwettbewerb noch der Schutz von Immaterialgüterrechten in der vernetzten Welt zur Verletzung von Verbraucherinteressen.

IV. Fazit

Die Schwierigkeiten der Aufrechterhaltung des Geheimwettbewerbs im Internet lässt nur zwei Optionen wettbewerbsrechtlich praktikabel erscheinen: a) die vollständige Freigabe des elektronischen Informationsaustausches und der Unternehmenstransparenz unter Aufgabe des Geheimwettbewerbs oder b) das vollständige Verbot der Offenlegung von Unternehmensinformationen im Internet. Beide Extrem Lösungen dürften sich kaum umsetzen lassen und sind aus Gesichtspunkten des Verbraucherschutzes nicht wünschenswert. So wie der Schutz des Geheimwettbewerbs durch die Sicherstellung eines freien Preis- und Qualitätswettbewerbs zugunsten der Verbraucher und Nachfrager wirkt, dient auch die Unternehmenstransparenz den Verbraucherinteressen. Erforderlich ist eine abgestufte Lösung, anhand der historische Fakten unproblematisch im Internet zur Verfügung gestellt werden dürfen, selbst wenn sie Rückschlüsse auf die aktuelle Stellung des Unternehmens erlauben. Verboten bleiben sollte die Offenlegung der Informationen, die direkt oder indirekt die aktuelle Preis- und Qualitätsbildung des Unternehmens beeinflussen.

Bei der Abwägung zwischen verbraucherschützenden Interessen und dem wettbewerbsschützendem Gebot des Geheimwettbewerbs sind neben Art der Information ökonomische Aspekte und insbesondere die konkrete Marktstruktur heranzuziehen. Anhand dieser Strukturen lässt sich das Risiko abgestimmter Verhaltensweisen zwischen Unternehmern besser einschätzen und ein Verstoß gegen Art. 81 EG und § 1 GWB oder Art. 82 EG besser feststellen. Im Kern ist eine einzelfallabhängige Beurteilung notwendig. Da der so konkretisierte Geheimwettbewerb im Internet dennoch erheblichen Gefahren ausgesetzt ist, sollte eine Um-

50) *Lochen*, a.a.O. (Fn. 48), S. 97; *Emmerich*, in: Immenga/ Mestmäcker (Fn. 23), Art. 85, Rdn. 26.

51) *Braun*, a.a.O. (Fn. 8), Art. 81 EG, Rdn. 72.

52) EuG, 27.10.1994, Rs. 35/92, Slg. 1994 S. II-957, Rdn. 78 („John Deere“); *Braun*, a.a.O. (Fn. 8), Art. 81 EG, Rdn. 72.

setzung in gesetzliche Vorgaben erfolgen. Der bestehenden Rechtsunsicherheit können Unternehmen nur durch Zurückhaltung bei der Online-Bereithaltung von sensiblen und aktuellen Unternehmensinformationen oder Zugangsverschaffung zum Netzwerk für weitere Unternehmen begegnen. Daten, von denen Wettbewerber im Offline-Geschäft keine Kenntnis erlangen dürfen, müssen auch in der Online-Welt geheim bleiben.

Mit diesem Vorschlag verbleibt nur noch die Problematik der immaterialgüterrechtlich geschützten, wettbewerbsrechtlich für Wettbewerber relevanten Informationen offen. Verbraucherschutz allein kann hier nicht die Offenlegung von Betriebsgeheimnissen rechtfertigen. Ansonsten würde der mit Immaterialgüterrechten bezweckte Schutz von Investitionen in Innovationen leer laufen.