

# Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht: Integration statt Isolation

Andreas Heinemann

## Inhaltsverzeichnis

I.	Einleitung . . . . .	641
II.	Der Fall «Dynamic Currency Conversion (DCC)» . . . . .	642
	1. Die Verfügung der Wettbewerbskommission . . . . .	642
	2. Das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts . . . . .	642
III.	Ausschliesslichkeitsrechte und Kartellrecht . . . . .	644
	1. Bedeutungswandel . . . . .	644
	2. «Dynamic Currency Conversion (DCC)»-Urteil . . . . .	645
	3. Konsequenzen . . . . .	649
IV.	Der Standort des Gewerblichen Rechtsschutzes und des Urheberrechts im Wettbewerbssystem . . . . .	650

## I. Einleitung

Die Festschrift zu Ehren von Stephan Breitenmoser beschäftigt sich im Schwerpunkt mit Fragen des Rechtsschutzes. Darunter versteht man üblicherweise die Regeln und Institutionen, die «Zugang zum Recht» bzw. «access to justice» verschaffen<sup>1</sup> und der Durchsetzung subjektiver Rechte dienen. Der Begriff bezieht sich auf die Gesamtheit der Rechtsordnung, also sowohl öffentliches als auch Privatrecht, und kann nach vielen Kriterien untergliedert werden, bspw. nach gerichtlichem und aussergerichtlichem oder individuellem und kollektivem Rechtsschutz. Ein wichtiges Teilgebiet des Wirtschaftsrechts, der Gewerbliche Rechtsschutz, entzieht sich jedoch dieser Definition. Hier geht es nur teilweise um Verfahrensregeln, also um «Rechtsschutz» im gewöhnlichen Sinn, sondern gemeint ist allgemein der «Schutz des gewerblichen Eigentums» i.S.v. Art. 1 Abs. 1 der Pariser Verbandsübereinkunft (PVÜ).<sup>2</sup> Unter den Begriff des gewerblichen Eigentums fallen gemäss Art. 1 Abs. 2 PVÜ u.a. die Patente, Designrechte, Marken, Handelsnamen sowie die Herkunftsangaben und Ursprungsbezeichnungen. Der Gewerbliche Rechtsschutz und das hiervon zu unterscheidende Urheberrecht mitsamt den verwandten Schutzrechten bilden das Rechtsgebiet des Immaterialgüterrechts bzw. des Geistigen Eigentums.<sup>3</sup>

1 Hierzu siehe KAUFMANN CLAUDIA, Zugang zum Recht: vielfältig und anspruchsvoll, in: Kaufmann Claudia/Hausammann Christina (Hrsg.), Zugang zum Recht, Basel 2017, 15.

2 Pariser Übereinkunft zum Schutz des gewerblichen Eigentums, revidiert in Stockholm am 14.7.1967, die erste Fassung stammt aus dem Jahr 1883.

3 Zu den unterschiedlichen Konnotationen dieser Begriffe siehe HILTY RETO M., Lizenzvertragsrecht, Bern 2001, 108 ff.

In diesem Beitrag soll die Stellung des Gewerblichen Rechtsschutzes und des Urheberrechts im Gesamtzusammenhang der Wettbewerbsordnung beleuchtet werden. Im Mittelpunkt steht das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts in der Rechtssache «Dynamic Currency Conversion (DCC)» von Ende 2018, das grundlegende Aussagen zum Verhältnis des Immaterialgüterrechts zum Kartellrecht trifft.<sup>4</sup> Stephan Breitenmoser war der Vorsitzende Richter in diesem Verfahren. Ihm sei der Beitrag auf das Herzlichste gewidmet. Der Verfasser fühlt sich dem vielseitigen Jubilar nicht nur als Kollege in der Akademie verbunden, sondern hat durch die Mitwirkung in der Wettbewerbskommission auch einen Einblick in seine Tätigkeit als Richter erhalten. Es versteht sich von selbst, dass die folgenden Ausführungen nicht im Namen der Behörde gemacht werden, sondern, dem Anliegen der Festschrift entsprechend, rein persönlichen Charakter haben.

## II. Der Fall «Dynamic Currency Conversion (DCC)»

### 1. Die Verfügung der Wettbewerbskommission

Der DCC-Fall betrifft in seinem Kern die Frage, unter welchen Voraussetzungen ein marktbeherrschendes Unternehmen anderen Marktteilnehmern nach Kartellrecht Zugang zu Schnittstelleninformationen gewähren muss. Den Hintergrund des Falls bildet die Einführung der «dynamischen Währungsumrechnung» für Zahlungskarten in den 2000er-Jahren. Diese Funktion macht es der internationalen Kundschaft möglich, bei der Zahlung zwischen der lokalen Währung im Land des Zahlungspunkts oder aber der Heimatwährung zu wählen. Voraussetzung ist, dass der Zahlkartenterminal über die DCC-Funktion verfügt. Die Händler hatten eine klare Präferenz für Terminals mit dieser Funktion, da sie an den hierdurch generierten Einnahmen partizipierten. «DCC-fähig» waren allerdings nur die Kartenterminals einer SIX-Konzerngesellschaft. Nach den Feststellungen der Wettbewerbskommission hatte die SIX Group eine marktbeherrschende Stellung im Zahlkartenakzeptanzgeschäft. Sie verweigerte die Herausgabe der DCC-bezogenen Schnittstelleninformationen an konkurrierende Hersteller von Zahlungskartenterminals, deren Absatzchancen sich hierdurch verringerten. Die Wettbewerbskommission stellte eine missbräuchliche Behinderung im Wettbewerb und damit einen Verstoß gegen Art. 7 KG fest.<sup>5</sup>

### 2. Das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts

Das Bundesverwaltungsgericht bestätigte die Argumentation der Wettbewerbskommission in der Sache, insbesondere die Verletzung von Art. 7 KG und die direkte Sanktion in Höhe von gut sieben Millionen Schweizer Franken.<sup>6</sup> Mit der Wettbewerbskommission stellte das Gericht insbesondere eine missbräuchliche Geschäftsverweigerung nach Art. 7 Abs. 2 lit. a KG und eine missbräuchliche

4 BVGer, 18.12.2018, B-831/2011; bei Manuskriptabschluss nicht rechtskräftig, sondern beim Bundesgericht pendent.

5 WEKO, 29.11.2010, SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC), RPW 2011/1, 96.

6 BVGer, 18.12.2018, B-831/2011. Der Umfang ist mit 527 Druckseiten sehr hoch (zum Vergleich: Die WEKO-Verfügung hat 620 Textnummern, das Urteil 1749). Umso nützlicher ist die Lektürehilfe von BANGERTER SIMON, DCC-Urteil reduced, Jusletter v. 14.10.2019.

Kopplung nach lit. f dieser Vorschrift fest.<sup>7</sup> Im Mittelpunkt des Urteils steht die Frage der Missbräuchlichkeit von «Interoperabilitätsverweigerungen». Mit dieser originellen und treffenden Wortschöpfung grenzt das Gericht die zugrundeliegende Problematik von benachbarten, aber unterschiedlichen Fallgruppen wie z.B. der Lizenzverweigerung ab.<sup>8</sup> An die Missbräuchlichkeit einer Interoperabilitätsverweigerung seien im Vergleich zur Lizenzverweigerung niedrigere Anforderungen zu stellen.<sup>9</sup> Mit der Markteinführung eines vernetzten Primärprodukts bringe das betreffende Unternehmen zum Ausdruck, dass eine Anbindung an die Produkte anderer Netzteilnehmer über die Schnittstellen möglich sei.<sup>10</sup> Marktbeherrscher seien deshalb grundsätzlich verpflichtet, Schnittstelleninformationen offenzulegen.<sup>11</sup>

Das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts ist reich an Einsichten. Gemäss eigener Zählung des Gerichts werden «rund 60 Rechtsfragen, von denen 20 sogar präjudiziellen Charakter haben, einer Beantwortung zugeführt».<sup>12</sup> Was die zentrale Frage nach der Missbräuchlichkeit einer Interoperabilitätsverweigerung betrifft, so schlüsselt das Gericht die verschiedenen Erscheinungsformen einer Geschäftsverweigerung auf, identifiziert mögliche Tatbestandsmerkmale und klärt, welche von ihnen für die Fallgruppe der Interoperabilitätsverweigerung relevant sind und wenn ja, in welcher Ausprägung.<sup>13</sup> Wie eingangs skizziert, steht vorliegend das Verhältnis zwischen Immaterialgüterrecht und Kartellrecht im Mittelpunkt. Die Ausführungen des Bundesverwaltungsgerichts zu diesem Thema sind wegweisend und werden von Bedeutung für alle zukünftigen Fälle im Grenzbereich dieser beiden Rechtsgebiete sein. Voraussetzung ist natürlich, dass die einschlägigen Passagen nicht im Rechtsmittelverfahren korrigiert werden. Bei Manuskriptabschluss stand der Entscheid des Bundesgerichts noch aus. Wie sich aus der folgenden Analyse ergibt, sind die Ausführungen des Bundesverwaltungsgerichts zur Verhältnisfrage aber ohnehin lediglich obiter dicta, da in casu gar keine relevanten Rechte des geistigen Eigentums existieren, die sich mit dem Kartellrecht reiben könnten.<sup>14</sup> Das Urteil hat insoweit eher den Charakter

7 Die Wettbewerbskommission hatte auch einen Verstoss gegen lit. b (Diskriminierung) und lit. e (Leistungseinschränkung) angenommen. Das Gericht verzichtete aufgrund «des ausführlichen Nachweises» missbräuchlicher Geschäftsverweigerung und Kopplung auf eine Prüfung dieser beiden weiteren Missbrauchsformen, BVGer, 18.12.2018, B-831/2011, E. 1423, 1425. Dies ist bedauerlich, da die Missbrauchsform im Rechtsmittelverfahren von entscheidender Bedeutung sein kann.

8 Zu dieser siehe JOVANOVIĆ MILAN, Die kartellrechtlich unzulässige Lizenzverweigerung, Zürich 2007.

9 BVGer, 18.12.2018, B-831/2011, E. 942.

10 BVGer, 18.12.2018, B-831/2011, E. 1002.

11 BVGer, 18.12.2018, B-831/2011, E. 1003.

12 BVGer, Medienmitteilung zum Urteil B-831/2011 vom 18.12.2018, 2.

13 BVGer, 18.12.2018, B-831/2011, E. 780, 800, 804.

14 Siehe BVGer, 18.12.2018, B-831/2011, E. 632: «Aus diesen Gründen ist demnach nicht davon auszugehen, dass überhaupt ein Urheberrecht [...] besteht, weshalb der Immaterialgüterrechtsvorbehalt gemäss Art. 3 Abs. 2 KG vorliegend bereits deshalb von vornherein keine Bedeutung erlangen kann».

eines wissenschaftlichen Texts, der den Diskurs unabhängig vom Ausgang des Rechtsmittelverfahrens auf Dauer bereichern wird.

### III. Ausschliesslichkeitsrechte und Kartellrecht

#### 1. Bedeutungswandel

Das Kartellgesetz enthält in Art. 3 Abs. 2 Satz 1 eine Spezialregelung zum Verhältnis von Recht des geistigen Eigentums und Kartellrecht. Danach fallen Wettbewerbswirkungen dann nicht unter das Kartellgesetz, wenn sie «sich ausschliesslich aus der Gesetzgebung über das geistige Eigentum ergeben». Auch die Vorgängergesetze enthielten ähnliche Vorschriften. Sie gingen auf die «Eigenständigkeitstheorie» (théorie de l'autonomie) von HANS ZSCHOKKE zurück: Hiernach soll das Kartellrecht in immaterialgüterrechtlichen Zusammenhängen nur dann anwendbar sein, wenn sich die Wettbewerbsbeschränkung aus einem Verhalten ergibt, das über den Schutzbereich des betreffenden Rechts hinausgeht.<sup>15</sup> Die Eigenständigkeitstheorie ist die schweizerische Variante der US-amerikanischen inherency doctrine, der europarechtlichen Lehre vom spezifischen Gegenstand und der Inhaltstheorie des deutschen Rechts.<sup>16</sup> Ihr liegt die Annahme zugrunde, dass zwischen beiden Rechtsgebieten ein Konflikt besteht, der durch eine Abgrenzungsregel auf der Grundlage des Schutzrechtsinhalts zu lösen sei.

Die Konfliktthese hält einer ökonomischen Analyse nicht stand: Ganz überwiegend wird heute die Auffassung vertreten, dass Immaterialgüterrecht und Kartellrecht in dem Ziel übereinstimmen, die Hervorbringung von Innovationen zu fördern.<sup>17</sup> Nur die Mittel zur Erreichung dieses Ziels sind unterschiedlich, nämlich einerseits die Zuerkennung von Ausschliesslichkeitsrechten, um Trittbrettfahrten zu unterbinden und Investitionsanreize zu stärken, und andererseits Förderung des Wettbewerbs, zu dessen dynamischen Funktionen auch die Entdeckung von Neuem gehört. Geht man von der Komplementarität beider Rechtsgebiete aus, entfällt die Notwendigkeit einer starren Konfliktnorm. Diese Einsichten waren bei der Vorbereitung und beim Erlass des Kartellgesetzes von 1995 bereits bekannt. In der Botschaft zum KG 1995 finden sich denn auch durchaus Ansätze, die Art. 3 Abs. 2 KG nicht als schematische Regel zur Bestimmung des Anwendungsbereichs deuten, sondern auf die Ziele der beiden Rechtsgebiete abstellen. So soll die Regel «verhindern, dass entsprechende Rechte dazu missbraucht werden, um in Abweichung von ihrem eigentlichen Zweck [...] rein wettbewerbsbeschränkende Ziele zu verfolgen».<sup>18</sup> Art. 3 Abs. 2 Satz 1 KG ist also modernen Interpretationen durchaus zugänglich. Allerdings ist umstritten, welcher Bedeutungsgehalt der Norm genau zuerkannt werden sollte. Als herrschend

15 ZSCHOKKE HANS P., Der Entwurf der Expertenkommission für ein Kartellgesetz und der gewerbliche Rechtsschutz, Schweizerische Mitteilungen über Gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht 1960, 9, 17ff.

16 Zu diesen Ansätzen siehe HEINEMANN ANDREAS, Immaterialgüterrecht und Wettbewerbsrecht: Divergenz oder Konvergenz?, MR-Int 2014, 85 (86 ff.).

17 HILTY RETO M./FRÜH ALFRED, Lizenzkartellrecht, Bern 2017, 188.

18 Botschaft zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG), 23.11.1994, BBl 1995 I 468 (541).

kann heute die Meinung bezeichnet werden, nach der die Vorschrift restriktiv auszulegen oder teleologisch zu reduzieren ist.<sup>19</sup> Sie statuiert dann keinen Geltungs- oder Anwendungsvorrang des Immaterialgüterrechts vor dem Kartellrecht mehr.<sup>20</sup> Die moderne Deutung der Vorschrift ergibt sich nicht nur aus den genannten teleologischen Gründen, sondern hat auch einen Anhaltspunkt im Wortlaut der Norm: Nur solche Wettbewerbswirkungen sollen nicht unter das Gesetz fallen, die sich «ausschliesslich» aus der Gesetzgebung über das geistige Eigentum ergeben. In der komplexen Wirtschaftswelt ist eine solche Monokausalität aber die Ausnahme, wenn es sie überhaupt gibt.<sup>21</sup> Der Weg ins Kartellrecht ist also auch in immaterialgüterrechtlichen Kontexten stets eröffnet.<sup>22</sup> Die Anliegen des Immaterialgüterrechts sind in die Auslegung der kartellrechtlichen Tatbestände einzubringen.<sup>23</sup>

## 2. «Dynamic Currency Conversion (DCC)»-Urteil

### a) Bedeutung

Nach dem Ansatz von RODOLFO SACCO wird das Recht in erster Linie durch drei «Formanten», nämlich Gesetzesregeln, Gerichtsentscheide und Rechtswissenschaft geprägt.<sup>24</sup> Die rechtswissenschaftliche Deutung der Gesetzesregel in Art. 3 Abs. 2 Satz 1 KG wurde soeben erläutert. Von entscheidender Bedeutung ist nun, welchen Sinn die Gerichte dieser Vorschrift geben. Das Bundesgericht hatte 1999 im berühmten Kodak-Urteil entschieden, dass es nicht zu «den Befugnissen des Patentinhabers gehört [...], künstlich Märkte aufzuteilen bzw. den schweizerischen Markt vom Ausland abzuschotten». Eine territoriale Begrenzung ergebe sich also nicht ausschliesslich aus der Patentgesetzgebung, jedenfalls soweit die Bedingungen im Ex- und im Importland vergleichbar seien. Art. 3 Abs. 2 KG stehe der Anwendung des Gesetzes auf Importbeschränkungen deshalb nicht entgegen.<sup>25</sup>

Für das Thema der Parallelimporte ist der Kodak-Entscheid sicher von grösster Bedeutung.<sup>26</sup> Das Bundesgericht nahm sich aber nicht der Tiefendimension der Problematik an. Dem DCC-Urteil des Bundesverwaltungsgerichts mit seinen

19 Siehe bspw. STIRNIMANN FRANZ X., *Urheberkartellrecht*, Zürich 2004, 47 ff. mit zahlreichen Nachweisen.

20 HILTY RETO M., *Kommentierung zu Art. 3 Abs. 2 KG*, in: Amstutz Marc/Reinert Mani (Hrsg.), *Basler Kommentar, Kartellgesetz*, 2. Aufl., Basel 2021, Art. 3 Abs. 2 KG N 44 f.

21 Vgl. HILTY, a.a.O. (FN 20), Art. 3 Abs. 2 KG N 30 ff.

22 Allerdings wird auch die Auffassung vertreten, dass die Verfügbarkeit immaterialgüterrechtlicher Zugangs- oder Offenlegungspflichten die Anwendung des Kartellrechts ausschliesse; so am Beispiel von Art. 21 URG MAMANE DAVID, *Das kartellrechtliche Damoklesschwert über dem Immaterialgüterrecht*, in: Olano Oscar (Hrsg.), *Jurisprudenz und Musik, Liber amicorum für Felix H. Thomann zum 80. Geburtstag*, Zürich 2016, 27, 37 ff.

23 HEINEMANN ANDREAS, *Demarkation von Immaterialgüter- und Kartellrecht?*, in: Zäch Roger (Hrsg.), *Schweizerisches Kartellrecht – an Wendepunkten?*, Zürich/St. Gallen 2009, 49, 55 f.

24 Siehe z.B. SACCO RODOLFO, *Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law*, *AJCL* 1991 (Vol. 39 Iss. 1), 26 ff.

25 BGE 126 III 129, 153 f.

26 Das Kodak-Urteil veranlasste den Gesetzgeber der KG-Revision von 2003 zu einer entsprechenden Klarstellung in Art. 3 Abs. 2 Satz 2 KG, wobei er auf das Kriterium der vergleichbaren Bedingungen verzichtete. Zur Thematik siehe SCHRANER FELIX, *Kartellrecht und Immate-*

grundlegenden Überlegungen zum Verhältnis von Immaterialgüter- und Kartellrecht kommt deshalb eine Pionierrolle zu.<sup>27</sup>

*b) Art. 3 Abs. 2 Satz 1 KG*

Das Gericht wendet das methodologische Instrumentarium schulmässig auf Art. 3 Abs. 2 Satz 1 KG an und wertet Gesetzgebungsmaterialien, Praxis und Literatur umfassend aus. Bei letzterer legt das Gericht einen Schwerpunkt auf die neueren Ansätze, schliesst sich diesen an, bricht konsequenterweise die Prüfung des sachlichen Anwendungsbereichs des Kartellgesetzes ab und verweist für die Berücksichtigung immaterialgüterrechtlicher Belange auf die Passagen des Urteils, die sich mit der Prüfung des «Missbrauchs» einer marktbeherrschenden Stellung befassen.<sup>28</sup>

*c) Urheberrechtsschutz von Schnittstellen?*

Überraschenderweise wirft das Gericht bei der materiell-rechtlichen Prüfung des Missbrauchs i.S.v. Art. 7 KG – in einem Allgemeinem Teil über «missbrauchsübergreifende Sach- und Rechtsfragen» – wieder die Frage auf, ob überhaupt Wettbewerbswirkungen vorliegen, die in den Anwendungsbereich des Kartellrechts fallen, was das Gericht von einer Abwägung der «massgeblichen immaterialgüterrechtlichen und wettbewerblichen Aspekte» abhängig machen möchte.<sup>29</sup> Nach den vorstehend beschriebenen Aussagen hätte man eigentlich erwartet, dass diese Frage bereits bejaht ist, und dass es jetzt nur noch darum geht, das Tatbestandsmerkmal des Missbrauchs unter Heranziehung immaterialgüterrechtlicher Wertungen, insbesondere des Innovationsbezugs, auszufüllen. Dieser Argumentationsbruch hat im konkreten Fall aber keine Auswirkungen, da das Gericht zum Ergebnis gelangt, dass kein relevanter Urheberrechtsschutz besteht.<sup>30</sup> Detailliert geht das Gericht dieser Frage nach, wobei es zwischen Schnittstellen und Schnittstelleninformationen unterscheidet und auch die Bedeutung urheberrechtlicher Spezialbestimmungen wie z.B. der Dekompilierungsregel in Art. 21 URG ermittelt. Auch setzt es sich mit der Praxis in der Europäischen Union zum Schnittstellenschutz auseinander.<sup>31</sup> Auch wenn Schnittstellen im Prinzip urheberrechtlich schutzfähig seien, werde es i.d.R. an der nötigen Individualität fehlen.<sup>32</sup> So verhalte es sich auch im konkreten Fall: DCC-Funktion und DCC-Schnittstellen seien aufgrund der Vorgaben des Kartenschemas ausgestaltet worden, weshalb es an einer ausreichenden schöpferischen Individualität fehle.<sup>33</sup>

rialgüterrecht – Ihr Verhältnis und die einseitige Einführung regionaler Erschöpfung im Patentrecht, Zürich 2010.

27 Zu Recht stellt das Gericht die Abwesenheit höchstrichterlicher Rechtsprechung zu diesem Thema fest, BVGer, 18.12.2018, B-831/2011, E. 82.

28 Verweis in BVGer, 18.12.2018, B-831/2011, E. 88 auf E. 528 ff.

29 BVGer, 18.12.2018, B-831/2011, E. 543.

30 BVGer, 18.12.2018, B-831/2011, E. 632; siehe auch E. 614.

31 BVGer, 18.12.2018, B-831/2011, E. 546 ff.

32 BVGer, 18.12.2018, B-831/2011, E. 578 f.

33 BVGer, 18.12.2018, B-831/2011, E. 628 ff.

*d) Kartellrecht und Schnittstellen*

Die ausführlichen Überlegungen zum Verhältnis von Kartellrecht und Urheberrecht erscheinen vor diesem Hintergrund nicht fallrelevant, sind aber von grösstem wissenschaftlichen Interesse. Das Gericht stellt aus der Perspektive der Schnittstellenproblematik den Zweck des Urheberrechts dem Zweck des Kartellrechts gegenüber. Das Urheberrecht schütze vor unrechtmässiger Vervielfältigung geschützter EDV-Komponenten, nicht aber vor Konkurrenzierung durch EDV-Komponenten anderer Wirtschaftsteilnehmer. Schon aus urheberrechtlicher Sicht stehe deshalb die Sicherstellung von Interoperabilität über dem Schutz von Schnittstellen und Schnittstelleninformationen. Aus Sicht des Kartellrechts sei die Sicherstellung von Interoperabilität notwendig, um wirksamen Wettbewerb zu gewährleisten. Andernfalls käme es zu Monopolisierung und Marktabschottung.<sup>34</sup> Aufgrund dieser Konkordanz seien die materiell-rechtlichen Vorschriften des Kartellgesetzes also anwendbar, selbst wenn im konkreten Fall Urheberrechtsschutz bestünde.<sup>35</sup>

Die Ausführungen des Gerichts sind nicht nur von dankenswerter Klarheit, sondern auch von erhellender Konkretheit. Am Beispielsfall der Schnittstellen wird eindrücklich demonstriert, dass Immaterialgüterrecht und Kartellrecht dieselben Ziele ansteuern, und dass beide Rechtsgebiete folglich nebeneinander zur Anwendung gelangen. Der Ausgang der kartellrechtlichen Prüfung wird hierdurch nicht antizipiert. Er hängt von der Anwendung des materiellen Rechts, nämlich Art. 7 KG ab.

*e) Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung*

Die Feststellung einer marktbeherrschenden Stellung im DCC-Fall wirft keine immaterialgüterrechtlichen Besonderheiten auf, da Marktbeherrschung hier nicht mit Schutzrechten im Zusammenhang steht, sondern aus der starken Stellung im Kartenakzeptanzgeschäft resultiert.<sup>36</sup> Was den Missbrauch betrifft, so bejaht das Gericht eine unzulässige Verweigerung von Geschäftsbeziehungen nach Art. 7 Abs. 2 lit. a KG sowie eine unzulässige Kopplung nach lit. f dieser Vorschrift.<sup>37</sup> Im vorliegenden Zusammenhang ist die Geschäftsverweigerung von besonderem Interesse, da nach verbreiteter Auffassung in Bezug auf die Lizenzverweigerung gesteigerte Anforderungen an Kontrahierungszwang gestellt werden. Nach der new product-Rule soll die Schwelle hier nur erreicht werden, wenn die Entstehung eines neuen oder innovativeren Produkts verhindert wird.<sup>38</sup>

34 BVGer, 18.12.2018, B-831/2011, E. 610f.

35 BVGer, 18.12.2018, B-831/2011, E. 615, 619.

36 Der Vollständigkeit halber sei hinzugefügt, dass Schutzrechte des geistigen Eigentums nicht als solche Marktmacht verschaffen, siehe z.B. FRÜH ALFRED, Immaterialgüterrechte und der relevante Markt, Köln 2012, 391.

37 Zu den anderen Missbrauchsformen siehe bereits FN 7.

38 Diese Voraussetzung ist allerdings nicht unumstritten; Gegenauffassung bei HEINEMANN ANDREAS, Propriété intellectuelle et abus de position dominante en droit communautaire, sic! 2007, 169, 173f., 178.

Das Bundesverwaltungsgericht arbeitet die einschlägige Praxis eingehend auf, nimmt aber ein entscheidendes distinguishing vor: An die Missbräuchlichkeit einer «Interoperabilitätsverweigerung» seien niedrigere Anforderungen zu stellen als an eine Lizenzverweigerung. Insbesondere sei hier nicht erforderlich, dass das Einsatzgut unerlässlich sei, oder dass das Erscheinen eines neuen Produkts verhindert werde. Der Grund für die Unterscheidung bestehe darin, dass nicht etwa der Zugang zu einem Primärprodukt verweigert, sondern die Möglichkeit blockiert werde, Interoperabilität zu diesem Primärprodukt herzustellen.<sup>39</sup> Das Ergebnis lautet: «Daher besteht für ein marktbeherrschendes Unternehmen grundsätzlich die Verpflichtung, die jeweiligen Schnittstelleninformationen für diese Anbindung offenzulegen.»<sup>40</sup> Das marktbeherrschende Unternehmen ist also zur Herausgabe der einschlägigen Schnittstelleninformationen an konkurrierende Hersteller von Zahlungsterminals verpflichtet.

*f) Fazit*

In Bezug auf die Schnittstellenproblematik besteht nach den überzeugenden Ausführungen des Bundesverwaltungsgerichts «kein inhaltlicher Konflikt zwischen Urheber- und Kartellrecht. Vielmehr sind beide Gesetzesordnungen auf die Gewährleistung von ausreichenden wettbewerblichen Marktbedingungen ausgerichtet».<sup>41</sup> Es lässt sich hinzufügen, dass beide «Gesetzesordnungen» auch auf die Hervorbringung von Innovationen ausgerichtet sind.<sup>42</sup> Auf diesen Zusammenhang ist bei der Auslegung von Art. 3 Abs. 2 Satz 1 KG Rücksicht zu nehmen. Das Bundesverwaltungsgericht kommt dieser Aufgabe auf zwei Wegen nach. Erstens transformiert es die Prüfung des Anwendungsbereichs zu einer Vorfrage des materiellen Rechts. Zweitens untersucht es, welche Bedeutung die Existenz von Immaterialgüterrechten für die Auslegung des Missbrauchstatbestands in Art. 7 KG hat. Nach der hier vertretenen Auffassung ist der erste Weg entbehrlich. Entscheidend ist der zweite: Die kartellrechtlichen Tatbestände sind so auszulegen, dass die Anliegen des Immaterialgüterschutzes, insbesondere die Innovationsfunktion, erfüllt werden.

Das Gericht kommt dieser Aufgabe in vollem Umfang nach. Es geht in einem eigenen Abschnitt auf die Frage ein, ob eine Pflicht zur Offenlegung der Schnittstelleninformationen den Investitions- und Innovationsanreizen der Marktbeherrscherin im Weg steht, und verneint dies: Die DCC-Funktion sei von anderen Unternehmen entwickelt worden, die Marktbeherrscherin habe diese nur übernommen, so dass von vornherein kein Grund besteht, ihr Investitions- und Innovationsschutz zuzuerkennen.<sup>43</sup> Zutreffend verweist das Gericht auch darauf, dass Schnittstelleninformationen keine Angaben zum Quellcode eines Anwen-

39 BVGer, 18.12.2018, B-831/2011, E. 932 ff., 997 ff., 1042, 1049.

40 BVGer, 18.12.2018, B-831/2011, E. 1003; siehe auch E. 1192.

41 BVGer, 18.12.2018, B-831/2011, E. 613.

42 Wobei nicht behauptet werden soll, dass sie dieses Ziel auch erreichen; siehe zu dieser Problematik PICH T PETER, Patente und kartellrechtliche Zugangsgewähr, sic! 2019, 335 ff.

43 BVGer, 18.12.2018, B-831/2011, E. 767



dungsprogramms enthalten, so dass die Pflicht zur Herausgabe der Informationen es Konkurrenten nicht ermöglicht, fremde Software ohne eigene Leistung zu kopieren.<sup>44</sup>

### 3. Konsequenzen

Aus dem DCC-Urteil des Bundesverwaltungsgerichts folgt, dass sich der Inhaber eines de facto-Standards benachbarte Märkte nicht dadurch vorbehalten darf, dass er die Herausgabe der für die Herstellung von Interoperabilität erforderlichen Schnittstelleninformationen verweigert. Die Märkte müssen also «bestreitbar» bleiben. Die Bedeutung des Entscheids geht weit über die Landesgrenzen hinaus. Zwar ging es auch im europäischen Microsoft-Fall um die kartellrechtswidrige Verweigerung von Schnittstelleninformationen. Die Europäische Kommission und das EU-Gericht unterstellten aber zugunsten des Unternehmens die Existenz von Schutzrechten und bejahten die dann anwendbaren hohen Voraussetzungen für die Kartellrechtswidrigkeit einer Lizenzverweigerung. Das Bundesverwaltungsgericht verneint hingegen Urheberrechtsschutz und legt damit den ersten Entscheid zur reinen «Interoperabilitätsverweigerung» vor.<sup>45</sup> Das Urteil reiht sich damit in den Kreis derjenigen schweizerischen Kartellrechtsfälle ein, die eine bestimmte Problematik aufgreifen, bevor Behörden oder Gerichte in der Europäischen Union damit befasst waren. Weitere Beispiele sind die «Phasing-Out»-Lösung für den Kontrahierungszwang im Swatch-Fall<sup>46</sup> und die Entwicklung neuer Plus-Faktoren für die digitale Wirtschaft im Hors-Liste-Fall, die aus einer scheinbar unverbindlichen Preisempfehlung eine unzulässige vertikale Preisbindung machen.<sup>47</sup> Pionierfälle sind aus rechtsvergleichender Warte von besonderem Wert. Dem DCC-Urteil des Bundesverwaltungsgerichts ist deshalb grosse internationale Verbreitung zu wünschen.<sup>48</sup>

Die Rezeption in In- und Ausland wäre allerdings durch eine knappere Fassung gefördert worden.<sup>49</sup> Das DCC-Urteil wirft grundlegende Fragen nach der Balance zwischen *ratio decidendi* und *obiter dicta* auf. Schnittstellen erfüllen

44 BVGer, 18.12.2018, B-831/2011, E. 769; so haben andere Hersteller von Kartenterminals auf Grundlage der Schnittstelleninformationen ihre eigene DCC-Schnittstelle entwickelt, ohne die DCC-Funktion der Marktbeherrscherin zu kopieren (E. 771).

45 Vgl. BVGer, 18.12.2018, B-831/2011, E. 784.

46 Siehe zuletzt WEKO, 13.7.2020, Swatch Group Lieferstopp/Ablauf Lieferverpflichtung, RPW 2021/2, 306: Die Begrenzung der Lieferpflicht für Uhrwerke auf sechs Jahre soll die Anreize im Markt stärken, eine alternative Produktion von Uhrwerken aufzubauen.

47 BGE 147 II 72: Zwar setzte die Herstellerin weder Druck noch wirtschaftliche Anreize zur Respektierung der Preisempfehlungen ein. Aber sie speiste über Jahre tagesaktuelle Preise in die elektronischen Kassensysteme der Händler ein, die durch Scannen des Produktcodes dann automatisch angezeigt und praktiziert wurden.

48 Verdienstvoll deshalb die englischsprachige Aufbereitung für eine internationale Leserschaft durch WEBER ROLF H., *Data Interfaces: Tensions between Copyright and Competition Law – A New Swiss Court Practice for an Old Problem*, GRUR Int 2020, 119. Zu Recht bezeichnet WEBER das DCC-Urteil als «milestone in the legal history of Swiss court practice» im Kontext des Verhältnisses von Immaterialgüterschutz und Kartellrecht.

49 Kritik am Umfang des Entscheids auch bei WEBER, a.a.O., 123.

nach der Analyse des Gerichts die Anforderungen an Urheberrechtsschutz i.d.R. nicht. Da die vorliegende Konstellation nicht von der Regel abweicht, besteht also kein Urheberrechtsschutz, so dass sich die Frage nach dem Verhältnis von Immaterialgüterrecht und Kartellrecht in casu eigentlich nicht stellt. Dennoch beschäftigen sich weite Passagen des Entscheids direkt oder indirekt mit dieser Frage. Auch werden allgemeine Aussagen über die Anforderungen an Kontrahierungszwang getroffen, die weit über den Streitgegenstand hinausgehen. Bei der Lösung zukünftiger Fälle wird also zu berücksichtigen sein, dass zahlreiche Ausführungen nicht den Praxistest durchlaufen haben, nämlich für die Kernfrage der Interoperabilitätsverweigerung nicht relevant sind. Diese Passagen haben häufig eher einen wissenschaftlichen Duktus und bilden insofern einen Referenzpunkt für die weitere wissenschaftliche Diskussion.

Für die in diesem Beitrag im Vordergrund stehende Grundsatzfrage nach dem Verhältnis von Immaterialgüter- und Kartellrecht schlägt das DCC-Urteil einen wichtigen Pflock ein: Das Bundesverwaltungsgericht schliesst sich den neueren Strömungen an, die Art. 3 Abs. 2 Satz 1 KG einen niedrigen Stellenwert zumessen. Im Sinn einer Sprachregelung nennt das Gericht die Vorschrift auch den «Immaterialgüterrechtsvorbehalt».<sup>50</sup> Hier sei vorgeschlagen, auf den Terminus des Vorbehalts zu verzichten. Das Immaterialgüterrecht soll nicht von der Kartellrechtsanwendung ausgenommen werden, sondern die Auslegung des Kartellrechts beeinflussen. In diesem Sinn stellt Art. 3 Abs. 2 Satz 1 KG ein «Innovationssignal» dar. Der Wettbewerb ist nicht lediglich als statisches, sondern gerade auch als dynamisches System zu verstehen. Bei der Anwendung des Kartellrechts – ob in immaterialgüterrechtlichen Zusammenhängen oder ganz allgemein – ist deshalb auch auf die Konsequenzen für die Innovationsanreize abzustellen, und zwar nicht nur diejenigen des Marktbeherrschers, sondern auch die aller Marktteilnehmer.<sup>51</sup> Dabei unterstreicht der Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts in dankenswerter Klarheit, dass pauschale Hinweise des Marktbeherrschers auf eine Beeinträchtigung seiner Innovationsanreize nicht ausreichen. Es ist vielmehr zu substantiieren, inwiefern die Kartellrechtsanwendung Investitionen entwertet oder die Innovationskraft schwächt.

#### **IV. Der Standort des Gewerblichen Rechtsschutzes und des Urheberrechts im Wettbewerbssystem**

Die gesetzliche Ausgestaltung in Art. 3 Abs. 2 Satz 1 KG geht von einer veralteten Annahme, nämlich einem genuinen Konflikt zwischen Recht des geistigen Eigentums und Kartellrecht, aus. Jüngere Ansätze fordern deshalb de lege lata eine restriktive Handhabung der Vorschrift und de lege ferenda eine Änderung dieser

50 Vgl. BVGer, 18.12.2018, B-831/2011, E. 77 und passim.

51 Dies ist nicht als Aussage zur Beweislast zu verstehen: Die Behörde muss nicht die Besonderheiten aller Marktteilnehmer abklären. Es reicht die Ausrichtung auf die Initiatoren des Verfahrens, siehe BVGer, 18.12.2018, B-831/2011, E. 1174 ff.

Norm<sup>52</sup> oder gar ihre vollständige Streichung.<sup>53</sup> Das Bundesverwaltungsgericht schliesst sich im DCC-Entscheid der modernen Sichtweise der Verhältnissnorm und damit einer restriktiven Interpretation an. Allerdings versucht das Gericht, der Vorschrift eine Restbedeutung zu belassen, indem der Anwendungsvorbehalt in die materiell-rechtlichen Tatbestände verschoben wird. Dies ist systematisch wenig überzeugend. Stattdessen sollte die Vorschrift dazu veranlassen, bei der Auslegung der kartellrechtlichen Tatbestände den Innovationsanreizen grosse Aufmerksamkeit zu schenken. Auch wenn sich im Ergebnis hieraus kein Unterschied ergibt, macht diese Vorgehensweise doch klarer, dass von einer dynamischen und nicht lediglich einer statischen Sichtweise des Wettbewerbs auszugehen ist.

Der DCC-Entscheid leistet einen wichtigen Beitrag zur Abstützung der Komplementaritätsthese: Oft haben Ausführungen zur Zielkompatibilität von Immaterialgüterrecht und Kartellrecht ein hohes Abstraktionsniveau. Das Bundesverwaltungsgericht konkretisiert hingegen im DCC-Urteil diesen Zusammenhang, indem es im Detail nachweist, dass die beiden Rechtsgebiete im Hinblick auf Schnittstellen und Schnittstelleninformationen am gleichen Strang ziehen, nämlich Interoperabilität über Abschottung stellen. Diese Vorgehensweise sei zur Nachahmung empfohlen: Die Zielkompatibilität von Wettbewerbs- und Immaterialgüterschutz wird klarer, wenn man anhand konkreter Anwendungsbeispiele das gemeinsame Anliegen beider Rechtsgebiete aufzeigt. Für das Schnittstellen-thema besteht mit der wettbewerbsfreundlichen Dekompilierungsregel in Art. 21 URG ein zusätzliches Argument. Am Ergebnis würde sich aber auch in Abwesenheit einer solchen Sonderregel nichts ändern: Immaterialgüterrecht und Kartellrecht sind so auszulegen, dass Innovationen nachhaltig gefördert werden. Der gewerbliche Rechtsschutz und das Urheberrecht sind also keine Rechtsgebiete, die im Sinn eines self-contained regime vom Rest der Rechtsordnung abzuschotten wären. Vielmehr sind sie Teile des Wettbewerbssystems, die mit diesem auf vielfältige Art und Weise interagieren. Darauf ist bei der gesetzgeberischen Ausgestaltung und bei der Auslegung Rücksicht zu nehmen. Das DCC-Urteil des Bundesverwaltungsgerichts demonstriert gleichzeitig, wie komplex einschlägige Fälle sein können, aber auch, wie überzeugend Lösungen sind, die diesen Gesamtzusammenhang fest im Blick haben. Der gewerbliche Rechtsschutz und das Urheberrecht sind also in das Wettbewerbssystem zu integrieren, nicht hiervon zu isolieren.

52 Konkreter Vorschlag bei HEINEMANN, a.a.O. (FN 23), 58.

53 ALBERINI ADRIEN, Kommentierung zu Art. 3 Abs. 2 KG, in: Martenet Vincent/Bovet Christian/Tercier Pierre (Hrsg.), *Commentaire Romand – Droit de la concurrence*, 2. Aufl., Basel 2013, Art. 3 II LCart N 111.