



School of Management and Law

Nutzung und Weitergabe von Kundendaten in Kfz-Händlerverträgen: Kartellrechtliche Grenzen

Gutachten des Zentrums für Wettbewerbs- und Handelsrecht

Zuhanden: Auto Gewerbe Verband Schweiz (AGVS), Wölflistrasse 5, 3000 Bern

Gutachten vom 24. November 2016

Gutachter

Prof. Dr. iur. Patrick L. Krauskopf, Rechtsanwalt, Leiter des Zentrums für Wettbewerbs- und Handelsrecht der ZHAW

Dr. iur. Fabio Babey, Dozent Zentrum für Wettbewerbs- und Handelsrecht der ZHAW

Projektmitarbeitende

MLaw Sarah Umbricht, Wissenschaftliche Mitarbeiterin Zentrum für Wettbewerbs- und Handelsrecht der ZHAW

MLaw Alessandra Casutt, Wissenschaftliche Projektmitarbeiterin Zentrum für Wettbewerbs- und Handelsrecht der ZHAW

Executive Summary

Das Gutachten der Zürcher Hochschule für angewandte Wissenschaften (ZHAW) befasst sich im Auftrag des Auto Gewerbe Verbandes Schweiz (AGVS) mit den kartellrechtlichen Rahmenbedingungen in Bezug auf die Bearbeitung von Kunden- und Fahrzeugdaten. In den letzten Jahren haben die Möglichkeiten, umfassende Kunden- und Fahrzeugdaten zu sammeln und zu verwerten, aufgrund technologischer Entwicklungen zugenommen. Dies ermöglicht ein optimiertes Sales- und Aftersales-Angebot sowie personalisierte Onlineservices. Da Hersteller und Importeure in der Regel keinen direkten Zugang zu den Kunden haben, sind sie darauf angewiesen, dass ihnen Händler oder Werkstätten die erhobenen Kunden- und Fahrzeugdaten zugänglich machen. In Service- und Händlerverträgen werden daher regelmässig Datenklauseln vereinbart, welche eine Pflicht zur Übertragung der Kunden- und Fahrzeugdaten an Hersteller/Importeure vorsehen. Das Gutachten der ZHAW untersucht, ob diese Datenklauseln, welche dem Hersteller/Importeur die Nutzungs- und Verwertungsrechte an Kundendaten geben, vor dem Kartellgesetz standhalten und welche Konsequenzen, u.a. Schadloshaltung von Händler/Werkstatt, sich aus einer Kartellrechtswidrigkeit der Datenklausel ergeben.

A. Ausgangslage

Die Bearbeitung (Nutzung und Weitergabe) von Kunden- und Fahrzeugdaten im Kfz-Gewerbe wird massgebend in den Händler- und Serviceverträgen geregelt. Die Regelung der Datenverwertung ist entscheidend dafür, ob Hersteller/Importeure überhaupt einen Vertrag mit dem jeweiligen Händler abschliessen.

- **Uneingeschränkter Austausch.** Fast ausnahmslos werden Händler und Servicepartner verpflichtet, Kundendaten dem Hersteller/Importeur uneingeschränkt zu übermitteln und zur Verfügung zu stellen.
- **Zentrale Datenbanken.** Der Austausch erfolgt jeweils über eine zentrale Datenbank. Dem Hersteller/Importeur wird ein unbeschränkter Zugriff auf die übermittelten Daten gewährt.

Die Verträge sehen typischerweise folgende Regelungen im Umgang mit Kundendaten vor:

- **Kündigung mit sofortiger Wirkung.** Eine Weigerung von Händlern, dem Hersteller/Importeur Informationen unbeschränkt und aktualisiert zur Verfügung zu stellen, wird in den Händler- und Serviceverträgen regelmässig als Kündigungsgrund mit sofortiger Wirkung aufgeführt.
- **Information der Kunden.** Die Kunden eines aus dem Vertriebsnetz ausscheidenden Händlern werden über die Änderung im Vertriebsnetz und über die Zusammenarbeit mit einem neuen Vertriebspartner durch den Hersteller oder den neuen Händler selbst informiert.

B. Kartellrechtliche Würdigung

1. Datenklausel als Abrede (Art. 5 KG)

Aufgrund der Kundendaten in der zentralen Datenbank können Hersteller/Importeure analysieren, in welcher Region welche Fahrzeuge zu welchem Preis an welchen Kunden verkauft werden und welche Reparaturen anfallen. Diese Kunden- und Fahrzeugdaten können die Ausgestaltung von Produkten, Dienstleistungen und Preisen erheblich beeinflussen.

- **Gebietsabrede.** Benutzen Hersteller/Importeur diese Informationen dazu, um Endkonsumenten einer Region einem lokalen Vertriebspartner zuzuweisen, kann daraus eine kartellrechtlich problematische Beschränkung der unternehmerischen Handlungsfreiheit entstehen.
- **Preisbindungen.** Kunden- und Fahrzeugdaten geben einen Einblick in die Verkaufspreise und ermöglichen eine vereinfachte Preisanalyse. Werden die Daten dazu genutzt, um in den Vertriebssystemen die Preisfestsetzungshoheit der Händler zu beeinflussen, dann führt dies regelmässig zu kartellrechtlichen Beanstandungen.

2. Datenklausel als Marktmachtmissbrauch (Art. 7 KG)

Abhängigkeitsverhältnis der Händler und Werkstätten. Sowohl im Sales als auch im After-Sales-Bereich besteht eine signifikante Abhängigkeit der Händler, welche in vielen Fällen eine marktbeherrschende Stellung der Hersteller/Importeure vermuten lässt. Zwei Gutachten der ZHAW zu den Themen Abhängigkeitsverhältnisse im Kfz-Gewerbe aus dem Jahr 2014 und Verträge im Kraftfahrzeugsektor aus dem Jahr 2015 haben diese Problematik bereits thematisiert. Empirische Untersuchungen zeigen, dass Händler und Werkstätten aufgrund ihrer

schwachen Verhandlungsposition regelmässig de facto «gezwungen» sind, Händler- und Serviceverträge gemäss Vorgaben der Hersteller/Importeure zu akzeptieren. Vor diesem Hintergrund sind folgende Datenklauseln kartellrechtlich problematisch:

- **Information der Kunden.** Klauseln, welche Hersteller/Importeure dazu ermächtigen, (i) die Kunden des Händlers über dessen Ausscheiden aus dem Vertriebsnetz und (ii) über den neuen «zuständigen» Vertriebspartner zu informieren, könnten eine Erzwingung unangemessener Geschäftsbedingungen darstellen.
- **Kündigung durch Hersteller/Importeur.** Klauseln, welche bei Verletzung der Pflicht zur Übertragung von Kundendaten eine sofortige Kündigungsmöglichkeit vorsehen, können in mehrfacher Art gegen das Kartellgesetz verstossen.

C. Nichtigkeits- und Entschädigungsfolgen

Kartellrechtswidrige Klauseln sind gemäss Art. 20 OR nichtig/teilnichtig. Wenn Hersteller/Importeure Kunden- und Fahrzeugdaten der gekündigten Händler/Servicepartner weiterhin nutzen, bestehen gute Gründe, dem Händler, einen Entschädigungsanspruch zuzugestehen. Der Wert von Kunden- und Fahrzeugdaten kann durch ökonomische Analysen bestimmt werden:

- **Gewinneinfluss.** Der Wert von Datenklauseln bemisst sich an ihrem Einfluss auf den Gewinn von Händlern und Importeuren.
- **Differenzhypothese.** Durch Ermittlung der Differenz der jeweiligen Gewinne mit und ohne vertragliche Datenklauseln kann der Wert der Datenklauseln abgeschätzt werden. Anhand dieser Differenz kann im Einzelfall der konkrete Schaden quantifiziert werden.

Trotz der ökonomischen Hürden kann davon ausgegangen werden, dass kartellrechtswidrige Klauseln in Zukunft zu signifikanten Ausgleichszahlungen führen können.

Executive Summary (français)

A la demande de l'Union professionnelle suisse de l'automobile (UPSA), l'expertise de la Haute École des Sciences Appliquées de Zurich (ZHAW) a examiné les dispositions du droit des cartels dans le contexte de l'utilisation des données relatives aux clients et aux véhicules. Au cours des années passées, les possibilités en matière de collecte et d'utilisation d'informations exhaustives sur les clients et les véhicules se sont multipliées en raison du développement des technologies. Il est ainsi possible de proposer des offres commerciales et après-vente optimisées, ainsi que des services en ligne personnalisés. Dans la mesure où les constructeurs et les importateurs n'entretiennent généralement pas de relations directes avec les clients, ils sont tributaires des concessionnaires et des garagistes pour accéder aux précieuses informations relatives aux clients et aux véhicules. Dans les contrats de service et de concessionnaires, des « clauses relatives aux données », prévoyant l'obligation de communiquer au constructeur / à l'importateur les informations relatives aux clients et aux véhicules, sont donc souvent introduites. L'expertise de la ZHAW examine si ces clauses (qui accordent au constructeur / à l'importateur les droits d'utilisation et d'exploitation sur ces données) peuvent résister à la loi sur les cartels, et quelles pourraient être notamment les conséquences d'une indemnisation des revendeurs / garages, s'il devait s'avérer que ces clauses relatives aux données ne sont pas conformes à la législation sur les cartels.

A. Contexte

La gestion (collecte et utilisation) des données relatives aux clients et aux véhicules dans le secteur de l'automobile est essentiellement réglementée par les contrats de concessionnaires et de service. L'insertion d'une disposition portant sur l'utilisation des données est déterminante et conditionne la signature par le constructeur / l'importateur d'un contrat avec le garagiste.

- **Une communication sans aucune restriction.** Les concessionnaires et les partenaires de service ont systématiquement (ou presque) l'obligation de transmettre et fournir aux constructeurs / importateurs toutes les informations relatives aux clients et aux véhicules, sans aucune restriction.
- **Bases de données centrales.** Cette communication s'effectue via une base de données centrale. Un accès illimité aux données transmises est accordé au constructeur / à l'importateur.

En règle générale, les contrats prévoient les dispositions ci-après pour organiser l'utilisation des données concernant les clients et les véhicules:

- **Résiliation du contrat avec effet immédiat** Le contrat de concessionnaire ou de service stipule régulièrement que le fait pour le concessionnaire ou le partenaire de service de refuser de fournir au constructeur / à l'importateur des informations intégrales et actualisées constitue un motif de résiliation du contrat avec effet immédiat.
- **Information des clients.** Les clients d'un garagiste ayant quitté le réseau de distribution sont informés de ce changement et de la collaboration avec un nouveau partenaire par le constructeur lui-même ou par le nouveau concessionnaire.

B. Appréciation au regard du droit des cartels

1. La collecte de données considérée comme un accord (art. 5 de la loi sur les cartels)

A partir des informations relatives aux clients et aux véhicules, qui sont disponibles dans la base de données centrale, les constructeurs / importateurs peuvent analyser les ventes en fonction des modèles, des prix négociés et des régions, et connaître les réparations qui doivent être effectuées. Ces données sur les clients et les véhicules peuvent avoir une influence décisive sur la conception des produits et des services, ainsi que sur la détermination des prix.

- **Accords sur la répartition territoriale.** Le fait pour un constructeur/importateur d'utiliser ces informations pour assigner les consommateurs d'une région à un partenaire de distribution local, peut représenter une restriction à la liberté d'action de l'entrepreneur et s'avérer problématique au regard du droit des cartels.
- **Fixation du prix de revente.** Les informations concernant les clients et les véhicules fournissent des renseignements sur les prix de vente pratiqués et permettent une étude simplifiée des prix. L'utilisation de ces données pour influencer sur la liberté des revendeurs en matière de fixation des prix entraîne régulièrement des critiques au titre de la législation sur les cartels.

2. La collecte de données en tant qu'abus de pouvoir de marché (art. 7 de la loi sur les cartels)

Situation de dépendance des concessionnaires et des garages. Dans le secteur de la vente comme dans celui de l'après-vente, les garagistes se trouvent dans une situation de forte dépendance, qui suggère dans bien des cas une position dominante des constructeurs / importateurs sur le marché. Deux expertises conduites par la ZHAW sur les relations de dépendance dans l'automobile en 2014 pour l'une, et sur les contrats dans la branche automobile

en 2015 pour l'autre, ont déjà abordé ces problématiques. Des études empiriques montrent que les concessionnaires et les garages, du fait de leur faible pouvoir de négociation, sont régulièrement « contraints », *de facto*, à accepter des contrats de concessionnaires et de service selon des règles dictées par les constructeurs / importateurs. A cet égard, les « clauses relatives aux données », figurant ci-dessous, sont problématiques au plan de la législation sur les cartels:

- **Information des clients.** Les clauses qui autorisent les constructeurs / importateurs à (i) informer le cas échéant les clients du concessionnaire que ce dernier a quitté le réseau de distribution et (ii) à leur indiquer les coordonnées du nouveau partenaire « ayant compétence », reviendraient à imposer des conditions commerciales inéquitable.
- **Résiliation du contrat par le constructeur / l'importateur.** Les clauses qui offrent la faculté de résilier le contrat avec effet immédiat en cas de non-respect de l'obligation de communiquer les informations relatives aux clients, pourraient constituer à plusieurs titres une violation de la loi sur les cartels.

C. Effets en termes de nullité et d'indemnisation

Selon l'article 20 du Code des obligations, les clauses non conformes au droit des cartels sont frappées de nullité dans leur intégralité ou en partie. Si le constructeur / l'importateur continue d'utiliser les informations du concessionnaire / partenaire de service, relatives aux clients et aux véhicules, après son départ du réseau, le garagiste peut légitimement prétendre à une indemnisation. Une analyse économique permettra de déterminer la valeur des données relatives aux clients et aux véhicules.

- **Influence sur le bénéfice.** La valeur des clauses relatives aux données se mesure à leur impact sur le bénéfice du concessionnaire ou de l'importateur.
- **L'hypothèse d'une différence.** En calculant la différence entre les bénéfices avec et sans les clauses contractuelles relatives aux données, il est possible d'estimer la valeur des dites clauses. Cet écart permettra de quantifier le préjudice réel dans un cas concret.

En dépit des difficultés de preuve au niveau économique, il y a lieu de supposer que les clauses en désaccord avec la législation sur les cartels pourraient conduire au versement d'indemnisations substantielles dans les temps à venir.

Executive Summary (italiano)

Uno studio svolto dall'Università delle scienze applicate di Zurigo (ZHAW) per conto dell'Unione professionale svizzera dell'automobile (UPSA) si è occupato delle condizioni di massima previste dalla legge sui cartelli in riferimento al trattamento dei dati dei clienti e dei veicoli. Grazie ai progressi tecnologici, negli ultimi anni sono aumentate le possibilità di raccogliere e analizzare i dati completi dei clienti e dei veicoli, permettendo un'offerta Sales e After-Sales ottimizzata così come servizi online personalizzati. Dal momento che di norma le case costruttrici e gli importatori non hanno un accesso diretto ai clienti, per accedere ai dati dei clienti e dei veicoli rilevati devono affidarsi alla disponibilità delle concessionarie o delle officine. Nei contratti di assistenza e di concessione vengono quindi regolarmente concordate «clausole sui dati» che prevedono l'obbligo di trasmettere i dati dei clienti e dei veicoli alla casa costruttrice / all'importatore. Lo studio della ZHAW analizza se tali «clausole sui dati», che concedono alla casa costruttrice / all'importatore il diritto di utilizzare e sfruttare i dati dei clienti, sono in sintonia con la legge sui cartelli e quali conseguenze, tra cui una rivalsa da parte della concessionaria / officina, risulterebbero nel caso in cui la «clausola sui dati» fosse contraria al diritto sui cartelli.

A. Contesto

Nel settore dell'automobile, il trattamento (raccolta e utilizzo) dei dati dei clienti e dei veicoli viene regolato in modo determinante nei contratti di assistenza e di concessione. Il regolamento sull'utilizzo dei dati determina se le case costruttrici / gli importatori stipulano o meno un contratto con il relativo garagista.

- **Scambio illimitato.** Quasi senza eccezioni, le concessionarie e i partner dell'assistenza vengono obbligati a trasmettere e a mettere a disposizione alla casa costruttrice / all'importatore i dati dei clienti e dei veicoli senza alcuna limitazione.
- **Banche dati centrali.** Lo scambio avviene attraverso una banca dati centrale. Alla casa costruttrice / all'importatore viene concesso un accesso illimitato ai dati trasmessi.

In riferimento al trattamento dei dati dei clienti e dei veicoli, i contratti prevedono tipicamente le seguenti condizioni:

- **Disdetta con effetto immediato.** Nei contratti di assistenza e di concessione, il rifiuto della concessionaria / del partner di assistenza di mettere illimitatamente a disposizione della casa costruttrice / dell'importatore queste informazioni viene regolarmente indicato tra i motivi di disdetta con effetto immediato.
- **Informazione ai clienti.** I clienti di un garagista che si ritira dalla rete di vendita vengono informati sulle variazioni della rete di vendita e sulla collaborazione con una nuova concessionaria direttamente dalla casa costruttrice o dalla nuova concessionaria.

B. Valutazione in materia di diritto sui cartelli

1. Raccolta dei dati come accordo (art. 5 LCart)

Sulla base dei dati dei clienti e dei veicoli memorizzati nelle banche dati, le case costruttrici e gli importatori sono in grado di analizzare in quale regione vengono venduti quali modelli, a che prezzo e a quali clienti, nonché quali interventi di riparazione vengono svolti. Questi dati dei clienti e dei veicoli possono influenzare notevolmente l'organizzazione di prodotti, servizi e prezzi.

- **Accordo territoriale.** Se le case costruttrici e gli importatori utilizzano queste informazioni per assegnare i consumatori finali di una regione a una concessionaria locale, ne può risultare una limitazione della libertà d'azione imprenditoriale problematica dal punto di vista del diritto sui cartelli.
- **Imposizione dei prezzi.** I dati dei clienti e dei veicoli permettono di gettare uno sguardo sui prezzi di vendita e consentono un'analisi semplificata dei prezzi. Se i dati vengono utilizzati per influenzare la sovranità di stabilire i prezzi delle concessionarie all'interno dei sistemi di distribuzione, ciò causa regolarmente contestazioni in materia di diritto sui cartelli.

2. Raccolta dei dati come abuso del potere di mercato (art. 7 LCart)

Rapporto di dipendenza delle concessionarie e autofficine. Sia nel settore Sales sia in quello After-Sales esiste una significativa dipendenza dei garagisti, che in molti casi fa presupporre una posizione dominante sul mercato da parte della casa costruttrice / dell'importatore. Due studi della ZHAW sul tema dei rapporti di dipendenza nel settore dell'automobile del 2014 e dei contratti nel settore dell'automobile del 2015 hanno già affrontato questa problematica. Ricerche empiriche dimostrano che, a causa del loro scarso potere di negoziazione, le concessionarie e le autofficine sono di fatto «obbligate» regolarmente ad accettare i contratti di

assistenza e di concessione in base alle direttive della casa costruttrice / dell'importatore. In questo contesto, le seguenti «clausole sui dati» risultano problematiche in materia di diritto sui cartelli:

- **Informazione ai clienti.** Le clausole che autorizzano le case costruttrici / importatori a informare (i) i clienti della concessionaria sul suo ritiro dalla rete di vendita e (ii) sulla nuova concessionaria «competente», potrebbero rappresentare un'imposizione di condizioni commerciali inadeguate.
- **Disdetta da parte della casa costruttrice / importatore.** Le clausole che in caso di violazione dell'obbligo di trasmettere i dati dei clienti prevedono un'immediata possibilità di disdetta possono violare da vari punti di vista la legge sui cartelli.

C. Conseguenze di nullità e di risarcimento

Secondo l'art. 20 del codice delle obbligazioni, le clausole contrarie al diritto sui cartelli sono nulle / parzialmente nulle. Nel caso in cui la casa costruttrice / l'importatore continui a utilizzare i dati dei clienti e dei veicoli della concessionaria / del partner di assistenza che si è ritirato, sussistono buoni motivi per concedere al garagista un diritto al risarcimento. Il valore dei dati dei clienti e dei veicoli può essere stabilito tramite analisi economiche:

- **Effetti sugli utili.** Il valore delle clausole sui dati si misura in base agli effetti che queste esercitano sull'utile della concessionaria e dell'importatore.
- **Ipotesi di differenza.** Tramite il calcolo della differenza tra gli utili con o senza clausole contrattuali sui dati è possibile ipotizzare il valore delle clausole sui dati. Sulla base di questa differenza è possibile quantificare il danno nel singolo caso.

Nonostante gli ostacoli economici, è possibile presupporre che in futuro le clausole contrarie al diritto sui cartelli potranno portare a significative indennità compensative.

Inhaltsverzeichnis

Executive Summary	2
Executive Summary (français)	5
Executive Summary (italiano)	8
Inhaltsverzeichnis	11
Literaturverzeichnis	12
Abkürzungsverzeichnis	19
I. Auftrag	22
II. Materialien	22
III. Methodisches Vorgehen	23
IV. Grundlagen	25
A. Daten	25
B. Kfz-Markt	28
C. Wirtschaftliche Relevanz von Daten im Kfz-Gewerbe	29
D. Bearbeitung von Daten im Kfz-Markt	30
V. Datenklauseln in Händler- und Serviceverträgen: Eine empirische Erhebung	33
A. Begriff und Arten von Daten	33
B. Verwendung von Daten	34
VI. Datenklauseln in Händler- und Serviceverträgen: Das kartellrechtliche Assessment	37
A. Der Kfz-Markt im Kartellrecht	37
B. Datenklauseln als unzulässige Wettbewerbsabrede (Art. 5 KG)	38
C. Datenklauseln als Marktmachtmissbrauch (Art. 7 KG)	40
VII. Kartellrechtswidrige Datenklauseln: Die Rechtsfolgen	43
VIII. Schlussfolgerungen	47

Literaturverzeichnis

BABEY FABIO, Kartellrechtliche Anforderungen an Suchmaschinen, Diss. Zürich, Zürich 2010.

BAERISWYL BRUNO, Entwicklungen im Datenschutzrecht/Le point sur le droit de la protection des données, SJZ 112/2016, S. 449-451.

BAERISWYL BRUNO/PÄRLI KURT, Datenschutzgesetz (DSG), Bundesgesetz über den Datenschutz vom 19. Juni 1992, Bern 2015 (zit. BEARBEITER, Datenschutzgesetz).

Basler Kommentar zum Kartellgesetz, Amstutz Marc/Reinert Mani (Hrsg.), Basel 2010 (zit. BEARBEITER, BSK KG).

BELSER, EVA M., in: Belser Eva M./Epiney Astrid/Waldmann Bernhard (Hrsg.), Datenschutzrecht, Grundlagen und öffentliches Recht, Bern 2011.

BINCKEBANCK LARS/ELSTE RAINER, Digitalisierung im Vertrieb, Strategien zum Einsatz neuer Technologien in Vertriebsorganisationen, Wiesbaden 2016.

BRISCH KLAUS/PIEPER FRITZ, Das Kriterium der „Bestimmbarkeit“ bei Big Data-Analyseverfahren, Computer und Recht (CR) 11/2015, S. 724 – 729.

Deloitte Consulting GmbH, Big Data und Analytics in der Automobilindustrie, Eine Sonderbeilage in der Automobilwoche, Augsburg 2014 (zit. BEARBEITER, Big Data und Analytics).

DENOTH SERAINA/KAUFMANN OLIVER, Kartellrechtliches Erfassen von Wettbewerbswirkungen grosser Datenbestände (Big Data), Amstutz et al. (Hrsg.), sic! 2016, S. 501 – 516.

ECKERT MARTIN, Digitale Daten als Wirtschaftsgut: Besitz und Eigentum an digitalen Daten, SJZ 112/2016, S. 265 – 274 (zit. ECKERT, Besitz und Eigentum).

ECKERT MARTIN, Digitale Daten als Wirtschaftsgut: digitale Daten als Sache, SJZ 112/2016, S. 245 – 249 (zit. ECKERT, Daten als Sache).

HEINEMANN ANDREAS, Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2012/2013, Wettbewerb auf den Märkten der Informationstechnologie - Die Perspektive des Europäischen Kartellrechts, S. 355 – 376, Zürich/Basel/Genf 2013.

HEIZMANN RETO A., Relative Marktmacht, überragende Marktstellung: eine Analyse nach sechs Jahren Praxis, Recht 2010, Zeitschrift für juristische Weiterbildung und Praxis, S. 172 – 188.

HOEREN THOMAS, Big Data und Recht, München 2014.

KAUFMANN OLIVER, Relative Marktmacht: Konzept, Praxis und Rechtsentwicklung im Schweizer Kartellrecht, Diss. Zürich, Zürich 2014.

KRAUSKOPF PATRICK L./DENOTH SERAINA/ROSSELL AINHOA, Relative Marktmacht. Rechtslage und Praxis. Europäische Union und D-A-CH-Staaten, in: Epiney Astrid/Kern Markus/Hehemann Lena (Hrsg.), Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht, Zürich/Basel/Genf 2014/2015.

KRAUSKOPF PATRICK L./KAUFMANN OLIVER, Verträge im Kraftfahrzeugsektor, Musterverträge für die Kfz-Branche, Wettbewerbskonforme Händler- und Werkstattverträge: Analyse und Kommentierung, Gutachten der Zürcher Hochschule für angewandte Wissenschaften (ZHAW), Zentrum für Wettbewerbs- und Handelsrecht (ZWH), Vorabdruck vom 19. März 2015, Zürich 2015.

KRAUSKOPF PATRICK L./MÜLLER CHRISTIAN, Abhängigkeitsverhältnisse im Kfz-Gewerbe, Gutachten vom 18. März 2014 der Zürcher Hochschule für angewandte Wissenschaften (ZHAW), Zentrum für Wettbewerbs- und Handelsrecht (ZWH), Zürich 2014 (zit. KRAUSKOPF/MÜLLER, Abhängigkeitsverhältnisse im Kfz-Gewerbe).

KRAUSKOPF PATRICK L./MÜLLER CHRISTIAN, Wettbewerbssituation im Schweizer Automobilgewerbe (Berichtsjahre 2008 – 2011), Rechtliche und ökonomische Analyse der Kfz-Bekanntmachung (2008 – 2011), Gutachten der Zürcher Hochschule für angewandte Wissenschaften (ZHAW), Zentrum für Wettbewerbs- und Handelsrecht (ZWH) vom 13. März 2012, Zürich 2012 (zit. KRAUSKOPF/MÜLLER, Wettbewerbssituation im Schweizer Automobilgewerbe 2012).

KRAUSKOPF PATRICK L./MÜLLER CHRISTIAN, Wettbewerbssituation im Schweizer Automobilgewerbe (Berichtsjahre 2011 – 2014), Rechtliche und ökonomische Analyse der Kfz-Bekanntmachung (2011 – 2014), Gutachten der Zürcher Hochschule für angewandte Wissenschaften (ZHAW), Zentrum für Wettbewerbs- und Handelsrecht (ZWH), Vorabdruck vom 17. November 2014, Zürich 2014 (zit. KRAUSKOPF/MÜLLER, Wettbewerbssituation im Schweizer Automobilgewerbe 2014).

KRAUSKOPF PATRICK L./MÜLLER CHRISTIAN/LEU THOMAS, Effizienzanalyse Mehrmarken- vs. Einmarkenvertrieb, Gutachten vom 2. Dezember 2013 der Zürcher Hochschule für angewandte Wissenschaften (ZHAW), Zentrum für Wettbewerbs- und Handelsrecht (ZWH), Zürich 2013.

NÄNNI MATTHIAS, Märkte virtueller Welten – Rechtsnatur und Übertragung virtueller Güter, Zürich 2009.

REHBACH STEFAN, Kundenwert und Unternehmenswert, Eine Analyse am Beispiel des E-Commerce, Diss. Wissenschaftliche Hochschule für Unternehmensführung (WHU), Wiesbaden 2003.

REINERT MANI, Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, Stämpflis Handkommentar (SHK), Kommentar zu Art. 7, Bern 2007.

ROSENTHAL DAVID/JÖRI YVONNE, Handkommentar zum Datenschutzgesetz sowie weiteren, ausgewählten Bestimmungen, Kommentar zu Art. 3 DSG, Zürich 2016.

ROSSNAGEL ALEXANDER/GEMINN CHRISTIAN/ JANDT SILKE/RICHTER PHILIPP, Datenschutzrecht 2016, „Smart“ genug für die Zukunft?: Ubiquitous Computing und Big Data als Herausforderungen des Datenschutzrechts, Kassel 2016.

RUDIN BEAT/WERMELINGER AMÉDÉO, Stämpflis Handkommentar zum Datenschutzgesetz, Baeriswyl, Bruno (Hrsg.), Art. 3, 4 und 12, Basel 2015 (zit. BEARBEITER, Datenschutzgesetz, Stämpflis Handkommentar 2015).

STAIGER DOMINIC/WEBER ROLF H., Vertragsgestaltung rund um Big Data, in: Weber Rolf H. / Thouvenin Florent (Hrsg.), Big Data und Datenschutz – Gegenseitige Herausforderungen, Zürich 2014, S. 151 – 170.

STRICKER KLAUS/WEGENER RASMUS /ANDING MARKUS, Big Data revolutioniert die Automobilindustrie, Bain & Company Germany, Inc/ Bain & Company Switzerland, Inc. (Hrsg.), München/Zürich 2014.

WEBER ROLF H., Big Data: Rechtliche Perspektive, in: Weber Rolf H. / Thouvenin Florent (Hrsg.), Big Data und Datenschutz – Gegenseitige Herausforderungen, Zürich 2014, S. 17 – 29.

WULLSCHLEGER MARC, Die Durchsetzung des Urheberrechts im Internet, Diss. Bern, Bern 2015.

ZÄCH ROGER, Schweizerisches Kartellrecht, Bern 2005.

ZECH HERBERT, Daten als Wirtschaftsgut – Überlegungen zu einem „Recht des Datenerzeugers“, Computer und Recht (CR) 3/2015, S. 137 – 146 (zit. ZECH, Recht des Datenerzeugers).

ZECH HERBERT, Information als Schutzgegenstand, Mohr Siebeck Tübingen 2012 (zit. ZECH, Information als Schutzgegenstand).

Internetquellen

BUCHER Manuel, Der Datenschutz soll gestärkt werden, Herausforderung an die Wirtschaft Compliance Newsletter Juni 2015, abrufbar unter: <https://www.bratschi-law.ch/fileadmin/daten/dokumente/newsletter/2015/02_Compliance/Artikel_4_MBC.pdf> (zuletzt besucht am 28.10.2016).

Eidgenössischer Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragter (EDÖB), Bekanntgabe und Verwendung von Kundendaten durch einen Autoimporteur, Juli 2005, abrufbar unter: <<https://www.edoeb.admin.ch/dokumentation/00153/00361/00370/index.html?lang=de>> (zuletzt besucht am 23.09.2016).

Gemeinsame Erklärung der Konferenz der unabhängigen Datenschutzbehörden des Bundes und der Länder und des Verbandes der Automobilindustrie (VDA) (2016), abrufbar unter: <<https://www.vda.de/de/themen/innovation-und-technik/vernetzung/gemeinsame-erklaerung-vda-und-datenschutzbehoerden-2016.html>> (zuletzt besucht am 23.09.2016).

Gemeinsames Papier der Autorité de la concurrence und des Bundeskartellamtes zu Daten und Auswirkungen auf das Wettbewerbsrecht vom 10. Mai 2016, Competition Law and Data, abrufbar unter: <<https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Berichte/Big%20Data%20Papier.html>> (zuletzt besucht am 20.10.2016).

LUDWIG, MARTIN H., Datenschutz im Autohaus: Probleme für Marken-Autohändler, abrufbar unter: <<http://blog.ing-buero-ludwig.de/index.php/2013/10/30/datenschutz-im-autohaus-probleme-fuer-marken-autohaendler/>> (zuletzt besucht am 24.09.2016).

Stellungnahme der Bundeswettbewerbsbehörde zu vom Bundesgremium des Fahrzeughandels übermittelten Beispielsachverhalten im Bereich des Kfz-Vertriebs, abrufbar unter: <http://www.info4you.co.at/news_images/img13891_Stellungnahme%20BWB.pdf.pdf> (zuletzt besucht am 19.10.2016).

THÜR HANSPETER, Die Privatsphäre im Zeitalter von Big Data, in: Jusletter IT 21. Mai 2015, Erläuterungen des Schweizerischen Datenschutzbeauftragten zum Thema Big Data, abrufbar unter: <<https://www.edoeb.admin.ch/datenschutz/00683/01169/index.html?lang=de>> (zuletzt besucht am 25.10.2016).

VERBOVEN FRANCK, Quantitative Study to Define the Relevant Market in the Passenger Car Sector, 17 September 2002, abrufbar unter: <http://ec.europa.eu/competition/sectors/motor_vehicles/documents/study01.pdf> (zuletzt besucht am 15.10.2016).

WINTER, MICHAEL, Digitale Fahrzeugdaten – Bewegungsprofil, Fahrerwechsel, Unfälle: Was Ihr Auto alles über Sie weiss, in: FOCUS online (13.11.2015), abrufbar unter: <http://www.focus.de/auto/experten/winter/datenerfassung-was-ihr-auto-alles-ueber-sie-weiss_id_5062611.html> (zuletzt besucht am 23.09.2016).

Materialienverzeichnis

Botschaft zur Änderung des Bundesgesetzes über den Datenschutz (DSG) und zum Bundesbeschluss betreffend den Beitritt der Schweiz zum Zusatzprotokoll vom 8. November 2001 zum Übereinkommen zum Schutz des Menschen bei der automatischen Verarbeitung personenbezogener Daten bezüglich Aufsichtsbehörden und grenzüberschreitende Datenübermittlung vom 19. Februar 2013, BBl 2003 2101.

Abkürzungsverzeichnis

ABl.	Amtsblatt der Europäischen Union
Abs.	Absatz
BBi	Bundesblatt
BGE	Bundesgerichtsentscheid (Leitentscheide)
BSK	Basler Kommentar (Kommentarreihe)
BVGer	Bundesverwaltungsgericht
Diss.	Dissertation
DSG	Bundesgesetz über den Datenschutz (DSG) vom 19. Juni 1992, SR 235.1
E.	Erwägung
EU	Europäische Union
EU-DSGVO	Verordnung (EU) 2016/679 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. April 2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der Richtlinie 95/46/EG
EuG	Gericht der Europäischen Union
f.	folgende (Seite, Note)
ff.	fortfolgende (Seiten, Noten)
h.L.	herrschende Lehre
Hrsg.	Herausgeber

i.S.	Im Sinne
Kfz	Kraftfahrzeug
Kfz-Bek	Bekanntmachung über die wettbewerbsrechtliche Behandlung von vertikalen Abreden im Kraftfahrzeugsektor
KG	Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG) vom 6. Oktober 1995, SR 251
Komm.	Kommission
Komm. (Comm.)	Kommentar (Commentaire)
lit.	Litera
m.w.H.	mit weiteren Hinweisen
N	Note
RPW	Recht und Politik des Wettbewerbs, Zeitschrift (nicht im Literaturverzeichnis aufgeführt: RPW Jahr/Band, Seite – Titel)
s.	siehe
sic!	Zeitschrift für Immaterialgüter-, Informations- und Wettbewerbsrecht
URG	Urheberrechtsgesetz
VertBek	Bekanntmachung über die wettbewerbsrechtliche Behandlung vertikaler Abreden
Vgl.	vergleiche
VKU	Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU) vom 17. Juni 1996, SR 251.4

WEKO Wettbewerbskommission

ZGB Zivilgesetzbuch

Ziff. Ziffer

Zit. Zitiert

I. Auftrag

1. **Ausgangslage.** Kundendaten sind für jeden Geschäftsbetrieb von grosser Bedeutung, ganz besonders in der Kfz-Branche, da sich diese Branche mehr als andere durch langjährige Kundenbeziehungen auszeichnet. Der „Kundenstamm“ ist ein entscheidender Teil des Kapitals eines Händlers oder einer Werkstatt (zusammen: Händler). Die meisten Autobesitzer gehen für Garantie- und andere Arbeiten an ihrem Fahrzeug in der Regel zum selben Händler – nicht selten zu jenem, bei welchem sie das Fahrzeug gekauft haben. Entsprechend haben sowohl Händler und Werkstätten wie auch Hersteller/Importeure ein Interesse an einer (exklusiven) Nutzung der Kundendaten. In der Praxis werden Nutzungs- und Verwertungsrechte an Kundendaten in Händler- und Werkstattverträgen dem Hersteller/Importeur exklusiv zugeteilt.

2. **Gutachten.** Im Auftrag des AGVS wird wissenschaftlich untersucht, ob die Vorschriften zur Nutzung und Weitergabe von Kundendaten in den Händler- und Werkstattverträgen möglicherweise zu unzulässigen Wettbewerbsabreden (Art. 5 KG) führen oder als Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung seitens der Hersteller/Importeure (Art. 7 KG) gelten könnten. Auf dem kartellrechtlichen Prüfstand stehen namentlich vertragliche Vorschriften, wonach Kundendaten immer (exklusiv) dem Hersteller/Importeur gehören. Sollten diese vertraglichen Klauseln kartellrechtlich unzulässig sein, so stellt sich die Frage nach einer Entschädigung der Hersteller/Importeur an den Händler.

- Auftraggeberin: Auto und Gewerbe Verband Schweiz (AGVS), Wölflistrasse 5, 3000 Bern.
- Beauftragte: Zentrum für Wettbewerbs- und Handelsrecht (ZWH) der Zürcher Hochschule für angewandte Wissenschaften (ZHAW), Gertrudstrasse 15, 8400 Winterthur, Schweiz.

II. Materialien

3. **Kartellrechtlich-empirische Untersuchung.** Das Gutachten stützt sich auf die im Literaturverzeichnis zitierte juristische und ökonomische Literatur, auf die im Abkürzungsverzeichnis angegebenen amtlichen Texte sowie auf eigenen empirische Datenerhebungen und Datenauswertungen.

4. **Bestehende Gutachten Kfz-Markt.** Wesentliche Grundlage des hier vorliegenden Gutachtens bilden des Weiteren die bisher publizierten Gutachten zum Kfz-Markt der Zürcher Hochschule für angewandte Wissenschaften (ZHAW), Zentrum für Wettbewerbs- und Handelsrecht:

- Verträge im Kraftfahrzeugsektor, Musterverträge für die Kfz-Branche, Wettbewerbskonforme Händler- und Werkstattverträge: Analyse und Kommentierung, Gutachten der Zürcher Hochschule für angewandte Wissenschaften (ZHAW), Zentrum für Wettbewerbs- und Handelsrecht (ZWH), Vorabdruck vom 19. März 2015, Zürich 2015.
- Wettbewerbssituation im Schweizer Automobilgewerbe (Berichtsjahre 2011 – 2014), Rechtliche und ökonomische Analyse der Kfz-Bekanntmachung (2011-2014), Gutachten der Zürcher Hochschule für angewandte Wissenschaften (ZHAW), Zentrum für Wettbewerbs- und Handelsrecht (ZWH), Vorabdruck vom 17. November 2014, Zürich 2014.
- Abhängigkeitsverhältnisse im Kfz-Gewerbe, Gutachten vom 18. März 2014 der Zürcher Hochschule für angewandte Wissenschaften (ZHAW), Zentrum für Wettbewerbs- und Handelsrecht (ZWH), Zürich 2014.
- Effizienzanalyse Mehrmarken- vs. Einmarkenvertrieb, Gutachten vom 2. Dezember 2013 der Zürcher Hochschule für angewandte Wissenschaften (ZHAW), Zentrum für Wettbewerbs- und Handelsrecht (ZWH), Zürich 2013.
- Wettbewerbssituation im Schweizer Automobilgewerbe (Berichtsjahre 2008 – 2011), Rechtliche und ökonomische Analyse der Kfz-Bekanntmachung (2008 – 2011), Gutachten der Zürcher Hochschule für angewandte Wissenschaften (ZHAW), Zentrum für Wettbewerbs- und Handelsrecht (ZWH) vom 13. März 2012, Zürich 2012 (zit. KRAUSKOPF/MÜLLER, Wettbewerbssituation im Schweizer Automobilgewerbe 2012).

III. Methodisches Vorgehen

5. **Überblick.** Das vorliegende Gutachten, welches die Datenklauseln in Händler- und Serviceverträgen kartellrechtlich untersucht, geht davon aus, dass drei Prämissen erfüllt sind: (i) Der Vertrag zwischen Kunde und Händler ist gültig, (ii) der Kunde hat in die Nutzung seiner Daten eingewilligt und (iii) liegt die Verfügungsberechtigung über die Kundendaten bei Händler/Werkstatt. Dies vorausgesetzt, werden acht (8) Musterverträge verschiedener Marken untersucht, um insbesondere zwei Fragen zu beantworten: Sind die Datenklauseln kartellrechtlich konform oder -widrig? Steht einem Händler oder einer Werkstatt eine Kompensation zu, wenn die Datenklausel kartellrechtswidrig ist?

6. **Erste Prämisse: Gültiger Kauf- oder Wartungsvertrag.** Der Vertrag zwischen Kunde/Käufer und Händler/Werkstatt muss gültig sein. Ist ein Kauf- oder Wartungsvertrag nämlich ungültig (Art. 19/20 OR), angefochten (Art. 23 ff. OR) oder durch Rücktritt (infolge Verzug oder Sachgewährleistung; Art. 190/208 OR) aufgehoben worden, so wird dies nicht

nur den Kaufgegenstand und Kaufpreis tangieren, sondern zur «Rückübertragung» sämtlicher Daten auf den Händler führen, die im Zusammenhang mit dem Vertrag übermittelt wurden.

7. Zweite Prämisse: Einwilligung des Kunden. Der Kunde willigt - zumeist bei Abschluss des Kauf- oder Wartungsvertrages - in die Übergabe und Nutzung seiner Kundendaten durch den Händler ein.

- Handelt es sich bei den erhobenen Daten um Personendaten im Sinne des DSG, so wird eine DSG-konforme Be- und Verarbeitung vorausgesetzt.¹
- Die betroffenen Personen müssen in die Bearbeitung ihrer Daten eingewilligt haben, damit die Daten überhaupt erhoben und gesammelt werden dürfen.
- Fehlt die Zustimmung des Kunden, so kommt es zu einer widerrechtlichen Verletzung der Persönlichkeitsrechte des Kunden.
- Die Erhebung und Bearbeitung von Kundendaten im Kfz-Gewerbe muss gemäss Art. 4 DSG zudem verhältnismässig, zweckgebunden und für den Betroffenen erkennbar sein.²

8. Dritte Prämisse: Verfügungsberechtigung beim Händler. Die Verfügungsberechtigung (Eigentum) an den Daten liegt aufgrund des gültigen Kaufvertrages mit dem Kunden zunächst beim Händler.

- «Herr» über die Kundendaten ist, wer den Zugriff auf die zu beurteilenden, auf einem spezifischen Datenträger gespeicherten Daten tatsächlich steuern kann, d.h. wer technisch die Herrschaft über die Kundendaten innehat für eine bestimmte Dauer (tatsächliche Gewalt). Dabei ist es unerheblich, ob der Zugriff auf die Kundendaten exklusiv, beschränkt exklusiv oder nicht exklusiv ausgestaltet ist.³
- Grundsätzlich entsteht das Eigentum bei derjenigen Person, der die Erst-Codierung und Erst-Speicherung technisch und wirtschaftlich zugeordnet werden kann (Datenerzeuger).⁴ Kundendaten werden regelmässig von den Händlern erhoben, da die Hersteller/Importeure nicht in direktem Kontakt zum Kunden stehen. In Bezug auf Kundendaten, welche vom Fahrzeug erhoben werden (vernetzte Fahrzeuge), gilt es zu differenzieren: Solche Kundendaten könnten sowohl dem Händler als auch dem Hersteller/Importeur zugeordnet werden, abhängig von der Verwendung und Datenübermittlung.

¹ ECKERT, Besitz und Eigentum, S. 273.

² WIDMER, S. 42; WULLSCHLEGER, S. 38; BBI 2003 2101, S. 2127 f.

³ Art. 919 Abs. 1 ZGB; ECKERT, Besitz und Eigentum, S. 265.

⁴ ECKERT, Besitz und Eigentum, S. 265.

9. **Empirische Erhebung.** Für das vorliegende Gutachten wurden zahlreiche Schweizer Händler- und Serviceverträge verschiedener Marken analysiert, ob Klauseln zum Thema Datenerhebung und -übertragung enthalten und wie derartige Klauseln ausgestaltet sind (Ziff. V, unten).

10. **Rechtsfragen.** Schliesslich überprüft das vorliegende Gutachten folgende Rechtsfragen:

- **Kartellrechtliche Zulässigkeit.** Ist die im Händlervertrag vorgesehene Übertragung von Verfügungsberechtigung/Eigentum an Daten auf den Importeur/Hersteller kartellrechtlich zu beanstanden?
- **Kompensation.** Führt die unrechtmässige Verwendung der Kundendaten durch den Importeur/Hersteller zu finanziellen Ausgleichszahlungen an den Händler?

IV. Grundlagen

11. Der «Grundlagenteil» legt das Fundament für die nachfolgende empirische Erhebung der Datenklauseln (Ziff. V., unten) und deren kartellrechtlicher Würdigung (Ziff. VI., unten). Im vorliegenden Teil (Ziff. IV.) geht es zunächst darum, den Begriff Daten zu umschreiben (Ziff. IV./A., nachfolgend) und das Phänomen Daten im Kfz-Markt zu identifizieren (Ziff. IV./B.). Nach Darlegung der wirtschaftlichen Relevanz von Daten im Kfz-Gewerbe (Ziff. IV./C.) befasst sich das Gutachten über die Datenverarbeitung im Kfz-Markt (Ziff. IV./D.).

A. Daten

12. **Begriff.** Im Allgemeinen gelten Angaben, (Zahlen-)Werte oder formulierbare Befunde, die durch Messung, Beobachtung oder andere Vorgänge gewonnen werden können als Daten. Digitale Daten sind in einem Binärcode codierte und gespeicherte, maschinenlesbare Informationen.⁵ Nicht relevant ist der Inhalt der Information (semantische Ebene). Erfasst werden daher alle Daten, die digital dargestellt werden können: Software, Anwenderdaten, Aufnahmedaten, Messdaten, Parametrisierungen, Zeitstempel, Metadaten, Sensordaten, verpixelte Bilder etc.⁶ Da Daten wie Waren produziert, übertragen und gehandelt werden können, sind sie folglich als kommerzielles Gut zu qualifizieren und ihnen kann ein wirtschaftlicher Wert zugesprochen werden.⁷

⁵ ZECH, Information als Schutzgegenstand, S. 32.

⁶ ECKERT, Daten als Sache, S. 247.

⁷ ECKERT, Daten als Sache, S. 246.

- **Personendaten.** Gemäss Art. 3 DSGVO gelten «alle Angaben, die sich auf eine bestimmte oder bestimmbare Person beziehen» als Personendaten. Eine Angabe ist jede Information, die dem Vermitteln oder Verfügbarhalten der Kenntnis dient. Voraussetzung ist einzig der Informationsgehalt, unerheblich hingegen ist die Herkunft der Daten, die Form, in der sie auftreten, und ihre Darstellung. Inhaltlich geht es bei Information um Namen, als Namensersatz dienende Angaben, (innere) geistige Zustände, (äusserliche) körperliche Merkmale, Handlungen, Äusserungen, Verbindungen und Beziehungen sein. Entscheidend, ob Angaben Personendaten darstellen, ist die Bestimmbarkeit; sind die Personen nicht (mehr) bestimmbar (d.h. einer Person zuzuordnen), so sind die Angaben keine Personendaten i.S.v. Art. 3 lit. a DSGVO.⁸
- **Kundendaten.** Kundendaten können als anonymisierte und nicht bestimmbare personenbezogene Daten von Kunden, d.h. Privatpersonen oder Unternehmerkunden, definiert werden.⁹ Angaben, die sich auf eine bestimmbare natürliche Person beziehen, fallen unter den Begriff der Personendaten (Art. 3 lit. a DSGVO). Im vorliegenden Gutachten wird generell der Begriff Kundendaten verwendet. I.S. einer weiten Auslegung werden darunter sowohl Personendaten im Sinne des DSGVO, als auch anonymisierte und nicht bestimmbare personenbezogene Daten von Kunden subsumiert (bspw. auch Fahrzeugdaten).
- **Fahrzeugdaten.** Als Kraftfahrzeuge gelten Fahrzeuge mit Selbstantrieb und mindestens drei Rädern, die für den Verkehr auf öffentlichen Strassen bestimmt sind, namentlich Personenkraftwagen, leichte Nutzfahrzeuge, Lastkraftwagen und Busse.¹⁰ Unter Fahrzeugdaten sind jene Daten zu verstehen, die nach der Übergabe des Fahrzeugs an den Kunden entstehen und erhoben werden.¹¹ Inhaltlich können solche Daten die Kilometerleistung, vorgenommene Reparaturen, Fahrstil, Unfälle, Bewegungsprofile, etc. enthalten. Erhoben werden die Daten mehrheitlich vom Händler, aber teilweise auch – bei sog. «vernetzten» Fahrzeugen – direkt vom Importeur/Hersteller. Fahrzeugdaten stellen nicht per se Personendaten im Sinne des DSGVO dar, da eine Anonymisierung vorgenommen werden kann.¹² Allerdings sind Fahrzeugdaten nach Abschluss des (Kauf-)Vertrages

⁸ BEAT RUDIN, Datenschutzgesetz (DSG), Stämpfli Handkommentar 2015, N 1 zu Art. 3.

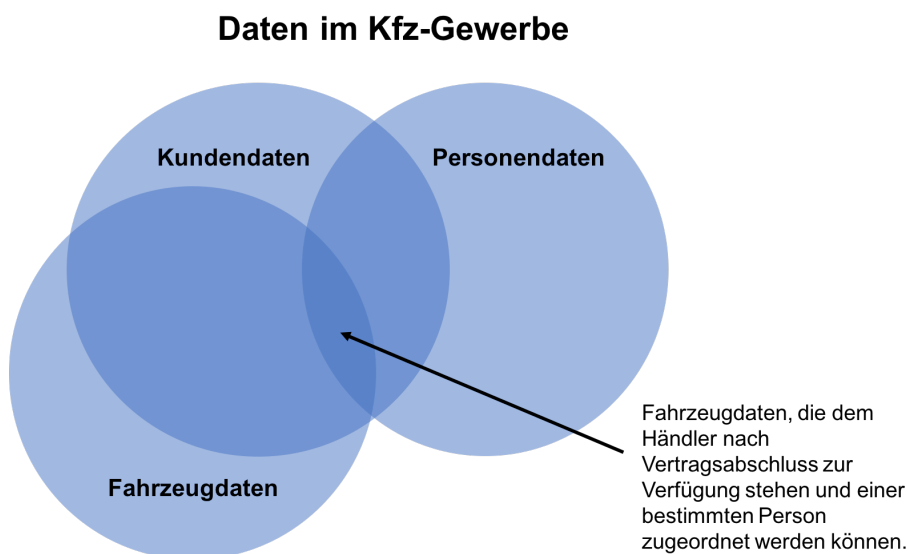
⁹ BINCKEBANCK LARS/ELSTE RAINER, S. 10 f.; LUDWIG MARTIN H., Datenschutz im Autohaus: Probleme für Marken-Autohändler, abrufbar unter: <<http://blog.ing-buero-ludwig.de/index.php/2013/10/30/datenschutz-im-autohaus-probleme-fuer-marken-autohaendler/>> (zuletzt besucht am 24.09.2016); vgl. auch Bekanntgabe und Verwendung von Kundendaten durch einen Autoimporteur, Eidgenössischer Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragter (EDÖB), abrufbar unter: <<https://www.edoeb.admin.ch/dokumentation/00153/00361/00370/index.html?lang=de>> (zuletzt besucht am 28.10.2016).
¹⁰ vgl. dazu Art. 1 Kfz-Bekanntmachung.

¹¹ LUDWIG MARTIN H., Datenschutz im Autohaus: Probleme für Marken-Autohändler, abrufbar unter: <<http://blog.ing-buero-ludwig.de/index.php/2013/10/30/datenschutz-im-autohaus-probleme-fuer-marken-autohaendler/>> (zuletzt besucht am 24.09.2016).

¹² Gemeinsame Erklärung der Konferenz der unabhängigen Datenschutzbehörden des Bundes und der Länder und des Verbandes der Automobilindustrie (VDA), abrufbar unter: <<https://www.vda.de/de/themen/innovation-und-technik/vernetzung/gemeinsame-erklarung-vda-und-datenschutzbehoerden-2016.html>> (zuletzt besucht am 23.09.2016); Allgemeine Anforderungen für die Bearbeitung von Motor- und Betriebsdaten in Motorfahrzeugen, Tätigkeitsbericht 2004/2005, Eidgenössischer Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragter

zwischen dem Händler und dem Kunden grundsätzlich als Kundendaten zu betrachten, da sich diese stets auf einen Kunden – sei es anonymisiert oder nicht – beziehen.

- **Kundenstamm.** Welche Kunden und damit auch welche Daten zum Kundenstamm eines Unternehmens gehören, variiert je nach Definition. Fasst man den Begriff eng, können dazu Kunden gezählt werden, welche in einer Kundenkartei oder Datenbank des Unternehmens erfasst sind. Eine weite Auslegung würde hingegen bereits Kunden einschliessen, bei welchen man mit einer grossen Wahrscheinlichkeit von einem zukünftigen Kauf ausgehen kann.¹³ Eine Abgrenzung kann hier offengelassen werden, in jedem Fall aber enthalten Kundenstämme regelmässig Angaben im Sinne von Art. 3 lit. a DSGVO.
- **Big Data.** «Big Data» bezeichnet das Sammeln und die Analyse grosser Datenmengen bzw. die systematische Aufbereitung relevanter Daten. In der Praxis wird Big Data über folgende Parameter definiert: Datenvielfalt (“Variety”), Datenmenge (“Volume”), Geschwindigkeit bei der Erzeugung (“Velocity”), Vertrauenswürdigkeit der Daten (“Veracity”) und die Schaffung von Mehrwert («Value»).¹⁴ Die Daten stammen folglich aus unterschiedlichen Quellen und werden in hoher Geschwindigkeit verarbeitet mit dem Ziel, einen wirtschaftlichen Nutzen zu erzeugen.¹⁵



(EDÖB), 2005, abrufbar unter: <<https://www.edoeb.admin.ch/dokumentation/00153/00361/00362/index.html?lang=de>> (zuletzt besucht am 27.10.2016).

¹³

REHBACH, S.29.

¹⁴

DENOTH/KAUFMANN, S. 508 f.

¹⁵

BRISCH KLAUS/PIEPER FRITZ, S. 724.

B. Kfz-Markt

13. **Hersteller.** Auf der primären Stufe des Marktes agieren Hersteller, die Fahrzeuge direkt, mittels Tochtergesellschaft oder unabhängigem Generalimporteur an Händler verkaufen. Charakteristisch für den Primärmarkt ist ein monopolistischer Wettbewerb von wenigen Herstellern.¹⁶

- **Markteintritt.** Da die Autoherstellung technisch sehr anspruchsvoll ist, stellen Patente, technische Innovationen und hoher Kapitalbedarf systembedingte Hürden für einen Markteintritt dar. Zudem sind Autos langlebige Konsumgüter und daher mit einem starken Anspruch an Zuverlässigkeit verknüpft.
- **Preise.** Auf diesem Markt mit monopolistischem Wettbewerb besteht eine (beschränkte) Preissetzungsmacht der Hersteller.
- **Daten.** Kundendaten sind zentral für den Primärmarkt: Sie ermöglichen eine segment-spezifische Marktbearbeitung, welche auf Kundenverhalten und -bedürfnisse zugeschnitten ist.

14. **Händler.** Auf der zweiten Marktstufe stehen sich die Händler als Anbieter und die Kunden als Nachfrager gegenüber. Die Fahrzeuge werden typischerweise vom Kunden bei einem Händler bezogen. Der Händler ist oft ein vom Hersteller/Importeur getrenntes und unabhängiges Unternehmen mit eigenen rechtlichen, finanziellen und wirtschaftlichen Strukturen, das in eigenem Namen und auf eigene Rechnung wirtschaftet. Als komplementäre Güter zu den Neuwagen gelten auf dem Sekundärmarkt Ersatzteile und Reparaturservice.¹⁷

- **Wertschöpfung.** Ersatzteile und Reparaturservice werden entweder nicht oder nur teilweise vom Hersteller angeboten. Die relevante Wertschöpfung erfolgt über weite Strecken durch die Händler.
- **Wettbewerb.** Der Sekundärmarkt weist keine Strukturmerkmale auf, die natürliche Zugangsschranken wie im Primärmarkt enthalten. Dieser Markt ist aufgrund seiner zahlreichen Marktteilnehmer einem intensiven Wettbewerb ausgesetzt: eine Vielzahl von Anbietern von Serviceleistungen steht den Automobilisten zur Auswahl.
- **Daten.** Trotz fortschreitender Entwicklung bei vernetzten Autos werden Daten (Kunden- und Fahrzeugdaten) überwiegend auf dem Sekundärmarkt erhoben und vorerst auf den Datenbanken der Händler (und Werkstätten) gespeichert.

¹⁶ KRAUSKOPF/MÜLLER, Wettbewerbssituation im Schweizer Automobilgewerbe 2014, Rz. 31 ff.; KRAUSKOPF/MÜLLER/LEU, S. 3 f.

¹⁷ KRAUSKOPF/MÜLLER, Wettbewerbssituation im Schweizer Automobilgewerbe 2014, Rz. 33; KRAUSKOPF/MÜLLER/LEU, Effizienzanalyse Mehrmarken- vs. Einmarkenvertrieb, Rz. 9 ff.

C. *Wirtschaftliche Relevanz von Daten im Kfz-Gewerbe*

15. **Wertschöpfungspotential.** Daten enthalten ein grosses Potential in der Wertschöpfung, da Informationen durch Verknüpfung und Auswertung genutzt werden können.¹⁸ Es geht um Effizienz- und Umsatzsteigerung, Optimierung und Personalisierung der Produkte und Dienstleistungen sowie Risikominimierung. Zudem können Trends abgeleitet und darauf basierend neue Produkte entwickelt werden.¹⁹ Gemäss Report der KPMG ist die Automobilindustrie Spitzenreiter bei der Nutzung der Datenanalysen im Anwendungsfeld der Supply Chain Optimierung.²⁰

16. **Mehrstufige Interaktion.** An der Datenerhebung wirken Hersteller, Importeure, Händler und Werkstätten sowie Kunden mit. Neben ausführlichen Informationen über die Kunden selbst (etwa Verhalten, Eigenschaften, Adresse) können diese Kundendaten auch wirtschaftlich genutzt werden.²¹

- **Produktion.** In der Produktion sind Kundendaten besonders wichtig, denn sie wandern von den Kunden praktisch in Echtzeit durch die verschiedenen Stufen der Lieferanten- und Produktionskette. Für die Hersteller bedeutet dies die Möglichkeit einer optimalen Produkte- und Produktivitätssteuerung (Outputmenge), die Reduktion von Waren mit geringer Kundenrelevanz und die Verbesserung der Auslastung sowie der verbrauchten Materialien und Energieträger.²²
- **Vertrieb und Marketing.** Durch Kundendaten können Kunden besser segmentiert werden, wodurch zielgerichtete, persönliche Marketings- und Vertriebsmassnahmen realisiert werden können. Für jedes Segment lassen sich auf dieser Basis differenzierte Produktangebote entwickeln. Die Datenerhebung in Vertrieb und Marketing kann zu einer verbesserten Werkstattauslastung führen, indem eine Reduktion der Lieferzeit und eine Wartung auf Basis der Echtzeitdaten aus dem Fahrzeug ermöglicht wird.²³
- **Konkurrenz und Verkauf.** In Bezug auf den Wettbewerb können Kundendaten Auskunft über Verhaltensweisen von Kunden geben. Es ist davon auszugehen, dass der Nutzen von gesammelten Kundendaten überproportional steigen kann, je mehr Kundendaten akquiriert werden²⁴. Hersteller/Importeure und Händler können ihre Angebote besser an

¹⁸ DENOTH/KAUFMANN, S. 509.

¹⁹ STRICKER KLAUS/WEGENER RASMUS /ANDING MARKUS, S. 5.

²⁰ KPMG, mit Daten Werte schaffen, Report 2015, Datennutzung, Analysemethoden und Zufriedenheit, S. 8.

²¹ SCHILLER THOMAS, Big Data und Analytics, S. 3.; ANDERSEN NICOLAI, Big Data und Analytics, S. 3.

²² STRICKER KLAUS/WEGENER RASMUS /ANDING MARKUS, S. 3 f.; SCHILLER THOMAS, Big Data und Analytics, S. 3.

²³ STRICKER KLAUS/WEGENER RASMUS /ANDING MARKUS, S. 3 f.; PATIL ASHWIN, Big Data und Analytics, S. 5.

²⁴ vgl. Gemeinsames Papier der Autorité de la concurrence und des Bundeskartellamtes zu Daten und Auswirkungen auf das Wettbewerbsrecht vom 10. Mai 2016, Competition Law and Data, abrufbar unter: <<https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Berichte/Big%20Data%20Papier.html>> (zuletzt besucht am 20.10.2016).

die Bedürfnisse ihrer Kunden ausrichten. Das wiederum kann das Unternehmen für neue Kunden attraktiv machen, was im Ergebnis wieder zur weiteren Neuakquisitionen von Kundendaten führt (sog. snowball effect).²⁵

- **Prognosen und Preise.** Durch das Sammeln und Auswerten von Daten über Kunden und Fahrverhalten entsteht die Möglichkeit, Vorhersagen zu treffen bezüglich Trends, Vorlieben und Entwicklungen. Daten in Bezug auf Verkaufspreise ermöglichen zudem vereinfachte Preisanalysen und können zu Preisoptimierungen führen.

D. Bearbeitung von Daten im Kfz-Markt

17. **Zyklus der Datenbearbeitung.** Unter der Bearbeitung von (Personen-)Daten versteht man das Beschaffen, Aufbewahren, Verwenden, Umarbeiten, Bekanntgeben, Archivieren oder Vernichten von Daten (vgl. Art. 3 lit. e. DSGVO). Es ist dabei irrelevant, ob es sich um physische oder digitale Daten handelt.²⁶

18. **Datenerhebung.** Datenbeschaffung bedeutet, dass die Daten aktiv ermittelt werden. Die Erhebung kann beispielsweise mittels eines Formulars oder auch mündlich erfolgen.²⁷

- **«Klassische» Datenerhebung im Kfz-Gewerbe.** Ein Grossteil der Daten wird in der Praxis bei den Händlern und den Werkstätten, welche für die Wartung, Instandstellung und Reparatur zuständig sind, beschafft.²⁸ Dabei werden die Kundendaten vom Kunden oder von dessen Fahrzeug (klassische Fahrzeugdaten) erhoben.
- **«Social-Event/Media» Datenerhebung im Kfz-Gewerbe.** Daten werden zunehmend auch über soziale Netzwerke (z.B. Facebook), Autoblogs, Onlineservices, oder Events (Showrooms und Messen) erhoben.²⁹
- **«Vernetzte» Datenerhebung im Kfz-Gewerbe.** Vernetzte Autos erheben Kundendaten selbständig und senden diese dem Hersteller/Importeur zu.³⁰ I.d.R. werden diese Kundendaten gleichzeitig vom Fahrzeug gespeichert und können ebenfalls vom Händler (bspw. bei einer Reparatur) eingesehen und abgespeichert werden.³¹

²⁵ STRICKER/WEGENER/ANDING, S. 3 f.; MISHRA SHARAD MOHAN/KURIHARA MASANOBU, Big Data und Analytics, S. 9.

²⁶ ROSENTHAL/JÖHRI, N 66 zu Art. 3 DSGVO; RUDIN, Datenschutzgesetz, N 32 f. zu Art. 3 DSGVO.

²⁷ RUDIN, Datenschutzgesetz, N 34 zu Art. 3 DSGVO.

²⁸ STRICKER/WEGENER/ANDING, S. 3 ff.

²⁹ STRICKER/WEGENER/ANDING, S. 3 ff.

³⁰ STRICKER/WEGENER/ANDING, S. 3 ff.

³¹ ROSSNAGEL/GEMINN/JANDT/RICHTER, S. 7.

19. **Datenübermittlung.** Diese kann auf zweifache Art und Weise erfolgen:
- **Datenübermittlung an Händler.** Kundendaten werden – etwa beim Kauf oder der Reparatur eines Fahrzeuges – zunächst vom Händler erhoben. Erst aufgrund vertraglicher Verpflichtung muss der Händler die Kundendaten in der Folge an den Hersteller/Importeur weiterleiten (periodische Datenabfrage).³²
 - **Datenübermittlung an Hersteller.** Bei vernetzten Fahrzeugen werden Kundendaten direkt an den Hersteller/Importeur oder gar an dritte Dienstleister übermittelt (permanente Datenübermittlung).³³
20. **Datenspeicherung.** Die erhobenen Kundendaten werden auf unterschiedlichen Datenbanken gespeichert:
- **Hersteller/Importeur.** Die Speicherung findet auf einer Interessen- und Kundendatenbank des Importeurs/Herstellers statt. Die Händler werden in der Regel dazu ermächtigt, in beschränktem Umfang – d.h. soweit zur Erfüllung des eigenen Händler- oder Werkstattvertrages erforderlich – auf die Kundendatenbank des Importeurs/Herstellers zuzugreifen.
 - **Händler.** Der Händler führt zuweilen auch eine eigene Datenbank. Diesfalls wird der Händler in der Regel vertraglich verpflichtet, die erhobenen Kundendaten dem Hersteller weiterzugeben. Diese werden dann in zentrale Kundendatenbank des Importeurs/Herstellers eingearbeitet.
21. **Datenauswertung.** Unter Auswertung wird die Analyse von Daten verstanden.
- *Deskriptive Analysen* erforschen Gründe für Erfolge und Misserfolge im Unternehmen.
 - Durch *prädiktive Analysen*, welche sich auf historische Daten stützen, lassen sich Vorhersagen betreffend Trends ableiten.
 - *Präskriptive Analysen* sind eine Kombination aus deskriptiven und prädiktiven Analysen, woraus sich Handlungsempfehlung ableiten lassen. Dabei werden sowohl interne als auch externe Daten zur Simulation in verschiedenen Modellen eingesetzt.³⁴ Je schneller

³² vgl. Gemeinsame Erklärung der Konferenz der unabhängigen Datenschutzbehörden des Bundes und der Länder und des Verbandes der Automobilindustrie (VDA), abrufbar unter: <<https://www.vda.de/de/themen/innovation-und-technik/vernetzung/gemeinsame-erklaerung-vda-und-datenschutzbehoerden-2016.html>> (zuletzt besucht am 23.09.2016).

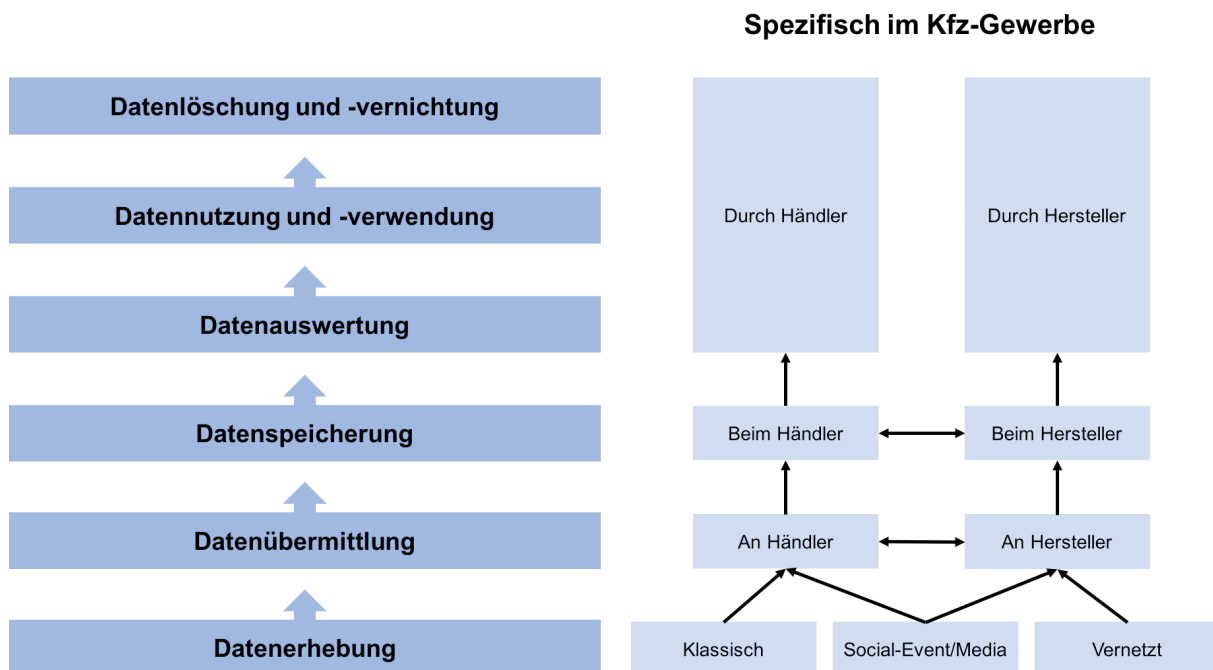
³³ vgl. Gemeinsame Erklärung der Konferenz der unabhängigen Datenschutzbehörden des Bundes und der Länder und des Verbandes der Automobilindustrie (VDA), abrufbar unter: <<https://www.vda.de/de/themen/innovation-und-technik/vernetzung/gemeinsame-erklaerung-vda-und-datenschutzbehoerden-2016.html>> (zuletzt besucht am 23.09.2016).

³⁴ KPMG, mit Daten Werte schaffen, Report 2015, S. 29.

und präziser die Auswertung erfolgt, desto schneller können die Unternehmen auf Marktveränderungen reagieren, wodurch Wettbewerbsvorteile gegenüber Konkurrenten entstehen können.

22. **Datennutzung und -verwendung.** Die einfache Nutzung kann in einer einfachen Datenverwendung liegen, etwa in einem Vergleich zweier Informationsbestände.³⁵ Daten können aber auch umgenutzt werden, indem Daten aus verschiedenen Quellen zusammengeführt werden.³⁶ Hierzu zählt auch das Einsichtgewähren sowie die Weitergabe und Veröffentlichung von Daten.³⁷

23. **Datenlöschung und -vernichtung.** Der Datenzyklus wird abgeschlossen durch einen korrekten Lösungs- bzw. Vernichtungsvorgang: Elektronische Daten sollen unwiderruflich gelöscht und physische Daten unlesbar gemacht werden.³⁸



³⁵ RUDIN, Datenschutzgesetz, N 36 zu Art. 3 DSG.

³⁶ RUDIN, Datenschutzgesetz, N 36 f. zu Art. 3 DSG.

³⁷ Urteil des BVGer vom 23. August 2016, A-6334/2014, E. 6.1.

³⁸ ROSENTHAL/JÖHRI, N 65 zu Art. 3 DSG; ECKERT, Daten als Sache, S. 246.

V. Datenklauseln in Händler- und Serviceverträgen:

Eine empirische Erhebung

24. Für das vorliegende Gutachten wurden acht Schweizer Händler- und Serviceverträge (Standardverträge) verschiedener Marken analysiert. Die analysierten Verträge enthalten Vorschriften - sei es direkt im Vertrag und/oder in weiterführenden Anhängen – zu Definition und Arten von Daten (Ziff. VI.A.) und zur Verwendung der Daten (Ziff. V./B.).

A. *Begriff und Arten von Daten*

25. **Kundendaten.** Importeure/Hersteller verwenden unterschiedliche (formelle) Begriffe für «Kundendaten». Wird der Vertrag insgesamt zur Auslegung des Begriffs herangezogen, so kommt es zu einer weitgehenden (materiellen) Übereinstimmung.

- **Formelle Unterschiede.** Verträge sprechen von Kundendaten, Interessentendaten, Personendaten oder Kundeninformationen.
- **Materieller Gleichlauf.** Im Ergebnis geht es u.a. um folgende Informationen: Anrede, Vorname, Nachname, akademischer Titel, Adresse, Fax, Telefonnummer, Geburtsdatum, Beruf.

26. **Fahrzeugdaten.** Der Begriff Fahrzeug- oder Motorfahrzeugdaten wird in den Standardverträgen verwendet und umfasst u.a. explizit die Fahrgestellnummer, Datum der Inverkehrsetzung, Ablieferungstermin, Kennzeichen.

27. **Weitere Daten.** Zudem finden sich in den Standardverträgen Regelungen zu weiteren Daten:

- **Marktdaten.** Hersteller/Importeure können vom Händler die Übertragung sämtlicher Informationen verlangen, welche dieser in Bezug auf die Marktbedingungen besitzt. Unter Marktdaten sind Informationen in Bezug auf die Marktbedingungen im Netzplanungsgebiet zu verstehen, wie etwa über die Nachfrage von Ersatzteilen, Serviceleistungen und Zubehör sowie allgemein zugängliche Preisinformationen über Ersatzteile und Zubehör.
- **Finanzdaten/Finanzinformationen.** Darunter werden Finanzdaten wie Bilanzen, Rechnungen, Umsatz- und Lagerbestandsmeldungen sowie Preise, Gebühren und andere Bedingungen des Verkaufs verstanden. Die Standardverträge halten fest, dass diese Informationen – auf entsprechende Nachfrage – dem Hersteller/Importeur zur Verfügung gestellt werden müssen.

B. Verwendung von Daten

28. **Vertragsdauer und Vertragsauflösung.** Die Regelungen in Bezug auf die Verwendung der Daten unterscheiden zwischen der Periode während der Vertragsdauer (Vertragserfüllung) (1.) und der Periode (nach) einer Vertragsauflösung (2.).

1. Während der Vertragsdauer

29. **Erste Feststellung: Uneingeschränkte Nutzung durch Hersteller/Importeur.** In allen acht (8) Standardverträgen wird der Händler dazu verpflichtet, die (Kunden-)Daten zu sammeln, aktualisieren und dem Hersteller/Importeur zu übermitteln und/oder zur Verfügung zu stellen.

- Beispiel I: Der Hersteller/Importeur und der Händler *«verpflichten sich zum aktiven Austausch von Kunden- und Fahrzeugdaten für Zwecke der Kundenbetreuung, für Aktivitäten im Rahmen des Customer Relationship Management (CRM) und für allfällige Werbe- und Verkaufsförderungsmaßnahmen.»*
- Beispiel II: Der Hersteller/Importeur *«ist berechtigt, die Kunden- und Fahrzeugdaten in ihre Datenbank zu übernehmen, dort zu speichern, und bei Bedarf zu mutieren und ergänzen.»*
- Beispiel III: Der Vertragspartner bzw. Händler verpflichtet sich *«die notwendigen Kunden- und Fahrzeugdaten von Neufahrzeug- und Occasionskunden [...] regelmässig zur Verfügung zu stellen, soweit der Kunde der Übertragung zugestimmt hat».*

30. **Zweite Feststellung: Weite Zweckbestimmung.** In fast allen analysierten Standardverträgen wird festgelegt, für welche Zwecke die Kundendaten erhoben werden. Es handelte sich dabei um den Zweck der Kundenbindung (Direct Mailing zur Information über Produkte und Dienstleistungen, Verkaufsförderung), der Marktforschung (Qualitätserfahrung, Beurteilung von zukünftigen Erzeugnissen, Zufriedenheit mit Erzeugnissen und Service-Leistungen etc.), der vereinfachten Abwicklung bzw. Vertriebsplanung.

- Beispiel IV: Der Händler übermittelt dem Hersteller/Importeur Kundendaten *«zum Zwecke der Abwicklung von Verträgen/Rechtsgeschäften mit Kunden oder Interessenten, für den Einzelhandel mit [...], zur Abwicklung von Garantieleistungen, von Service- und Rückrufaktionen des [...], dem Versand von Wartungserinnerungen [...] und – soweit der betroffene Kunde hierzu eingewilligt hat oder dies aufgrund der datenschutzrechtlichen Bestimmungen anderweitig zulässig ist – zum Zwecke der Werbung, zur Abwicklung in-*

terner Abrechnungen oder für CRM Programme oder der Markt- oder Meinungsforschung die Personen-, Firmen- und Fahrzeugdaten in der für die einzelnen Datenarten jeweils vorgegebenen Form.»

31. **Dritte Feststellung: Existenz zentraler Datenbanken.** Der Austausch der Daten erfolgt beim Importeur/Hersteller über eine zentrale Datenbank. Den Vertragspartnern wird dabei beschränkter Zugriff auf die (von ihnen übermittelten) Daten gewährt.

- Beispiel V: *«Grundsätzlich darf der Vertragspartner für seine eigenen Kundebetreuungsmaßnahmen, über seine Kundendaten die auf der zentralen [...] Kundendatenbank gespeichert sind, im Rahmen seines Vertrages mit [...] unbeschränkt verfügen.»*

32. **Vierte Feststellung: Erhebung gebietsspezifischer Daten.** Vereinzelt wurden in den Standardverträgen Klauseln gefunden, welche vorsehen, dass Daten vom Hersteller/Importeur nach dem Kriterium «Geografische Gesichtspunkte» zugewiesen werden.

- Beispiel VI: *«Wird ein Interessent, der bisher noch keinen Kontakt zu [...] oder einem Händler hatte, durch [...] akquiriert, wird dessen Adresse gemäss seinem Wunsch oder nach geografischen Gesichtspunkten einem Händler zugeordnet und anschliessend zugestellt.»*

33. **Fünfte Feststellung: Pflicht des Händlers zur Einholung der Kundenzustimmung.** In den Standardverträgen werden die Händler verpflichtet, die Daten unter Berücksichtigung des DSGVO zu übermitteln. Sie werden mithin verpflichtet, vom jeweiligen Kunden die Einwilligung zur Datenverwertung einzuholen. Spricht sich ein Kunde im Rahmen des Kaufvertrages gegen eine Erhebung und Weiterleitung seiner Daten aus, dürfen die Daten nicht erhoben und weitergegeben werden.

2. Bei Vertragsauflösung (Kündigung)

34. **Sechste Feststellung: Weigerung des Händlers als Kündigungsgrund.** In drei (3) bzw. sechs (6) der Standardverträge stellt die Verweigerung des Händlers, Kundendaten dem Hersteller unbeschränkt zur Verfügung zu stellen, explizit (3) bzw. implizit (6) einen Kündigungsgrund mit sofortiger Wirkung dar.

- Beispiel VII: Der Importeur/Hersteller ist berechtigt, den Standardvertrag aus wichtigem Grund mit sofortiger Wirkung zu kündigen, falls der Händler gegen eine grundlegende Vertragsverpflichtung oder eine andere Vertragsverpflichtung verstösst. Grundlegende Verpflichtungen sind insbesondere: *«Verletzung der Pflicht, nach Massgabe der Customer Relationship Management Guideline Kundendaten zu sammeln und [...] diese Kundendaten und deren allfällige Aktualisierungen in inhaltlicher Form zu übermitteln.»*

35. **Siebte Feststellung: Mitteilung der Vertragskündigung an Kunden.** Ein Grossteil der Standardverträge sieht vor, dass Kunden darüber informiert werden, sobald der bisherige Händler infolge Kündigung aus dem Vertriebsnetz ausscheidet. Der ausgeschiedene Betrieb kann seine Daten zwar auch nach Vertragsende weiter gebrauchen, der neue Markenhändler vor Ort und damit unmittelbarer und grösster Konkurrent bekommt diese aber auch, womit der vormalige Betrieb wenig Aussichten hat, seine Kunden mittelfristig zu halten (Kunden- bzw. Markenloyalität).

- Beispiel VIII: *«Die [...] informiert die Kunden des ausgeschiedenen Vertragspartners bezüglich der organisatorischen Änderungen und sendet dem Kunden ein offizielles Vertreterverzeichnis.»*

36. **Achte Feststellung: Grundsätzlich keine Vergütung für Daten.** Mehrheitlich wird die Frage der Vergütung vertraglich nicht erwähnt. Nur vereinzelt wird eine Vergütung für die Weiterverwendung der Daten durch den Hersteller/Importeur vereinbart.

- Beispiel IX: *«Bei Beendigung des Vertrages zwischen [...] und dem Vertragspartner werden die [...] übermittelten Kundendaten des Vertragspartners auf Verlangen des Vertragspartners inaktiviert, es sei denn, es erfolgt eine Vergütung für den Verbleib der Kundendaten bei [...].»*

Feststellungen im Kfz-Gewerbe

Uneingeschränkte Nutzung durch Hersteller/Importeur

Weite Zweckbestimmung

Existenz zentraler Datenbanken

Erhebung gebietsspezifischer Daten

Pflicht des Händlers zur Einholung der Kundenzustimmung

Weigerung des Garagisten als Kündigungsgrund

Mitteilung der Vertragskündigung an Kunden

Grundsätzlich keine Vergütung für Daten

VI. Datenklauseln in Händler- und Serviceverträgen: Das kartellrechtliche Assessment

A. *Der Kfz-Markt im Kartellrecht*

37. **Markt für den Verkauf von Neufahrzeugen (Handel; «Sales»).** Hier stehen sich Hersteller/Importeure und Händler gegenüber.³⁹ Es handelt sich bei Letzteren um Vertragshändler (meist) einer bestimmten Marke, die ihren Bedarf de facto nur beim Importeur der jeweiligen Marke decken können. Ein Markenwechsel wäre mit grossen betriebswirtschaftlichen Nachteilen verbunden.⁴⁰

- Umstritten ist, wie der Markt abzugrenzen ist. Die Auffassung, wonach aufgrund des Abhängigkeitsverhältnisses eines Händlers jede Marke einen eigenständigen Markt darstellt,⁴¹ wird seit kurzem von der Bundeskartellbehörde in Österreich vertreten: Diese hat sich in einer Stellungnahme zu vom Bundegremium des Fahrzeughandels übermittelten Beispielsachverhalten im Bereich des Kfz-Vertriebs zu einer engen Abgrenzung des sachlich relevanten Marktes bekannt.⁴²

38. **Markt für Reparatur- und Wartungsarbeiten ("After-Sales").** Dieser Markt umfasst Instandsetzungs-, Wartungs- und Garantiedienstleistungen sowie den Vertrieb von Ersatzteilen.

- Der After-Sales-Markt kann weiter unterteilt werden in einen Markt für Service-Leistungen, welche unter Garantie fallen, und einen Markt für Service-Leistungen, die Nicht-Garantie Leistungen umfassen.
- Gerade bei Garantiarbeiten kommt bei einem Einmarkenhändler ein Ausweichen auf andere Marken nicht in Betracht. Die Auffassung, wonach «eine Marke gleich ein Markt» ist, lässt sich daher mit guten Gründen jedenfalls bei Garantiarbeiten vertreten.

39. **Ein Markt für Kfz-Daten.** Die Charakteristika des Kfz-Markts zeigen, dass Daten auf dem Kfz-Markt grundsätzlich nicht durch andere – etwa durch Daten im Gesundheitswesen – ausgetauscht werden können. Ob und inwieweit die Daten einer Marke mit den Kfz-Daten

³⁹ KRAUSKOPF/MÜLLER, Wettbewerbssituation im Schweizer Automobilgewerbe 2014, Rz. 31.

⁴⁰ KRAUSKOPF/MÜLLER, Abhängigkeitsverhältnisse im Kfz-Gewerbe, Rz. 45 ff.

⁴¹ Befürwortend HEIZMANN R., Der Begriff des marktbeherrschenden Unternehmens im Sinne von Art. 4 Abs. 2 in Verbindung mit Art. 7 KG, Zürich 2005, N 281; ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht, 2. A., Bern 2005, der dafür hält, dass Markenartikel während gewisser Zeit einen eigenen Markt bilden können; ablehnend Dietrich/Saurer, Ist eine Marke ein Markt? Marktabgrenzung bei selektiven Vertriebssystemen, sic! 2001, S. 594.

⁴² Stellungnahme der Bundeswettbewerbsbehörde zu vom Bundegremium des Fahrzeughandels übermittelten Beispielsachverhalten im Bereich des Kfz-Vertriebs, abrufbar unter: <http://www.info4you.co.at/news_images/img13891_Stellungnahme%20BWB.pdf> (zuletzt besucht am 19.10.2016).

einer anderen Marke substituierbar sind, kann hier offengelassen werden, da sich am Ergebnis nichts ändern würde. Anzumerken ist, dass Elemente wie wirtschaftliche Bedingungen, Vorschriften und Präferenzen der Verbraucher, in die Marktabgrenzung einfließen müssen.⁴³ Die Daten von Importeuren und ihren Vertriebskanälen bezwecken eine gezielte Kundenakquisition und damit die Anpassung der Produktion und Dienstleistungen für die Kundschaft in «einem bestimmten Gebiet».

B. Datenklauseln als unzulässige Wettbewerbsabrede (Art. 5 KG)

40. **Datenklauseln: Eine Wettbewerbsabrede.** Die Organisation des Vertriebsnetzes von Herstellern/Importeuren ist durch Standardverträge geregelt. Hersteller/Importeure haben ein Interesse daran, möglichst viele Daten in ihre Datenbank aufzunehmen und abzuspeichern. Mit dem Zugang zu Daten geht in aller Regel ein Zuwachs an Kontrolle und Macht über Händler und Kunden einher, verbunden mit Wettbewerbsvorteilen.⁴⁴

- Importeure sind auf die Datenerhebung durch Händler angewiesen. Aufgrund der Distanz zu Endkonsumenten sind sie oft nicht selbst in der Lage die Daten zu erheben.
- Die Datenklauseln in den Standardverträgen fallen ohne weiteres (Art. 2 KG) unter die Kontrolle der Wettbewerbskommission (WEKO) und stellen Wettbewerbsabreden i.S.v. Art. 4 Abs. 2 KG dar.⁴⁵

41. **Datenklauseln: Erhöhtes Kartellrisiko.** Nach Schweizer und EU-Wettbewerbsrecht sind Klauseln in Standardverträgen unzulässig, wenn sie dazu führen, dass der Hersteller/Importeur in die Lage versetzt wird, (i) die Preisfestsetzungshoheit des Händlers zu kontrollieren oder (ii) dem Händler ein bestimmtes Gebiet zuzuweisen mit der vertraglichen oder faktischen Auflage, keine kommerziellen Aktivitäten in einem anderen Gebiet zu entfalten.

- **Vertriebssystemimmanenter Informationsfluss.** Hersteller/Importeure organisieren ihr Vertriebsnetz mit lokalen Händlern. Diese erheben die Kundendaten aus ihrem Marktgebiet. Die lokalen Kundendaten enthalten regelmässig sensible Informationen mit einem strategischen Mehrwert wie Liefer- und Zahlungskonditionen, aktuelle Informationen über Absatzmengen, Umsätze, vorgenommene Reparaturen, Kundenvorlieben.

⁴³ KOMM, ABI. 2006 L173/20, Rz. 14 ff., SEP und andere/Automobiles Peugeot SA; bestätigt durch Urteil des EuG vom 9.7.2009 T-450/05 Automobiles Peugeot SA, Peugeot Nederland NV/Kommission, Slg. 2009 II-2533.

⁴⁴ BELSER, N 46 zu § 1.

⁴⁵ KRAUSKOPF/SCHALLER, BKS KG, N 57 zu Art. 5.

- **Vertriebssystemimmanente Risiken.** Durch die Analyse der Daten kann ein Hersteller/Importeur ermitteln, in welcher Region welche Art von Fahrzeug am meisten verkauft wird und welche Reparaturen am häufigsten anfallen.
42. **Datenklauseln: Risiko Gebietsabrede.** Eine unzulässige vertikale Gebietsabrede (Art. 5 Abs. 4 KG) liegt vor, wenn einem Händler ein Gebiet, also eine räumlich abgrenzbare Fläche, zugewiesen wird mit der Erwartung, keine Kfz in andere Gebiete zu verkaufen.⁴⁶ Die Einhaltung dieser Erwartung wird in der Folge mittels dem aus Kundendaten gewonnenen Wissen vom Importeur/Hersteller kontrolliert.
43. **Datenklauseln: Risiko Preisfestsetzung.** Eine unzulässige vertikale Preisabrede (Art. 5 Abs. 4 KG) liegt vor, wenn einem Händler Anreize gesetzt werden, die Kfz zu vom Hersteller empfohlenen Preisen weiterzuverkaufen. Die Einhaltung der Preisempfehlung wird in der Folge mittels dem aus Kundendaten gewonnenen Wissen vom Importeur/Hersteller kontrolliert.
44. **Datenklauseln: Unzulässige Wettbewerbsbeeinträchtigung.** Die beiden erwähnten vertikalen Gebiets- und Preisabreden («Hardcore-Abreden») sind – wenn sie die eben erwähnte Wirkung haben – zumeist unzulässig (Art. 5 Abs. 4 KG):
- **Wettbewerbsbeseitigung von Datenklauseln.** Die Kartellgesetz geht davon aus, dass vertikale Gebiets- und Preisabreden unzulässig sind. Diese gesetzliche Vermutung kann widerlegt werden, sofern genügend Restwettbewerb auf dem relevanten Markt herrscht. Ist der Wettbewerb zwischen den Händlern derselben Marke intensiv, weil sich die Händler über andere Wettbewerbsparameter konkurrenzieren (z.B. bei Kundendienstleistungen, Rabatte), so kann die Unzulässigkeitsvermutung von Datenklauseln widerlegt werden.⁴⁷
 - **Erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung von Datenklauseln.** Selbst wenn es in Einzelfall gelingen sollte aufzuzeigen, dass der Wettbewerb nicht beseitigt wird, nimmt die Gerichtspraxis an, dass der Wettbewerb durch die oben beschriebene Wirkung der Datenklauseln erheblich beeinträchtigt wird. Datenklauseln, welche zu einer Gebiets- bzw. Preisabrede führen, sind daher unzulässig, wenn sie nicht gerechtfertigt werden können.
45. **Datenklauseln: Hohe Anforderung an die Rechtfertigung.** Die durch die Datenklauseln bewirkte Wettbewerbsbeeinträchtigung kann zwar gerechtfertigt werden.

⁴⁶ KRAUSKOPF/SCHALLER, BKS KG, N 526 ff. zu Art. 5.
⁴⁷ BGE 129 II 18, E. 9.

- **Nachweis.** Der Hersteller/Importeur muss nachweisen, dass die Datenklausel notwendig und geeignet ist zur (i) Senkung der Herstellungs- oder Vertriebskosten, (ii) Verbesserung der Produktionsverfahren, (iii) Förderung der Forschung oder Verbreitung von technischem oder beruflichen Wissen sowie (iv) rationellen Nutzung von Ressourcen (Art. 5 Abs. 2 lit. a KG).
 - **Praxis.** Die Praxis setzt hohe Anforderungen an eine solche Rechtfertigung. Enthält eine Datenklausel die Übermittlung etwa von Preisinformationen (Verkaufspreis) an den Hersteller/Importeur, ist zweifelhaft, ob eine Wettbewerbsbehörde eine solche Datenklausel rechtfertigen bzw. erlauben würde.
46. **Zusammenfassung.** Die in den Standardverträgen analysierte Datenklausel, welche den Händler verpflichtet, Kundendaten zu übermitteln, ist unzulässig, und kann hohe Bussgelder nach sich ziehen (Art. 49a Abs. 1 KG), wenn sie zur einer vertikalen Preis- oder Gebietsabrede führt.

C. Datenklauseln als Marktmachtmissbrauch (Art. 7 KG)

47. **Einleitung.** Marktbeherrschenden Unternehmen ist es untersagt, ihre starke Marktposition zu missbrauchen. Die Problematik des Marktmachtmissbrauchs im Umgang mit Kundendaten entsteht dann, wenn Hersteller/Importeure eine allfällige marktmächtige Stellung missbrauchen, um Händler via Datenklauseln zur Übergabe von Kundendaten zu zwingen.
48. **Marktbeherrschung.** Gemäss Art. 4 Abs. 2 KG gilt ein Unternehmen als marktbeherrschend, wenn es auf einem Markt als Anbieter in der Lage ist, sich von anderen Marktteilnehmern (Mitbewerbern, Anbietern oder Nachfrager) in wesentlichem Umfang unabhängig zu verhalten.⁴⁸ Empirische Untersuchungen der ZHAW haben gezeigt, dass eine Marktbeherrschung (relative Marktmacht) des Herstellers/Importeurs gegenüber dem einzelnen Händler in zwei Fällen vorliegen kann:
- **Bezugsquellenbedingte Marktmacht.** Ein Händler gilt als vom Hersteller/Importeur abhängig, wenn er über keine ausreichenden und zumutbaren Alternativen zur Geschäftsbeziehung mit diesem Geschäftspartner verfügt.⁴⁹ Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn der Händler:

⁴⁸ KAUFMANN, N 80.

⁴⁹ HEINZMANN, S. 176; KAUFMANN, N 418.

- einen gewissen Umsatzanteil (ca. 30% oder mehr) mit dem Hersteller/Importeur erzielt,
 - über keine Verhandlungsmacht verfügt um die einseitige Durchsetzung von Bedingungen zu verhindern und
 - ein Ausweichen auf Bezugsalternativen nicht zumutbar oder möglich ist (sog. «Bezugsquellenbedingte Abhängigkeit».⁵⁰
- **Investitionsbedingte Marktmacht.** Eine marktstrukturelle Abhängigkeit liegt vor, wenn der Händler seine Aktiva in dem Masse auf das Bedürfnis seines Importeurs ausgerichtet hat, dass ohne unverhältnismässige Aufwendungen nicht auf andere Geschäftspartner umgestellt werden kann.⁵¹
49. **Missbrauch.** Der marktbeherrschende Hersteller/Importeur verhält sich unzulässig, wenn er den Händler benachteiligt. Dies ist etwa dann der Fall, wenn der Importeur dem Händler ihn benachteiligende Vertragskonditionen aufzwingt oder die Geschäftsbeziehung zum Händler ungerechtfertigt abbricht (Art. 7 KG).
50. **Datenklauseln: Erzwingung unangemessener Geschäftsbedingungen.** Wird ein Händler von einem marktbeherrschenden Hersteller/Importeur gezwungen, seine gesammelten Kundendaten an diesen weiterzugeben, stellt sich die Frage, ob solche Klauseln eine Erzwingung unangemessener Geschäftsbedingungen darstellen.
- **Datenklauseln als Geschäftsbedingung.** Die Datenklausel fällt ohne weiteres unter den Begriff einer Geschäftsbedingung. Dieser Begriff ist nämlich weit auszulegen.⁵²
 - **Erzwingung der Datenklauseln.** Für ein «Erzwingen» reicht es aus, wenn der marktbeherrschende Importeur kraft seiner Position den schwächeren Händler dazu nötigen kann, die Datenklauseln zu akzeptieren.⁵³ Um überhaupt zum Vertragsschluss zu kommen, muss der Händler die Geschäftsbedingungen, d.h. auch die Datenklauseln akzeptiert haben.⁵⁴ Für Händler sind insbesondere hohe Erstinvestitionen, Wechselkosten oder die Loyalität der eigenen Kunden Gründe, um die Konditionen der Hersteller/Importeure in den Standardverträgen nolens volens zu akzeptieren.
 - **Angemessenheit der Datenklauseln.** Die Angemessenheit der Geschäftsbedingungen beurteilt sich namentlich nach den Interessen der Vertragsparteien, der Schwere des Eingriffs in die Wettbewerbsfreiheit des Vertragspartners, den Behinderungswirkungen

⁵⁰ KRAUSKOPF/MÜLLER, Abhängigkeitsverhältnisse im Kfz-Gewerbe, Rz. 41 ff.; vgl. auch RPW, 2005/1, S. 161 Rz. 98, CoopForte.

⁵¹ KRAUSKOPF/DENOTH/ROSSELL, S. 328; BABEY, S. 74.

⁵² AMSTUTZ/CARRON, BSK KG, Art. 7 N 293 f.

⁵³ AMSTUTZ/CARRON, BSK KG, Art. 7 N 295.

⁵⁴ RPW 2006/2, 227 ff. Rz. 121.

zu Lasten Dritter⁵⁵ und den Auswirkungen der Geschäftsbedingungen auf die Wettbewerbsstrukturen des relevanten Marktes.⁵⁶ Es ist danach zu fragen, ob die Geschäftsbedingungen erforderlich sind, um dem Zweck des Vertrages zu dienen oder ob nicht eine weniger einschneidende Massnahme gleich wirksam wäre.⁵⁷ Die Datenklauseln führen dazu, dass (i) die Interessen der Händler nicht geschützt werden können, wenn sich diese gegen eine Weitergabe der Kundendaten entscheiden. Des Weiteren führen die Datenklauseln dazu, dass (ii) die Wettbewerbsfreiheit des Händlers beeinträchtigt und (iii) die Marktposition der Hersteller/Importeure weiterhin verstärkt werden.

51. **Datenklauseln: Weitere mögliche Missbrauchstatbestände.** Hersteller/Importeure dürfen ihre marktbeherrschende Stellung nicht dazu missbrauchen, um (i) den Händlern unangemessene Koppelungsgeschäfte aufzuzwingen oder (ii) sie zu diskriminieren. Schliesslich enthält die Datenklausel oft die Möglichkeit des Importeurs, bei Verletzung der Datenklauseln den Händler- oder Werkstattvertrag ohne weiteres aufzukündigen.

- **Koppelung von Kundendaten an Rabatt- oder Bonussysteme.** In den Standardverträgen werden (relativ hohe) Verkaufsziele für die Händler vereinbart. Bei der Erreichung der entsprechenden Ziele erhalten die Händler in der Regel einen Rabatt auf den Einstandspreis aller bezogenen Autos vom entsprechenden Hersteller/Importeur. Wird die Messung der Zielerreichung an die Erfüllung der Datenklauseln in dem Sinne angeknüpft, dass nur jene Verkäufe berücksichtigt werden, für die auch die entsprechenden Kundendaten weitergeleitet werden, wäre dies mit Art. 7 KG kaum zu vereinbaren. Gleiches gilt für Bonussysteme bei Kundenzufriedenheit.
- **Diskriminierung von Händlern.** Unzulässig ist die Diskriminierung von Handelspartnern bei Preisen oder sonstigen Geschäftsbedingungen. Sollten marktbeherrschende Hersteller/Importeure dazu übergehen, gestützt auf die Datenklauseln ihre Händler zu diskriminieren (z.B. bei den Konditionen, Bonus, Zugang zu Datenbank, etc.), wäre dies nicht mit Art. 7 KG vereinbar.
- **Unzulässige Kündigung.** In den meisten Standardverträgen wird die Verweigerung des Händlers, Kundendaten unbeschränkt zur Verfügung zu stellen, als Kündigungsgrund mit sofortiger Wirkung aufgeführt. Eine solche Klausel ist – sofern keiner weitergehenden Rechtfertigungsgründe («legitimate business reasons») vorliegen – unzulässig.⁵⁸

⁵⁵ RPW 2004/3, 798 Rz. 67, TicketCorner; REINERT, SHK-KG, N 28 zu Art. 7.

⁵⁶ AMSTUTZ/CARRON, BSK KG, Art. 7 N 313 ff.

⁵⁷ AMSTUTZ/CARRON, BSK KG, Art. 7 N 313; REINERT, SHK-KG, N 28 zu Art. 7.

⁵⁸ KRAUSKOPF/SCHALLER, BSK KG, N 13 ff. zu Art. 5 Abs. 2.

52. **Zusammenfassung.** Es bestehen Anhaltspunkte dafür, dass die in den Standardverträgen analysierten Datenklauseln einen Marktmachtmissbrauch des Herstellers/Importeurs darstellen (Art. 7 KG) und somit hohe Bussgelder nach sich ziehen (Art. 49a Abs. 1 KG) können. Dies ist namentlich dann der Fall, wenn der Händler für seine Leistung keine adäquate Gegenleistung erhält («Erzwingung unangemessener Geschäftsbedingungen») oder wenn eine Nichteinhaltung der Datenklausel automatisch zur Kündigung des Händler- oder Servicevertrages führt.

VII. Kartellrechtswidrige Datenklauseln: Die Rechtsfolgen

53. **Verwaltungsrechtliche Rechtsfolgen.** Das Kartellgesetz sieht für Verstösse gegen Art. 5 Abs. 4 KG (Wettbewerbsabreden) und Art. 7 KG (Marktmachtmissbrauch) beträchtliche finanzielle Sanktionen vor:

- Beteiligte Unternehmen, d.h. im Fall von Art. 5 KG die Hersteller/Importeure und Händler und im Falle von Art. 7 KG nur die Importeure, werden mit einem Betrag bis zu 10 Prozent des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Umsatzes belastet.
- Der Betrag bemisst sich nach der Dauer und der Schwere des unzulässigen Verhaltens. Der mutmassliche Gewinn, den das Unternehmen dadurch erzielt hat, ist angemessen zu berücksichtigen.

54. **Zivilrechtliche Rechtsfolgen.** Kartellrechtswidrige Verträge sind i.S.v. Art. 20 Abs. 1 OR rechtswidrig und daher nichtig.⁵⁹ Die Nichtigkeit beschränkt sich auf die unzulässige Datenklausel, nicht den ganzen Händler- oder Servicevertrag. Eine Datenklausel, die keinen Ausgleich für Kundendaten vorsieht, dürfte als «unangemessen» (Art. 7 Abs. 2 KG) gelten und nichtig sein. Kartellrechtskonform ist e contrario die Datenklausel dann, wenn für die Weitergabe der Daten eine entsprechende Gegenleistung (Kundschaftsentschädigung) vorgesehen ist. Auszugehen ist somit von folgendem Sachverhalt:

- **Verfügungsberechtigung des Händlers über Daten.** Über die Kundendaten verfügt der Händler, aber nicht (mehr) der Hersteller/Importeur.
- **Vertragliche Weitergabe der Daten.** (i) Der Händler entscheidet frei darüber, ob er die Kundendaten an den Hersteller/Importeur weitergeben möchte. (ii) Hierfür hätte sich der Händler bei funktionierendem Wettbewerb als Gegenleistung den Marktwert der Kundendaten versprechen lassen.

⁵⁹ vgl. BGE 134 III 442.

55. Die Nichtigkeit tritt dabei automatisch ex tunc also „rückwirkend“ bzw. „von Anfang an“ ein.⁶⁰ Gemäss Art. 12 f. KG kann der Händler, der in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindert wird, namentlich folgende Ansprüche geltend machen:⁶¹

- Schadenersatz nach Massgabe des Obligationenrechts;
- Herausgabe eines unrechtmässig erzielten Gewinns.

56. **Schadenersatz.** Durch den Verweis von Art. 12 KG in das Obligationenrecht (und Wirkung der Nichtigkeit ex tunc) kommen die Regelungen über die ausservertragliche Haftung gemäss Art. 41 ff. OR zur Anwendung.⁶² Demnach müssen – für die Geltendmachung einer Schadenersatzforderung bzw. Kompensation – die folgenden Voraussetzungen erfüllt sein:

- **Widerrechtlichkeit:** Verletzung eines absolut geschützten Rechtsgutes oder einer Schutznorm. In der Praxis ist die Widerrechtlichkeit aufgrund eines Verstosses gegen das Kartellgesetz gegeben.⁶³
- **Kausalzusammenhang:** Verlangt wird ein adäquater Kausalzusammenhang zwischen Ursache und Wirkung. Vorliegend müsste dargelegt werden, dass aufgrund des kartellrechtswidrigen Verhaltens (bspw. Erzwingung der Datenklausel durch den Hersteller/Importeur) ein Schaden beim Händler entstanden ist.⁶⁴
- **Verschulden:** Es genügt bereits Fahrlässigkeit, d.h. die Erkennbarkeit, dass die praktizierten Abreden oder der Marktmachtmissbrauch gegen das Kartellgesetz verstossen und geeignet sind, Dritte zu schädigen.⁶⁵
- **Schaden:** Der Schaden kann in einer Zunahme der Passiven, Abnahme der Aktiven oder einem entgangenen Gewinn bestehen. Häufig wird zur Berechnung des Schadens die Differenzhypothese verwendet. Dabei gilt als Schaden der Unterschied zwischen dem tatsächlichen Vermögen und dem Vermögen, dass der Geschädigte hypothetisch gehabt hätte, wenn das schädigende Ereignis nicht eingetreten wäre.⁶⁶

57. **Gewinnherausgabe.** In Bezug auf die Gewinnherausgabe sind neben der Verletzung einer materiell-rechtlichen Bestimmung (Art. 5 KG oder Art. 7 KG) drei wesentliche Punkte zu beachten:

- **Erzielung eines Gewinns.** Die Gewinnherausgabe zielt auf die Abschöpfung eines Gewinns, nämlich des Nettogewinns, ab. Der Nettogewinn setzt sich zusammen aus dem

⁶⁰ JACOBS/GIGER, BSK KG, N 30 ff. zu Vor Art. 12 – 17.

⁶¹ JACOBS/GIGER, BSK KG, N 37 ff. zu Art. 12.

⁶² JACOBS/GIGER, BSK KG, N 53 zu Art. 12.

⁶³ JACOBS/GIGER, BSK KG, N 75 f. zu Art. 12.

⁶⁴ JACOBS/GIGER, BSK KG, N 78 f. zu Art. 12.

⁶⁵ JACOBS/GIGER, BSK KG, N 81 f. zu Art. 12.

⁶⁶ JACOBS/GIGER, BSK KG, N 54 f. zu Art. 12.

Bruttogewinn (alle aus der unzulässigen Wettbewerbsbeschränkung stammenden Vorteile und Erlöse) plus Zinsen, abzüglich Aufwendungen (bzw. alle variable Kosten, die einem Produkt oder einer Dienstleistung direkt zugeordnet werden können). Dabei wird lediglich auf das Vermögen des behindernden Unternehmens abgestellt.⁶⁷

- **Kausalzusammenhang.** Erforderlich ist bei dieser Voraussetzung ein natürlicher und ein adäquater Zusammenhang. Inwieweit die Wettbewerbsbeschränkung für den Gewinn kausal ist, ist in der Lehre umstritten.⁶⁸
- **Bösgläubigkeit.** Das behindernde Unternehmen weiss oder hätte bei pflichtgemässer Sorgfalt wissen müssen, dass sein Verhalten gegen das Kartellrecht verstösst und zu einer unzulässigen Wettbewerbsbeschränkung führt. Hingegen nicht notwendig ist ein Verschulden im haftpflichtrechtlichen Sinn oder eine Schädigungsabsicht.

58. **Unmittelbarer Schaden.** Nebst dem *Marktwert* der Kundendaten für einen Weiterverkauf kann der Händler auch den *Gewinn* aus der kartellrechtswidrigen Verwendung von Kundendaten durch den Hersteller/Importeur einfordern. Dabei sind folgende Elemente zu berücksichtigen:

- **Wert der Kundeninformationen («Downstream»).** Der Kunde willigt dem Händler anlässlich des Kaufvertragsabschluss in die Erhebung und Verwertung seiner Kundendaten ein. Ohne Vertragsbeziehung würde der Kunde die Einwilligung in die Datenerhebung verweigern. Es gilt somit zu berechnen, wie gross die Entschädigung ist, die jeder Kunde für seine Einwilligung in die Datenerhebung und Verwertung einfordern würde.
- **Wert der Kundeninformationen («Upstream»).** Die Kundendaten stellen eine Ware dar und können – wie andere Güter auch – auf dem Markt angeboten und verkauft werden. Vor diesem Hintergrund wäre es möglich, dass der Händler die Kundendaten andere Interessenten (z.B. andere Hersteller/Importeure) anbietet. Es würde also ein Verkauf der Kundendaten unter Konkurrenzbedingungen stattfinden, welcher den Wert der Kundendaten definieren würde.
- **Kosten für Erfassung.** Um Daten überhaupt erfassen zu können werden Strukturen benötigt. Eine Datenbank erfordert dabei Kosten für den Aufbau, den Betrieb und die Wartung.
- **Entgangener Gewinn.** Dem Händler kommt in Bezug auf seine Kundendaten eine Art Exklusivstellung zu. Er ist nämlich in der Lage gestützt auf diese Daten, die Kunden

⁶⁷

JACOBS/GIGER, BSK KG, N 103 f. zu Art. 12.

⁶⁸

JACOBS/GIGER, BSK KG, N 106 zu Art. 12; Für die Abschöpfung des vollen Gewinns spricht sich SPITZ aus (SPITZ, Jusletter 2006, Rz. 73); hingegen JACOBS/GIGER: Gesamte Gewinn ist abschöpfbar, wenn die weiteren Anstrengungen des Unternehmens in engem Zusammenhang mit der Wettbewerbsbeschränkung stehen und zur Nutzenmaximierung dienen.

exklusiv anzusprechen und beispielsweise über Rabatte/Neuheiten zu informieren, kundenspezifische Services zu verkaufen etc.

59. **Mittelbarer Schaden.** Werden die Daten entgegen vertraglicher Abmachung nicht an den Hersteller/Importeur weitergeleitet, kann dies finanzielle Auswirkungen namentlich auf Rabatte und Boni haben, welche dem Händler zugutekommen.

- **Rabatte.** Es ist üblich, dass in den Händlerverträgen Verkaufsziele für die Händler vereinbart werden. Bei der Erreichung der entsprechenden Ziele erhalten die Händler in der Regel einen Rabatt auf den Einstandspreis aller bezogenen Autos vom entsprechenden Hersteller. Wird die Messung der Zielerreichung an die Erfüllung der Datenklauseln in dem Sinne geknüpft, dass nur jene Verkäufe berücksichtigt werden, für die auch die entsprechenden Kundendaten weitergeleitet werden, so vermindert eine allfällige Nichterfüllung der Datenklauseln den vom Importeur gewährten Rabatt auf den Einstandspreis aller Fahrzeuge. Diese Reduktion des Rabatts vermindert den Gewinn des Händlers und stellt somit einen Teil des Wertes der Datenklausel für den Händler dar.
- **Boni.** Im Rahmen von Garantieleistungen sind für die Berechnung der Kundschaftsentschädigung, ähnlich wie bei Umsatzrabatten, Boni für die Kundenzufriedenheit oder die Vergütung von Leistungen zu berücksichtigen. Auch hier ist vorstellbar, dass die (Nicht-)Weitergabe der Kundendaten Auswirkungen (monetärer oder nicht-monetärer Art) auf den Händler haben, wenn die Boni gestützt darauf gekürzt oder nicht gewährt werden. Diese Differenz ist wiederum als Teil des Wertes der Kundschaftsentschädigung beizuziehen.

	Ausgangslage (ohne Klausel)	
	Einhaltung Vertrag (Datenklausel)	
	Gewinn bei Einhaltung der Datenklausel	Gewinn in Ausgangslage
Wert der Daten Klausel	<ul style="list-style-type: none"> - Kosten für Erfassung / Weiterleitung - Monopolgewinn aus Datenbesitz - Aufwand für Werbung der Kundendaten 	

VIII. Schlussfolgerungen

60. **Datenklauseln als Abreden.** Aufgrund der Kundendaten in ihrer zentralen Datenbank können Hersteller/Importeure analysieren, in welcher Region welche Fahrzeuge zu welchem Preis an welchen Kunden verkauft werden und welche Reparaturen anfallen. Diese Kunden- und Fahrzeugdaten können die Ausgestaltung von Produkten, Dienstleistungen und Preisen erheblich beeinflussen.

- Die in den Standardverträgen analysierte Datenklausel, welche den Händler verpflichtet, Kundendaten zu übermitteln, ist unzulässig und kann hohe Bussgelder nach sich ziehen (Art. 49a Abs. 1 KG), wenn sie zur einer vertikalen Preis- oder Gebietsabrede führt (Art. 5 Abs. 4 KG).
61. **Abhängigkeitsverhältnis der Händler und Werkstätten.** Sowohl im Sales als auch im After-Sales-Bereich besteht eine signifikante Abhängigkeit des Händlers, welche in vielen Fällen eine marktbeherrschende Stellung der Hersteller/Importeure vermuten lässt.
- Es bestehen Anhaltspunkte dafür, dass die in den Standardverträgen analysierten Datenklauseln einen Marktmachtmissbrauch des Herstellers/Importeurs darstellen (Art. 7 KG) und hohe Bussgelder nach sich ziehen können (Art. 49a Abs. 1 KG).
62. Kartellrechtswidrige Klauseln sind gemäss Art. 20 OR nichtig/teilnichtig. Wenn Hersteller/Importeure Kunden- und Fahrzeugdaten der gekündigten Händler/Servicepartner weiterhin nutzen, bestehen gute Gründe, dem Händler einen Entschädigungsanspruch zuzugestehen.

Zürcher Hochschule
für Angewandte Wissenschaften

School of Management and Law

St.-Georgen-Platz 2
Postfach
8401 Winterthur
Schweiz

www.zhaw.ch/sml

