

# **WEKO vermarktung-vom-verzeichnisdaten-2024-06-24 vom 24. Juni 2024**

WEKO, 2024-06-24, DE

Quelle:

[https://mcp.opencaselow.ch/entscheid/weko\\_vermarktung-vom-verzeichnisdaten-2024-06-24](https://mcp.opencaselow.ch/entscheid/weko_vermarktung-vom-verzeichnisdaten-2024-06-24)

FR: WEKO vermarktung-vom-verzeichnisdaten-2024-06-24 du 24 juin 2024

IT: WEKO vermarktung-vom-verzeichnisdaten-2024-06-24 del 24 giugno 2024

## **Erwägungen**

### **E. 10**

339 Vgl. act. 309, Rz 29.

75

marktbeherrschenden Stellung von Directories, Google und allenfalls [...] sowie Bing und weiteren Plattformen sind vorliegend keine Anhaltspunkte ersichtlich (vgl. Rz 322 ff.).

C.5.1.2.3 Markt für die Aufbereitung von regulierten Verzeichnisdaten (i) Aktueller Wettbewerb 329. Auf dem Markt für die Aufbereitung von regulierten Verzeichnisdaten ist aktuell einzig Directories tätig. Directories hat damit einen Marktanteil von 100 %. Es ist daher derzeit kein aktueller Wettbewerb auf diesem Markt vorhanden. (ii) Potenzieller Wettbewerb 330. Da vorliegend im relevanten Zeitraum nicht genügend aktueller Wettbewerb bestand, um Directories hinreichend zu disziplinieren, ist zu prüfen, ob und inwiefern Directories mit potenzieller Konkurrenz konfrontiert ist beziehungsweise war. Konkret stellt sich dabei die Frage, ob potenzielle Konkurrentinnen und Konkurrenten in den relevanten Markt eintreten können oder hätten eintreten können. Eine Berücksichtigung der Möglichkeit eines Markteintritts von weiteren Marktteilnehmern als Konkurrentinnen und Konkurrenten rechtfertigt sich nur dann, wenn von diesen ein spürbarer Einfluss ausgehen würde, der den Verhaltensspielraum des jeweiligen Unternehmens einzuengen und dessen Verhalten zu beeinflussen vermag.<sup>340</sup> Im Vordergrund steht vorliegend die Würdigung von Markteintrittsschranken. Bei Märkten, die sich durch hohe Eintrittshürden auszeichnen, ist der potenzielle Wettbewerb typischerweise gering oder gar inexistent. Solche Eintrittshürden können insbesondere in rechtlichen Schranken, nicht zu amortisierenden Investitionen, hohen Transportkosten oder Überkapazitäten auf dem betreffenden Markt bestehen.<sup>341</sup> 331. Als Data Agent kommen Unternehmen in Frage, die über das notwendige prozessuale Wissen verfügen, um Verzeichnisdatensätze zu erstellen und um diese entsprechend den Anforderungen des FMG für Dritte zur Verfügung zu stellen. Theoretisch könnten sämtliche Software-Entwicklungs-Unternehmen solche Dienstleistungen erbringen soweit sie zusätzlich über Wissen hinsichtlich der Vervollständigung von Verzeichnisdaten verfügen. Aufgrund der zu erzielenden Skaleneffekte ist jedoch fraglich, ob diese preislich wettbewerbsfähig sein könnten, wenn nicht eine gewisse kritische Grösse erreicht wird. Directories als Tochterunternehmen von Swisscom erreicht aufgrund der von Swisscom bereitgestellten Verzeichnisdaten die kritische Grösse, mittels welcher sie die Dienstleistungen günstiger anbieten kann als kommerzielle Drittunternehmen, die ihre Kosten auf eine kleinere Anzahl Kundinnen und Kunden umlegen müssten. 332. Die TDA können die regulierten Verzeichnisdaten zudem selbst herstellen und verwalten. Allerdings ist hierbei ungewiss, ob und inwieweit die

eigenständige Herstellung und Zur- verfügungstellung von regulierten Verzeichnisdaten für die TDA tatsächlich eine Alternative darstellt. 333. Es kann vorliegend offengelassen werden, ob auf dem Markt für die Aufbereitung von regulierten Verzeichnisdaten hinreichend potenzielle Konkurrenz vorhanden ist.

340 Vgl. BVGer, B-831/2011 vom 18.12.2018 E. 442., Sanktionsverfügung – DCC. 341 Vgl. RPW 2020/4a, 1821 Rz 461, Strassenbau Graubünden; RPW 2017/3, 421 Rz 233, Hoch- und Tiefbauleistungen Münstertal; CR Concurrence-AMSTUTZ/CARON/REINERT (Fn 112), Art. 5 LCart N 509 m.w.H.

76

(iii) Stellung der Marktgegenseite 334. Die Marktgegenseite von Directories auf dem Markt für die Aufbereitung von regulierten Verzeichnisdaten bilden TDA, die von einem Data Agent die Aufbereitung der regulierten Verzeichnisdatensätze ihrer Kundinnen und Kunden – entsprechend den gesetzlichen Anforderungen des Fernmeldegesetzes – nachfragen (vgl. Rz 302). Die TDA sind gesetzlich verpflichtet, Dritten die regulierten Verzeichnisdaten (zu kostenorientierten Preisen) zugänglich zu machen (vgl. Rz. 86).

Directories ist zurzeit die einzige Anbieterin in diesem Bereich, so dass die Marktgegenseite lediglich die Wahl hat zwischen dem Outsourcen und der Selbsterbringung der Datenaufbereitung. Dennoch kann sich Directories aufgrund der Möglichkeit die Aufbereitung selbst zu erbringen nicht vollständig unabhängig verhalten. Directories kann sich daher nur insoweit unabhängig verhalten, wie Directories die

Aufbereitungsdienstleistungen effizienter erbringen kann als die jeweilige TDA. Damit können die TDA eine gewisse disziplinierende Wirkung auf Directories in diesem Markt ausüben. (iv) Zwischenfazit 335. Directories ist im Markt für die Aufbereitung von regulierten Verzeichnisdaten keinem aktuellen Wettbewerb ausgesetzt. Zwar sind Markteintritte und die Eigenerbringung dieser Leistungen durch TDA technisch

grundsätzlich möglich. Es ist jedoch nicht abschätzbar, wie realistisch solche Szenarien sind und inwiefern die Marktgegenseite in der Lage ist, auf Directories einen disziplinierenden Einfluss auszuüben. Es kann für die Zwecke der vorliegenden Untersuchung jedoch offengelassen werden, ob Directories auf diesem Markt marktbeherrschend ist, da wie nachfolgend aufgezeigt wird, in diesem Bereich kein kartellrechtswidriges Verhalten festgestellt werden konnte (vgl. Abschnitt C.5.2).

C.5.1.3 Fazit 336. Auf dem Markt für Verzeichniseinträge über Unternehmen kann sich Directories nicht in wesentlichem Umfang von Wettbewerbern unabhängig verhalten. Directories ist daher nicht als marktbeherrschend zu qualifizieren (vgl. Abschnitt C.5.1.2.1).

337. Auf dem Markt für Nutzerinnen und Nutzer von Adressverzeichnisdiensten über Unternehmen ist ebenfalls ausreichend aktueller Wettbewerb vorhanden. Directories ist daher nicht als marktbeherrschend zu qualifizieren (vgl. Abschnitt C.5.1.2.2).

338. Beim Markt für die Aufbereitung von regulierten Verzeichnisdaten kann vorliegend offengelassen werden, ob Directories auf diesem Markt marktbeherrschend ist, da in diesem Bereich kein Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung vorliegt [vgl. Abschnitt C.5.1.1.4(i) und C.5.2]. C.5.2 Keine unzulässigen Verhaltensweisen auf den Verzeichnismärkten 339. Der in Abschnitt B.3 beschriebene Sachverhalt betreffend localsearch und die Einführung von «SWISS LIST» betrifft den Markt für Verzeichniseinträge über Unternehmen und den Markt für Nutzerinnen und Nutzer von Adressverzeichnisdiensten über Unternehmen. Da es in diesen Bereichen bereits an einer marktbeherrschenden Stellung von Directories fehlt (vgl. Abschnitt C.5.1.2.1 und C.5.1.2.2), erübrigt sich hier die Prüfung eines Missbrauchs

im Sinne von Art. 7 Abs. 1 KG. 340. Auch wenn die Kundenmigration auf «SWISS LIST» und die damit verbundene Daten-übertragung an [...] bzw. Google einerseits aus Sicht der Kundinnen und Kunden und andererseits aus Sicht der Wettbewerber allenfalls nicht zu deren Zufriedenheit ablief, erübrigt es sich vor dem Hintergrund der fehlenden Marktbeherrschung auf die von ZIP geltend gemachten unzulässigen Verhaltensweisen wie insbesondere die Erzwingung unangemessener Preise und Geschäftsbedingungen und Koppelung (Art. 7 Abs. 2 lit. c und f i. V. m. Art. 7 Abs.

77

1 KG)<sup>342</sup> näher einzugehen. Auch allfällige Verstösse gegen das UWG<sup>343</sup> oder StGB<sup>344</sup> – wie dies seitens ZIP geltend gemacht wird<sup>345</sup> – sind für das vorliegende Verfahren nicht relevant. <sup>341</sup> Zudem sind gestützt auf die vorliegenden Informationen keine Anhaltspunkte für eine Abrede nach Art. 5 Abs. 1 KG zu erkennen (vgl. Rz 104 ff.). Als Beispiel für eine angebliche Abrede reichte ZIP Geschäftsbedingungen von Google ein, aus welchen ersichtlich werde, dass nur Directories in der Lage gewesen sei, die quantitativen Anforderungen für eine Partnerschaft mit Google zu erfüllen, das heisst, die Mindestanzahl der an Google zu übertragenen oder zu erstellenden Registrierungen.<sup>346</sup> Es wird jedoch nicht erläutert und ist auch in keiner Weise erkennbar, inwiefern durch die einseitig von Google diktierte Geschäftsbedingung ein Abredetatbestand erfüllt werden könnte. Nur weil Directories diese Mindestanzahlkriterien offenbar erfüllte und ZIP nicht, resultiert hieraus keine unzulässige Kartellrechtsabrede zwischen Google und Directories.<sup>347</sup> Gleiches gilt für die von ZIP geltend gemachte Abrede zwischen Directories und [...]:<sup>348</sup> Nur weil sich [...] bei der Wahl zwischen mehreren Geschäftspartnern für einen entscheidet, liegt noch keine Abrede vor. Der diesbezügliche Unmut von ZIP ist auch vor dem Hintergrund zu sehen, dass [...] bis im März 2019 – bis zur Zusammenarbeit mit Directories – offenbar mit ZIP zusammengearbeitet hat.<sup>349</sup> <sup>342</sup> Darüberhinaus macht ZIP allgemein geltend, die «Partnerschaft» zwischen Directories und Google sowie [...] sei insgesamt eine Abrede. Das Bestehen dieser Partnerschaft im Sinne der Weiterleitung der Einträge von localsearch auf Google und weitere Plattformen via [...] sowie der damit verbundene Austausch von Daten ist soweit unbestritten (vgl. Rz 99 ff.). Hierbei nutzt Directories für ihre Geschäftstätigkeit die öffentlich zugänglichen Funktionen der Suchmaschinenbetreiber wie Google. Auch ZIP wie auch unzählige andere Unternehmen nutzen diese und andere öffentlich zugänglichen Funktionen der Suchmaschinenbetreiber. Hierbei ist aber nicht erkennbar, dass bzw. inwieweit es sich bei der Nutzung der öffentlich zugänglichen Funktionen der Suchmaschinenbetreiber um einen Abredetatbestand handeln könnte. Vielmehr steht der Lebenssachverhalt hinter der Verhaltensweise, wonach eine Kundin bzw. ein Kunde von Directories die Verbreitung seiner Informationen, durch welche er seine Aufmerksamkeit erhöhen will, koordinieren lässt. Hierzu nutzt Directories die Dienstleistungen von [...], wofür letztere auf die öffentlich zugänglichen Funktionen der Suchmaschinenbetreiber zurückgreift. ZIP verfolgt genau dasselbe Geschäftsmodell. Wenn nun ein Unternehmen entscheidet, diese Dienstleistung bei Directories oder bei ZIP nachzufragen, entsteht hierdurch nicht automatisch eine unzulässige Wettbewerbsabrede zwischen Directories oder ZIP und dem jeweiligen Suchmaschinenbetreiber, weil der Suchmaschinenbetreiber auch im Bereich der Adressverzeichnisse über Unternehmen tätig ist. Vielmehr verfolgt der Suchmaschinenbetreiber das Ziel, durch die öffentlich zugänglichen Funktionen Daten zur Verbesserung der Suchergebnisse zu erhalten. Er bezweckt oder bewirkt damit gerade keine

Wettbewerbsbeschränkung. Damit fehlt es schon an diesen Tatbestandselementen. 343. Überdies ist hier in allgemeiner Weise anzumerken, dass nur Swisscom und Directoires vorliegend Untersuchungsadressatinnen sind und sich die Untersuchung auf die Frage nach 342 Vgl. act. 310, Rz 7, 14 f., 17 ff., 22; act. 332, Rz 20 ff. 343 Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb vom 19.12.1986 (UWG; SR 241). 344 Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21.12.1937 (StGB, SR 311.0) 345 Vgl. act. 310, Rz 19, 22; act. 332, Rz 25, 26, 30 f.; act. 353, Beilage 5, Rz 14, 19. 346 Vgl. act. 310, Rz 16 und Beilage 151. 347 Zur Erfüllung von Mindestvoraussetzungen vgl. zudem RPW 2023/2 606 ff, inbs. 615 Rz 93 ff. und 616 Rz 103 f. Google News. 348 Vgl. dazu act. 310, Rz 21 349 Vgl. act. 332, Rz 8.

78

möglichen missbräuchlichen Verhaltensweisen im Sinne von Art. 7 KG auf Directories beschränkt (vgl. Rz 2 ff. und 35). Verhaltensweisen von anderen Unternehmen und damit auch Abreden nach Art. 5 KG sind damit nicht Gegenstand der vorliegenden Untersuchung. Auch unter diesem Aspekt sind einseitige Verhaltensweisen wie Geschäftsbedingungen von Google oder das Verhalten von [...]350 im vorliegenden Verfahren nicht zu prüfen, selbst wenn diese Verhaltensweisen Dritter im Nebeneffekt für Directoires allenfalls günstige Auswirkungen haben. C.5.3 Keine unzulässigen Verhaltensweisen auf den Märkten im Bereich der Verzeichnisdaten 344. Somit bleibt einzig der Sachverhalt rund um den zeitlich privilegierten Zugang zu Verzeichnisdaten (vgl. Abschnitt B.4) kartellrechtlich zu beurteilen. Die dabei zur Diskussion stehenden Verhaltensweisen würden den Bereich der Verzeichnisdaten als Grundlage eines Verzeichnisdienstes und somit den Markt für die Aufbereitung von regulierten Verzeichnisdaten und den oder die Märkte im Bereich der Herstellung und Beschaffung von Verzeichnisdaten zum Betrieb eines Verzeichnisdienstes betreffen (vgl. Abschnitt C.5.1.1.4). Hierbei wurde die konkrete Marktabgrenzung [vgl. C.5.1.1.4(ii)] bzw. die Frage der Marktbeherrschung (vgl. Abschnitt C.5.1.2.3) allerdings offengelassen, da wie nachfolgend aufgezeigt wird, selbst bei Vorliegen einer Marktbeherrschung vorliegend kein Kartellrechtsverstoss nachgewiesen werden könnte. Auswirken würden sich die Verhaltensweisen auch auf den Markt für Verzeichniseinträge über Unternehmen. Auf diesem Markt verfügt Directories jedoch über keine marktbeherrschende Stellung (vgl. Abschnitt C.5.1.2.1). 345. Wie in Abschnitt B.4 erläutert wurde, stehen folgende Verhaltensweisen zur Diskussion: – allfällige Nutzung des Informationsvorsprungs, um potenzielle Kundinnen und Kunden zu kontaktieren, bevor deren Daten in die veredelten Verzeichnisdaten aufgenommen wurden; – Hinweise auf localsearch im Kontrollauszug; – Erhebung und Nutzung von Kontaktdaten. 346. Diese Verhaltensweisen könnten vor allem zu einer Behinderung anderer Unternehmen bei der Aufnahme oder Ausübung von Wettbewerb im Sinne von Art. 7 Abs. 1 KG führen. Zu prüfen ist dabei jeweils insbesondere die Tatbestandsvariante der Diskriminierung von Handelspartnern i.S.v. Art. 7 Abs. 2 Bst. b i.V.m. Art. 7 Abs. 1. 347. In einem ersten Schritt werden nachfolgend die Generalklausel gemäss Art. 7 Abs. 1 KG und die Tatbestandsvariante der Diskriminierung von Handelspartnern i.S.v. Art. 7 Abs. 2 Bst. b in allgemeiner Weise erläutert (vgl. Abschnitte C.5.3.1 und C.5.3.2). In einem zweiten Schritt werden die drei genannten Verhaltensweisen (vgl. Rz 345) darunter subsumiert (vgl. Abschnitt C.5.3.3). C.5.3.1 Generalklausel Art. 7 Abs. 1 KG 348. Gemäss der Generalklausel von Art. 7 Abs. 1 KG verhalten sich marktbeherrschende Unternehmen unzulässig, wenn sie durch den Missbrauch ihrer Stellung auf dem Markt andere

Unternehmen in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindern oder die Marktge- genseite benachteiligen. Es kann zwischen einem sogenannten Behinderungsmisbrauch und einem sogenannten Benachteiligungs- bzw. Ausbeutungsmisbrauch unterschieden werden.

350 Vgl. act. 310, Rz 21 f.

79

Eine klare Zuordnung ist nicht in allen Fällen möglich, da Geschäftspraktiken von marktbeherr- schenden Unternehmen zugleich behindernd und ausbeutend sein können.<sup>351</sup> 349. Das KG verbietet demnach eine marktbeherrschende Stellung nicht und eine solche ist für sich alleine auch nicht missbräuchlich. Vielmehr besteht der Sinn und Zweck des Wettbe- werbs gerade darin, durch Markterfolg und internes Wachstum erfolgreich zu sein. Marktbe- herrschung wird allerdings dann problematisch, wenn – wie Art. 7 Abs. 1 KG festhält – als qualifizierendes Element eine unzulässige Verhaltensweise hinzutritt, weshalb das marktbe- herrschende Unternehmen eine besondere Verantwortung für sein Marktverhalten trägt. Sol- che Verhaltensweisen setzen einen Missbrauch voraus: Missbraucht wird danach die markt- beherrschende Stellung, welche es einem Unternehmen erlaubt, sich unabhängig von anderen Marktteilnehmern zu verhalten. Das missbräuchliche Verhalten richtet sich entweder gegen andere, konkurrenzierende Unternehmen oder gegen die Marktgegenseite.<sup>352</sup> 350. Massstab, ob ein zulässiges oder unzulässiges Verhalten vorliegt, ist der Institutionen- und Individualschutz gemäss dem KG. Der Zweck des KG besteht darin, die volkswirtschaftlich und sozial schädlichen Auswirkungen von Wettbewerbsbeschränkungen zu verhindern und damit den Wettbewerb (als Institution) und die wirtschaftliche Freiheit der Unternehmen vor Missbrauch und Verfälschung zu schützen, kurz einen wirksamen Wettbewerb zu gewährleis- ten. Es ist aber nicht Aufgabe des KG, Unternehmen, welche sich primär aufgrund des eigenen Verhaltens auf dem Markt nicht durchsetzen können, mit den Mitteln des KG zu schützen.<sup>353</sup> 351. Ein Behinderungsmisbrauch liegt vor, wenn andere Unternehmen (i.d.R. aktuelle oder potenzielle Konkurrentinnen und Konkurrenten, in einem ersten Schritt aber auch andere Marktteilnehmer) in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindert werden. Dabei spielt es keine Rolle, ob sich die Behinderung auf dem Markt des marktbeherrschenden Un- ternehmens oder auf einem vor- bzw. nachgelagerten Markt auswirkt. Behinderungsmis- brauch umfasst somit sämtliche Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen aus- serhalb eines fairen Leistungswettbewerbs, die sich gegen (aktuelle oder potenzielle) Konkurrentinnen und Konkurrenten oder Handelspartnerinnen und Handelspartner richten und diese in ihren Handlungsmöglichkeiten auf dem beherrschten oder benachbarten Markt ein- schränken.<sup>354</sup> 352. Demgegenüber wird bei einem Benachteiligungs- bzw. Ausbeutungsmisbrauch die Marktgegenseite (d. h. Lieferanten oder Abnehmer des marktbeherrschenden Unternehmens) benachteiligt, indem dieser z.B. ausbeuterische Geschäftsbedingungen, Preise oder unge- wollte Produkte aufgezwungen werden. Einen typischen Ausbeutungsmisbrauch stellt des- halb die Erzwingung von Preisen oder sonstigen Geschäftsbedingungen i.S.v. Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG dar. Charakteristisch für den Ausbeutungsmisbrauch «ist das Streben des markt- beherrschenden Unternehmens nach ökonomischen Vorteilen durch eine Beeinträchtigung

351 Vgl. zum Ganzen: BGE 146 II 217 E. 4.1, Preispolitik Swisscom ADSL; BGE 139 I 72 E. 10.1.1, Publigroupe; BGer 2C\_561/2022 vom 23.4.2024 E. 6.2, Sport im Pay-TV; BGer

2C\_698/2021 vom 5.3.2024 E 7.1 ff., Sanktionsverfügung - Swisscom WAN-Anbindung; BGer, 2C\_596/2019 vom 2.11.2022 E. 8.2.1, SIX/DCC; BGer, 2C\_113/2017 vom 12.2.2020 E. 6.1, Hallenstadion; vgl. auch Botschaft KG 1994, BBl 1995 468, 569; CR Concurrence-CLERC (Fn 112), Art. 7 IN 91 ff. 352 Vgl. BGE 146 II 217 E. 4.1, Preispolitik Swisscom ADSL; BGE 139 I 72, E. 10.1.1; BGer 2C\_698/2021 vom 5.3.2024 E 7.1., Sanktionsverfügung - Swisscom WAN-Anbindung. 353 Vgl. BGer 2C\_698/2021 vom 5.3.2024 E 7.1., Sanktionsverfügung - Swisscom WAN-Anbindung, m. w. H. 354 Vgl. BGE 146 II 217 E. 4.1, Preispolitik Swisscom ADSL; BGE 139 I 72, E. 10.1.1 m.w.H., Pub- ligroupe; BGer, 2C\_596/2019 vom 2.11.2022 E. 8.2.1, SIX/DCC; Vgl. BGer 2C\_698/2021 vom 5.3.2024 E 7.2., Sanktionsverfügung - Swisscom WAN-Anbindung; BGer, 2C\_113/2017 vom 12.2.2020 E. 6.1, Hallenstadion; vgl. auch Botschaft KG 1994, BBl 1995 468, 569.

80

der Interessen von Handelspartnern und Verbrauchern unter Ausnutzung seiner marktbeherrschenden Stellung».355 353. Die Lehre anerkennt daneben weitere Kriterien für die Beurteilung der Frage, ob ein unzulässiges Verhalten bzw. ein Missbrauch vorliegt, wie etwa die Behinderungs- oder Verdrängungsabsicht<sup>356</sup>, die Schwächung der Wettbewerbsfähigkeit, den Nichtleistungswettbewerb oder die normzweckorientierte Interessenabwägung.<sup>357</sup> 354. In Art. 7 Abs. 2 KG hat der Gesetzgeber eine nicht abschliessende Liste von Verhaltensweisen aufgestellt, die das Verbot von Art. 7 Abs. 1 KG veranschaulichen bzw. konkretisieren soll.<sup>358</sup> Die Tatbestände von Art. 7 Abs. 2 KG indizieren jedoch nicht per se eine unzulässige Verhaltensweise; es müssen vielmehr immer die Kriterien der Generalklausel von Art. 7 Abs. 1 KG erfüllt sein, damit ein Missbrauch vorliegt.<sup>359</sup> 355. Wie es das Bundesgericht wiederholt<sup>360</sup> festgehalten hat, ist im Einzelfall anhand eines dualen Prüfungsmusters zu eruieren, ob ein unzulässiges Verhalten bzw. ein Missbrauch vorliegt: In einem ersten Schritt sind die Wettbewerbsverfälschungen (d. h. Behinderung bzw. Benachteiligung von Marktteilnehmern) herauszuarbeiten, namentlich ist zu prüfen, ob eine Verhaltensweise nach Art. 7 Abs. 2 KG eine Behinderung bzw. Benachteiligung i.S.v. Art. 7 Abs. 1 KG darstellt. In einem zweiten Schritt sind mögliche Rechtfertigungsgründe (sog. legitimate business reasons) zu prüfen. Unzulässiges Verhalten liegt dann vor, wenn kein sachlicher Grund für die Benachteiligung bzw. Ausbeutung oder die Behinderung vorliegt.<sup>361</sup> Solche Gründe liegen insbesondere dann vor, wenn sich das betreffende Unternehmen auf kaufmännische Grundsätze (z.B. Verlangen der Zahlungsfähigkeit des Vertragspartners) stützen kann. Andere sachliche Gründe sind etwa veränderte Nachfrage, Kosteneinsparungen, administrative Vereinfachungen, Transport- und Vertriebskosten, technische Gründe.<sup>362</sup>

355 BGE 146 II 217 E. 4.1, Preispolitik Swisscom ADSL; BGE 139 I 72, E. 10.1.1 m.w.H., Pub- ligroupe; Vgl. BGer 2C\_698/2021 vom 5.3.2024 E 7.2., Sanktionsverfügung - Swisscom WAN-Anbindung; BGer, 2C\_596/2019 vom 2.11.2022 E. 8.2.1, SIX/DCC; vgl. auch Botschaft KG 1994, BBl 1995 468, 569. 356 Vgl. DIKE KG-STÄUBLE/SCHRANER (Fn 113), Art. 7 N 86 und 133; PETER REINERT, in: Stämpfli Handkommentar zum Kartellgesetz, Baker & McKenzie (Hrsg.), 2007, Art. 7 KG N 6. Bei Nachweis einer Behinderungs- oder Verdrängungsabsicht ging auch die REKO/WEF von unzulässigem Verhalten aus, vgl. Entscheid der REKO/WEF, RPW 2004/3, 884 f. E. 4.5, Unique. 357 BGE 139 I 72, E. 8.2.3 und E. 10.1.2, Publigroupe; RPW 2016/1, 123 Rz 440, Online-Buchungsplattformen für Hotels; trotz Bezugnahme in der Rechtsprechung erfolgt

die konkrete Beurteilung stets anhand des Konzepts der legitimate business reasons. 358 BGE 146 II 217 E. 4.2, Preispolitik Swisscom ADSL; BGE 139 I 72, E. 8.2.2, Publigroupe; BGer, 2C\_113/2017 vom 12.2.2020 E. 6.1, Hallenstadion; Botschaft KG 1994, BBl 1995 468, 570. 359 BGE 146 II 217 E. 4.2, Preispolitik Swisscom ADSL; BGE 139 I 72, E. 8.2.2, Publigroupe; BGer, 2C\_113/2017 vom 12.2.2020 E. 6.1, Hallenstadion; BGer 2C\_561/2022 vom 23.4.2024 E. 6.3, Sport im Pay-TV; Vgl. BGer 2C\_698/2021 vom 5.3.2024 E 7.4., Sanktionsverfügung - Swisscom WAN-Anbindung; Botschaft KG 1994, BBl 1995 I 468, 570. 360 BGE 146 II 217 E. 4.2, Preispolitik Swisscom ADSL; BGE 139 I 72 E. 10.1.2, Publigroupe; BGer, 2C\_596/2019 vom 2.11.2022 E. 8.2.2, SIX/DCC; BGer 2C\_561/2022 vom 23.4.2024 E. 6.3, Sport im Pay-TV; BGer, 2C\_113/2017 vom 12.2.2020 E. 6.1, Hallenstadion. 361 BGE 146 II 217 E. 4.2, Preispolitik Swisscom ADSL; BGE 139 I 72 104 E. 10.1.2 m.w.H., Pub- ligroupe; BGer 2C\_561/2022 vom 23.4.2024 E. 6.3, Sport im Pay-TV; Vgl. BGer 2C\_698/2021 vom 5.3.2024 E 7.4., Sanktionsverfügung - Swisscom WAN-Anbindung; BGer, 2C\_596/2019 vom 2.11.2022 E. 8.2.2, SIX/DCC; BGer, 2C\_113/2017 vom 12.2.2020 E. 6.1, Hallenstadion. 362 BGE 139 I 72 E. 10.1.2 m.w.H., Publigroupe; vgl. BGE 146 II 217 E. 4.2 (m.H. auf BGE 139 I 72 E. 10.1.2).

81

356. Folgendes ist hinsichtlich des ersten Schritts, der Herausarbeitung der Wettbewerbsverfälschungen, zu präzisieren: Gemäss der Praxis der WEKO liegt eine missbräuchliche Verhaltensweise nicht erst dann vor, wenn andere Unternehmen von der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs ausgeschlossen werden. Es genügt eine Behinderung, welche den wirksamen Wettbewerb einschränkt.<sup>363</sup> Demzufolge ist es für das Vorliegen des Kriteriums einer Wettbewerbsverfälschung bereits ausreichend, dass sich gewisse nachteilige Einwirkungen auf den Wettbewerb ergeben können.<sup>364</sup> Für die Verwirklichung einer Wettbewerbsverfälschung gemäss Art. 7 KG ist es auch nicht erforderlich, dass die nachteiligen Folgen auf den Wettbewerb durch das missbräuchliche Verhalten eine bestimmte Erheblichkeitsschwelle überschreiten.<sup>365</sup> 357. Gemäss der Rechtsprechung des Bundesgerichts ist hierfür eine auswirkungsbezogene Analyse nicht notwendig.<sup>366</sup> Erforderlich, aber auch hinreichend, ist der Nachweis potenziell nachteiliger Wettbewerbseffekte.<sup>367</sup> Es ist also nicht der Eintritt des missbilligten Erfolgs selbst nachzuweisen, d.h. eine effektiv eingetretene Wettbewerbsverfälschung, sondern nur, aber immerhin, «die Gefahr des Eintritts des missbilligten Erfolgs».<sup>368</sup> Gemäss Bundesgericht handelt es sich mit anderen Worten um einen «Gefährdungstatbestand».<sup>369</sup> Indem das Bundesgericht im selben Urteil zugleich betont, dass aber allemal massgebend sei, «dass die Missbräuchlichkeit (einschliesslich der Wettbewerbsbeschränkung) der strittigen Verhaltensweise aufgrund der Einzelfallanalyse festgestellt wird»<sup>370</sup>, hat es auch klargestellt, dass «die Gefahr des Eintritts des missbilligten Erfolgs» im konkreten Einzelfall dargetan sein muss. Es ist beim ersten Schritt nur, aber immerhin, nachzuweisen, dass im spezifischen Fall eine Gefahr der Wettbewerbsverfälschung besteht.<sup>371</sup> Dasselbe Erfordernis, d.h., dass im konkreten Fall die Gefahr einer Wettbewerbsverfälschung nachzuweisen ist, wird teilweise auch mit etwas anderen Begrifflichkeiten charakterisiert.<sup>372</sup> So etwa, wenn die WEKO in einem Entscheid ausführt, zur «Beurteilung des Vorliegens einer Wettbewerbsverfälschung ist die Wahrscheinlichkeit massgebend, dass die zu beurteilende [Verhaltensweise] zu einer Wettbewerbsverfälschung führt»<sup>373</sup>, oder wenn sie nach der Beurteilung des spezifischen Einzelfalls festhält, die beurteilte Verhaltensweise «ist deshalb geeignet, den Wettbewerb im Markt für

## Strassenbau zu

363 Vgl. RPW 2016/4, 1002 Rz 652, Sport im Pay-TV. 364 Vgl. dazu auch BVerG B-831/2011 vom 18.12.2018 E. 1156, Sanktionsverfügung – DCC. 365 Vgl. BVerG B-831/2011 vom 18.12.2018 E. 1146, Sanktionsverfügung – DCC. 366 Vgl. BVerG, 2C\_596/2019 vom 2.11.2022 E. 8.6, DCC, unter Hinweis auf BVerG, 2C\_113/2017 vom 12.2.2020 E. 6.2.3, Hallenstadion. 367 Vgl. BVerG, 2C\_596/2019 vom 2.11.2022 E. 8.3, DCC, unter Hinweis auf BVerG, 2C\_113/2017 vom 12.2.2020 E. 6.2.1, Hallenstadion. 368 Vgl. BVerG, 2C\_596/2019 vom 2.11.2022 E. 8.6, DCC. 369 Vgl. BVerG, 2C\_596/2019 vom 2.11.2022 E. 10.2.3, DCC. 370 Vgl. BVerG, 2C\_596/2019 vom 2.11.2022 E. 8.2.1, DCC, unter Hinweis auf BGE 146 II 217 E. 4.1, Preispolitik Swisscom ADSL. 371 In dieselbe Richtung geht die Rechtslage in der EU. Siehe überblicksartig dazu und mit zahlreichen Rechtsprechungsnachweisen LINSEY MCCALLUM/INGE BERNAERTS/MASSIMILIANO KADAR/JOHANNES HOLZWARTH/DAVID KOVO/MARIE LAGRUE/EDOUARD LEDUC/LUCA MANIGRASSI/JORGE MARCOS RAMOS/ISABEL PEREIRA ALVES/VERA POZZATO/PINELOPI STAMOU, A dynamic and workable effects- based approach to abuse of dominance, Competition policy brief, 1/2023, 2 f. Erforderlich, aber auch hinreichend, sind «potential effects». Bloss «hypothetical effects» genügen noch nicht, während «actual anticompetitive effects» nicht erforderlich sind. Zu berücksichtigen sind bei dieser Beurteilung die konkreten Umstände des Einzelfalls. 372 Ähnlich wiederum die Situation in der EU, wo z.B. von «likely», «capable», «potential» und «probable» effects die Rede ist und dabei stets dasselbe gemeint ist (für Nachweise dazu siehe die Fundstelle in der vorangehenden Fn). 373 So die Formulierung in WEKO, 6.12.2021, Rz 670, Belagswerke Bern, <[www.weko.admin.ch](http://www.weko.admin.ch)> Praxis > Entscheide (zuletzt besucht am 18.8.2023), Hervorhebung nicht im Original.

82

verfälschen»<sup>374</sup>. Diese Rechtsprechung des Bundesgerichts dürfte auch der Auffassung des Bundesverwaltungsgerichts entsprechen.<sup>375</sup> Es genügt somit der Nachweis einer potenziellen wettbewerbsschädigenden Wirkung, durch die zumindest ebenso leistungsfähige Wettbewerber wie das beherrschende Unternehmen verdrängt werden könnten,<sup>376</sup> wobei die wettbewerbsschädigende Wirkung nicht rein hypothetischer Natur sein darf.<sup>377</sup> C.5.3.2 Diskriminierung von Handelspartnern 358. Als unzulässiges Verhalten eines marktbeherrschenden Unternehmens fällt gemäss Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG die Diskriminierung von Handelspartnern bei Preisen oder sonstigen Geschäftsbedingungen in Betracht. Der kartellrechtlich unzulässige Tatbestand der Diskriminierung von Handelspartnern im Sinne von Art. 7 Abs. 1 i. V. m. Abs. 2 Bst. b KG ist erfüllt, wenn kumulativ die folgenden Tatbestandsmerkmale vorliegen:<sup>378</sup> – Ungleichbehandlung: Es liegt eine Verhaltensweise vor, die bei gleichem Sachverhalt zu einer Ungleichbehandlung oder bei ungleichem Sachverhalt zu einer Gleichbehandlung führt. – Handelspartner: Die Diskriminierung betrifft Handelspartner. – Wettbewerbsbehinderung oder Benachteiligung der Marktgegenseite: Durch die Verhaltensweise werden andere Unternehmen in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindert oder die Marktgegenseite benachteiligt. – Keine sachlichen Gründe: Die durch die Verhaltensweise bewirkte Ungleichbehandlung ist nicht sachlich gerechtfertigt. 359. Eine Ungleichbehandlung liegt vor, wenn ein marktbeherrschendes Unternehmen seine Handelspartner bei gleichem Sachverhalt ungleich behandelt oder bei ungleichem Sachverhalt gleichbehandelt.<sup>379</sup> Die zu vergleichenden Sachverhalte müssen dabei nicht identisch, sondern lediglich

gleichwertig sein. Das ist insbesondere dann der Fall, wenn sich die Ungleich-

374 So die Formulierung in WEKO, 6.12.2021, Rz 675, Belagswerke Bern, <www.weko.admin.ch> Pra- xis > Entscheide (zuletzt besucht am 18.8.2023), Hervorhebung nicht im Original. 375 Vgl. die Formulierungen in Rz 1202 ff. von BVGer B-831/2011 vom 18.12.2018, DCC, und vor allem die Ausführungen zum Beweismass in Rz 1214 ff. hinsichtlich des «Nachweis[es] einer nachteiligen Einwirkung auf den Wettbewerb». Das Bedürfnis dieses Nachweises existiert nur, wenn es ein Tatbestandsmerkmal gibt, dessen Beurteilung entsprechender Sachverhaltsfeststellungen bedarf. Das kann in vorliegendem Kontext nur heissen, dass das BVGer von einem konkreten Gefährdungsdelikt ausgeht, bei dem im konkreten Fall die Gefahr einer Wettbewerbsverfälschung als Erfolg nachzuweisen ist. Denn bei einem Tätigkeitsdelikt, insbesondere in Form eines abstrakten Gefährdungsdelikts, wäre kein irgendwie gearteter Erfolg nachzuweisen, die Tätigkeit alleine wäre Tatbestandsmerkmal. Präzisierend ist anzufügen, dass das BVGer in Rz 1198 mit «Erfolgsdelikt» eigentlich «Verletzungsdelikt» meinen dürfte, das Gegenstück zum in dieser Rz genannten «Gefährdungsdelikt». 376 Vgl. EuGH, EU:C:2015:651, Post Danmark II, Ziff. 66; EuGH, EU:C:2011:83, TeliaSonera Sverige, Rz 64. 377 Vgl. EuGH, EU:C:2015:651, Post Danmark II, Ziff. 65. 378 Vgl. BGer 2C\_561/2022 vom 23.4.2024 E. 11.2.2., Sport im Pay-TV ; RPW 2020/2, 572 Rz 844 ff., Geschäftskunden Preissysteme für adressierte Briefsendungen; DIKE KG-STÄUBLE/SCHRANER (Fn 113), Art. 7 N 291. 379 Vgl. RPW 2008/4, 544 Rz 224, Tarifverträge Zusatzversicherung Kanton Luzern.

83

behandlung auf gleichartige Produkte oder Dienstleistungen bezieht und sich die zu vergleichenden Geschäfte hinsichtlich der im Geschäftsverkehr als erheblich angesehenen Merkmale nicht wesentlich unterscheiden.<sup>380</sup> 360. Handelspartner sind insbesondere Personen, die im Verhältnis zum marktbeherrschenden Unternehmen auf einer vor- oder nachgelagerten Wirtschaftsstufe stehen und mit diesem im geschäftlichen Kontakt sind.<sup>381</sup> Dabei ist unerheblich, ob ein Geschäft tatsächlich realisiert wird oder ob es aufgrund der Ungleichbehandlung bereits in der Anbahnungsphase scheitert.<sup>382</sup> Entsprechend ist zu verlangen, dass der Handelspartner darlegt, dass er eine Aushandlung der vom Marktbeherrscher auferlegten Bedingungen vergebens angestrebt hat.<sup>383</sup> 361. Eine Behinderung anderer Unternehmen in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs liegt insbesondere dann vor, wenn ein marktbeherrschendes Unternehmen seine in vor- oder nachgelagerten Märkten tätigen Handelspartner ungleich behandelt und dadurch der Wettbewerb in diesen vor- oder nachgelagerten Märkten verfälscht wird.<sup>384</sup> Zur Beurteilung des Vorliegens einer Wettbewerbsverfälschung ist die Wahrscheinlichkeit massgebend, dass die zu beurteilende Ungleichbehandlung zu einer Wettbewerbsverfälschung führt. Ein Nachweis tatsächlicher Auswirkungen ist hingegen nicht erforderlich (vgl. dazu auch Rz 357).<sup>385</sup> 362. Eine Ungleichbehandlung ist nur dann unzulässig, wenn dafür kein sachlicher Grund vorliegt. Solche Gründe liegen insbesondere dann vor, wenn sich das betreffende Unternehmen auf kaufmännische Grundsätze (z. B. Verlangen der Zahlungsfähigkeit des Vertragspartners) stützen kann.<sup>386</sup> Sachliche Gründe zur Rechtfertigung eines Behinderungs- oder eines Ausbeutungsmisbrauchs müssen vom marktbeherrschenden Unternehmen hinreichend substantiiert werden.<sup>387</sup>

380 Vgl. RPW 2016/1, 195 Rz 459, Swisscom WAN-Anbindung; BSK KG-AMSTUTZ/CARRON (Fn 112), Art. 7 KG N 300 ff. Die Frage, ob die ungleich

behandelten Handelspartner oder Handelspartne- rinnen im Wettbewerb zueinanderstehen, wird bei der Beurteilung des Vorliegens einer Behinde- rung oder Benachteiligung berücksichtigt (Drittes Tatbestandsmerkmal, Rz 358, dritter Spiegel- strich), nicht aber bei der Beurteilung, ob eine Ungleichbehandlung vorliegt. 381 Im vorliegenden Fall kann offengelassen werden, ob auch Unternehmen, die im gleichen Markt wie das marktbeherrschende tätig sind, unter den Begriff des Handelspartners subsummiert wer- den können (verneinend z.B. BSK KG-AMSTUTZ/CARRON (Fn 112), Art. 7 N 293 ff.; bejahend z.B. RPW 2020/2, 572 Rz 852 ff., Geschäftskunden Preissysteme für adressierte Briefsendungen). 382 Vgl. RPW 2016/1, 195, Rz 460, Swisscom WAN-Anbindung, DIKE KG-STÄUBLE/SCHRANER (Fn 113), Art. 7 N 298. 383 Vgl. RPW 2016/4, 1012 Rz 735, Sport im Pay-TV, bestätigt durch BGer 2C\_561/2022 vom 23.4.24; BSK KG-AMSTUTZ/CARRON (Fn 112), Art. 7 N 309. 384 Das Bundesgericht hält im Entscheid «Publigroupe» sinngemäss fest, dass der hauptsächliche Schutzzweck von Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG darin bestehe, in vor- oder nachgelagerten Märkten tä- tige Handelspartner davor zu schützen, dass ihre Stellung im Wettbewerb durch Diskriminierung durch ein marktbeherrschendes Unternehmen beeinträchtigt werde. BGE 139 I 72 E. 10.2.2, Pub- ligroupe SA et al./WEKO, mit Verweis vor allem auf BSK KG-AMSTUTZ/CARRON (Fn 112), Art. 7 KG N 204. 385 Vgl. BVGer, B-831/2011 vom 18.12.2018 E. 1207, Six Group AG, SIX Payment Services AG/WEKO; vgl. betreffend Art. 7 Abs. 2 Bst. f KG auch BGer, 2C\_596/2019 vom 2.11.2022 E. 8.6, SIX/DCC. 386 Für weitere mögliche sachliche Gründe vgl. z.B. RPW 2014/4, 687 Rz 124, Preispolitik SDA. 387 Vgl. BGE 146 II 217 228 E. 4.2, Preispolitik Swisscom ADSL, m.w.H.

84

C.5.3.3 Subsumtion der drei Verhaltensweisen C.5.3.3.1 Allfällige Nutzung des Informationsvorsprungs, um potenzielle Kundinnen und Kunden zu kontaktieren, bevor deren Daten in die veredelten Verzeichnisdaten aufgenommen wurden 363. Im Vordergrund steht vorliegend die Prüfung der Tatbestandsvariante der Diskriminie- rung von Handelspartnern im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. b i.V.m. Art. 7 Abs. 1 KG. Dieser Tatbestand wird erfüllt, wenn eine Ungleichbehandlung vorliegt, welche Handelspartner betrifft und welche zu einer Wettbewerbsbehinderung oder einer Benachteiligung der Marktgegen- seite führt sowie wenn keine legitimate business reasons vorliegen (vgl. Rz 358). 364. Die Ungleichbehandlung wäre hier darin zu sehen, dass Directories die veredelten Ver- zeichnisdaten früher an localsearch übermittelt als an die übrigen Bezügerinnen und Bezüger der veredelten Verzeichnisdaten. Wie in Abschnitt B.4.3.1 ausgeführt, hat Directories aller- dings glaubhaft versichert, dass es zumindest seit 2021 nicht mehr möglich ist, dass Mitarbei- tende des Geschäftsbereich localsearch Zugriff auf Daten aus dem Geschäftsbereich direc- toriesData haben. Für die Vergangenheit kann aber gestützt auf die Ausführungen von Directories nicht ausgeschlossen werden, dass in speziellen Konstellationen bei gewissen Prozessen Mutationen oder Neuaufnahmen genutzt wurden, bevor diese in die veredelten Verzeichnisdatsätze aufgenommen und an die (wenigen) Datenbezüger ausgeliefert wor- den sind (vgl. Rz 214). Konkrete Fälle, in denen es – noch bevor die neuen bzw. mutierten Daten Dritten bekannt gegeben wurden – tatsächlich zu einem Vertragsabschluss zwischen localsearch und den betreffenden Kundinnen und Kunden gekommen ist, werden von der An- zeigerin nicht vorgebracht und wurden im Verlauf der Untersuchung auch nicht ersichtlich. Der WEKO sind damit keine konkreten Fälle über das Ausnützen eines solchen Informationsvor- sprungs bekannt. Wie

Directories jedoch selbst zugibt, kann für den Zeitraum vor 2021 nicht ausgeschlossen werden, dass es in Einzelfällen zu einer Nutzung der Verzeichnisdaten durch localsearch gekommen ist, bevor diese auch den Bezügerinnen und Bezüger der regulierten und veredelten Verzeichnisdaten zur Verfügung standen. Diesfalls könnte von einer Ungleichbehandlung ausgegangen werden. 365. Für solche Einzelfälle wäre auch das Tatbestandselement der Handelspartnerin erfüllt: ZIP als Bezügerin der veredelten Verzeichnisdaten stand in einem geschäftlichen Kontakt mit Directories und war auf einer nachgelagerten Marktstufe tätig. Allerdings könnte aufgrund der nachfolgend aufgeführten Gründe nicht davon ausgegangen werden, dass die Ungleichbehandlung zu einer Wettbewerbsbehinderung oder zu einer Benachteiligung der Marktgegen- seite geführt hätte. 366. Aufgrund des Ablaufs bei der Erfassung und Bearbeitung der regulierten und veredelten Verzeichnisdaten, hat Directories in ihrer Tätigkeit als Data Agent gegenüber den Bezügerin- nen und Bezüger dieser Daten zwar einen gewissen zeitlichen Informationsvorsprung. Dieser beträgt gegenüber den Bezügerinnen und Bezüger der regulierten Verzeichnisdaten maximal einen Tag und gegenüber den Bezügerinnen und Bezüger der veredelten Verzeichnisdaten mehrere Tage (vgl. oben Rz 206 ff.). Hierbei ist aber darauf hinzuweisen, dass die Wettbewer- ber von Directories (und Bezügerinnen bzw. Bezüger von veredelten Verzeichnisdaten) die Möglichkeit haben, ebenfalls regulierte Verzeichnisdaten zu erwerben, um geänderte bezie- hungsweise neue Verzeichniseinträge in den regulierten Verzeichnisdaten tagesaktuell zu er- halten. Da innerhalb eines Tages auch alle anderen Bezügerinnen und Bezüger der regulierten Verzeichnisdaten Zugang zu den neuen bzw. mutierten Daten haben, kann zudem bereits ab diesem Zeitpunkt nicht mehr von einem exklusiven Informationsvorsprung von Directories ge- sprochen werden. Damit hätte Directories in ihrer Funktion als Data Agent einen Informations- vorsprung von höchstens einem Tag, wenn davon ausgegangen werden müsste, dass der Geschäftsbereich localsearch bereits vor Aufnahme in den regulierten Verzeichnisdatensatz Zugriff auf diese Informationen hat, wovon zumindest seit dem Jahr 2021 nicht mehr ausge- gangen werden kann.

85

367. Weiter ist die offenkundig abnehmende Relevanz der veredelten Verzeichnisdaten zu berücksichtigen: Erstens bezog ZIP nur bis im [...] die veredelten Verzeichnisdaten und ab diesem Zeitpunkt die regulierten Verzeichnisdaten und zweitens gibt es zumindest seit [...] keine Verzeichnisanbieter mehr, welche die veredelten Verzeichnisdaten beziehen (vgl. Rz 87). Auch Bezüger der regulierten Verzeichnisdaten gibt es gemäss den Parteien nur noch ganz wenige.<sup>388</sup> 368. Bei der Meldung von Mutationen ist schliesslich zu berücksichtigen, dass ein solches Unternehmen bereits aufgrund der bisherigen, bereits bekannten Kontaktdaten für Marketing- zwecke hätte kontaktiert werden können und der Zeitpunkt der Bekanntgabe der neuen Daten in diesem Zusammenhang kaum entscheidend sein kann. 369. ZIP macht im Zusammenhang mit dem Informationsvorsprung geltend, ein Vorsprung von mehreren Tagen sei ein erheblicher Vorteil.<sup>389</sup> Wenn das Verkaufsteam von ZIP über das Interesse einer potentiellen Kundin bzw. eines potentiellen Kunden informiert werde, werde diese bzw. dieser in der Praxis innerhalb von wenigen Stunden kontaktiert. Es sei schwer vor- stellbar, dass Directories, die über mehrere hundert Mitarbeitende habe, nicht in der Lage sei, innerhalb derselben Zeit zu handeln. Daher sei eine Verzögerung von einigen Tagen objektiv gesehen ein unüberwindbarer Vorteil. Es sei insgesamt unhaltbar keinen unfairen wesentli- chen Wettbewerbsvorteil für Directories anzunehmen. Heute

werde dieser Vorteil genutzt, um «SWISS LIST» und «Digital One» zu verkaufen.<sup>390</sup> 370. Dieser von ZIP geltend gemachten Ansicht kann nicht gefolgt werden. In erster Linie ist dazu in Erinnerung zu rufen, dass Directories tatsächlich höchstens einen Tag lang über einen exklusiven Informationsvorsprung verfügen könnte, da ab diesem Zeitpunkt auch alle Bezüge- rinnen und Bezüger der regulierten Verzeichnisdaten Zugang zu den neuen bzw. mutierten Daten haben (vgl. Rz 366). Ein Informationsvorsprung von einem Tag – sofern er denn von Directories überhaupt ausgenutzt worden sein sollte – vermag im vorliegenden Zusammen- hang keine kartellrechtsrelevante Wettbewerbswirkungen zu erzeugen. So müsste innerhalb dieser kurzen Zeitspanne der gesamte Prozess vom Erstkontakt bis zum Vertragsabschluss durchlaufen werden. Da es sich bei den Eintragungsprodukten in der Regel nicht um einen «Spontankauf» handelt, sondern Investitionen in solche Eintragungsprodukte einen Teil der Marketing-Strategie der jeweiligen Unternehmen darstellen, erscheint auch ein möglicher- weise um einen Tag früherer Erstkontakt keine entscheidende Wettbewerbswirkung zu entfal- ten. Dies würde selbst dann gelten, wenn der Informationsvorsprung tatsächlich mehrere Tage betragen würde (veredelte Verzeichnisdaten, vgl. Rz 206 ff. und 366). 371. Auch die von ZIP eingereichten schriftlichen Ausführungen eines ehemaligen Mitarbei- ters von localsearch (und seit 2018 Mitarbeiter von ZIP) bestätigen, dass die erstmalige Kon- taktaufnahme in der Regel nicht ausreicht, um einen Vertrag abzuschliessen. Vielmehr ist ge- mäss den Ausführungen des genannten Mitarbeiters stets eine mehrmalige Kontaktaufnahme geplant bzw. notwendig. Ziel der Kontaktaufnahmen sei dabei auch stets gewesen, einen per- sönlichen Termin mit den potenziellen Kundinnen und Kunden zu vereinbaren.<sup>391</sup> Durch diese Ausführungen wird bestätigt, dass im Rahmen einer ersten telefonischen Kontaktaufnahme in der Regel keine Verträge abgeschlossen werden. Somit verbleibt während der Dauer des ge- samten Verkaufsprozesses für Konkurrentinnen und Konkurrenten genügend Zeit, um den po- tentiellen Kundinnen und Kunden ebenfalls ihre Angebote unterbreiten zu können. 372. Vor diesem Hintergrund kann – selbst für den Fall, dass es vor 2021 in Einzelfällen zu einer frühzeitigen Verwendung der Daten durch localsearch gekommen wäre – insgesamt 388 Vgl. act. 309, Rz 32. 389 Vgl. act. 310, Rz 29 f.; act. 341, Rz 8. 390 Vgl. act. 310, Rz 29 f. 391 Vgl. act. 359, Beilage 158.

86

nicht davon ausgegangen werden, dass diese Verhaltensweise zu Beeinträchtigungen des Wettbewerbs im Sinne von Art. 7 Abs. 1 KG geführt haben könnte. Damit fällt ein Verstoß gegen Art. 7 KG ausser Betracht. Eine Prüfung von Rechtfertigungsgründen erübrigt sich vor diesem Hintergrund. C.5.3.3.2 Hinweise auf localsearch im Kontrollauszug 373. In Bezug auf diese Verhaltensweise steht ebenfalls die Tatbestandsvariante der Diskri- minierung von Handelspartnern i.S.v. Art. 7 Abs. 2 Bst. b i.V.m. Art. 7 Abs. 1 KG im Fokus. 374. Directories erhält im Rahmen der Auftragsdatenbearbeitung in ihrer Rolle als Data Agent durch die Zustellung des Kontrollauszugs an Endkunden und Endkundinnen und den damit verbundenen Hinweisen auf die Dienstleistungen von localsearch einen Erstkontakt. Indem zwar localsearch auf dem Kontrollauszug als Anbieterin von Verzeichnisdiensten erscheint, nicht aber ZIP als Wettbewerberin von Directories in diesem Bereich, könnte eine Ungleichbe- handlung seitens Directories vorliegen. ZIP ist wie Directories (mit dem Geschäftsbereich lo- calsearch) auf der dem Geschäftsbereich directoriesData nachgelagerten Wirtschaftsstufe im Bereich der Verzeichnisdienste tätig. Da ZIP bis im [...] die veredelten Verzeichnisdaten und später die regulierten

Verzeichnisdaten von Directories bezog (vgl. Rz 87), könnte sie insofern als Handelspartnerin von Directories angesehen werden. ZIP macht allerdings nicht geltend, dass sie bspw. versucht habe, mit Directories einen Vertrag auszuhandeln, mittels welchem sie ebenfalls die Möglichkeit erhalten würde, auf dem Kontrollauszug zu erscheinen. Entsprechend kann «der Handelspartner» – ZIP – vorliegend nicht darlegen, dass er eine Aushandlung der vom Marktbeherrscher – Directories – auferlegten Bedingungen vergebens angestrebt hat (vgl. Rz 360). ZIP macht hier geltend, dass Directories dem Ersuchen nie zugestimmt hätte, ZIP ebenfalls auf dem Kontrollauszug aufzuführen.<sup>392</sup> Dies ändert jedoch nichts daran, dass ZIP Directories gegenüber zumindest hätte zu erkennen geben müssen, dass sie mit der Ausgestaltung des Kontrollauszugs in dieser Form nicht einverstanden ist, um von einem «Aushandeln» und damit «Handelspartner» sprechen zu können. Das zweite Tatbestandselement wird vorliegend somit nicht erfüllt. Vor diesem Hintergrund erübrigt sich eigentlich die Prüfung der weiteren Tatbestandselemente. Nachfolgend wird aber dennoch aufgezeigt, dass auch das dritte Tatbestandselement – jenes der Wettbewerbsbehinderung oder Benachteiligung der Marktgegenseite – vorliegend nicht gegeben wäre. Dies um zu erläutern, dass mangels Erfüllung der Grundvoraussetzung von Art. 7 Abs. 1 KG die Hinweise im Kontrollauszug auch kein anderweitiges missbräuchliches Verhalten im Sinne von Art. 7 darstellen.<sup>375</sup> Bei der Beurteilung, ob die Nutzung des Kontrollauszugs, um Hinweise auf localsearch zu platzieren, geeignet ist, den Wettbewerb im Sinne von Art. 7 Abs. 1 KG zu behindern, stellt sich die Frage, ob bereits solche blossen Hinweise zu einem nicht zu vernachlässigenden Wettbewerbsnachteil der Konkurrentinnen und Konkurrenten wie ZIP führen können. Wesentlich für diese Beurteilung ist, ob Konkurrentinnen und Konkurrenten in den Verzeichnismärkten in zumutbarer Weise die Möglichkeit hatten, auf gleichwertige Weise in Erscheinung zu treten. Dabei sind verschiedene Faktoren zu berücksichtigen, wie etwa für welche Dienstleistung geworben wird, über welchen Zeitraum sowie in welcher Art und in welchem Ausmass die Werbung betrieben wurde.<sup>376</sup> Indem sämtliche Mutationen und Neuanmeldungen den Versand eines Kontrollauszugs nach sich ziehen, wird dadurch eine beträchtliche Anzahl potenzieller Kundinnen und Kunden erreicht. Vorliegend fällt ebenfalls ins Gewicht, dass der Inhalt des Kontrollauszugs einen direkten Zusammenhang zur beworbenen Leistung aufweist. Insbesondere jene, welche die Aufnahme der Daten ins «öffentliche Verzeichnis» wünschen (was bei Unternehmen in der Regel

<sup>392</sup> Vgl. act. 310, Rz 34.

87

der Fall sein wird), werden grundsätzlich auch weitere Verzeichniseinträge in Erwägung ziehen. Mit anderen Worten betreffen die Hinweise nicht irgendwelche sachfremden Dienstleistungen, sondern hängen direkt mit dem Inhalt des Kontrollauszugs zusammen.<sup>377</sup> Ebenfalls zu berücksichtigen ist die Qualität der auf dem Kontrollauszug enthaltenen Werbung für localsearch. Insgesamt sind im Kontrollauszug bzw. in dessen Begleitschreiben folgende Hinweise enthalten (vgl. Rz 211): «Auffallen zum kleinen Preis Dank Ihrer Einträge in unseren beliebten Online- und Print-Verzeichnissen gelangen Kunden schnell und einfach zu Ihnen. Verstärken Sie Ihre Präsenz, indem Sie sich in weiteren Rubriken oder Ortschaften eintragen. Es ist uns ein Anliegen, dass Ihre Präsenz in unseren Verzeichnissen optimal auf Ihre Bedürfnisse abgestimmt ist. Deshalb rufen wir Sie in den nächsten Tagen gerne für ein Beratungsgespräch an.» «Weitere Informationen

zu den local.ch Einträgen «Geschäft» und «Privat» in unseren Verzeichnissen finden Sie unter <http://info.local.ch/ihr-eintrag>. Alternativ können Sie uns über die Telefonnummer 0800 86 80 86 kontaktieren.» 378. Daraus wird ersichtlich, dass mittels Kontrollauszug keine Bewerbung bestimmter Produkte betrieben wird und den Unternehmen auch keine spezifischen Angebote unterbreitet werden. Vielmehr bleibt es bei Hinweisen auf die Möglichkeit zur Verstärkung der Präsenz der Unternehmen. Dies verbunden mit der Mitteilung, dass das angeschriebene Unternehmen in den nächsten Tagen für ein Beratungsgespräch kontaktiert werde. Vor diesem Hintergrund wird ersichtlich, dass die Hinweise im Kontrollauszug eher als Ankündigung des bevorstehenden Telefonats zu deuten ist als als direkte Werbung, gestützt auf welche sich das angeschriebene Unternehmen bereits für konkrete Produkte entscheiden könnte. Entsprechend scheint der Kontrollauszug bzw. die darin enthaltenen Hinweise für sich alleine gesehen noch nicht geeignet, einen spürbaren Wettbewerbsnachteil für Wettbewerber zu verursachen, auch wenn Directories sich beim nachfolgenden telefonischen Kontakt auf den Versand des Kontrollauszugs berufen kann und damit möglicherweise für die spätere Akquise eines Auftrags Vorteile hat. Relevant ist vorliegend, dass Directories nach dem Versand des Kontrollauszugs erneut mit der potenziellen Kundin oder dem potenziellen Kunden in Kontakt treten muss und dies auch tut, um tatsächlich Produkte verkaufen zu können (vgl. dazu auch oben Rz 370). Genau diese Möglichkeit steht aber ZIP ebenso zur Verfügung. Als Bezügerin der regulierten Verzeichnisdaten verfügt sie gleichzeitig ebenfalls über die Telefonnummer der Unternehmen und erhält dadurch in gleicher Weise die Möglichkeit, Telefonmarketing zu betreiben. 379. Potenzielle Kundinnen und Kunden werden sich somit nicht rein aufgrund der im Kontrollschreiben enthaltenen Hinweise für ein Produkt von localsearch entscheiden. Es sind zumindest keine hinreichenden Hinweise bekannt, dass Kundinnen und Kunden der Wettbewerber aufgrund der Zustellung des Kontrollauszugs zu localsearch abgewandert wären oder sich deswegen gegen ein Produkt einer Konkurrentin oder eines Konkurrenten entschieden hätten. Es ist zwar nicht auszuschliessen, dass der Hinweis auf den Kontrollauszügen in Einzelfällen die nachfolgende Kundenakquise erleichtern könnte, dennoch könnte eine entsprechende Erleichterung genauso gut auf die bessere Bekanntheit oder höhere Reichweite von localsearch im Vergleich zu anderen Verzeichnisdiensten, die kostenpflichtige Verzeichniseinträge anbieten, zurückzuführen werden. ZIP macht in diesem Zusammenhang geltend, dass durch die Hinweise bzw. Werbung auf dem Kontrollauszug der Eindruck vermittelt werde, dass localsearch «offiziellen» oder «quasi-staatlichen» Charakter aufweise. Die vollständige Integration

88

der Marke und des Brandings von localsearch habe einen erheblichen Einfluss und wirtschaftlichen Wert.<sup>393</sup> Die Bekanntheit und der geltend gemachte quasi-staatliche Charakter von localsearch dürfte jedoch – falls ein solcher überhaupt vermittelt wird – vor allem dem Umstand geschuldet sein, dass es sich bei Directories um eine Tochtergesellschaft von Swisscom und damit eines bundesnahen Unternehmens handelt. Eine mögliche wettbewerbschädigende Wirkung der Hinweise auf localsearch im Kontrollauszug bleibt damit insgesamt hypothetischer Natur. Der mögliche Wettbewerbsvorteil, sich im Rahmen der Akquise auf den Kontrollauszug beziehen zu können, ist vorliegend nicht ausreichend, um zu einer Bejahung einer kartellrechtlich relevanten Behinderung bei Wettbewerbern zu führen. Damit werden die Voraussetzungen

von Art. 7 Abs. 1 KG nicht erfüllt (vgl. Rz 357). 380. Zusammenfassend kann damit nicht aufgezeigt werden, dass das konkrete Verhalten von Directories geeignet ist, den wirksamen Wettbewerb zu beeinträchtigen. Entsprechend fällt der Tatbestand der Diskriminierung von Handelspartnern im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG ausser Betracht und das Vorliegen eines missbräuchliches Verhaltens im Sinne von Art. 7 Abs. 1 ist insgesamt zu verneinen. Vor diesem Hintergrund erübrigt sich die Prüfung weiterer Tatbestandsvarianten. C.5.3.3.3 Erhebung und Nutzung von Kontaktdaten 381. Solange Directories von ihr erhobene Kontaktdaten (insbesondere E-Mail-Adressen) ausschliesslich für ihre Tätigkeit als Data Agent verwendet, beispielsweise um den Kontrollauszug zuzustellen, ist dagegen aus kartellrechtlicher Sicht grundsätzlich nichts einzuwenden. Aus kartellrechtlicher Sicht auch nicht zu bemängeln ist, wenn localsearch Kontaktdaten, die von localsearch ausserhalb ihrer Rolle als Data Agent erhoben wurden, dazu verwendet, Kundinnen und Kunden für Sales- und Marketingzwecke in diesem Bereich zu kontaktieren. Darin ist keine missbräuchliche Verhaltensweise ersichtlich. 382. Kartellrechtlich kritisch wäre demgegenüber allenfalls die Nutzung der als Data Agent erhobenen oder von den TDA übermittelten Kontaktdaten im Bereich localsearch in einem Zeitpunkt, in welchem localsearch diese Daten (noch) nicht aufgrund des Bezugs der regulierten Verzeichnisdaten und auch nicht aufgrund der bereits anderweitig bei ihr vorhandenen Daten zur Verfügung stehen. Dies könnte allenfalls eine Diskriminierung im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. b i.V.m. Art. 7 Abs. 1 KG darstellen. Für eine solche Verhaltensweise liegen aber keine Hinweise vor (vgl. Rz 221 ff.). Alleine durch die Nutzung der Kontaktdaten im beschriebenen Rahmen ist denn auch kein anderweitiges missbräuchliches Verhalten im Sinne von Art. 7 Abs. 1 KG seitens Directories ersichtlich. 383. Fraglich wäre zudem jeweils der potentielle Wettbewerbseffekt solcher Marketing-Massensmails bzw. der Wert einzelner hierzu benötigter E-Mail-Adressen. ZIP macht dazu geltend, dass die Identität und persönliche E-Mail-Adresse einer Person, die für die Kommunikation innerhalb eines Unternehmens verantwortlich sei, einen bedeutenden Wettbewerbsvorteil darstelle und wirtschaftlichen Wert aufweise.<sup>394</sup> 384. Hierzu ist in erster Linie anzumerken, dass sich potentielle Kundinnen und Kunden kaum einzig aufgrund eines Newsletters für ein Produkt von localsearch entscheiden würden. Relevanter dürfte in solchen Fällen die bereits zuvor bestehende Beziehung oder Verbindung zu potentiellen Kundinnen und Kunden bzw. die Bekanntheit und Reichweite von localsearch im Vergleich zu anderen Verzeichnisdiensten sein. Dabei ist auch die allgemeine Bedeutung bzw. Wirkung von Newslettern zu berücksichtigen: Im Allgemeinen geben sogenannte Öffnungs- und Klickraten Auskunft darüber, wie erfolgreich eine E-Mail-Kampagne ist. Die Öffnungsrate

393 Vgl. act. 310, Rz 34. 394 Vgl. act. 310, Rz 33.

89

sagt dabei aus, wie viele der zugestellten Newsletters geöffnet wurden und die Klickrate beschreibt das Verhältnis von zugestellten Newslettern zu getätigten Klicks auf klickbare Inhalte (z. B. Buttons oder Links).<sup>395</sup> Durchschnittliche Öffnungsraten liegen bei rund 25 %, durchschnittliche Klickraten bei rund 3.5 %.<sup>396</sup> Selbst wenn sodann die Empfängerin oder der Empfänger eines Newsletters ausnahmsweise auf einen darin enthaltenen Link klickt, hat dies noch längst nicht einen Vertragsabschluss zur Folge. Im – für die Absenderin bzw. den Absender besten Fall – stellt dies lediglich einer von vielen Faktoren dar, die den Entscheidungsprozess der Empfängerin oder des Empfängers in Richtung Kauf

lenken könnte. Der Umstand, dass die grosse Mehrheit von Empfängerinnen und Empfängern Newsletter im Allgemeinen gar nicht öffnet, geschweige denn auf einen darin enthaltenen Link klickt, zeigt weiter, dass es eine immense Anzahl an Empfängerinnen und Empfängern braucht, um damit überhaupt irgendeinen Effekt erzielen zu können. Die Zustellung einzelner Newsletter bzw. die Erlangung einzelner oder weniger E-Mail-Adressen zwecks Zustellung von Newslettern vermag somit auch vor diesem Hintergrund keine kartellrechtsrelevanten Wirkungen aufzuweisen. 385. Schliesslich ist es auch nicht so, dass den Wettbewerbern durch das Verhalten von Directories die Möglichkeit zum Versand von Newslettern verwehrt würde. Kontaktadressen können auf diverse Weise beschafft werden. Insbesondere können sie auch eingekauft werden. Oft werden Kontaktadressen von verantwortlichen Personen zudem auf den Unternehmens-Websites publiziert. 386. Insgesamt konnte damit dem (nicht belegten, vgl. Rz 221 ff.) Sachverhalt, dass bestimmte E-Mail-Adressen zum Versand von Newslettern genutzt wurden und diese E-Mail-Adressen den Wettbewerbern nicht ebenfalls zur Verfügung standen, keine rechtsgenügende wettbewerbsschädigende Wirkung zugemessen werden. Damit fehlte es an einer Behinderung von Wettbewerbern oder Benachteiligung der Marktgegenseite im Sinne von Art. 7 Abs. 1 KG. Eine Prüfung der übrigen Tatbestandsvoraussetzungen erübrigt sich damit. 387. Abschliessend ist darauf hinzuweisen, dass in der Botschaft zur Revision des Fernmeldegesetzes<sup>397</sup> zu Art. 21 Abs. 2 Folgendes festgehalten wurde: «Bei der Erhebung der zwingenden Mindestangaben für die Verzeichniseinträge können die Anbieterinnen des öffentlichen Telefondienstes (oder ggf. auch ein Dritter gemäss Abs. 5) vorsehen, mehr Daten zu sammeln als das obligatorische Minimum, wenn der Bundesrat ein solches festgelegt hat (vgl. Art. 12d Abs. 2). In diesem Fall müssen sie den Anbieterinnen von Verzeichnisdiensten den Zugang zu sämtlichen Verzeichnisdaten (zwingende Mindestangaben und zusätzliche Daten) ihrer Kundenschaft ermöglichen und sie ihnen elektronisch zugänglich machen (Abs. 2). Diese Regelung ist die einzige tatsächliche Änderung gegenüber dem 2004 eingeführten Modell und soll die Gleichbehandlung der Anbieterinnen von Verzeichnisdiensten, die mit Anbieterinnen des öffentlichen Telefondienstes wirtschaftlich verknüpft sind, und den anderen von diesen unabhängigen Anbieterinnen garantieren. Die Praxis hat gezeigt, dass eine Anbieterin des öffentlichen Telefondienstes oder ihre Beauftragte, insbesondere wenn diese gleichzeitig Herausgeberin eines Verzeichnisses ist oder in direkter Verbindung mit einem solchen Akteur steht, einen eindeutigen Vorteil bei der Beschaffung von Informationen hat, die zusätzlich zu den zwingenden Mindestangaben bei den

395 Vgl. bspw. <https://mailchimp.com/de/help/about-open-and-click-rates/>; <https://www.brevo.com/de/blog/klickraten-oeffnungsraten-newsletter-benchmark/>; <https://www.agnitas.de/die-10-wichtigsten-kennzahlen-im-e-mail-marketing/#> (zuletzt besucht: 2.7.2024). 396 Vgl. bspw.: <https://www.brevo.com/de/blog/klickraten-oeffnungsraten-newsletter-benchmark/>; <https://www.inxmail.de/blog/detail/e-mail-marketing-benchmark-2024-newsletter-kennzahlen-aus-15-branchen-fuer-b2b-und-b2c>; <https://www.inxmail.de/ressourcen/knowledge-base/tracking-und-reporting> (zuletzt besucht: 2.7.2024). 397 Botschaft zur Revision des Fernmeldegesetzes, BBl 2017 6559 ff.

90

Kundinnen und Kunden gesammelt werden, insbesondere wenn die Mindestangaben und die Zusatzinformationen gleichzeitig erhoben werden.»<sup>398</sup> 388. Daraus erhellt, dass

zumindest die mit der Revision des Fernmeldegesetzes betraute Behörde es als notwendig erachtet hat, dass Directories Kontaktdaten, die sie gleichzeitig mit den regulierten Verzeichnisdaten erhebt, den Bezügerinnen und Bezügerern der regulierten Verzeichnisdaten ebenfalls zur Verfügung stellt. Der diesbezügliche Gesetzestext ist aber nicht in dieser Form in Kraft getreten, was aus Sicht des Wettbewerbs bedauerlich ist. Vielmehr verlangt der heutige Art. 21 Abs. 1 FMG nur, dass der Zugang zum Mindestinhalt der Verzeichnisdaten gewährt wird (vgl. Rz 84).

C.5.3.3.4 Gesamtbetrachtung 389. ZIP macht geltend, dass die verschiedenen Verhaltensweisen von Directories als Data Agent nicht insolvent betrachtet werden dürften, sondern die Wirkungen auch in ihrer Gesamtheit zu prüfen seien.<sup>399</sup> 390. Auch wenn die drei geprüften Verhaltensweisen (Allfällige Nutzung eines Informationsvorsprungs [vgl. Abschnitt C.5.3.3.1], Hinweise auf localsearch im Kontrollauszug [vgl. Abschnitt C.5.3.3.2], Erhebung und Nutzung von Kontaktdaten [vgl. Abschnitt C.5.3.3.3]) im Sinne einer Gesamtbetrachtung zusammen beurteilt werden, ändert dies nichts daran, dass es dabei an einer kartellrechtsrelevanten Wettbewerbsschädigung fehlt. Die Gründe, warum sich potentielle Kundinnen und Kunden für ein Produkt von localsearch entscheiden, werden hauptsächlich im Produkteangebot und dessen konkreten Bewerbung, der Reichweite der Plattformen von localsearch, der Bekanntheit als Tochtergesellschaft von Swisscom etc. liegen und nicht in den drei untersuchten Verhaltensweisen, welche im Wesentlichen nur eine erste unverbindliche Kontaktaufnahme betreffen. Diese drei Verhaltensweisen vermögen hier – auch im Rahmen einer Gesamtbetrachtung – höchstens eine untergeordnete und rein hypothetische Rolle zu spielen. Abschliessend bleibt zu erwähnen, dass ZIP in ihrer Stellungnahme vom 22. März 2023 in anderem Zusammenhang schreibt, dass sich zwischen 2015 und 2019 (bis zur Einführung von «SWISS LIST») eine zunehmende Wettbewerbssituation zwischen den verschiedenen Marktteilnehmern wie Directories, Google sowie den kleinen Marktteilnehmern wie ZIP und Mylokalsuche entwickelt habe.<sup>400</sup> Die vorliegend untersuchten Verhaltensweisen im Bereich directoriesData standen der zunehmenden Wettbewerbsentwicklung – auch in Bezug auf die dazumal neu in den Markt eingetretene ZIP – selbst nach Auffassung von ZIP somit offenbar nicht entgegen.

C.5.3.4 Fazit 391. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass in Bezug auf die allfällige Nutzung des Informationsvorsprungs, um potenzielle Kundinnen und Kunden zu kontaktieren, keine Nachweise vorliegen und auch nicht davon auszugehen ist, dass diese Verhaltensweise vorliegend zu einer Beeinträchtigung des Wettbewerbs geführt haben könnte (vgl. Abschnitt C.5.3.3.1). 392. Die Nutzung des Kontrollauszugs, um Hinweise auf localsearch zu platzieren ist vorliegend nicht geeignet den wirksamen Wettbewerb zu behindern. Im Kontrollauszug werden keine konkreten Produkte beworben und den Unternehmen werden auch keine spezifischen Angebote unterbreitet. Vielmehr bleibt es bei Hinweisen auf die Möglichkeit zur Verstärkung der Präsenz der Unternehmen. Dies verbunden mit der Mitteilung, dass das angeschriebene Unternehmen in den nächsten Tagen für ein Beratungsgespräch kontaktiert werde. Potenzielle Kundinnen und Kunden werden sich nicht rein aufgrund der im Kontrollschreiben enthaltenen

398 Vgl. Botschaft zur Revision des Fernmeldegesetzes, BB1 2017 6627. 399 Vgl. act. 310, Rz 35; act. 341, Rz 14. 400 Vgl. act. 332, Rz 5.

dieser Schreiben zu localsearch abgewandert wären oder sich deswegen gegen ein Produkt einer Konkurrentin oder eines Konkurrenten entschieden hätten. Eine solche Möglichkeit bleibt daher rein hypothetischer Natur. Relevant ist vorliegend vielmehr die Telefonakquise und diese Möglichkeit steht ZIP in gleicher Weise zur Verfügung, mit dem Unterschied, dass ZIP sich nicht auf den versandten Kontrollauszug berufen kann. Damit lässt sich insgesamt nicht feststellen, dass sich Directories durch die in den Kontrollauszügen enthaltenen Hinweise missbräuchlich verhalten hat und dadurch den Wettbewerb in den nachgelagerten Verzeichnismärkten behindert hat (vgl. Abschnitt C.5.3.3.2). 393. Alleine durch die Erhebung und Nutzung der Kontaktdaten im vorliegend beschriebenen Rahmen ist kein missbräuchliches Verhalten im Sinne von Art. 7 KG seitens Directories ersichtlich (vgl. Abschnitt C.5.3.3.3). D Ergebnis 394. Zusammenfassend kommt die WEKO gestützt auf die vorstehenden Erwägungen zum nachfolgenden Ergebnis: 395. Im Rahmen der Untersuchung konnte nicht nachgewiesen werden, dass Directories im massgeblichen Zeitraum der Einführung von «SWISS LIST» auf dem Markt für Verzeichniseinträge über Unternehmen über eine marktbeherrschende Stellung im Sinne von Art. 4 Abs. 2 KG verfügte und diese im Sinne von Art. 7 KG missbrauchte (vgl. Rz 317 ff.). 396. Im Geschäftsbereich directoriesData konnte Directories durch die allfällige Nutzung eines Informationsvorsprungs, durch im Kontrollauszug enthaltene Hinweise auf localsearch und durch die Erhebung und Nutzung der Kontaktdaten insgesamt kein missbräuchliches Verhalten im Sinne von Art. 7 KG nachgewiesen werden. E Kosten 397. Nach Art. 2 Abs. 1 der Gebührenverordnung KG 401 ist gebührenpflichtig, wer das Verwaltungsverfahren verursacht hat. 398. Die Gebührenpflicht entfällt für Unternehmen, die ein Verfahren verursacht haben, sich die zu Beginn bestehenden Anhaltspunkte jedoch nicht erhärten und das Verfahren aus diesem Grund eingestellt wird. Nachdem das gegen Swisscom und Directories eröffnete Verfahren ohne Folgen einzustellen ist, entfällt für sie die Gebührenpflicht. ZIP sind als Anzeigerin ebenfalls keine Verfahrenskosten aufzuerlegen (Art. 2 Abs. 2 Bst. a GebV-KG). 399. Die Verfahrenskosten von rund 330 000 Franken gehen somit zu Lasten des Bundes. Eine Parteientschädigung ist im erstinstanzlichen Verwaltungsverfahren nicht zu entrichten.

401 Verordnung vom 25.2.1998 über die Gebühren zum Kartellgesetz (Gebührenverordnung KG, GebV-KG; SR 251.2)

92

F Dispositiv Aufgrund des Sachverhalts und der vorangehenden Erwägungen verfügt die Wettbewerbskommission (Art. 30 Abs. 1 KG): 1. Die Untersuchung 32-0268: Vermarktung von Verzeichnisdaten gegen die Swisscom Directories AG und Swisscom AG wird ohne Folgen eingestellt. 2. Die Verfahrenskosten gehen zulasten des Bundes. Die Verfügung ist zu eröffnen: – Swisscom Directories AG, Förrlibuckstrasse 60/62, 8005 Zürich – Swisscom AG, Alte Tiefenaustrasse 6, 3050 Bern beide vertreten durch Dr. Reto Jacobs und Dr. Gion Giger, Walder Wyss AG, Seefeldstrasse 123, 8034 Zürich Die Verfügung geht in Kopie an: – ZIP, Avenue de la Gare 33, 1003 Lausanne vertreten durch Me Benoît Charbonnet und Me Nicolas Giorgini, TAMISIER CHARBONNET & Associés, Rue Saint-Léger 8, 1205 Genève

Wettbewerbskommission

Dr. Danièle Wüthrich-Meyer Prof. Dr. Patrik Ducrey Vizepräsidentin Direktor

Rechtsmittelbelehrung: Gegen diese Verfügung kann (bei Vorliegen der Voraussetzungen gemäss Art. 48 ff. VwVG) innert 30 Tagen nach Eröffnung beim Bundesverwaltungsgericht, Postfach, 9023 St. Gallen, Beschwerde erhoben werden. Die Beschwerdeschrift hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift zu enthalten. Die angefochtene Verfügung und die Beweismittel sind, soweit sie die beschwerdeführende Partei in Händen hat, beizulegen.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.