

WEKO verwendung-von-im-monopolbereich-erlangten-daten-2020-08-18 vom 18. August 2020

WEKO, 2020-08-18, DE

Quelle: https://mcp.opencaselow.ch/entscheid/weko_verwendung-von-im-monopolbereich-erlangten-daten-2020-08-18

FR: WEKO verwendung-von-im-monopolbereich-erlangten-daten-2020-08-18 du 18 août 2020

IT: WEKO verwendung-von-im-monopolbereich-erlangten-daten-2020-08-18 del 18 agosto 2020

Erwägungen

E. 17

gestützt auf eine klare gesetzliche Grundlage möglich, die ein wettbewerbsbehinderndes Verhalten verordnet oder zulässt.⁷⁴ Ebenfalls nicht unter das Gesetz fallen Wettbewerbswirkungen, die sich ausschliesslich aus der Gesetzgebung über das geistige Eigentum ergeben (Art. 3 Abs. 2 KG).⁷⁸ Vorliegend steht in erster Linie die Frage im Raum, ob die A. AG für die Bewerbung ihres Produktes «X» in kartellrechtswidriger Weise Monopoldaten verwendet hat.⁷⁹ Der Monopolbereich im Strombereich umfasst im Wesentlichen das Stromnetz zur Übertragung und Verteilung von Strom sowie die Stromlieferung an Endkundinnen und Endkunden mit Grundversorgung (vgl. dazu Art. 22 Abs. 1 i. V. m. Art. 6 Abs. 1 StromVG). Gemäss der Botschaft zum StromVG enthält das StromVG «namentlich Vorschriften über das Recht auf Netznutzung (Netzzugang) und die Höhe der Netznutzungsentgelte. Damit werden diese Bereiche spezialgesetzlich geregelt»⁷⁵ und das KG findet hier nur beschränkt Anwendung. In den übrigen Bereichen der Stromwirtschaft bleibt das Kartellgesetz hingegen nach wie vor in vollem Umfang anwendbar.⁸⁰ Bei der Vermarktung des Produkts «A. AG X» handelt es sich nicht um eine Tätigkeit im Monopolbereich, sondern um eine gewerbliche Tätigkeit, bei welcher die A. AG mit zahlreichen anderen Unternehmen im Wettbewerb steht. Soweit die A. AG solche gewerblichen Tätigkeiten ausserhalb ihrer Monopolbereiche ausübt, untersteht sie als privatrechtlich tätiges Unternehmen vollumfänglich dem Wettbewerbsrecht.⁷⁶⁸¹ Insbesondere stellt auch Art. 10 StromVG keine vorbehaltene Vorschrift bzw. spezialgesetzliche Bestimmung dar, welche die Anwendung des KG und damit die Zuständigkeit der Wettbewerbsbehörden ausschliessen würde.⁸² Gemäss Art. 10 Abs. 1 StromVG haben die Elektrizitätsversorgungsunternehmen die Unabhängigkeit des Netzbetriebs sicherzustellen. Quersubventionierungen zwischen dem Netzbetrieb und den übrigen Tätigkeitsbereichen sind untersagt. Dabei müssen gemäss Abs. 2 der genannten Bestimmung wirtschaftlich sensible Informationen, die aus dem Betrieb der Elektrizitätsnetze gewonnen werden, von den Elektrizitätsversorgungsunternehmen unter Vorbehalt der gesetzlichen Offenlegungspflichten vertraulich behandelt werden und dürfen nicht für andere Tätigkeitsbereiche genutzt werden. Wer vorsätzlich die buchhalterische und rechtliche Entflechtung der Netzbereiche nicht oder falsch vornimmt oder Informationen aus dem Netzbetrieb für andere Tätigkeitsbereiche nutzt, wird sodann mit Busse bis zu CHF 100 000.– bestraft (Art. 29 Abs. 1 Bst. b StromVG). Zuständig für die Überwachung der Einhaltung von Art. 10 StromVG ist gemäss der allgemeinen Bestimmung von Art. 22 StromVG die Elektrizitätskommission (nachfolgend: ElCom). Für die verwaltungsstrafrechtliche Verfolgung und Beurteilung entsprechender Widerhandlungen

ist gemäss Art. 29 Abs. 3 StromVG demgegenüber das BFE zuständig. 83. Die ElCom überwacht gemäss Art. 22 StromVG die Einhaltung des Gesetzes, wobei sie insbesondere für Entscheide in Sachen Netzzugang, Netznutzungsbedingungen, Netznutzungstarife und -entgelte sowie Elektrizitätstarife zuständig ist. Die Verwendung von Monopoldaten im Wettbewerbsbereich hat jedoch keinen direkten Einfluss auf den Netzzugang oder die Netznutzungs- bzw. Elektrizitätstarife, also auf den Monopolbereich. Vielmehr geht es bei der in Rede stehenden Problematik – der Verwendung von Monopoldaten – vordergründig um

74 Vgl. BGE 141 II 66, 71 f. E. 2.2.3 (= RPW 2015/1, 133 E. 2.2.3), Sanktionsverfügung: Hors-Liste Medikamente (Publikumspreisempfehlung betreffend Cialis, Levitra und Viagra). 75 Vgl. Botschaft vom 3.12. 2004 zur Änderung des Elektrizitätsgesetzes und zum Stromversorgungsgesetz, BBl 2004 1611, 1675. 76 Vgl. RPW 2014/1, 84 Rz 38, Eignerstrategie Energie Wasser Bern (ewb), m. w. H.

E. 18

den Wettbewerb im gewerblichen Bereich und hier ist das Kartellgesetz in vollen Umfang anwendbar und die WEKO für die Durchsetzung zuständig (vgl. auch vorne Rz 79). Der ElCom stehen sodann auch – anders als im Bereich des Netzzugangs und der Tarife – keine unmittelbaren Mittel und insbesondere auch keine Sanktionsmöglichkeiten zur Verfügung, welche die Verwendung von Monopoldaten direkt verhindern würden. Soweit bekannt, hat die ElCom in diesem Bereich noch keine konkrete Weisung erlassen und auch im Rahmen der Vernehmlassung zur Revision StromVG wurden diesbezüglich keine präzisierenden Bestimmungen aufgenommen.⁷⁷ Obwohl die ElCom aufgrund ihrer allgemeinen Aufsichtspflicht zwar grundsätzlich auch über die Einhaltung des Verbots der Verwendung der Monopoldaten wachen würde, schliesst dies nicht aus, dass auch die WEKO gestützt auf das KG in diesem Bereich tätig werden kann und auch tätig werden muss, wenn entsprechende Verstösse gegen das Kartellgesetz vorliegen. Somit ist in diesem Bereich – auch aufgrund der verschiedenen Schutzobjekte – von einer parallelen Zuständigkeit von ElCom und WEKO auszugehen. 84. Wie vorne erwähnt, ist für die Verfolgung und Beurteilung von Widerhandlungen gegen das Missbrauchsverbot von Monopoldaten sodann das BFE zuständig (vgl. Rz 82). Gemäss der Botschaft richten sich die Strafbestimmungen in Art. 29 StromVG grundsätzlich gegen natürliche Personen, welche das unter Strafe gestellte Verhalten ausgeführt haben. Gemäss Art. 6 VStR78 kann unter Umständen auch der Geschäftsherr oder Arbeitgeber, welcher eine Rechtspflicht zur Verhinderung der Tat verletzt hat, neben dem Arbeitnehmer der Strafbestimmung unterliegen.⁷⁹ 85. Auch hier spricht die historische Auslegung von Art. 10 Abs. 2 sowie Art. 29 StromVG dafür, dass der Gesetzgeber mit der Schaffung dieser Bestimmungen die Vorgaben des Kartellgesetzes nicht wegbedingen wollte (vgl. Rz 79 und 84). Auch die Auslegung nach Sinn und Zweck spricht für dieses Ergebnis. Mit den Strafnormen in Art. 29 StromVG nicht geahndet werden wettbewerbsschädliche Verhaltensweisen der Energieversorgungsunternehmen. Insofern kann mit den Instrumenten, welche das StromVG als Spezialgesetz zur Verfügung stellt, nicht sichergestellt werden, dass der Gewinn, der aufgrund des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung erwirtschaftet wurde, abgeschöpft wird.⁸⁰ Insofern bestehen gestützt auf das StromVG keine finanziellen Anreize, die verhindern würden, dass ein marktbeherrschendes Unternehmen seine Stellung missbraucht, um zu seinem Vorteil den Wettbewerb zu beeinträchtigen. Mit einem Strafurteil gegen natürliche Personen können zudem – anders als mit den Mitteln des

Kartellgesetzes (erneute Sanktionierung bei einem Verstoss gegen behördlich verfügte Verhaltensanpassungen gemäss Art. 50 KG) – keine finanziellen Anreize gesetzt werden, dass sich das Unternehmen künftig wettbewerbskonform verhalten wird. Weder in der Botschaft noch in der Parlamentsdebatte finden sich Anhaltspunkte, dass der Gesetzgeber mit der Schaffung von Art. 10 Abs. 2 und Art. 29 StromVG im Falle eines wettbewerbsschädlichen Verhaltens eines marktbeherrschenden Unternehmens davon absehen wollte, dass dieses mit den Mitteln des KG sanktioniert wird. 86. [...] Wie erwähnt ändert dies jedoch nichts daran, dass die WEKO zur Beurteilung dieses Falles ebenfalls zuständig ist. [...]

77 Vgl. <http://www.evupartners.ch/informatorische-entflechtung/> (3.8.2020) mit Hinweis auf die Medien- mittelung vom 17.10.2018 des Bundesrats zur Revision des StromVG, (<https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen/bundesrat.msg-id-72549.html> [3.8.2020]). 78 Bundesgesetz vom 22.3.1974 über das Verwaltungsstrafrecht (VStrR; SR 313.0). 79 Vgl. BBl 2004 (Fn 75) 1664. 80 Vorbehalten bleiben das Recht auf Netzzugang und die Höhe der Netznutzungsentgelte; vgl. vorne Rz 79.

E. 19

B.3 Unzulässige Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen 87.

Marktbeherrschende Unternehmen verhalten sich unzulässig, wenn sie durch den Missbrauch ihrer Stellung auf dem Markt andere Unternehmen in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindern oder die Marktgegenseite benachteiligen (Art. 7 Abs. 1 KG).

88. Als marktbeherrschende Unternehmen gelten einzelne oder mehrere Unternehmen, die auf einem Markt als Anbieter oder Nachfrager in der Lage sind, sich von anderen Marktteilnehmern (Mitbewerbern, Anbietern oder Nachfragern) in wesentlichem Umfang unabhängig zu verhalten (Art. 4 Abs. 2 KG). 89. Bevor sich die Marktstellung eines Unternehmens beurteilen lässt, ist der relevante Markt zu definieren. Dieser beurteilt sich analog zu Art. 11 Abs. 3 VKU81 nach einer sachlichen und räumlichen Komponente.⁸²

B.3.1 Relevanter Markt 90. Vorliegend sind grundsätzlich zwei relevante Bereiche zu unterscheiden: Zum einen der Bereich, aus dem die Monopoldaten stammen – der Elektrizitätsbereich (Stromverteilung und Stromversorgung) – und zum anderen der Bereich, in dem diese Daten anschliessend mut- masslich verwendet wurden – der Bereich der Installation von PV-Anlagen. B.3.1.1 Sachlich relevanter Markt B.3.1.1.1.

Elektrizitätsbereich 91. Die WEKO unterscheidet im Elektrizitätsbereich praxisgemäss folgende sachlich rele- vanten Märkte: Stromerzeugung, Stromübertragung, Stromverteilung, Stromversorgung und Stromhandel.⁸³ 92. Vorliegend geht es um den Vorwurf, dass die A. AG Daten von festen Endkundinnen und Endkunden aus den Monopolbereichen Netz und Stromversorgung verwendet hat, um damit Werbung für die Installation von PV-Anlagen bei Einfamilienhäusern zu betreiben. Bei der A. AG handelt es sich um eine Netzbetreiberin.⁸⁴ Als solche ist sie auf den Märkten für Stromverteilung und Stromversorgung tätig, weshalb nachfolgend auf diese beiden Bereiche näher eingegangen wird. 93. Der Markt für Stromverteilung umfasst die Fortleitung von Elektrizität über die regio- nalen und überregionalen Leitungen mittlerer und/oder niedriger Spannung. Auf dem Markt für Stromverteilung stehen die Verteilnetzbetreiber (nachfolgend: VNB) als Anbieter den Wieder- verkäufern (bspw. kommunale Elektrizitätswerke) und den Endkundinnen und Endkunden als Nachfrager gegenüber. Die WEKO hat bisher darauf verzichtet, den Markt für Stromverteilung weiter nach Spannungsstärken zu segmentieren.⁸⁵ Als zur Versorgung von Endkundinnen und

81 Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen vom 17.6.1996 (VKU; SR 251.4). 82 Vgl. BGE 139 I 72, E. 9.1 (= RPW 2013/1, 127 E. 9.1), Publigroupe SA et al./WEKO; Urteil des BVGer B-831/2011 vom 18.12.2018, E. 229 ff., Sanktionsverfügung - DCC. 83 Zum ganzen Abschnitt vgl. RPW 2016/3 773 f., Rz 27 ff. BKW/AEK; RPW 2015/4, 773 Rz 74 ff., Groupe E Celsius SA; RPW 2013/3, 334 Rz 32 ff., AET/SES; RPW 2006/3, 476 Rz 63 ff., Atel – EOSH-Aktiven. 84 Vgl. [www.] (3.8.2020). 85 Vgl. RPW 2013/3, 334 Rz 35, AET/SES.

E. 20

Endkunden im Kanton [...] zuständige Verteilnetzbetreiberin ist die A. AG auf dem Markt für Stromverteilung tätig. 94. Der Markt für Stromversorgung umfasst die Belieferung von Stromverbrauchern (Haushalte und Grossunternehmen) und/oder Endverteilern (Betreiber von lokalen Elektrizitätsnetzen) durch Stromversorger. Es stehen sich angebotsseitig die Stromversorger und nachfrageseitig die Endkundinnen und Endkunden und/oder Wiederverkäufer (bspw. kommunale Elektrizitätswerke) gegenüber. 95. Der Markt für Stromversorgung ist in dem Sinne weiter zu segmentieren, als dass mit Inkrafttreten des StromVG am 1. Januar 2008 nachfrageseitig die Unterscheidung eingeführt wurde zwischen sog. festen Endkundinnen und Endkunden (Haushalte und Gewerbebetriebe mit einem Jahresverbrauch von weniger als 100 MWh pro Verbrauchsstätte, Art. 6 Abs. 2 StromVG) und Kunden mit Netzzugang gemäss Art. 13 Abs. 1 StromVG, welche frei wählen können, von welchem Stromversorger sie ihren Strom beziehen wollen. Diese gesetzliche Teilliberalisierung stellt die erste Etappe in der Liberalisierung des Marktes für Stromversorgung dar. In einer zweiten Etappe sollen auch Endkundinnen und Endkunden mit einem Jahresverbrauch von weniger als 100 MWh pro Verbrauchsstätte ihren Stromversorger frei wählen können.⁸⁶ 96. Bei den festen Endkundinnen und Endkunden fallen Stromversorger und VNB grundsätzlich zusammen. Für diese stellt der Strom eines anderen Stromversorgers kein Substitut für die Belieferung durch ihren Stromversorger/VNB dar. Feste Endkundinnen und Endkunden können ihren Stromversorger nicht frei wählen. Im Gegensatz dazu können andere Verbraucher (Kunden mit einem jährlichen Stromverbrauch von mehr als 100 MWh) ihren Stromlieferanten frei wählen (sogenannte Kunden mit Netzzugang). In der Folge muss darum zurzeit und vor einer weiteren Liberalisierung von einem Markt für Stromversorgung von festen Endkundinnen und Endkunden sowie von einem Markt für Stromversorgung von Kunden mit Netzzugang ausgegangen werden.⁸⁷ 97. Als Verteilnetzbetreiberin ist die A. AG für die Gewährleistung der Grundversorgung für die festen Endkundinnen und Endkunden in ihrem Netzgebiet zuständig (Art. 6 Abs. 1 StromVG). Vorliegend steht die Verwendung von Adressdaten von Privathaushalten zur Diskussion, welche aufgrund ihres Verbrauchs den Stromlieferanten nicht wechseln können. Insofern stellt der Markt für Stromversorgung von festen Endkundinnen und Endkunden den sachlich relevanten Markt dar. 98. Somit handelt es sich in der vorliegenden Vorabklärung beim Markt für Stromverteilung und beim Markt für Stromversorgung von festen Endkundinnen und Endkunden um sachlich relevante Märkte. B.3.1.1.2. Märkte im Bereich Installation von PV-Anlagen 99. Die WEKO hat in ihrer Praxis einen Markt für die Installation von Photovoltaikanlagen in Erwägung gezogen.⁸⁸ Dieser umfasst im Allgemeinen Leistungen im Bereich Montage, Anschluss und Inbetriebnahme von PV-Anlagen, In- und Aufdach sowie in Fassaden integrierte Systeme. Auf der Nachfrageseite können grundsätzlich private Gebäudeeigentümer,

86 Vgl. RPW 2013/3, 334 Rz 38, AET/SES. 87 Vgl. RPW 2013/3, 334 Rz 39, AET/SES. 88 Vgl. RPW 2018/4, 861 Rz 17, Bouygues Construction SA/Alpiq InTec AG/Kraftanlagen München GmbH.

E. 21

Gewerbe-, Industrie- und Energieversorgungsunternehmen sowie die öffentliche Hand stehen.⁸⁹ 100. Für die vorliegende Beurteilung kann offen bleiben, ob der Unterhalt bzw. die Reparatur von PV-Anlagen einen separaten Markt darstellt oder wie beim Markt für Elektroinstallationen⁹⁰ dem gleichen Markt zugerechnet werden kann. 101. Nebst der Installation von PV-Anlagen an sich bietet die A. AG in diesem Bereich auch sog. Paket- bzw. Komplettlösungen an, welche unter anderem die Beratung, die Abwicklung von Gesuchen, die Installation und die Versicherung der Anlage mitumfassen.⁹¹ 102. Aufgrund der speziellen Eigenschaft von solchen Paketlösungen, dass diverse verschiedene Vertragsleistungen aus einer Hand erfolgen, rechtfertigt es sich, diese separat abzugrenzen. Solche Komplettlösungen wurden bis anhin dem Markt für Anlagen-Contracting zugewiesen. Dieser umfasst die Planung, den Bau, die Finanzierung und den Betrieb von Anlagen (z. B. Wärmepumpenheizungen, Pellet- und Holzschneitzelheizungen, fossil befeuerte Heizungen und Kälteanlagen oder Photovoltaikanlagen) aus einer Hand durch einen sog. Contractor.⁹² 103. Vorliegend steht das «X»-Angebot der A. AG zur Diskussion, d. h. die Installation von PV-Anlage im Rahmen von Paketlösungen für Privatkunden. Dementsprechend erscheint es angezeigt, für die Zwecke der vorliegenden Vorabklärung einen Markt für PV-Anlagen-Contracting abzugrenzen. Eine abschliessende Marktabgrenzung ist an dieser Stelle allerdings nicht notwendig, da die Monopoldaten vorliegend nicht aus dem Bereich PV-Anlagen-Contracting bzw. Installation von PV-Anlagen stammen, sondern mutmasslich in diesem Bereich zum Zwecke der Werbung verwendet wurden. Dies bedeutet, dass sich somit «lediglich» die Auswirkungen des potentiell kartellrechtswidrigen Verhaltens in diesem Bereich gezeigt hätten.⁹³ Entsprechend kann die exakte Marktabgrenzung für diesen Bereich offen bleiben. 104. Zusammenfassend sind für die Beurteilung der vorliegenden Vorabklärung folgende Märkte relevant: der Markt für Stromverteilung, der Markt für Stromversorgung von festen Endkundinnen und Endkunden und der Markt für PV-Anlagen-Contracting bzw. der Markt für die Installation von PV-Anlagen. B.3.1.2 Räumlich relevanter Markt 105. Der räumliche Markt umfasst das Gebiet, in welchem die Marktgegenseite die den sachlichen Markt umfassenden Waren oder Leistungen nachfragt oder anbietet (Art. 11 Abs. 3 Bst. b VKU).

89 Vgl. RPW 2017/2, 316 Rz 65, Energiedienst Holding AG/Hälg & Co. AG/Inretis Beteiligungen AG. 90 Der Markt für Elektroinstallationen umfasst praxismässig das Erstellen und die Reparatur von Anlagen und Einrichtungen, welche der energetischen Versorgung dienen. Dazu gehören die Verlegung von Leitungen, die Montage von Schaltkästen und Anschlüssen für Strom, Telefonanlagen, Internet, Alarmanlagen, Telematik, Radio und Fernsehen sowie die Reparatur der genannten Anlagen und die Durchführung von Sicherheitsüberprüfungen; vgl. RPW 2018/4, 860 Rz 8, Bouygues Construction SA/Alpiq InTec AG/Kraftanlagen München GmbH; RPW 2017/2, 316 Rz 61, Energiedienst Holding AG/Hälg & Co. AG/Inretis Beteiligungen AG. 91 Vgl. [www.] (16.6.2020); Anzeige B vom 7.1.2019, Beilage 9. 92 Vgl. RPW 2018/4, 860 Rz 12, Bouygues Construction SA/Alpiq InTec AG/Kraftanlagen München GmbH; Vgl. RPW 2017/2, 316 Rz 69, Energiedienst Holding AG/Hälg & Co. AG/Inretis Beteiligungen AG;

RPW 2016/3, 775 Rz 51, BKW/AEK. 93 Vgl. Urteil des BVGer B-831/2011 vom 18.12.2018, E. 820, Sanktionsverfügung – DCC.

E. 22

B.3.1.2.1. Elektrizitätsbereich 106. Der räumliche Markt für Stromverteilung entspricht gemäss Praxis der WEKO der ge- ografischen Ausdehnung der jeweiligen Verteilnetze. Als Folge bildet jedes Verteilnetz einen separaten Markt, womit dem VNB in seinem Netzgebiet jeweils ein Marktanteil von 100 % zukommt.⁹⁴ 107. Der Markt für Stromversorgung von festen Endkundinnen und Endkunden ist räum- lich identisch wie der Markt für Stromverteilung abzugrenzen, da die festen Endkundinnen und Endkunden als Folge des fehlenden Netzzugangs ihren Strom ausschliesslich vom lokalen Stromversorger, an dessen Netz sie angeschlossen sind, beziehen können. Der räumliche Markt entspricht daher der geografischen Ausdehnung des jeweiligen Verteilnetzes, womit dem zuständigen Stromversorger ein Marktanteil von 100 % zukommt.⁹⁵ B.3.1.2.2. Märkte im Bereich Installation von PV-Anlagen 108. In früheren Entscheiden hat die WEKO erwogen, ob der räumlich relevante Markt für die Installation von Photovoltaikanlagen national oder regional abzugrenzen sei. Die WEKO ten- dierte zu einer regionalen Marktabgrenzung, liess die Frage aber offen.⁹⁶ 109. Auch beim Markt für Anlagen-Contracting hat die WEKO in Erwägung gezogen, den Markt in räumlicher Hinsicht national oder regional abzugrenzen.⁹⁷ 110. Die vom Sekretariat befragten Unternehmen gaben mehrheitlich an, regional tätig zu sein.⁹⁸ Die A. AG selbst nennt den deutschsprachigen Raum als ihr Tätigkeitsgebiet, wobei ihr Produkt «X» in der Regel in einem Umkreis von ca. 60 bis 100 km um [...] angeboten werde.⁹⁹ Zu beachten ist überdies, dass es vorliegend um Aufträge von Privatkunden für ihre Einfamili- enhäuser, also eher um kleinere Aufträge geht und dass die Wirtschaftlichkeit dieser Aufträge mit zunehmender Distanz zwischen dem Sitz des Installationsunternehmens und dem Reali- sierungsort des Auftrages grundsätzlich sinkt.¹⁰⁰ Entsprechend ist für die vorliegende Beurtei- lung von einer regionalen Marktabgrenzung auszugehen, welche nebst dem Kanton [...] auch die umliegenden Kantone und das grenznahe Ausland umfasst. B.3.2 Marktstellung 111. Nach Art. 4 Abs. 2 KG gelten als marktbeherrschende Unternehmen einzelne oder meh- rere Unternehmen, die auf einem Markt als Anbieter oder Nachfrager in der Lage sind, sich von anderen Marktteilnehmern (Mitbewerbern, Anbietern oder Nachfragern) in wesentlichem Umfang unabhängig zu verhalten, insbesondere, wenn diese keine zumutbaren Ausweich- möglichkeiten haben; entscheidend ist die Möglichkeit des unabhängigen Verhaltens eines Unternehmens in einem bestimmten Markt. Marktbeherrschende Unternehmen können in

94 Vgl. RPW 2016/3, 776 Rz 57, BKW/AEK; RPW 2015/4, 783 Rz 92, Groupe E Celsius SA. 95 Vgl. RPW 2016/3, 776 Rz 58, BKW/AEK; RPW 2015/4, 783 Rz 94, Groupe E Celsius SA. 96 Vgl. RPW 2018/4, 863 Rz 39, Bouygues Construction SA/Alpiq InTec AG/Kraftanlagen München GmbH; Vgl. RPW 2017/2, 319 Rz 89, Energiedienst Holding AG/Hälg & Co. AG/Inretis Beteiligungen AG. 97 Vgl. RPW 2018/4, 863 Rz 36, Bouygues Construction SA/Alpiq InTec AG/Kraftanlagen München GmbH; RPW 2017/2, 319 Rz 90, Energiedienst Holding AG/Hälg & Co. AG/Inretis Beteiligungen AG; RPW 2016/3, 777 Rz 68, BKW/AEK. 98 Vgl. Stellungnahmen [...], jeweils Antwort auf Frage 3. 99 Vgl. Stellungnahme A. AG vom 25.5.2020, Antwort zu Frage 2. 100 Vgl. RPW 2018/4, 863 Rz 39, Bouygues Construction SA/Alpiq InTec AG/Kraftanlagen München GmbH.

E. 23

wichtigen Belangen entscheidende Wettbewerbsvariablen ohne Rücksicht auf Mitbewerber bzw. Kundschaft nach eigenem Gutdünken festlegen. Mit der Änderung des Kartellgesetzes im Jahre 2003 hat der Gesetzgeber zudem verdeutlicht, dass nicht allein auf Marktstrukturdaten abzustellen ist, sondern auch konkrete Abhängigkeitsverhältnisse zu prüfen sind. Eine marktbeherrschende Stellung lässt sich nicht anhand fixer Kriterien bestimmen, sondern ist im Einzelfall mit Blick auf die konkreten Verhältnisse auf dem relevanten Markt zu entscheiden. Die Lehre hat dazu verschiedene Beurteilungskriterien entwickelt.¹⁰¹ 112. Auf dem Markt für Stromverteilung und dem Markt für Stromversorgung von festen Endkundinnen und Endkunden verfügte die A. AG zum Zeitpunkt der Verwendung der Adressdaten über einen Marktanteil von 100 % und ist daher in diesen Bereichen als marktbeherrschend zu qualifizieren. Somit bestand zum Zeitpunkt des allenfalls missbräuchlichen Verhaltens in den betreffenden Märkten keine Konkurrenz. Da sich an diesen Umständen in absehbarer Zeit nichts ändern wird, ist auch keine potentielle Konkurrenz in diesen Bereichen ersichtlich. 113. Die A. AG hat möglicherweise ihre marktbeherrschende Stellung auf den Märkten für Stromverteilung und Stromversorgung an feste Endkundinnen und Endkunden ausgenutzt, um ihre Position in den Bereichen Installation von PV-Anlagen und PV-Anlagen-Contracting zu verbessern. Das potentiell kartellrechtswidrige Verhalten der A. AG fand somit nicht auf den Märkten für Installation von PV-Anlagen und dem PV-Anlagen-Contracting statt. Die Feststellung der Marktbeherrschung der A. AG ist in diesen Bereichen daher nicht notwendig. Das Verhalten hat allerdings mutmasslich seine Auswirkungen in diesen Bereichen entfaltet. Die Marktstellung der A. AG könnte somit im Zusammenhang mit der Prüfung der Auswirkungen des potentiell kartellrechtswidrigen Verhaltens von Bedeutung sein. Es kann an dieser Stelle nach hinten verwiesen werden (vgl. hinten Rz 141 ff.). 114. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die A. AG auf dem Markt für Stromverteilung und auf dem Markt für Stromversorgung an feste Endkundinnen und Endkunden als marktbeherrschend zu qualifizieren ist. Die Marktstellung der A. AG auf den nachgelagerten Märkten für PV-Anlagen kann vorliegend offengelassen werden, da die Wettbewerbsverhältnisse auf diesen Märkten nicht im Vordergrund stehen. B.3.3 Unzulässige Verhaltensweisen nach Art. 7 KG 115. Zwecks Prüfung ob die vorliegend zur Diskussion stehende Verhaltensweise Anhaltspunkte für einen Verstoss gegen Art. 7 KG liefert, werden nachfolgend in erster Linie einige allgemeine Ausführungen zu Art. 7 KG gemacht (vgl. Abschnitt B.3.3.1.). Es folgt ein kurzer Abschnitt betreffend die bisher im Bereich Monopoldatenmissbrauch von der WEKO bzw. dem Sekretariat beurteilten Fälle (vgl. Abschnitt B.3.3.2). Danach wird geprüft, ob vorliegend einer der Regelatbestände von Art. 7 Abs. 2 KG erfüllt sein könnte (vgl. Abschnitt B.3.3.3) und schliesslich, ob die Generalklausel von Art. 7 Abs. 1 KG auf den vorliegenden Sachverhalt Anwendung findet (vgl. Abschnitt B.3.3.4). B.3.3.1 Allgemeines zu Art. 7 KG 116. 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

101 Vgl. zum Ganzen BGE 139 I 72, E. 9.3.1 (= RPW 2013/1, 129 E. 9.3.1), Publigroupe SA et al./WEKO, m. w. H.; Urteil des BVGer B-831/2011 vom 18.12.2018, E. 402 ff., Sanktionsverfügung - DCC; Urteil des BVGer, RPW 2015/3, 626 ff. Rz 310 ff., Sanktionsverfügung – Preispolitik Swisscom ADSL, m. w. H.

Unternehmen in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindern oder die Marktge- genseite benachteiligen. Das Kartellrecht verbietet eine marktbeherrschende Stellung nicht, und eine solche ist für sich allein auch nicht missbräuchlich, besteht doch der Sinn des Wett- bewerbs gerade darin, durch Markterfolg und internes Wachstum eine dominierende Stellung zu erreichen.¹⁰² Das marktbeherrschende Unternehmen trägt jedoch eine besondere Verant- wortung für sein Marktverhalten, weshalb dem marktbeherrschenden Unternehmen gewisse Verhaltensweisen untersagt sind. Zum Tatbestandselement der Marktbeherrschung in Art. 7 Abs. 1 KG muss daher als zusätzliches Element eine unzulässige Verhaltensweise hinzutre- ten. Solche Verhaltensweisen setzen ihrerseits einen Missbrauch voraus: Missbraucht wird danach die marktbeherrschende Stellung, welche es einem Unternehmen erlaubt, sich unab- hängig von anderen Marktteilnehmern zu verhalten. Das missbräuchliche Verhalten richtet sich entweder gegen konkurrierende Unternehmen oder gegen die Marktgegenseite (d. h. Lie- feranten oder Abnehmer des behindernden Unternehmens).¹⁰³ 117. Durch den Missbrauch werden einerseits andere Unternehmen (i. d. R. aktuelle oder po- tentielle Konkurrenten; in einem ersten Schritt allerdings auch andere Marktteilnehmer) in der Aufnahme (d. h. durch Errichtung von Marktzutrittsschranken) oder Ausübung des Wettbe- werbs behindert (Behinderungsmissbrauch); unter den Begriff der Behinderung der Ausübung des Wettbewerbs lässt sich eine Vielzahl von Formen subsumieren: disziplinierende Behinde- rung, die marktliche Errungenschaften von Konkurrenten zu zerstören sucht, die preisliche Behinderung und die strategische Behinderung, die andere Wettbewerbsparameter als den Preis betrifft. Bei der Behinderung sowohl in der Aufnahme als auch der Ausübung des Wett- bewerbs spielt es keine Rolle, ob sich diese auf dem Markt des Marktbeherrschers oder auf einem vor- bzw. nachgelagerten Markt aktualisiert. Durch den Missbrauch wird sodann ande- rerseits die Marktgegenseite (d. h. Lieferanten oder Abnehmer des behindernden Unterneh- mens) benachteiligt (Benachteiligungs- bzw. Ausbeutungsmissbrauch), indem dieser ausbeu- terische Geschäftsbedingungen oder Preise aufgezwungen werden. Charakteristisch für die Kategorie des Ausbeutungsmissbrauchs ist das Streben des marktbeherrschenden Unterneh- mens nach ökonomischen Vorteilen durch eine Beeinträchtigung der Interessen von Handels- partnern und Verbrauchern unter Ausnutzung seiner marktbeherrschenden Stellung. Behinde- rungsmissbrauch umfasst dagegen sämtliche Massnahmen beherrschender Unternehmen ausserhalb eines fairen Leistungswettbewerbs, die sich unmittelbar gegen aktuelle und poten- tielle Wettbewerber (Konkurrenten und Handelspartner) richten und diese in ihren Handlungs- möglichkeiten auf dem beherrschten Markt oder benachbarten Märkten einschränken. Ge- wisse Verhaltensweisen von marktbeherrschenden Unternehmen können zugleich behindernd und benachteiligend (ausbeutend) sein; insofern ist es grundsätzlich irrelevant, ob eine zu be- urteilende Verhaltensweise den Begriffen Behinderungs- bzw. Ausbeutungsmissbrauch zuge- wiesen werden kann, welchen ohnehin nur heuristischer Wert zukommt. Massgebend ist aber allemal, dass die Missbräuchlichkeit (einschliesslich der Wettbewerbsschädigung) der stritti- gen Verhaltensweise aufgrund der Einzelfallanalyse festgestellt wird.¹⁰⁴ 118. Verdeutlicht werden die Behinderung und Benachteiligung nach Art. 7 Abs. 1 KG durch einen Beispielkatalog in Art. 7 Abs. 2 KG. Ob die darin aufgeführten Verhaltensweisen miss-

102 Vgl. Urteil des BGer 2C_985/2015 vom 9.12.2019, E. 4.1., Sanktionsverfügung - Preispolitik Swisscom ADSL, vgl. auch BGE 139 I 72, E. 10.1.1 (= RPW 2013/1, 130 f. E. 10.1.1), Publigroupe SA et al./WEKO. 103 Vgl. Urteil des BGer 2C_985/2015 vom

9.12.2019, E. 4.1., Sanktionsverfügung - Preispolitik Swisscom ADSL; BGE 139 I 72, E. 10.1.1 (= RPW 2013/1, 130 f. E. 10.1.1), Publigroupe SA et al./WEKO, m. w. H.; RPW 2016/4, 996 f. Rz 606, Sport im Pay-TV. 104 Vgl. Urteil des BGer 2C_985/2015 vom 9.12.2019, E. 4.2., Sanktionsverfügung – Preispolitik Swisscom ADSL; BGE 139 I 72, E. 10.1.1 ff. (= RPW 2013/1, 130 f. E. 10.1.1), Publigroupe SA et al./WEKO; RPW 2016/4, 997 Rz 607 f., Sport im Pay-TV.

E. 25

bräuchlich sind, ist allerdings im Zusammenhang mit Art. 7 Abs. 1 KG zu beurteilen. Mit anderen Worten ist im Einzelfall zu prüfen, ob eine Verhaltensweise nach Art. 7 Abs. 2 KG eine Behinderung bzw. Benachteiligung i.S. des Art. 7 Abs. 1 KG darstellt. Insofern indizieren die Tatbestände von Abs. 2 nicht per se eine unzulässige Verhaltensweise, weshalb anhand des dualen Prüfungsmusters zu eruieren ist, ob ein unzulässiges Verhalten vorliegt: In einem ersten Schritt sind die Wettbewerbsverfälschungen (d.h. Behinderung bzw. Benachteiligung von Marktteilnehmern) herauszuarbeiten und in einem zweiten Schritt mögliche Rechtfertigungsgründe («legitimate business reasons») zu prüfen. Unzulässiges Verhalten liegt dann vor, wenn kein sachlicher Grund für die Benachteiligung bzw. Ausbeutung oder die Behinderung vorliegt. Solche Gründe liegen insbesondere dann vor, wenn sich das betreffende Unternehmen auf kaufmännische Grundsätze (z. B. Verlangen der Zahlungsfähigkeit des Vertragspartners) stützen kann. Massstab für die Frage, ob es sich um zulässige oder unzulässige Verhaltensweisen handelt, bildet einerseits der Institutionen- und andererseits der Individualschutz oder mit anderen Worten die Gewährleistung von wirksamem Wettbewerb.¹⁰⁵ 119. Für die Auslegung von Art. 7 KG kann auf die Literatur und Praxis zu Art. 102 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union¹⁰⁶ gegriffen werden, wie das Bundesgericht in BGE 139 I 72 bereits festgehalten hat: Da die unzulässigen Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen nach Art. 7 KG im Wesentlichen parallel zu Art. 102 AEUV geregelt sind, kann für die Auslegung und Praxis des Art. 7 KG ohne Weiteres auch die Auslegung und Praxis zu Art. 102 AEUV berücksichtigt werden. Liegen also gleiche Sachlagen vor, so kann primär davon ausgegangen werden, dass sie gleich beurteilt werden sollen. Davon geht implizit auch das Abkommen vom 17. Mai 2013 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Union über die Zusammenarbeit bei der Anwendung ihres Wettbewerbsrechts (SR 0.251.268.1) im dritten Erwägungsgrund aus, da «die Systeme der Schweiz und der [Europäischen] Union für die Durchsetzung des Wettbewerbsrechts auf denselben Grundsätzen beruhen und vergleichbare Vorschriften enthalten».¹⁰⁷ B.3.3.2 Frühere Fälle im Zusammenhang mit der Verwendung von Monopoldaten ¹²⁰. In Bezug auf das vorliegend grundsätzlich zur Diskussion stehende Verhalten, nämlich die Verwendung von Daten aus dem Monopolbereich im Allgemeinen, hat die WEKO bzw. das Sekretariat in der Vergangenheit bereits mehrfach festgehalten, dass die Verwendung von Monopoldaten im Allgemeinen einen Verstoss gegen Art. 7 KG darstellen könnte.¹⁰⁸ 121. Für den vorliegenden Fall gilt es zu betonen, dass die allenfalls kartellrechtlich unzulässige Verhaltensweise aufgrund des voraussichtlich nachweisbaren Sachverhalts darin liegen würde, dass einmalig maximal 1 250 Adressdaten zur Versendung von Werbeschreiben benutzt wurden. Es bestehen damit in Bezug auf den konkreten Sachverhalt diverse Unterschiede zu den früheren Fällen: Vorliegend kann nicht davon ausgegangen werden, dass die A. AG weitere Daten zur Bewerbung ihrer Produkte verwendet hat. Es steht ebenfalls nicht zur Diskussion, dass die A. AG die Werbeschreiben zusammen mit anderer Korrespondenz aus dem Monopolbereich wie insbesondere dem Netzbereich versandt hat. Auch handelte es

sich nicht um eine flächendeckende Werbemassnahme, sondern es wurden einzelne Kundinnen

105 Vgl. Urteil des BGer 2C_985/2015 vom 9.12.2019, E. 4.1., Sanktionsverfügung – Preispolitik Swisscom ADSL; BGE 139 I 72, E. 10.1.1 f. (= RPW 2013/1, 130 f. E. 10.1.1 f.), Publigroupe SA et al./WEKO; RPW 2016/4, 997 Rz 609 f., Sport im Pay-TV. 106 AEUV; ABl. C 115/47 vom 9.5.2008. 107 Vgl. Urteil des BGer 2C_985/2015 vom 9.12.2019, E. 4.3., Sanktionsverfügung – Preispolitik Swisscom ADSL, m. w. H. 108 Vgl. RPW 2014/1, 101 f. Rz 146 ff., Eignerstrategie Energie Wasser Bern (ewb); RPW 2011/4, 503 Rz 166 f., Gebäudeversicherung Bern (GVB); RPW 2013/2, 213 Rz 43, Verfügung vom 18.3.2013 in Sachen Tele 2 vs. Swisscom.

E. 26

und Kunden angeschrieben. Schliesslich geht es vorliegend auch nicht um die Gewährung von Rabattmöglichkeiten bzw. um das Anbieten von Kombiprodukten, sondern – wie erwähnt – ausschliesslich um die einmalige Verwendung von maximal 1 250 Adressen. B.3.3.3 Regeltatbestände gemäss Art. 7 Abs. 2 KG 122. Vorliegend ist nicht ersichtlich, dass einer der Regeltatbestände gemäss Art. 7 Abs. 2 KG erfüllt sein könnte. 123. So steht vorliegend insbesondere auch nicht der Vorwurf im Raum, die A. AG hätte die Daten nicht in gleicher Weise auch Dritten offengelegt und damit Handelspartner diskriminiert, wie dies etwa schon in anderen ähnlich gelagerten Fällen der Fall war (vgl. vorne Rz 120 m. w. H.). Aufgrund der regulatorischen Vorgaben in Art. 10 Abs. 2 StromVG ist es der A. AG ohnehin untersagt, Daten aus dem Monopolbereich weiterzugeben (vgl. vorne Rz 82 und hinten Rz 134). 124. Denkbar wäre vorliegend höchstens ein Verstoss gegen Art. 7 Abs. 2 Bst. e KG, wonach die Einschränkung der Erzeugung, des Absatzes oder der technischen Entwicklung eine missbräuchliche Verhaltensweise darstellt. Unter «Einschränkung des Absatzes» im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. e KG fallen insbesondere Verhaltensweisen eines marktbeherrschenden Unternehmens, welche darauf abzielen, das Marketingspektrum der Konkurrenz zu verringern und dadurch deren Marktzugang künstlich zu beschränken, ohne dass dies eine Folge der normalen Marktentwicklung bzw. des normalen Leistungswettbewerbs wäre. Der Begriff der «Einschränkung» erfasst dabei nur Verhaltensweisen, die Produkte oder Dienstleistungen von Konkurrenten des Marktbeherrschers entweder weniger attraktiv oder weniger absetzbar machen. Die Einschränkung des Absatzes kann verschiedene Formen annehmen. Das Unternehmen kann mit bilateralen Handlungen, meistens in Verträgen mit Handelspartnern oder Dritten, den Absatz von Konkurrenten einschränken, wie z. B. in Form von Rabatten.¹⁰⁹ So kann ein marktbeherrschendes Unternehmen seinen Geschäftspartnern Vorzugskonditionen anbieten. Dadurch wird für die Geschäftspartner der Anreiz geschaffen, von diesen günstigen Konditionen zu profitieren und auf Alternativangebote zu verzichten, was eine Absatzschränkung der Konkurrenz bewirkt.¹¹⁰ 125. Verhaltensweisen, welche die Produkte oder Dienstleistungen des beherrschenden Unternehmens zweckmässiger oder besser verfügbar machen oder die Behinderung von Konkurrenten, die auf höherwertige Leistungen des marktbeherrschenden Unternehmens zurückzuführen sind, dürfen demgegenüber nicht unter die Bestimmung fallen, selbst wenn dabei zwangsläufig eine Einschränkung im Sinne des Gesetzeswortlauts vorliegt.¹¹¹ Vorliegend könnte die A. AG durch die Verwendung der Monopoldaten allenfalls einfacher einen Erstkontakt zu potentiellen Kundinnen und Kunden für Ihr Produkt «X» herstellen. Anders ausgedrückt konnte sie sich durch die Verwendung der Monopoldaten allenfalls besser selber

vermarkten. Dadurch kann der Absatz der Konkurrenten zwar potentiell eingeschränkt werden, dies ist aber eben nicht auf eine Verhaltensweise zurückzuführen, welche die Produkte oder Dienstleistungen von Konkurrenten weniger absetzbar macht. Vielmehr wäre dies höchstens eine Folge davon, dass das marktbeherrschende Unternehmen aufgrund der Nutzung der Monopoldaten

109 Vgl. MARC AMSTUTZ/BLAISE CARRON in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, (nachfolgend: BSK KG), Art. 7 KG N 443 m. w. H. 110 Vgl. BSK KG-AMSTUTZ/CARRON (Fn 109), Art. 7 KG N 446. 111 Vgl. RPW 2016/1 125 Rz 455, Online-Buchungsplattformen für Hotels, m. w. H.; LUCA STÄUBLE/FELIX SCHRANER, in: DIKE Kommentar, Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, Zäch et al. (Hrsg.), 2018, (nachfolgend: DIKE KG), Art. 7 N 464 ff.

E. 27

zielgerichteter Werbung betreiben kann und in diesem Sinne eine bessere Ausgangssituation hat, um den angeschriebenen Kundinnen und Kunden ein Angebot unterbreiten zu können. 126. Würde man Art. 7 Abs. 2 Bst. e KG hingegen weit auslegen, das heisst so weit, dass vom Tatbestand jegliche Einschränkung des Absatzes von Konkurrenten umfasst würde, würde dieser Tatbestand quasi in jedem Fall zur Anwendung gelangen, da grundsätzlich jedes missbräuchliche Verhalten eines marktbeherrschenden Unternehmens zumindest indirekt zur Folge hat oder haben soll, dass der Absatz der Konkurrenten sinkt. Daher könnte der Tatbestand von Art. 7 Abs. 2 Bst. e KG vorliegend wohl nicht herangezogen werden. Die Verwendung von Monopoldaten wäre daher eher als eigenständige Form eines potentiell missbräuchlichen Verhaltens durch ein marktbeherrschendes Unternehmen gemäss Art. 7 Abs. 1 KG zu qualifizieren. B.3.3.4 Tatbestand von Art. 7 Abs. 1 KG 127. 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 Marktgegenseite benachteiligen. 128. Damit der Tatbestand von Art. 7 Abs. 1 KG erfüllt wird, müssen nach Auffassung des Sekretariats ausgehend vom BVGer Urteil i. S. DCC im vorliegenden Fall folgende Tatbestandsmerkmale vorliegen: ■ Es liegt eine missbräuchliche Verhaltensweise vor. ■ Die Verhaltensweise ist geeignet, den Wettbewerb zu behindern. ■ Die missbräuchliche Verhaltensweise lässt sich nicht durch «Legitimate Business Reasons» begründen. 129. Ob eine Verhaltensweise missbräuchlich im Sinne von Art. 7 Abs. 1 KG ist, kann nur zusammen mit der Frage beantwortet werden, ob diese Verhaltensweise im Allgemeinen überhaupt geeignet ist, den Wettbewerb zu behindern (vgl. hinten Rz 132 und 136). Deshalb können diese beiden Kriterien grundsätzlich nicht losgelöst voneinander betrachtet werden. B.3.3.4.1. Vorliegen einer missbräuchlichen Verhaltensweise 130. Die Missbräuchlichkeit einer Verhaltensweise ist stets aufgrund einer Einzelfallanalyse festzustellen. 112 131. Wie bereits erwähnt (vgl. vorne Rz 117), fallen unter den Begriff des Missbrauchs sämtliche Massnahmen beherrschender Unternehmen ausserhalb eines fairen Leistungswettbewerbs, die sich unmittelbar gegen aktuelle und potentielle Wettbewerber (Konkurrenten und Handelspartner) richten und diese in ihren Handlungsmöglichkeiten auf dem beherrschten Markt oder benachbarten Märkten einschränken. Ziel der in Art. 7 KG statuierten Verhaltensregeln für marktbeherrschende Unternehmen ist es, Wettbewerber sowie auf der Marktgegenseite agierende Marktteilnehmer davor zu schützen, dass sie durch nicht leistungsbezogene Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen in

ihrer Handlungsfreiheit beeinträchtigt werden.¹¹³

112 Vgl. BGE 139 I 72 E. 10.1.1, STÄUBLE/SCHRANER, DIKE-KG (Fn 111), Art. 7 N 75 ff. 113 Vgl. STÄUBLE/SCHRANER, DIKE-KG (Fn 111), Art. 7 N 7.

E. 28

132. Der EuGH erachtet ein unternehmerisches Verhalten dann als missbräuchlich i. S. v. Art. 102 AEUV, wenn «die Aufrechterhaltung des auf dem Markt noch bestehenden Wettbewerbs oder dessen Entwicklung durch die Verwendung von Mitteln behindert wird], welche von den Mitteln eines normalen Produkt- oder Dienstleistungswettbewerbs auf der Grundlage der Leistungen der Marktbürger abweichen». ¹¹⁴ Die Frage nach der Missbräuchlichkeit einer Verhaltensweise kann demzufolge immer nur unter Berücksichtigung ihrer konkreten wettbewerblichen Auswirkungen – bzw. ihrer Eignung dazu – erfolgen. Eine allgemeingültige Begriffsdefinition ist hierzu weder erforderlich noch geeignet. Denn durch eine zu enge Umschreibung der Missbräuchlichkeit bestünde die Gefahr, dass Verhaltensweisen nicht von Art. 7 KG erfasst würden, die gemessen an ihren Auswirkungen wettbewerbswidrig wären. ¹¹⁵ Umgekehrt muss dies aber auch bedeuten, dass ein auf den ersten Blick allenfalls missbräuchlich erscheinendes Verhalten nicht wettbewerbswidrig sein kann, wenn das konkrete Verhalten nicht geeignet ist, den Wettbewerb zu beeinträchtigen. 133. Der Begriff «missbräuchlich» ist somit gleichbedeutend mit «wettbewerbswidrig». ¹¹⁶ Folglich ist eine Verhaltensweise grundsätzlich dann missbräuchlich, wenn sich das betreffende Unternehmen unter Wettbewerbsbedingungen nicht identisch verhalten könnte, ohne gleichzeitig einen Wettbewerbsnachteil zu riskieren. ¹¹⁷ 134. Die Nutzung von eigenen Daten stellt an sich kein missbräuchliches Verhalten im Sinne von Art. 7 Abs. 1 KG dar. Der Umstand, dass geschäftsrelevante Informationen unternehmensintern ausgetauscht werden, stellt vielmehr einen üblichen und kartellrechtlich grundsätzlich unbedenklichen Vorgang dar. ¹¹⁸ Das missbräuchliche Verhalten könnte im vorliegenden Zusammenhang allenfalls darin erblickt werden, dass die A. AG einen Informationsvorsprung nutzte, der ihr lediglich durch die Verwendung der Netzdaten bzw. der Daten aus dem Bereich der Grundversorgung – also aus Monopolbereichen – zukommt und insofern nicht auf einer leistungsbezogenen Verhaltensweise beruht, da sie sich die Monopolstellung nicht selbst erarbeitet hat. Dass die Verwendung von Monopoldaten [...] grundsätzlich nicht erlaubt ist, ergibt sich auch bereits aus Art. 10 Abs. 2 StromVG, welcher ausdrücklich festhält, dass wirtschaftlich sensible Informationen, die aus dem Betrieb der Elektrizitätsnetze gewonnen werden, nicht für andere Tätigkeitsbereiche genutzt werden dürfen. Dies könnte dahingehend ausgelegt werden, dass es sich bei der Verwendung von Monopoldaten [...] um eine missbräuchliche Verhaltensweise im Sinne von Art. 7 Abs. 1 KG handelt. B.3.3.4.2. Eignung zur Wettbewerbsbehinderung und Kausalzusammenhang a) Allgemeine Ausführungen 135. 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. ¹¹⁹ Demzufolge ist es für das Vorliegen des Kriteriums einer Wettbewerbsverfälschung bereits ausreichend, dass sich gewisse nachteilige Einwirkungen auf den Wettbewerb ergeben können. ¹²⁰

114 Vgl. EuGH vom 13.2.1979, 85/76, Hoffmann-La Roche gegen Kommission, Slg. 1979, 461 Rz 91. 115 Vgl. STÄUBLE/SCHRANER, DIKE-KG (Fn 111), Art. 7 N 74. 116 Vgl. BGE 139 I 72 E. 8.2.3. 117 Vgl. STÄUBLE/SCHRANER, DIKE-KG (Fn 111), Art. 7 N

75, m. w. H. 118 Vgl. RPW 2014/1, 102 Rz 147, Eignerstrategie Energie Wasser Bern (ewb). 119 Vgl. RPW 2016/4, 1002 Rz 652, Sport im Pay-TV. 120 Vgl. dazu auch Urteil des BVGer B-831/2011 vom 18.12.2018, E. 1156, Sanktionsverfügung – DCC.

E. 29

136. Bei der Beurteilung, ob ein Verhalten missbräuchlich im Sinne von Art. 7 Abs. 1 sein könnte, muss zuerst aufgezeigt werden, inwiefern dieses grundsätzlich geeignet ist, den Wettbewerb zu behindern. Nur dann kann überhaupt qualifiziert werden, ob ein wettbewerbswidriges und damit missbräuchliches Verhalten vorliegt. Konkret bedeutet dies, dass zuerst anhand einer ökonomischen Schädigungstheorie aufgezeigt werden müsste, dass das in Rede stehende Verhalten – die Verwendung von Monopoldaten – im Allgemeinen überhaupt geeignet ist, den Wettbewerb zu verfälschen bzw. beschränken.

137. In einem weiteren Schritt wäre dann zu beurteilen, ob das zur Diskussion stehende Verhalten im konkreten Einzelfall geeignet war, den Wettbewerb zu verfälschen bzw. beschränken. Da die Eignung zur Wettbewerbsverfälschung in Bezug auf die konkrete Verhaltensweise der A. AG – wie nachfolgend aufgezeigt wird (vgl. hinten Rz 146 ff.) – nicht bejaht werden kann, kann vorliegend darauf verzichtet werden, anhand einer ökonomischen Schädigungstheorie aufzuzeigen, inwiefern die Verwendung von Monopoldaten im Allgemeinen überhaupt geeignet ist, den Wettbewerb zu verfälschen.

138. Für die Erfüllung des Tatbestandsmerkmals der Wettbewerbsverfälschung müssen keine tatsächlichen Auswirkungen nachgewiesen werden. Massgeblich ist die Wahrscheinlichkeit einer Schädigung und nicht der Nachweis einer tatsächlich eingetretenen Schädigung.¹²¹ Art. 7 KG statuiert weder die Voraussetzung, dass nachteilige Einwirkungen auf den Wettbewerb tatsächlich eintreten müssen, noch die Voraussetzung, dass die konkreten tatsächlichen Auswirkungen im Rahmen einer ex post-Betrachtung zu berücksichtigen sind. Massgebend ist vielmehr allein das Potential des jeweiligen wirtschaftlichen Verhaltens eines marktbeherrschenden Unternehmens zur Herbeiführung einer weiteren Beeinträchtigung des Wettbewerbs, der aufgrund der Stellung des marktbeherrschenden Unternehmens bereits geschwächt ist.¹²² Es genügt somit der Nachweis einer potentiellen wettbewerbschädigenden Wirkung, durch die zumindest ebenso leistungsfähige Wettbewerber wie das beherrschende Unternehmen verdrängt werden könnten,¹²³ wobei die wettbewerbschädigende Wirkung nicht rein hypothetischer Natur sein darf.¹²⁴ 139. 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.¹²⁵ 140. Schliesslich muss zwischen dem missbräuchlichen Verhalten, d.h. dem Missbrauch der marktbeherrschenden Stellung, und seinen wettbewerbswidrigen Auswirkungen ein kausaler Zusammenhang bestehen.¹²⁶ Dieser Bezug ist unverzichtbar, weil ansonsten ungesichert bleibt, ob die Wettbewerbsbeeinträchtigung dem marktbeherrschenden Unternehmen zuzurechnen ist, was sowohl ökonomisch als auch rechtsstaatlich nicht hinzunehmen ist. Wie dieser Kausalzusammenhang in der Praxis zu erstellen ist, hängt von den konkreten Umständen

121 Vgl. Urteil des BVGer B-831/2011 vom 18.12.2018, E. 1207, Sanktionsverfügung – DCC. 122 Vgl. Urteil des BVGer B-831/2011 vom 18.12.2018, E. 1406, Sanktionsverfügung – DCC.

123 Vgl. EuGH, EU:C:2015:651, Post Danmark II, Ziff. 66; EuGH, EU:C:2011:83, TeliaSonera Sverige, Rz 64. 124 Vgl. EuGH, EU:C:2015:651, Post Danmark II, Ziff. 65. 125 Vgl. Urteil des BVGer B-831/2011 vom 18.12.2018, E. 1146,

Sanktionsverfügung – DCC. 126 Vgl. RPW 2016/1, 124, Rz 448, Online-Buchungsplattformen für Hotels; vgl. in diesem Sinne auch BGE 129 II 497, E. 6.1.; BSK KG- AMSTUTZ/CARRON (Fn 109), Art. 7 KG N 21; STÄUBLE/SCHRANER, DIKE-KG (Fn 111), Art. 7 N 30.

E. 30

des Einzelfalls ab; eine allgemein gültige Regel besteht nicht.¹²⁷ Ein monokausaler Nachweis des Eintritts von tatsächlichen Auswirkungen ist jedoch nicht notwendig.¹²⁸ b) Vorliegend fehlende Eignung zur Wettbewerbsbehinderung und fehlende Kaufkraft.¹⁴¹ In Bezug auf die Frage nach der Eignung zur Wettbewerbsverfälschung ist vordergründig zu unterscheiden, ob Monopoldaten im Allgemeinen geeignet sind den Wettbewerb zu verfälschen, ob Adressdaten aus dem Monopolbereich im Allgemeinen geeignet sind den Wettbewerb zu verfälschen und schliesslich ob der konkret vorliegende Sachverhalt geeignet war bzw. ist den Wettbewerb zu verfälschen (vgl. vorne Rz 136 f.).¹⁴² Die Verwendung von Monopoldaten im Allgemeinen könnte grundsätzlich durchaus zu Wettbewerbsverfälschungen führen. Es ist jedoch für jeden Einzelfall gesondert festzustellen, ob dies auch auf die konkrete Verhaltensweise zutrifft. Daten wie Kontaktdaten, aber vor allem Daten, welche etwa Auskunft über die Eigenschaften, das Verhalten und die Interessen von Kundinnen und Kunden geben, können gezielt dazu verwendet werden, um diese zu steuern und deren Kaufverhalten zu beeinflussen. Wenn nun solche Daten nur dem marktbeherrschenden Unternehmen zur Verfügung stehen und deren Wettbewerber nicht über diese Daten verfügen und auch nicht die Möglichkeit haben, an diese Daten zu gelangen, kann die Nutzung dieser Daten durch das marktbeherrschende Unternehmen geeignet sein, den Wettbewerb zu verfälschen. Es ist dabei allerdings zu unterscheiden, ob die benutzten Daten für Dritte ebenfalls zugänglich bzw. erhältlich sind oder ob es sich um Daten handelt, die in dieser Form nur dem Inhaber zur Verfügung stehen und von Wettbewerbern nicht beschafft werden können. Weiter ist für jeden Einzelfall gesondert zu berücksichtigen, welche konkreten Daten verwendet wurden, wie oft und wie viele Daten verwendet wurden und zu welchem Zweck sie genau genutzt wurden.¹⁴³ In diesem Zusammenhang ist auf den Bundesgerichtsentscheid «Glarnersach»¹²⁹ hinzuweisen. Dieses Urteil wurde in der Literatur kontrovers diskutiert und hat teils zu Kritik geführt.¹³⁰ Im betreffenden Entscheid hatte das Bundesgericht im Rahmen einer abstrakten Normenkontrolle insbesondere die Konformität des Glarner Gesetzes über die Kantonale Sachversicherung mit der Bundesverfassung und dem internationalen Recht zu beurteilen. Dem Urteil lag folglich keine gestützt auf das Kartellgesetz ergangene Verfügung der WEKO zu Grunde. Ebenso wenig äusserte sich das Bundesgericht darin dazu, welche Voraussetzungen für einen Verstoss gegen das Kartellgesetz erfüllt sein müssen. Das Bundesgericht hielt vielmehr fest, dass die Glarnersach uneingeschränkt dem Wettbewerbsrecht und insbesondere dem Kartellgesetz unterstehe. Sollte die Glarnersach durch ihre Geschäftstätigkeit gegen

¹²⁷ Vgl. BSK KG- AMSTUTZ/CARRON (Fn 109), Art. 7 KG N 21. ¹²⁸ Vgl. Urteil des BVerfG B-831/2011 vom 18.12.2018, E. 1211, Sanktionsverfügung – DCC. 129 BGE 138 I 378. ¹³⁰ Vgl. PETER HÄNNI/ANDREAS STÖCKLI, Schweizerisches Wirtschaftsverwaltungsrecht, Bern 2013, N 1694 ff. (zit. Hänni/Stöckli); GIOVANNI BIAGGINI, Urteilsbesprechung zum Bundesgerichtsentscheid «Glarnersach», in: ZBl 113/2012, 665-674; RAPHAEL KRAEMER/ANDREAS STÖCKLI, Grenzenlose Staatswirtschaft? Bemerkungen zum Bundesgerichtsurteil «Glarnersach» vom 3. Juli 2012, recht

2013 28-45 (zit. KRAEMER/STÖCKLI); STEPHAN FUHRER, Anmerkungen zu privatversicherungsrechtlichen Entscheidungen des Bundesgerichts, HAVE 2012 429-437; PETER HETTICH, Entscheidungsbesprechung des Bundesgerichtsurteils vom 3. Juli 2012, AJP 2012 1467-1471; ANDREAS ABEGG/MARCO FREI, Eintritt des Staates in den Wettbewerb, Eine funktionale Sicht auf die Bundesgerichtsentscheide Glarnersach (138 I 378) und Publicom AG (143 II 425), recht 2018 142-154; MARKUS SCHOTT, Der «Wettbewerb der Systeme», Überlegungen zu einem obiter dictum des Bundesgerichts im Fall Glarnersach (BGE 138 I 378), in: Mehr oder weniger Staat? Festschrift für Peter Hänni zum 65. Geburtstag, Bern 2015, 387-396.

E. 31

wettbewerbsrechtliche Bestimmungen verstossen, so könne ein solches Verhalten mit den dafür vorgesehenen Mitteln des Kartellgesetzes geahndet werden.¹³¹ 144. Gemäss herrschender Lehre und Rechtsprechung ist es zwar grundsätzlich zulässig, dass öffentliche Unternehmen privatwirtschaftlich tätig werden. Allerdings muss diese privatwirtschaftliche Staatstätigkeit auf einer gesetzlichen Grundlage beruhen, im öffentlichen Interesse liegen sowie verhältnismässig und wettbewerbsneutral ausgestaltet sein.¹³² Bei der Beurteilung der Wettbewerbsneutralität des Glarner Gesetzes kam das Bundesgericht zum Schluss, dass die Glarnersach zwar faktisch einen gewissen Wettbewerbsvorteil habe, indem sie infolge ihres Monopols für die Gebäudeversicherung bereits von Gesetzes wegen mit allen Gebäudeeigentümern im Kontakt stehe und deshalb bei der Akquisition für andere Versicherungszweige gegebenenfalls bereits vorhandene Daten nutzen oder Kombiprodukte anbieten könne. Eine rechtliche Bevorzugung der Glarnersach bestehe in dieser Hinsicht freilich nicht. Die faktische Bevorzugung dürfte zudem bescheiden sein, da sie sich auf den Anfangskontakt beschränke. Eine ins Gewicht fallende Wettbewerbsverzerrung sei unter diesen Umständen nicht zu erwarten.¹³³ In der Literatur wurden diese Ausführungen kritisch aufgenommen. So wurde etwa angemerkt, dass gerade im Versicherungswesen der vom Bundesgericht beschriebene «Anfangskontakt» von entscheidender Bedeutung sei. So würden die meisten Versicherungsnehmer – nicht zuletzt aus Gründen der Bequemlichkeit – möglichst sämtliche Versicherungen nach Möglichkeit bei demselben Versicherungsunternehmen abschliessen. Dies werde von den Versicherungsunternehmen auch dadurch unterstützt, dass Kombiprodukte angeboten bzw. Rabatte beim Abschluss mehrerer Versicherungen gewährt würden. Zudem dürfe bei der Beurteilung einer allfälligen Verletzung des Grundsatzes der Wettbewerbsneutralität nicht zwischen rechtlicher und faktischer Bevorzugung unterschieden werden. Vielmehr seien sowohl rechtliche als auch faktische Privilegierungen problematisch.¹³⁴ 145. Nach Auffassung des Sekretariats verhält es sich nicht so, dass die Verwendung von einem Anfangskontakt ermöglichenden Daten aus einem gesetzlichen Monopolbereich aus kartellrechtlicher Sicht per se unproblematisch wäre. Je nach den konkreten Verhältnissen kann ein solches Verhalten die Tatbestandmerkmale von Art. 7 Abs. 1 KG erfüllen. Je nach Dienstleistung, für die mittels Adressdaten aus einem Monopolbereich geworben wird, kann nämlich bereits die Ermöglichung eines Erstkontakts zu nicht zu vernachlässigenden Wettbewerbsvorteilen führen. Wesentlich für die kartellrechtliche Beurteilung ist zudem, über welchen Zeitraum und in welchem Ausmass Adressdaten aus dem Monopolbereich für die Akquisition in benachbarten Dienstleistungsmärkten verwendet wurden. Weiter ist zu berücksichtigen, ob Konkurrenten in den Dienstleistungsmärkten in zumutbarer Weise die Möglichkeit hatten, sich die betreffenden Adressdaten ebenfalls zu beschaffen. Ein weiterer relevanter Aspekt ist beispielsweise die Kostenersparnis aufgrund der Verwendung

der Adressdaten. Die Verwendung von Adressdaten aus dem Monopolbereich im Allgemeinen kann somit durchaus geeignet sein, den Wettbewerb zu verfälschen. 146. Wie bereits mehrfach ausgeführt wurde, bestehen aufgrund der Akten Anhaltspunkte dafür, dass die A. AG vorliegend Adressdaten aus dem Monopolbereich verwendet hat. Es liegen jedoch keine Hinweise vor, dass die A. AG auch anderweitige Monopoldaten für

131 Vgl. BGE 138 I 378 E. 9.4. 132 Vgl. BGE 138 I 378 E. 6.3.2; HÄNNI/STÖCKLI (Fn 130), N 1717 ff.; RHINOW/SCHMID/BIAGGINI/ UHLMANN, Öffentliches Wirtschaftsrecht, 2. Aufl. Basel 2011, § 18 N 53 ff.; PIERRE TSCHANNEN/ULRICH ZIMMERLI/MARKUS MÜLLER, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Aufl., Bern 2014, § 10 N 24 f.; STEFAN VOGEL, Der Staat als Marktteilnehmer: Voraussetzungen der Zulässigkeit wirtschaftlicher Tätigkeit des Gemeinwesens in Konkurrenz zu Privaten, Diss. Zürich 2000, 116 ff. 133 Vgl. BGE 138 I 378 E. 9.4. 134 Vgl. KRAEMER/STÖCKLI (Fn 132), 39.

E. 32

Werbemassnahmen o. ä. benutzt hat. Diese Adressdaten können grundsätzlich auch von Dritten bei Adresshändlern erworben werden. Folglich ist ein Wettbewerber ebenfalls in der Lage, solche Daten zu verwenden, um damit den gleichen Effekt zu erzielen. Zudem kann davon ausgegangen werden, dass Wettbewerber diesbezüglich auch in qualitativer Hinsicht nicht benachteiligt würden und der von der A. AG verwendete Datensatz in der gleichen Qualität am Markt eingekauft werden könnte (vgl. vorne Rz 35). Der einzige Unterschied in Bezug auf die Nutzung der zur Diskussion stehenden Adressen zwischen der A. AG und deren Wettbewerbern besteht somit darin, dass Dritte für die Nutzung der Adressen etwas bezahlen müssten, während sie von der A. AG «gratis» genutzt werden konnten. Die Monopolstellungen im Strombereich haben somit zu einem Informationsvorsprung der A. AG geführt, welcher ihr zu einem Minderaufwand gegenüber deren Konkurrenzunternehmen verholfen hätten, falls diese die gleiche Werbemassnahme hätten ergreifen wollen. Dieser Minderaufwand beinhaltet sodann aber lediglich die Beschaffung der Adressen. Anderweitige Unterschiede sind nicht ersichtlich; insbesondere hat die A. AG die Werbung auch nicht zusammen mit anderer Korrespondenz aus den Monopolbereichen – wie etwa der Stromrechnung – versandt. 147. Das Werbeschreiben nahm sodann nicht Bezug auf irgendwelche Eigen- und Besonderheiten der Angesprochenen, sondern richtete sich grundsätzlich an jedermann, der Interesse an einer PV-Anlage haben könnte und lud zu einer entsprechenden Informationsveranstaltung ein. Es wurden zudem höchstens 1 250 Personen angeschrieben, das heisst es wurden «nur» 1 250 Adressen für ein einmaliges und unspezifisches Werbeschreiben verwendet (vgl. Rz 50 ff). Bringt man dies in Relation zu den [...] A. AG Stromkunden und dem noch um ein Vielfaches grösseren potentiellen Kundenkreis für die Installation von PV-Anlagen im Tätigkeitsgebiet der A. AG (Radius von 60 bis 100 km um [...]); vgl. vorne Rz 110), so kann auch nicht von einer flächendeckenden Aktion gesprochen werden. Zudem ist weder ein dauerhaftes noch ein systematisches Vorgehen der A. AG zu erkennen; die A. AG spricht in diesem Zusammenhang gar von einem Versehen (vgl. vorne Rz 44). 148. Es stellt sich sodann die Frage, ob ein Werbeschreiben überhaupt geeignet sein kann, jemanden dazu zu bewegen, eine PV-Anlage zu kaufen und installieren zu lassen. Mit anderen Worten ist fraglich, ob ein Werbeschreiben überhaupt kausal für den Kaufentscheid einer PV-Anlage sein kann. Zumindest für den vorliegenden Einzelfall erscheint dies höchst unwahrscheinlich. Es ist vielmehr davon auszugehen, dass sich die Kundinnen und Kunden aus

meh- reren verschiedenen Gründen für das Produkt «X» der A. AG entschieden haben. Hervorzu- heben ist dabei insbesondere auch, dass das Produkt im Frühjahr 2016 neu auf dem Markt erschienen war und in vielseitiger Hinsicht beworben wurde (vgl. Rz 61 f.). Die A. AG ist den Privatkunden im A. AG-Stromversorgungsgebiet zudem bereits als Stromlieferantin und Netz- betreiberin bekannt und geniesst als staatsnahes Unternehmen ein gewisses Vertrauen und Ansehen. Im Übrigen lässt sich im Nachhinein kaum mehr rekonstruieren, weshalb sich eine Kundin oder ein Kunde für «X» und nicht für das PV-Produkt eines anderen Wettbewerbers entschieden hat. Es erscheint aber am wahrscheinlichsten, dass es eine Kombination ver- schiedener Faktoren gewesen sein wird, die zur Wahl des Produkts «X» bzw. des Unterneh- mens A. AG geführt haben könnte. Ein einziges Werbeschreiben ist schliesslich auch nach der allgemeinen Lebenserfahrung kaum geeignet, eine Kundin oder einen Kunden zu über- zeugen, eine PV-Anlage für mehrere tausend Franken zu kaufen. Bei einer PV-Anlage handelt es sich um eine erhebliche Investition, welche in aller Regel auf reiflicher Überlegung und umfassenden Abklärungen beruht. Auch kann davon ausgegangen werden, dass die Durch- schnittskundin resp. der Durchschnittskunde bei Investitionen in dieser Höhe in der Regel Of- ferten von verschiedenen Anbietern einholt. Das Schreiben der A. AG hat bei den Kundinnen und Kunden bestenfalls den Stein ins Rollen gebracht, sich überhaupt über die Anschaffung einer PV-Anlage Gedanken zu machen. Selbst wenn das Werbeschreiben somit zu einem Anfangskontakt zwischen potentiellen Kundinnen und Kunden und der A. AG geführt haben sollte, kann daraus nicht der Schluss gezogen werden, dass das Schreiben ursächlich für den Kaufentscheid einer Kundin resp. eines Kunden war.

E. 33

149. Eine Verhaltensweise braucht zwar nicht monokausal für die Wettbewerbsverfälschung zu sein (vgl. vorne Rz 140), dennoch muss sich die Wettbewerbsverfälschung auf das fragliche unzulässige Verhalten zurückführen lassen, was vorliegend nicht möglich scheint. Auch die Konkurrentinnen der A. AG gingen wohl nicht davon aus, dass ein einziges Werbeschreiben genügt, um eine Kundin oder einen Kunden zum Kauf einer PV-Anlage zu bewegen. Andern- falls würde wohl jedes in diesem Bereich tätige Unternehmen Adressen einkaufen, um Wer- beschreiben zu verschicken, wenn effektiv eine realistische Chance bestehen würde, dass eine nicht unerhebliche Anzahl der angeschriebenen Personen allein gestützt auf ein solches nicht personalisiertes Schreiben eine PV-Anlage kaufen würde. Die Konkurrenten von A. AG haben [...].¹³⁵ Auch bei der A. AG war das Werbeschreiben nur eine von zahlreichen weiteren Werbemassnahmen für «X» (vgl. Rz 61 f.). Zusammenfassend ist daher davon auszugehen, dass die fraglichen Werbeschreiben der A. AG nicht kausal für den Kaufentscheid einer Kundin oder eines Kunden für das PV-Produkt «X» waren bzw. sein konnten. Insofern fehlt es am Nachweis der Kausalität zwischen dem mutmasslich kartellrechtswidrigen Verhalten (Verwen- dung von Adressdaten aus dem Monopolbereich) und dessen potentiellen Auswirkungen (Wahl der A. AG als Beauftragte). 150. Ginge man davon aus, dass das vorliegende Werbeschreiben für den Entscheid zur In- stallation einer PV-Anlage kausal sein könnte, stellt sich weiter die Frage, ob dieser Umstand geeignet wäre, den Wettbewerb zu verfälschen. Dabei ist in erster Linie zu beachten, dass auch die Konkurrenzunternehmen der A. AG bei Bedarf die Möglichkeit gehabt hätten, Adres- sen von potentiellen Kundinnen und Kunden für PV-Anlagen einzukaufen, um anschliessend ebenfalls Werbeschreiben zu versenden. Im Gegensatz zur A. AG, welche aufgrund ihrer Mo- nopolstellung im Strombereich bereits über die entsprechenden Adressen verfügte, hätten

die Konkurrenten für die Benutzung solcher Adressen in gleicher Menge und Qualität jedoch rund CHF 2 900.– bezahlen müssen (vgl. Rz 54 ff.). Bei den Wettbewerbern der A. AG im Bereich Installation von PV-Anlagen handelt es sich in aller Regel nicht um Kleinunternehmen, welche nicht in der Lage wären, rund CHF 2 900.– für eine Werbeaktion auszugeben. Setzt man diesen Betrag ins Verhältnis zu den Kosten für andere Werbemassnahmen in der Höhe von mehreren tausend Franken und zum Umsatz, der bereits mit dem Verkauf von wenigen PV-Anlagen generiert werden kann, zeigt sich, dass alleine der Umstand, dass ein Unternehmen gegenüber einem Konkurrenzunternehmen einen Minderaufwand von CHF 2 900.– hat, in diesen Grössenverhältnissen nicht geeignet ist, den Wettbewerb zu verfälschen. Auch zeigt sich anhand der vorliegenden Umsatzzahlen, dass die Einführung von «X» zwar Wirkungen auf das Wettbewerbsumfeld hatte, diese Wirkungen aber von sehr kurzfristiger Natur waren und die A. AG bereits zwei Jahre nach dem Markteintritt mit erheblichen Umsatzeinbussen zu kämpfen hatte, sodass sie dieses Geschäftsfeld per Juni 2020 ganz aufgegeben hat (Rz 69 und 73). Insgesamt zeigt sich damit, dass das voraussichtlich nachweisbare Verhalten der A. AG – der Versand der Werbeschreiben durch Verwendung von maximal 1 250 Adressen aus dem Monopolbereich – nicht geeignet war, (ebenso leistungsfähige) Wettbewerber wie das beherrschende Unternehmen auf den relevanten Märkten zu behindern (vgl. vorne Rz 138). Denn auch die Konkurrenten der A. AG wären durchaus in der Lage gewesen, mit relativ geringfügigen finanziellen Mitteln gleichartige Werbemassnahmen zu ergreifen, falls sie sich davon einen positiven Effekt versprochen hätten. 151. Schliesslich bleibt anzumerken, dass sich die kartellrechtliche Betrachtung nicht nur auf das Werbeschreiben an sich fokussieren darf, sondern auch die Gesamtumstände berücksichtigt werden müssen. So führte etwa ein Wettbewerber im Zusammenhang mit der Beantwortung des Auskunftsbegehrens des Sekretariats vom 3. März 2020 aus, dass es durch die Werbung für die «X»-PV-Anlagen zur einer «Marktbelegung» gekommen sei, weshalb nicht gesagt werden könne, dass ihn das Verhalten der A. AG effektiv Kundinnen und Kunden gekostet

135 Vgl. Stellungnahmen [...], jeweils Antwort auf Frage 4.

E. 34

hätte. 136 Daraus erhellt, dass die Werbemassnahmen der A. AG allenfalls ebenso geeignet waren, potentiellen Kundinnen und Kunden, die Installation einer PV-Anlage schmackhaft zu machen, diese Kundinnen und Kunden sich dann aber letztendlich nicht für «X», sondern für die PV-Anlage eines Konkurrenzunternehmens entschieden. Insofern könnten das zur Diskussion stehende Werbeschreiben sowie die von der A. AG lancierten Werbemassnahmen insgesamt auch zu einer Belegung des Marktes geführt haben, von welcher nicht nur die A. AG, sondern auch ihre Wettbewerber profitiert haben. Darauf deuten auch die vorliegenden Umsatzzahlen hin, welche im Jahr 2017 einen erheblichen Anstieg des Gesamtmarktvolumens aufzeigen (vgl. vorne Rz 69). c) Fazit 152. Insgesamt ist damit festzuhalten, dass Anhaltspunkte dafür bestehen, dass es sich bei den in Rede stehenden Daten um maximal 1 250 Adressen gehandelt hat, welche einmalig für die Versendung eines Werbeschreibens verwendet wurden. Die entsprechenden Adressen hätten auch von Dritten für rund CHF 2 900.– bei einem beliebigen Adresshändler eingekauft werden können. Damit wären die Konkurrenten der A. AG in der Lage gewesen, die gleiche Werbemassnahme für ihre eigenen Produkte und Dienstleistungen zu ergreifen. Ein einziges Werbeschreiben dürfte kaum ursächlich für den Kaufentscheid einer PV-Anlage im Wert von mehreren tausend Franken gewesen sein. Es erscheint vielmehr als

überwiegend wahrscheinlich, dass eine Kombination verschiedener Faktoren wie diverse Werbemassnahmen, Ansehen und Bekanntheit des Anbieters, Einholen und Vergleich von verschiedenen Offerten etc. zum Entscheid eines Käufers für die eine oder andere PV-Anlage geführt hat. Selbst wenn schliesslich von einer solchen Ursächlichkeit zwischen Werbeschreiben und Kaufentscheid auszugehen wäre, wäre der vorliegende Sachverhalt nicht geeignet, den Wettbewerb zu beschränken. Jeder Konkurrent der A. AG wäre in der Lage gewesen durch den Einsatz von rund CHF 2 900.– den gleichen Effekt zu erzielen. Allein der Umstand, dass die A. AG gegenüber ihren Konkurrenten einen Minderaufwand von CHF 2 900.– hatte, ist bei den vorliegenden Gegebenheiten nicht geeignet, den Wettbewerb zu verfälschen. B.3.4 Ergebnis 153. Die vorangehenden Ausführungen zeigen, dass zurzeit keine Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass sich die A. AG durch die Verwendung von Adressen aus dem Monopolbereich im Sinne von Art. 7 KG unzulässig verhalten hätte. Dementsprechend ist die Vorabklärung ohne Folgen einzustellen. C Zusammenfassung 154. Die Vorabklärung hat im Wesentlichen Folgendes ergeben: ■ Das potentiell kartellrechtswidrige Verhalten – die Verwendung von Adressmonopoldaten – fand auf den Märkten für Stromverteilung und für Stromversorgung von festen Endkundinnen und Endkunden statt. Auf diesen Märkten ist die A. AG als marktbeherrschend zu qualifizieren. Eingesetzt wurden die Adressmonopoldaten in den Bereichen Installation von PV-Anlagen und PV-Anlagen-Contracting, wobei die Marktstellung in diesen Bereichen offengelassen werden kann. ■ Im Frühling/Sommer 2016 versendete die A. AG das Werbeschreiben «[...]», um damit auf ihr im März 2016 neu lanciertes PV-Produkt «X» hinzuweisen. Es kann nachträglich

136 Vgl. [...] Stellungnahme F. GmbH vom 21.4.2020, Antwort auf Frage 9.

E. 35

nicht mehr eruiert werden, wie viele Privatpersonen im Rahmen dieser Aktion tatsächlich angeschrieben wurden. Gemäss den Angaben der A. AG seien insgesamt maximal 1 250 Adressen aus ihren Monopolbereichen verwendet worden. ■ Hinweise auf die Verwendung von Monopoldaten im Zusammenhang mit weiteren Werbeschreiben oder sonstigen Aktionen liegen dem Sekretariat nicht vor. Die A. AG macht geltend, dass es sich bei der Werbeaktion für «X» im Frühling/Sommer 2016 um ein einmaliges Versehen gehandelt habe. Zudem habe die A. AG aufgrund dieses Vorfalls ihre Compliance Massnahmen bereits im Spätsommer 2016 verbessert und diese würden ständig auf den neusten Stand gebracht. ■ Insgesamt lässt sich im Bereich der Installation von PV-Anlagen für Privatkunden der erfolgreiche Markteintritt der A. AG im Jahr 2016 anhand der erzielten Umsätze erkennen. Aus den Zahlen geht jedoch nicht hervor, dass sich diese Umsätze und die damit einhergehende kurzfristige Verbesserung der Marktstellung auf das zur Diskussion stehende Werbeschreiben für das Produkt «X» zurückführen lassen. Bereits im Jahr 2018 hatte die A. AG mit starken Umsatzeinbussen zu kämpfen. Zwischenzeitlich hat die A. AG das gesamte Geschäftsfeld «Energiedienstleistungen» und damit «X» u.a. [...] eingestellt. ■ Die Verwendung von Monopoldaten im Allgemeinen könnte grundsätzlich durchaus zu Wettbewerbsverfälschungen führen. Es ist jedoch für jeden Einzelfall gesondert festzustellen, ob dies auch auf die konkrete Verhaltensweise zutrifft. Daten wie Kontaktaten, aber vor allem Daten, welche etwa Auskunft über die Eigenschaften, das Verhalten und die Interessen von Kundinnen und Kunden geben, können gezielt dazu verwendet werden, um diese zu steuern und deren Kaufverhalten zu beeinflussen. Wenn nun solche Daten nur dem marktbeherrschenden Unternehmen zur Verfügung stehen und

seine Konkurrenten nicht über diese Daten verfügen und auch nicht die Möglichkeit haben, an diese Daten zu gelangen, kann die Nutzung dieser Daten durch das marktbeherrschende Unternehmen geeignet sein, den Wettbewerb zu verfälschen. ■ Auch die Verwendung von Adressdaten aus dem Monopolbereich im Speziellen kann grundsätzlich geeignet sein, den Wettbewerb zu verfälschen. ■ Ein einziges Werbeschreiben dürfte kaum ursächlich für den Kaufentscheid einer PV- Anlage im Wert von mehreren tausend Franken gewesen sein. Es erscheint vielmehr als überwiegend wahrscheinlich, dass eine Kombination verschiedener Faktoren wie diverse Werbemassnahmen, Ansehen und Bekanntheit des Anbieters, Einholen und Vergleich von verschiedenen Offerten etc. zum Entscheid einer Käuferin bzw. eines Käufers für die eine oder andere PV-Anlage geführt hat. ■ Selbst wenn von einer solchen Ursächlichkeit zwischen Werbeschreiben und Kaufentscheid auszugehen wäre, wäre der vorliegende Sachverhalt nicht geeignet, den Wettbewerb zu verfälschen. Die A. AG hat vorliegend maximal 1 250 Adressen aus dem Monopolbereich verwendet, um damit einmalig ein Werbeschreiben für ihr PV- Produkt «X» zu versenden. Die entsprechenden Adressen hätten auch von Dritten für rund CHF 2 900.– bei einem beliebigen Adresshändler eingekauft werden können. Jede Konkurrentin der A. AG wäre somit in der Lage gewesen durch den Einsatz von rund CHF 2 900.– den gleichen Effekt zu erzielen. Allein der Umstand, dass die A. AG gegenüber ihren Konkurrentinnen einen Minderaufwand von CHF 2 900.– hatte, ist bei den vorliegenden Gegebenheiten nicht geeignet, den Wettbewerb zu verfälschen. ■ Zurzeit bestehen keine Anhaltspunkte dafür, dass sich die A. AG durch die Verwendung von Adressen aus dem Monopolbereich im Sinne von Art. 7 KG unzulässig verhalten haben könnte. Dementsprechend ist die Vorabklärung ohne Folgen einzustellen.

E. 36

D Schlussfolgerungen Das Sekretariat der Wettbewerbskommission, gestützt auf den bekannten Sachverhalt und die vorangehenden Erwägungen, 1. stellt fest, dass keine Anhaltspunkte dafür bestehen, dass eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung vorliegt; 2. beschliesst, die Vorabklärung ohne Folgen einzustellen; 3. teilt den Beteiligten die Einstellung der Vorabklärung mit; 4. beschliesst, diesen Schlussbericht zu publizieren.

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