



Schweizerische Eidgenossenschaft
Confédération suisse
Confederazione Svizzera
Confederaziun svizra

Eidgenössisches Volkswirtschaftsdepartement EVD
Evaluationsgruppe Kartellgesetz

Evaluation gemäss Art. 59a KG

Ausgang der Verfahren Projektbericht P5

Im Auftrag des Eidgenössischen Volkswirtschaftsdepartements

Bern, 23. Dezember 2008

Zum vorliegenden Bericht:

- Zitiervorschlag: Evaluationsgruppe Kartellgesetz, Statistik zum Ausgang der Verfahren der Wettbewerbsbehörden, Projektbericht P5 der KG-Evaluation gemäss Art. 59a KG, Bern, 2008.
- Kommentare an: frank.stuessi@weko.admin.ch oder beat.zirlick@weko.admin.ch.

Inhaltsverzeichnis

A	Ausgangslage und Ziel	5
B	Bewertungsschlüssel	6
C	Ausgang der Verfahren – Bilanz	7
C.1	Ausgang der Verfahren	7
C.2	Ausgang der Verfahren nach Art. 9 f. KG	8
C.3	Ausgang der Verfahren nach Art. 5 KG	10
C.4	Ausgang der Verfahren nach Art. 7 KG	13
D	Entscheide BVGer und BGer	15
D.1	Entscheide BVGer und BGer in Verfahren nach Art. 9 f. KG	15
D.2	Entscheide BVGer und BGer in Verfahren nach Art. 5 KG	16
D.3	Entscheide BVGer und BGer in Verfahren nach Art. 7 KG	18
E	Fazit	19
	Anhänge	20

A Ausgangslage und Ziel

1. Der vorliegende Einzelbericht zum Thema „**Ausgang der Verfahren**“ (Projektbericht P5) ist Teil einer umfassenden Evaluation des Kartellgesetzes (KG) gemäss Art. 59a KG.¹ Im Pflichtenheft sind die Fragen und Projekte festgehalten, die dem Evaluationsauftrag (Art. 59a KG) entsprechen. Die Evaluation des Kartellgesetzes bezieht sich auf fünf Ebenen:

- Konzept (Ziele und Instrumente) des Kartellgesetzes (**Konzept**): Qualität und Mängel des Kartellgesetzes mit seinen modifizierten Bestimmungen und neuen Instrumenten, rechtliche Erlasse, die mit dem Kartellgesetz in Verbindung stehen.
- Anwendung des Kartellgesetzes (**Vollzug**): insbesondere Organisation, Management der Wettbewerbsbehörden, Verfahrensdauer.
- Von Behörden erbrachte Leistungen (**Output**): Aktivitäten der Wettbewerbsbehörden wie Schlussberichte, Verfügungen, einvernehmliche Regelungen gemäss Art. 26 und 29 KG, Bekanntmachungen, Beratungen, Einigungen mit Unternehmen ausserhalb von Verfahren, Gutachten, Informationsaustausch mit nationalen und internationalen Behörden, Rechtsmittelverfahren und entsprechende Stellungnahmen, Informationspolitik.
- Wirkungen bei Adressaten des Kartellgesetzes in der Wirtschaft (**Impact**): Wirkung bei Betroffenen infolge von Eingriffen der Wettbewerbsbehörden (Entscheide nach Art. 5, 7 und 9 f. KG in Verfahren nach Art. 26 und 27 KG bzw. in Prüfungen der Phasen I und II nach Art. 32 f. KG), Wirkung der neuen Instrumente (Sanktionsmöglichkeiten, Hausdurchsuchungen, Bonusregelung und Widerspruchsverfahren) sowie der modifizierten Bestimmungen bei Betroffenen und in den Märkten.
- Wirkung bei weiteren Betroffenen (z. B. Konsumenten/innen) und volkswirtschaftliche Wirkungen (**Outcome**): Wirkung der Bestimmungen und Instrumente des Kartellgesetzes, d. h. Förderung von Wettbewerb und Verhinderung von Wettbewerbsbeschränkungen, Erhöhung der statischen und dynamischen Effizienz (höhere Wohlfahrt) in der schweizerischen Volkswirtschaft, Wirtschaftswachstum.

2. Das Projekt „Ausgang von Verfahren“ ist der Ebene „**Output**“ zuzuordnen. Das **Projektziel** besteht darin, eine Übersicht über die Verfahrensbilanz der WEKO für den Zeitraum von 1997 bis 2007 zu geben. Aus der Analyse des Ausgangs von Verfahren der Wettbewerbsbehörden soll hervorgehen, wie oft die WEKO – in der Hauptsache als auch in Nebensachen – einen **Erfolg** zu erzielen vermochte. Analysiert werden dabei auch die einzelnen Etappen des Rechtsmittelweges bzw. die Bilanz der WEKO vor den einzelnen Rechtsmittelinstanzen, d. h. vor der REKO/WEF bzw. dem BVGer (nachfolgend zusammengefasst: BVGer) und dem BGer.

3. Als Datengrundlage dienen die im RPW publizierten Entscheide der vergangenen zehn Jahre (von 1997 bis 2007). Ausgewertet wurden Verfahren nach Art. 5, 7 und 9 f. KG (inkl. Zwischen- und Teilverfügungen). Verfahren nach Art. 5 und 7 KG flossen in die Analyse ein, sofern sie in eine Untersuchung gemäss Art. 27 ff. KG mündeten.² Unternehmenszusammenschlüsse gemäss Art. 9 f. KG wurden in die Analyse einbezogen, sofern eine vertiefte Prüfung gemäss Art. 10 KG stattfand oder der Zusammenschluss bereits nach vorläufiger Prüfung mit Auflagen genehmigt werden konnte. Ausschlaggebend ist somit, dass eine Verfügung erlassen wurde. Eine detailliertere Auflistung der relevanten Verfahren nach Art. 5, 7 und 9 f. KG findet sich im Anhang.

¹ Diesen Bericht erstellten Eva Tresch, Christoph Tagmann und Frank Stüssi (Mitarbeitende des Sekretariates der Wettbewerbskommission).

² Vorabklärungen wurden in diesem Bericht nicht berücksichtigt. Verwiesen sei auf den Projektbericht P2, der im Rahmen von Art. 5 Abs. 4 KG auch die Vorabklärungen in die Analyse einbezieht.

4. Im Folgenden wird zunächst der für die Bewertung der Verfahren verwendete Schlüssel vorgestellt. Anschliessend wird auf die Gesamtbilanz über alle Verfahren (unabhängig ob sie gemäss Art. 5, 7 oder 9 f. KG geführt wurden) sowie die Bilanz der Verfahren gemäss Art. 5, 7 und 9 f. KG eingegangen. In einem weiteren Schritt werden die einzelnen Verfahrensschritte vor den Rechtsmittelinstanzen analysiert.

B Bewertungsschlüssel

5. Die Bewertung des Ausgangs eines Verfahrens birgt einen gewissen Interpretationsspielraum. Die Entscheidung, ob ein Verfahren im Ergebnis als für die WEKO erfolgreich verlaufen bezeichnet werden kann, vermag je nach Blickwinkel anders auszufallen. Möglich ist beispielsweise das Szenario, dass die WEKO zwar in einem Verfahren vor BGer unterlag, das Unternehmen sein Verhalten jedoch trotzdem in dem von der WEKO gewünschten Sinne anpasste, so dass der Ausgang des Verfahrens aus Sicht der Wettbewerbsbehörden dennoch als Erfolg gewertet werden kann. Daraus resultiert die Notwendigkeit, Beurteilungskriterien zu definieren, nach denen die Ergebnisse auszuwerten sind. Folgend wird der für die Kriterien verwendete Bewertungsschlüssel erläutert:

- Bei **angefochtenen Verfügungen** wird in erster Linie der Verfahrensausgang vor der letzten, den Fall entscheidenden Instanz betrachtet. Im Fall Buchpreisbindung (nach Art. 5 KG; RPW 2007/1, S. 129) gab beispielsweise das BGer als letzte Instanz der WEKO Recht, weshalb das Verfahren mit der hier im Folgenden zu verwendenden Terminologie als *Erfolg* bezeichnet wird. Hingegen hob im Fall Directories (nach Art. 7 KG; RPW 2006/4, S. 698) das BVGer die Verfügung der WEKO auf, weshalb die WEKO in diesem Verfahren *keinen Erfolg* erzielt hat. In wenigen, speziell erwähnten Fällen (siehe Rz. 36, 38) verlor die WEKO zwar vor der Rechtsmittelinstanz, dennoch konnte das Verfahren im Ergebnis als Erfolg bezeichnet werden, da die Unternehmen ihr Verhalten nachträglich in dem von der WEKO beabsichtigten Sinne anpassten.
- **Unangefochtene Verfügungen** gelten als Erfolg, wenn a) eine einvernehmliche Regelung getroffen werden konnte, b) die WEKO den Parteien Bedingungen auferlegte, die Letztere nicht anfochten und somit akzeptierten bzw. c) wenn die Parteien ihr Verhalten während des Verfahrens anpassten, so dass es eingestellt werden konnte. Begründet wird dies durch die Erreichung des gewünschten Ziels seitens der WEKO. Hingegen ist der Ausgang eines Verfahrens, das mangels feststellbaren unzulässigen Verhaltens oder aufgrund der Unbedenklichkeit eines Unternehmenszusammenschluss eingestellt wurde, als *neutral* zu bewerten. In solchen Fällen sind die Unternehmen nicht zu Verhaltensanpassungen gezwungen. Als Beispiel kann der Fall „Neue Eisenbahn-Alpentransversale“ (nach Art. 5 KG; RPW 2007/3, S. 415) angeführt werden: Da keine unzulässigen Abreden festgestellt werden konnten, wurde die Untersuchung ohne Folgen eingestellt.
- Die Verfahren werden nach **Verfahren in der Hauptsache und Verfahren in Nebensachen** unterteilt. In erster Linie werden die Verfahren in der *Hauptsache* betrachtet. Diese betreffen den eigentlichen Verfahrensgegenstand, d. h. einen Unternehmenszusammenschluss gemäss Art. 9 f. KG, unzulässige Abreden gemäss Art. 5 KG oder den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung gemäss Art. 7 KG. Als eigenständig und somit als Hauptsacheverfahren gelten im vorliegenden Bericht auch die Meldungen gemäss Schlussbestimmung des revidierten Kartellgesetzes sowie jene Verfahren, welche lediglich die Verhängung einer vorsorglichen Massnahme behandeln.³ Zu den Hauptverfahren ins Verhältnis gesetzt werden die parallel dazu laufenden Verfahren in *Nebensachen* (in der Regel Zwischen- und Teilverfügungen). Als solche gelten bei-

³ Sofern auch ein Verfahren zur eigentlichen Hauptsache (Verfahren nach Art. 5, 7 oder 9 f. KG) geführt wird, gilt eine vorsorgliche Massnahme als Verfahren in einer Nebensache.

spielsweise Verfahren betreffend Verfahrenskosten oder Zuständigkeit der WEKO (z. B. Fragen nach Vorliegen eines Vorbehalts gemäss Art. 3 KG). Verfahren nach Haupt- und Nebensachen werden gesondert beurteilt.

- Des Weiteren wird in Abschnitt D die **Verfahrensbilanz vor den einzelnen Rechtsmittelinstanzen** BVGer und BGer separat untersucht. Diese Analyse soll aufzeigen, wie oft und in welchen Fällen die WEKO vor den genannten Instanzen *gewann* oder *verlor*, d. h., ob die Instanz den Entscheid der WEKO stützte oder aufhob, unabhängig davon, wie die Bilanz im Endergebnis ausfällt. In Abgrenzung zu der oben vorgenommenen Bewertung nach *Erfolg / kein Erfolg / neutral* wird hier die Terminologie *gewonnen / verloren* verwendet.

C Ausgang der Verfahren – Bilanz

C.1 Ausgang der Verfahren

6. Relevant für diese Analyse sind insgesamt 87 Fälle, die sich auf Verfahren nach Art. 5, 7 und 9 f. KG beziehen und über den Zeitraum von zehn Jahren in den RPW veröffentlicht wurden (siehe Anhänge). Von diesen 87 Verfahren in der Hauptsache wurden 58 nicht weitergezogen, sondern der erstinstanzliche Entscheid der WEKO akzeptiert oder aber das Verfahren eingestellt. 29 Verfahren kamen vor eine Rechtsmittelinstanz (vgl. Tabelle 1).

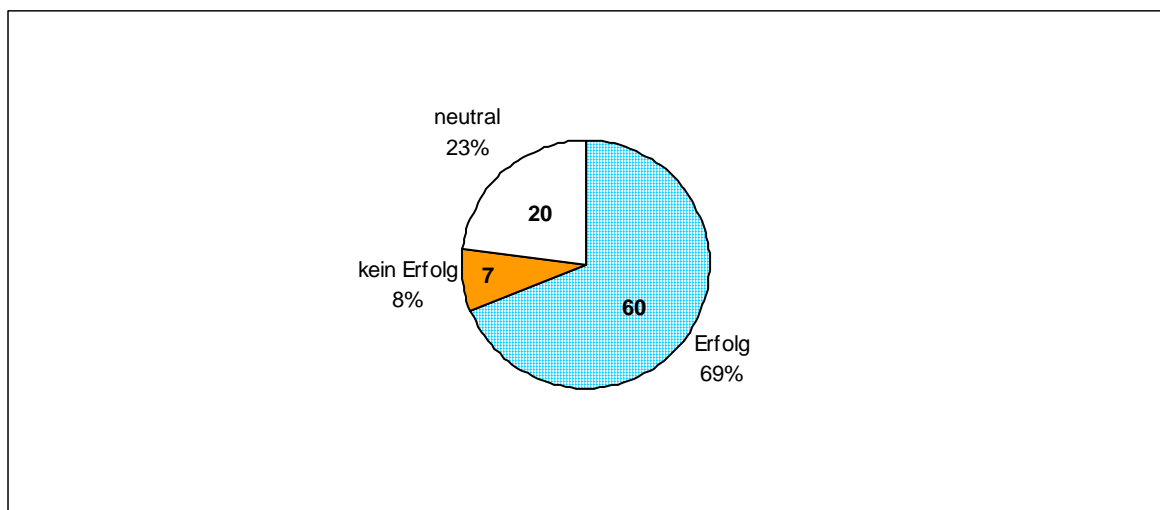
Tabelle 1: Anzahl beurteilter Verfahren nach Art. 5, 7, 9 f. KG in der Hauptsache

87 Verfahren			
unangefochten: 58		angefochten: 29	
Erfolg	neutral	Erfolg	kein Erfolg
38	20	22	7

Quelle: RPW, eigene Berechnungen

7. Von den 58 unangefochtenen Verfahren erzielte die WEKO im Ergebnis in 38 Fällen einen Erfolg, 20 gingen neutral aus. Von den insgesamt 29 angefochtenen Verfahren gelten im Ergebnis 22 als Erfolg. In sieben Fällen erzielte die WEKO keinen Erfolg. Somit sind 23 % der Verfahren in der Hauptsache neutral zu bewerten, in 69 % der Verfahren erzielte die WEKO einen Erfolg und in 8 % erlangte sie keinen Erfolg (vgl. Darstellung 1).

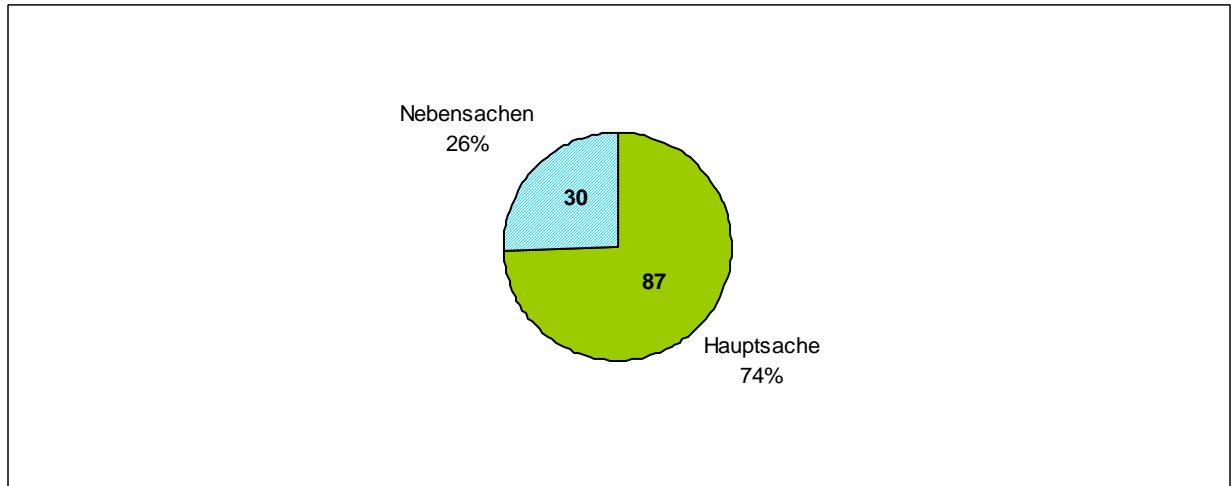
Darstellung 1: Ausgang der Verfahren in der Hauptsache nach Art. 5, 7, 9 f. KG



Quelle: RPW, eigene Berechnungen

8. Verfahren in der Hauptsache können von Verfahren in Nebensachen begleitet werden. Neben den 87 Verfahren in der Hauptsache wurden 30 Verfahren in Nebensachen ausgetragen (vgl. Anhänge). Folglich führte die WEKO innerhalb der letzten zehn Jahre insgesamt 117 für diesen Bericht relevante Verfahren durch. 74 % davon waren Verfahren in der Hauptsache und 26 % Verfahren in Nebensachen (vgl. Darstellung 2).

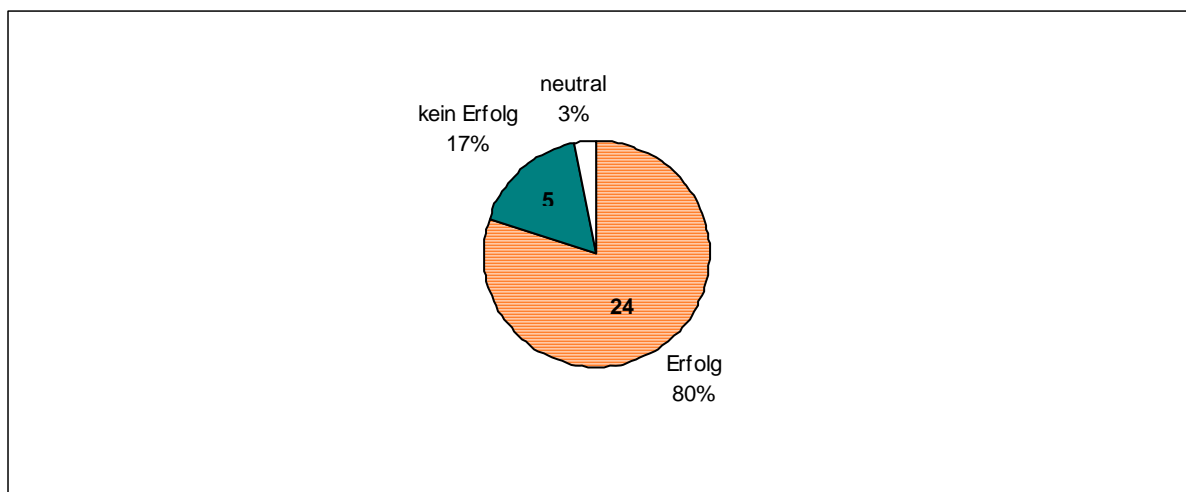
Darstellung 2: Verhältnis der Verfahren in Haupt- und Nebensachen (Art. 5, 7, 9 f. KG)



Quelle: RPW, eigene Berechnungen

9. Die Erfolgsquote bei Verfahren in Nebensachen sieht wie folgt aus: 3 % der Verfahren ging neutral aus. In 80 % erzielte die WEKO einen Erfolg, keinen Erfolg in 17 % (vgl. Darstellung 3).

Darstellung 3: Ausgang der Verfahren in Nebensachen (Art. 5, 7, 9 f. KG)



Quelle: RPW, eigene Berechnungen

10. Fazit: Die Erfolgsbilanz der WEKO fällt überwiegend positiv aus. Zur vertieften Betrachtung werden folgend die Verfahren nach Art. 5, 7 und 9 f. KG separat behandelt.

C.2 Ausgang der Verfahren nach Art. 9 f. KG

11. Innerhalb der letzten zehn Jahre wurden in den RPW 19 Entscheide betreffend Unternehmenszusammenschlüsse veröffentlicht, die entweder nach vorläufiger Prüfung mit Auflagen bewilligt oder einer vertieften Prüfung unterzogen wurden (siehe Anhang). Davon wurden fünf Entscheide der WEKO an eine höhere Instanz weitergezogen. Die restlichen Verfügungen fochten die Parteien entweder nicht an oder die zugrundeliegende Prüfung ergab,

dass der Zusammenschluss unbedenklich war. Unter diesen Voraussetzungen wird ein Verfahren als Erfolg betrachtet, wenn der Zusammenschluss – trotz allenfalls von der WEKO auferlegter Auflagen – nicht angefochten und somit akzeptiert und umgesetzt wurde. Wurde der Unternehmenszusammenschluss hingegen nach vertiefter Prüfung ohne Auflagen zugelassen, wird der Verfahrensausgang als neutral bewertet.

12. Von den 14 Verfahren betreffend Zusammenschlussvorhaben mit unangefochten gebliebener Verfügung erzielte die WEKO in neun Fällen einen Erfolg. Fünf Verfahren gelten als neutral. Von den angefochtenen Verfügungen in der Hauptsache erzielte die WEKO in drei Verfahren einen Erfolg, in zwei Verfahren hatte sie keinen Erfolg (vgl. Tabelle 2).

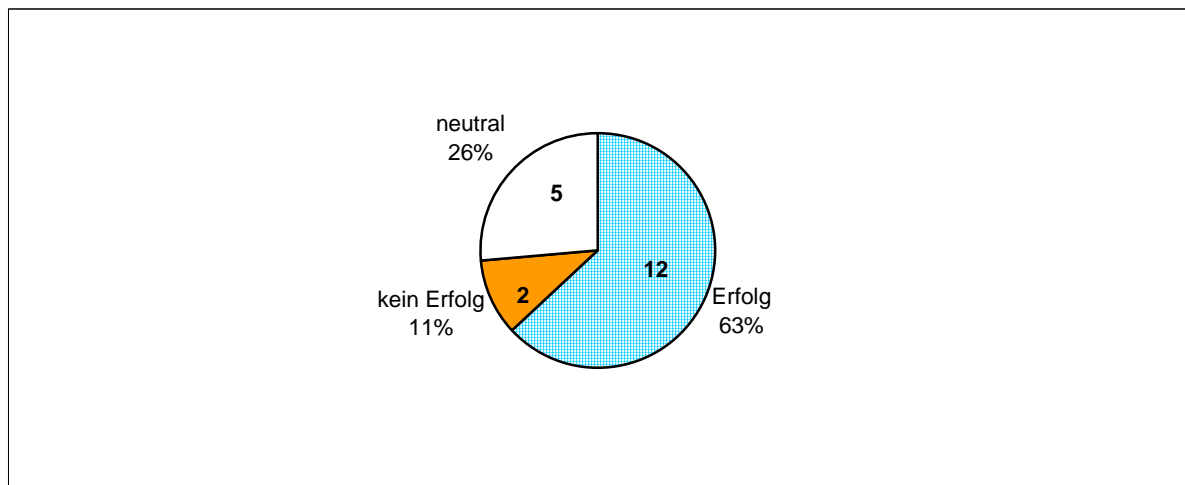
Tabelle 2: Anzahl beurteilter Unternehmenszusammenschlüsse in der Hauptsache

19 Unternehmenszusammenschlüsse			
unangefochten: 14		angefochten: 5	
Erfolg	neutral	Erfolg	kein Erfolg
9	5	3	2

Quelle: RPW, eigene Berechnungen

13. Somit erzielte die WEKO – prozentual betrachtet – in 63 % der Verfahren gemäss Art. 9 f. KG in der Hauptsache einen Erfolg. Der Ausgang von 26 % der Verfahren ist als neutral zu bewerten. Keinen Erfolg erzielte die WEKO in 11 % der Verfahren (vgl. Darstellung 4).

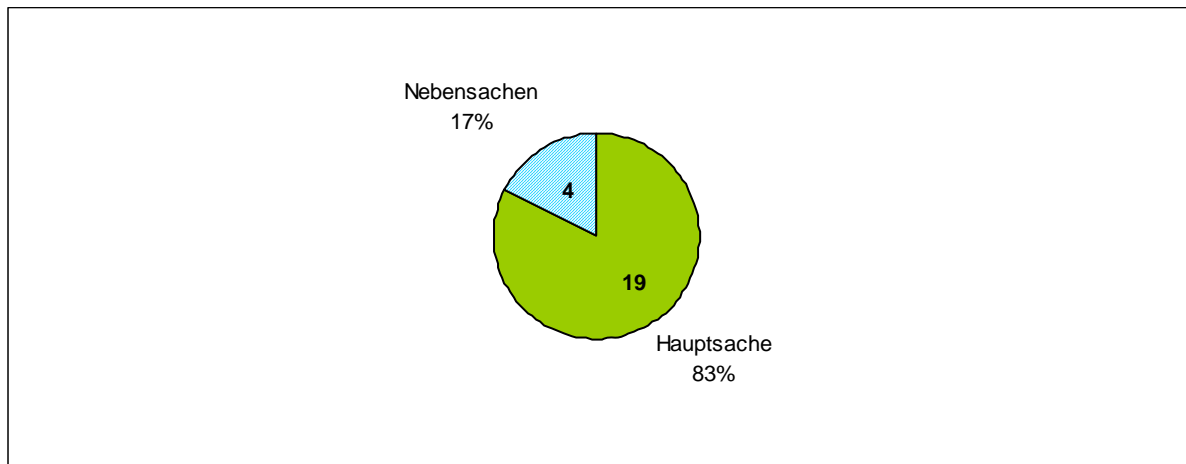
Darstellung 4: Ausgang der Verfahren in der Hauptsache nach Art. 9 f. KG



Quelle: RPW, eigene Berechnungen

14. Nebst den 19 Verfahren in der Hauptsache wurden vier Verfahren in Nebensachen geführt (vgl. Anhang). Insgesamt werden also 23 Verfahren im Zusammenhang mit Fällen nach Art. 9 f. KG beurteilt. In Prozenten ausgedrückt gelten 83 % dieser Verfahren als Verfahren in der Hauptsache und 17 % als Verfahren in Nebensachen (vgl. Darstellung 5).

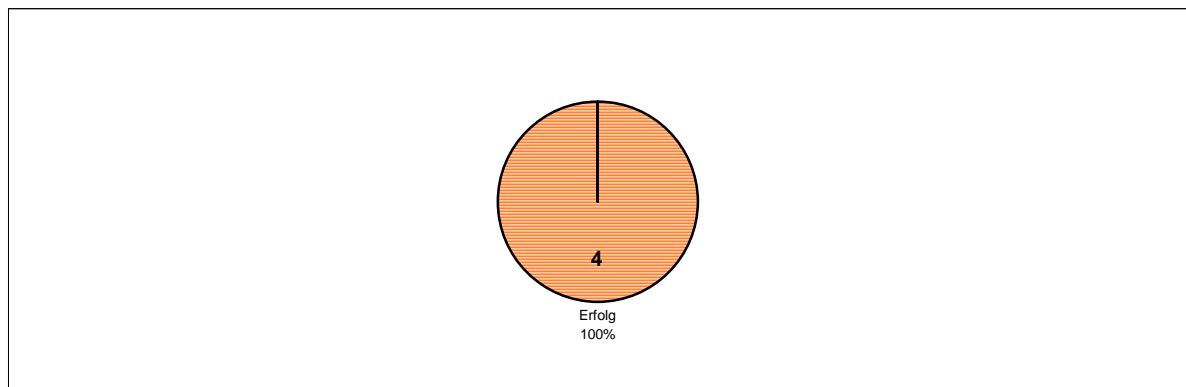
Darstellung 5: Verhältnis Verfahren in Haupt- und Nebensachen (Art. 9 f. KG)



Quelle: RPW, eigene Berechnungen

15. Verfahren in Nebensachen im Zusammenhang mit Fällen nach Art. 9 f. KG wurden innerhalb der letzten zehn Jahre lediglich deren vier geführt. In allen vier Verfahren erzielte die WEKO einen Erfolg. Die Erfolgsquote beträgt somit 100 %. Allerdings gab es lediglich vier Verfahren in Nebensachen (Darstellung 6).

Darstellung 6: Ausgang der Verfahren in Nebensachen (Art. 9 f. KG)



Quelle: RPW, eigene Berechnungen

16. Fazit: Die Verfahren nach Art. 9 f. KG verliefen mehrheitlich zur Zufriedenheit der WEKO. In der Regel akzeptierten die Unternehmen die Auflagen der WEKO und fochten die Entscheide nicht an.

C.3 Ausgang der Verfahren nach Art. 5 KG

17. Insgesamt 38 Verfahren nach Art. 5 KG der letzten zehn Jahre, die in einer Untersuchung gemäss Art. 27 ff. KG mündeten, flossen in diesem Bericht ein (siehe Anhang). Davon wurden acht Fälle an obere Instanzen weitergezogen, 30 blieben unangefochten (vgl. Tabelle 3).

Tabelle 3: Anzahl beurteilter Verfahren nach Art. 5 KG in der Hauptsache

38 Verfahren			
unangefochten: 30		angefochten: 8	
Erfolg	neutral	Erfolg	kein Erfolg
21	9	6	2

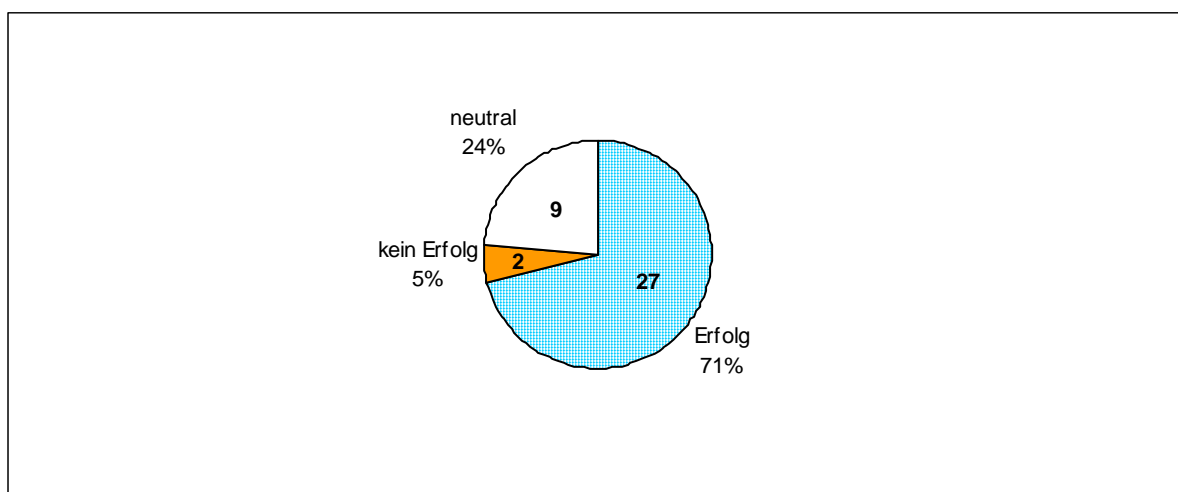
Quelle: RPW, eigene Berechnungen

18. Von den 30 Verfügungen, die unangefochten blieben, erzielte die WEKO in 21 Fällen einen Erfolg, indem sie mit den Parteien eine einvernehmliche Regelung aushandelte oder die Unternehmen ihr mutmasslich unzulässiges Verhalten aufgaben. Die neun als neutral bewerteten Verfahren wurden eingestellt, da keine unzulässigen Abreden festgestellt werden konnten.

19. In den weitergezogenen Verfahren in der Hauptsache erzielte die WEKO in sechs Fällen einen Erfolg, da die Entscheide der WEKO entweder vom BVGer oder BGer gestützt wurden oder die Parteien nachträglich ihr Verhalten in dem von der WEKO gewünschten Sinne anpassten. In zwei Fällen unterlag die WEKO letztlich vor einer oberen Instanz, weshalb sie im Endergebnis keinen Erfolg erzielte.

20. Die Verfahren in der Hauptsache nach Art. 5 KG zeigen, prozentual gesehen, folgendes Bild: In 71 % der Verfahren erzielte die WEKO einen Erfolg, in 5 % der Verfahren hingegen keinen. Knapp ein Viertel der Verfahren sind neutral zu bewerten (vgl. Darstellung 7).

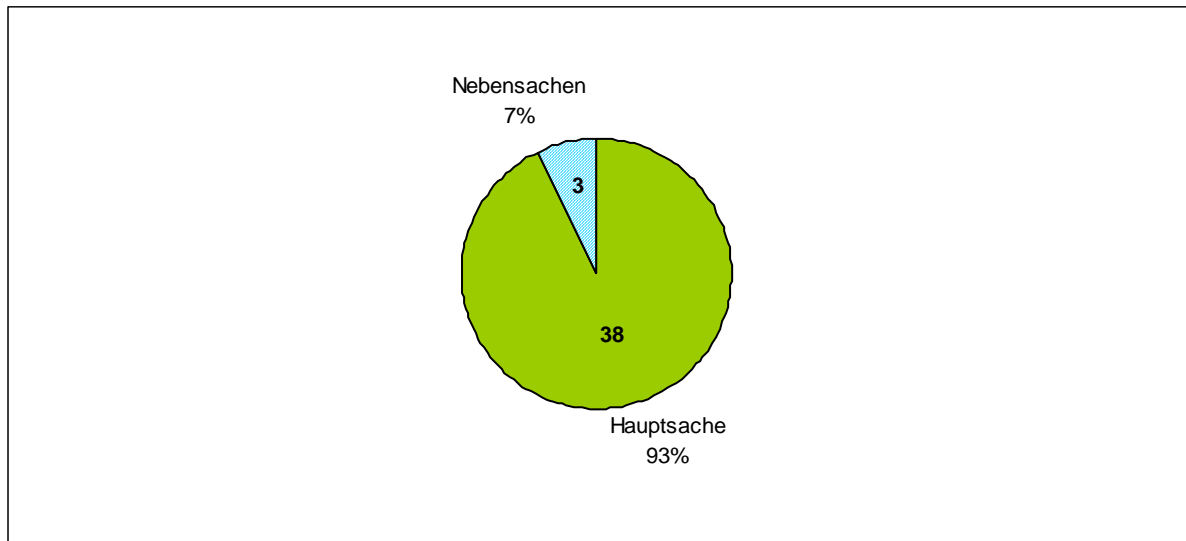
Darstellung 7: Ausgang der Verfahren in der Hauptsache nach Art. 5 KG



Quelle: RPW, eigene Berechnungen

21. Nebst den 38 Verfahren in der Hauptsache wurden im Zusammenhang mit Verfahren nach Art. 5 KG drei Verfahren in Nebensachen durchgeführt (vgl. Anhang). Insgesamt flossen also 41 Verfahren in diesen Bericht ein. Es gelten folglich 7 % aller Verfahren als Verfahren in Nebensachen und 93 % als Verfahren in der Hauptsache (vgl. Darstellung 8).

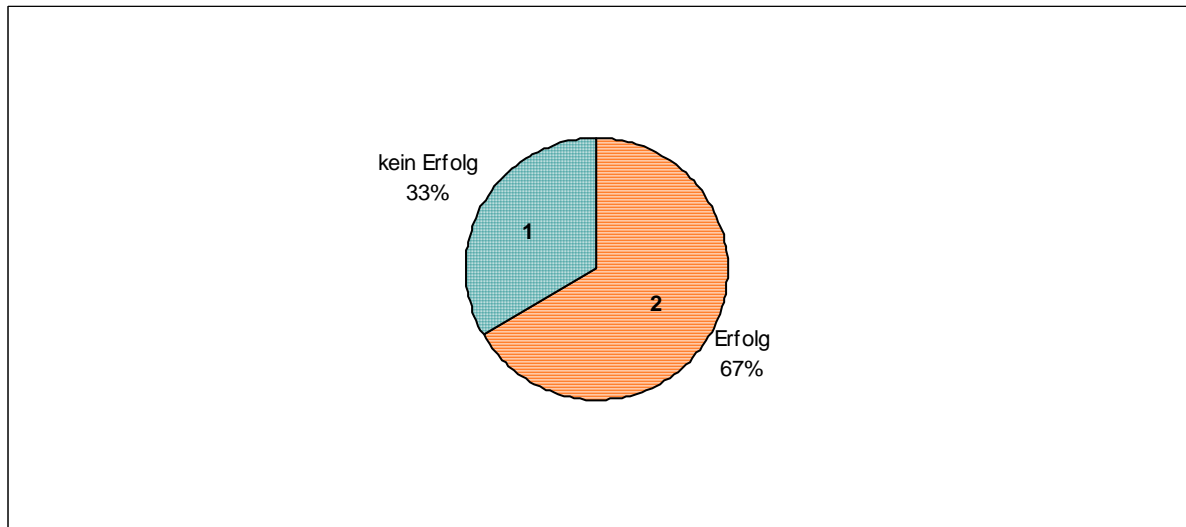
Darstellung 8: Verhältnis Verfahren in Haupt- und Nebensachen (Art. 5 KG)



Quelle: RPW, eigene Berechnungen

22. In Verfahren in Nebensachen konnte die WEKO in 67 % einen Erfolg verbuchen. Keinen Erfolg erzielte sie in 33 %. Allerdings gab es lediglich drei Verfahren in Nebensachen (vgl. Darstellung 9).

Darstellung 9: Ausgang der Verfahren in Nebensachen (Art. 5 KG)



Quelle: RPW, eigene Berechnungen

23. Fazit: Auch die Verfahren nach Art. 5 KG verliefen grundsätzlich positiv für die WEKO. Verfügungen werden selten angefochten, sondern – insbesondere dank der grossen Anzahl einvernehmlicher Regelungen – in der Regel von den Parteien akzeptiert. Auch die oberen Instanzen stützen mehrheitlich die Entscheide der WEKO.

C.4 Ausgang der Verfahren nach Art. 7 KG

24. Insgesamt 32 Fälle der letzten zehn Jahre, die Art. 7 KG zum Gegenstand hatten, flossen in diesen Bericht ein (siehe Anhang). Zwei Verfahren (Terminierung Mobilfunk, RPW 2007/2, S. 241; Richtlinien des Verbandes Schweizerischer Werbegesellschaften, RPW 2007/2, S. 190) wurden nicht in die Berechnungen aufgenommen, da zum Zeitpunkt der Analyse ein Entscheid des BVGer noch ausstehend war. In die Berechnung des vorliegenden Berichtes aufgenommen wurden also 30 Verfahren. Von diesen blieben 14 unangefochten und 16 gelangten vor eine Rechtsmittelinstanz (vgl. Tabelle 4).

Tabelle 4: Anzahl beurteilter Verfahren nach Art. 7 KG in der Hauptsache

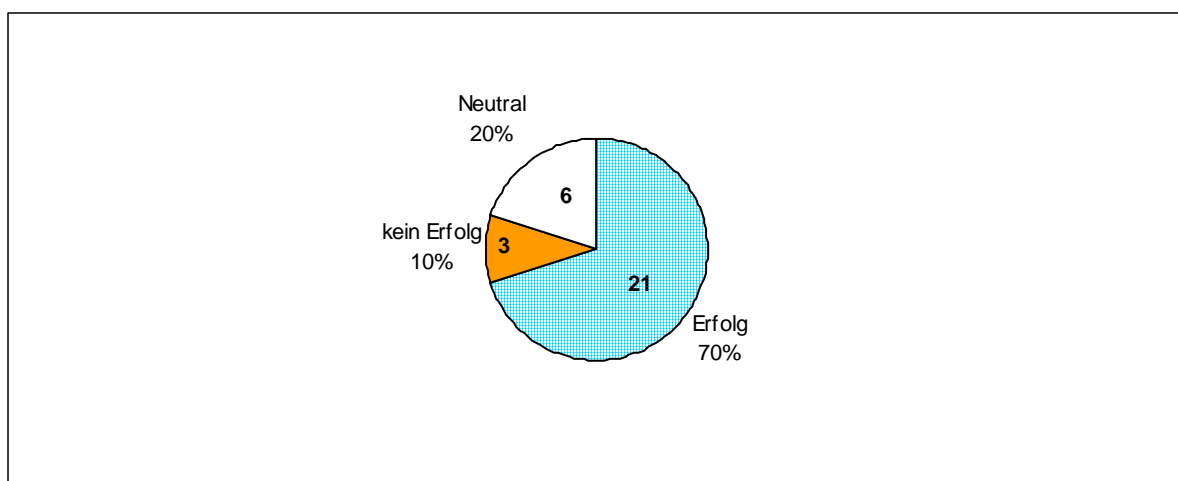
30 Verfahren			
unangefochten: 14		angefochten: 16	
Erfolg	neutral	Erfolg	kein Erfolg
8	6	13	3

Quelle: RPW, eigene Berechnungen

25. In Bezug auf die unangefochten gebliebenen Verfügungen erzielte die WEKO in acht Fällen einen Erfolg, da einvernehmliche Regelungen getroffen werden konnten oder die Unternehmen von sich aus ihr Verhalten anpassten. Die sechs neutral bewerteten Verfahren wurden eingestellt, da keine marktbeherrschende Stellung oder kein Missbrauch festgestellt werden konnte. In 13 Verfahren, die vor Rechtsmittelinstanzen ausgefochten wurden, erzielte die WEKO einen Erfolg, keinen Erfolg hatte sie in drei Verfahren.

26. Somit gingen 20 % der Verfahren in der Hauptsache neutral aus. In 70 % erzielte die WEKO einen Erfolg. 10 % der Verfahren endeten ohne Erfolg für die WEKO (vgl. Darstellung 10).

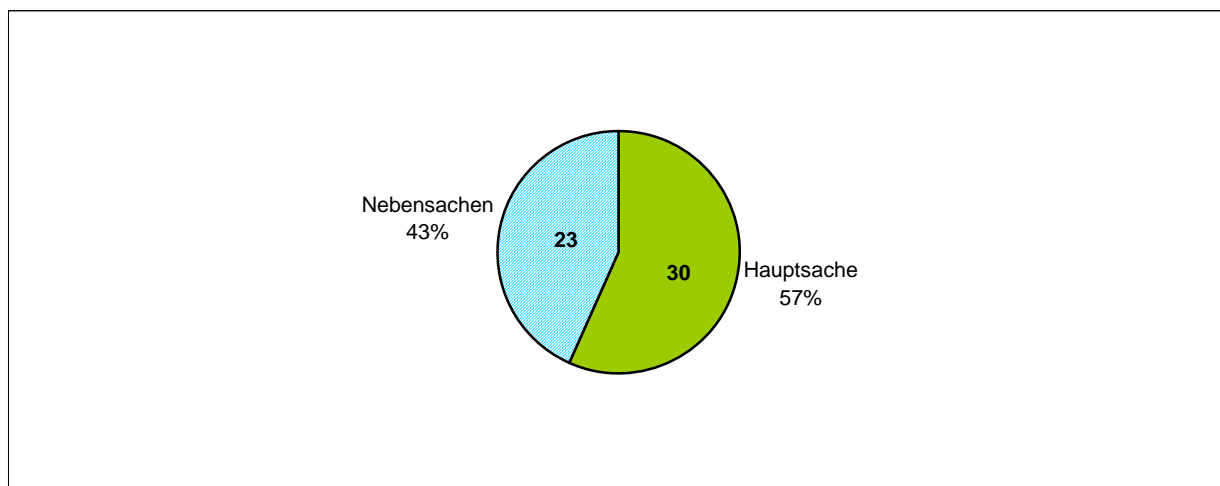
Darstellung 10: Ausgang der Verfahren in der Hauptsache zu Art. 7 KG



Quelle: RPW, eigene Berechnungen

27. Im Zusammenhang mit den in den RPW erwähnten Fällen nach Art. 7 KG wurden insgesamt 53 Verfahren (Verfahren in der Hauptsache und in Nebensachen) geführt (vgl. Anhang). Davon betreffen 30 Verfahren die Hauptsache und 23 Verfahren Nebensachen. In Prozenten ausgedrückt wurden folglich 57 % der Verfahren in der Hauptsache geführt und 43 % Verfahren in Nebensachen (vgl. Darstellung 11).

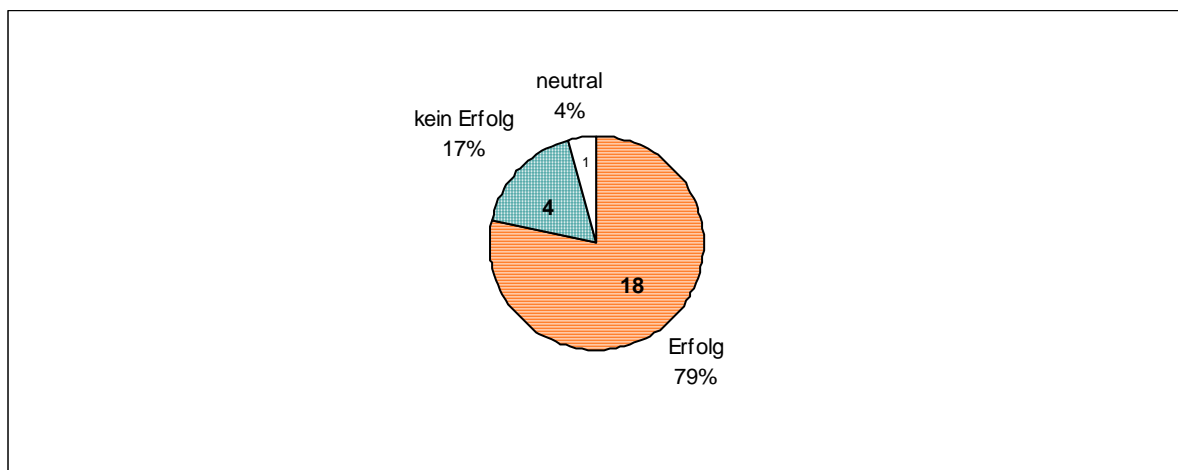
Darstellung 11: Verhältnis Verfahren in der Haupt- und Nebensachen (Art. 7 KG)



Quelle: RPW, eigene Berechnungen

28. In 4 % der Verfahren in Nebensachen ging das Verfahren neutral aus. Einen Erfolg erzielte die WEKO in 79 % der Verfahren. In 17 % hingegen hatte sie keinen Erfolg (vgl. Darstellung 12).

Darstellung 12: Ausgang der Verfahren in Nebensachen nach Art. 7 KG



Quelle: RPW, eigene Berechnungen

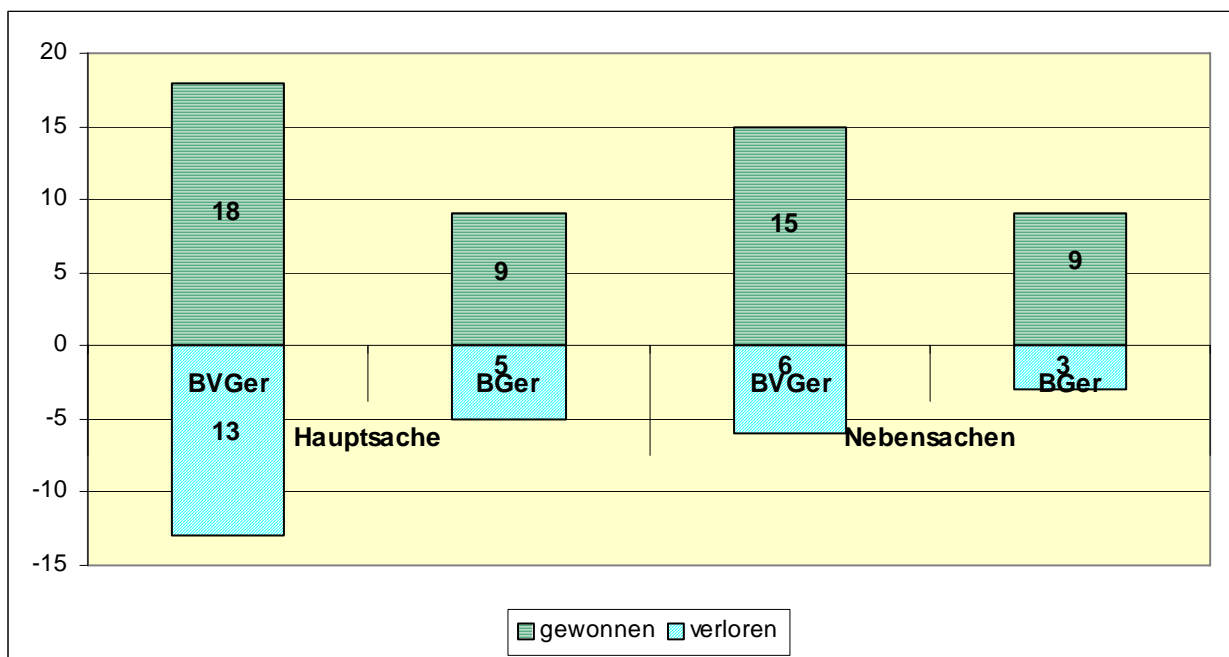
29. Fazit: Die Bilanz der Verfahren nach Art. 7 KG zeigt, dass die in diesen Verfahren getroffenen Verfügungen im Vergleich zu jenen nach Art. 5 und 9 f. KG (vgl. Tabelle 2 und 3) öfters angefochten wurden. Auffällig ist auch der verhältnismässig grosse Anteil an geführten Verfahren in Nebensachen.

D Entscheide BVGer und BGer

30. Die bisherige Analyse betrachtete die Bilanz der WEKO im Hinblick auf den Ausgang eines Verfahrens. Im Folgenden werden nun die einzelnen Etappen des Rechtsweges bzw. der Ausgang vor den Rechtsmittelinstanzen, BVGer sowie BGer, gesondert analysiert. Zur terminologischen Abgrenzung Bewertung nach „Erfolg“/„kein Erfolg“, wird beim Ausgang vor den Rechtsmittelinstanzen zwischen „gewonnen“/„verloren“ unterschieden (vgl. Rz. 5).

31. Die WEKO gewann vor dem BVGer 18 Verfahren nach Art. 5, 7 und 9 f. KG in der Hauptsache und verlor deren 13. Vor dem BGer gewann die WEKO neun und verlor fünf Verfahren in der Hauptsache. In Nebensachen gab das BVGer der WEKO in 15 Fällen Recht und wies sie in sechs Fällen zurück. Vor BGer gewann die WEKO neun Verfahren in Nebensachen und verlor deren drei (vgl. Tabelle 5).

Darstellung 13: Verfahren vor dem BVGer und BGer (Art. 5, 7 und 9 f. KG)



Quelle: RPW, eigene Berechnungen

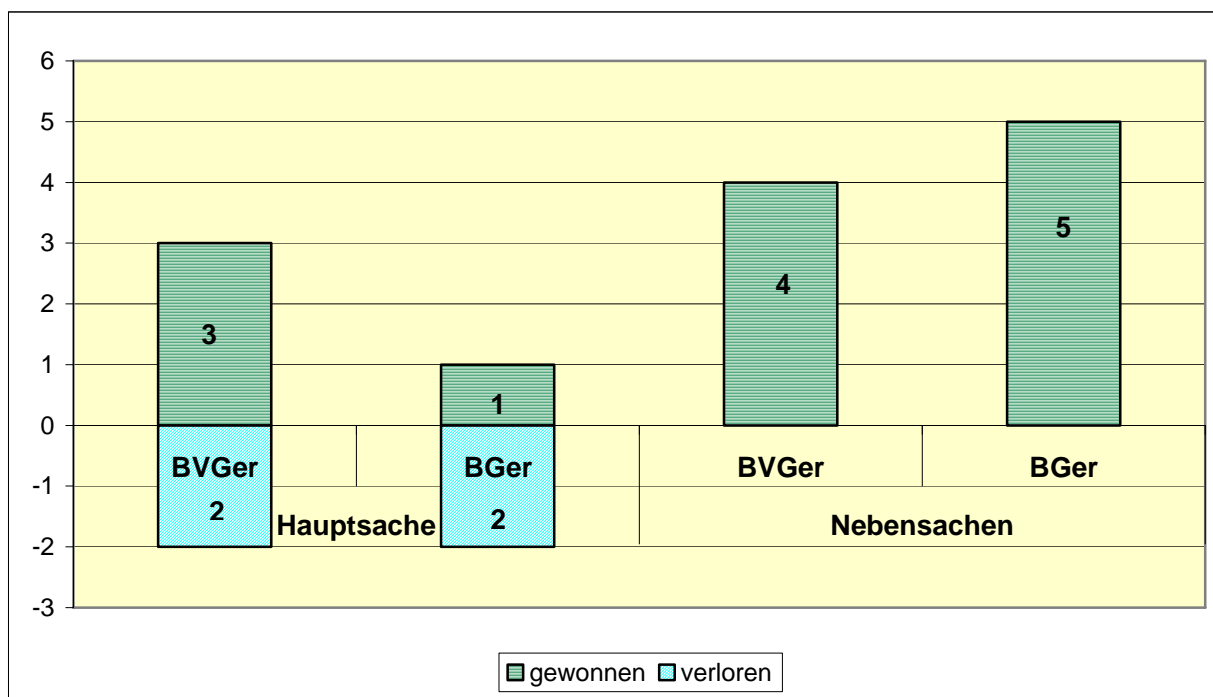
32. Aus Darstellung 13 geht hervor, dass die WEKO in relativ vielen Verfahren vor dem BVGer (v. a. vor der ehemaligen REKO/WEF) unterlag. Dies scheint im Widerspruch zu der oben genannten Erfolgsquoten von rund 70% in Haupt- und 80 % in Nebensachen zu stehen. Die scheinbare Differenz ist darauf zurückzuführen, dass – nachdem die WEKO vor BVGer (bzw. vor der ehemaligen REKO/WEF) unterlag – entweder das BGer die Beschwerde der WEKO stützte oder die Parteien, obschon das BVGer oder BGer ihre Beschwerde gutthies, ihr Verhalten anpassten. Dies wird im Folgenden mittels einer vertieften Analyse der Verfahren nach Art. 5, 7 und 9 f. KG aufgezeigt.

D.1 Entscheide BVGer und BGer in Verfahren nach Art. 9 f. KG

33. Im Zusammenhang mit Unternehmenszusammenschlüssen gibt es vor den Rechtsmittelinstanzen mehr Verfahren in Neben- als in Hauptsachen. Erstere gewann die WEKO alleamt. Es waren dies vorwiegend Verfahren betreffend vorsorgliche Massnahmen sowie auf-schiebende Wirkung: insgesamt vier Verfahren vor dem BVGer und fünf Verfahren vor dem

BGer.⁴ In der Hauptsache gewann die WEKO vor dem BVGer drei Verfahren und verlor deren zwei. Vor dem BGer gewann die WEKO einmal und verlor zwei Verfahren (vgl. Darstellung 14).

Darstellung 14: Verfahren vor dem BVGer und BGer (Art. 9 f. KG)



Quelle: RPW, eigene Berechnungen

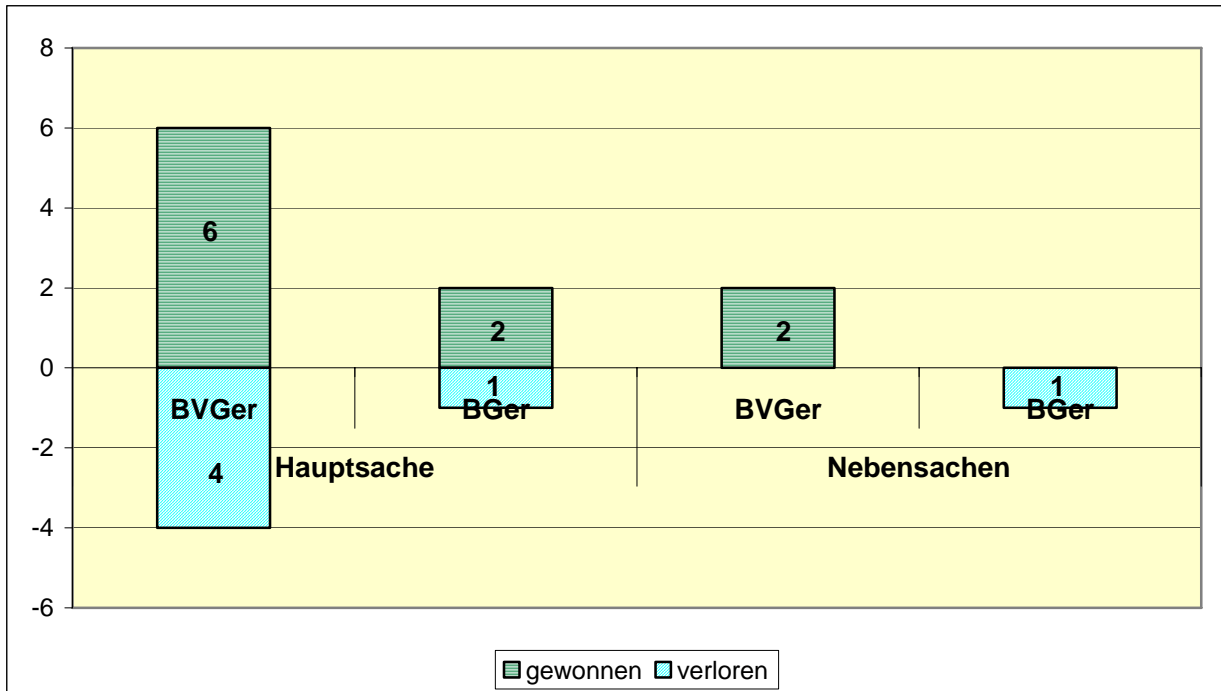
34. Unterlegen in der Hauptsache war die WEKO insgesamt in zwei Verfahren:
- *Swissgrid* (2005): Das BVGer kam zum Schluss, dass keine Beseitigung wirksamen Wettbewerbs vorliege (RPW 2006/2, S. 310), was das BGer bestätigte (RPW 2007/2, S. 324). Die WEKO erzielte somit keinen Erfolg.
 - *Tamedia AG-Berner Zeitung AG-20 Minuten AG* (2003): Das BVGer hiess die Beschwerde teilweise gut und hob die Ziffer 1 der Verfügung auf (RPW 2006/2, S. 347). Das BGer wies die Beschwerde der WEKO ab (RPW 2007/2, S. 331). Die WEKO erzielte somit keinen Erfolg.

D.2 Entscheide BVGer und BGer in Verfahren nach Art. 5 KG

35. In Verfahren nach Art. 5 KG gab das BVGer der WEKO in sechs Verfahren in der Hauptsache Recht, vier Verfahren verlor die WEKO. Das BGer bestätigte Entscheide der WEKO in der Hauptsache in zwei Verfahren und wies sie einmal zurück. In Verfahren in Nebensachen gewann die WEKO in zwei Verfahren vor dem BVGer und verlor eines vor dem BGer (vgl. Darstellung 15).

⁴ Auffällig ist, dass mehr Verfahren in Nebensachen vor dem BGer als vor dem BVGer geführt wurden. Dies rührt daher, dass das BGer im Fall *Swissgrid* über mehr Fragen zu urteilen hatten als das BVGer. Das BGer entschied über ein Gesuch um vorsorgliche Massnahmen während des bundesgerichtlichen Verfahrens, über eine Beschwerde gegen das Urteil des BVGer betreffend vorsorgliche Massnahmen sowie über ein Gesuch um aufschiebende Wirkung.

Darstellung 15: Verfahren vor dem BVGer und BGer (Art. 5 KG)



Quelle: RPW, eigene Berechnungen

36. Die WEKO verlor Verfahren in der Hauptsache nach Art. 5 KG in vier Fällen vor dem BVGer und in einem Fall vor BGer. Weshalb sie im Ergebnis für die obige Bilanz (vgl. Tabelle 3) dennoch bloss in zwei Fällen keinen Erfolg erzielte, soll nachfolgend aufgezeigt werden:

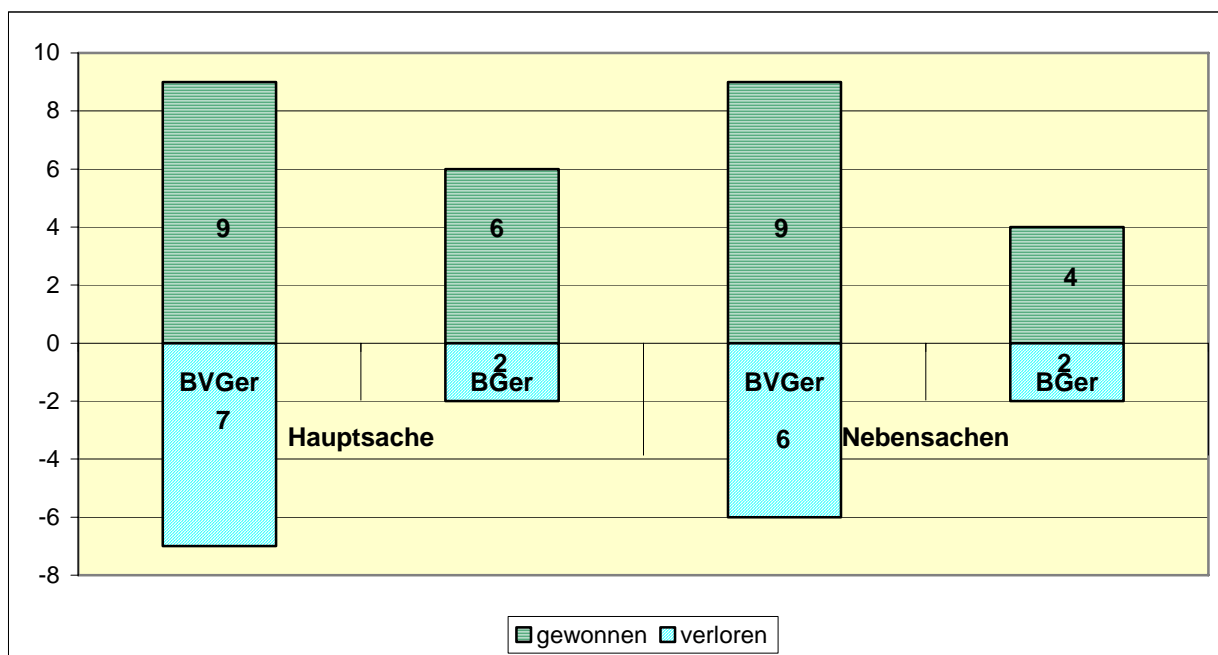
- *Tarifvertrag in der halbprivaten Zusatzversicherung* (2004): Die WEKO unterlag vor dem BVGer, das eine Neuurteilung sowie eine Überprüfung der Effizienzgründe verlangte. Im Endergebnis erzielte sie aber dennoch einen Erfolg, da die Vertragsparteien den aus Sicht der WEKO unzulässigen Vertrag von sich aus auflösten, womit der Untersuchungsgegenstand hinfällig wurde (RPW 2004/4, S. 1026). *Die WEKO erzielte somit einen Erfolg.*⁵
- *Buchpreisbindung* (1999): In einem ersten Entscheid wies das BGer die Sache zur Neuurteilung an die WEKO zurück (RPW 2002/4, S. 731). Verlangt wurde eine Abklärung, ob Effizienzgründe für einen Sammelrevers gegeben seien. Die WEKO stellte daraufhin fest, dass kein Rechtfertigungsgrund vorläge (RPW 2005, S. 269), was das BGer letztlich stützte. *Die WEKO erzielte somit einen Erfolg.*
- *Schweizerische Landesbibliothek* (2001): Die WEKO verlor zweimal vor BVGer. Laut BVGer fehlte die rechtliche Grundlage, um eine in der Vergangenheit liegende, nicht mehr bestehende unzulässige Wettbewerbsbeschränkung zu untersuchen (RPW 2005/1, S. 183). Der Entscheid wurde vom BGer aufgehoben und zur Neuurteilung des Sachverhaltes ans BVGer zurückgewiesen (RPW 2005/3, S. 580). Das BVGer verlangte in der Folge von der WEKO einen zusätzlichen Nachweis (RPW 2005/4, S. 704), welchen Letztere nicht erbringen konnte und deswegen die Untersuchung einstellte. *Die WEKO erzielte somit keinen Erfolg.*
- *Preislisten – Service- und Reparaturleistungen an Öl-, Gasbrenner und Heizkessel* (1998): Die WEKO verlor das Verfahren vor dem BVGer (RPW 1999/3, S. 503). Sie zog es nicht an das BGer weiter. *Die WEKO erzielte somit im Ergebnis keinen Erfolg.*

⁵ Allerdings bemängeln die Parteien, dass die WEKO die Neuurteilung sowie die Überprüfung der Effizienzgründe nicht vorgenommen hat. Dadurch sei Rechtsunsicherheit entstanden.

D.3 Entscheide BVGer und BGer in Verfahren nach Art. 7 KG

37. Verfahren in der Hauptsache nach Art. 7 KG gewann die WEKO vor BVGer in neun und verlor in sieben Fällen. In der Hauptsache hat die WEKO vor dem BGer in sechs Verfahren gewonnen und zweimal verloren. In Nebensachen gewann die WEKO vor dem BVGer neun Mal und verlor sechs Verfahren. Vor dem BGer gewann sie in Nebensachen vier Verfahren und verlor deren zwei (vgl. Darstellung 16).

Darstellung 16: Verfahren vor dem BVGer und BGer (Art. 7 KG)



Quelle: RPW, eigene Berechnungen

38. In sieben Fällen stützte das BVGer den Entscheid der WEKO in der Hauptsache nicht. Zwei Verfahren in der Hauptsache verlor die WEKO vor dem BGer. Nachfolgend soll dargelegt werden, weshalb die WEKO im Sinne dieser Studie im Endergebnis nur in drei Fälle effektiv keinen Erfolg erzielte (vgl. Tabelle 4):

- *Swisscom Meldungen* (2004): Die WEKO verfügte, dass im Rahmen der Übergangsfrist Sachverhalte, die bereits Gegenstand eines laufenden Verfahrens bildeten, nicht gemeldet werden konnten. Das BVGer hob die Verfügung der WEKO auf (RPW 2005/2, S. 418). Die WEKO verlor vor dem BVGer. Das BGer schliesslich gab der WEKO Recht (RPW 2005/4, S. 708). *Die WEKO erzielte somit einen Erfolg.*
- *Swisscom ADSL* (2003): Das BVGer hob die Verfügung der WEKO auf, da der Sachverhalt ungenügend erhoben wurde (RPW 2005/3, S. 505). Letztlich passte die Swisscom jedoch ihr Verhalten in dem von der WEKO gewünschten Sinne an (RPW 2007/3, S. 410). *Die WEKO erzielte somit im Ergebnis dennoch einen Erfolg.*
- *TicketCorner* (2003): Das BVGer hob die Verfügung auf (RPW 2005/4, S. 672). Es beanstandete die unvollständige und nicht korrekte Feststellung des Sachverhaltes sowie eine unzutreffende Rechtsanwendung. Zwischenzeitlich passte TicketCorner sein Verhalten in dem von der WEKO gewünschten Sinne an, was zu einer entsprechenden Marktveränderung führte. Der Untersuchungsgegenstand wurde hinfällig (RPW 2007/1, S. 79). *Die WEKO bezeichnet das Ergebnis als Erfolg.*⁶

⁶ Allerdings wurde diese Haltung der WEKO stark kritisiert.

- *Kreditkarten-Akzeptanzgeschäft* (2002): Die WEKO verlor vor dem BVGer (RPW 2005/3, S. 530), jedoch einigten sich im Anschluss alle Parteien, das Verbot der Preisdifferenzierung in Kreditkarten-Aannahmeverträgen aufzugeben, wodurch sie ihr Verhalten in dem von der WEKO gewünschten Sinne anpassten (RPW 2006/2, S. 581; RPW 2007/1, S. 71). *Die WEKO erzielte somit dennoch einen Erfolg.*
- *Telecom PTT-Fachhändlerverträge* (1997): Das BVGer beanstandete Verfahrensmängel (Verletzung rechtliches Gehör, rechtserheblicher Sachverhalt nicht rechtsgenügend erhoben), weshalb es die Verfügung aufhob (RPW 1998/4, S. 655). Letztlich stellte die Telecom aber ihr unzulässiges Verhalten ein, weshalb die WEKO ihr Ziel dennoch erreichte (RPW 1998/4, S. 599). *Die WEKO erzielte somit einen Erfolg.*

39. Keinen Erfolg in der Hauptsache als auch im Endergebnis erzielte die WEKO in folgenden Verfahren:

- *Directories* (2004): Das BVGer hob die Verfügung auf, da sie gegen das Gleichbehandlungsgebot versties sowie keine marktbeherrschende Stellung festgestellt werden konnte (RPW 2006/4, S. 698). Der Entscheid wurde nicht weitergezogen. *Die WEKO erzielte somit keinen Erfolg.*
- *Teleclub vs. Cablecom II* (2002): Das BVGer bestätigte zwar die Verfügung der WEKO (RPW 2003/2, S. 406), jedoch führte der Entscheid des BGer anschliessend zu einer teilweisen Aufhebung der Verfügung (RPW 2003/4, S. 912). *Die WEKO erzielte somit keinen Erfolg.*
- *Schweizerische Meteorologische Anstalt* (1999): Die WEKO verlor sowohl vor dem BVGer als auch dem BGer. Das BVGer kam zum Schluss, dass Veränderungen des Sachverhaltes wie auch der Rechtslage die Verfügung der WEKO überholt erscheinen lassen (RPW 2000/3, S. 461). Obschon das BGer in der Folge den Entscheid der WEKO/WEF aufhob, entfaltete die Verfügung der WEKO keine Wirkung, weshalb sie den Fall verlor (RPW 2001/1, S. 210). *Die WEKO erzielte somit keinen Erfolg.*

E Fazit

40. Die Gesamtbilanz der WEKO fällt positiv aus. Einen Erfolg erzielte sie in 70 % aller Entscheide in der Hauptsache und in 80 % in Nebensachen. Die Analyse der Entscheide des BVGer und BGer zeigt auf, dass die WEKO Verfahren vor dem BGer öfters gewinnt als vor dem BVGer. Die leicht negativere Bilanz vor dem BVGer wird aber durch Entscheide des BGer und durch Verhaltensanpassungen von Unternehmen (trotz gewonnenen Verfahren) relativiert. In Verfahren in Nebensachen gewann die WEKO vor den Rechtsmittelinstanzen im Verhältnis öfters als in Hauptsachen.

41. Entscheide nach Art. 7 KG werden häufiger angefochten als solche nach Art. 5 und 9 f. KG. Verglichen mit Verfahren nach Art. 7 KG wurden Verfahren nach Art. 5 KG relativ oft einvernehmlich beigelegt bzw. wurden die Auflagen im Rahmen von Unternehmenszusammenschlüssen von den Parteien in der Regel akzeptiert.

Anhänge

- Bewertete Verfahren nach Art. 5 KG
- Bewertete Verfahren nach Art. 7 KG
- Bewertete Verfahren nach Art. 9 f. KG