



[Startseite](#) | [Meinungen](#) | Schweiz: Eine Wende in der schädlichen Kartellrechtspraxis steht bevor

Zum Wohl der Wirtschaft

Eine Wende in der schädlichen Kartellrechtspraxis steht bevor

Kürzlich hat das Bundesgericht gegen seine bisherige Linie bei der Missbrauchskontrolle geurteilt. Doch das ist kein Ersatz für eine dringend nötige Reform des Gesetzesvollzugs, die der Nationalrat in der Sommersession anpacken muss.



Kommentar von **Markus Saurer**

Publiziert: 23.05.2025, 06:59

Vor einigen Tagen hat das Bundesgericht ein Urteil publiziert, das es am 23. Januar dieses Jahres in einem kartellgesetzlichen Beschwerdeverfahren gefällt hatte. [↗] Dabei obsiegt grösstenteils die Beschwerdeführerinnen, zumal die HCI Solutions AG – ein Unternehmen der Galenica-Gruppe.

Die Vorinstanzen Wettbewerbskommission (Weko) und Bundesverwaltungsgericht hatten der HCI auf einem Markt für Medikamenteninformationen eine marktbeherrschende Stellung attestiert, das Unternehmen für deren angeblich mehrfachen Missbrauch verurteilt und mit einer hohen Busse belegt (die Busse der Weko von 4,5 Mio. Fr. wurde vom Bundesverwaltungsgericht auf immer noch hohe 3,8 Mio. reduziert).

Im letztinstanzlichen Urteil des Bundesgerichts wird nun aber nur noch ein ökonomisch eher unbedeutender Missbrauch bestätigt und die Weko beauftragt, die Busse neu festzulegen. HCI müsste sich über eine massive Bussenreduktion freuen können.

So viel zum Fall, auf dessen naturgemäss komplizierte Umstände und Tatbestandselemente wir nicht weiter eingehen wollen. Weit interessanter – schon fast spektakulär – ist die Praxiswende, die das Bundesgericht in diesem Fall vollzogen hat. Und dies zu einer Zeit, in der über die Praxis der Wettbewerbsbehörden im Rahmen einer Kartellgesetz-Teilrevision gestritten wird.

Wie es dazu kam

Das Bundesgericht hatte 2022 im Fall «Six» neu festgelegt, dass schon ein abstraktes Potenzial zur Gefährdung des Wettbewerbs ausreicht, um ein fragliches Verhalten marktbeherrschender Unternehmen als Missbrauch zu beurteilen und zu büssen. Ob tatsächlich eine Beeinträchtigung des Wettbewerbs vorlag oder auch nur drohte, müsse fortan nicht mehr geprüft und dargelegt werden.

Schon sechs Jahre zuvor, 2016, hatte das Bundesgericht im Fall «Gaba» einen analogen abstrakten Formalismus zur Beurteilung von Preis-, Mengen- oder Gebietsabreden eingeführt, mit dem diese faktisch per se verboten wurden. Es sei davon auszugehen, dass diese «harten» Abreden in aller Regel erhebliche und somit unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen darstellten. Eine Analyse und Darlegung ihrer tatsächlichen Auswirkungen oder ihrer tatsächlichen Schädlichkeit sei deshalb nicht mehr nötig.

Wettbewerbsökonomisch sind aber immer die konkreten Markt- und Wettbewerbsumstände entscheidend, sowohl bei sämtlichen Abreden, ob «hart» oder nicht, als auch bei sämtlichen Verhaltensweisen marktmächtiger Unternehmen. Daran bemisst sich, ob eine fragliche Abrede oder andere Verhaltensweise den Wettbewerb überhaupt erheblich beeinträchtigen und kartellgesetzlich relevante Schäden verursachen können oder nicht.

Mit den Leiturteilen «Gaba» und «Six» haben sich die Behörden von dieser ökonomisch fundamentalen Erkenntnis abgekoppelt, indem sie eine Praxis einschlugen, die sich einer Erheblichkeits- und Schadensprüfung bezogen auf die tatsächlichen Umstände schlicht verweigerte. Damit stieg die Gefahr ökonomisch ungerechtfertigter Verbote und Bussen. Wie viele Fehlurteile es in der Folge effektiv gegeben hat, ist natürlich nicht bekannt.

Schädlicher für Wirtschaft und Gesellschaft sind aber ohnehin nicht einzelne Fehlurteile, sondern die generelle Anpassung der Unternehmen und ganzer Branchen an den viel zu interventionistischen Vollzug des Kartellgesetzes. Auf wie viele wettbewerbsfördernde, volkswirtschaftlich und sozial nützliche Abreden und andere Verhaltensweisen wurde wegen unsicherer Rechtslage und aus Angst vor Interventionen der Weko verzichtet? Niemand weiss es, aber die Schäden dürften gross sein.

**«Die Weko will am
formalistischen
Kartellgesetzzollzug festhalten,
der ihre Arbeit erleichtert und ihr
grosse Gestaltungsmacht
verleiht.»**

Viele Kartellrechtler kritisieren die formalistische Praxis auch, weil diese einem «übergreifigen Richterrecht» folge, das mit den verfassungs- und kartellgesetzmässigen Grundlagen nicht vereinbar sei. Oft wird auch darauf hingewiesen, dass das Parlament bei der Einführung des Kartellgesetzes (1995) sowie im Rahmen einer Revision (2014) die Einführung von Kartellverboten ausdrücklich abgelehnt hatte und sich jetzt von der «Gaba»-Praxis desavouiert sieht.

Vor diesem Hintergrund verlangte das Parlament nach dem Urteil «Gaba» mit zwei Motionen vom Bundesrat, mit einer Änderung des Kartellgesetzes die Praxis der Vollzugsbehörden auf den Stand ante «Gaba» zurückzuzwingen. Der Bundesrat legte einen Vorschlag vor, der anschliessend von der zuständigen ständerätlichen Kommission verbessert und auf Marktmachtmissbräuche («Six»-Praxis) ausgedehnt wurde.

Doch Mitte 2024 lehnte der Ständerat dies alles sehr überraschend ab. Das Staatssekretariat für Wirtschaft und die Weko-Präsidentin Laura Baudenbacher hatten erfolgreich für diese «Nullnummer» lobbyiert. Die Weko will am formalistischen Kartellgesetzzollzug festhalten, der ihre Arbeit erleichtert und ihr grosse Gestaltungsmacht verleiht.

Davon ist von Frau Baudenbacher natürlich nichts zu hören. Vielmehr suggeriert sie, die Befürworter der Änderung wollten das Kartellgesetz schwächen. Dies trifft sicher nicht zu, denn es geht im hier diskutierten Bereich nur um einen fehlerresistenteren Vollzug, materiell ändert sich nichts.

Ende März dieses Jahres votierte die vorberatende Kommission des Nationalrats für die Änderungsanträge der ständerätlichen Kommission – in etwas veränderter Formulierung. Somit dürfte es in der kommenden Sommersession im Nationalrat zu einer Differenz mit dem Ständerat, zu einem Differenzbereinungsverfahren und – schliesslich und hoffentlich – zur nötigen Praxiskorrektur im Vollzug des Kartellgesetzes kommen.

Sensation unterm Radar

Nach diesen Ausführungen sollte nun auch die Praxiswende des Bundesgerichts im Beschwerdeurteil «HCI» verständlich sein. Die wichtigsten Aussagen des Bundesgerichts lauten wie folgt: Das «Six»-Urteil sei bezüglich der Anforderungen an den Nachweis der Wettbewerbsschädigung zu präzisieren. Nötig sei eine tatsächliche, auf den Umständen des konkreten Falles beruhende Eignung einer fraglichen Verhaltensweise, den Wettbewerb zu beeinträchtigen.

Eine bloss abstrakte oder hypothetische Eignung genüge nicht. Eine bestimmte Verhaltensweise müsse entsprechend dem «effects based approach» effektiv potenziell geeignet sein, eine Wettbewerbsschädigung zu erzeugen. Die Gefahr nachteiliger Wettbe-

werbseffekte müsse aufgrund sämtlicher konkreter Umstände tatsächlich bestehen.

Das ist in Tat und Wahrheit nicht nur eine «Präzisierung», sondern ein Widerruf der schädlichen formalistischen «Six/DCC»-Praxis. Diese Sensation wurde von den Medien – soweit ersichtlich – kaum wahrgenommen. Nur Economiesuisse führte in einer öffentlichen Verlautbarung aus, dass das Bundesgericht seine Praxis zur Missbrauchskontrolle angepasst und damit die grosse Kritik an der bisherigen Praxis bestätigt habe.

Dies sei zwar ein wichtiger Schritt, doch bleibe der Handlungsbedarf des Gesetzgebers bestehen, denn die Praxis des Bundesgerichts müsse klar im Gesetz verankert werden. Der Nationalrat müsse auf der Basis seiner vorberatenden Kommission nun die entsprechenden Weichenstellungen vornehmen.

Soweit Economiesuisse, der zwar voll zuzustimmen ist, die aber vergisst, darauf hinzuweisen, dass wir noch keinen Widerruf der «Gaba»-Praxis gesehen haben. Auch deshalb bleibt der Handlungsbedarf des Parlaments unbedingt bestehen.

Markus Saurer ist selbständiger Ökonom und Vorstandsmitglied im Carnot-Cournot-Netzwerk. [Mehr Infos](#)