

Daniel Schiess

# Ökonomische Gutachten im Kartellrecht

## Notwendiges Übel oder Heilsbringer?

Am 8. März 2023 fand das 30. Debating Competition zum vorliegenden Thema statt. Debating Competition ist die erste Nachwuchsveranstaltung für Kartellrechtsjuristen und Wettbewerbsökonominnen in der Schweiz. Die beiden Impulsreferate wurden von Dr. Niklaus Wallimann (Leiter Ökonomie, Sekretariat WEKO) und RA Fabian Koch (CORE Attorneys) gehalten. Die Veranstaltung wurde von Daniel Schiess (Sekretariat WEKO) moderiert, Autor des vorliegenden Beitrages.

Le 8 mars 2023 a eu lieu la 30<sup>e</sup> édition de la Debating Competition sur le thème des expertises économiques. La Debating Competition est la première manifestation destinée à la relève des juristes spécialisés en droit des cartels et des économistes spécialistes de la concurrence en Suisse. Les deux exposés liminaires ont été présentés par Dr. Niklaus Wallimann (responsable de l'économie, secrétariat de la COMCO) et Me Fabian Koch (CORE Attorneys). L'événement était animé par Daniel Schiess (secrétariat de la COMCO), auteur du présent article.

### I. Bedeutung ökonomischer Gutachten in der Schweiz

#### II. Praktische Aspekte

1. Rechtliche Einordnung und Beweiswert ökonomischer Gutachten
2. Nachvollziehbarkeit ökonomischer Gutachten
3. Data Rooms – Zugang zu vertraulichen Daten
4. Der «richtige» Zeitpunkt und Inhalt ökonomischer Gutachten

#### III. Fazit und Ausblick

1. Fazit und Zukunftsaussichten
2. Vorankündigung: 32. Debating Competition – Vorsorgliche Massnahmen

### I. Bedeutung ökonomischer Gutachten in der Schweiz

In kartellrechtlichen Verfahren reichen Parteien regelmässig ökonomische Gutachten ein, welche typischerweise von spezialisierten Beratungsunternehmen erstellt wurden. Mittels solcher Gutachten können Parteien ihre Position zu strittigen Fragestellungen aus ökonomischer Sicht darlegen. Dies einerseits im Rahmen einschlägiger theoretischer Modelle, andererseits mittels allgemeinen respektive fallspezifischen empirischen Erkenntnissen.

Ökonomische Gutachten können in kartellrechtlichen *Verwaltungsverfahren* Aussagen zu den Parteien vorgeworfenen Verhaltensweisen und deren Marktumfeld machen. Dies beginnt bei Fragestellungen zur Marktabgrenzung und zur Wettbewerbsdynamik, welche in der Zusammenschlusskontrolle, bei möglichen Missbräuchen einer marktbeherr-

schenden Stellung oder bei der Beurteilung von Wettbewerbsabreden von zentraler Bedeutung sind. Einen Mehrwert schaffen ökonomische Gutachten insbesondere bei Sachverhalten, bei denen Unklarheiten betreffend deren rechtliche *und* ökonomische Einordnung bestehen. So wurden in der Vergangenheit verschiedentlich ökonomische Gutachten zu Fragestellungen in solchen «Graubereichen» eingereicht. Beispiele hierfür sind die Einordnung von Abreden über Bruttopreise oder die Frage einer möglichen Wettbewerbsbeseitigung aufgrund alleiniger oder kollektiver Marktbeherrschung bei Zusammenschlüssen.

Im kartellrechtlichen *Zivilverfahren* dienen ökonomische Gutachten insbesondere der Quantifizierung von Schadenersatzforderungen. Während derartige Gutachten im europäischen Ausland von grösster Bedeutung sind, hat derzeit in der Schweiz die private Kartellrechtsdurchsetzung – und damit auch die Quantifizierung des Schadens im Kartellzivilrecht – eine eher untergeordnete Bedeutung.

#### II. Praktische Aspekte

##### 1. Rechtliche Einordnung und Beweiswert ökonomischer Gutachten

Die rechtliche Einordnung ökonomischer Gutachten bestimmt, welches Gewicht die Wettbewerbsbehörden darin enthaltenen Argumenten beizumessen haben, um den Anspruch der Parteien auf rechtliches Gehör zu erfüllen. Wesentlich ist hierbei die Abgrenzung zwischen *Sachverständigengutachten* einerseits und *Privat- respektive Parteigutachten* andererseits.

So können *Behörden* bei der Feststellung des Sachverhalts gestützt auf das Verwaltungsverfahrensgesetz<sup>1</sup> *Gutach-*

DANIEL SCHIESS, Dr. sc. ETH Zürich, Referent, Sekretariat WEKO.

Der Autor gibt seine persönliche Auffassung wieder.

<sup>1</sup> Art. 12 lit. e VwVG.

ten von Sachverständigen als Beweismittel heranziehen. Derart beigezogene Sachverständige müssen über besondere Sachkenntnisse verfügen und unterliegen strengen Anforderungen an die Unabhängigkeit und Unparteilichkeit. Bezüglich rein ökonomischer Fragestellungen greifen die Wettbewerbsbehörden in der Schweiz in der Praxis jedoch nicht auf dieses Instrument zurück, was namentlich auf die eigene Expertise in diesem Bereich zurückzuführen ist.

Die durch *Parteien* im kartellrechtlichen Verfahren eingereichten Gutachten sind als *Privat- respektive Parteigutachten* zu qualifizieren. So werden die Verfasser solcher Gutachten durch die Parteien beauftragt und sind somit nicht im selben Mass unabhängig wie amtliche Sachverständige. Dies hat zur Folge, dass Privatgutachten, im Gegensatz zu Gutachten von Sachverständigen, grundsätzlich kein erhöhter Beweiswert zukommt. Jedoch haben Privatgutachten den Charakter eines sonstigen Beweismittels, welchem der Beweiswert nicht schon deshalb abgesprochen werden darf, weil das Gutachten von der Partei stammt. So werden Parteigutachten ganz überwiegend dem (einfachen) Parteivorbringen gleichgestellt. Der Inhalt von solchen Parteigutachten ist demnach den übrigen Vorbringen der Parteien gleichzustellen und bedarf entsprechend einer sachgerechten Würdigung durch die Wettbewerbsbehörden.<sup>2</sup>

## 2. Nachvollziehbarkeit ökonomischer Gutachten

Es ist im gemeinsamen Interesse von Parteien und Wettbewerbsbehörden, dass ökonomische Gutachten wissenschaftlichen Standards insbesondere mit Blick auf die Nachvollziehbarkeit der gemachten Aussagen genügen. Vor diesem Hintergrund haben die Wettbewerbsbehörden in deren Richtlinien für ökonomische Gutachten<sup>3</sup> die elementaren wissenschaftlichen Anforderungen an ökonomische Gutachten dargelegt: Bezüglich *allgemeiner Standards* wird festgehalten, dass ein Gutachten alle erforderlichen Informationen enthalten müsse, welche die Nachvollziehbarkeit des Gutachtens bzw. das Replizieren der Ergebnisse gewährleisten. Ebenso müsse ein ökonomisches Gutachten sowohl eine nicht-technische Zusammenfassung der durchgeführten Analyse enthalten, wie auch vollständige Literatur- und Quellenangaben. Bezüglich *Standards für theoretische Analysen* wird ausgeführt, dass sich diese nach Möglichkeit an etablierten Standardmodellen orientieren sollen, die Modellanalyse nachvollziehbar sein müsse und die Schlussfolgerungen bezüglich des konkreten Sachverhalts explizit dargelegt werden müssten. Die dargelegten *Standards für empirische Analysen* fordern schliesslich, dass die zu prüfenden Hypothesen, die verwendeten Daten und Methoden, wie auch die Ergebnisse der Analyse vollständig und nachvollziehbar dargelegt werden sollen.

Mit Blick auf die Nachvollziehbarkeit der Aussagen in ökonomischen Gutachten darf nicht vergessen werden, dass sich im kartellrechtlichen Verfahren nicht ausschliesslich Ökonomen und Ökonominen mit dem Inhalt ökonomischer Gutachten befassen: Auf Stufe des Sekretariats der WEKO ist zwar im Normalfall mindestens ein Ökonom

oder eine Ökonomin in einem Case Team involviert, welches zudem auf Unterstützung durch das Kompetenzzentrum Ökonomie zurückgreifen kann. Auch in der Wettbewerbskommission halten Ökonomieprofessoren als unabhängige Sachverständige Einsitz. Schliesslich verfügt das Bundesverwaltungsgericht in dessen Generalsekretariat über den Bereich Wissenschaftliche Dienste, welcher den Zugang zu nichtjuristischem Fachwissen unter anderem zu ökonomischen Fragestellungen sicherstellt. Nichtsdestotrotz hat die Mehrheit der auf diesen Stufen involvierten Behördenmitglieder einen juristischen Hintergrund. So ist es wünschenswert, dass die wesentlichen Aussagen ökonomischer Gutachten auch für Personen ohne vertieftes ökonomisches Spezialwissen verständlich dargelegt werden.

## 3. Data Rooms – Zugang zu vertraulichen Daten

Der Anspruch auf rechtliches Gehör gebietet, dass quantitative Analysen der Wettbewerbsbehörden für die Parteien in genügendem Ausmass nachvollzieh- und überprüfbar sind. Jedoch basieren diese Analysen vielfach Informationen, welche Geschäftsgeheimnisse oder sensible Daten von Dritten beinhalten, wie beispielsweise Einstandspreise und verkaufte Mengen. In einer solchen Konstellation besteht aus Sicht der Wettbewerbsbehörden ein Zielkonflikt zwischen der gesetzlichen Verpflichtung zur Wahrung von Geschäftsgeheimnissen und den Verteidigungsrechten der Parteien. Um diesem Zielkonflikt zu begegnen, können die Wettbewerbsbehörden auf das – auch im europäischen Ausland bewährte – Konzept von «Data Rooms» zurückgreifen.

Die Grundidee von Data Rooms ist, dass nicht die Parteien selbst Einblick in Geschäftsgeheimnisse anderer Unternehmen erhalten, sondern Dritte, wie ökonomische Berater oder Rechtsvertreter der Parteien. Diese Dritten erhalten die Gelegenheit, die Datengrundlagen und Analysen der Wettbewerbsbehörden zu verifizieren. Die Einsicht in die entsprechenden Informationen wird in einem Data Room gewährt, welcher in den Räumlichkeiten der Wettbewerbsbehörden eingerichtet wird. Die Wahrung von Geschäftsgeheimnissen wird durch eine Reihe von Vorkehrungen sichergestellt: So verpflichten sich die Dritten zu strikter Vertraulichkeit, die Einsichtnahme erfolgt unter Aufsicht und es wird typischerweise kein direkter Einblick in sämtliche den Analysen zugrundeliegenden Daten, wie die einzelnen Preisdaten von Konkurrenten, gewährt. Die einzigen Informationen, welche den Data Room verlassen dürfen, werden in einem durch die Dritten vor Ort zu verfassendem Bericht zuhanden der jeweiligen Partei festgehalten. Schliesslich wird dieser Bericht noch vor der Aushändigung an die Par-

2 Vgl. hierzu BVGer vom 18. Dezember 2018, B-831/2011, E. 208–228 m.w.H., *Sanktionsverfügung – Zugang zur Dienstleistung der dynamischen Währungsumrechnung (DCC)*.

3 Richtlinien für ökonomische Gutachten vom 12. September 2013, verfügbar unter [www.weko.admin.ch/weko/de/home/rechtliches\\_dokumentation/bekanntmachungen—erlaeuterungen.html](http://www.weko.admin.ch/weko/de/home/rechtliches_dokumentation/bekanntmachungen—erlaeuterungen.html), zuletzt aufgerufen am 6. September 2023.

teien durch das Sekretariat um allenfalls noch vorhandene Geschäftsgeheimnisse bereinigt.

Data Rooms sind ein bewährtes Instrument, um Parteien einen angemessenen Einblick in sensible Daten von Dritten zu ermöglichen. Wie erfolgreich Data Rooms hierbei sind, hängt jedoch im Einzelfall wesentlich mit der Bereitschaft der Verfahrensbeteiligten ab, sich auf dieses Vorgehen einzulassen. Falls sich Verfahrensbeteiligte der (stark eingeschränkten) Offenlegung von Geschäftsgeheimnissen in Data Rooms kategorisch verschliessen sollten, können die Wettbewerbsbehörden jedoch versuchen, einen angemessenen Zugang zu diesen Informationen mittels einer Zwischenverfügung sicherzustellen.

#### 4. Der «richtige» Zeitpunkt und Inhalt ökonomischer Gutachten

Auf die Frage, welches der «richtige» Zeitpunkt für die Einreichung ökonomischer Gutachten und deren «richtiger» Inhalt ist, kann eine typisch ökonomische Antwort gegeben werden: Es kommt darauf an.

Vorab ist zu hervorzuheben, dass sich bezüglich ökonomischer Gutachten nicht nur die Frage des «wann?» und «wie?» stellt, sondern auch die des «ob?»: Ein ökonomisches Gutachten kann aus Sicht von Parteien zu einem günstigeren Verfahrensausgang beitragen, ist aber auch mit Kosten verbunden. Diese Kosten stehen nur dann einem Ertrag gegenüber, wenn sich im Verfahren ökonomisch strittige Fragen mit relevanten Auswirkungen auf die rechtliche Beurteilung stellen. So kann es sich für Parteien lohnen, zuzuwarten und gegebenenfalls auf die Einreichung eines ökonomischen Gutachtens gänzlich zu verzichten. Wenn nun tatsächlich ein ökonomisches Gutachten eingereicht wird, haben sämtliche Zeitpunkte im Verfahren Vor- und Nachteile: In einem frühen Stadium können stichhaltige Argumente in ökonomischen Gutachten zu einer raschen Verfahrensbeendigung beitragen, es herrscht aber möglicherweise noch wenig Klarheit darüber, welche ökonomischen Aspekte aus Sicht der Wettbewerbsbehörden als problematisch betrachtet werden. In einem späteren Verfahrensstadium besteht mehr Klarheit betreffend die den Parteien konkret vorgeworfenen Verhaltensweisen, was einen zielgerichteteren Einsatz ökonomischer Gutachten ermöglicht. Hingegen besteht beispielsweise die Gefahr, dass die Parteien in den zwischenzeitlich erfolgten Schriftenwechsel bereits eine Reihe juristischer Argumente vorgebracht haben, welche sich nur schwerlich mit ökonomisch fundierten Argumenten vereinbaren lassen. Diese Gefahr besteht umso mehr, wenn erst im Beschwerdeverfahren auf ökonomische Gutachten zurückgegriffen wird.

Auch der «richtige» Inhalt eines ökonomischen Gutachtens hängt von den Eigenheiten des jeweiligen Sachverhalts ab. In allgemeiner Hinsicht ist es jedoch von Vorteil, wenn die ökonomischen Argumente fallspezifisch dargelegt werden und die rechtlichen Gegebenheiten überhaupt einen Spielraum für derartige Überlegungen zulassen. So haben pauschale ökonomische Argumente, welche dem Willen des Gesetzgebers widersprechen, einen schweren

Stand: So hat sich das Bundesverwaltungsgericht im Beschwerdeverfahren betreffend die Verfügung der WEKO i.S. *SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC)*<sup>4</sup> mit dem Argument auseinandergesetzt, wonach eine (missbräuchliche) Koppelung durch ein marktbeherrschendes Unternehmen gemäss der *single monopoly-Theorie* der Chicago School nicht rational sei. Vor diesem Hintergrund hat die Beschwerdeführerin das Vorliegen einer ökonomischen Schädigungstheorie, wonach eine Koppelung überhaupt problematisch sein könne, verneint. Das Bundesverwaltungsgericht hat hierzu zurecht festgehalten, dass diese ökonomische Theorie bloss einen von vielen (anderslautenden) ökonomischen Erklärungsansätzen darstellt. Insbesondere hat das Bundesverwaltungsgericht deutlich auf das Primat des Willens des Gesetzgebers gegenüber anderslautenden ökonomischen Theorien hingewiesen: «Mit der ausdrücklichen Statuierung der Koppelung als Regelbeispiel eines missbräuchlichen Verhaltens hat der schweizerische Gesetzgeber vielmehr klargestellt, dass jedenfalls mit der Erfüllung des gesetzlichen Tatbestands von Art. 7 Abs. 2 lit. f KG durch ein marktbeherrschendes Unternehmen eine nachteilige Einwirkung auf den Wettbewerb gegeben ist, die zudem gemäss Art. 49a KG ausnahmslos zu sanktionieren ist. Infolgedessen steht im Rahmen der Rechtsanwendung auf einen konkreten Einzelfall sowohl für die Wettbewerbsbehörden als auch für die Gerichte als Rechtsmittelinstanzen das Vorliegen einer ausreichenden ökonomischen Schädigungstheorie ausser Frage. Demnach scheidet eine Erörterung des Aspekts, ob bei einer Koppelung überhaupt und gegebenenfalls nach welcher bestimmten ökonomischen Theorie tatsächlich eine nachteilige Einwirkung auf den Wettbewerb angenommen werden kann, von vornherein aus. Im vorliegenden Fall kommt den Ausführungen der Parteien zur massgeblichen ökonomischen Schädigungstheorie daher für die Entscheidung in der Sache keine Relevanz zu.»<sup>5</sup>

Als Gegenbeispiel zu einer wenig zielführenden Kritik an gesetzgeberischen Leitplanken, kann auf das eingangs erwähnte Beispiel betreffend kollektive Marktbeherrschung in der Zusammenschlusskontrolle zurückgegriffen werden: So wurden beim Zusammenschluss *Sunrise/Liberty Global* zwei ökonomische Gutachten eingereicht, welche sich namentlich zu Fragen einer möglichen Wettbewerbsbeseitigung aufgrund kollektiver Marktbeherrschung äusserten, worauf sich die WEKO entsprechend ausführlich mit dieser Thematik auseinandergesetzt hat.<sup>6</sup>

Zusammenfassend gibt es keine allgemeingültigen Regeln zu Inhalt, Umfang und Zeitpunkt der Einreichung ökonomischer Gutachten. Allerdings sollten diese Elemente derart gestaltet sein, dass die Wettbewerbsbehörden die Möglichkeit haben, die vorgebrachten Argumente detailliert nachzuvollziehen und sich mit diesen angemessen ausein-

4 RPW 1/2011, 96 ff., *SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC)*.

5 BVGer vom 18. Dezember 2018, B-831/2011, E. 1270, *Sanktionsverfügung – Zugang zur Dienstleistung der dynamischen Währungsrechnung (DCC)*.

6 RPW 2/2020, 761, Rz. 33 und 810 f., 357–363, *Sunrise/Liberty Global*.

anderzusetzen. So haben die Wettbewerbsbehörden insbesondere bei fristgebundenen Verfahren, wie in der Zusammenschlusskontrolle, in zeitlicher Hinsicht vielfach keine wesentlichen Spielräume.

### III. Fazit und Ausblick

#### 1. Fazit und Zukunftsaussichten

Ökonomische Gutachten sind mehr als bloss ein notwendiges Übel: So stellen sie ein etabliertes Instrument dar, welches seitens Parteien und Wettbewerbsbehörden eine seriöse Auseinandersetzung mit ökonomisch (und rechtlich) nicht zu 100% klaren Fragestellungen ermöglicht. Ein uneingeschränkter Heilsbringer für Parteien sind ökonomische Gutachten jedoch in den wenigsten Fällen: So gilt auch bei ökonomisch ambivalenten Verhaltensweisen schlussendlich der Wille des Gesetzgebers. Ebenso gilt es, Widersprüche zwischen den Aussagen in ökonomischen Gutachten, dem erstellten Sachverhalt und insbesondere (zuvor gemachten) rechtlichen Argumenten zu vermeiden. Schliesslich steht bei der Einreichung eines ökonomischen Gutachtens jeweils ein nicht unerheblicher Aufwand einem vorerst unklaren Ertrag gegenüber.

Was die Zukunft ökonomischer Gutachten in kartellrechtlichen Verfahren betrifft, kann das Pendel in beide Richtungen ausschlagen: So hat auf der einen Seite die Rechtsprechung des Bundesgerichts Bereiche des Wett-

bewerbsrechts einer ökonomischen (Wirkungs-)Analyse entzogen, sei es indem harte vertikale Abreden als grundsätzlich erheblich qualifiziert werden oder indem eine Kopplung durch ein marktbeherrschendes Unternehmen als Gefährdungstatbestand klassifiziert wird. Auf der anderen Seite gibt es gesetzgeberische Vorhaben, welche zu einer Stärkung der Bedeutung ökonomischer Analysen führen könnten: Im Rahmen der aktuell laufenden Teilrevision des Kartellgesetzes sind dies insbesondere die Senkung der Eingreifschwelle in der Zusammenschlusskontrolle mittels der Einführung des SIEC-Tests («Significant Impediment to Effective Competition») sowie die Stärkung des Kartellzivilrechts. Auch die angedachte Institutionenreform könnte sich auf die Bedeutung von ökonomischen Gutachten auswirken. So sind beispielsweise beim institutionellen Modell in Österreich, mit einer Zuständigkeit von spezialisierten Kartellgerichten, ökonomische Gutachten von grösster Bedeutung.

#### 2. Vorankündigung: 32. Debating Competition – Vorsorgliche Massnahmen

Die nächste Debating Competition Veranstaltung findet diesen Herbst traditionsgemäss im Zunfthaus zur Saffran in Zürich statt und wird sich voraussichtlich aktuellen Fragestellungen zur Bedeutung vorsorglicher Massnahmen im kartellgesetzlichen Verfahren widmen.

### Zusammenfassung

Ökonomische Abwägungen sind zentraler Bestandteil kartellrechtlicher Verfahren, welche schlussendlich dem volkswirtschaftlich motivierten Ziel der Sicherstellung wirksamen Wettbewerbs in der Schweiz dienen. Ein besonderes Gewicht erhalten ökonomische Argumente von Parteien, wenn diese nicht bloss am Rande in Rechtsschriften vorgebracht werden, sondern im Rahmen von durch Dritten erstellten ökonomischen Gutachten dargelegt werden. So reichen Parteien regelmässig ökonomische Gutachten ein, sei es im Verfahren vor der WEKO oder im Beschwerdeverfahren vor Bundesverwaltungsgericht. Die Wettbewerbsbehörden haben personelle und organisatorische Rahmenbedingungen geschaffen, welche der Bedeutsamkeit ökonomischer Gutachten gerecht werden. Gerade bei kartellrechtlichen Fragestellungen, welche sowohl rechtlich als auch ökonomisch ambivalent sind, können ökonomische Gutachten einen Mehrwert bei der Diskussion eines spezifischen Einzelfalls schaffen. Die zukünftige Bedeutung ökonomischer Gutachten hängt stark davon ab, welches Gewicht der Gesetzgeber bei der laufenden Teilrevision des Kartellgesetzes einer ökonomisch differenzierten (Wirkungs-)Analyse beimisst.

### Résumé

Les considérations économiques jouent un rôle central dans les procédures en matière du droit des cartels qui servent *in fine* l'objectif économique de garantir une concurrence efficace en Suisse. Les arguments économiques des parties prennent un poids particulier lorsqu'ils ne sont pas simplement relégués au second plan dans des mémoires juridiques, mais présentés dans le cadre d'expertises économiques établies par des tiers. Ainsi, les parties soumettent régulièrement des expertises économiques, que ce soit dans le cadre de la procédure devant la COMCO ou dans la procédure de recours devant le Tribunal administratif fédéral. De leur côté, les autorités de la concurrence ont créé des conditions cadres en matière de personnel et d'organisation qui reflètent cette importance des expertises économiques. Car c'est précisément dans les questions de droit de la concurrence, qui présentent de multiples facettes tant sur le plan juridique qu'économique, que les expertises économiques peuvent apporter une valeur ajoutée à la discussion dans le cadre d'un cas spécifique. L'importance future des expertises économiques dépendra fortement de l'attention accordée par le législateur à une analyse (des effets) différenciée sur le plan économique lors de la révision partielle de la loi sur les cartels actuellement en cours.