Bundesverwaltungsgericht

Tribunal administratif fédéral

Tribunale amministrativo federale

Tribunal administrativ federal

Abteilung II
B-1324/2010
{T 1/2}

Urteil vom 2. Juli 2010

Besetzung

Richterin Maria Amgwerd (Vorsitz),
Richter Bernard Maitre, Richter Hans Urech,
Gerichtsschreiber Urs Küpfer.

Parteien

Jelmoli Bonus Card AG, St. Annagasse 18, 8001 Zürich,
vertreten durch
lic. iur. Klaus Neff und lic. iur. Fabian Martens,
Rechtsanwälte, Vischer AG, Postfach 1230, 8021 Zürich,
Beschwerdeführerin,

gegen

Wettbewerbskommission WEKO,
Monbijoustrasse 43, 3003 Bern,
Vorinstanz.

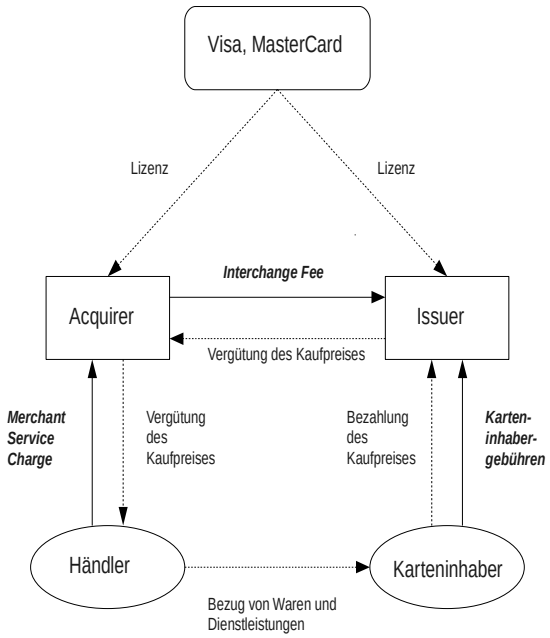
Gegenstand

Kreditkarten-DMIF II (vorsorgliche Massnahmen).

Sachverhalt:

A.
Am 15. Dezember 2003 eröffnete das Sekretariat der Wettbewerbskommission (Ersteres nachfolgend als "Sekretariat", Letztere als "WEKO" bezeichnet) aufgrund von Anhaltspunkten für eine unzulässige Wettbewerbsabrede (Preisabrede) im schweizerischen Kreditkartenmarkt eine Untersuchung gegen Issuer und Acquirer von Kreditkarten der Marken Visa und MasterCard, welche sich auf die sog. Domestic Multilateral Interchange Fee(s) (DMIF) konzentrierte (Untersuchung 22-0264: Kreditkarten - Interchange Fee; KK-DMIF I).

Zahlungen mit Visa und MasterCard spielen sich in einem System ab, welches aus Issuern, Acquirern, Händlern und Karteninhabern besteht (sog. Vier-Parteien-Verhältnis). Dieses lässt sich graphisch wie folgt darstellen:



Issuer sind Institute, die Kreditkarten – im vorliegenden Fall als Lizenznehmer von Visa und MasterCard – an ihre Kunden (Endkonsumenten) herausgeben und die damit getätigten Transaktionen auf deren Konten belasten. Acquirer haben die Aufgabe, möglichst viele Händler für die Teilnahme am Kreditkartensystem zu gewinnen und entsprechende Verträge mit ihnen abzuschliessen. Darin verpflichtet sich der einzelne Händler, die Bezahlung von Waren und Dienstleistungen mittels Kreditkarte zu akzeptieren und eine Gebühr (Händlerkommission) in Form eines bestimmten, mit dem Acquirer individuell ausgehandelten Prozentsatzes des Kaufpreises an diesen zu entrichten (sog. Merchant Service Charge, MSC). Im Gegenzug leitet der Acquirer sämtliche Kreditkartentransaktionen seines Vertragspartners an den jeweiligen Herausgeber der Kreditkarte (Issuer) weiter und vergütet dem Händler den Kaufpreis der mit der Karte bezahlten Ware oder Dienstleistung. Vom Kaufpreis zieht er die Händlerkommission ab und entrichtet einen Teil derselben als sog. Interchange Fee (IF) an den Issuer. Die Karteninhaber schulden den Issuern üblicherweise eine jährliche Gebühr (Karteninhabergebühr). Bei einer sog. Gratiskreditkarte wie der Jelmoli Bonus Card entfällt diese hingegen.

Bei Bezahlung mit einer in der Schweiz herausgegebenen Kreditkarte an einem Verkaufspunkt in der Schweiz gelangt die DMIF zur Anwendung. DMIF werden in der Schweiz von den Issuern und Acquirern gemeinsam festgelegt, einerseits durch das Issuer/Acquirer Forum Visa (IAFV), andererseits durch das Card Committee MasterCard (CC). Da alle hiesigen Institute Kreditkarten sowohl von Visa als auch von MasterCard vertreiben, sind im IAFV und im CC dieselben Parteien vertreten. Entsprechend erfassen die in den beiden Gremien festgesetzten DMIF einen Grossteil des schweizerischen Kreditkartenmarktes. Visa und MasterCard gebrauchen hierzulande jeweils einen allgemein gültigen Satz (sog. Standard-DMIF) sowie mehrere Branchensätze. Unterschiedliche DMIF-Sätze existieren auch für verschiedene Transaktionsarten (manuell, elektronisch, mit PIN-Code, telefonisch, via Internet etc.).

B.

Die Untersuchung 22-0264 richtete sich gegen die Issuer UBS AG (UBS), Credit Suisse (CS), Viseca Card Services SA (Viseca) und Cornèr Banca SA (Cornèr) sowie gegen die Acquirer Telekurs Multipay AG (Telekurs) und Aduno SA (Aduno). Sie führte die WEKO zum

Schluss, dass die DMIF als Preisabrede im Sinne des Kartellgesetzes zu qualifizieren sei. Eine solche Abrede sei nach dem Kartellgesetz vermutungsweise unzulässig; diese Vermutung könne nur bei Vorliegen besonderer Umstände widerlegt werden.

Die DMIF für die Kreditkartensysteme Visa und MasterCard würden in der Schweiz in nationalen Kartengremien, in welchen die Issuer und die Acquirer Einsitz nähmen, multilateral verhandelt. Als wesentlicher Bestandteil der MSC sei die DMIF die wichtigste Kostenkomponente der Acquirer. Die Höhe der DMIF wirke sich daher direkt auf den Preissetzungsspielraum der Acquirer bzw. auf die Höhe der von den Händlern zu bezahlenden MSC aus; sie fixiere faktisch einen Mindestpreis im Acquiring-Geschäft. Auch auf der Issuing-Seite beeinflusse die DMIF den Preissetzungsspielraum, allerdings in umgekehrter Richtung, indem sie den Anteil der Kosten bestimme, welcher direkt über die Karteninhabergebühren abgerechnet werden müsse. Je höher die DMIF sei, desto geringer werde der Anteil der Issuing-Kosten, welcher über Karteninhabergebühren zu decken sei.

Die DMIF im Vier-Parteien-System sei kein Endpreis, bilde aber eine wesentliche Komponente desselben. Diese belaufe sich auf durchschnittlich ca. [...] % der MSC, welche die Händler den Acquirern zu entrichten hätten. Bei den Kartenherausgebern (Issuern) betrügen die Einnahmen aus der DMIF rund [...] der Gesamterträge und hätten somit einen beträchtlichen Einfluss auf die Höhe der Kartengebühren. Folglich bleibe ein gewisser Spielraum für Wettbewerb, den die Parteien grundsätzlich ausnützen könnten. Allerdings sei der Anreiz dazu derzeit gering. Das sei unter anderem darauf zurückzuführen, dass es den Händlern nach den geltenden Verträgen verwehrt sei, den Kunden einen Preisnachlass zu gewähren, wenn diese nicht mit der Kreditkarte, sondern auf andere Weise bezahlten (Preisdifferenzierungsverbot; sog. Non Discrimination Rule, NDR).

Seit einiger Zeit seien ausländische Acquirer auf dem schweizerischen Markt tätig. Ihre Marktanteile seien gering, aber ihre Präsenz habe einen gewissen Wettbewerbsdruck auf der Ebene der Acquirer erzeugt. Insgesamt habe die Untersuchung ergeben, dass der Wettbewerb zwar nicht vollständig beseitigt, aber erheblich beeinträchtigt sei, was darauf zurückzuführen sei, dass die DMIF in den Gremien in einem multilateralen Verfahren, also von den Herausgebern und Acquirern gemeinsam, ausgehandelt würden.

Bei komplexen Systemen wie dem Vier-Parteien-System könne ein solches multilaterales Verfahren Effizienzvorteile haben. Es erleichtere insbesondere den Markteintritt für ausländische Acquirer, welche sonst mit jedem einzelnen Schweizer Issuer einen Vertrag abschliessen müssten. Zudem führe das multilaterale Verfahren zu einer Einsparung von Transaktionskosten, welche in einem bilateralen System exponentiell mit der Anzahl Marktteilnehmer stiegen.

Die Vorteile des multilateralen Verfahrens überwögen jedoch nach Ansicht der WEKO nur dann, wenn sich die Festlegung der DMIF objektiv auf Kostenelemente beschränke, welche mit dem Netzwerk funktionsnotwendig verbunden seien. Diese Voraussetzung sei nach dem bisherigen System nicht gegeben, denn die DMIF werde nach Kriterien ausgehandelt, welche in einer "Gebühr" resultierten, die massgeblich über die Netzwerkkosten hinausgehe. Vor diesem Hintergrund hätten sich die Parteien einverstanden erklärt, die Festlegung der DMIF auf Netzwerkkostenelemente zu beschränken.

C.

Anlässlich einer Sitzung vom 29. März 2005 schlossen UBS, CS, Viseca, Cornèr und Telekurs unter sich sowie mit dem Sekretariat der WEKO eine einvernehmliche Regelung (EVR I) ab. Diese besteht aus vier Komponenten: (1) einem objektivierten Verfahren zur Festlegung der DMIF, (2) der Aufhebung des Verbots der Preisdifferenzierung, (3) der Offenlegung der branchen- und transaktionsspezifischen DMIF sowie (4) dem Verbot des Austausches von Daten in den Kartengremien. Sie wurde von der WEKO mit Verfügung vom 5. Dezember 2005 für die Dauer von vier Jahren ab Eintritt der Rechtskraft dieser Verfügung, d.h. mit Wirkung bis zum 1. Februar 2010, genehmigt, wodurch die Untersuchung 22-0264 beendet wurde.

Die Vereinbarung legte die Höhe der DMIF in Form eines Prozentsatzes des zugrundeliegenden Transaktionsbetrages fest. Sie wurde in den sog. Swiss Domestic Rules für beide Kreditkartensysteme, Visa und MasterCard, festgehalten und damit für sämtliche in der Schweiz tätigen Issuer und Acquirer gültig, soweit diese keine bilateralen Vereinbarungen eingingen.

Ihre Genehmigung erteilte die WEKO unter der Voraussetzung, dass die durchschnittliche DMIF (dDMIF) um rund [...] % gesenkt werde. Sie erklärte, sie werde den Kreditkartenmarkt weiterhin beobachten und behalte sich ihre Handlungsfreiheit für die Zeit nach Ablauf der Ein-

führungsphase der EVR I vor, indem sie die Genehmigung auf vier Jahre befriste. Da sich die Parteien noch vor Ablauf der Übergangsfrist des revidierten Kartellgesetzes (31. März 2005) auf die einvernehmliche Regelung verpflichtet hätten, entfalle die Sanktionierbarkeit, wie sie das neue Recht vorsehe, in der Untersuchung 22-0264.

D.

Am 30. Juni 2008 leitete das Sekretariat der WEKO eine Wirkungsanalyse der EVR I in die Wege, wobei es unter anderem Folgendes feststellte:

Seit dem Entscheid der WEKO über die Genehmigung der EVR I sei der Kreditkartenmarkt fortwährend gewachsen, unabhängig davon, ob man als Messgrösse die Anzahl Karten, die Zahl der Transaktionen oder das Transaktionsvolumen heranziehe. Zu einem grossen Teil gehe die Zunahme auf die Einführung von Gratiskarten zurück, aber selbst ohne diese sei das Wachstum grösser als in der Periode 2002–2005.

Im Issuing habe eine Belebung des Wettbewerbs stattgefunden, und die durchschnittlichen Jahresgebühren seien gesunken, so dass die Belastung der Karteninhaber im Jahr 2008 rund Fr. 80–100 Mio. und kumuliert über die gesamte Zeit von 2005 bis 2008 rund Fr. 200–250 Mio. tiefer sei, als wenn die durchschnittlichen Jahresgebühren aus dem Jahr 2005 beibehalten worden wären. Im Acquiring seien die in der EVR I vorgesehenen Senkungen der Interchange Fees (IF) durch entsprechende Reduktionen der MSC vollständig an den Handel weitergegeben worden, wodurch dieser zwischen 2005 und 2008 um insgesamt Fr. 70–90 Mio. entlastet worden sei.

Während die Reduktion der MSC im Acquiring als direkte Folge der EVR I betrachtet werden könne, sei die Entwicklung im Issuing aus mehreren Gründen bemerkenswert. Wenn die IF nämlich als Ausgleichsmechanismus in zweiseitigen Märkten eingesetzt werde, müsste jede Erhöhung (Senkung) der IF mit einer Erhöhung (Senkung) der Kommissionen für die Händler und mit einer Senkung (Erhöhung) der Kartengebühren für die Konsumenten (Karteninhaber) einhergehen. Die durch den Kreditkartenentscheid bewirkte Senkung der DMIF hätte also einerseits zu einer Senkung der MSC und andererseits, als Ausgleich, zu einer Erhöhung der Karteninhabergebühren führen sollen. Tatsächlich habe ein Rückgang der MSC festgestellt werden können, gleichzeitig jedoch auch ein Rückgang der Jahresgebühren; auch bei den weiteren Karteninhabergebühren sei

tendenziell eher eine Senkung als eine Erhöhung auszumachen. Mit anderen Worten sei es nicht nur zu einer Änderung der Preisstruktur (d.h. des Verhältnisses zwischen den Preisen auf der Issuing- und der Acquiring-Seite), sondern zu einer Senkung des Preisniveaus (der Summe der Preise auf der Acquiring-und der Issuing-Seite) gekommen. Die Reduktion der IF habe nicht nur zu einer Ausweitung der Kartenakzeptanz (Anzahl Händler), sondern auch der Kartenverbreitung (Anzahl Karteninhaber) geführt. Dies sei ein Hinweis darauf, dass die frühere Gebührenstruktur und insbesondere auch die DMIF noch nicht optimal ausgestaltet gewesen seien.

Ein ausschlaggebendes Element zur Beurteilung der Wirkung der EVR I stelle die Entwicklung der Netzwerkkosten dar, weil damit überprüft werden könne, inwieweit der durch die EVR I eingeführte wettbewerbsorientierte Mechanismus funktioniert habe. Die durchschnittliche Domestic Interchange Fee (dDIF) sei seit der ersten Berechnung im Rahmen des Kreditkartenentscheides auf der Basis der Zahlen für das Jahr 2004 nur marginal von [...] % auf [...] % zurückgegangen. Dabei hätten sehr grosse Differenzen bei der Kostenentwicklung der Issuer festgestellt werden können. Einerseits handle es sich dabei um erhebliche bis starke Steigerungen der absoluten Netzwerkkosten einzelner Issuer, welche teilweise zu einer erheblichen Erhöhung der issuer-spezifischen Domestic Interchange Fee(s) (ISDIF) geführt hätten. Andererseits seien geringe bis starke Rückgänge der ISDIF festgestellt worden. Aufgrund der divergierenden Entwicklungen der ISDIF sowie des Umstandes, dass die dDIF seit Inkrafttreten der EVR I nur ein einziges Mal erhoben worden sei, sei es nicht möglich, abschliessend zu verifizieren oder zu falsifizieren, wie gut der beabsichtigte wettbewerbsorientierte Mechanismus funktioniert habe.

Jelmoli und auch andere Issuer brächten in ihren Stellungnahmen vor, Kostendisparitäten unter den Issuern seien ein klares Indiz für den funktionierenden und intensiven Wettbewerb im Schweizer Kreditkartenmarkt. Dem sei entgegenzuhalten, dass der von der WEKO gewählte kostenbasierte Ansatz bei den Issuern im Sinne der "Yardstick-Competition" Anreize zur Kosteneffizienz schaffen sollte. Der Mechanismus lasse erwarten, dass sich die Kostenstrukturen der verschiedenen Issuer aufgrund dieser Anreize über die Zeit angleichen würden. Dagegen deuteten erhebliche Kostenunterschiede zwischen den Issuern darauf hin, dass der gewählte Mechanismus nicht in ge-

nügendem Ausmass Anreize zur Kosteneffizienz habe schaffen können.

E.

Vor dem Hintergrund des Auslaufens der Genehmigung der EVR I am 1. Februar 2010 und unter Berücksichtigung seiner Wirkungsanalyse beschloss das Sekretariat der WEKO am 15. Juli 2009 im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums der WEKO die Eröffnung eines weiteren Untersuchungsverfahrens zur Beurteilung der DMIF (Untersuchung 22-0389, KK-DMIF II). Laut dem Eröffnungsschreiben vom 15. Juli 2009 an die Parteien bestand das Ziel dieser neuen Untersuchung darin, "zu prüfen, ob die Erwägungen und Ergebnisse der Verfügung vom 5. Dezember 2005 nach wie vor zutreffend sind, insbesondere ob die mit der einvernehmlichen Regelung angestrebten Ziele erreicht werden konnten und entsprechend ob der in der einvernehmlichen Regelung vorgesehene Festsetzungsmechanismus beibehalten werden kann oder nicht. Im Rahmen dieser Überprüfung sind auch neue Ansätze zur Lösung der Problematik einzubeziehen, z.B. der in Europa diskutierte Tourist Test."

Die Untersuchung 22-0389 wurde gegenüber den Issuern CS, UBS, Cornèr, Viseca, Jelmoli Bonus Card AG (Jelmoli), Die Schweizerische Post (Post) und GE Money Bank AG (GE) sowie gegenüber den Acquirern Aduno, SIX Multipay AG (SIX), ConCardis Schweiz AG (ConCardis) und B&S Card Service GmbH (B&S) eröffnet. Von den Issuern waren CS, Cornèr, UBS und Viseca (nachfolgend als "bisherige Issuer" bezeichnet) bereits Parteien im KK-DMIF I; sie unterzeichneten die EVR I. GE, Jelmoli und die Post (im Folgenden "neue Issuer" genannt) begannen erst nach Abschluss der Untersuchung KK-DMIF I mit dem Issuing von Kreditkarten der Marken Visa oder MasterCard. GE ist der einzige Issuer, welcher in keinem der beiden Kartengremien Einsitz nimmt. Bei den Acquirern waren Aduno und SIX (seinerzeit noch Telekurs Multipay AG) als Mitglieder der Kartengremien schon in der ersten Untersuchung Partei. Die beiden Crossborder-Acquirer ConCardis und B&S waren zwar bereits damals in der Schweiz aktiv, hatten jedoch keine Parteistellung im Verfahren KK-DMIF I, weil sie in den schweizerischen Kartengremien nicht mitwirken.

Da die nicht in den Kartengremien vertretenen Unternehmen GE, ConCardis sowie B&S die dort festgelegten DMIF ebenfalls anwenden

– was nach Auffassung der WEKO eine abgestimmte Verhaltensweise darstellen könnte – wurde die Untersuchung KK-DMIF II auch gegen sie eröffnet. Parteistellung erkannte das Sekretariat der WEKO ferner den beiden Kreditkartenunternehmen Visa Europe (Visa) und MasterCard sowie dem Verband Elektronischer Zahlungsverkehr (VEZ) zu.

F.

Im Rahmen der Untersuchung KK-DMIF II hielt das Sekretariat der WEKO vier Besprechungen mit den Issuern und den Acquirern von Visa und MasterCard ab (am 20. Juli 2009, 11. September 2009, 12. Oktober 2009 und 6. November 2009). Anlässlich dieser Sitzungen unterbreitete es ihnen Vorschläge für eine Übergangslösung in Form einer einvernehmlichen Regelung. Dabei gab das Sekretariat zu verstehen, es erachte Anpassungen an der EVR I aufgrund der Entwicklung der Netzwerkkosten sowie eines Vergleichs der schweizerischen DMIF mit denjenigen anderer europäischer Staaten für notwendig. Während sich die bisherigen Issuer und die Acquirer mit dem Sekretariat der WEKO schliesslich auf eine weitere einvernehmliche Regelung (EVR II) verständigten, wiesen die neuen Issuer diese zurück. Sie begründeten ihre ablehnende Haltung insbesondere damit, dass die EVR II ihre (höheren) Kosten bei der Berechnung der dDMIF nicht berücksichtige.

Das Sekretariat hatte sich im Verlauf der Verhandlungen gegen einen Einbezug der Kostenerhebungen der neuen Issuer in die Berechnung ausgesprochen. Die neuen Issuer hatten dagegen eingewendet, ihre Teilnahme an der EVR II mache keinen Sinn, wenn ihre Kostenerhebungen nicht in die Berechnungen einfliessen würden. Die mit den Änderungen verbundene Senkung der DMIF würde ihre Geschäftsmodelle (z.B. Kreditkarten ohne oder mit einer sehr geringen Jahresgebühr, sog. Gratiskreditkarten) in Frage stellen und könnte sogar zu Marktaustritten der neuen Issuer führen.

G.

Durch Verfügung vom 25. Januar 2010 genehmigte die WEKO "im Rahmen vorsorglicher Massnahmen" die EVR II vom 3., 4. und 10. Dezember 2009 zwischen UBS, CS, Cornèr, Viseca, Aduno, SIX und dem Sekretariat der WEKO für die Dauer von drei Jahren ab 1. Februar 2010. Ziff. 1 E1 bzw. Ziff. 2 des Dispositivs dieser Verfügung sieht vor, dass sich die Übergangslösung bzw. die Genehmigung bis

zum Abschluss des am 15. Juli 2009 eröffneten Untersuchungsverfahrens 22-0389 (KK-DMIF II) verlängert, sofern dieses bei Ablauf des Genehmigungszeitraums noch andauert, bzw. dass sie sich entsprechend verkürzt, falls zu einem früheren Zeitpunkt ein formell rechtskräftiger Endentscheid der WEKO vorliegt. Einer allfälligen Beschwerde gegen die Genehmigung der EVR II (Dispositiv-Ziff. 1) bzw. gegen die Befristungsregelung (Dispositiv-Ziff. 2) entzog die WEKO die aufschiebende Wirkung (Dispositiv-Ziff. 4).

In den Vorbemerkungen ihrer Verfügung vom 25. Januar 2010 umschrieb die WEKO bzw. ihr Sekretariat die Zielsetzung der EVR II folgendermassen: "Ziel der EVR II ist es, (i) die DMIF für die Übergangszeit weiterhin aufgrund eines objektivierten und kostenbasierten Verfahrens festzulegen und diesbezüglich den Status quo sicherzustellen. (ii) Die Übergangslösung dient weiter der Beweiserhebung, weil durch eine Rhythmuserhöhung bei den Kostenerhebungen der Issuer die Grundlagen zur Beurteilung des kostenbasierten Ansatzes im Hinblick auf die Endverfügung verbessert werden. Zudem werden (iii) einige Anpassungen der ursprünglichen einvernehmlichen Regelung vorgenommen, mit dem Ziel, den wettbewerbsorientierten Ansatz bei der Festlegung der DMIF zu stärken. (iv) Der Abschluss der einvernehmlichen Regelung zwischen den Parteien und dem Sekretariat bedeutet, dass letzteres darauf verzichtet, bei der Festsetzung der DMIF gemäss der nachfolgenden EVR II im Rahmen der Endverfügung gegenüber den Parteien Sanktionen gemäss Art. 49a KG bei der Weko zu beantragen."

Laut Verfügungstext stellt die EVR II in erster Linie eine Weiterführung der EVR I dar, indem sie von deren vier Elementen drei unverändert übernimmt, nämlich das Verbot der Non Discrimination Rule (NDR, Preisdifferenzierungsverbot), die Offenlegung der branchen- und transaktionsspezifischen DMIF gegenüber den Händlern sowie das Verbot des Austausches von Daten in den Kartengremien. Zudem werde das kostenbasierte und wettbewerbsorientierte Verfahren, welches das Kernstück der EVR I gebildet habe, weitgehend unverändert fortgeführt. Nach wie vor bildeten die reinen Netzwerkkosten die Grundlage zur Bestimmung der Obergrenze der DMIF, wobei das Kostenraster der EVR I unverändert übernommen werde.

Geändert werde die Gewichtung der ISDIF der einzelnen Issuer bei der Berechnung der dDIF. In der bisherigen Berechnungsformel seien

die höchste und die tiefste ISDIF einfach, die anderen dreifach gewichtet worden. In der EVR II werde der ineffizienteste Issuer (höchste ISDIF) nicht in die Kostenberechnung einfliessen. Demgegenüber würden die beiden effizientesten Issuer (mit den beiden tiefsten ISDIF) als Massstab dessen, was möglich sei, stärker berücksichtigt. Die Werte der übrigen Issuer würden einfach gewichtet. Dadurch werde verhindert, dass ein einzelner "Ausreisser" nach oben das Gesamtergebnis in dem Masse beeinflusse, wie es in der Beobachtungsperiode bei der EVR I geschehen sei. Mit der Streichung eines "Ausreissers" im oberen Bereich würden zudem die Anreize einzelner Issuer minimiert, strategisch Kosten über die Zeit und zwischen Kostenpositionen des Kostenrasters so zu allozieren, dass im Erhebungsjahr ein speziell hoher ISDIF-Wert ausgewiesen werden könne. Mit der stärkeren Gewichtung der Unternehmen mit den tiefsten ISDIF sollten die Anreize für Investitionen in Kostensenkungen zusätzlich verstärkt werden. Gleichzeitig würden die durch den kostenbasierten Ansatz induzierten Anreize zur Kostensenkung für alle Unternehmen aufrechterhalten. Die Anpassung der Gewichtung der ISDIF der einzelnen Issuer habe zur Folge, dass die dDIF für das Jahr 2010 von [...] % auf [...] % sinke.

Sämtliche Parteien und insbesondere die neuen Issuer Jelmoli und Post brächten vor, der Verzicht auf den Einbezug der ISDIF der neuen Issuer in die Berechnung der dDIF sei diskriminierend. Die daraus resultierende tiefere dDIF führe zu einem Wettbewerbsnachteil für die neuen Issuer und errichte Markteintrittsschranken. Nach Auffassung der WEKO werde das Diskriminierungsverbot jedoch nicht verletzt, denn es gebe sachliche Gründe, welche eine Differenzierung zwischen den bisherigen und den neuen Issuern rechtfertigten. Die durchschnittliche ISDIF der neuen Issuer sei massiv höher (mehr als [...] % bzw. [...] Basispunkte) als diejenige der bisherigen Issuer. Der Grund hierfür dürfte darin liegen, dass mit einem Markteintritt hohe Kosten verbunden seien. In den Kostenraster sollten aber nur Kosten einfliessen, welche mit dem ordentlichen Betrieb des Systems zusammenhingen.

Die Markteintrittskosten neuer Marktteilnehmer sollten nicht dazu führen, dass die DMIF für alle Issuer angehoben werde. Damit würden paradoxerweise auch die etablierten Marktteilnehmer von dem Markteintritt profitieren, und der mit der EVR beabsichtigte Anreiz zur Kostensenkung würde reduziert, wenn nicht gar zwischenzeitlich auf-

gehoben. Letztlich sei der Grund, weshalb die bisherigen und neuen Issuer den Einbezug der neuen Issuer in die Berechnungsformel forderten, gerade der, dass in diesem Fall die dDIF wesentlich höher ausfallen würde, als wenn nur die etablierten Issuer berücksichtigt würden.

Die DMIF solle nicht dem Zweck der Strukturerhaltung dienen, indem Mindesteinnahmen garantiert würden. Vielmehr solle der wettbewerbsorientierte Ansatz dazu führen, dass die Issuer einem ähnlichen Effizienzdruck ausgesetzt seien, wie er im freien Wettbewerb vorhanden wäre. Schliesslich gelte es darauf hinzuweisen, dass die DMIF im Kreditkartengeschäft eine von mehreren Einnahmequellen darstelle, so dass den Issuern die Möglichkeit offenstehe, Reduktionen der DMIF durch andere Einnahmen, durch eine Verbesserung der Kosteneffizienz oder durch den Abschluss von bilateralen Verträgen zu kompensieren. Durch eine Reduktion der DMIF werde daher kein Issuer "gezwungen", unter Produktionskosten anzubieten. Im schlimmsten Fall müsse er seine Produktionskosten direkt beim Karteninhaber decken.

Zum Wechsel beim Erhebungsrhythmus hält die Verfügung der WEKO vom 25. Januar 2010 fest, im Rahmen der EVR I sei die ISDIF lediglich alle drei Jahre erhoben worden; entsprechend sei die dDIF alle drei Jahre neu berechnet worden. Unter der EVR II werde die dDIF neu jährlich aufgrund der Kostenzahlen des Vorjahres berechnet. Die Issuer verpflichteten sich zu jährlichen Erhebungen ihrer ISDIF, welche sie jedoch zur Beschränkung der Kosten nur alle drei Jahre durch eine Revisionsstelle bestätigen lassen müssten. Durch einen jährlichen Erhebungsrhythmus könnten die Anreize der Issuer reduziert werden, ihre Kosten strategisch über die Zeit zu allozieren und in demjenigen Jahr hohe Kosten auszuweisen, in welchem die dDIF neu berechnet werde. Zudem führe die jährliche Erhebung dazu, dass die Wettbewerbsbehörden über mehr Datenmaterial bezüglich der Kostenentwicklung verfügten und besser beurteilen könnten, ob (a) der Mechanismus funktioniere und (b) die Vorbringen der Issuer hinsichtlich Investitions- und Abschreibungszyklen zuträfen.

H.

Mit Eingabe vom 1. März 2010 (eingegangen am 4. März 2010) erhob Jelmoli (Beschwerdeführerin) beim Bundesverwaltungsgericht Be-

schwerde gegen die Verfügung der WEKO vom 25. Januar 2010 und stellte dabei folgende Rechtsbegehren:

"1. Die Verfügung der Weko vom 26. Januar 2010 betreffend vorsorgliche Massnahmen im Untersuchungsverfahren 22-0389: KK-DMIF II sei aufzuheben und den Vertragsparteien der Einvernehmlichen Regelung II sei zu verbieten, die dort verankerte DMIF-Berechnung anzuwenden."

"2. Die Verfügung der Weko vom 6. Oktober 1995 betreffend Kreditkarten-Interchange Fee (RPW 2006/1, 65 ff.) sei als vorsorgliche Massnahme fortzuführen."

"3. Die aufschiebende Wirkung der Beschwerde sei wiederherzustellen."

"4. Die Anträge 2. und 3. seien ohne vorgängige Anhörung der Beschwerdegegnerin und der Adressaten der angefochtenen Verfügung superprovisorisch anzuordnen."

In ihrer Begründung hielt die Beschwerdeführerin unter anderem fest, die DMIF stelle einen Ausgleich zwischen der Marktseite der Konsumenten/Issuer einerseits und derjenigen der Händler/Acquirer andererseits her. Im besten Fall optimiere die DMIF das Kreditkartensystem dahingehend, dass auf beiden Marktseiten durch eine stetige Vergrösserung der Kunden- bzw. Händlerbasis grosse Netzwerkeffekte entstünden. Eine überhöhte Gebühr habe zur Folge, dass weniger Händler die betreffende Kreditkarte akzeptierten. Eine zu tiefe Gebühr bewirke, dass weniger Konsumenten diese Kreditkarte wählten, da über höhere Kartengebühren oder versteckte Gebühren ein Ausgleich geschaffen werden müsse.

Es sei auch von der WEKO anerkannt, dass sich der Wettbewerb auf dem Issuing-Markt seit 2006 intensiviert habe. Volumen und Anzahl der Kartentransaktionen seien gestiegen. Zudem existiere eine höhere Zahl von Karteninhabern, was nach den Aussagen der WEKO vor allem auf die Einführung von Gratiskreditkarten, wie die Beschwerdeführerin sie anbiete, zurückzuführen sei. Ob diese Belebung des Kreditkartenmarktes durch die in der EVR I vereinbarte Senkung der DMIF begründet oder auf die allgemeine Marktentwicklung zurückzuführen sei, sei auch für die WEKO unklar.

Entgegen der Erwartung der WEKO in ihrer Verfügung aus dem Jahr 2005 sei der Beschwerdeführerin und zwei anderen Akteuren der Eintritt in den schweizerischen Issuing-Markt gelungen. Diese drei neuen Issuer erzielten bereits heute einen Marktanteil von rund [...] %, was sehr beachtlich sei. Die Beschwerdeführerin habe z.B. mit den

Schweizerischen Bundesbahnen ein Halbtax-Abonnement mit Kreditkarten-Funktionalität lanciert.

Am 15. Juli 2009, d.h. knapp sechs Monate vor dem Ablauf der Genehmigungsverfügung aus dem Jahr 2005, habe die WEKO in gleicher Angelegenheit ein Untersuchungsverfahren eröffnet. Unter dem Druck der Sanktionsdrohung sei es dem Sekretariat der WEKO gelungen, Ende 2009 mit vier von sieben Issuern und zwei von vier Acquirern eine einvernehmliche Regelung über eine neue DMIF-Berechnung zu vereinbaren. Diese Regelung sei den Verfahrensparteien am 28. Januar 2010 als vorsorgliche Massnahme eröffnet worden – drei Tage vor dem Ablauf der vorangehenden Verfügung.

Die Massnahme der WEKO habe eine erhebliche Senkung der DMIF zur Folge, weil die für die Berechnung relevanten Netzwerkkosten der Issuer nurmehr gestuft berücksichtigt werden sollten. Die Kosten der kosteneffizientesten Issuer würden dabei graduell gegenüber den Kosten der kostenineffizientesten Issuer übergewichtet. Die Kosten des ineffizientesten Issuers würden gestrichen, während die Kosten derjenigen Issuer, welche seit der Verfügung vom Jahr 2005 in den Markt eingetreten seien, gar nicht berücksichtigt würden.

Die WEKO verfüge diese Massnahme ohne haltbare Gründe. Sie ignoriere die Komplexität des Kreditkartenmarktes und ordne ihrem Ziel der Senkung der DMIF auch den Umstand unter, dass Schaden am Wettbewerb unter den Issuern entstehe und die Folgen der Massnahme gravierend seien. Die Beschwerdeführerin werde (wie wohl auch die anderen zwei neuen Issuer) zu hohen Defiziten gezwungen und den Markt mit hoher Wahrscheinlichkeit verlassen müssen. Die WEKO stelle auch neue Geschäftsmodelle wie Gratiskreditkarten grundsätzlich in Frage.

Diese Massnahme sei nicht hinzunehmen. Das Verhältnismässigkeitsprinzip gebiete, das mildeste Mittel zur Abwehr des dringenden, nicht leicht wieder gutzumachenden Nachteils anzuordnen. Dieses bestehe vorliegend nicht in einer grundlegenden Umstrukturierung des Kreditkartenmarktes, sondern in der Perpetuierung der bisherigen, etablierten Regelung. Letztere müsse solange wirksam sein, bis zuverlässige Erkenntnisse Anlass zu einer Änderung der DMIF-Berechnung gäben.

I.
Mit Zwischenverfügung vom 15. März 2010 lehnte es das Bundesverwaltungsgericht ab, superprovisorische Anordnungen entsprechend den Rechtsbegehren Ziff. 2 und 3 der Beschwerdeführerin zu treffen. Dabei erwog es unter anderem, dass vorab deren Beschwerdelegitimation nicht ohne Weiteres ersichtlich sei, zumal sie nicht als (materielle) Verfügungsadressatin aufgeführt werde. Zudem werfe insbesondere der von der Beschwerdeführerin beklagte Umstand, wonach die an der EVR II beteiligten Parteien diese – unabhängig von einer allfälligen Rechtskraft der angefochtenen Verfügung – einhalten würden, um ein Sanktionsrisiko auszuschliessen, auch Zweifel am aktuellen und praktischen Interesse einer Beschwerdeführung auf.

J.
Auf Ersuchen des Bundesverwaltungsgerichts liess sich die WEKO mit Eingabe vom 26. März 2010 zur Frage der Beschwerdelegitimation der Beschwerdeführerin und zu deren Anträgen um Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung sowie Erlass vorsorglicher Massnahmen vernehmen. Die Beschwerdeführerin äusserte sich mit Replik vom 12. April 2010 zu dieser Stellungnahme der WEKO. Letztere duplizierte mit Eingabe vom 23. April 2010.

K.
Mit Verfügung vom 31. März 2010 gab das Bundesverwaltungsgericht den Empfängern einer Kopie der angefochtenen Verfügung der WEKO Kenntnis vom Eingang der dagegen gerichteten, vorliegend zu beurteilenden Beschwerde und stellte es ihnen frei, allfällige Parteirechte geltend zu machen.

L.
Auf die dargelegten und weitere Vorbringen der Parteien wird, soweit sie für den Entscheid erheblich sind, in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.
Das Bundesverwaltungsgericht prüft von Amtes wegen und mit freier Kognition, ob die Prozessvoraussetzungen erfüllt sind und ob auf eine Beschwerde einzutreten ist. Gemäss Art. 31 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) beurteilt das Bundes-

verwaltungsgericht Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren vom 20. Dezember 1968 (VwVG, SR 172.021). Eine solche liegt mit der angefochtenen Verfügung der WEKO vom 25. Januar 2010 betreffend vorsorgliche Massnahmen im Rahmen eines Untersuchungsverfahrens vor (vgl. Art. 27 Abs. 1 und 39 des Bundesgesetzes über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 6. Oktober 1995, Kartellgesetz, KG, SR 251, i.V.m. Art. 46 VwVG; BGE 130 II 149 E. 1.1 und E. 2.1 mit Hinweisen). Die zur Beurteilung stehende Sache fällt nicht unter die Ausnahmebestimmungen des Art. 32 VGG, und die WEKO ist eine Vorinstanz im Sinne von Art. 33 lit. f VGG, gegen deren Verfügungen die Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht zulässig ist.

2.

Nach Art. 48 Abs. 1 VwVG ist zur Beschwerde berechtigt, wer vor der Vorinstanz am Verfahren teilgenommen oder keine Möglichkeit zur Teilnahme erhalten hat (lit. a, sog. formelle Beschwer; BGE 133 II 181 E. 3.2, mit Hinweisen), durch die angefochtene Verfügung besonders berührt ist (lit. b) und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hat (lit. c). Das in Art. 48 Abs. 1 lit. b VwVG erwähnte "Berührtsein" ist keine selbständige und damit kumulativ zum schutzwürdigen Interesse (Art. 48 Abs. 1 lit. c VwVG) zu erfüllende Legitimationsvoraussetzung, sondern letztlich eine Präzisierung desselben (BGE 133 V 191 E. 4.3.1, mit Hinweisen).

Während die Beschwerdelegitimation von Amtes wegen geprüft wird (BVGE 2007/6 E. 1), trägt die beschwerdeführende Partei die Beweislast dafür, dass sie beschwerdeberechtigt ist. Sie muss die ihr obliegende Begründungspflicht erfüllen und ihre Legitimation eingehend erörtern bzw. begründen (substantiieren), wenn diese nicht ohne Weiteres ersichtlich ist (BGE 134 II 45 E. 2.2.3, 133 II 249 E. 1.1; VERA MARANTELLI-SONANINI/SAID HUBER, in: Bernhard Waldmann/Philippe Weissenberger (Hrsg.): VwVG, Praxiskommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Zürich/Basel/Genf 2009, Art. 48 N. 5, mit Hinweisen). Fehlt die Beschwerdelegitimation bei Beschwerdeeinreichung oder wird sie in Zweifelsfällen nicht substantiiert dargelegt, tritt die Rechtsmittelinstanz nicht auf die Beschwerde ein (MARANTELLI-SONANINI/HUBER, a.a.O., Art. 48 N. 7, mit Hinweisen).

3.

3.1 Zur Legitimationsfrage wird in der Beschwerdeschrift vorgebracht, die Beschwerdeführerin sei Partei im Untersuchungsverfahren 22-0389 und habe daran mit Stellungnahmen vom 4. September, 2. Oktober, 19. Oktober und 6. November 2009 sowie vom 11. Januar 2010 teilgenommen, weshalb die Voraussetzung des Art. 48 Abs. 1 lit. a VwVG erfüllt sei.

Die Genehmigung der EVR II durch die WEKO habe zur Folge, dass die streitgegenständliche DMIF von derzeit [...] % auf [...] % gesenkt werde. Dies verursache der Beschwerdeführerin einen Einnahmenausfall von ca. Fr. [...] (auf der Basis der Geschäftszahlen von 2008). Ihre Rechtsstellung sei damit direkt beeinträchtigt, und sie habe angesichts der erheblichen unmittelbaren finanziellen Nachteile ein direktes und persönliches Interesse an einer Aufhebung der angefochtenen Verfügung.

3.2 Die Vorinstanz hielt in ihrer Stellungnahme vom 26. März 2010 fest, die Beschwerdeführerin sei nicht materielle Adressatin der von ihr angefochtenen Verfügung. Die Verfügung, mit welcher die WEKO die EVR II in der Form vorsorglicher Massnahmen gestützt auf Art. 30 Abs. 1 KG formell genehmigt habe, sei gegenüber denjenigen Unternehmen eröffnet worden, welche die EVR II gemeinsam mit dem Sekretariat der WEKO am 3., 4. und 10. Dezember 2009 unterzeichnet hätten. Die Beschwerdeführerin habe hingegen von sich aus auf eine Unterzeichnung der EVR II verzichtet, weshalb es ihr gegenüber keiner formellen Genehmigung im Sinne von Art. 30 Abs. 1 KG und damit keiner Regelung von Rechten und Pflichten mittels vorsorglicher Massnahmen bedurft habe. Entsprechend sei der Entscheid gegenüber der Beschwerdeführerin nicht formell eröffnet worden; diese habe lediglich eine Kopie zur Kenntnis erhalten. Aufgrund ihres Verzichts fehle es der Beschwerdeführerin an der formellen Beschwer gemäss Art. 48 Abs. 1 lit. a VwVG.

Sodann erscheine es fraglich, ob die Beschwerdeführerin durch die angefochtene Verfügung besonders berührt sei (materielle Beschwer, Art. 48 Abs. 1 lit. b VwVG). Zum einen führe sie hierzu aus, sie würde aufgrund der Genehmigung der EVR II durch die WEKO einen Einnahmenausfall von ca. Fr. [...] erleiden und sei dadurch in ihrer Rechtsstellung direkt beeinträchtigt. Zum anderen behaupte sie, sie sei in einem besonderen Mass von der angefochtenen Verfügung be-

rührt, ohne dies jedoch mittels konkreter Beweisgründe darzulegen. Im Wesentlichen beschränke sich somit die Substantiierung der Beschwerdelegitimation auf den Hinweis auf einen allfälligen Einnahmenausfall, welcher eine Folge der Senkung der DMIF sei.

Dem sei entgegenzuhalten, dass in der Genehmigung der EVR II durch die WEKO gerade keine Beschwer der Beschwerdeführerin erkannt werden könne. Sinn und Zweck der EVR II sei es, für diejenigen Unternehmen, welche gewillt gewesen seien, sie zu unterzeichnen, eine Übergangslösung zu treffen, welche die an sich als unzulässig qualifizierte Wettbewerbsbeschränkung zumindest für die Dauer der Genehmigung zu beseitigen vermöge. Dadurch erhalte die EVR II unter anderem die Wirkung, das Risiko einer Sanktionierung nach Art. 49a Abs. 1 KG während der Dauer der Untersuchung auszuschliessen. Dass ein solches Sanktionsrisiko nach Ablauf der EVR I per 1. Februar 2010 ohne entsprechende Massnahmen nicht auszuschliessen sei, habe die Beschwerdeführerin bereits anhand der materiellrechtlichen Würdigung im Entscheid der WEKO vom 5. Dezember 2005 zur EVR I, spätestens aber im Rahmen der Verhandlungen zur EVR II im vergangenen Jahr erkennen können.

Die Wettbewerbsbehörden seien freilich nicht verpflichtet, Massnahmen zur Vermeidung eines Sanktionsrisikos für die Parteien zu treffen oder gar mit ihnen über solche Massnahmen zu verhandeln. Die Situation mit der Übergangslösung sei letztlich aber für sämtliche Issuer und somit auch für die Beschwerdeführerin besser als die Situation ohne Übergangslösung. Aufgrund der Verfügung der WEKO bestehe sogar für die Beschwerdeführerin die Sicherheit, dass sie für die Anwendung der multilateral festgelegten (und daher durch die WEKO als horizontale Preisabrede qualifizierten) DMIF keine Sanktion zu befürchten habe. Die Verfügung der WEKO führe daher bei der Beschwerdeführerin zu keiner materiellen Beschwer, sondern eher zu einer "Rechtswohltat".

Es sei daher auch falsch, von "Einnahmenausfall" zu sprechen. Die Verfügung der WEKO stelle vielmehr (auch für die Beschwerdeführerin) sicher, dass weiterhin garantierte Einnahmen über die DMIF erzielt werden könnten. Dass diese nicht, wie von der Beschwerdeführerin erwartet, in der gewünschten Höhe ausfielen, könne man nicht als Beschwer bzw. "erheblichen unmittelbaren finanziellen Nachteil" betrachten. Die WEKO habe zudem schon in der angefochtenen

Verfügung dargelegt, weshalb die durch die Beschwerdeführerin vorgenommene Berechnungsweise wenig aussagekräftig sei (falsche Berechnungsgrundlage und nicht mehr aktuelle Zahlen).

In diesem Zusammenhang sei sodann festzuhalten, dass die angefochtene Verfügung weder rechtlich noch tatsächlich die Möglichkeit der Beschwerdeführerin beschneide, anstelle der DMIF bilaterale IF mit den Acquirern zu vereinbaren. Gemäss den Systemregeln der beiden Kreditkartenorganisationen Visa und MasterCard gingen bilateral vereinbarte IF der Anwendung der DMIF vor. Die Beschwerdeführerin sei daher frei, den sog. "Einnahmenausfall" über bilaterale Abkommen zur IF oder sogar über die zahlreichen anderen Gebühren, welche im Issuing gegenüber den Kreditkarteninhabern erhoben würden (z.B. Jahresgebühren, Kreditzinsen, Fremdwährungskurse etc.), zu kompensieren.

Durch die angefochtene Verfügung erleide die Beschwerdeführerin keinen Nachteil, da sie auch ohne Unterzeichnung der EVR II auf genau dieselbe DMIF zurückgreifen könne wie die beteiligten Unternehmen selber. Die angefochtene Verfügung stelle somit die Beschwerdeführerin – entgegen ihrer Behauptung – wirtschaftlich nicht schlechter als die materiellen Verfügungsadressaten oder andere von der Untersuchung betroffene Unternehmen (PostFinance, GE Money Bank). Eine Ungleichbehandlung liege deshalb nicht vor. Letztlich gehe es der Beschwerdeführerin mit ihrer Argumentation zur Beschwerdelegitimation einzig um die Besorgnis, dass sich dadurch ihre allgemeine wirtschaftliche Stellung als Gewerbegenossin gegenüber den Konkurrenten verschlechtern könnte. Dies genüge jedoch nicht, um ein besonderes Berührtsein im Sinne von Art. 48 Abs. 1 lit. b VwVG zu begründen.

Mangels einer anderweitig vorgebrachten Begründung habe es die Beschwerdeführerin folglich versäumt, die Beschwerdelegitimation genügend zu substantiieren, weshalb sie über kein rechtlich anerkennungswürdiges Interesse verfüge, dass das Rechtsverhältnis gegenüber den materiellen Verfügungsadressaten anders geregelt werde.

Die Beschwerdeführerin sei als Issuerin einer Visa-Kreditkarte und somit Lizenznehmerin – wie alle anderen Lizenznehmer auch – an die Systemregeln von Visa gebunden. Aufgrund dieser Regeln sei sie verpflichtet, sämtliche branchen- und transaktionsspezifischen DMIF in

ihr Geschäftsmodell zu übernehmen, sofern diese im schweizerischen IAFV multilateral vereinbart würden und sofern die Beschwerdeführerin selber keine bilateralen Domestic Interchange Fees (DIF) aushandle. Die Beschwerdeführerin nehme Einsitz in diesem Forum, habe aber nicht genügend Stimmkraft, um eine DMIF, welche von den an der EVR II beteiligten Issuern beschlossen werde, zu blockieren. Dieser Umstand bestehe unabhängig von der angefochtenen Verfügung der WEKO. Mit anderen Worten habe die Beschwerdeführerin auch ohne die angefochtene Verfügung der WEKO faktisch keine Möglichkeit, eine ihr nicht genehme DMIF zu verhindern. Ihre faktische Einflussnahme auf die Bestimmung der DMIF werde daher durch die Verfügung der WEKO gar nicht berührt.

In diesem Zusammenhang sei anzumerken, dass sich die Unterzeichner der EVR II (beteiligte Unternehmen) gegenseitig verpflichtet hätten, den Inhalt der EVR II selbst dann in materieller Hinsicht umzusetzen, wenn die Genehmigungsverfügung der WEKO infolge einer Beschwerde nicht rechtskräftig werden sollte; dies im Hinblick darauf, das Risiko einer künftigen Sanktionierung nach Art. 49a Abs. 1 KG im Rahmen des Untersuchungsverfahrens auszuschliessen. Die betreffende Bestimmung sei Ausdruck des Umstandes, dass sowohl das Sekretariat als auch die beteiligten Unternehmen eine Umsetzung der EVR II als dringlich erachteten. Selbst wenn also die Genehmigungsverfügung der WEKO vom 25. Januar 2010 aufgehoben werden sollte, sei es – wie die Beschwerdeführerin selbst festhalte – wahrscheinlich, dass die beteiligten Unternehmen zur Vermeidung eines Sanktionsrisikos die DMIF auf ein Niveau senkten, welches demjenigen entspreche, das sich aus der Anwendung der EVR II ergeben würde.

Aus der Aufhebung der angefochtenen Verfügung ergäbe sich somit keine Änderung der Interessenlage der Beschwerdeführerin, weil der angebliche wirtschaftliche Nachteil auch ohne Verfügung weiterhin bestünde. Entsprechend fehle es der Beschwerdeführerin an einem aktuellen und praktischen Interesse an der Aufhebung der angefochtenen Verfügung.

3.3 Auf die Stellungnahme der Vorinstanz vom 26. März 2010 replizierte die Beschwerdeführerin mit Eingabe an das Bundesverwaltungsgericht vom 12. April 2010 zur Frage ihrer Beschwerdelegitimation insbesondere Folgendes:

Die Vorinstanz bezweifle bereits in der angefochtenen Verfügung und nun auch in der Stellungnahme, dass eine Senkung der DMIF auf die von der Beschwerdeführerin erzielten Kommissionen aus der Bonus Card durchschlage. Diese Behauptung sei völlig realitätsfremd. Seit Bekanntwerden der von der Vorinstanz erzwungenen vorsorglichen Absenkung der DMIF verlangten Bonus Card - Partner (z.B. [...]) von der Beschwerdeführerin eine mindestens identische Reduktion der Kommission.

Anders als noch in der Beschwerde festgehalten, belaufe sich der mutmassliche Einnahmeverlust aufgrund der DMIF-Senkung im Jahr 2009 auf Fr. [...]. Dies resultiere in einem mutmasslichen Geschäftsverlust im Jahr 2010 von Fr. [...]. Im Jahr 2011 belaufe sich der mutmassliche Einnahmeverlust aufgrund der DMIF-Senkung auf Fr. [...] und der Geschäftsverlust auf Fr. [...]. Mit Blick auf den Umstand, dass das Aktienkapital der Beschwerdeführerin Fr. [...] und die gesetzlichen Reserven Fr. [...] betrügen, der kumulierte Verlustvortrag sich aber bereits ohne DMIF-Senkung per 31. Dezember 2009 auf Fr. [...] belaufe, seien die Folgen der (vorläufigen) Intervention der Vorinstanz offensichtlich fatal für die Beschwerdeführerin.

Die Beschwerdeführerin habe am Verfahren vor der Vorinstanz teilgenommen und sei mit ihren Anträgen vollständig (ohne Begründung) unterlegen. Damit sei sie offenkundig formell beschwert. Sie sei materielle Adressatin der angefochtenen Verfügung. Die Vorinstanz habe die "Einigung" mit den "alten Issuern" im vollen Bewusstsein getroffen, dass sich die anderen (neuen) Issuer gegen die damit verbundene Senkung der DMIF auf privatrechtlichem Weg gar nicht wehren könnten. Tatsächlich könne sich die Beschwerdeführerin im Rahmen des VISA-Kartengremiums nicht dagegen auflehnen, wenn sie überstimmt werde. Aufgrund des Einwirkens der Vorinstanz habe der Entscheid des VISA-Kartengremiums aber seine rein privatrechtliche Natur verloren. DMIF-Entscheide würden aufgrund der EVR II nicht autonom von den vier daran beteiligten Issuern getroffen. Vielmehr würden sie inskünftig – bei Rechtsbeständigkeit der angefochtenen Verfügung – stets aufgrund der von der Vorinstanz erzwungenen EVR II getroffen. Die Qualität dieser Intervention sei zweifelsfrei öffentlich-rechtlich. Diese Intervention der Vorinstanz müsse also gesetzeskonform, willkürfrei und nichtdiskriminierend sein. Da die DMIF-Festsetzung einen wesentlichen Einnahmeposten aller

Issuer beschlage, seien bei einer Verletzung dieser Anforderung sämtliche Issuer direkt und unmittelbar betroffen.

Direkt und unmittelbar betroffen sei also auch die Beschwerdeführerin. Völlig unerheblich sei dabei, dass die rein zahlenmässige Einbusse bei ihr geringer sei als bei grösseren Wettbewerbern. Die Beschwerdeführerin habe ungeachtet ihrer Grösse genau dieselben materiellen und formellen Rechte wie andere Issuer. Wenn vier von sieben Issuern unter dem Eindruck der Sanktionsdrohung dem Diktat der Vorinstanz nachgäben, mit ihr eine einvernehmliche Regelung träfen und damit einen faktischen Rechtsmittelverzicht leisteten, möge das für diese Verfahrensparteien richtig sein. Dass diese Issuer (auf Geheiss der Vorinstanz) in der Lage seien, der Beschwerdeführerin die Senkung der DMIF aufzuzwingen, heisse aber keineswegs, dass ihr Rechtsmittelverzicht auch für die Beschwerdeführerin Wirksamkeit beanspruche.

Die Beschwerdeführerin sei zwar tatsächlich Konkurrentin unter anderem der Parteien der EVR II. Ihre Beschwerdelegitimation leite sie aber nicht daraus ab. Der Umstand, dass sie rein tatsächlich und praktisch in ihren wirtschaftlichen Interessen von der angefochtenen Verfügung betroffen sei, genüge vollumfänglich. Selbst wenn die Beschwerde eine Konkurrentenbeschwerde wäre, was sie allerdings nicht sei, stehe die Beschwerdelegitimation der Beschwerdeführerin ausser Frage. Da ihre Netzwerkkosten bei der Berechnung der DMIF gemäss EVR II nicht berücksichtigt würden, werde sie im Vergleich zu den Parteien der EVR II rechtsungleich behandelt. Dass das Ergebnis der DMIF-Berechnung, die DMIF, für alle Issuer im Schweizer Markt gleich sei, ändere an der Ungleichbehandlung der Beschwerdeführerin nichts. Die rechtsungleiche Behandlung habe zum Ergebnis, dass sich die Wettbewerbsposition der Beschwerdeführerin deutlich und spürbar bzw. massiv verschlechtere.

Die Beschwerdeführerin habe in ihrer Beschwerde klar signalisiert, dass mit jedem Tag, der nach dem 1. Mai 2010 verstreichen werde, der ihr von der Vorinstanz zugefügte Schaden grösser werde. Die sofortige Korrektur durch Erlass der anbegehrten Ersatzmassnahme sei daher dringend erforderlich. Selbst bei ungehinderter Herabsetzung der DMIF bleibe das Interesse der Beschwerdeführerin nach wie vor schutzwürdig, da es weiterhin aktuell und praktisch bleibe.

Die Vorinstanz behaupte zur Frage des schutzwürdigen Interesses der Beschwerdeführerin erneut, dass diese von den EVR II-Issuern ohnehin – im Sinne der Vorinstanz – überstimmt werde, wenn die angefochtene Verfügung wegfalle. Der Widerstand der Beschwerdeführerin sei also zwecklos und ihre Beschwerde sinnlos. Die Vorinstanz übersehe einmal mehr, dass die Beschwerdeführerin die Verfügung der Perpetuierung der EVR I verlange, mit der die von der Vorinstanz instrumentalisierte Sanktionsdrohung für die betroffenen Parteien ebenfalls gebannt sei. Es sei zwar theoretisch möglich, dass die vier EVR II-Issuer aus (wirklich) freien Stücken (auch gegen den Willen der Beschwerdeführerin) eine Senkung der DMIF auf [...] % beschliessen könnten oder dass sie im Widerspruch zur anbegehrten Ersatzmassnahme die DMIF auf der Höhe gemäss EVR II bestimmten. Beides aber wäre einigermassen irrational und werde auch mit der Genehmigung des Rechtsbegehrens Ziff. 1 verunmöglicht.

3.4 In ihrer Duplik vom 23. April 2010 hielt die WEKO unter anderem fest, nach wie vor unklar sei die Berechnungsweise der Beschwerdeführerin bezüglich des behaupteten Einnahmenausfalls aus der Senkung der DMIF. Bei einer Senkung der DMIF von [...] % auf den neuen Wert von [...] % würde, basierend auf dem von der Beschwerdeführerin selber angegebenen Umsatzvolumen "Umsatz Visa domestic" für das Jahr 2009, allenfalls ein Einnahmenausfall von Fr. [...] resultieren und zwar für ein ganzes Jahr und nicht nur für sieben Monate, wie die Beschwerdeführerin glaubhaft machen wolle. Dies entspreche lediglich [...] % der gesamten Einnahmen aus "Kommission Bonus Card (BC)" und "Kommission VISA". Über die Einnahmen, welche von den Karteninhabern an die Beschwerdeführerin flössen (Jahresgebühren, Kreditzinsen, Fremdwährungskommissionen, Wechselkursgewinne etc.), schweige sich diese aber aus.

Die (egoistischen) Interessen der Beschwerdeführerin an der Aufhebung des WEKO-Entscheides vom 25. Januar 2010 zielten in erster Linie auf die Deckung von Verlusten respektive auf die Verringerung des negativen Geschäftsergebnisses durch eine höhere IF. Diesem Ziel dürfe aber die als Preisabrede unter Konkurrenten qualifizierte DMIF gerade nicht dienen.

Gegenstand der vorliegenden Beschwerde sei nicht ein End- oder Teilentscheid der WEKO im Rahmen des laufenden Untersuchungs-

verfahrens, welcher die Beschwerdeführerin allenfalls beschweren könnte, sondern einzig die Genehmigung der EVR II, welche in einem Verfahren auf Erlass vorsorglicher Massnahmen durch die WEKO am 25. Januar 2010 erteilt worden sei. Es sei nicht zwingend, dass Verfahrensbeteiligte mit Parteistellung im Hauptverfahren "automatisch" auch Parteistellung im Verfahren auf vorsorgliche Massnahmen einnähmen. Zwar dürfte dies in der Mehrzahl der Fälle zutreffen, nicht aber im vorliegenden Fall, wo einzig die Genehmigung der EVR II Gegenstand der vorsorglichen Massnahmen gewesen sei.

Die Rechtsstellung der Beschwerdeführerin sei durch die Genehmigungsverfügung nicht direkt beschränkt, wie dies in der Replik dargestellt werde. Eine Beschränkung wirtschaftlicher Natur ergebe sich allenfalls indirekt, wenn die an der EVR II beteiligten Parteien die Senkung der DMIF innerhalb der Kreditkartenforen umsetzten. Gegen einen solchen Mehrheitsbeschluss könnte sich die Beschwerdeführerin aber so oder so nicht zur Wehr setzen, da sie nicht über ein genügendes Transaktionsvolumen (und damit Stimmrechtsanteile) verfüge.

Das Kartellgesetz setze nicht voraus, dass eine EVR mit sämtlichen Absprachebeteiligten getroffen werde. Im vorliegenden Fall verhalte es sich sogar so, dass aufgrund von privatrechtlichen Regeln der Inhalt der EVR, namentlich die Senkung der DMIF, auf sämtliche Systemteilnehmer (Issuer, Acquirer) der beiden Kreditkartensysteme Visa und MasterCard ausgeweitet werde. Die angebliche wirtschaftliche Schlechterstellung werde also nicht direkt durch die Genehmigungsverfügung der WEKO veranlasst, sondern durch die Systemregeln, zu deren Einhaltung sich die Beschwerdeführerin mit ihrem Lizenzvertrag gegenüber Visa verpflichtet habe.

Die Beschwerdeführerin behaupte sodann, ihre Wettbewerbsfähigkeit werde durch die Genehmigungsverfügung der WEKO zerstört. In letzter Konsequenz hiesse dies, ihre hohen Netzwerkkosten müssten durch eine Erhöhung der dDIF oder mindestens durch eine Beibehaltung der Regelung gemäss EVR I quasi "geschützt" werden. Dem sei zu widersprechen: Es sei gerade nicht Sinn und Zweck der EVR II (und auch nicht der EVR I), die Netzwerkkosten sämtlicher Issuer zu decken. Die objektivierten Netzwerkkosten dienten als Basis zur Festlegung der dDIF als Benchmark für die Issuer und Acquirer und damit zur Begrenzung der von den Issuern und Acquirern multi-

lateral festgelegten Interchange Fees (DMIF) gegen oben. Der in der EVR II vorgesehene, wettbewerbsorientierte Ansatz bei der Berechnung der dDIF solle zudem eine Beseitigung des Wettbewerbs bezüglich der Netzwerkkosten durch die Issuer verhindern, indem diese einen starken Anreiz erhielten, ihre Kostenstruktur bei den Kreditkarten-Netzwerken so effizient wie möglich auszugestalten. Das Interesse der Beschwerdeführerin genüge somit nicht, um ein besonderes Interesse im Sinne der materiellen Beschwer zu begründen.

4.

4.1 In ihrer Duplik räumt die WEKO ein, sie bestreite nicht, dass die Beschwerdeführerin im Rahmen des hängigen Untersuchungsverfahrens als Beteiligte mit Parteistellung zugelassen sei. Auch werde nicht bestritten, dass die Beschwerdeführerin zu den Verhandlungen über die EVR II eingeladen worden sei und die Gelegenheit erhalten habe, sich im Vorfeld des Genehmigungsentscheides der WEKO zu den vorsorglichen Massnahmen zu äussern. Die Parteistellung sei aber auch im Verfahren auf Erlass vorsorglicher Massnahmen, welches ein eigenständiges Verfahren im Rahmen des Hauptverfahrens bilde, zu prüfen. Diejenigen Verfahrensbeteiligten, welche die EVR II nicht unterzeichnet hätten, verfügten über keine Parteistellung im Genehmigungsverfahren.

4.2 Die Beschwerdeführerin ist nicht (materielle) Adressatin der angefochtenen Verfügung. Sie ist jedoch Partei der Untersuchung KK-DMIF II, in deren Kontext die angefochtene Verfügung ergangen ist. Nachdem sie die EVR II in den Verhandlungen mit dem Sekretariat der WEKO abgelehnt hatte, verzichtete sie auf eine Unterzeichnung. Mit Stellungnahme vom 11. Januar 2010 beantragte sie vor der WEKO erfolglos, die EVR II sei nicht zu genehmigen, und stattdessen sei die EVR I fortzusetzen.

4.3 Die Frage, ob die Beschwerdeführerin im Sinne von Art. 48 Abs. 1 lit. a VwVG "vor der Vorinstanz am Verfahren teilgenommen" hat und damit formell beschwert ist, umfasst mehrere Aspekte. Nach bundesgerichtlicher Praxis muss die beschwerdeführende Partei grundsätzlich am Verfahren vor der unteren Instanz teilgenommen haben und mit ihren Anträgen ganz oder teilweise unterlegen sein (BGE 133 II 181 E. 3.2). In diesem Zusammenhang wäre zunächst einmal zu prüfen, welches Verfahren vorliegend massgebend ist. Einerseits könnte dies die Untersuchung an sich, andererseits nur das Ge-

nehmigungsverfahren mit Bezug auf die EVR II sein. Im ersten Fall gälte die Beschwerdeführerin ohne Weiteres als formell beschwert, weil sie Partei der Untersuchung ist. Im zweiten Fall müsste bestimmt werden, ob sie die Voraussetzungen des Art. 48 Abs. 1 lit. a VwVG erfüllt, nachdem sie schliesslich auf eine Unterzeichnung der EVR II verzichtete, aber andererseits ihrem Antrag auf Fortführung der EVR I (implizit) nicht stattgegeben wurde. Wie es sich bezüglich der formellen Beschwer verhält, kann jedoch offengelassen werden, da die in Art. 48 Abs. 1 lit. a–c VwVG genannten Voraussetzungen kumulativ erfüllt sein müssen (MARANTELLI-SONANINI/HUBER, a.a.O., Art. 48 N. 8; ANDRÉ MOSER/MICHAEL BEUSCH/LORENZ KNEUBÜHLER, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, Basel 2008, N. 2.60; HANSJÖRG SEILER in: HANSJÖRG SEILER/NICOALS VON WERDT/ANDREAS GÜNGERICH (Hrsg.): Bundesgerichtsgesetz (BGG), Handkommentar, Bern 2007, Art. 89 N. 8) und, wie sogleich dargelegt wird, namentlich ein (schutzwürdiges) aktuelles und praktisches Interesse fehlt.

5.

Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung muss ein Beschwerdeführer durch den angefochtenen Entscheid "stärker als jedermann betroffen sein und in einer besonderen, beachtenswerten Beziehung zur Streitsache stehen" (BGE 133 II 249 E. 1.3). Das schutzwürdige Interesse besteht im Umstand, einen Nachteil wirtschaftlicher, ideeller, materieller oder anderweitiger Natur zu vermeiden, welchen die angefochtene Verfügung mit sich bringen würde (BGE 133 V 188 E. 4.3.1, 133 II 249 E. 1.3, 131 II 587 E. 2 sowie 123 II 376 E. 2). Schutzwürdig ist ein Interesse grundsätzlich nur dann, wenn es im Urteilszeitpunkt aktuell und praktisch ist, weil der mit der angefochtenen Verfügung verbundene strittige Nachteil noch andauert und im Rahmen eines Urteils auch behoben werden könnte (MARANTELLI-SONANINI/HUBER, a.a.O., Art. 48 N. 15, mit Hinweisen). Ein schutzwürdiges Interesse liegt vor, wenn die tatsächliche oder rechtliche Situation der Beschwerdeführerin durch den Ausgang des Verfahrens beeinflusst werden kann (BGE 133 II 249 E. 1.3.1). Dass dies hier nicht der Fall ist, ergibt sich aus den nachstehenden Erwägungen.

5.1 Unter dem Titel des aktuellen praktischen Interesses verweist die Beschwerdeführerin in der Replik auf Ziff. 2 ihrer Rechtsbegehren, wonach die EVR I zu "perpetuieren" sei, was die Sanktionsdrohung (ebenfalls) banne. In Rechtsbegehren Ziff. 1 beantragt sie, die angefochtene Verfügung sei aufzuheben, und den "Vertragsparteien" der

EVR II sei es zu verbieten, die dort verankerte DMIF-Berechnung anzuwenden.

5.1.1 Das in Art. 29 KG kodifizierte Instrument der EVR lässt sich als eine Form der "Selbstregulierung" charakterisieren, denn eine EVR ist das Ergebnis von kooperativ-partnerschaftlichen Gesprächen und Verhandlungen zwischen den Wettbewerbsbehörden und den betroffenen Rechtssubjekten (JÜRG BORER, Kartellgesetz, Kommentar, Zürich 2005, Art. 29 N. 1; BENOÎT CARRON, in: Pierre Tercier/Christian Bovet (Hrsg.): Droit de la concurrence, Commentaire, Genf/Basel/München 2002, Art. 29 KG N. 3; BRUNO SCHMIDHAUSER, in: Eric Homburger/Bruno Schmidhauser/Franz Hoffet/Patrik Ducrey, Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz vom 6. Oktober 1995, Zürich 1997, Art. 29 N. 12; BEAT ZIRLICK/CHRISTOPH TAGMANN, in: Marc Amstutz/Mani Reinert (Hrsg.): Basler Kommentar, Kartellgesetz, Basel 2010, Art. 29 N. 3 mit Hinweisen; vgl. Bundesgerichtsurteil 2A.415/2003 vom 19. Dezember 2003 E. 3.4.3 mit Hinweisen sowie E. 3.4.7). Nach Art. 29 Abs. 1 KG kann das Sekretariat der WEKO, wenn es eine Wettbewerbsbeschränkung für unzulässig erachtet, den Parteien eine EVR über die Art und Weise ihrer Beseitigung vorschlagen. Das Sekretariat ist allein zuständig für den Entscheid darüber, ob, mit wem, wann und wie über eine EVR verhandelt wird (ZIRLICK/TAGMANN, a.a.O., Art. 29 N. 69; vgl. auch CARRON, a.a.O., Art. 29 KG N. 7 ff. sowie PHILIPP ZURKINDEN/HANS RUDOLF TRÜEB, Das neue Kartellgesetz, Handkommentar, Zürich/Basel/Genf 2004, Art. 29 N. 3). Es liegt in seinem Ermessen, diesbezügliche Gespräche in die Wege zu leiten (vgl. STEFAN BILGER, Das Verwaltungsverfahren zur Untersuchung von Wettbewerbsbeschränkungen, Freiburg 2002, S. 344; vgl. Urteil des Bundesgerichts 2A.430/2006 vom 6. Februar 2007 E. 6.2 mit Hinweisen). Überhaupt ist das Verfahren der EVR für alle Beteiligten freiwillig (ZIRLICK/TAGMANN, a.a.O., Art. 29 N. 6 und 72).

5.1.2 Juristisch lässt sich die EVR als verwaltungsrechtlicher Vertrag, welcher unter der Suspensivbedingung der Genehmigung durch die WEKO steht, qualifizieren (ZIRLICK/TAGMANN, a.a.O., Art. 29 N. 88 mit Hinweisen; vgl. CARRON, a.a.O., Art. 29 KG N. 12 sowie PAUL RICHLI, Kartellverwaltungsverfahren, in: Roland von Büren/Lucas David (Hrsg.): Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, 5. Bd., Wettbewerbsrecht, S. 434). Weder die EVR selbst noch ihr Abschluss durch das Sekretariat kann mit einem ordentlichen Rechtsmittel angefochten werden. Allerdings unterliegt die Verfügung der

WEKO über die Genehmigung oder Nichtgenehmigung einer EVR bei gegebenen Voraussetzungen der Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht (ZIRLICK/TAGMANN, a.a.O., Art. 29 N. 115 f.). Inhaltlich kann sich eine EVR nicht auf die Rechtslage, d.h. auf die Frage der Zulässigkeit einer Wettbewerbsbeschränkung, erstrecken (RICHLI, a.a.O., S. 435; Bundesgerichtsurteil 2A.415/2003 vom 19. Dezember 2003 E. 3.4.4 mit Hinweisen); ebensowenig kann sie sich auf den Sachverhalt beziehen, denn beides ist nicht verhandelbar (BILGER, a.a.O., S. 343; ZIRLICK/TAGMANN, a.a.O., Art. 29 N. 4).

5.1.3 Die Genehmigung der EVR I durch die WEKO war auf vier Jahre ab Eintritt der Rechtskraft der Verfügung der WEKO vom 5. Dezember 2005 (publiziert in Recht und Politik des Wettbewerbs, RPW 2006/1 S. 65 ff.) befristet (siehe Ziff. 4 des Dispositivs dieser Verfügung). Laut Ziff. 7 der angefochtenen Verfügung (Genehmigung der EVR II) lief die Frist zur Einreichung einer Beschwerde gegen die Verfügung der WEKO zur Genehmigung der EVR I am 1. Februar 2006 unbenutzt ab, womit diese Verfügung einschliesslich der Befristung in Rechtskraft erwuchs. Am 1. Februar 2010 endete die Dauer der Genehmigung der EVR I. Auf dieses Datum hin schlossen die Parteien der EVR I mit dem Sekretariat der WEKO eine neue EVR (EVR II) ab, wodurch sie bezüglich der DMIF bewusst und willentlich auf eine Fortführung des in der EVR I verankerten Berechnungsmodus verzichteten. Stattdessen sprachen sie sich mit der Unterzeichnung der EVR II explizite für eine anders festzulegende, tiefere DMIF aus.

5.1.4 Da die Verfügung der WEKO vom 5. Dezember 2005 über die befristete Genehmigung der EVR I nicht angefochten wurde und ihre Gültigkeitsdauer seit 1. Februar 2010 abgelaufen ist, während sich die Parteien der EVR I in der hier umstrittenen Frage der DMIF-Berechnung für eine neue Lösung entschieden haben, entstünde im Falle einer Aufhebung der angefochtenen Verfügung durch das Bundesverwaltungsgericht ein Vakuum hinsichtlich der (von der WEKO genehmigten) Festlegung der DMIF, welches die Beschwerdeführerin mit einer Fortsetzung der EVR I (als vorsorgliche Massnahme) beheben möchte. Letzteres aber liesse sich gerade deswegen nicht bewerkstelligen, weil einerseits die (Befristung der) Genehmigung der EVR I durch die WEKO unangefochten geblieben und abgelaufen ist, andererseits diejenigen Parteien, welche die EVR I wieder anwenden müssten, durch den Abschluss der EVR II bewusst davon Abstand genommen haben, zumindest in Bezug auf die Festlegung der DMIF.

Angesichts der vertraglichen Natur der EVR wäre es dem Bundesverwaltungsgericht jedenfalls verwehrt, den Parteien der EVR I die Anwendung einer ganz bestimmten DMIF, wie von der Beschwerdeführerin verlangt, zu befehlen, zumal deren Umsetzung erst noch über die Stimmabgabe in privatrechtlich organisierten Kartengremien erfolgen müsste.

5.1.5 Wenn die EVR II aber aufgehoben bzw. ein Verbot an die Parteien, die darin verankerte DMIF-Berechnung anzuwenden, verhängt würde, ohne dass die bisherige DMIF, wie von der Beschwerdeführerin beantragt, wieder in Kraft gesetzt werden könnte, stiesse deren Rechtsbegehren ins Leere. Insbesondere könnte und kann in den Kartengremien nach wie vor eine andere (tiefere) als die bisherige DMIF beschlossen werden. Mit dem autoritativen Festsetzen einer bestimmten DMIF würde das Bundesverwaltungsgericht hingegen in eine privatautonome Regelung (durch die Kartengremien) eingreifen, deren kartellrechtliche Implikationen juristisch nicht abschliessend beurteilt worden sind. Eine entsprechende Würdigung im vorinstanzlichen Verfahren ist naturgemäss unterblieben (vgl. dazu BILGER, a.a.O., S. 343 und ZIRLICK/TAGMANN, a.a.O., Art. 29 N. 85 f., siehe dort auch N. 95 und 104) und könnte mangels Entscheidungsreife (bzw. beendeter Untersuchung) auch nicht direkt vom Bundesverwaltungsgericht vorgenommen werden.

5.1.6 Bei einer Aufhebung der EVR II müsste das Bundesverwaltungsgericht der WEKO im Übrigen die Weisung erteilen, ihr Sekretariat anzuweisen, mit den Parteien der EVR I Verhandlungen über eine neue EVR gleichen Inhalts (jedenfalls bezüglich der DMIF-Berechnung) aufzunehmen, denn die EVR I gilt seit 1. Februar 2010 nicht mehr. Nach Art. 29 Abs. 1 KG liegt es jedoch im Ermessen des Sekretariates, eine EVR vorzuschlagen (vgl. BILGER, a.a.O., S. 344). Eine entsprechende Weisung des Gerichts würde in dieses Ermessen eingreifen. Indizien dafür, dass ein solcher Eingriff gerechtfertigt wäre, sind aber keine ersichtlich. Im Übrigen steht auch der WEKO bei der Genehmigung der EVR ein erheblicher Ermessensspielraum zu (ZIRLICK/TAGMANN, a.a.O., N. 90).

5.1.7 Demzufolge könnte eine Gutheissung des Antrags der Beschwerdeführerin, den "Vertragsparteien" der EVR II sei zu verbieten, die dort verankerte DMIF-Berechnung anzuwenden, das mit der Beschwerde verfolgte Ziel nicht erreichen. Die betreffenden Parteien

könnten nämlich beispielsweise eine DMIF beschliessen und anwenden, welche nur minimal (symbolisch) von derjenigen gemäss EVR II abwiche. In Anbetracht dessen fehlt der Beschwerdeführerin das für die Rechtsmittellegitimation erforderliche (schutzwürdige) praktische Interesse.

5.2 Übereinstimmend mit der Vorinstanz muss sodann darauf hingewiesen werden, dass die Beschwerdeführerin als Issuerin von Visa-Kreditkarten und Lizenznehmerin von Visa grundsätzlich verpflichtet ist, sämtliche branchen- und transaktionsspezifischen DMIF in ihr Geschäftsmodell zu übernehmen, soweit diese im IAFV multilateral vereinbart werden und sie selbst keine bilateralen DIF aushandelt. Unabhängig von der angefochtenen Verfügung ist die Beschwerdeführerin demnach ausserstande, eine ihr nicht genehme DMIF zu verhindern, weil ihr die dafür nötige Stimmkraft im IAFV fehlt. Ein gegen ihre Wünsche ausfallender Beschluss konnte und kann in den Kartengremien stets gefällt werden, ganz unabhängig von einer Einwirkung der WEKO oder ihres Sekretariates. Das Problem der Beschwerdeführerin liegt darin, dass sie aus freien Stücken Mitglied in (privatrechtlich organisierten) Kartengremien geworden ist, die nicht (nur) nach ihren spezifischen Bedürfnissen entscheiden. Sie beabsichtigt nun, ihren dort erfolglos scheinenden Widerstand gegen eine Senkung der DMIF auf dem Beschwerdeweg durchzusetzen, indem sie eine von anderen Mitgliedern der Kartengremien freiwillig abgeschlossene EVR in Frage stellt. Dabei sucht sie über den Umweg der Anfechtung der EVR II die abgelaufene, rechtskräftig befristet gewesene EVR I wieder zu aktivieren. Dieses Ansinnen begründet kein schutzwürdiges Interesse.

5.3 Statt die in der EVR II festgelegte Methode zur Berechnung der DMIF anzuwenden, könnte die Beschwerdeführerin DIF bilateral aushandeln (was aus ihrer Sicht allerdings nicht realistisch erscheint). Falls sie sich aber trotzdem veranlasst fühlen sollte, die DMIF gemäss EVR II festzusetzen, stünden ihr gewisse Kompensationsmöglichkeiten offen. Solche böten sich der Beschwerdeführerin insbesondere bei den anderen Gebühren, welche im Issuing erhoben werden (etwa bei den von der Vorinstanz als Beispiele erwähnten Jahresgebühren, Kreditzinsen und Fremdwährungskursen, welche auch in der Stellungnahme der Beschwerdeführerin vom 12. April 2010 genannt werden). Angesichts dessen erscheint der von ihr geltend gemachte Einnahmenausfall jedenfalls nicht als unausweichlich.

5.4 Wenn die Beschwerdeführerin weder bilaterale DIF noch anderweitige Ausgleichsmassnahmen als realistisch erachtet und auch künftige Effizienzgewinne nicht ins Auge fasst, läuft dies in letzter Konsequenz darauf hinaus, dass sie auf dem Rechtsmittelweg ihr spezifisches Geschäftsmodell schützen möchte. Wie aber gerade der von ihr ins Recht gelegte Presseartikel zeigt, bestehen auch Kompensationsmöglichkeiten, wiewohl diese aus ihrer Sicht nicht befriedigend sein mögen. Jedenfalls bewirken sie, dass von einem sich unmittelbar aus der angefochtenen Verfügung ergebenden (zwingenden) Einnahmenausfall nicht die Rede sein kann.

5.5 In diesem Zusammenhang darf auch nicht ausser Acht gelassen werden, dass die Beschwerdeführerin als neue Issuerin in ein bestehendes Kreditkartensystem eintrat, dessen Funktionsmechanismen ihr bekannt waren und denen sie sich bewusst anschloss. Daher musste sie auch mit der Möglichkeit rechnen, im betreffenden Kartengremium eines Tages überstimmt zu werden. Sie durfte nicht erwarten, von der seinerzeit bestehenden Gebührenstruktur, insbesondere von einer DMIF in bestimmter Höhe, so lange profitieren zu können, bis ihr Geschäftsmodell konsolidiert sein würde.

5.6 Die Senkung der DMIF steht nicht in einem zwingenden ursächlichen Zusammenhang mit der Genehmigung der EVR II durch die angefochtene Verfügung der WEKO. Vielmehr ist sie das Resultat der Entscheidung mehrerer in den Kreditkartengremien IAFV und CC vertretener Parteien (namentlich der bisherigen Issuer), die EVR II zusammen mit dem Sekretariat der WEKO auszuhandeln, zu unterzeichnen und (insbesondere) die darin vereinbarte Senkung der DMIF via Kreditkartengremien zu beschliessen sowie umzusetzen. Wenngleich die bisherigen Issuer ihre Zustimmung zur EVR II unter dem Eindruck des Sanktionsrisikos gegeben haben mögen, hätten sie von einer Unterzeichnung auch absehen können. Sie hätten stattdessen beispielsweise die DMIF gemäss EVR I weiterführen oder eine geringere als die in der EVR II vorgesehene Herabsetzung vornehmen, eine mögliche Sanktionsverfügung abwarten und dagegen allenfalls Rechtsmittel ergreifen können. Allerdings verschafft ihnen (und auch der Beschwerdeführerin) die von der WEKO genehmigte EVR II die Rechtssicherheit, dass das Sekretariat bei einer Festsetzung der DMIF gemäss EVR II im Rahmen der Endverfügung keine Sanktion gemäss Art. 49a KG beantragen wird (Ziff. h5 unter Ziff. 29 der angefochtenen Verfügung).

5.7 Die Argumentation der Beschwerdeführerin stützt sich massgeblich auf die Annahme, die involvierten Parteien seien gezwungen gewesen, die EVR II bzw. die darin verankerte DMIF-Berechnung nach der Vorgabe der WEKO hinzunehmen und ohne Rücksicht auf die formelle Rechtskraft der angefochtenen Genehmigungsverfügung rasch umzusetzen. Für entsprechenden widerrechtlichen Druck seitens der Vorinstanz bestehen jedoch keine Anhaltspunkte. Aus der Perspektive der an einer wettbewerbsrechtlich möglicherweise unzulässigen Abrede beteiligten Unternehmen geht es vielmehr um eine Interessenabwägung, bei welcher die Gewichtung des Sanktionsrisikos eine bedeutende Rolle spielt. Schätzen sie dieses relativ hoch ein und/oder wollen sie die damit verbundene Ungewissheit minimieren, werden sie eher dazu neigen, mit dem Sekretariat der WEKO Verhandlungen aufzunehmen, um die Sanktionsgefahr mit Hilfe einer EVR zu bannen.

5.8 In der angefochtenen Verfügung vom 25. Januar 2010 hielt die WEKO fest, die Erträge der Issuer an der DMIF machten rund [...] der Gesamterträge aus. Diese Erträge würden nun um rund [...] % gesenkt. Damit führe die Senkung nicht zu derartigen Ertragsausfällen, dass mit Marktaustritten von Issuern zu rechnen sei. Überdies sei es nach Auffassung der WEKO nicht überzeugend, die Erträge aus der Bonus Card im selben Masse zu reduzieren wie die DMIF. Die Kommissionen für die Bonus Card könnten von Jelmoli frei bestimmt werden und seien wesentlich höher als die DMIF, da der Bonus Card auch eine Kundenbindungsfunktion zukomme. Sie hätten auch eine stark abweichende Struktur und setzten sich aus einer Abwicklungskommission, einem Werbebeitrag, Bonuspunkten sowie Gutschein-Einlösungen zusammen. Würden die nach Auffassung der WEKO einzig relevanten Erträge aus der DMIF berücksichtigt, so ergäben sich eine Reduktion der Einnahmen von nur noch Fr. [...] und ein Geschäftsverlust von Fr. [...]. Zudem gelte es zu berücksichtigen, dass Jelmoli aufgrund seiner neuen Kooperation mit den SBB über ein erhebliches Potenzial zur Ausweitung seiner Geschäftstätigkeit und Realisierung entsprechender Grössenvorteile besitze.

Dazu erklärt die Beschwerdeführerin, es sei eine mathematische Tatsache, dass sie bei einer DMIF von [...] % im Vergleich zu einer DMIF von [...] % weniger Ertrag aus Kreditkartenumsätzen erwirtschafte. Konkret ergebe sich ein Delta von [...] %, das sich mathematisch zwingend in der Buchhaltung der Beschwerdeführerin niederschlagen

werde. Hinzu komme, dass das aus der Senkung der DMIF resultierende Minus in ihrer Buchhaltung unwiederbringlich verloren sei.

Die Beschwerdeführerin vermag die soeben wiedergegebenen Argumente der WEKO nicht zu entkräften. Nirgends erläutert sie in substantiierter, überzeugender Weise, weshalb sie trotz des beschränkten Umfangs der DMIF-Senkung und ungeachtet des Vorhandenseins weiterer Einnahmekomponenten infolge der angefochtenen Verfügung unzumutbare Einbussen gewärtigen müsste und aus dem Markt gedrängt werden sollte. Sie hat es auch unterlassen, entsprechende Beweismittel vorzulegen. Im Wesentlichen hat sie sich auf nicht belegte Behauptungen und ein pauschales Bestreiten der vorinstanzlichen Argumentation beschränkt, ohne sich etwa mit der Frage auseinanderzusetzen, inwiefern eine Ausweitung ihrer Geschäftsfelder kompensatorische Effekte nach sich ziehen könnte.

5.9 Wie die Beschwerdeführerin in ihrer Stellungnahme an das Bundesverwaltungsgericht vom 12. April 2010 selbst einräumt, beläuft sich ihr "kumulierter Verlustvortrag" bereits ohne DMIF-Senkung per 31. Dezember 2009 auf Fr. [...]. Eine Senkung der DMIF per 1. Mai 2010 zeitige auf der Basis der auditierten Geschäftszahlen für das Jahr 2009 einen Einnahmenverlust (bis Ende 2010) von Fr. [...]. Bei einem Aktienkapital von Fr. [...] und gesetzlichen Reserven von Fr. [...] seien daher die "Folgen der (vorläufigen!) Intervention der Vorinstanz offensichtlich fatal" für die Beschwerdeführerin. Wenn diese jedoch schon unter dem Regime der EVR I, welches sie beibehalten will, beträchtliche Verluste angehäuft hat, wäre das von ihr skizzierte Szenario, sollte es denn eintreten, kaum der hier zu beurteilenden Verfügung der WEKO bzw. der EVR II anzulasten.

5.10 Gemäss Buchstabe A. Absatz h5. des Dispositivs der angefochtenen Verfügung haben sich die Parteien der EVR II verpflichtet, diese selbst dann zu implementieren, wenn sie aufgrund einer Beschwerde gegen den Genehmigungsentscheid der WEKO nicht in formelle Rechtskraft erwachsen sollte. Darin sieht die Beschwerdeführerin eine Ausserkraftsetzung jeglichen Rechtsschutzes durch die WEKO, weshalb sie eventualiter beantragt, es sei die Unverbindlichkeit der EVR II und namentlich der vorgenannten Verpflichtung festzustellen. Ihrer Ansicht nach ist nämlich "zu befürchten, dass sich die

Parteien der ER II an die Ziff. h5. der ER II gebunden fühlen könnten und diese aus Unsicherheit über die Konsequenzen ihrer Missachtung umsetzen werden". Ob die zitierte Bestimmung aber tatsächlich unverbindlich ist (vgl. dazu etwa ZIRLICK/TAGMANN, a.a.O., Art. 29 N. 39), braucht hier nicht geprüft zu werden, weil, wie oben (E. 5.7) bereits dargelegt wurde, keine Anhaltspunkte für unzulässigen Druck seitens der WEKO oder ihres Sekretariates auf die Vertragsparteien bestehen. Mit anderen Worten ist davon auszugehen, dass sich die Unterzeichner der EVR II bewusst und ohne Zwang für die (mindestens vorübergehende) Beseitigung eines Sanktionsrisikos entschieden und in diesem Rahmen auch eine Klausel unterschrieben, welche ihre Absicht bekräftigt, die EVR II im (privatrechtlich verfassten) Kartengremium umsetzen zu wollen. Letzteres hätten sie – gerade angesichts der Sanktionsdrohung – auch unabhängig vom Abschluss einer EVR (II) tun können, allerdings mit Abstrichen in Bezug auf die Rechtssicherheit. Sie könnten es selbst dann beschliessen, wenn die Verpflichtungserklärung unverbindlich wäre, denn die Vorinstanz bzw. das Gericht kann, wie oben (E. 5.1.4) ausgeführt wurde, nicht in die privatautonome Willensbildung des Kartengremiums eingreifen, um dessen Mitglieder zur Aushandlung einer neuen EVR bzw. zur Festsetzung einer DMIF in bestimmter Höhe zu veranlassen.

6.
Zusammenfassend ergibt sich, dass der Beschwerdeführerin ein schutzwürdiges Interesse im Sinne von Art. 48 Abs. 1 lit. c VwVG und damit die Rechtsmittellegitimation fehlt, weshalb auf die Beschwerde nicht einzutreten ist.

7.
Die Verfahrenskosten von Fr. 3'000.– sind der unterliegenden Beschwerdeführerin aufzuerlegen (Art. 63 VwVG; Art. 1 ff. des Reglementes über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht vom 21. Februar 2008, VGKE, SR 173.320.2) und mit dem geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 5'000.– zu verrechnen.

8.
Weder die unterliegende Beschwerdeführerin noch die Vorinstanz hat Anspruch auf eine Parteientschädigung (Art. 64 VwVG i.V.m. Art. 7 VGKE).

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.
Auf die Beschwerde wird nicht eingetreten.

2.
Die Verfahrenskosten von Fr. 3'000.– werden der Beschwerdeführerin auferlegt. Sie werden mit dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 5'000.– verrechnet. Der Restbetrag von Fr. 2'000.– wird der Beschwerdeführerin nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils zurückerstattet.

3.
Parteientschädigungen werden keine ausgerichtet.

4.
Dieses Urteil geht an:

- die Beschwerdeführerin (Gerichtsurkunde; Beilage: Rückerstattungsformular);
- die Vorinstanz (Ref-Nr. 22-0389; Gerichtsurkunde);
- das Eidgenössische Volkswirtschaftsdepartement (Gerichtsurkunde);

und auszugsweise an:

[...].

Die vorsitzende Richterin: Der Gerichtsschreiber:

Maria Amgwerd Urs Küpfer

Rechtsmittelbelehrung:

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen nach Eröffnung beim Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten geführt werden (Art. 82 ff., 90 ff. und 100 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005, BGG, SR 173.110). Die Rechtsschrift ist in einer Amtssprache abzufassen und hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift zu enthalten. Der angefochtene Entscheid und die Beweismittel sind, soweit sie die beschwerdeführende Partei in Händen hat, beizulegen (vgl. Art. 42 BGG).

Versand: 16. Juli 2010