



Verfügung der Wettbewerbskommission vom 25. Januar 2010

betreffend

vorsorgliche Massnahmen

in Sachen

Untersuchung gemäss Artikel 27 des Bundesgesetzes über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 6. Oktober 1995 (Kartellgesetz [KG]; SR 251)

betreffend

22-0389: KK-DMIF II

wegen unzulässiger Wettbewerbsabrede gemäss Artikel 5 KG.

Besetzung der Wettbewerbskommission:

Prof. Walter Stoffel, Präsident
Prof. Vincent Martenet, Vizepräsident
Prof. Stefan Bühler, Vizepräsident
Prof. Evelyne Clerc
Prof. Anne Petitpierre
Prof. Andreas Kellerhals
Dr. oec. Daniel Lampart
Dr. iur. Jürg Niklaus
Dr. iur. Johann Zürcher

Inhaltsverzeichnis

A	Sachverhalt	3
A.1	Ausgangslage	3
A.2	Verfahren	5
B	Erwägungen	16
B.1	Formelle Voraussetzungen	16
B.1.1	Eröffnung einer Untersuchung	16
B.1.2	Zuständigkeit	16
B.2	Vorbehaltene Vorschriften	18
B.3	Materielle Voraussetzungen	18
B.3.1	Entscheidprognose	19
B.3.1.1	Anforderungen an die Entscheidprognose	19
B.3.1.2	Erhebliche Preisabrede	20
B.3.1.2.1	Qualifikation der DMIF als erhebliche Preisabrede im Kreditkartenentscheid	20
B.3.1.2.2	Vorliegen einer erheblichen Preisabrede ist glaubhaft	21
B.3.1.3	Zwischenfazit: Klare Entscheidprognose bezüglich des Vorliegens einer erheblichen Preisabrede	23
B.3.1.4	Rechtfertigung aus Effizienzgründen	24
B.3.1.4.1	Die Beurteilung der Effizienzgründe im Kreditkartenentscheid	24
B.3.1.4.2	Die EVR I	24
B.3.1.4.3	Die Wirkungsanalyse des Kreditkartenentscheids	25
B.3.1.4.4	Die EVR II	27
B.3.1.4.5	Die Entscheidprognose im Hinblick auf die Rechtfertigung aus Effizienzgründen ..	31
B.3.1.5	Fazit zur Entscheidprognose	33
B.3.2	Nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil (Nachteilsprognose)	33
B.3.3	Dringlichkeit	34
B.3.4	Verhältnismässigkeit	35
B.3.5	Ergebnis	35
B.3.6	Entzug der aufschiebenden Wirkung	36
C	Kosten	37
D	Dispositiv	38

A Sachverhalt

A.1 Ausgangslage

1. Am 5. Dezember 2005 schloss die Wettbewerbskommission (Weko) ihre Untersuchung gemäss Art. 27 KG¹ in Sachen „Kreditkarten – Interchange Fee“ mit einer Verfügung ab („Kreditkartenentscheid“).²

2. Gegenstand der Untersuchung waren die domestischen multilateralen Interchange Fees (DMIF) bei Kreditkarten. Bei der DMIF handelt es sich um ein Entgelt, welches bei inländischen Transaktionen mit Visa- oder MasterCard-Kreditkarten durch die Acquirer (Unternehmen, welche Händler und Dienstleistungsanbieter für die Akzeptanz von Kreditkarten anwerben) an die Issuer (Unternehmen, welche Kreditkarten an die Karteninhaber herausgeben) zu entrichten ist. Die DMIF wird in der Schweiz multilateral in zwei Kartengremien festgelegt, dem Issuer/Acquirer Forum Visa (IAFV) und dem Card Committee MasterCard (CC). Aufgrund der Reglemente von Visa und MasterCard sind die in den Kartengremien vereinbarten domestischen Interchange Fees für sämtliche in der Schweiz tätigen Issuer und Acquirer verbindlich, sofern diese keine bilateralen Vereinbarungen eingehen.

3. Die Festlegung der DMIF in den Kreditkartengremien wurde durch die Weko als *Preisabrede* i.S.v. Art. 5 Abs. 3 KG einerseits zwischen den Issuern und andererseits zwischen den Acquirern qualifiziert, die zu einer erheblichen Beeinträchtigung des Wettbewerbs geführt hat.³ Die Weko hielt weiter fest, dass die DMIF in ihrer damaligen Ausgestaltung nicht durch Effizienzgründe gerechtfertigt werden konnte.⁴ Die Weko ging aber davon aus, dass das multilaterale Verhandeln der Interchange Fees gegenüber bilateralen Verhandlungen Effizienzvorteile bringt und deshalb gerechtfertigt werden kann, wenn ein System gefunden wird, welches die negativen Auswirkungen des multilateralen Verhandeln beseitigt und gleichzeitig dessen Effizienzvorteile bewahrt. Als Lösung wurde die einvernehmlichen Regelung vom 29. März 2005 (EVR I) abgeschlossen.⁵

4. Die EVR I besteht aus vier Komponenten: (1) ein objektiviertes, wettbewerbsorientiertes und kostenbasiertes Verfahren zur Festlegung der DMIF; (2) die Aufhebung des Verbots der Preisdifferenzierung, d.h. Abschaffung der Non Discrimination Rule (NDR); (3) die Offenlegung der branchen- und transaktionsspezifischen DMIF gegenüber den Händlern und (4) das Verbot des Austausches von Daten in den Kartengremien.

5. Das Kernelement der EVR I bildet das objektivierte und wettbewerbsorientierte Verfahren zur Festlegung der DMIF. Durch dieses Verfahren wird die DMIF an die *Netzwerkkosten* der Issuer gebunden. Die Ermittlung der Netzwerkkosten beruht auf einer genauen Definition der zu berücksichtigenden netzwerkinhärenten Kostenelemente in einem detaillierten Kostenraster („zulässige Kosten“). Dabei wurde die Festlegung so ausgestaltet, dass bei den Issuern ein Anreiz zur Kosteneffizienz entstehen sollte (vgl. ausführlich unter Rz. 64 ff.).

6. Für eine ausführlichere Darstellung des damaligen Sachverhalts und der Erwägungen wird auf den in RPW 2006/1, S. 65 ff. publizierten Entscheid verwiesen. Dies gilt insbesondere auch für die Erläuterungen zur Funktionsweise von Kreditkartensystemen, die an diesen Systemen beteiligten Marktteilnehmer sowie die unterschiedlichen Gebühren, welche in die-

¹ Bundesgesetz vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen; Kartellgesetz; SR 251.

² RPW 2006/1, 65 ff.

³ RPW 2006/1, 85, Rz. 159, und 105, Rz. 323.

⁴ RPW 2006/1, 109, Rz. 355.

⁵ RPW 2006/1, 109 ff., Rz. 359, 366 und 414.

sen Systemen typischerweise existieren. Diese Erläuterungen sind nach wie vor aktuell und müssen hier nicht wiederholt werden.

7. In Ziff. 1 des Dispositiv des Kreditkartenentscheids genehmigte die Weko die EVR I, beschränkte jedoch in Ziff. 4 die Genehmigung auf eine Zeitdauer von vier Jahren ab Rechtskraft des Entscheides. Die Verfügung trägt das Datum vom 5. Dezember 2005, massgebend für den Eintritt der formellen Rechtskraft ist aber der Ablauf der Rechtsmittelfrist.⁶ Die Beschwerdefrist beträgt 30 Tage ab Eröffnung der Verfügung (Art. 50 VwVG). Eine der Parteien hat vorgebracht, die Verfügung sei ihr erst am 22. Dezember 2005 zugestellt worden. Unter Berücksichtigung des Stillstandes während der Gerichtsferien bis und mit dem 2. Januar (Art. 22a VwVG) ist die Beschwerdefrist am 1. Februar 2006 abgelaufen. Dies bedeutet, dass die Genehmigung der EVR I auf den 1. Februar 2010 ausläuft.

8. Die Weko hielt im Kreditkartenentscheid fest, dass die zeitliche Limitierung dem Umstand Rechnung trage, dass es sich bei der Abrede um ein historisch gewachsenes System handle, welches sich nicht nur in der Schweiz, sondern auch in zahlreichen anderen Ländern über die Jahre etabliert habe. Nach Ablauf der Genehmigungsdauer sei die EVR I „unter Berücksichtigung der dazumal vorherrschenden Wettbewerbssituation“ auf dem Issuing- und Acquiringmarkt zu beurteilen.⁷ Das Sekretariat hat daher ab dem 30. Juni 2008 mit einer Wirkungsanalyse zur EVR I begonnen. Aufgrund der Erhebungen wurde anlässlich der Jahrespressekonferenz vom 2. April 2009 grundsätzlich eine positive Marktentwicklung konstatiert.⁸ Das Resultat der ersten Erhebung der Netzwerkkosten der Issuer seit der Verfügung auf den 1. Mai 2009 fiel hingegen ambivalent aus und konnte die Frage nicht beantworten, ob das beabsichtigte wettbewerbsorientierte Modell tatsächlich funktioniert hat (vgl. ausführlich unter Rz. 66 ff.).

9. Ebenfalls im Frühjahr 2009 (1. April 2009) gab die EU-Kommission bekannt, dass sie sich vorläufig mit MasterCard über eine neue Berechnungsmethode zur Festlegung der grenzüberschreitenden multilateralen Interchange Fees geeinigt habe bis das Rechtsmittelverfahren gegen den MasterCard-Entscheid der Kommission aus dem Jahr 2007 abgeschlossen ist.⁹ Die neue Methode (der sog. „Tourist Test“¹⁰) führte zu einem erheblichen Rückgang dieser Interchange Fees. Dies bedeutet auf der Ebene der EU-Kommission eine Abkehr vom früheren kostenbasierten Ansatz, wie er noch im Visa-Entscheid aus dem Jahr 2002 verwendet worden war.¹¹

⁶ Vgl. ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5.A., 2006, Rz. 991.

⁷ RPW 2006/1, 115, Rz. 420.

⁸ Vgl. den Redetext der Jahrespressekonferenz 2009 sowie die Präsentation Kreditkarten, erhältlich unter www.weko.admin.ch, Rubrik Dokumentation/Jahrespressekonferenz.

⁹ Zusagen von MasterCard gegenüber der EU-Kommission betreffend Crossborder-Interchange Fees, Mitteilung der Kommission vom 1. April 2009, IP/09/515 und MEMO/09/143. Vgl. weiter den Entscheid der EU-Kommission vom 19. Dezember 2007, MasterCard (COMP/34.579).

¹⁰ Der Tourist-Test geht gemäss JEAN-CHARLES ROCHET/JEAN TIROLE, Must-Take Cards: Merchant Discounts and Avoided Costs, IDEI Working Paper, n. 496, November 2008, wie folgt: Es wird angenommen, der Käufer in einem Laden verhalte sich wie ein Tourist, welcher den Laden nie mehr betreten wird und genügend Bargeld bei sich hat, um seine Einkäufe in bar zu begleichen. Eine Interchange Fee erfüllt den Tourist-Test, falls der Händler gewillt ist, den Käufer mit der Zahlkarte bezahlen zu lassen bzw. wenn die Betriebskosten des Händlers durch die Akzeptanz der Karte des Käufers nicht ansteigen. Derzeit ist noch umstritten, ob Bargeld die richtige Vergleichsgrösse für Kreditkarten darstellt. JEAN-CHARLES ROCHET/JULIAN WRIGHT, Credit Card Interchange Fees, Paper presented at the 2009 AEA conference (www.aeaweb.org/annual_mtg_papers/2009/retrieve.php?pdfid=432) machen geltend, dass ein Vergleich zu Store Credit (d.h. einer Kreditvergabe durch den Händler) vorzuziehen wäre, wenn der Kunde die Kreditfunktion seiner Kreditkarte in Anspruch nimmt.

¹¹ Entscheid der EU-Kommission vom 24. Juli 2002, Visa International/Multilateral Interchange Fee (COMP/29.373).

10. Aufgrund der Entwicklung der Netzwerkkosten und der europäischen Entwicklung hinsichtlich der Festlegung von Interchange Fees beschloss das Sekretariat im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums am 15. Juli 2009 die Eröffnung des vorliegenden, neuen Untersuchungsverfahrens zur Beurteilung der DMIF. Ziel der neuen Untersuchung ist es, „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“¹².

A.2 Verfahren

11. Die Untersuchung wurde am 15. Juli 2009 gegenüber folgenden Unternehmen eröffnet: **Issuer:** Credit Suisse (CS), Cornèr Banca SA (*Cornèr Banca*), UBS AG (*UBS*), Viseca Card Services AG (*Viseca*), Jelmoli Bonus Card AG (*Jelmoli*), Die Schweizerische Post (*Post*), GE Money Bank AG (*GE Money*). **Acquirer:** Aduno SA (*Aduno*), SIX Multipay AG (*SIX Multipay*), ConCardis Schweiz AG (*ConCardis*), B&S Card Service GmbH (*B&S*).

12. Von den Issuern waren CS, Cornèr Banca, UBS und Viseca bereits Parteien im ersten Verfahren („alte Issuer“). Diese Issuer haben auch die EVR I unterzeichnet. GE Money, Jelmoli und die Post haben erst nach dem Abschluss der ersten Kreditkartenuntersuchung mit dem Issuing von Visa- oder MasterCard-Kreditkarten begonnen („neue Issuer“). GE Money ist der einzige Issuer, welcher in keinem der beiden Kartengremien Einsitz nimmt.

13. Bei den Acquirern waren die Aduno und die SIX Multipay (damals noch Telekurs Multipay) bereits Parteien im ersten Verfahren, da sie in den Kartengremien Einsitz nehmen. Die beiden Crossborder-Acquirer ConCardis und B&S waren bereits damals in der Schweiz aktiv, hatten jedoch keine Parteistellung im Verfahren, da sie in den schweizerischen Kartengremien nicht vertreten sind.

14. Die vorliegende Untersuchung wurde auch gegen diejenigen Unternehmen eröffnet, welche nicht in den Kartengremien vertreten sind (GE Money, ConCardis, B&S), weil sie die DMIF ebenfalls anwenden – was eine abgestimmte Verhaltensweise darstellen könnte – selbst wenn sie nicht direkt an deren Festlegung mitwirken.¹³

15. Mit Schreiben vom 23. Juli 2009 beantragte der Verband Elektronischer Zahlungsverkehr (VEZ) Parteistellung im Verfahren¹⁴, welche ihm – wie bereits in der ersten Kreditkartenuntersuchung¹⁵ – vom Sekretariat mit Schreiben vom 5. August 2008 bestätigt wurde¹⁶.

16. Die beiden Kreditkartenunternehmen Visa Europe (Visa) und MasterCard beantragten mit Schreiben vom 28. August¹⁷ und 10. September¹⁸ 2009 ebenfalls Parteistellung, welche ihnen vom Sekretariat mit Schreiben vom 31. August¹⁹ und 11. September²⁰ 2009 zuerkannt wurde.

¹² Vgl. Eröffnungsschreiben an die Parteien vom 15. Juli 2009 (act. n° 1).

¹³ Vgl. Eröffnungsschreiben an die Parteien vom 15. Juli 2009 (act. n° 1).

¹⁴ Act. n° 9.

¹⁵ Vgl. RPW 2006/1, 69, Rz. 11.

¹⁶ Act. n° 15.

¹⁷ Act. n° 33.

¹⁸ Act. n° 44.

¹⁹ Act. n° 35.

²⁰ Act. n° 45.

17. Anlässlich einer Sitzung mit den Issuern und Acquirern vom 20. Juli 2009 erklärte sich das Sekretariat gegenüber den Parteien bereit, eine Übergangslösung im Rahmen einer neuen einvernehmlichen Regelung (EVR II) zu suchen. Das Sekretariat machte auch deutlich, dass es aufgrund der Entwicklung der Netzwerkkosten sowie eines Vergleichs der schweizerischen DMIF mit denjenigen anderer europäischer Staaten Anpassungen an der EVR I für notwendig erachte. Zudem wurde dargelegt, dass die Schaffung von Transparenz durch einen Vergleich der schweizerischen DMIF mit den domestischen Interchange Fees anderer europäischen Ländern eine wichtige Bedingung für das Zustandekommen einer EVR II darstelle.²¹ Am gleichen Tag wurde auch der VEZ darüber informiert, dass das Sekretariat eine Zwischenlösung anstrebe.²²

18. In der Folge gingen bis am 4. September 2009 zahlreiche Stellungnahmen der Issuer und Acquirer beim Sekretariat ein, welche das Interesse an einer einvernehmlichen Regelung bestätigten, wobei jedoch eine unveränderte Weiterführung des EVR I postuliert wurde.²³ Der VEZ bekundete mit Schreiben vom 31. August 2009 Verständnis für eine Zwischenlösung, verlangte aber eine Senkung auf das Niveau der europäischen Crossborder-Interchange Fees.²⁴

19. Eine weitere Sitzung des Sekretariates mit den Issuern und Acquirern fand am 11. September 2009 statt. Anlässlich dieser Sitzung konkretisierte das Sekretariat, mit welchen Massnahmen der wettbewerbsorientierte Ansatz der EVR I verbessert werden könnte. Dabei äusserte das Sekretariat die Absicht, sich stärker am kosteneffizientesten Issuer auszurichten. Zudem wurden die Issuer und Acquirer zur Einreichung diverser Daten aufgefordert. Schliesslich wiederholte das Sekretariat die Wichtigkeit der Herstellung von Transparenz und gab bekannt, diesbezüglich auch mit MasterCard und Visa zu verhandeln.²⁵

20. Die Issuer reichten bis zum 2. Oktober 2009 die verlangten Daten ein und nahmen eine eher ablehnende Haltung zu den diversen Vorschlägen des Sekretariates ein. Sie vertraten weiterhin die Auffassung, dass Änderungen an der EVR I nicht notwendig seien, da diese gute Resultate gezeigt habe.²⁶

21. Mit Schreiben vom 1. Oktober 2009 sowie anlässlich einer Sitzung vom 8. Oktober 2009 äusserte der VEZ seine Kritik am bestehenden Kostenraster gemäss EVR I und verlangte die Streichung einzelner Kostenposten.²⁷

22. Am 9. Oktober 2009 traf sich das Sekretariat mit Vertretern von MasterCard, um über die Offenlegung von Informationen betreffend Interchange Fees in anderen europäischen Ländern zu verhandeln. Mit Visa Europe fand ein entsprechendes Treffen am 21. Oktober 2009 statt.²⁸

23. Am 12. Oktober 2009 traf sich das Sekretariat erneut mit den Issuern und Acquirern. Es unterbreitete ihnen konkrete Varianten für die Anpassungen an der EVR I und sprach sich gegen einen Einbezug der Kostenerhebungen der neuen Issuer in die Berechnung aus.²⁹

²¹ Vgl. act. n° 8.

²² Act. n° 6.

²³ Vgl. act. n° 30-32, 34, 37-41.

²⁴ Act. n° 36.

²⁵ Vgl. act. n° 48.

²⁶ Vgl. act. n° 55-59, 68 und 69.

²⁷ Act. n° 67 und 70.

²⁸ Vgl. act. n° 72 und 80.

²⁹ Act. n° 75.

24. Die alten Issuer reagierten bis zum 30. Oktober 2009 mit einem Gegenvorschlag.³⁰ Die neuen Issuer führten aus, ihre Teilnahme an der einvernehmlichen Regelung mache keinen Sinn, wenn ihre Kostenerhebungen nicht in die Berechnungen einfließen würden. Zudem wurde vorgebracht, dass die mit den Änderungen verbundene Senkung der DMIF die Geschäftsmodelle der neuen Issuer in Frage stellen würde (z.B. Kreditkarten ohne oder mit einer sehr geringen Jahresgebühr, sogenannte „Gratiskreditkarten“) und sogar zu Marktaustritten der neuen Issuer führen könnte.³¹

25. Am 4. November 2009 fand ein Treffen mit Vertretern der Stiftung für Konsumentenschutz (SKS) und der Fédération romande des consommateurs (FRC) statt, in welcher die Konsumentenschutzorganisationen ihren Standpunkt betreffend Interchange Fees und der Entwicklung des Kreditkartenmarktes im Allgemeinen darstellen konnten.³² Die beiden Organisationen haben jedoch nicht ihre Beteiligung an der Untersuchung im Sinne von Art. 43 Abs. 1 lit. c i.V.m. Art. 28 Abs. 2 KG angemeldet.

26. Die letzte Sitzung der Issuer und Acquirer mit dem Sekretariat fand am 6. November 2009 statt. Das Sekretariat gab seine abschliessende Position für den Abschluss einer einvernehmlichen Regelung bekannt und forderte die Issuer und Acquirer auf, bis am 16. November 2009 bekannt zu geben, ob sie zum Abschluss einer einvernehmlichen Regelung mit dem präsentierten Inhalt einverstanden sind.³³

27. In ihren Stellungnahmen signalisierten die alten Issuer zwar erneut Kompromissbereitschaft, waren aber nicht bereit, die Konditionen des Sekretariates zu übernehmen, sondern unterbreiteten einen weiteren Gegenvorschlag.³⁴ Die neuen Issuer lehnten den Vorschlag des Sekretariates rundum ab.³⁵ Aus diesem Grund gab das Sekretariat mit Schreiben vom 17. November 2009 das Scheitern der Verhandlungen bekannt.³⁶ Die bisherigen Issuer reagierten mit Schreiben vom 18. November 2009 und führten aus, sie erachteten die Verhandlungen als noch nicht gescheitert.³⁷ Bis am 24. November 2009 erklärten sich dann alle alten Issuer sowie die beiden Acquirer SIX Multipay und Aduno bereit, die neue einvernehmliche Regelung zu unterzeichnen, welche die vom Sekretariat anlässlich der Sitzung vom 6. November 2009 kommunizierten Konditionen umsetzt.³⁸

28. Am 25. November 2009 wurde den Issuern und Acquirern der ausformulierte Entwurf der einvernehmlichen Regelung zugestellt.³⁹ Die definitive Version wurde den Issuern und Acquirern am 1. Dezember 2009 zur Unterzeichnung verschickt.⁴⁰ Gleichzeitig konnte den Issuern und Acquirern mitgeteilt werden, dass Visa und MasterCard ihre Zustimmung zur Offenlegung von Informationen gegeben haben, welche einen nach Auffassung des Sekretariates genügend aussagekräftigen Vergleich mit den Interchange Fees in anderen europäischen Ländern erlauben, so dass die in lit. h der Vorbemerkungen der EVR II formulierte Suspensivbedingung (vgl. sogleich unten) als erfüllt betrachtet werde.⁴¹

³⁰ Vgl. act. n° 85, 87, 89 und 90.

³¹ Vgl. act. n° 83, 84 und 86.

³² Vgl. act. n° 91a.

³³ Vgl. act. n° 94.

³⁴ Vgl. act. n° 98, 99 und 103.

³⁵ Vgl. act. n° 101, 102 und 108.

³⁶ Act. n° 109.

³⁷ Act. n° 110.

³⁸ Vgl. act. n° 112, 115–118.

³⁹ Act. n° 119.

⁴⁰ Vgl. act. n° 132 und 135.

⁴¹ Vgl. act. n° 132.

29. Die EVR II wurde von UBS, CS, Cornèr Banca, Viseca, Aduno und SIX Multipay am 3. und 4. Dezember 2009 und vom Sekretariat am 10. Dezember 2009 unterzeichnet.⁴² Sie hat den folgenden Inhalt:

I. Vorbemerkungen:

- a) Die Parteien und das Sekretariat haben bereits im März 2005 eine einvernehmliche Regelung unterzeichnet, welche am 5. Dezember 2005 durch die Wettbewerbskommission (Weko) genehmigt wurde (EVR I). Die EVR I läuft am 1. Februar 2010 aus.
- b) Die nachfolgende einvernehmliche Regelung (EVR II) im Sinne von Art. 29 KG (Kartellgesetz, SR 251) erfolgt im übereinstimmenden Interesse der Beteiligten, eine Übergangslösung zur Festlegung der domesticischen multilateralen Interchange Fees (DMIF) vorzusehen. Diese Übergangslösung löst ab dem 1. Februar 2010 die EVR I ab und gilt für 3 Jahre. Die Übergangslösung verlängert sich, sofern das am 15. Juli 2009 eröffneten Untersuchungsverfahrens 22-0389: KK-DMIF II zu diesem Zeitpunkt noch nicht abgeschlossen ist, bis zum Abschluss des Verfahrens durch die Weko. Die Frist verkürzt sich, sofern der Endentscheid der Weko zu einem früheren Zeitpunkt formell rechtskräftig wird.
- c) Ziel der EVR II ist es, (i) die DMIF für die Übergangszeit weiterhin aufgrund eines objektivierte und kostenbasierte 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 kostenbasierte Ansatzes im Hinblick auf die Endverfügung verbessert werden. Zudem werden (iii) einige Anpassungen der ursprünglichen einvernehmlichen Regelung vorgenommen, mit dem Ziel, den wettbewerbsorientierte 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 einer 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. Vorbehalten bleibt die Nicht-Genehmigung der Weko gemäss Ziff. I.i).
- d) Grundlage der EVR II bildet die EVR I. In der EVR II werden nicht nur die Änderungen gegenüber der EVR I aufgeführt, sondern auch die unverändert gebliebenen Passagen der EVR I übernommen.
- e) Da die vorliegende EVR eine Übergangslösung darstellt, welche den Zustand bis zum Abschluss des Verfahrens regelt und den materiellen Sachentscheid nicht präjudizieren soll, erfolgt sie in der Form vorsorglicher Massnahmen (vgl. RPW 2002/4, S. 593 ff. und RPW 2004/2, 652 ff.).
- f) Die Zusagen der Parteien zur EVR II erfolgen unpräjudiziell der Rechtslage und stellen keine Anerkennung der Auffassung des Sekretariates dar, dass Änderungen der EVR I notwendig sind.
- g) Es sind nicht alle Parteien des Untersuchungsverfahrens auch Parteien an der EVR II, sondern nur diejenigen Issuer und Acquirer, welche bereits die EVR I unterzeichnet haben.
- h) Das Einverständnis des Sekretariates zur nachfolgenden EVR II erfolgt unter der Suspensivbedingung, dass das Sekretariat von den beiden Kreditkartenunternehmen Visa

⁴² Vgl. act. n° 156.

und MasterCard die Zustimmung erhält, allen Verfahrensparteien sowie der Öffentlichkeit Informationen offenzulegen, welche nach Auffassung des Sekretariates einen genügend aussagekräftigen Vergleich der schweizerischen ActDMIF mit den durchschnittlichen domestischen Interchange Fees in anderen europäischen Ländern erlaubt.

- i) Sollte die vorliegende einvernehmliche Regelung von der Weko nicht genehmigt werden, wird die Rechtmässigkeit der Festlegung der DMIF für die Zeit nach dem Ablauf der Genehmigung der EVR I (ab dem 1. Februar 2010) im Rahmen der laufenden Untersuchung beurteilt. Diesfalls besteht das Risiko einer Sanktionierung durch die Weko in der Endverfügung gestützt auf Art. 49a KG und SVKG (KG-Sanktionsverordnung, SR 251.5), wobei das Sekretariat darauf verzichtet, für die Zeitdauer bis zum Entscheid der Nicht-Genehmigung sowie für die ersten 30 Tage nach einem solchen Entscheid eine Sanktionierung zu beantragen.

II. Vereinbarungen:

A. OBJEKTIVIERTES VERFAHREN ZUR FESTLEGUNG DER DOMESTIC MULTILATERAL INTERCHANGE FEES

a. Grundsatz

- a1. Die Parteien einigen sich auf ein objektiviertes Verfahren zur Festsetzung der Domestic Multilateral Interchange Fees (DMIF) für die Kreditkarten Visa und MasterCard.
- a2. Die Bestimmung der DMIF erfolgt in mehreren Schritten. Diese werden im Folgenden näher beschrieben.

b. Bestimmung der issuer-spezifischen Domestic Interchange Fee

- b1. In einem ersten Schritt bestimmt jeder Issuer die issuer-spezifische Domestic Interchange Fee (ISDIF). Diese berechnet sich aufgrund folgender Formel:

$$ISDIF = \frac{ISC}{DTV}$$

Wobei:

ISC: Issuer-spezifische Netzwerk-Kosten für das nationale Retail-Geschäft (ohne ATM/Cash-Advance) in CHF gemäss Kostenraster (vgl. Anhang 2 der Verfügung vom 5. Dezember 2005)

DTV: Issuer-spezifisches Domestisches Retail-Transaktionsvolumen (in CHF)

- b2. Die Issuer verpflichten sich, die issuer-spezifischen Netzwerk-Kosten gemäss Kostenraster (vgl. Anhang 2 der Verfügung vom 5. Dezember 2005) basierend auf den Zahlen des Vorjahres auszuweisen. Diese Kostenzusammenstellung wird jedes Jahr bis spätestens am 1. April einem unabhängigen Prüfungsunternehmen (vgl. Abschnitt f) übermittelt, wobei für die 1. Berechnung die Bestimmungen gemäss Ziff. h1 gelten.
- b3. Während der Dauer der EVR II wird für die Berechnung der ISDIF nicht zwischen Netzwerk-Kosten für MasterCard- und Visa-Kreditkarten unterschieden. Sollten sich in Zukunft aber signifikante Kostenunterschiede zwischen den Kreditkarten-Systemen MasterCard und Visa ergeben, behält sich die Wettbewerbskommission (Weko) vor, diese Frage erneut aufzugreifen.

b4. Alle 3 Jahre reichen die Issuer zusammen mit der Kostenzusammenstellung eine Bestätigung ihrer Bankenrevisoren ein, dass die gelieferten Zahlen des betroffenen Jahres den tatsächlichen Kosten im Sinn des Kostenrasters entsprechen.

c. Berechnung der durchschnittlichen Domestic Interchange Fee (dDIF) durch ein unabhängiges Prüfungsunternehmen

c1. Das unabhängige Prüfungsunternehmen überprüft die Vollständigkeit der Kostenzusammenstellung und berechnet die durchschnittliche Domestic Multilateral Interchange Fee (dDIF) gemäss folgender Formel:

$$dDIF = \frac{(n-1) \times ISDIF_1 + (n-2) \times ISDIF_2 + 1 \times ISDIF_3 + \dots + 1 \times ISDIF_{n-1} + 0 \times ISDIF_n}{(n-1) + (n-2) + (n-3)}$$

Wobei:

$ISDIF_1$: Tiefster Wert der ISDIF gemäss Abschnitt b.

$ISDIF_n$: Höchster Wert der ISDIF gemäss Abschnitt b.

c2. Die dDIF wird das erste Mal gemäss Abschnitt h und danach jährlich aufgrund der Kostenzahlen des Vorjahres berechnet.

c3. Für die EVR II werden bei der Berechnung nur diejenigen Issuer berücksichtigt, welche die einvernehmliche Regelung vom 29. März 2005 unterzeichnet haben (Cornèr Banca SA, Credit Suisse, UBS und Viseca Card Services AG).

d. Berechnung der tatsächlichen durchschnittlichen Domestic Multilateral Interchange Fee (ActDMIF)

d1. Die Parteien sind frei, branchen- sowie transaktionsspezifische Domestic Multilateral Interchange Fees (DMIF) festzulegen, solange die von den Issuern angewandte durchschnittliche Domestic Multilateral Interchange Fee (ActDMIF) den Wert der dDIF nicht übertrifft.

d2. Um sicherzustellen, dass der Wert der dDIF nicht überschritten wird, berechnet das Prüfungsunternehmen in einem dritten Schritt den Durchschnitt der tatsächlich angewandten Domestic Interchange Fee (ActDMIF) auf der Basis der branchen- und transaktionsspezifischen DMIF und den dazugehörigen Transaktionsvolumina gemäss der folgenden Formel:

$$ActDMIF = \frac{DMIF_1 \times V_1 + DMIF_2 \times V_2 + \dots + DMIF_{k-1} \times V_{k-1} + DMIF_k \times V_k}{\sum_{i=1}^k V_i}$$

Wobei:

$DMIF_1$ bis $DMIF_k$: Aktuelle Domestic Multilateral Interchange Fee für Branche bzw. Transaktionsart 1 bis k (in %)

V_1 bis V_k : Transaktionsvolumen für Branche bzw. Transaktionsart 1 bis k (in CHF)

d3. Die Issuer stellen dem Prüfungsunternehmen jährlich bis spätestens am 1. April die aktuell angewandten spezifischen Domestic Multilateral Interchange Fees nach Branchen bzw. nach Transaktionsart (DMIF) mit den entsprechenden Transaktionsvolumen (in CHF) für Branchen bzw. Transaktionsart (V) zur Verfügung.

d4. Die Berechnung der ActDMIF erfolgt jährlich auf der Basis der Vorjahreszahlen. Wurde während des Vorjahres die DMIF gewisser Branchen bzw. Transaktionsarten geändert, so wird das gesamte vorjährige Transaktionsvolumen dieser Branchen bzw. Transaktionsarten zum geänderten Wert berücksichtigt.

e. Anpassung der DMIF

e1. Das unabhängige Prüfungsunternehmen teilt den Parteien sowie dem Sekretariat der Weko innerhalb eines Monats nach Erhalt der Daten der Issuer, aber spätestens auf den 1. Mai mittels eingeschriebenen Briefs mit, ob eine Differenz zwischen der ActDMIF und der dDIF besteht. Das unabhängige Prüfungsunternehmen teilt den Parteien auch die aggregierten branchen- bzw. transaktionsspezifischen Transaktionsvolumen des Vorjahres mit.

e2. Liegt die ActDMIF über der dDIF, so beschliessen die Parteien innerhalb eines Monats nach Erhalt der Mitteilung durch das Prüfungsunternehmen eine Senkung der branchen- und transaktionsspezifischen Interchange-Sätze (DMIF) und notifizieren diese angepassten Interchange-Sätze den jeweiligen Kreditkarten-Systemen MasterCard und Visa mit dem Ziel der Implementierung innerhalb zweier Monaten. Gleichzeitig mit der Notifikation teilen sie die angepassten Sätze auch den ihnen bekannten auf dem Schweizer Markt tätigen Issuer und Acquirer mit, welche nicht an deren Festsetzung beteiligt sind. Die durchschnittliche Senkung der DMIF muss dabei mindestens so hoch ausfallen, dass die ActDMIF die dDIF nicht übersteigt.

e3. Die Issuer verpflichten sich, die angepassten DMIF dem unabhängigen Prüfungsunternehmen mitzuteilen. Dieses bestätigt dem Sekretariat der Weko, dass Ziff. e2 eingehalten wird.

f. Bestimmung und Aufgabe des Prüfungsunternehmens

f1. Für die EVR II wird das bisherige unabhängige Prüfungsunternehmen PEQ GmbH, Allmendstrasse 4, 4455 Zunzgen, beibehalten. Das mit PEQ abgeschlossene Sachverständigenmandat wird fortgesetzt und umfasst die gemäss Abschnitt A vorgesehenen Aufgaben. Ein Ersatz des unabhängigen Prüfungsunternehmens kann vom Sekretariat oder der Mehrheit der Issuer nur aus sachlichen Gründen verlangt werden (z.B. Verletzungen der Sorgfalts- oder Geheimhaltungspflichten).

f2. Die Parteien verpflichten sich, sämtliche Kosten, welche dem Sekretariat aus dem genannten Sachverständigenmandat entstehen, vorbehaltlos zu übernehmen. Die Erfüllung erfolgt durch Leistung des von den Parteien geschuldeten Betrages auf das Postcheck-Konto Nr. 30-520-2 der Eidgenössischen Finanzverwaltung, zu Gunsten der Konto-Nr. 11490.727.001, lautend auf "Forderungen Weko". Zum Beleg wird das Sekretariat den Parteien die Abrechnung des unabhängigen Prüfungsunternehmens, samt detailliertem Tätigkeitsbeschrieb, in Kopie zukommen lassen. Dem Sekretariat steht das Recht zu, von den Parteien einen Kostenvorschuss sowie allfällige Sicherheiten im Sinne von Art. 175 Abs. 3 OR einzuverlangen.

f3. Zur Erfüllung seiner Aufgabe ist das Prüfungsunternehmen berechtigt, zusätzliche Informationen bei den Parteien einzufordern.

g. Adressaten

g1. Die Parteien verpflichten sich, das objektivierte Verfahren zur Berechnung der dDIF, wie es in diesem Abschnitt A festgehalten wird, in die "Domestic Rules and Regulations" von Visa und MasterCard aufzunehmen. Die Pflicht zur Einreichung der Issuer-spezifischen Netzwerk-Kosten (ISC) und der Issuer-spezifischen Transaktionsvolumen (DTV) gemäss Abschnitt b, welche als Basis zur Berechnung der dDIF gemäss Abschnitt c dient, sowie

der branchen- und transaktionsspezifischen DMIF und der Transaktionsvolumen (V) gemäss Abschnitt d betrifft alle an dieser einvernehmlichen Regelung teilnehmenden Issuer.

h. Implementierung

- h1. Die Berechnung der dDIF für das Jahr 2010 erfolgt durch das Sekretariat der Weko aufgrund der Berechnungsformel gemäss Ziff. c1 sowie der Kostenzusammenstellungen der Issuer für das Jahr 2008 (dDIF 2008). Der durch das Sekretariat berechnete Wert der dDIF beträgt 1,058%. Die Senkung der branchen- und transaktionsspezifischen DMIF muss mindestens so hoch ausfallen, dass die ActDMIF die dDIF nicht übersteigt.
- h2. Die Senkung ist innerhalb dreier Monate nach Ablauf der geltenden einvernehmlichen Regelung am 1. Februar 2010 zu implementieren. Zu diesem Zweck melden die Issuer die Zahlen zur Berechnung der ActDMIF gemäss Ziff. d3 für das Jahr 2009 bis spätestens am 22. Januar 2010 dem unabhängigen Prüfungsunternehmen und dem Sekretariat. Das unabhängige Prüfungsunternehmen teilt den Parteien sowie dem Sekretariat die aggregierten branchen- bzw. transaktionsspezifischen Transaktionsvolumen des Jahres 2009 bis spätestens am 1. Februar 2010 mit. Die Parteien beschliessen innerhalb eines Monats eine Senkung der branchen- und transaktionsspezifischen DMIF und notifizieren die angepassten Interchange-Sätze den jeweiligen Kreditkarten-Systemen MasterCard und Visa mit dem Ziel der Implementierung innerhalb zweier Monate. Gleichzeitig mit der Notifikation teilen sie die angepassten Sätze auch den ihnen bekannten auf dem Schweizer Markt tätigen Issuer und Acquirer mit, welche nicht an deren Festsetzung beteiligt sind.
- h3. In den Jahren nach der ersten Anpassung gemäss Ziff. h1 und h2 (d.h. erstmals im Jahr 2011) wird den Parteien die Differenz zwischen der ActDMIF und der dDIF gemäss dem ordentlichen Verfahren (vgl. Abschnitte d und e) vom unabhängigen Prüfungsunternehmen gemeldet. Liegt die ActDMIF über der dDIF, so beschliessen die Parteien innerhalb eines Monats nach Erhalt der Mitteilung durch das Prüfungsunternehmen eine Senkung der branchen- und transaktionsspezifischen Interchange-Sätze (DMIF) und notifizieren die angepassten Interchange-Sätze den jeweiligen Kreditkarten-Systemen MasterCard und Visa mit dem Ziel der Implementierung innerhalb zweier Monate. Gleichzeitig mit der Notifikation teilen sie die angepassten Sätze auch den ihnen bekannten auf dem Schweizer Markt tätigen Issuer und Acquirer mit, welche nicht an deren Festsetzung beteiligt sind.
- h4. Im Jahr 2009 wird durch die Issuer eine Kostenerhebung durchgeführt (dDIF 2009), welche jedoch keinen Einfluss auf die Festlegung der branchen- und transaktionsspezifischen Interchange Sätze (DMIF) für das Jahr 2010 hat. Danach ist jeweils die dDIF des Vorjahres massgebend (d.h. für das Jahr 2011 ist die Kostenerhebung 2010 relevant). Die externe Revision der Kostenerhebung gemäss Ziff. b.4 erfolgt erstmals für das Jahr 2012.
- h5. Die Parteien verpflichten sich zur Implementierung der einvernehmlichen Regelung, selbst wenn diese aufgrund allfälliger Beschwerden gegen den Genehmigungsentscheid der Weko von weiteren Verfahrensparteien nicht in formelle Rechtskraft erwächst. Umgekehrt wird das Sekretariat in diesem Fall bei einer Festsetzung der DMIF gemäss der EVR II im Rahmen der Endverfügung keine Sanktion gemäss Art. 49a KG beantragen.

i. Kostenraster

- i1. Der Kostenraster gemäss Anhang 2 sowie die Definition der relevanten Kosten gemäss Anhang 3 der Verfügung vom 5. Dezember 2005 bilden einen integrierenden Bestandteil dieser Vereinbarung.

B. KEINE WIEDEREINFÜHRUNG DES VERBOTS DER PREISDIFFERENZIERUNG

B1. Die Acquirer SIX Multipay AG und Aduno SA verpflichten sich, das Verbot der Preisdifferenzierung („Non Discrimination Rule“) nach Art des Zahlungsmittels (bzw. nach Kreditkartensystem) in den bestehenden und zukünftigen Händlerverträgen nicht wieder einzuführen.

C. TRANSPARENZ

C1. Die Acquirer verpflichten sich, die jeweiligen angewandten branchen- sowie transaktionsspezifischen Domestic Interchange Fees (DMIF) den betroffenen Händlern auf Anfrage bekannt zu geben.

C2. Die Parteien verzichten zur Schaffung von Transparenz auf die Qualifikation der Werte der ActDMIF sowie der dDIF als Geschäftsgeheimnisse.

D. VERBOT DES AUSTAUSCHES VON DATEN IN DEN KARTENGREMIEN

D1. Die Parteien verpflichten sich, keine issuer- bzw. acquirer-spezifischen statistischen Marktdaten, wie z.B. Anzahl Karten oder Umsätze, auszutauschen. Lediglich der Austausch der jährlichen Kartenumsätze zur Bestimmung der Stimmverhältnisse in den Kartengremien gemäss den europäischen Rules and Regulations der Visa- und MasterCard Kreditkartensysteme ist erlaubt. Der Klarheit halber wird präzisiert, dass Datenaustausche, welche (i) aus operationellen und sicherheitsspezifischen Gründen erforderlich sind oder (ii) nach Massgabe der Scheme-Rules erfolgen müssen, nicht von dieser Verpflichtung erfasst sind. Auch die Übermittlung von Daten an Dritte für Marktstudien und zur Bildung aggregierter, periodischer Informationen (z.B. Cards HSG, SNB) bleibt weiterhin zulässig.

E. DAUER

E1. Diese Vereinbarung gilt ab dem 1. Februar 2010 für 3 Jahre. Die Übergangslösung verlängert sich, sofern das am 15. Juli 2009 eröffnete Untersuchungsverfahren 22-0389: *KK-DMIF II* zu diesem Zeitpunkt noch nicht abgeschlossen ist, bis zum Abschluss des Verfahrens durch die Weko. Die Frist verkürzt sich, sofern der Endentscheid der Weko zu einem früheren Zeitpunkt formell rechtskräftig wird.

30. Der Antrag des Sekretariates an die Wettbewerbskommission vom 17. Dezember 2010 wurde an diesem Datum sämtlichen Parteien des Untersuchungsverfahrens (und nicht nur den Parteien der EVR II) zur Gewährung des rechtlichen Gehörs in analoger Anwendung des Art. 30 Abs. 2 KG⁴³ zur Stellungnahme zugestellt.⁴⁴ Den Parteien wurde Frist bis zum 4. Januar 2010 gewährt, wobei sie darauf hingewiesen wurden, dass auf schriftlichen Antrag hin eine Fristverlängerung bis zum 14. Januar 2010 möglich sei.

31. In der Folge stellten am 21. Dezember 2009 MasterCard, Visa, UBS und der VEZ Fristverlängerungsgesuche. Weitere Fristverlängerungsgesuche erfolgten durch die Post (24.12.09), Cornèr (30.12.09) sowie am 4. Januar 2010 durch Jelmoli, CS und SIX Multi-

⁴³ Vgl. STEFAN BILGER, Das Verwaltungsverfahren zur Untersuchung von Wettbewerbsbeschränkungen, Diss., Freiburg 2002, S. 323 f.; PATRICK DUCREY, Vorsorgliche Massnahmen im Kartellverwaltungsrecht, in: sic!, 1998/3, 285.

⁴⁴ Act. n° 160.

pay.⁴⁵ Alle Fristverlängerungsgesuche wurden durch das Sekretariat im jeweils beantragten Umfang gewährt.⁴⁶

32. Folgende Parteien machten ab dem 21. Dezember 2009 von ihrem Recht auf Akteneinsicht Gebrauch: UBS, MasterCard, Jelmoli und Post.⁴⁷

33. Nachfolgend werden sämtliche Stellungnahmen aufgeführt, welche beim Sekretariat fristgerecht eingegangen sind. Dabei werden jeweils die Anträge wiedergegeben sowie die wesentlichen Ausführungen zusammengefasst. Auf die weitere Begründungen der einzelnen Stellungnahmen wird, soweit erforderlich, im Rahmen der Erwägungen eingegangen.

34. Als erste Partei nahm die *SIX Multipay* mit Eingabe vom 8. Januar 2010 Stellung zum Antrag des Sekretariates.⁴⁸ Die *SIX Multipay* beantragt die vollumfängliche Genehmigung der EVR II. Sie macht einzig einige Vorbehalte bezüglich der Darstellung des Acquiringmarktes.

35. *Jelmoli* reichte am 11. Januar 2010 eine umfangreiche Stellungnahme ein.⁴⁹ In der Stellungnahme werden die Anträge gestellt, dass (1) die EVR II nicht zu genehmigen sei, stattdessen sei (2) die EVR I unter Einbezug der neuen Issuer als vorsorgliche Massnahme weiterzuführen, eventualiter sei die EVR I wie bisher weiterzuführen. Zudem wird das dringende Begehren gestellt, die EVR I bis zum Entscheid über die gestellten Anträge sofort als vorsorgliche Massnahme weiterzuführen. Die Beteiligten an der EVR II seien anzuweisen, die EVR II bis zu diesem Datum nicht umzusetzen. In diesem Zusammenhang sei dem Buchstaben h der EVR II die Genehmigung zu verweigern. Die Anträge werden im Wesentlichen mit folgenden Argumenten begründet:

- Die EVR II basiere auf einer „pseudo-objektiven“ Formel, welche einzig den Zweck habe, die durch das Sekretariat als „richtig“ erachtete DMIF zu rechtfertigen. Das Verfahren zum Abschluss der EVR II sei in Missachtung der Parteirechte erfolgt.
- Die EVR II basiere nicht auf einer rechtsgenügenden Feststellung des Sachverhaltes.
- Im Antrag werde die falsche Behauptung aufgestellt, die Wettbewerbsverhältnisse hätten sich nicht wesentlich verändert. Es sei vielmehr so, dass sich der Wettbewerb zwischen den Issuern durch die neu eingetretenen Unternehmen verschärft habe.
- Kostendisparitäten unter den Issuern seien nicht Ausdruck von mangelndem sondern von intensivem Wettbewerb zwischen den Issuern.
- Die Nichtberücksichtigung von *Jelmoli* in der Berechnungsmethodologie der EVR II sei willkürlich. Es gehe der Wettbewerbsbehörde nur um Öffentlichkeitsarbeit und die Erzwingung eines europäischen DMIF-Mittelwertes in der Schweiz.
- Die EVR II führe dazu, dass die DMIF für die Mehrheit der Schweizer Issuer nicht mehr kostendeckend sei. Dies habe zur Folge, dass die EVR II den Wettbewerb nicht fördere sondern schwäche.
- [Geschäftsgeheimnis].

⁴⁵ Vgl. act. n° 161, 165–167, 173, 176, 180, 183 und 185.

⁴⁶ Vgl. act. n° 168, 169, 171, 172, 174, 177, 181, 184 und 186.

⁴⁷ Vgl. act. n° 162–164, 175, 189, 190, 193, 196.

⁴⁸ Vgl. act. n° 197.

⁴⁹ Vgl. act. n° 198.

- Der europäische Durchschnitt der domestischen Interchange Fees habe keine Relevanz für die Schweiz und beruhe auf einem unzuverlässigen Datensatz.

36. Eine ähnliche Position vertritt die *Post* in ihrer Stellungnahme vom 14. Januar 2010.⁵⁰ Die *Post* beantragt ebenfalls, dass der EVR II die Genehmigung zu verweigern sei bzw. sie sei so anzupassen, dass ihr die Berechnungsweise der dDIF der EVR I zugrunde liege und dass die neuen Issuer in die Berechnung der dDIF einbezogen würden. Zudem wird eine Anhörung im Sinne von Art. 30 Abs. 2 KG mit Beteiligung der *Post* beantragt. Die *Post* begründet ihre Anträge im Wesentlichen wie folgt:

- Alle Verfahrensbeteiligten wären bereit, die EVR I weiterzuführen und die neuen Issuer darin einzubeziehen.
- Die Nichtberücksichtigung der neuen Issuer bei der Berechnung der dDIF in der EVR II sei diskriminierend. Es würden Markteintrittsschranken errichtet und die neuen Issuer benachteiligt.
- Das Sekretariat habe nicht glaubhaft gemacht, warum die Weiterführung der EVR I für die Dauer des Untersuchungsverfahrens nicht genügen sollte, um die angeblichen Nachteile einer kollektiven Festsetzung der DMIF aufzuwiegen.

37. Die Issuer *CS*, *UBS* und *Cornèr Banca*, die die EVR II unterzeichnet haben, bringen in ihren Stellungnahmen vom 14. Januar 2010 vor, dass sie die EVR II ausschliesslich aus Gründen der Rechtssicherheit, zur Vermeidung des drohenden Sanktionsrisikos und von unnötigem Verfahrensaufwand in finanzieller und personeller Hinsicht abgeschlossen haben.⁵¹ Einzig die *UBS* stellt formell den Antrag, die EVR II sei zu genehmigen, die anderen beiden Issuer haben auf formelle Anträge verzichtet. Alle Issuer verlangen diverse Änderungen der Begründung. Sie heben hervor, dass der wettbewerbsorientierte Ansatz der EVR I funktioniert habe. Die dDIF sei gesunken und der Wettbewerb habe sich intensiviert. Überhaupt seien Kostensenkungen keine Voraussetzung für die Zulässigkeit der DMIF. Die Systeme der Issuer müssten ständig weiterentwickelt werden, was hohe Investitionen bedinge. Die unterschiedlichen ISDIF seien durch unterschiedliche Investitionszyklen der Issuer bedingt und die Issuer könnten nicht gezwungen werden, ihre Dienstleistungen unter den Produktionskosten anzubieten. Schliesslich sei die unter der EVR I resultierende DMIF auch im europäischen Vergleich nicht überhöht wenn die rechtlichen und faktischen Rahmenbedingungen des schweizersischen Kreditkartenmarktes berücksichtigt würden. Die *CS* weist zudem darauf hin, dass eine extreme Gewichtung des effizientesten Issuers dazu führen könnte, dass dieser eine „Erntestrategie“ verfolge und keine langfristigen Investitionen mehr tätige. So könnten neue Wettbewerber und solche, die in neue Technologien investierten ihre Kosten nicht mehr decken. Andere Wettbewerber könnten so aus dem Markt gedrängt werden.

38. Auch die beiden Card-Schemes *MasterCard* und *Visa* haben je mit Schreiben vom 14. Januar 2010 Stellung genommen.⁵² *MasterCard* geht dabei zunächst darauf ein, weshalb der im Antrag erwähnte „Tourist Test“ problematisch sei. Weiter äussert *MasterCard* die Befürchtung, dass durch die neue Gewichtung der ISDIF kleinere und neue Issuer diskriminiert werden könnten. *Visa* äussert sich ebenfalls zum „Tourist Test“ und kritisiert die Beurteilung der Marktstellung von *Visa* und *MasterCard* gegenüber den 3-Parteien-Systemen sowie des Systemwettbewerbs zwischen *Visa* und *MasterCard*.

39. Die Stellungnahme des *VEZ* ist am 14. Januar 2010 beim Sekretariat eingegangen.⁵³ Der *VEZ* begrüsst die EVR II mit der Begründung, diese stelle einen Fortschritt gegenüber

⁵⁰ Vgl. act. n° 203.

⁵¹ Vgl. act. n° 202, 205 und 206.

⁵² Vgl. act. n° 207 und 208.

⁵³ Vgl. act. n° 200.

der EVR I dar. Der VEZ hält jedoch fest, dass er grundsätzlich Zweifel am Funktionieren des wettbewerbsorientierten Ansatzes hege und Anpassungen am Kostenraster für notwendig erachte. Bezüglich des europäischen Durchschnitts der domestischen Interchange Fees macht der VEZ den Vorbehalt, dass aufgrund der Vernachlässigung der „on-us“-Transaktionen die Durchschnittswerte zu hoch seien. Gemäss VEZ sollte daran festgehalten werden, dass die kostenineffizienten Issuer nicht in die Berechnung der dDIF einfließen, da es nicht Aufgabe der Weko sei, Strukturhaltung zu betreiben um allfällige Marktaustritte zu verhindern. Schliesslich macht der VEZ im Hinblick auf die Endverfügung diverse Gründe geltend, weshalb die DMIF noch weiter gesenkt werden sollte.

40. Von Viseca/Aduno, GE Money, B&S und ConCardis sind keine Stellungnahmen eingegangen.

B Erwägungen

B.1 Formelle Voraussetzungen

B.1.1 Eröffnung einer Untersuchung

41. Obwohl vorsorgliche Massnahmen für das erstinstanzliche Kartellverwaltungsverfahren weder im KG noch im VwVG⁵⁴ explizit vorgesehen sind, sind sie nach Lehre und Rechtsprechung – in analoger Anwendung von Art. 17 und 23 KG in Verbindung mit Art. 56 VwVG – zulässig. Stehen Wettbewerbsbeschränkungen im Sinne von Art. 5 bzw. Art. 7 KG in Frage, hat die Wettbewerbskommission die Möglichkeit, im Rahmen des nicht streitigen Verwaltungsverfahrens auf Antrag eines Beteiligten oder von Amtes wegen vorsorgliche Massnahmen zu erlassen.⁵⁵

42. Der Erlass vorsorglicher Massnahmen kann nur im Rahmen eines Untersuchungsverfahrens erfolgen.⁵⁶ Im vorliegenden Fall wurde am 15. Juli 2009 ein Untersuchungsverfahren i.S.v. Art. 27 KG eröffnet, weshalb diese formelle Voraussetzung für den Erlass vorsorglicher Massnahmen gegeben ist.

B.1.2 Zuständigkeit

43. Zuständig für den Erlass vorsorglicher Massnahmen ist die Weko,⁵⁷ sofern die vorsorglichen Massnahmen dem öffentlichen Interesse am Schutz des Wettbewerbs dienen. Stehen hingegen in erster Linie private Interessen zur Diskussion, so ist der zivilrechtliche Weg zu beschreiten.⁵⁸ Im vorliegenden Fall wird mit den vorsorglichen Massnahmen der objektivierte und wettbewerbsorientierte Mechanismus zur Festsetzung der DMIF (mit gewissen Anpassungen) fortgeführt, welcher durch die Weko mit der Verfügung vom 5. Dezember 2005 eingeführt worden ist. Ziel dieses Mechanismus ist es, „die negativen Auswirkungen des multila-

⁵⁴ Bundesgesetz vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren; SR 172.021

⁵⁵ Vgl. zum Ganzen BGer, Sellita/ETA, RPW 2004/2, 645 E. 2.1 m.w.H. (= BGE 130 II 149 E.2.1.); BGer, Cablecom/Teleclub, RPW 2003/4, 916 E. 3.2. (= BGer, 2A.142/2003 vom 05.09.2003); REKO/WEF, Sellita/ETA, RPW 2003/3, 674 f. E. 3.1.1; RPW 2006/1, 62, Rz. 20; RPW 2004/1, 105 f., Rz. 15 m.w.H. Vgl. auch ROGER ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht, 2. Aufl., Bern 2005, Rz. 1002; ROLAND VON BÜREN/EUGEN MARBACH/PATRIK DUCREY, Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, 3. Aufl., Bern 2008, Rz. 1735 ff., beide m.w.H.

⁵⁶ REKO/WEF, Recymet, RPW 1997/4, 608 E. 2.1.; RPW 2004/1, 106, Rz. 16; VON BÜREN/MARBACH (FN 55), Rz. 1499; DUCREY (FN 43), sic! 1998/3, 281 ff., 284; vgl. auch ZÄCH (FN 55), Rz. 1003.

⁵⁷ Und nicht das Sekretariat, vgl. BGer, Künstliche Besamung, RPW 1997/4, 622 ff. E. 3; REKO/WEF, Künstliche Besamung, RPW 1997/2, 253 ff. E. 3.3.

⁵⁸ BGer, Sellita/ETA, RPW 2004/2, 646 E. 2.4.

teralen Verhandeln zu beseitigen und gleichzeitig die Effizienzvorteile des multilateralen Systems zu bewahren. Mit den vorgesehenen Massnahmen soll der *wirksame Wettbewerb* im Bereich der Kreditkarten wieder hergestellt werden⁵⁹. Die vorsorglichen Massnahmen erfolgen daher mit dem klaren Zweck, den wirksamen Wettbewerb zu gewährleisten. Es geht im vorliegenden Fall nicht um den Schutz einzelner Wettbewerber, welcher allenfalls auch auf zivilrechtlichem Weg erreicht werden könnte. Die Zuständigkeit der Weko kann daher im vorliegenden Fall bejaht werden.

44. Die Zuständigkeit für den Abschluss einvernehmlicher Regelungen gemäss Art. 29 KG mit einer oder mehreren Parteien liegt beim Sekretariat. Die einvernehmliche Regelung bedarf der anschliessenden Genehmigung durch die Weko (Art. 29 Abs. 2 KG). Diese Zuständigkeitsordnung gilt auch für einvernehmliche Regelungen betreffend vorsorglicher Massnahmen, die in analoger Anwendung von Art. 29 KG zulässig sind.⁶⁰

45. Die Post hat bei der Weko die Durchführung einer Anhörung gemäss Art. 30 Abs. 2 KG beantragt, um sicherzustellen, dass sie mit ihren Argumenten von der Weko als Genehmigungsinstanz gehört wird. Art. 30 Abs. 2 KG sieht einerseits das Recht der Verfahrensbeteiligten auf schriftliche Stellungnahme zum Antrag des Sekretariates vor und andererseits die Kompetenz der Weko, eine Anhörung zu beschliessen. Zunächst gilt es klarzustellen, dass sich Art. 30 Abs. 2 KG grundsätzlich bloss auf den Endentscheid, nicht jedoch auf Zwischenentscheide bezieht.⁶¹ Bei vorsorglichen Massnahmen wird den Verfahrensbeteiligten allerdings in analoger Anwendung von Art. 30 Abs. 2 KG das Recht zur Stellungnahme zum Antrag des Sekretariates eingeräumt, sofern dies nicht aufgrund besonderer zeitlicher Dringlichkeit ausgeschlossen ist.⁶² Bei der in Art. 30 Abs. 2 KG vorgesehenen Anhörung handelt es sich bereits im Rahmen des Endentscheids um eine Möglichkeit und nicht um eine Verpflichtung der Weko, d.h. es besteht kein Recht der Verfahrensbeteiligten auf eine solche Anhörung.⁶³ In der Praxis führt die Weko dann Anhörungen durch, wenn direkte Sanktionen gemäss Art. 49a KG beantragt wurden.⁶⁴

46. Der Post wurde wie allen anderen Parteien des Untersuchungsverfahrens die Gelegenheit eingeräumt, schriftlich zum Antrag des Sekretariates Stellung zu nehmen. Sie hat von dieser Möglichkeit mit ihrer ausführlichen Eingabe vom 14. Januar 2010 Gebrauch gemacht. Die Eingabe der Post wurde wie alle anderen Stellungnahmen an die Mitglieder der Kommission weitergeleitet, welche so von den Argumenten der Post Kenntnis nehmen konnten. Dies genügt im vorliegenden Fall zur Wahrung des rechtlichen Gehörs, zumal es sich um vorsorgliche Massnahmen handelt, bei denen einerseits die zeitliche Dringlichkeit und andererseits der provisorische Charakter der Massnahmen gegen die Durchführung einer Anhörung sprechen. Dies schliesst nicht aus, dass im Rahmen des Endentscheides eine Anhörung gemäss Art. 30 Abs. 2 KG durchgeführt wird.

⁵⁹ RPW 206/1, 109, Rz. 359 (Hervorhebung hinzugefügt).

⁶⁰ Vgl. RPW 2002/4, 594, Rz. 11; bestätigt durch das Bundesgericht in BGer, EVD/Sellita, RPW 2004/2, 659 ff. E. 3.4. Das Bundesgericht widersprach damit den gegenteiligen Ausführungen der REKO/WEF in Sellita/ETA, RPW 2003/3, 684 ff. E. 4.3. Vgl. auch ROGER ZÄCH/CHRISTOPH TAGMANN, Die einvernehmliche Streitbeilegung von Wettbewerbsbeschränkungen im schweizerischen Kartellrecht, in: Bucher et. al. (Hrsg.), Norm und Wirkung, FS Wiegand, Bern 2005, 994.

⁶¹ BGer, RPW 2003/3, S. 700, E. 3.4; JÜRIG BORER, Kartellgesetz, Zürich 2005, Art. 30 N 8; ROMINA CARCAGNI, Kartellgesetz, Stämpflis Handkommentar, Bern 2007, Art. 30 N 7.

⁶² Vgl. BILGER (FN 43), S. 323 ff.; DUCREY, (FN 43), 285 f.

⁶³ REKO/WEF, RPW 2001/2, 401 E. 4.6 sowie 431 E. 4.5;

⁶⁴ Vgl. RPW 2006/1, S. 145 Rz 28; RPW 2007/2, S. 247 ff. Rz 22 und 26; RPW 2007/2, 193 ff. Rz 18 und 26 f. Hingegen wurde in den Fällen RPW 2008/3, 385 ff.; RPW 2009/2, 143 ff. und RPW 2009/3, 196 ff. (alles Fälle, in welchen mit den Parteien eine einvernehmliche Regelung unterzeichnet wurde) auf eine Anhörung verzichtet.

47. Die Post macht weiter geltend, der Abschluss der EVR II nur mit einem Teil der Beteiligten stehe im Widerspruch zu Art. 29 KG und verletze das Rechtsgleichheitsgebot. Dies ist nicht zutreffend, hat doch das Sekretariat die neuen Issuer zu keinem Zeitpunkt davon ausgeschlossen, die EVR II ebenfalls zu unterzeichnen und hat damit die Post gleich wie die anderen Parteien behandelt. Die Post hat freiwillig auf die Unterzeichnung verzichtet, weil sie mit der materiellen Lösung nicht einverstanden ist. Es steht nun keineswegs im Widerspruch zu Art. 29 KG, wenn eine einvernehmliche Lösung nur mit denjenigen Unternehmen abgeschlossen wird, die sich dazu bereit erklären (sofern die einvernehmliche Regelung auch in diesem Fall geeignet ist, die beabsichtigte Wirkung zu erzielen). Es wäre vielmehr stossend, wenn einer einzelnen Partei sozusagen ein „Vetorecht“ zukäme und sie den Abschluss einer einvernehmlichen Regelung mit den anderen Parteien verhindern könnte.

48. Jelmoli hat eventualiter beantragt, dass die Weko die EVR I im Rahmen von superprovisorischen Massnahmen verlängert, bis über ihre Anträge bezüglich der vorsorglichen Massnahmen entschieden worden ist. Da die Weko mit der vorliegenden Verfügung über die Hauptanträge der Jelmoli entscheidet, erübrigen sich superprovisorische Massnahmen.

B.2 Vorbehaltene Vorschriften

49. Dem KG sind Vorschriften vorbehalten, die auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen Wettbewerb nicht zulassen, insbesondere Vorschriften, die eine staatliche Markt- oder Preisordnung begründen, und solche, die einzelne Unternehmen zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben mit besonderen Rechten ausstatten (Art. 3 Abs. 1 KG). Ebenfalls nicht unter das Gesetz fallen Wettbewerbswirkungen, die sich ausschliesslich aus der Gesetzgebung über das geistige Eigentum ergeben. Hingegen unterliegen Einfuhrbeschränkungen, die sich auf Rechte des geistigen Eigentums stützen, der Beurteilung nach diesem Gesetz (Art. 3 Abs. 2 KG).

50. In den hier zu beurteilenden Märkten gibt es keine Vorschriften, die Wettbewerb nicht zulassen. Der Vorbehalt von Art. 3 Absätze 1 und 2 KG wird von den Parteien auch nicht geltend gemacht.⁶⁵

B.3 Materielle Voraussetzungen

51. Mit dem Erlass vorsorglicher Massnahmen soll die Wirksamkeit einer erst später zu treffenden definitiven Anordnung sichergestellt werden. Als gestaltende oder sichernde Massnahmen bezwecken sie, ein bestimmtes Rechtsverhältnis provisorisch in einer bestimmten Weise zu gestalten oder zu sichern.⁶⁶

52. Die Voraussetzungen für den Erlass vorsorglicher Massnahmen sind kumulativ (1) eine günstige Entscheidungsprognose, (2) ein nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil, (3) eine über das allgemeine Bestreben nach möglichst rascher Umsetzung gesetzlicher Vorgaben hinausgehende, besondere Dringlichkeit sowie (4) die Verhältnismässigkeit der Anordnung. Im Verfahren um vorsorgliche Massnahmen müssen diese Voraussetzungen nicht strikte bewiesen sondern lediglich glaubhaft gemacht werden.⁶⁷

53. Auch beim Vorliegen einer einvernehmlichen Regelung kann nicht auf die Prüfung des Vorliegens der materiellen Voraussetzungen verzichtet werden, allerdings kann die einvernehmliche Regelung dazu führen, dass einzelne Elemente der Entscheidungsprognose eher offen

⁶⁵ So auch schon in ersten Verfahren betreffend Interchange Fees, vgl. RPW 2006/1, S. 82 Rz. 131.

⁶⁶ RPW 2006/1, 63, Rz. 28; RPW 2004/1, 112, Rz. 31.

⁶⁷ Vgl. BGer, Recymet, RPW 1997/4, S. 612 f. E. 2.2.4; REKO/WEF, Teleclub/Cablecom, RPW 1999/4, S. 635 E. 4.2; RPW 2006/1, 63, Rz. 29; RPW 2004/1, 112, Rz.32. Vgl. auch BILGER (FN 43), S. 322.

gelassen werden können.⁶⁸ Zudem haben die Issuer und Acquirer im Rahmen der Verhandlungen mehrmals nach Begründungen für die vom Sekretariat vorgeschlagenen Lösungen verlangt.

B.3.1 Entscheidprognose

B.3.1.1 Anforderungen an die Entscheidprognose

54. Das Bundesgericht hat in seiner neueren Rechtsprechung das Erfordernis der günstigen Entscheidprognose relativiert und dazu Folgendes festgehalten: „Vorsorgliche Massnahmen beruhen auf einer bloss summarischen Prüfung der Sach- und Rechtslage. Die Hauptsachenprognose kann dabei berücksichtigt werden, wenn sie eindeutig ist; bei tatsächlichen oder rechtlichen Unklarheiten drängt sich hingegen Zurückhaltung auf, weil in diesem Fall die erforderlichen Entscheidungsgrundlagen im Hauptverfahren erst noch beschafft werden müssen. [...] Die ganze oder teilweise Vorwegnahme des mutmasslichen Resultats des Untersuchungsverfahrens rechtfertigt sich nur, wenn die Entscheidprognose entsprechend eindeutig ausfällt [...]. Je zweifelhafter der Verfahrensausgang zudem erscheint, desto höhere Anforderungen sind an den für die Verfahrensdauer im öffentlichen Interesse zu beseitigenden Nachteil, die Dringlichkeit und die Verhältnismässigkeit der Anordnung zu stellen.“⁶⁹

55. Im vorliegenden Fall sind die vorsorglichen Massnahmen primär sichernder Natur, indem der seit dem Kreditkartenentscheid implementierte Festsetzungsmechanismus für die DMIF (objektiviertes, wettbewerbsorientiertes und kostenbasiertes Verfahren) fortgesetzt wird. Es wird weitgehend der Status quo weitergeführt. Einzig bezüglich einiger weniger Anpassungen können die Massnahmen als gestaltend qualifiziert werden. Von einer teilweisen Vorwegnahme des mutmasslichen Resultats der Untersuchung kann jedoch keine Rede sein.⁷⁰ So wird im Rahmen der Untersuchung unter anderem auch geprüft werden, ob die DMIF in Zukunft aufgrund des „Tourist Test“ festgelegt werden sollte. Dadurch steht ein völlig neues Berechnungsmodell zur Debatte, welches, wie die provisorische Berechnung der Crossborder MIF durch MasterCard auf der Grundlage des Tourist Test in der EU gezeigt hat, voraussichtlich eine starke Senkung der DMIF zur Folge hätte.⁷¹ In den vorsorglichen Massnahmen wurden demgegenüber nur diejenigen Anpassungen umgesetzt, welche aufgrund der Evaluation der EVR I als unerlässlich erscheinen (vgl. Rz. 71 ff.) und die eine verhältnismässige Reduktion der DMIF zur Folge haben (vgl. näher zur Verhältnismässigkeit unter Rz. 97 ff.). Im Rahmen der Endverfügung wird dann zu überprüfen sein, ob sich diese

⁶⁸ Im Fall ETA (RPW 2002/4, 593 ff.) hat die Weko den nicht leicht wieder gutzumachenden Nachteil, die Dringlichkeit und die Verhältnismässigkeit geprüft und bejaht. Bezüglich der Entscheidprognose wurde die marktbeherrschende Stellung der ETA als glaubhaft erachtet und festgehalten, dass geprüfte Verhalten könne mehrere Tatbestände des Art. 7 KG erfüllen. Vor dem Hintergrund der EVR wurde hingegen offengelassen, ob für das Verhalten „legitimate business reasons“ bestehen. Diese Prüfung wurde durch das Bundesgericht als genügend erachtet (vgl. BGer, EVD/Sellita, RPW 2004/2, 661 E. 3.4.5.

⁶⁹ BGer, Sellita/ETA, RPW 2004/2, 645 E. 2.2 und 2.3.

⁷⁰ Dies wurde auch in den Vorbemerkungen der EVR II ausdrücklich festgehalten.

⁷¹ Das MEMO 09/143 der EU-Kommission hält hierzu fest: „As regards **calculation of the (cross-border) MIF**, MasterCard has engaged to apply a methodology developed in economic literature to assess efficient interchange fees which is called the 'avoided-cost test' or 'tourist test'. [...] The amount was calculated by comparing the merchants' costs of accepting payments in cash to those of accepting payments made by a payment card. MasterCard has based its calculations of this balancing fee (or 'tourist test' MIF) on studies published by the central banks of the Netherlands, Belgium and Sweden comparing the costs of cards with those of cash.“ Diese Berechnung führte zu einer starken Senkung der Crossborder MIF auf 0,3%. Die zitierte Passage aus dem Memo macht auch deutlich, dass entgegen der Stellungnahme von MasterCard in der EU das Konzept des Tourist Tests angewendet wird, wenn auch die darauf basierende Berechnung erst eine provisorische ist.

Anpassungen bewährt haben oder ob sich eine andere Lösung bzw. weitere Anpassungen (z.B. Einbezug weiterer Issuer) aufdrängen.

B.3.1.2 Erhebliche Preisabrede

B.3.1.2.1 Qualifikation der DMIF als erhebliche Preisabrede im Kreditkartenentscheid

56. Die Entscheidprognose kann in casu als günstig qualifiziert werden, weil bereits ein Entscheid in der Sache vorliegt. Die Weko ist nach einem längeren Verfahren und einer umfassenden Sachverhaltsabklärung in der Verfügung vom 5. Dezember 2005 zum Resultat gelangt, dass die DMIF eine horizontale Preisabrede gemäss Art. 5 Abs. 3 lit. a KG darstellt, die den Wettbewerb erheblich beeinträchtigt. Dabei hat die Weko hauptsächlich auf folgende Elemente abgestellt:

- Die DMIF wird durch die in den Kartengremien vertretenen Issuer und Acquirer verhandelt und festgelegt. Dadurch liegt ein „bewusstes und gewolltes Zusammenwirken einerseits unter den Issuern und andererseits unter den Acquiren vor“⁷².
- Die DMIF beschränkt den Preissetzungsspielraum der Issuer und Acquirer, indem sie deren Kosten und Erträge beeinflusst. Auf Seiten der Acquirer stellte die DMIF die wichtigste Kostenkomponente dar, welche einen wesentlichen Bestandteil der Händlerkommission (Merchant Service Charge, MSC) ausmachte (rund 70%). Aber auch auf Issuing-Seite wurde ein Einfluss auf die Preissetzung festgestellt, da die DMIF rund einen Fünftel der Gesamterträge ausmachte und so einen direkten Einfluss darauf hatte, welcher Anteil der Kosten über Gebühren gegenüber dem Karteninhaber gedeckt werden müssen.⁷³
- Alle Issuer (Corner Banca, UBS, CS und Viseca) waren an der Abrede beteiligt, so dass auf dem Issuing-Markt kein Aussenwettbewerb vorlag.⁷⁴ Auf dem Acquiring-Markt waren die Telekurs Multipay und die Aduno an den Abreden beteiligt. Die ausländischen Crossborder-Acquirer (B&S und ConCardis) waren zwar nicht direkt an den Abreden beteiligt, mussten aber aufgrund der Regeln von Visa und MasterCard die festgelegten branchen- und transaktionsspezifischen DMIF anwenden, „weshalb von ausländischen Acquiren keine destabilisierende Wirkung auf die Abrede ausgehen kann“⁷⁵.
- Auf dem Issuing-Markt waren im Jahr 2005 nur 4 Issuer tätig mit folgenden Marktanteilen im Issuing von Visa- und MasterCard-Kreditkarten: CS: 20–30%, UBS 30–40%, Viseca 20–30% und Corner 10–20%. Der Hirshman-Herfindahl-Index betrug damals über 2'800, so dass der Markt relativ stark konzentriert war.⁷⁶ Zudem waren die Marktanteile der 4 Issuer über mehrere Jahre hinweg stabil geblieben.⁷⁷ Auf dem Markt für das Acquiring von Visa- und MasterCard-Kreditkarten verfügte die Telekurs Multipay gemessen am inländischen Transaktionsvolumen über einen Marktanteil von 70–80%, Corner Banca rund 20–30%, währenddem die beiden Crossborder-Acquirer gemeinsam nicht mehr als 5% Marktanteil erreichten.⁷⁸

⁷² RPW 2006/1, 83, Rz. 139.

⁷³ RPW 2006/1, 83 ff., Rz. 140 ff. (insbes. Rz. 142 und 152 ff.).

⁷⁴ RPW 2006/1, 98, Rz. 259.

⁷⁵ RPW 2006/1, 95, Rz. 241 (insbes. Rz. 142 und 152 ff.).

⁷⁶ Der Hirshman-Herfindahl-Index (HHI) misst den Konzentrationsgrad einer Industrie und ist gleich der Summe der quadrierten Marktanteile aller Anbieter. Der Maximalwert des Hirshman-Herfindahl-Indexes - im Fall eines Monopols - beträgt 10'000. Gemäss internationaler Praxis gilt ab ca. 1'800 ein Markt als stark konzentriert.

⁷⁷ Vgl. zum Ganzen RPW 2006/1, 98, Rz. 261 ff.

⁷⁸ RPW 2006/1, 95 ff., Rz. 244 ff. und 105, Rz. 321.

- Auf dem Acquiring-Markt wurde eine gewisse Preiskonkurrenz durch die neu auf dem Markt auftretenden ausländischen Acquirer festgestellt. Die Profitabilität des Acquiring-Geschäfts hatte sich aufgrund der stagnierenden bzw. rückläufigen Merchant Service Charge (MSC) und steigender Kosten verschlechtert. Gleichzeitig hielt die Weko fest, dass der Wettbewerb durch die marktmächtige Position der Telekurs Multipay erheblich eingeschränkt werde und zudem der Preiswettbewerb nur auf dem Teil der MSC spielen könne, welcher nicht von der DMIF-Vereinbarung betroffen sei.⁷⁹
- Auf dem Issuing-Markt wurde nur ein eingeschränkter (Preis-) Wettbewerb konstatiert. Die Listenpreise für die Jahresgebühren waren bei sämtlichen vier Issuern identisch und über mehrere Jahre stabil (z.B. CHF 100.-- für Standard-Karten). Weiter wurden steigende Erträge aus den Jahresgebühren, ein steigender Zinsertrag sowie steigende Einnahmen aus weiteren Gebühren (z.B. Gebühren für Bargeldbezug, Fremdwährungs-Umrechnung, etc.) festgestellt. Zudem hat ein starker Anstieg der Rentabilität des Issuing-Geschäfts stattgefunden.⁸⁰
- Weiter wurde dargelegt, dass die Drei-Parteien-Kreditkartensysteme (American Express, Diners Club) in der Schweiz aufgrund der geringen Verbreitung und limitierten Akzeptanz Nischenprodukte darstellen, welche keinen wesentlichen Wettbewerbsdruck auf Visa und MasterCard ausüben.⁸¹ Schliesslich wurde auch der Wettbewerb zwischen den beiden Vier-Parteien-Systemen Visa und MasterCard als ungenügend qualifiziert. Gründe dafür waren der Umstand, dass sämtliche Issuer und Acquirer beide Marken anbieten (sog. Dual Branding), dass die Acquirer gegenüber den Händlern eine einheitliche MSC für beide Marken anwenden (sog. Blended Rates) und dass aufgrund der weitgehend identischen DMIF für MasterCard und Visa auch bei den Issuern kein Anreiz besteht, eine Marke zu lasten der anderen zu bevorzugen.⁸²

B.3.1.2.2 Vorliegen einer erheblichen Preisabrede ist glaubhaft

57. Es ist aufgrund der im Rahmen der Wirkungsanalyse erhobenen Daten⁸³ glaubhaft, dass nach wie vor eine erhebliche Preisabrede vorliegt:

- Die DMIF wird immer noch – wie es bereits ihr Name andeutet – multilateral in den Kreditkartengremien vereinbart.
- Die DMIF stellt nach wie vor die grösste Kostenkomponente der Acquirer dar und machte im ersten Halbjahr 2008 im Durchschnitt aller Acquirer rund 74% der MSC aus. Sie stellt im Issuing immer noch eine wesentliche Ertragskomponente dar, welche rund einen Fünftel der Gesamterträge der Issuer ausmacht.
- Alle Issuer mit Ausnahme von GE Money nehmen in einem der beiden Kartengremien Einsitz. Bei den Acquirern sind SIX Multipay und Aduno in den Kartengremien vertreten. Nach wie vor ist es aber so, dass alle Issuer und Acquirer, die in den Kartengremien festgelegten branchen- und transaktionsspezifischen DMIF aufgrund der Regeln von Visa und MasterCard anzuwenden haben (sofern nicht bilaterale Interchange Fees vereinbart wur-

⁷⁹ RPW 2006/1, 98, Rz. 261 ff.

⁸⁰ RPW 2006/1, 99 ff., Rz. 267 ff.

⁸¹ RPW 2006/1, 102 f., Rz. 302 ff.

⁸² RPW 2006/1, 103 f., Rz. 302 ff.

⁸³ Der Vorwurf der Jelmoli, der Sachverhalt sei nicht rechtsgenügend festgestellt worden, da das Sekretariat seit der Eröffnung der Untersuchung keine konkreten Sachverhaltsabklärungen unternommen habe ist unzutreffend. Das Sekretariat hat im Rahmen der Wirkungsanalyse im ersten Kreditkartenverfahren (22-0264) die aktuellen Marktdaten erhoben. Die Akten aus dem Verfahren 22-0264 wurden in die vorliegende Untersuchung übernommen (vgl. Eröffnungsschreiben, act. n° 1). Jelmoli hat am 7. August 2009 Einsicht in diese Akten genommen und zahlreiche Aktenkopien erstellt (vgl. act. n° 19).

den). Damit betrifft die Abrede grundsätzlich alle in der Schweiz tätigen Issuer und Acquirer.⁸⁴

- Auf dem Issuing-Markt hat nach Auffassung der Wettbewerbsbehörden eine Belebung des Wettbewerbs stattgefunden. Es sind seit dem Kreditkartenentscheid die drei neuen Issuer GE Money, Jelmoli und die Post in den Markt eingetreten. Es ist zu neuen Kooperationsformen zwischen Issuern und Nicht-Banken gekommen (z.B. M...MasterCard, Coop Supercardplus), es wurden Kreditkarten ohne oder mit einer tiefen Jahresgebühr eingeführt und die Produktdifferenzierung hat generell zugenommen.⁸⁵ Allerdings beträgt der gemeinsame Marktanteil der drei neuen Issuer gemessen am Transaktionsvolumen (Zahlen 1. Halbjahr 2008) immer noch weniger als 10%. Die Marktanteile der vier bisherigen Issuer haben sich nur innerhalb der im Kreditkartenentscheid angegebenen Bandbreite verändert, d.h. sie präsentieren sich nach wie vor wie folgt: CS: 20–30%, UBS 30–40%, Visa 20–30% und Cornè Banca 10–20%. Mit einem HHI von über 2'400 im Jahr 2008 ist immer noch von einem stark konzentrierten Markt auszugehen.
- Die Erträge der Issuer sind seit dem Jahr 2004 gewachsen. Das Wachstum entfällt primär auf die Zinserträge (Wachstum von rund 45%) aus der Kreditoption und auf die Erträge, die sich bei Auslandstransaktionen ergeben. Die Erträge aus den beiden wichtigsten Einnahmequellen Jahresgebühren und Interchange Fees sind hingegen weitgehend stabil geblieben. Auch der Gewinn vor Steuern hat absolut gesehen zugenommen. Werden die Erträge allerdings in Relation zur Anzahl Karten gesetzt, so zeigt sich, dass die durchschnittliche Jahresgebühr pro Kreditkarte zwischen dem Jahr 2005 und dem Jahr 2008 um rund CHF 20 gesunken ist (von CHF 70–80 auf CHF 50–60). Die gesamten Erträge aus Gebühren sowie der Gewinn von Steuern haben in Relation zur Anzahl Karten ebenfalls abgenommen. Die Entwicklung der Erträge und Gewinne pro Karte erklärt sich v.a. aus dem Umstand, dass der Kartenbestand zwischen 2005 und 2008 von rund 3,5 Mio. Karten auf rund 4,5 Mio. Karten zugenommen hat (also um rund 30% gewachsen ist). In den Jahren 2006 und 2007 wurden jährlich mehr als 400'000 neue Kreditkarten ausgegeben.⁸⁶
- Auf dem Acquiring-Markt hat sich hingegen die Marktsituation kaum verändert. Die SIX Multipay verfügt aufgrund der Zahlen aus dem 1. Halbjahr 2008 über einen Marktanteil von 60–70%, die Aduno von 20–30% und die beiden Crossborder-Acquirer von je 0–10%. Die durchschnittliche MSC ist seit dem Jahr 2005 im gleichen Umfang wie die durchschnittliche domestische Interchange Fee zurückgegangen (um mehr als 20%). Die Kosten des Kreditkartenacquirings sind im Durchschnitt aller Acquirer leicht zurückgegangen und die Gewinne konnten hingegen gesteigert werden.
- Bezüglich dem Systemwettbewerb erscheinen die Ausführungen im Kreditkartenentscheid immer noch als glaubhaft. Die 3-Parteien-Systeme sind wahrscheinlich immer noch als Nischenplayer zu betrachten: American Express verfügt in der Schweiz über rund 200'000⁸⁷ Karteninhaber (5% Marktanteil), Diners über rund 40'000⁸⁸ (1%). Visa und MasterCard verfügen über 1,7 Mio. (40%) bzw. 2,3 Mio. Karteninhaber (54%), d.h. ge-

⁸⁴ In der Vorabklärung Visa V-Pay wurde aufgrund dieses Umstandes eine horizontale Preisabrede zwischen allen Issuern einerseits und Acquirern andererseits angenommen, welche die DMIF *anwenden*, selbst wenn sie diese nicht selber festsetzen; vgl. RPW 2009/2, 130 f., Rz. 74 ff.

⁸⁵ Vgl. den Redetext zur Jahrespressekonferenz 2009 der Weko sowie die dazugehörige Präsentation Kreditkarten (beide unter www.weko.admin.ch, Rubrik Dokumentation/Jahrespressekonferenz).

⁸⁶ Vgl. SNB: Statistisches Monatsheft, Reihe C2 Zahlungsverkehr mit Karten und Checks, http://www.snb.ch/de/i/about/stat/statpub/statmon/stats/statmon/statmon_C2.

⁸⁷ <https://www.americanexpress.ch/d/merchants/index.php> (besucht am 07.12.09).

⁸⁸ Pressemitteilung der Multipay vom 13.08.2009: „SIX Multipay bietet neu die Akzeptanz und Verarbeitung von Diners Club und Discover an“ (http://www.presseportal.ch/de/pm/100005802/100588084/six_multipay, besucht am 07.12.2009).

messen an den Karteninhabern über einen gemeinsamen Marktanteil von 94%.⁸⁹ Der Wettbewerb zwischen den Systemen von Visa und MasterCard dürfte aufgrund des nach wie vor praktizierten Dual Brandings, der Blended Rates im Acquiring sowie der weitgehend identischen Interchange Fees noch immer ungenügend sein.⁹⁰ Im Rahmen der Untersuchung wird zu prüfen sein, ob die durch Visa im Jahr 2009 eingeführte „No Blending“-Regel der Systemwettbewerb allenfalls verstärkt wird.

58. In zahlreichen Stellungnahmen werden einzelne Elemente der Beurteilung der heutigen Situation bestritten und darauf hingewiesen, dass durch die Begründung der vorliegenden Verfügung das Untersuchungsergebnis nicht präjudiziert werden soll. Es wird namentlich geltend gemacht, es sei unzulässig, wenn Rechtserwägungen aus dem Kreditkartenentscheid unbesehen übernommen würden und so der Eindruck einer Vorwegnahme des mutmasslichen Resultats erweckt werde.⁹¹ Konkret wird unter anderem vorgebracht, die DMIF stelle keine erhebliche Preisabrede dar und habe bereits zum Zeitpunkt des Erlasses des Kreditkartenentscheides keine erhebliche Preisabrede dargestellt.⁹² Von Visa wird geltend gemacht die Marktstellung von Visa und MasterCard sei anders zu beurteilen, bei der Marktanteilsberechnung seien Private Label Cards wie z.B. myOne zu berücksichtigen, was zu anderen Marktanteilen von Visa und MasterCard führe.

59. Die Weko weist darauf hin, dass in Sachen DMIF – im Gegensatz zu anderen Fällen von vorsorglichen Massnahmen – bereits eine rechtskräftige Verfügung der Weko vorliegt, welche bis zu einer neuen Entscheidung als Präjudiz zu beachten ist. So sind etwa die rechtlichen Erwägungen oder auch die Marktabgrenzung im Kreditkartenentscheid der Massstab, welcher im Rahmen der vorliegenden Verfügung betreffend vorsorglicher Massnahmen anzuwenden ist, sofern sich im Rahmen der summarischen Prüfung nicht Änderungen im Sachverhalt ergeben, welche eine Neuurteilung aufdrängen. Dies ist hier nicht der Fall. Aus der obigen Darstellung geht hervor, dass sich der Sachverhalt zwar – wie mehrere Stellungnahmen betonen – bezüglich der Wettbewerbsintensität im Issuing verändert hat, dass aber bezüglich derjenigen Elemente, die für die Qualifikation der DMIF als Preisabrede mit erheblicher Marktwirkung ausschlaggebend sind, keine Veränderung eingetreten ist, welche dazu führen würde, dass das Vorliegen einer erheblichen Preisabrede nicht mehr glaubhaft wäre. Bezüglich der Marktabgrenzung kann darauf hingewiesen werden, dass im Kreditkartenentscheid Private Label Karten nicht als Substitute für Kreditkarten erachtet wurden⁹³, weshalb sie bei der Marktanteilsberechnung nicht berücksichtigt wurden. Die oben aufgeführten öffentlich verfügbaren Zahlen stimmen im Übrigen weitgehend mit den durch das Sekretariat im Rahmen der Wirkungsanalyse erhobenen Zahlen überein. Der Marktanteil von Visa und MasterCard beträgt gemäss den Berechnungen des Sekretariates für das Jahr 2008 [90-100]% des Gesamtmarkts von 4,5 Mio. Kreditkarten, wie er von der SNB ausgewiesen wird.⁹⁴

B.3.1.3 Zwischenfazit: Klare Entscheidprognose bezüglich des Vorliegens einer erheblichen Preisabrede

60. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass es zwar auf dem Issuing-Markt zu einer Belebung des Wettbewerbs gekommen ist. Trotz den seit dem Jahr 2005 eingetretenen

⁸⁹ Die Zahlen für Visa und MasterCard stammen von der Website der Multipay (http://www.currency-iso.org/de/tkmpch_index/tkmpch_home/tkmpch_acceptance/c.htm, besucht am 07.12.09).

⁹⁰ Vgl. RPW 2006/1, S. 103 f., Rz. 310 ff.

⁹¹ Vgl. act. n° 206.

⁹² Vgl. act. n° 205.

⁹³ Vgl. RPW 2006/1, S. 86, Rz. 168 ff. und S. 91, Rz. 201 ff.

⁹⁴ Vgl. SNB: Statistisches Monatsheft, Reihe C2 Zahlungsverkehr mit Karten und Checks, http://www.snb.ch/de/i/about/stat/statpub/statmon/stats/statmon/statmon_C2.

Veränderungen erscheint eine günstige Entscheidungsprognose für einen Verstoß gegen Art. 5 KG als glaubhaft: Die Auswirkungen der DMIF auf dem Acquiring-Markt dürften die Schwelle der Erheblichkeit eindeutig überschreiten, da die DMIF im Durchschnitt aller Acquirer rund 74% der MSC ausmacht. Auch auf dem Issuing-Markt erscheint die DMIF – trotz der Marktentwicklung – nach wie vor als erheblich, gilt sie doch für alle, d.h. auch für die neuen Marktteilnehmer,⁹⁵ und sie macht noch immer einen erheblichen Teil der Erträge der Issuer aus.

B.3.1.4 Rechtfertigung aus Effizienzgründen

B.3.1.4.1 Die Beurteilung der Effizienzgründe im Kreditkartenentscheid

61. Die Weko hat im Kreditkartenentscheid festgehalten, dass die DMIF in ihrer damaligen Ausgestaltung nicht durch Effizienzgründe gerechtfertigt werden konnte.⁹⁶ Es müsse aufgrund der Marktentwicklung im Issuing und Acquiring-Geschäft davon ausgegangen werden, dass die DMIF einerseits zur Generierung zusätzlicher Einnahmen für die Issuer und andererseits zur Erschwerung des Markteintritts für ausländische Acquirer gedient habe, nicht aber als Ausgleichsmechanismus⁹⁷ zwischen den beiden Märkten (so hatten die damaligen Erhöhungen der DMIF nicht zu Senkungen der Gebühren für den Karteninhaber geführt⁹⁸).⁹⁹

62. Die Weko ist aber davon ausgegangen, dass das multilaterale Verhandeln gegenüber bilateralen Verhandlungen folgende Effizienzvorteile bringt:¹⁰⁰

- Tiefere Transaktionskosten: das multilaterale System führt zu geringeren Vertragsverhandlungs-, Systemanpassungs-, und Kommunikationskosten.
- Vermeidung des Hold-Up Problems: da die Acquirer aufgrund der Honor All Cards Rule (HACR) gezwungen sind mit allen Issuern einen Vertrag abzuschliessen, verfügen letztere über eine grosse Verhandlungsmacht, was zu unerwünscht hohen Interchange Fees führen kann.
- Tiefere Markteintrittsschranken: die DMIF erleichtert ausländischen Acquireern den Markteintritt, indem sie einfach die DMIF übernehmen können und nicht mit allen Issuern einzeln verhandeln müssen.

B.3.1.4.2 Die EVR I

63. Aufgrund der oben aufgeführten Effizienzgründe gelangte die Weko zur Auffassung, dass die DMIF dann gerechtfertigt werden kann, wenn ein System gefunden wird, welches die negativen Auswirkungen des multilateralen Verhandeln beseitigt und gleichzeitig dessen Effizienzvorteile bewahrt. Dies war die Zielsetzung der einvernehmlichen Regelung vom 29. März 2005 (EVR I).¹⁰¹

⁹⁵ Vorbehalten bleiben bilaterale Interchange Fees.

⁹⁶ RPW 2006/1, 109, Rz. 355.

⁹⁷ Vgl. ausführlich zur Theorie, dass die Interchange Fee einen Ausgleichsmechanismus in zweiseitigen Märkten bildet RPW 2006/1, 107 ff., Rz. 344 ff. Vgl. für eine Übersicht aus der neueren ökonomischen Literatur JEAN-CHARLES ROCHET/JEAN TIROLE, Competition Policy in Two-Sided Markets, with a Special Emphasis on Payment Cards, in: Paolo Buccirossi (Hrsg.), Handbook of Antitrust Economics, The MIT Press, April 2008, 543-582.

⁹⁸ RPW 2006/1, 108, Rz. 348.

⁹⁹ RPW 2006/1, 109, Rz. 356. Vgl. SAMUEL RUTZ, Interchange Fees as a Mechanism to Raise Rivals' Costs – Some Evidence from Switzerland, Swiss Journal of Economics and Statistics (forthcoming), der von einem Marktversagen auf dem schweizerischen Kreditkartenmarkt ausgeht.

¹⁰⁰ RPW 2006/1, 106, Rz. 331 ff.

¹⁰¹ Vgl. RPW 2006/1, 109 ff., Rz. 359 ff.

64. Das Kernelement der EVR I bildet das objektivierte und wettbewerbsorientierte Verfahren zur Festlegung der DMIF. Die EVR I definiert eine Obergrenze für die DMIF basierend auf den reinen *Netzwerkkosten* der Issuer. Die Ermittlung der Netzwerkkosten beruht auf einer genauen Definition der zu berücksichtigenden netzwerkinhärenten Kostenelemente in einem detaillierten Kostenraster („zulässige Kosten“). Für jeden Issuer werden die Netzwerkkosten ermittelt und durch sein domestisches Transaktionsvolumen geteilt, dies ergibt die sogenannte issuer-spezifische Domestic Interchange Fee (ISDIF). Auf der Basis der ISDIF wird ein Durchschnitt berechnet, die durchschnittliche Domestic Interchange Fee (dDIF), welche dann die Obergrenze für die DMIF bildet. Durch das Abstellen auf den Durchschnitt sollte „ein Anreiz zur Kostensenkung“¹⁰² erfolgen: Issuer, deren ISDIF über der dDIF liegt, sollten einen Anreiz haben, ihre ISDIF zu senken, um ihre Kosten decken zu können. Issuer, denen es gelingt, ihre ISDIF unter dem Durchschnitt zu halten, können so einen „Überschuss“ erwirtschaften. Aufgrund dieser Anreize zur Senkung der ISDIF, sollte dann der nächste Gesamtdurchschnitt (dDIF) ebenfalls tiefer ausfallen und so wiederum neue Anreize zur Kostensenkung entstehen lassen. Aufgrund dieses beabsichtigten Mechanismus ist die EVR I nicht nur kostenbasiert sondern auch wettbewerbsorientiert.¹⁰³

B.3.1.4.3 Die Wirkungsanalyse des Kreditkartenentscheids

65. Im Rahmen der ab dem Sommer 2008 durchgeführten Wirkungsanalyse des Kreditkartenentscheids stellte das Sekretariat fest, dass der Kreditkartenmarkt seit dem Entscheid ein fortwährendes Wachstum erfahren hat, gleichgültig ob als Messgrösse die Anzahl Karten, die Anzahl Transaktionen oder das Transaktionsvolumen betrachtet wird. Das Wachstum hat ab dem Jahr 2006 stark zugenommen. Zu einem grossen Teil geht diese Zunahme des Wachstums auf die Einführung von Gratiskreditkarten zurück. Aber selbst ohne Gratiskreditkarten ist das Wachstum grösser als in der Periode 2002-2005. Gleichzeitig ist es auch zu einer Ausweitung der Kartenakzeptanz gekommen. Im Issuing hat – wie bereits dargestellt – eine Belebung des Wettbewerbs stattgefunden und die durchschnittlichen Jahresgebühren sind gesunken, so dass die Belastung der Karteninhaber im Jahr 2008 rund 80–100 Mio. und kumuliert über die gesamte Zeit seit 2005 bis 2008 rund CHF 200–250 Mio. tiefer ist, als wenn die durchschnittlichen Jahresgebühren aus dem Jahr 2005 beibehalten worden wären (vgl. oben Rz. 57). Im Acquiring wurden die in der EVR I vorgesehenen Senkungen der Interchange Fees durch entsprechende Reduktionen der MSC vollständig an den Handel weitergegeben, so dass dieser seit dem Jahr 2005 bis zum Jahr 2008 um insgesamt CHF 70–90 Mio. entlastet wurde. Während die Reduktion der MSC im Acquiring als direkte Folge der EVR I betrachtet werden kann, ist die Entwicklung im Issuing aus folgenden Gründen bemerkenswert:

- Wird die Interchange Fee als Ausgleichsmechanismus in zweiseitigen Märkten eingesetzt, so müsste „jede Erhöhung (Senkung) der Interchange Fee mit einer Erhöhung (Senkung) der Kommissionen für die Händler und einer Senkung (Erhöhung) der Kartengebühren für die Konsumenten [=Karteninhaber] einhergehen“.¹⁰⁴ 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 konnte ein Rückgang der MSC festgestellt werden, gleichzeitig jedoch auch ein Rückgang (!) der Jahresgebühren (auch bei den weiteren Karteninhabergebühren war tendenziell eher eine Senkung als eine Erhöhung auszumachen). Es ist mit anderen Wor-

¹⁰² RPW 2006/1, 110, Rz. 369.

¹⁰³ Dieser Mechanismus entspricht dem ökonomischen Konzept der „Yardstick Competition“. Vgl. hierzu ANDREI SHLEIFER, „A Theory of Yardstick Competition“, Rand Journal of Economics, 1985, Volume 16, Number 3, 319-327 und JOEL SOBEL (1999), „A Reexamination of Yardstick Competition“, Journal of Economics and Management Strategy, 1999, Volume 8, Number 1, 33-60.

¹⁰⁴ RPW 2006/1, S. 108, Rz. 347.

ten nicht nur zu einer Änderung der Preisstruktur (d.h. des Verhältnisses zwischen den Preisen auf der Acquiring- und Issuing-Seite), sondern zu einer Senkung des Preisniveaus gekommen (der Summe der Preise auf der Acquiring- und Issuing-Seite).¹⁰⁵ Dies deutet einerseits darauf hin, dass das Preisniveau vor dem Kreditkartenentscheid tatsächlich zu hoch war und die DMIF der Rentenerzielung bei den Issuern gedient hat. Andererseits lässt die festgestellte Entwicklung vermuten, dass die theoretisch vorausgesagte Ausgleichsfunktion der DMIF zur Optimierung des Gesamtsystems noch nicht vollständig zum Tragen kommt, sondern dass Senkungen der DMIF immer noch einen Niveaueffekt haben, d.h. zu einem tieferen Preisniveau führen.

- Gleichzeitig mit der Reduktion der Interchange Fees ist es nicht nur zu einer Ausweitung der Kartenakzeptanz (Anzahl Händler) sondern auch der Kartenverbreitung (Anzahl Karteninhaber) gekommen. Dies ist ein Hinweis auf, dass die frühere Gebührenstruktur und insbesondere auch die DMIF noch nicht optimal ausgestaltet war.
- Der Kreditkartenentscheid hielt fest, dass die DMIF Markteintritte im Acquiring erleichtern können, weil der Markteintreter nicht mit allen Issuern die Interchange Fees bilateral verhandeln muss. Im Acquiring-Markt konnten seit dem Kreditkartenentscheid jedenfalls bis ins Jahr 2009 keine Markteintritte verzeichnet werden,¹⁰⁶ hingegen auf dem Issuing-Markt schon (allerdings gilt es zu berücksichtigen, dass im Acquiring bereits zwei Markteintritte kurz vor dem Kreditkartenentscheid erfolgt sind). Die neuen Issuer haben im Rahmen von Stellungnahmen in der Wirkungsanalyse ausgeführt, dass der Markteintritt durch das Vorhandensein einer DMIF erleichtert worden sei.

66. Ein ausschlaggebendes Element zur Beurteilung der Wirkung der EVR I stellt die Entwicklung der Netzwerkkosten dar, da dadurch überprüft werden kann, inwieweit der durch die EVR I eingeführte wettbewerbsorientierte Mechanismus (vgl. oben Rz. 64) funktioniert hat. Die EVR I sieht bei der Erhebung der ISDIF und Berechnung der dDIF einen Dreijahresrhythmus vor, weshalb die erste Kostenerhebung seit dem Kreditkartenentscheid erstmals für das Jahr 2008 erfolgte, so dass die neuen ISDIF am 1. April 2009 dem unabhängigen Prüfungsunternehmen PEQ GmbH eingereicht wurden, welches auf den 1. Mai 2009 die neue dDIF von 1,282% berechnete.

67. Die dDIF ist damit seit der ersten Berechnung im Rahmen des Kreditkartenentscheides auf der Basis der Zahlen für das Jahr 2004 nur marginal von 1,313% auf 1,282% zurückgegangen. Dabei konnten sehr grosse Differenzen bei der Kostenentwicklung der Issuer festgestellt werden. Einerseits konnten erhebliche bis starke Steigerungen der absoluten Netzwerkkosten einzelner Issuer festgestellt werden, welche teilweise zu einer erheblichen Erhöhung der ISDIF geführt haben. Andererseits wurden geringe bis starke Rückgänge der ISDIF festgestellt. Aufgrund der divergierenden Entwicklungen der ISDIF sowie des Umstandes, dass die dDIF seit Inkrafttreten der EVR I nur ein einziges Mal erhoben wurde, ist es nicht möglich abschliessend zu verifizieren oder falsifizieren, wie gut der beabsichtigte wettbewerbsorientierte Mechanismus funktioniert hat.

68. Jelmoli und auch andere Issuer bringen in ihren Stellungnahmen vor, Kostendisparitäten unter den Issuern seien ein klares Indiz für den funktionierenden und intensiven Wettbewerb im Schweizer Kreditkartenmarkt. Dem ist entgegenzuhalten, dass der von der Weko gewählte kostenbasierte Ansatz bei den Issuern im Sinne der „Yardstick-Competition“ Anreize zur Kosteneffizienz schaffen sollte. Der Mechanismus lässt erwarten, dass sich die Kostenstrukturen der verschiedenen Issuer aufgrund dieser Anreize über die Zeit angleichen.

¹⁰⁵ Vgl. RPW 2006/1, S. 108, Rz. 346: Wenn die Interchange Fee als Ausgleichsmechanismus dient, so beeinflusst sie in erster Linie die Preisstruktur, aber nicht das Preisniveau.

¹⁰⁶ SIX Multipay macht in ihrer Stellungnahme geltend, im Jahr 2009 sei Elavon in den Schweizer Acquiring-Markt eingetreten. Ob dies zutrifft bzw. in welchem Umfang dieser Markteintritt erfolgt ist und welche Auswirkungen er hat wird im Rahmen der Untersuchung zu überprüfen sein.

Demgegenüber deuten erhebliche Kostenunterschiede zwischen den Issuern darauf hin, dass der gewählte Mechanismus nicht in genügendem Ausmass Anreize zur Kosteneffizienz zu schaffen vermochte.

69. Die UBS bringt vor, es wäre falsch die Ansicht zu vertreten, dass die dDIF bzw. die einzelnen ISDIFs kontinuierlich sinken müssten, da dies in letzter Konsequenz bedeuten würde, dass die Issuer ihre Dienstleistungen gratis erbringen müssten. Diese Auffassung wird durch die Weko auch gar nicht vertreten, der wettbewerbsorientierte Ansatz müsste aber dazu führen, dass sich die ISDIFs über die Zeit in Richtung des effizientesten Issuers angleichen und sich dann auf einem bestimmten Niveau einpendeln, welches sich aufgrund der Yardstick-Competition ergibt.

70. Die UBS macht zudem geltend, die unterschiedliche Entwicklung der einzelnen ISDIF sei durch unterschiedliche Investitionszyklen bedingt. Dies wird im Rahmen der Untersuchung zu überprüfen sein, wobei Voraussetzung hierfür die im EVR II vorgesehene Änderung des Erhebungsrhythmus ist. Es stellt sich die Frage, ob denn die geltend gemachten Investitionszyklen nicht durch eine entsprechende Abschreibungspraxis geglättet werden. Zudem hat das Sekretariat die Issuer nach den Gründen der wichtigsten Kostensteigerungen befragt. Die einzelnen Erklärungen bilden Geschäftsgeheimnisse der Issuer, generell lässt sich aber festhalten, dass nur ein Teil der Kostensteigerungen durch Investitionen erklärt wurde während ein anderer Teil der Kostensteigerungen als von grundsätzlicher und länger dauernder Natur bezeichnet wurde.

B.3.1.4.4 Die EVR II

71. Die EVR II stellt in erster Linie eine Weiterführung der EVR I dar. Von den vier Elementen der EVR I werden drei unverändert fortgeführt (das Verbot der NDR, die Offenlegung der branchen- und transaktionsspezifischen DMIF gegenüber den Händlern und das Verbot des Austausches von Daten in den Kartengremien). Zudem wird das kostenbasierte und wettbewerbsorientierte Verfahren, welches das Kernstück der EVR I bildet, weitgehend unverändert fortgeführt. Weiterhin bilden die reinen Nettowerkkosten die Grundlage zur Bestimmung der Obergrenze der DMIF, wobei der Kostenraster der EVR I unverändert übernommen wird. Auch der wettbewerbsorientierte Mechanismus bleibt bestehen, indem aufgrund der ISDIF der einzelnen Issuer ein gewichteter Durchschnitt berechnet wird.

72. Aufgrund der Ergebnisse der Wirkungsanalyse enthält die EVR II folgende Anpassungen gegenüber der EVR I:

73. *Änderung der Gewichtung der ISDIF der einzelnen Issuer zur Berechnung der dDIF:* In der bisherigen Berechnungsformel wurde die höchste und die tiefste ISDIF einfach gewichtet, die anderen dreifach. In der EVR II wird der ineffizienteste Issuer (höchste ISDIF) nicht in die Kostenberechnung einfließen („Streichresultat“), demgegenüber werden die beiden effizientesten Issuer (tiefste beiden ISDIF) als Massstab dessen, was möglich ist („as efficient as“), stärker berücksichtigt. Die Werte der übrigen Issuer werden einfach gewichtet. Durch die vorgenommenen Änderungen der Gewichtung wird verhindert, dass ein einzelner Ausreisser nach oben das Gesamtergebnis in dem Masse beeinflusst, wie dies in der Beobachtungsperiode bei der EVR I geschehen ist. Mit der Streichung von einem Ausreisser nach oben werden 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 kann. Mit der stärkeren Gewichtung jener Unternehmen mit den tiefsten ISDIF sollen die Anreize zu Investitionen in Kostensen-

kungen zusätzlich verstärkt werden. Gleichzeitig werden die durch den kostenbasierten Ansatz induzierten Anreize zur Kostensenkung für alle Unternehmen aufrecht erhalten.¹⁰⁷

74. Sämtliche Parteien und insbesondere die neuen Issuer Jelvoli und Post bringen 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 Markteintrittschranken. Schliesslich wird geltend gemacht, gemäss dem Kreditkartenentscheid könne niemand gezwungen werden, Dienstleistungen „unter den Produktionskosten“ anzubieten.¹⁰⁸

75. Nach Auffassung der Weko ist das Diskriminierungsverbot nicht verletzt. Es gibt sachliche Gründe, welche eine Differenzierung zwischen den bisherigen und den neuen Issuern rechtfertigen. Die durchschnittliche ISDIF der neuen Issuer ist massiv höher (mehr als 1% bzw. 100 Basispunkte) als die der bisherigen Issuer. Der Grund hierfür dürfte darin liegen, dass mit einem Markteintritt hohe Kosten verbunden sind. In den Kostenraster sollten aber nur die Kosten einfließen, welche mit dem ordentlichen Betrieb des Systems verbunden sind. Die Markteintrittskosten neuer Marktteilnehmer sollten nicht dazu führen, dass die DMIF für alle Issuer angehoben wird. 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 aufgehoben. Letztlich ist der Grund, weshalb die alten und neuen Issuer den Einbezug der neuen Issuer in die Berechnungsformel fordern, gerade der, dass in diesem Fall die dDIF wesentlich höher ausfallen würde, als wenn nur die etablierten Issuer berücksichtigt werden.

76. Jelvoli macht geltend, dass Simulationsrechnungen zeigen würden, [Geschäftsgeheimnis].

77. Es ist zutreffend, dass die Weko im Kreditkartenentscheid ausgeführt hat, dass das KG keine Bestimmung vorsehe, aufgrund welcher Unternehmen gezwungen werden könnten, Produkte oder Dienstleistungen unter den Produktionskosten anzubieten. Es ist aber falsch daraus abzuleiten, die DMIF müsse so ausgestaltet werden, dass sämtliche Issuer zu jedem Zeitpunkt ihre Kosten decken können. Dies war bereits unter der EVR I nicht der Fall und entspricht auch nicht dem Gedanken der „Yardstick Competition“, welcher darauf basiert, dass Unternehmen, deren ISDIF höher als die dDIF liegt, einem Druck zur Kosteneffizienz unterliegen, wie er im funktionierenden Wettbewerb ebenfalls bestehen würde. Würde die Forderung in den Stellungnahmen umgesetzt, so würde dies bedeuten, dass die dDIF identisch mit der höchsten ISDIF sein müsste, damit auch dieser Issuer „nicht unter Produktionskosten anbieten muss“. Auf diese Weise hätten alle Issuer die Garantie, dass ihre Produktionskosten gedeckt werden. Dies entspricht nicht der Situation bei einem funktionierenden Wettbewerb. Die DMIF soll nicht dem Zweck der Strukturhaltung dienen indem Mindesteinnahmen garantiert werden. Der wettbewerbsorientierte Ansatz soll vielmehr dazu führen, dass die Issuer einem ähnlichen Effizienzdruck ausgesetzt sind, wie er im freien Wettbewerb ebenfalls vorhanden wäre. Schliesslich gilt es darauf hinzuweisen, dass die DMIF im Kreditkartengeschäft eine von mehreren Einnahmequellen darstellt, so dass den Issuern die Möglichkeit offen steht, Reduktionen der DMIF durch andere Einnahmen, durch eine Verbesserung der Kosteneffizienz oder durch den Abschluss von bilateralen Verträgen zu kompensie-

¹⁰⁷ In Analogie dazu vgl. LUIS CABRAL/MICHAEL RIORDAN, *“Incentives for Cost Reduction Under Price Cap Regulation”*, Journal of Regulatory Economics, 1989, Volume 1, Number 2, 93-102 (98).

¹⁰⁸ Vgl. RPW 2006/1, S. 113, Rz. 389.

ren. Durch eine Reduktion der DMIF wird daher kein Issuer „gezwungen“ unter Produktionskosten anzubieten. Im schlimmsten Fall muss er seine Produktionskosten direkt beim Karteninhaber decken.

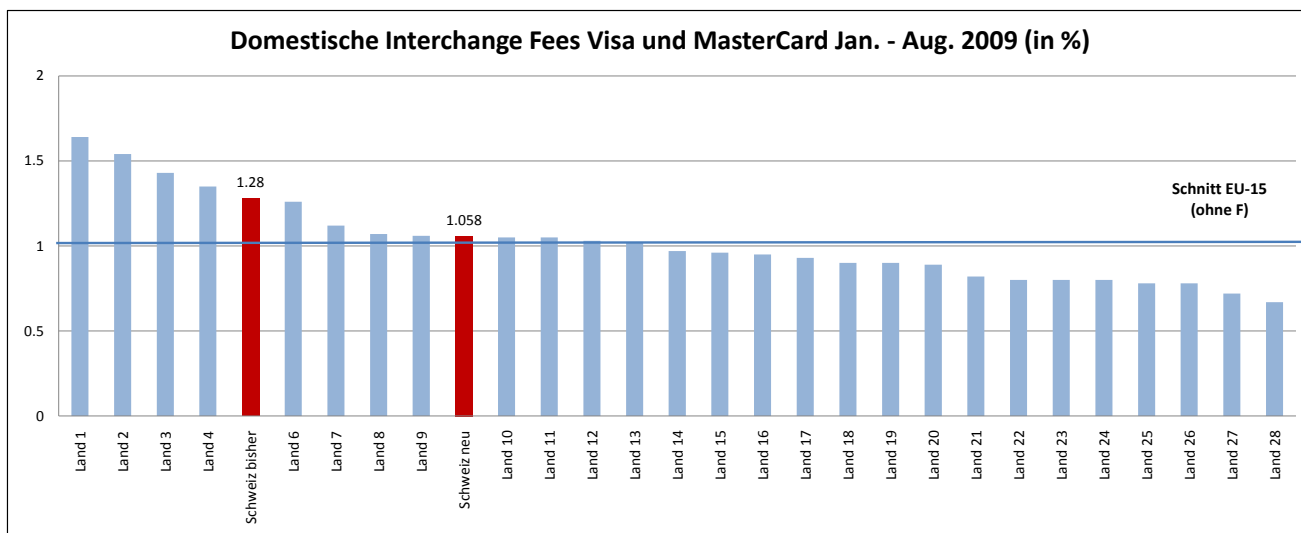
78. In diesem Zusammenhang kann auch dem Vorwurf der Errichtung von Markteintrittsschranken entgegnet werden. Die in der Stellungnahme der Post aufgeführten Markteintrittsschranken (namentlich Skaleneffekte) bestehen auf diesem Markt unabhängig davon, ob durch die EVR höhere oder tiefere „Mindesteinnahmen“ garantiert werden. Eine Regulierung kann sich sinnvollerweise nur an den Betriebskosten eines Issuers orientieren, welches sein effizientes Geschäftsvolumen erreicht hat.

79. Die Anpassung der Gewichtung der ISDIF der einzelnen Issuer hat zur Folge, dass die dDIF für das Jahr 2010 auf den Wert von 1.058% sinkt.

80. Diese weitere Senkung erscheint deshalb gerechtfertigt, weil die Ergebnisse der Wirkungsanalyse darauf hindeuten, dass das Niveau der DMIF immer noch zu hoch ist. Ein weiteres Indiz für diese Annahme kann ein Vergleich mit den domestischen Interchange Fees aus anderen europäischen Ländern bieten. Das Sekretariat hat im Rahmen der Untersuchung bei den Issuern, dem Handel (VEZ) und bei den Card Schemes um entsprechende Angaben nachgesucht. Dabei besteht die Problematik darin, dass die schweizerische DMIF den Durchschnitt aller branchen- und transaktionsbezogenen domestischen Interchange Fees darstellt. Für andere Länder sind zwar die branchen- und transaktionsbezogenen Interchange Fees mehrheitlich öffentlich zugänglich, da jedoch die dazugehörigen Volumina nicht bekannt sind, ist es nicht möglich aufgrund der publizierten Daten einen mit der DMIF vergleichbaren Durchschnitt zu bilden. Während die EU für ihren „Interim Report Payment Cards“¹⁰⁹ die Daten bei den europäischen Issuern und Acquireern erhoben hat (und für das Jahr 2004 zu einem gewichteten europäischen Durchschnitt von 1,1–1,15% gelangte¹¹⁰), ist der Beste für die schweizerische Wettbewerbsbehörde erhältlich. Derjenige der beiden Card-Schemes Visa und MasterCard. Visa und MasterCard haben sich bereit erklärt, die nachfolgende Grafik öffentlich zugänglich zu machen, sofern im Rahmen eines Disclaimers gewisse Vorbehalte gemacht werden. Entgegen den Stellungnahmen gewisser Issuer erachten die Wettbewerbsbehörden die nachfolgende Grafik als genügend aussagekräftig, um die schweizerische DMIF im europäischen Kontext einzuordnen. Der wichtigste Vorbehalt, welcher Visa und MasterCard anbringen ist derjenige, dass „on-us“-Transaktionen nicht berücksichtigt sind. Dies ist für die Vergleichbarkeit insofern nicht problematisch, als auch in die Berechnung der schweizerischen DMIF „on-us“-Transaktionen nicht einfließen. Zudem hätte die Berücksichtigung von „on-us“-Transaktionen, wie der VEZ in seiner Stellungnahme geltend macht, die Wirkung das die Länderschnitte tiefer ausfallen würden als unten in anonymisierter Form dargestellt.

¹⁰⁹ Interim Report Payment Cards, Sector Inquiry under Article 17 Regulation 1/2003 on retail banking, 12.04.2006, (http://ec.europa.eu/competition/sectors/financial_services/inquiries/interim_report_1.pdf).

¹¹⁰ Vgl. Graph 6, Interim Report, S. 24. Für den Ländervergleich siehe Graph 7, S. 25.



Legende:

Neben der Schweiz sind folgende Länder erfasst (in alphabetischer Reihenfolge): Belgien, Bulgarien, Dänemark, Deutschland, Estland, Finnland, Griechenland, Grossbritannien, Irland, Island, Italien, Lettland, Litauen, Luxemburg, Malta, Niederlande, Österreich, Polen, Portugal, Rumänien, Schweden, Slowakei, Slowenien, Spanien, Tschechische Republik, Ungarn, und Zypern.

Frankreich wurde nicht berücksichtigt, da die überwiegende Mehrheit der Visa- und MasterCard-Karten in Frankreich als Debitkarten abgewickelt werden.

Für die Schweiz ergibt sich die DMIF aus der Einvernehmlichen Regelung vom 5. Dezember 2005. Für die übrigen Länder hat das Sekretariat das arithmetische Mittel aus den von Visa Europe und MasterCard übermittelten Werte gebildet.

Disclaimer Visa Europe:

„Die Daten in der Grafik sind aus der Acquiring-Perspektive pro Händler-Land erstellt. Die Grafik setzt sich aus Daten für Kreditkarten für Privatpersonen als auch Kreditkarten für Firmen zusammen. Die Daten basieren auf Bruttoverkaufszahlen (ohne Rückerstattungen und Chargebacks).

Die folgenden Aspekte beeinträchtigen die Aussagekraft der Grafik teils erheblich: Erstens enthält die Grafik Daten von Visa Europe und MasterCard, die aggregiert wurden, indem das arithmetische Mittel der Werte für Visa Europe und MasterCard errechnet wurde. Kein einzelner in der Grafik dargestellter Wert stellt daher die tatsächliche durchschnittlich erhobene DMIF für Kreditkarten der Marken Visa oder MasterCard in irgendeinem Land dar. Zweitens sind in der Grafik (jedenfalls soweit das Visa Europe betrifft) nur solche Transaktionen erfasst, die von Visa Europe abgewickelt werden, d.h., dass fremdabgewickelte Transaktionen wie z.B. sogenannte „on-us“ Transaktionen (bei denen das gleiche Finanzinstitut als Herausgeberbank und Händlerbank fungiert) nicht erfasst sind. Folglich sind die durchschnittlichen DMIF-Werte nicht repräsentativ für die tatsächlich erhobenen durchschnittlichen DMIF-Raten, die auf heimische (domestic) Transaktionen Anwendung finden.“

Disclaimer MasterCard:

"Die aggregierten Werte im Diagramm beruhen auf den Daten der mit MasterCard Consumer Standard durchgeführten, inländischen Kartentransaktionen.

Die Daten basieren auf den Transaktionen, welche MasterCard über sein MasterCard Global Clearing Management System im Zeitraum von Januar bis August 2009 verarbeitet hat. Berücksichtigt wurde dabei der gewichtete Durchschnittswert der Volumina der einzelnen Verfahren sowie der Volumina, welche über besondere Händlerkategorien abgewickelt wurden.

MasterCard verarbeitet nur einen Teil der inländischen MasterCard Kartentransaktionen in Europa und hat keinen Einblick in "on us"-Transaktionen (Transaktionen, in welchen der betreffende Kartenherausgeber und die betreffende Händlerbank ein- und dasselbe Unternehmen sind). Dementsprechend ist es möglich, dass die MasterCard zugänglichen Werte nicht die tatsächlichen durchschnittlichen Interchange Fees wiedergeben."

81. Jelmoli bringt vor, der Durchschnitt der europäischen Interchange Fees in Europa lasse völlig ausser Acht, wie die Wettbewerbsverhältnisse in den einzelnen Ländern seien Es werde ignoriert, dass auch in der EU weiterhin von Land zu Land extrem abweichende Parameter wie Kaufkraft und Lohnniveau bestünden. In der Liste fänden sich „korrupte ehemalige 2. Weltländer wie Rumanien und Bulgarien, bankrotte Staaten wie Griechenland oder Island und andere volkswirtschaftlich unbedeutende Staaten wie Malta, Ungarn oder Estland. „Ge-

wisse Länder sind [seien] ein Mehrfaches grösser als die Schweiz (Deutschland, Italien, Grossbritannien, Spanien). Andere sind [seien] halb so gross wie die Schweiz oder noch kleiner (Litauen, Lettland, Slowenien).“ Die erheblichen Unterschiede von Einwohnerzahl, Lohnniveau, Bruttosozialprodukt und Wettbewerbsfähigkeit würden nicht berücksichtigt. Die UBS macht geltend, die Rahmenbedingungen in der Schweiz (kleine Volumina, hohe Bargeldquote, hohes Lohnniveau, Viersprachigkeit, strenge regulatorische Anforderungen, hohe Ansprüche an die Servicequalität und die geringe Inanspruchnahme der Kreditfunktion) führten dazu, dass die heutige DMIF von 1,28% auch im europäischen Umfeld nicht als überhöht erscheine.

82. Als erstes gilt es darauf hinzuweisen, dass der in der Grafik eingetragene Schnitt derjenige der EU-15-Staaten ohne Frankreich darstellt, d.h. der westeuropäischen Staaten (jedoch nicht osteuropäischen Länder wie Rumänien oder Bulgarien). Wie bei jedem länderübergreifenden Vergleich werden bei der Berechnung des europäischen Mittelwerts für die DMIF Länder berücksichtigt, die sich hinsichtlich verschiedener Kriterien stark unterscheiden (z.B. Einwohnerzahl, Bruttosozialprodukt, Institutionen). Es ist jedoch kein einzelnes Kriterium zu erkennen, unter welchem sich die Mehrzahl der erfassten Länder wesentlich von der Schweiz unterscheiden würde und welches einen Vergleich der DMIF in der Schweiz mit jener in anderen europäischen Ländern systematisch verzerren würde. Zudem ist die Anzahl der berücksichtigten Länder genügend gross, um zu einem aussagekräftigen Durchschnitt zu gelangen. Schliesslich ist bei länderübergreifenden Vergleichen der DMIF zu bedenken, dass es sich bei der DMIF um einen Prozentsatz handelt. Unterschiede in Bezug auf das Preis- oder das Lohnniveau in verschiedenen Ländern sind daher bereits berücksichtigt.

83. *Wechsel auf einen jährlichen Erhebungsrhythmus:* In der EVR I wurde lediglich alle drei Jahre die ISDIF erhoben und anschliessend die neue dDIF berechnet. In der EVR II wird die dDIF neu jährlich aufgrund der Kostenzahlen des Vorjahres berechnet. Die Issuer verpflichten sich zu jährlichen Erhebungen ihrer ISDIF, welche sie jedoch zur Beschränkung der Kosten nur alle 3 Jahre durch eine Revisionsstelle bestätigen lassen müssen. Durch einen jährlichen Erhebungsrhythmus können 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 wird. Zudem führt die jährliche Erhebung dazu, dass die Wettbewerbsbehörden über mehr Datenmaterial bezüglich der Kostenentwicklung verfügen und besser beurteilen können ob (a) der Mechanismus funktioniert und (b) ob die Vorbringen der Issuer bezüglich Investitions- und Abschreibungszyklen zutreffen.

B.3.1.4.5 Die Entscheidungsprognose im Hinblick auf die Rechtfertigung aus Effizienzgründen

84. Im Kreditkartenentscheid wurde festgehalten, dass die DMIF nur dann aus Effizienzgründen gerechtfertigt werden kann, wenn ein System sicherstellt, dass die Nachteile der multilateralen Festlegung der DMIF nicht zum Tragen kommen (etwa das Risiko, dass die DMIF zur Rentenerzielung eingesetzt wird¹¹¹). Es erscheint im Rahmen einer Entscheidungsprognose als sehr wahrscheinlich, dass die Festsetzung der DMIF weiterhin an ein solches System gebunden wird. Ein Verzicht auf ein solches System im Rahmen des Endentscheids erscheint sehr unwahrscheinlich, da die Risiken, welche mit einer Festsetzung der DMIF nach freiem Ermessen der Issuer und Acquirer verbunden sind, weiterhin bestehen. So deuten die Ergebnisse der Wirkungsanalyse darauf hin, dass im Issuing vor dem Kreditkartenentscheid tatsächlich zu hohe Gebühren durchgesetzt werden konnten.

¹¹¹ Vgl. RPW 2006/1, 109, Rz. 353.

85. Die Wirkungsanalyse hat weiter Anhaltspunkte dafür geliefert, dass der in der EVR I umgesetzte kostenbasierte und wettbewerbsorientierte Mechanismus ein solches System darstellen könnte. Eine abschliessende Beurteilung, ob dieses System auch das am besten geeignete System zur Festlegung der DMIF darstellt, kann derzeit noch nicht vorgenommen werden und wäre auch gar nicht sinnvoll, da der Endentscheid bezüglich dieser Frage nicht präjudiziert werden soll. Es erscheint aber sehr wahrscheinlich, dass die EVR II bereits eine Verbesserung gegenüber der EVR I darstellt. Sofern das kostenbasierte und wettbewerbsorientierte Modell auch in den Endentscheid aufgenommen werden sollte, so ist die Entscheidprognose für die vorgenommenen Anpassungen sehr günstig. Die vermehrte Ausrichtung an den kosteneffizientesten Issuern entspricht besser Art. 5 Abs. 2 KG, welcher die Rechtfertigung einer Wettbewerbsabrede insofern vorsieht, als sie aus Effizienzgründen notwendig ist.

86. Die Post macht geltend, es sei im Rahmen der Entscheidprognose irrelevant, ob die EVR II eine Verbesserung gegenüber dem EVR I darstelle, es sei einzig relevant, ob die EVR I genüge um die wettbewerbsbeschränkende Wirkung der multilateralen Festsetzung der DMIF zu beseitigen. Dem ist entgegenzuhalten, dass das mit dem EVR I umgesetzte wettbewerbsorientierte und kostenbasierte Modell zwar grundsätzlich auch im Rahmen des Endentscheides in Frage kommt, dass aber die Entscheidprognose für die in der EVR II enthaltene Berechnungsformel wesentlich günstiger ist als die Berechnungsformel in der EVR I. Dabei gilt es darauf hinzuweisen, dass die EVR I per 1. Februar 2010 ausläuft und kein Anspruch darauf besteht, dass diese weitergeführt wird. Im Rahmen der vorsorglichen Massnahmen ist es bei der Beurteilung der Entscheidprognose im Hinblick auf die Rechtfertigung aus Effizienzgründen daher durchaus zulässig, Massnahmen umzusetzen, welche eine Verbesserung gegenüber der alten Situation darstellen, zumal die Berechnungsweise in der EVR I den Mangel aufweist, sich zu wenig an den effizienten Marktteilnehmern zu orientieren.

87. Die EVR II hat zur Folge, dass die DMIF gesenkt wird. Es handelt sich nicht um eine Senkung auf das Niveau von 0,3%, wie sie die EU-Kommission für die Crossborder-Interchange Fees aufgrund eines vorläufigen Tourist Test vorgenommen hat, sondern auf ein Niveau, welches im Durchschnitt der europäischen domestischen Interchange Fees liegt.¹¹² Es erscheint im Rahmen der Entscheidprognose als wahrscheinlich, dass auch im Endentscheid ein System gewählt wird, welches nicht dazu führt, dass die schweizerische DMIF im europäischen Vergleich als überhöht erscheint. Es ist anzunehmen, dass der Endentscheid – wie in der Untersuchungseröffnung angekündigt – unter anderem die europäische Entwicklung berücksichtigen wird, wobei auch das Niveau der domestischen Interchange Fees der anderen europäischen Länder eine wichtige Rolle spielen dürfte. Die Entscheidprognose für ein System, welches wie die EVR II eine Senkung der DMIF bewirkt, erscheint zumindest bis zur Höhe des europäischen Durchschnitts der domestischen Interchange Fees als günstig.

88. In zahlreichen Stellungnahmen wird geltend gemacht, das durchschnittliche Niveau der europäischen domestischen Interchange Fees habe weder eine rechtliche noch eine ökonomische Bedeutung für die schweizerische DMIF. Diese Stellungnahmen verkennen, dass neben dem Kostenbenchmark auch der Vergleich mit dem europäischen Ausland Indizien dafür liefert, ob die schweizerische DMIF überhöht sein könnte. Dies ist auch rechtlich von Bedeutung, da die DMIF auf einer Preisabrede beruht und nur in dem Masse (und in der Höhe) aus Effizienzgründen gerechtfertigt werden kann, als sie nicht zur Rentenerzielung eingesetzt wird.

¹¹² Nach Auffassung der Wettbewerbsbehörden stellen die durchschnittlichen domestischen Interchange Fees die aussagekräftigere Vergleichsgrösse für die schweizerische DMIF dar als die Crossborder Interchange Fees.

B.3.1.5 Fazit zur Entscheidungsprognose

89. Im Kreditkartenentscheid wurde bereits festgestellt, dass die DMIF eine erhebliche Preisabrede darstellt. Es ist sehr wahrscheinlich, dass diese Einschätzung auch heute noch gilt. Es ist weiter wahrscheinlich, dass im Endentscheid – sofern weiterhin von einer Rechtfertigung aus Effizienzgründen ausgegangen wird – ein System vorgesehen wird, welches die Festsetzung der DMIF reguliert. Die EVR II erscheint vor dem Hintergrund der bisherigen Erfahrungen und aufgrund der vorgenommenen Verbesserungen als das derzeit beste verfügbare Modell und als eine reale Option für den Endentscheid. Es bleibt offen, ob noch weitere Optimierungen des kostenbasierten Ansatzes angezeigt sind oder ob es allenfalls noch bessere Modelle zur Festsetzung der DMIF gibt (z.B. basierend auf dem Tourist Test). Die Entscheidungsprognose ist damit hinreichend klar, um die Weiterführung des kostenbasierten und wettbewerbsorientierten Ansatzes mit den vorgenommenen Verbesserungen zu stützen.

B.3.2 Nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil (Nachteilsprognose)

90. Bei der Frage nach dem nicht leicht wieder gutzumachenden Nachteil wird geprüft, ob es für die Weko glaubhaft ist, dass bei einem Zuwarten bis zum Endentscheid dem wirksamen Wettbewerb ein nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil droht. In Bezug auf den wirksamen Wettbewerb ist ein solcher Nachteil jedenfalls dann gegeben, wenn gravierende und irreversible Strukturveränderungen des betroffenen Marktes drohen.¹¹³ Dies ist allerdings nur der klarste Fall eines „nicht leicht wieder gutzumachenden Nachteils“. Gemäss der Lehre genügt es, wenn ein „schwerer Nachteil“ für die vom Gesetzgeber geschützten Rechtsgüter droht, d.h. im kartellrechtlichen Zusammenhang, wenn ein schwerer Nachteil für den wirksamen Wettbewerb droht.¹¹⁴ Zwischen dem Nachteil und der Wettbewerbsbeschränkung hat ein Kausalzusammenhang zu bestehen.¹¹⁵

91. Aus folgenden Gründen droht dem wirksamen Wettbewerb bei einem Zuwarten bis zum Endentscheid ein schwerer Nachteil:

- Am 1. Februar 2010 läuft die EVR I aus. Gemäss dem Kreditkartenentscheid führt das in der EVR I umgesetzte System dazu, dass die DMIF aus Effizienzgründen gerechtfertigt werden kann. Ohne ein solches System stellt die DMIF gemäss dem Kreditkartenentscheid eine Preisabrede dar, welche den wirksamen Wettbewerb erheblich beeinträchtigt. Preisabreden gehören zu den Wettbewerbsverstössen, „welche sich für Konsumenten, Unternehmen und die Gesamtwirtschaft besonders schädlich auswirken“¹¹⁶ und aus diesem Grund einerseits mit der gesetzlich vermuteten Beseitigung wirksamen Wettbewerbs in Art. 5 Abs. 3 KG eine Sonderbehandlung erfahren und andererseits direkt sanktionierbar gemäss Art. 49a KG sind. Eine nicht aus Effizienzgründen gerechtfertigte, erhebliche Preisabrede stellt daher einen schweren Nachteil für den wirksamen Wettbewerb dar. Dieser Nachteil kann nur beseitigt werden, wenn die EVR I ab dem 1. Februar 2010 durch ein neues System abgelöst wird, welches eine Rechtfertigung aus Effizienzgründen zu begründen vermag. Dabei muss ein solches System rechtlich verbindlich sein, da ansonsten die Issuer die DMIF wie vor dem Kreditkartenentscheid zur Rentenerzielung verwenden könnten. Dies könnte dazu führen, dass bis zum Ende des Verfahrens überhöhte Interchange Fees angesetzt werden und, als Folge davon, der Handel überhöhte MSC zu entrichten hat. Dabei ist zu berücksichtigen, dass eine zivilrechtliche Rückforderung dieser Gebühren aufgrund der heutigen Ausgestaltung des Zivilrechtswegs, der atomistischen Händlerstruktur sowie der beschränkten Bedeutung des allfälligen Schadens für

¹¹³ Vgl. BGer, Sellita/ETA, RPW 2004/2, 646 E. 2.4 und 648, E. 3.4.1; RPW 2002/4, 600, Rz. 27.

¹¹⁴ Vgl. BILGER (FN 43), 330 f.; ISABELLE HÄNER, Vorsorgliche Massnahmen im Verwaltungsverfahren und im Verwaltungsprozess, ZSR 116, 1997 II, 253 ff. (332).

¹¹⁵ RPW 2002/4, 600, Rz. 27; RPW 1999/2, 204 ff., Rz. 42.

¹¹⁶ Vgl. Botschaft über die Änderung des Kartellgesetzes vom 7. November 2001, BBl 2001 2036.

den einzelnen Händler nicht als eine realistische Option erscheint. Dieselbe Gefahr droht, wenn die EVR I unverändert weitergeführt würde, da sie eine im Hinblick auf Anreize zur Kosteneffizienz ungenügende Gewichtungsgleichung aufweist.

- Ohne eine Klärung der Rechtslage mittels vorsorglicher Massnahmen besteht für die Issuer und Acquirer bei einer Weiterführung der DMIF aufgrund ihrer hohen Umsätze auf den relevanten Märkten ein gewisses Risiko hoher direkter Sanktionen gemäss Art. 49a KG. Das reine Bestehen eines Sanktionsrisikos führt noch nicht zur Annahme eines schweren Nachteils, da ansonsten bei Sanktionsverfahren stets vorsorgliche Massnahmen geprüft werden müssten. Der vorliegende Fall ist diesbezüglich eine Ausnahme, weil bereits eine Verfügung der Weko vorliegt, welche die DMIF unter gewissen Bedingungen als gerechtfertigt bezeichnet und das Sanktionsrisiko im Extremfall dazu führen könnte, dass die Issuer und Acquirer beispielsweise auf bilaterale Interchange Fees wechseln. Im Kreditkartenentscheid wurde ein System bilateraler Interchange Fees aber als weniger effizient als multilaterale Interchange Fees betrachtet (sofern die Nachteile der multilateralen Festlegung beseitigt werden). Es könnte beispielsweise eine Markteintrittsschranke für neue Issuer oder Acquirer entstehen bzw. es könnte zu Marktaustritten kommen, wenn die neuen Issuer/Acquirer nur schlechtere Bedingungen aushandeln können als die arrivierten Issuer/Acquirer. Es soll im Rahmen der vorsorglichen Massnahmen nicht beurteilt werden, ob ein System bilateraler Interchange Fees tatsächlich nachteilig wäre, es kann aber festgehalten werden, dass ein solcher Wechsel eine gravierende Strukturveränderung des Marktes darstellen würde.

92. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass ohne die vorsorglichen Massnahmen dem wirksamen Wettbewerb ein nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil droht.

B.3.3 Dringlichkeit

93. Dringlichkeit ist gegeben, wenn davon ausgegangen werden muss, dass der nicht leicht wieder gutzumachende Nachteil vor Erlass des Hauptentscheidendes eintreten wird.¹¹⁷

94. Der nicht leicht wieder gutzumachende Nachteil tritt ab dem 1. Februar 2010 ein. Es ist unmöglich, dass bis zu diesem Zeitpunkt der Hauptentscheid in der am 15. Juli 2009 eröffneten Untersuchung getroffen sein wird. Die vergangenen Verfahren zu Interchange Fees haben aufgezeigt, dass damit komplexe Fragestellungen verbunden sind, welche teilweise zu aufwändigen Sachverhaltsabklärungen führen. Zudem soll in der Untersuchung insbesondere auch die europäische Entwicklung berücksichtigt und geprüft werden, ob ein System, welches auf dem Tourist Test beruht, das heutige kostenbasierte und wettbewerbsorientierte Modell ablösen soll. Die Grundlagen für den Tourist Test stehen noch nicht einmal in Europa endgültig fest und müssten im Anschluss an die europäische Lösung vermutlich separat für die Schweiz erhoben werden. Dies führt dazu, dass bereits heute eine längere Verfahrensdauer absehbar ist.

95. Die Dringlichkeit ergibt sich weiter daraus, dass die mit der EVR II verbundene Senkung der DMIF für das Jahr 2010 innerhalb der vorgesehenen Implementierungsfristen wirksam werden kann, so dass die Interchange Fee ein Niveau erreicht, bei dem eine Rechtfertigung aus Effizienzgründen glaubhaft erscheint.

96. Die Dringlichkeit der vorsorglichen Massnahmen ist somit gegeben.

¹¹⁷ RPW 2004/1, 123, Rz. 70; RPW 2002/4, 601, Rz. 28.

B.3.4 Verhältnismässigkeit

97. Die Anordnung vorsorglicher Massnahmen ist verhältnismässig, wenn die Massnahmen geeignet sind, den wahrscheinlich vorliegenden beziehungsweise eintretenden Nachteil abzuwenden, sie erforderlich sind und wenn die Interessen an der Anordnung solcher Massnahmen die entgegenstehenden Interessen überwiegen.¹¹⁸

98. Die mit den vorsorglichen Massnahmen umgesetzte EVR II stellt weitgehend eine Sicherstellung des Status Quo dar. Insofern die EVR II eine Fortführung der EVR I darstellt, kann sie vor dem Hintergrund des Kreditkartenentscheids sowie der oben dargestellten Schlussfolgerungen aus der Wirkungsanalyse dieses Entscheids (vgl. oben Rz. 65) ohne Weiteres als geeignet, erforderlich und verhältnismässig im engeren Sinne betrachtet werden.

99. Die Anpassungen, welche bei der EVR II gegenüber der EVR I vorgenommen wurden, erscheinen geeignet und erforderlich, um die wichtigsten Probleme zu vermeiden, welche sich bei der Anwendung der EVR I abgezeichnet haben (vgl. oben Rz. 66 und 72 ff.). Die mit den vorgenommenen Anpassungen verbundene Senkung der Obergrenze für die durchschnittliche DMIF von 1.282% auf 1.058% erscheint als verhältnismässig im engeren Sinne. Im nationalen Kontext erscheint die Senkung als verhältnismässig, denn die Gewichtung ist zwar verändert worden, es ist aber immer noch ein Schnitt aus den Werten mehrerer Issuer. Dies bedeutet, dass Issuer am Markt tätig sind, deren ISDIF unter dem neuen Schnitt liegt. Zudem zeigt der internationale Vergleich, dass sich die schweizerische DMIF dem Durchschnitt der europäischen domestischen Interchange Fees von [1.0–1.05]% (Durchschnitt der EU-15-Länder ohne Frankreich) angepasst hat.

100. Die Verhältnismässigkeit der EVR II ergibt sich auch daraus, dass sie das Resultat mehrerer Verhandlungsrunden mit den Issuern und Acquirern darstellt. Sowohl die Parteien als auch das Sekretariat haben im Rahmen der Verhandlungen Zugeständnisse gemacht, um eine für beide Seiten vertretbare und verhältnismässige Lösung zu finden. So wurde beispielsweise von Seiten des Sekretariates darauf verzichtet, Anpassungen am Kostenraster vorzunehmen (wie sie etwa vom VEZ gefordert wurden), welche zu stärkeren Senkungen geführt hätten.

101. Schliesslich bleibt daran zu erinnern, dass die Erträge der Issuer an der DMIF rund einen Fünftel der Gesamterträge ausmacht. Diese Erträge werden nun um rund 17% gesenkt. Damit führt die Senkung nicht zu derartigen Ertragsausfällen, dass mit Marktaustritten von Issuern zu rechnen wäre.

102. [Ausführungen betreffend Verhältnismässigkeit für Jelmoli].

103. [Ausführungen betreffend Verhältnismässigkeit für Jelmoli].

104. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass die vorsorglichen Massnahmen verhältnismässig sind.

B.3.5 Ergebnis

105. Aus den obigen Erwägungen geht hervor, dass die Voraussetzungen für die vorgesehenen vorsorglichen Massnahmen gegeben sind. Es handelt sich weitgehend um sichernde Massnahmen. Zudem erscheint die Entscheidprognose als hinreichend klar, um auch die in der EVR II vorgesehenen Anpassungen zu rechtfertigen. Ohne die vorsorglichen Massnah-

¹¹⁸ RPW 2004/1, 124, Rz. 73; RPW 2002/4, 601, Rz. 29.

men droht dem Wettbewerb ein nicht wiedergutzumachender Nachteil und es besteht auch die erforderliche Dringlichkeit. Schliesslich sind die vorsorglichen Massnahmen verhältnismässig. Die Weko gelangt daher zum Ergebnis, dass die EVR II im Rahmen vorsorglicher Massnahmen zu genehmigen ist.

106. Die Weko weist darauf hin, dass die getroffenen vorsorglichen Massnahmen nur eine Übergangslösung darstellen, welche den materiellen Endentscheid nicht präjudizieren. Sie gelten für 3 Jahre bzw. bis zum Ende des Verfahrens vor der Weko. Vorbehalten bleibt die in Art. 30 Abs. 3 KG vorgesehene Möglichkeit der Weko, bei wesentlichen Änderungen der tatsächlichen oder rechtlichen Verhältnisse den Entscheid zu widerrufen oder zu ändern.

B.3.6 Entzug der aufschiebenden Wirkung

107. Gemäss Art. 55 Abs. 1 VwVG kommt einer allfälligen Beschwerde aufschiebende Wirkung zu. Die Vorinstanz kann jedoch gestützt auf Art. 55 Abs. 2 VwVG einer Beschwerde die aufschiebende Wirkung entziehen, sofern die Verfügung nicht eine Geldleistung zum Gegenstand hat. Sie muss in diesem Zusammenhang prüfen, ob Gründe, die für die sofortige Vollstreckbarkeit der Verfügung sprechen, gewichtiger sind als jene, die für die gegenteilige Lösung angeführt werden können. Dabei steht der Behörde ein gewisser Beurteilungsspielraum zu. Bei der Abwägung der Gründe für und gegen die sofortige Vollstreckbarkeit können auch die Aussichten auf den Ausgang des Verfahrens in der Hauptsache ins Gewicht fallen. Im Übrigen darf die verfügende Behörde die aufschiebende Wirkung nur dann entziehen, wenn sie hierfür überzeugende Gründe geltend machen kann.¹¹⁹

108. Da der Entzug der aufschiebenden Wirkung Teil der vorsorglichen Massnahme darstellt, müssen zu deren Anordnung die entsprechenden materiellen Voraussetzungen erfüllt sein. Diese bestehen aus dem kumulativen Zusammentreffen einer günstigen Entscheidung, eines nicht leicht wieder gutzumachenden Nachteils sowie der Dringlichkeit und Verhältnismässigkeit der beabsichtigten vorsorglichen Massnahme.¹²⁰

109. Wie oben im Abschnitt B.3.5 zusammenfassend festgehalten, sind im vorliegenden Fall alle diese Erfordernisse gegeben. In Abschnitt B.3.3 wurde insbesondere dargelegt, dass im vorliegenden Fall glaubhaft ist, dass Gründe dafür bestehen, die vorsorglichen Massnahmen mit Dringlichkeit anzuordnen. Aus denselben Gründen besteht ein Interesse daran, dass diese Massnahmen sofort vollstreckbar werden und einer allfälligen Beschwerde keine aufschiebende Wirkung zukommt.

110. Im vorliegenden Fall gilt es insbesondere zu berücksichtigen, dass ein unterbruchsfreier Übergang von der EVR I zur EVR II stattfinden soll. Zeitperioden ohne ein verbindliches System zur Festsetzung der DMIF können dazu führen, dass sich die befürchteten schweren Nachteile für den wirksamen Wettbewerb realisieren. Da die EVR I am 1. Februar 2010 ausläuft, muss der Entscheid der Weko sofort vollstreckbar sein. Zudem sollte die Umsetzung der EVR II möglichst rasch erfolgen, so dass die damit verbundene Senkung der DMIF für das Jahr 2010 innerhalb der vorgesehenen Implementierungsfristen wirksam werden kann. Dies ist auch eine Voraussetzung dafür, dass der wettbewerbsorientierte Mechanismus in den folgenden Jahren funktionieren kann.

111. Da die vorsorglichen Massnahmen auf einer einvernehmlichen Regelung beruhen, besteht von Seiten der Adressaten der Verfügung kein Interesse an einer aufschiebenden Wirkung der Beschwerde.

¹¹⁹ Vgl. BGE 110 V 40, E. 5.b; REKOWEF, Flughafen Zürich/Valet Parking, RPW 2004/1, 200; RPW 2004/1, 125 f., Rz. 80; RPW 2002/4, 602 f., Rz. 30 ff.

¹²⁰ RPW 2004/1, 126, Rz. 82; RPW 2002/4, 602, Rz. 31.

112. Beim Entzug der aufschiebenden Wirkung kann schliesslich berücksichtigt werden, dass wie im Abschnitt B.3.1 ausgeführt, die Entscheidungsprognose im vorliegenden Fall deutlich ausgefallen ist und es sich überwiegend um sichernde Massnahmen handelt.

113. Es besteht nach dem Gesagten ein überwiegendes öffentliches Interesse an der unverzüglichen Vollstreckbarkeit der vorsorglichen Massnahmen. Die aufschiebende Wirkung einer allfälligen Beschwerde gegen die vorliegende Verfügung muss aus diesen Gründen entzogen werden.

C Kosten

114. Über die Kosten für dieses Verfahren wird mit dem Endentscheid in der Hauptsache (Untersuchung) entschieden.

D Dispositiv

Aufgrund des Sachverhalts und der vorangehenden Erwägungen verfügt die Wettbewerbskommission:

1. Die Kommission genehmigt im Rahmen vorsorglicher Massnahmen die einvernehmliche Regelung zwischen UBS AG, Credit Suisse, Cornèr Banca SA, Viseca Card Services SA, Aduno SA, SIX Multipay AG und dem Sekretariat der Wettbewerbskommission vom 3., 4. und 10. Dezember 2009 mit nachfolgendem Wortlaut (vgl. für den gesamten Text inklusive Vorbemerkungen Rz. 29):

Vereinbarungen:

A. OBJEKTIVIERTES VERFAHREN ZUR FESTLEGUNG DER DOMESTIC MULTILATERAL INTERCHANGE FEES

a. Grundsatz

- a1. Die Parteien einigen sich auf ein objektiviertes Verfahren zur Festsetzung der Domestic Multilateral Interchange Fees (DMIF) für die Kreditkarten Visa und MasterCard.
- a2. Die Bestimmung der DMIF erfolgt in mehreren Schritten. Diese werden im Folgenden näher beschrieben.

b. Bestimmung der issuer-spezifischen Domestic Interchange Fee

- b1. In einem ersten Schritt bestimmt jeder Issuer die issuer-spezifische Domestic Interchange Fee (ISDIF). Diese berechnet sich aufgrund folgender Formel:

$$ISDIF = \frac{ISC}{DTV}$$

Wobei:

ISC: Issuer-spezifische Netzwerk-Kosten für das nationale Retail-Geschäft (ohne ATM/Cash-Advance) in CHF gemäss Kostenraster (vgl. Anhang 2 der Verfügung vom 5. Dezember 2005)

DTV: Issuer-spezifisches Domestisches Retail-Transaktionsvolumen (in CHF)

- b2. Die Issuer verpflichten sich, die issuer-spezifischen Netzwerk-Kosten gemäss Kostenraster (vgl. Anhang 2 der Verfügung vom 5. Dezember 2005) basierend auf den Zahlen des Vorjahres auszuweisen. Diese Kostenzusammenstellung wird jedes Jahr bis spätestens am 1. April einem unabhängigen Prüfungsunternehmen (vgl. Abschnitt f) übermittelt, wobei für die 1. Berechnung die Bestimmungen gemäss Ziff. h1 gelten.
- b3. Während der Dauer der EVR II wird für die Berechnung der ISDIF nicht zwischen Netzwerk-Kosten für MasterCard- und Visa-Kreditkarten unterschieden. Sollten sich in Zukunft aber signifikante Kostenunterschiede zwischen den Kreditkartensystemen MasterCard und Visa ergeben, behält sich die Wettbewerbskommission (Weko) vor, diese Frage erneut aufzugreifen.
- b4. Alle 3 Jahre reichen die Issuer zusammen mit der Kostenzusammenstellung eine Bestätigung ihrer Bankenrevisoren ein, dass die gelieferten Zahlen des betroffenen Jahres den tatsächlichen Kosten im Sinn des Kostenrasters entsprechen.

c. Berechnung der durchschnittlichen Domestic Interchange Fee (dDIF) durch ein unabhängiges Prüfungsunternehmen

- c1. Das unabhängige Prüfungsunternehmen überprüft die Vollständigkeit der Kostenzusammenstellung und berechnet die durchschnittliche Domestic Multilateral Interchange Fee (dDIF) gemäss folgender Formel:

$$dDIF = \frac{(n-1) \times ISDIF_1 + (n-2) \times ISDIF_2 + 1 \times ISDIF_3 + \dots + 1 \times ISDIF_{n-1} + 0 \times ISDIF_n}{(n-1) + (n-2) + (n-3)}$$

Wobei:

ISDIF1: Tiefster Wert der ISDIF gemäss Abschnitt b.

ISDIFn: Höchster Wert der ISDIF gemäss Abschnitt b.

- c2. Die dDIF wird das erste Mal gemäss Abschnitt h und danach jährlich aufgrund der Kostenzahlen des Vorjahres berechnet.

- c3. Für die EVR II werden bei der Berechnung nur diejenigen Issuer berücksichtigt, welche die einvernehmliche Regelung vom 29. März 2005 unterzeichnet haben (Cornèr Banca SA, Credit Suisse, UBS und Viseca Card Services AG).

d. Berechnung der tatsächlichen durchschnittlichen Domestic Multilateral Interchange Fee (ActDMIF)

- d1. Die Parteien sind frei, branchen- sowie transaktionsspezifische Domestic Multilateral Interchange Fees (DMIF) festzulegen, solange die von den Issuern angewandte durchschnittliche Domestic Multilateral Interchange Fee (ActDMIF) den Wert der dDIF nicht übertrifft.

- d2. Um sicherzustellen, dass der Wert der dDIF nicht überschritten wird, berechnet das Prüfungsunternehmen in einem dritten Schritt den Durchschnitt der tatsächlich angewandten Domestic Interchange Fee (ActDMIF) auf der Basis der branchen- und transaktionsspezifischen DMIF und den dazugehörigen Transaktionsvolumina gemäss der folgenden Formel:

$$ActDMIF = \frac{DMIF_1 \times V_1 + DMIF_2 \times V_2 + \dots + DMIF_{k-1} \times V_{k-1} + DMIF_k \times V_k}{\sum_{i=1}^k V_i}$$

Wobei:

DMIF1 bis DMIFk: Aktuelle Domestic Multilateral Interchange Fee für Branche bzw. Transaktionsart 1 bis k (in %)

V1 bis Vk: Transaktionsvolumen für Branche bzw. Transaktionsart 1 bis k (in CHF)

- d3. Die Issuer stellen dem Prüfungsunternehmen jährlich bis spätestens am 1. April die aktuell angewandten spezifischen Domestic Multilateral Interchange Fees nach Branchen bzw. nach Transaktionsart (DMIF) mit den entsprechenden Transaktionsvolumen (in CHF) für Branchen bzw. Transaktionsart (V) zur Verfügung.

- d4. Die Berechnung der ActDMIF erfolgt jährlich auf der Basis der Vorjahreszahlen. Wurde während des Vorjahres die DMIF gewisser Branchen bzw. Transaktionsarten geändert, so wird das gesamte vorjährige Transaktionsvolumen dieser Branchen bzw. Transaktionsarten zum geänderten Wert berücksichtigt.

e. Anpassung der DMIF

- e1. Das unabhängige Prüfungsunternehmen teilt den Parteien sowie dem Sekretariat der Weko innerhalb eines Monats nach Erhalt der Daten der Issuer, aber spätestens auf den 1. Mai mittels eingeschriebenen Briefs mit, ob eine Differenz zwischen der ActDMIF und der dDIF besteht. Das unabhängige Prüfungsunternehmen teilt den Parteien auch die aggregierten branchen- bzw. transaktionsspezifischen Transaktionsvolumen des Vorjahres mit.
- e2. Liegt die ActDMIF über der dDIF, so beschliessen die Parteien innerhalb eines Monats nach Erhalt der Mitteilung durch das Prüfungsunternehmen eine Senkung der branchen- und transaktionsspezifischen Interchange-Sätze (DMIF) und notifizieren diese angepassten Interchange-Sätze den jeweiligen Kreditkarten-Systemen MasterCard und Visa mit dem Ziel der Implementierung innerhalb zweier Monaten. Gleichzeitig mit der Notifikation teilen sie die angepassten Sätze auch den ihnen bekannten auf dem Schweizer Markt tätigen Issuer und Acquirer mit, welche nicht an deren Festsetzung beteiligt sind. Die durchschnittliche Senkung der DMIF muss dabei mindestens so hoch ausfallen, dass die ActDMIF die dDIF nicht übersteigt.
- e3. Die Issuer verpflichten sich, die angepassten DMIF dem unabhängigen Prüfungsunternehmen mitzuteilen. Dieses bestätigt dem Sekretariat der Weko, dass Ziff. e2 eingehalten wird.

f. Bestimmung und Aufgabe des Prüfungsunternehmens

- f1. Für die EVR II wird das bisherige unabhängige Prüfungsunternehmen PEQ GmbH, Allmendstrasse 4, 4455 Zunzgen, beibehalten. Das mit PEQ abgeschlossene Sachverständigenmandat wird fortgesetzt und umfasst die gemäss Abschnitt A vorgesehenen Aufgaben. Ein Ersatz des unabhängigen Prüfungsunternehmens kann vom Sekretariat oder der Mehrheit der Issuer nur aus sachlichen Gründen verlangt werden (z.B. Verletzungen der Sorgfalts- oder Geheimhaltungspflichten).
- f2. Die Parteien verpflichten sich, sämtliche Kosten, welche dem Sekretariat aus dem genannten Sachverständigenmandat entstehen, vorbehaltlos zu übernehmen. Die Erfüllung erfolgt durch Leistung des von den Parteien geschuldeten Betrages auf das Postcheck-Konto Nr. 30-520-2 der Eidgenössischen Finanzverwaltung, zu Gunsten der Konto-Nr. 11490.727.001, lautend auf "Forderungen Weko". Zum Beleg wird das Sekretariat den Parteien die Abrechnung des unabhängigen Prüfungsunternehmens, samt detailliertem Tätigkeitsbeschrieb, in Kopie zukommen lassen. Dem Sekretariat steht das Recht zu, von den Parteien einen Kostenvorschuss sowie allfällige Sicherheiten im Sinne von Art. 175 Abs. 3 OR einzuverlangen.
- f3. Zur Erfüllung seiner Aufgabe ist das Prüfungsunternehmen berechtigt, zusätzliche Informationen bei den Parteien einzufordern.

g. Adressaten

- g1. Die Parteien verpflichten sich, das objektivierte Verfahren zur Berechnung der dDIF, wie es in diesem Abschnitt A festgehalten wird, in die "Domestic Rules and Regulations" von Visa und MasterCard aufzunehmen. Die Pflicht zur Einreichung der Issuer-spezifischen Netzwerk-Kosten (ISC) und der Issuer-spezifischen Transaktionsvolumen (DTV) gemäss Abschnitt b, welche als Basis zur Berechnung der dDIF gemäss Abschnitt c dient, sowie der branchen- und transaktionsspezifischen DMIF und der Transaktionsvolumen (V) gemäss Abschnitt d betrifft alle an dieser einvernehmlichen Regelung teilnehmenden Issuer.

h. Implementierung

- h1. Die Berechnung der dDIF für das Jahr 2010 erfolgt durch das Sekretariat der Weko aufgrund der Berechnungsformel gemäss Ziff. c1 sowie der Kostenzusammenstellungen der Issuer für das Jahr 2008 (dDIF 2008). Der durch das Sekretariat berechnete Wert der dDIF beträgt 1,058%. Die Senkung der branchen- und transaktions-spezifischen DMIF muss mindestens so hoch ausfallen, dass die ActDMIF die dDIF nicht übersteigt.*
- h2. Die Senkung ist innerhalb dreier Monate nach Ablauf der geltenden einvernehmlichen Regelung am 1. Februar 2010 zu implementieren. Zu diesem Zweck melden die Issuer die Zahlen zur Berechnung der ActDMIF gemäss Ziff. d3 für das Jahr 2009 bis spätestens am 22. Januar 2010 dem unabhängigen Prüfungsunternehmen und dem Sekretariat. Das unabhängige Prüfungsunternehmen teilt den Parteien sowie dem Sekretariat die aggregierten branchen- bzw. transaktionsspezifischen Transaktionsvolumen des Jahres 2009 bis spätestens am 1. Februar 2010 mit. Die Parteien beschliessen innerhalb eines Monats eine Senkung der branchen- und transaktionsspezifischen DMIF und notifizieren die angepassten Interchange-Sätze den jeweiligen Kreditkarten-Systemen MasterCard und Visa mit dem Ziel der Implementierung innerhalb zweier Monate. Gleichzeitig mit der Notifikation teilen sie die angepassten Sätze auch den ihnen bekannten auf dem Schweizer Markt tätigen Issuer und Acquirer mit, welche nicht an deren Festsetzung beteiligt sind.*
- h3. In den Jahren nach der ersten Anpassung gemäss Ziff. h1 und h2 (d.h. erstmals im Jahr 2011) wird den Parteien die Differenz zwischen der ActDMIF und der dDIF gemäss dem ordentlichen Verfahren (vgl. Abschnitte d und e) vom unabhängigen Prüfungsunternehmen gemeldet. Liegt die ActDMIF über der dDIF, so beschliessen die Parteien innerhalb eines Monats nach Erhalt der Mitteilung durch das Prüfungsunternehmen eine Senkung der branchen- und transaktionsspezifischen Interchange-Sätze (DMIF) und notifizieren die angepassten Interchange-Sätze den jeweiligen Kreditkarten-Systemen MasterCard und Visa mit dem Ziel der Implementierung innerhalb zweier Monate. Gleichzeitig mit der Notifikation teilen sie die angepassten Sätze auch den ihnen bekannten auf dem Schweizer Markt tätigen Issuer und Acquirer mit, welche nicht an deren Festsetzung beteiligt sind.*
- h4. Im Jahr 2009 wird durch die Issuer eine Kostenerhebung durchgeführt (dDIF 2009), welche jedoch keinen Einfluss auf die Festlegung der branchen- und transaktionsspezifischen Interchange Sätze (DMIF) für das Jahr 2010 hat. Danach ist jeweils die dDIF des Vorjahres massgebend (d.h. für das Jahr 2011 ist die Kostenerhebung 2010 relevant). Die externe Revision der Kostenerhebung gemäss Ziff. b.4 erfolgt erstmals für das Jahr 2012.*
- h5. Die Parteien verpflichten sich zur Implementierung der einvernehmlichen Regelung, selbst wenn diese aufgrund allfälliger Beschwerden gegen den Genehmigungsentscheid der Weko von weiteren Verfahrensparteien nicht in formelle Rechtskraft erwächst. Umgekehrt wird das Sekretariat in diesem Fall bei einer Festsetzung der DMIF gemäss der EVR II im Rahmen der Endverfügung keine Sanktion gemäss Art. 49a KG beantragen.*

i. Kostenraster

- i1. Der Kostenraster gemäss Anhang 2 sowie die Definition der relevanten Kosten gemäss Anhang 3 der Verfügung vom 5. Dezember 2005 bilden einen integrierenden Bestandteil dieser Vereinbarung.*

B. KEINE WIEDEREINFÜHRUNG DES VERBOTS DER PREISDIFFERENZIERUNG

B1. Die Acquirer SIX Multipay AG und Aduno SA verpflichten sich, das Verbot der Preisdifferenzierung („Non Discrimination Rule“) nach Art des Zahlungsmittels (bzw. nach Kreditkartensystem) in den bestehenden und zukünftigen Händlerverträgen nicht wieder einzuführen.

C. TRANSPARENZ

C1. Die Acquirer verpflichten sich, die jeweiligen angewandten branchen- sowie transaktionsspezifischen Domestic Interchange Fees (DMIF) den betroffenen Händlern auf Anfrage bekannt zu geben.

C2. Die Parteien verzichten zur Schaffung von Transparenz auf die Qualifikation der Werte der ActDMIF sowie der dDIF als Geschäftsgeheimnisse.

D. VERBOT DES AUSTAUSCHES VON DATEN IN DEN KARTENGREMIEN

D1. Die Parteien verpflichten sich, keine issuer- bzw. acquirer-spezifischen statistischen Marktdaten, wie z.B. Anzahl Karten oder Umsätze, auszutauschen. Lediglich der Austausch der jährlichen Kartenumsätze zur Bestimmung der Stimmverhältnisse in den Kartengremien gemäss den europäischen Rules and Regulations der Visa- und MasterCard Kreditkartensysteme ist erlaubt. Der Klarheit halber wird präzisiert, dass Datenaustausche, welche (i) aus operationellen und sicherheitsspezifischen Gründen erforderlich sind oder (ii) nach Massgabe der Scheme-Rules erfolgen müssen, nicht von dieser Verpflichtung erfasst sind. Auch die Übermittlung von Daten an Dritte für Marktstudien und zur Bildung aggregierter, periodischer Informationen (z.B. Cards HSG, SNB) bleibt weiterhin zulässig.

E. DAUER

E1. Diese Vereinbarung gilt ab dem 1. Februar 2010 für 3 Jahre. Die Übergangslösung verlängert sich, sofern das am 15. Juli 2009 eröffnete Untersuchungsverfahren 22-0389: KK-DMIF II zu diesem Zeitpunkt noch nicht abgeschlossen ist, bis zum Abschluss des Verfahrens durch die Weko. Die Frist verkürzt sich, sofern der Endentscheid der Weko zu einem früheren Zeitpunkt formell rechtskräftig wird.

2. Die Genehmigung gilt ab dem 1. Februar 2010 für 3 Jahre. Die Genehmigung verlängert sich, sofern die Untersuchung zu diesem Zeitpunkt noch nicht abgeschlossen ist, bis zum Abschluss des Verfahrens vor der Weko. Die Genehmigung verkürzt sich beim Eintritt der Rechtskraft einer anderslautenden Verfügung durch die Weko.

3. Zuwiderhandlungen gegen diese Verfügung können mit Sanktionen gemäss Art. 50 bzw. 54 KG belegt werden.

4. Einer allfälligen Beschwerde gegen Ziffer 1 und 2 dieser Verfügung wird die aufschiebende Wirkung entzogen.

5. Über die Kosten wird mit der Hauptsache entschieden.

6. Gegen diese Verfügung kann innert 30 Tagen beim Bundesverwaltungsgericht, Postfach, 3000 Bern 14, Beschwerde erhoben werden. Die Beschwerdeschrift muss die Rechtsbegehren und deren Begründung mit Angabe der Beweismittel enthalten und vom Beschwerdeführer oder seinem Vertreter unterzeichnet sein. Die angefochtene Verfügung ist der Beschwerdeschrift beizulegen.

7. Die Verfügung ist zu eröffnen an:

- *Credit Suisse*, Paradeplatz 8, 8070 Zürich, vertreten durch RA Alain Raemy, CMS von Erlach Henrici, Dreikönigstrasse 7, 8002 Zürich
- *Cornè Banca SA*, Via Canova 16, 6900 Lugano, vertreten durch RA Dr. Patrick L. Krauskopf, Nater Dallafior Rechtsanwälte, Hottingerstrasse 21, 8032 Zürich
- *UBS AG*, Bahnhofstrasse 45, 8001 Zürich, vertreten durch RA Dr. Mani Reinert, Bär & Karrer AG, Brandschenkestrasse 90, 8027 Zürich
- *Viseca Card Services AG*, Europastrasse 18, 8152 Glattbrugg
- *Aduno SA*, Via alle Fornaci 1; 6930 Bedano;
- *SIX Multipay AG*, Hardturmstrasse 201, 8005 Zürich; vertreten durch RA Dr. Jürg Borer, Schellenberg Wittmer Rechtsanwälte, Löwenstrasse 19, Postfach 1876, 8021 Zürich

Wettbewerbskommission

Prof. Walter A. Stoffel
Präsident

Dr. Rafael Corazza
Direktor

Kopien an:

- *Jelmoli Bonus Card AG*, St. Annagasse 18, 8001 Zürich, vertreten durch RA Klaus Neff, Vischer Rechtsanwälte, Schützengasse 1, Postfach 1230, 8021 Zürich
- *Die Schweizerische Post*, Viktoriastrasse 21, 3030 Bern, vertreten durch RA Dr. Christoph G. Lang, Pestalozzi Rechtsanwälte, Löwenstrasse 1, 8001 Zürich
- *GE Money Bank AG*, Bändliweg 20, 8048 Zürich
- *ConCardis Schweiz AG*, Solmsstrasse 4, D-60486 Frankfurt/Main
- *B&S Card Service GmbH*, Lyoner Strasse 9, D-60528 Frankfurt/Main
- *Verband Elektronischer Zahlungsverkehr (VEZ)*, Frohburgstrasse 98, 8006 Zürich
- *MasterCard*, vertreten durch RA Dr. Marcel Meinhardt und RA Dr. Felix Prümmer, Lenz & Staehelin Rechtsanwälte, Bleicherweg 58, 8027 Zürich
- *Visa Europe*, vertreten durch RA Dr. Franz Hoffet und RAin Katrin Ivell, Homburger AG, Weinbergstrasse 56/58, Postfach 194, 8042 Zürich