

# BGer 2C 170/2024 vom 4. Dezember 2024

Bundesgericht, 2024-12-04, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_2C\\_170\\_2024](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_2C_170_2024)

FR: TF 2C 170/2024 du 4 décembre 2024

IT: TF 2C 170/2024 del 4 dicembre 2024

## Regeste

Vorsorgliche Massnahme; Interchange Fees für Debitkarten | Immaterialgüter-, Wettbewerbs- und Kartellrecht

## Erwägungen

### E. 1

Das Bundesgericht prüft die Eintretensvoraussetzungen von Amtes wegen und mit freier Kognition ( Art. 29 Abs. 1 BGG ; BGE 149 II 66 E. 1.3 ; 148 I 160 E. 1).

#### E. 1.1

Angefochten ist das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 28. Februar 2024 ( Art. 86 Abs. 1 lit. a BGG ). Dessen Gegenstand bildet die Verfügung der WEKO vom 25. September 2023 betreffend vorsorgliche Massnahmen auf dem Gebiet des Wettbewerbsrechts und damit in einer der Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten unterliegenden Streitsache ( Art. 82 lit. a, Art. 83 BGG e contrario). Die fristgerecht ( Art. 100 Abs. 1 BGG ) eingereichte Beschwerde der hierzu legitimierten Beschwerdeführerin ( Art. 89 Abs. 1 BGG ) ist vor diesem Hintergrund grundsätzlich zulässig.

#### E. 1.2

Beschwerden sind primär zulässig gegen Entscheide, welche das Verfahren abschliessen ( Art. 90 BGG ), sei es insgesamt, sei es unter bestimmten Voraussetzungen hinsichtlich eines Teils ( Art. 91 BGG ). Vorliegend hat die Beschwerdeführerin ihren Antrag um Erlass vorsorglicher Massnahmen zunächst mit der Meldung nach Art. 49a Abs. 3 lit. a KG bzw. mit dem Widerspruchsverfahren (vgl. dazu Art. 15 ff. KG -Sanktionsverordnung vom 12. März 2004; SR 251.5) verknüpft und vor der Eröffnung der Untersuchung nach Art. 27 KG gestellt (22. Mai 2023, vgl. Bst. B.b oben). Anschliessend hat sie nach Eröffnung des Untersuchungsverfahrens (Eröffnung: 27. Juni 2023) am 3. Juli respektive 4. August 2023 (vgl. Bst. B.e oben) erneut einen Antrag um vorsorgliche Massnahmen mit im Wesentlichen demselben Zweck gestellt. Die WEKO hat diesen Antrag im Rahmen des Untersuchungsverfahrens mittels Verfügung vom 25. September 2023 abgewiesen. Der anschliessend ergangene, vor Bundesgericht angefochtene Rechtsmittelentscheid des Bundesverwaltungsgerichts hat das wettbewerbsrechtliche Verfahren nicht abgeschlossen, sondern es handelt sich um einen Zwischenentscheid (vgl. BGE 130 II 149 E. 1.1; vgl. Urteil 2C\_876/ 2021 vom 2. November 2022 E. 1.2). Ein solcher Zwischenentscheid ist nur unter den Voraussetzungen von Art. 93 BGG anfechtbar, d.h. wenn er namentlich einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil bewirken kann (Abs. 1 lit. a BGG). Art. 93 Abs. 1 lit. b BGG ist vorliegend nicht einschlägig. Ein nicht wieder gutzumachender Nachteil im Sinne von Art. 93 Abs. 1 lit. a BGG muss rechtlicher Natur sein, was voraussetzt, dass er

sich auch mit einem späteren günstigen Endentscheid nicht oder nicht gänzlich beseitigen lässt ( BGE 147 III 159 E. 4.1; 143 III 416 E. 1.3; 137 III 380 E. 1.2.1). Wirtschaftliche sowie rein tatsächliche Nachteile, wie die Verlängerung oder Verteuerung des Verfahrens, reichen grundsätzlich nicht aus ( BGE 147 III 159 E. 4.1; 141 III 395 E. 2.5). Allerdings werden tatsächliche oder wirtschaftliche Nachteile, soweit sie nicht bloss in der Verlängerung oder Verteuerung des Verfahrens bestehen, rechtsprechungsgemäss als Nachteile anerkannt, soweit sie durch einen günstigen Endentscheid nicht oder nicht vollständig beseitigt werden können (vgl. BGE 135 II 30 E. 1.3.4; vgl. Urteil 2C\_876/2021 vom 2. November 2022 E. 1.2, wo potentiell irreversible Kunden- und Marktanteilsverluste berücksichtigt wurden; vgl. GRÉGORY BOVET, in: Aubry Girardin/Donzallaz/Denis/Bovey/Frésard [Hrsg.], Commentaire LTF, 3. Aufl. 2022, N. 19 zu Art. 93 LTF). Im Weiteren genügt die blossige Möglichkeit eines nicht wieder gutzumachenden Nachteils ( BGE 141 III 395 E. 2.5).

### **E. 1.3**

Das 4-Parteien-Zahlungssystem mit Debitkarten lässt sich schematisch wie folgt darstellen (vgl. Bst. A.a. vorinstanzliches Urteil) : Insbesondere die Gebühren lassen sich folgendermassen beschreiben (vgl. Bst. A.a vorinstanzliches Urteil) : Der Karteninhaber (Konsument oder Unternehmen) bezahlt eine Kartengebühr (z.B. Jahresgebühr) an den Issuer (Kartenherausgeber, i.d.R. Banken). Der Händler (Verkaufsgeschäft) bezahlt an den Acquirer (Institution, welche den vom Händler gemeldeten Kartenumsatz mit dem Issuer abrechnet, z.B. Worldline Schweiz AG, bisher bekannt unter SIX Payment Services AG; vgl. auch Urteil 2C\_596/2019 vom 2. November 2022 Bst. A.c und C sowie E. 8.4) eine Händlerkommission (sogenannte Merchant Service Charge), welche prozentual auf dem beim Händler getätigten Transaktionsbetrag erhoben wird. In dieser Händlerkommission ist die Interchange Fee bereits betragsmässig enthalten. Der Acquirer zahlt einen Teil der Händlerkommission als Interchange Fee an den Issuer. Diese soll als Ausgleich für einen Teil der Kosten des Issuers dienen (vgl. im Detail CORNELIA STENGEL/THOMAS WEBER, Digitale und mobile Zahlungssysteme: Kredit- und Debitkarten, Wallets, virtuelle Währungen und Kryptowerte; 2. Aufl. 2024, Rz. 427 ff.). Bezüglich der Sätze der Interchange Fee wird zwischen Consumer Cards (Konsument als Karteninhaber) und Commercial Cards (Unternehmen als Karteninhaber; "Firmenkarten") unterschieden. Zudem wird zwischen Card Present (CP) und Card not Present (CnP) Interchange Fees unterschieden. Bei CP wird die Debitkarte physisch an einem physischen Verkaufspunkt (Kartenterminal im Geschäft) eingesetzt, während bei CnP die Karte als Zahlungsmittel im E-Commerce oder über das Smartphone (M-Commerce) eingesetzt wird (vgl. unbestrittene Beschreibung der Verfügung der WEKO vom 25. September 2023, S. 6).

### **E. 1.4**

Die Beschwerdeführerin macht in verschiedener Hinsicht einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil geltend: Sie bringt im Wesentlichen vor, die Unsicherheit bezüglich der Zulässigkeit der von Visa angewendeten Interchange Fee könne Marktteilnehmer dazu veranlassen, die Verwendung von Visa Debitkarten zugunsten der Dienstleistungen anderer Anbieter wie etwa Mastercard oder Twint zu reduzieren. Die Rechtsunsicherheit mache die Visa-Produkte weniger attraktiv. Um dadurch begründete Marktanteilsverluste zu reduzieren bzw. zu verhindern, könne sich Visa zu einer Senkung der Interchange Fee auf das vom Sekretariat geforderte Mass gezwungen sehen. Diese Senkung wäre gemäss Beschwerdeführerin faktisch irreversibel, da sich die tieferen Sätze

der Interchange Fee de facto als Standard am Markt etablieren würden. Diese Nachteile könnten auch durch einen günstigen Endentscheid nicht mehr beseitigt werden. Je länger die Untersuchung dauere, desto grösser werde zudem der Druck auf Visa, gegenüber den Untersuchungsbehörden nachzugeben.

#### **E. 1.5.1**

Bezüglich der Beurteilung des nicht wieder gutzumachenden Nachteils im Sinne von Art. 93 Abs. 1 lit. a BGG ist vom Zustand, wonach gemäss vorinstanzlichem Urteil die höhere Interchange Fee der Beschwerdeführerin bis zum Abschluss der WEKO-Untersuchung nicht als vorsorglich (wettbewerbsrechtlich) zulässig qualifiziert wird, auszugehen. Dieser Zustand ist mit der Situation zu vergleichen, wonach die WEKO-Untersuchung und ein allenfalls daran anschliessendes Rechtsmittelverfahren, mithin ein zukünftiger Endentscheid, zum Schluss kommt, dass die höhere Interchange Fee der Beschwerdeführerin wettbewerbsrechtlich zulässig ist. Die Frage ist, ob trotz eines für die Beschwerdeführerin positiven Endentscheids ein Nachteil zulasten der Beschwerdeführerin auftreten könnte, d.h. ein potentieller Nachteil besteht, welcher eben selbst durch einen positiven Endentscheid nicht vollständig behoben werden kann (vgl. E. 1.2 oben). Ist dies zu bejahen, besteht ein nicht wieder gutzumachender Nachteil, weshalb die Überprüfung des Zwischenentscheids angezeigt ist. Ist dies nicht der Fall, ist mangels nicht wieder gutzumachendem Nachteil auf die Beschwerde nicht einzutreten.

#### **E. 1.5.2**

Die Argumente der Beschwerdeführerin zugunsten eines nicht wiedergutzumachenden Nachteils sind nicht stichhaltig: Zunächst ist festzuhalten, dass den Konsumenten bzw. Karteninhabern bei der Wahl des Zahlungsmittels und insbesondere einer Debitkarte generell nicht bewusst sein dürfte, dass und zwischen welchen Parteien in diesem Zahlungssystem Interchange Fees anfallen geschweige denn bei welchem Debitkarten-Lizenzgeber (Mastercard oder Visa) höhere Interchange Fees verrechnet werden. Ausserdem sind die Interchange Fees vom Handel und den Acquireern zu bezahlen, nicht von den Karteninhabern. Seitens Letzterer sind demnach von der Beschwerdeführerin keine Marktanteilsverluste zu befürchten, ob nun bezüglich der wettbewerbsrechtlichen Zulässigkeit der Interchange Fees von Visa Unsicherheit besteht oder nicht. Für die Issuer (Kartenherausgeber, i.d.R. Banken) sind höhere Interchange Fees gar attraktiver, da sie an die Issuer fliessen. Im Verhältnis zu den Issuern könnte die Beschwerdeführerin aufgrund der höheren Interchange Fees demnach, auch wenn es bei der vorinstanzlichen Ablehnung einer vorsorglichen Massnahme bleibt, bis zu einem materiellen Endentscheid sogar Marktanteile gewinnen. Höhere Interchange Fees, die in der Händlerkommission enthalten sind (vgl. E. 1.3 oben), belasten wenn schon primär den Handel. Wenn, dann könnten sich Händler, d.h. die Verkäufer von Waren und Dienstleistungen, veranlasst sehen, bei höheren Interchange Fees der Beschwerdeführerin den Debitkarten von Mastercard oder anderen Zahlungssystemen den Vorzug zu geben. Dieser Nachteil würde aber gerade nicht eliminiert, wenn im Rahmen einer vorsorglichen Massnahme die höheren Interchange Fees der Beschwerdeführerin als vorläufig wettbewerbsrechtlich zulässig erklärt würden. Die Belastung der Händler und damit die Gefahr allfälliger Marktanteilsverluste aufgrund höherer Interchange Fees würden so oder so bestehen bleiben. Es würde der Beschwerdeführerin im Verhältnis zum Handel demnach nicht helfen, wenn bis zu einem materiellen Endentscheid ihre höhere Interchange Fees als wettbewerbsrechtlich zulässig erklärt würden, denn die Händler könnten trotzdem auf eine günstigere Alternative

ausweichen. Im Verhältnis zu den Acquirern ist bei Unsicherheit bezüglich der wettbewerbsrechtlichen Zulässigkeit der (höheren) Interchange Fees von Visa nicht mit Marktanteilsverlusten zu rechnen, da die Interchange Fees bereits in der vom Handel an die Acquirer zu bezahlenden Händlerkommission enthalten ist (vgl. E. 1.3 oben). Die Beschwerdeführerin hat demzufolge bezüglich des von ihr lizenzierten 4-Parteien-Zahlungssystems nicht mit Marktanteilsverlusten zu rechnen, wenn bezüglich der wettbewerbsrechtlichen Zulässigkeit ihrer höheren Interchange Fees bis zum Abschluss der WEKO-Untersuchung Unsicherheit besteht. Das Sanktionsrisiko als solches gemäss Art. 49a Abs. 1 KG stellt im Übrigen keinen nicht wieder gutzumachenden Nachteil dar, denn, wenn die WEKO in ihrer Untersuchung gemäss Art. 27 KG zum Schluss kommt, die Interchange Fees der Beschwerdeführerin seien wettbewerbsrechtlich zulässig, d.h. die Sache zugunsten der Beschwerdeführerin ausgeht, entfällt die Sanktion und damit auch der entsprechende potentielle Nachteil.

### **E. 1.5.3**

Auf die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten ist nach dem Gesagten mangels nicht wieder gutzumachendem Nachteil nicht einzutreten.

### **E. 1.6**

Mastercard ersucht vor Bundesgericht um Zulassung als Gegenpartei, eventualiter als andere Beteiligte ( Art. 102 Abs. 1 BGG ; vgl. Bst. D oben). In der Regel stellt sich die Frage, wer in welcher Rolle am Verfahren beteiligt ist, vor Bundesgericht nicht mehr, da bereits im vorinstanzlichen Verfahren alle Prozessteilnehmer bestimmt sind. Die vorliegende, besondere Ausgangslage ergibt sich daraus, dass Mastercard zwar bereits im vorinstanzlichen Verfahren einen Antrag auf Zulassung als Gegenpartei gestellt hatte (vgl. Bst. B.g oben), die Vorinstanz jedoch darüber nicht entschieden, sondern die Frage im vorinstanzlichen Urteil offen gelassen hat (vgl. Bst. B.h oben). Mittlerweile hat die WEKO im Rahmen der gegen die Beschwerdeführerin am 27. Juni 2023 eröffneten Untersuchung (Nr. 22-0523; vgl. Bst. B.c oben) mit Verfügung vom 7. Oktober 2024 Mastercard als Partei zugelassen. Die Beschwerdeführerin ist mit den Antrag, Mastercard im bundesgerichtlichen Verfahren als Gegenpartei zuzulassen, einverstanden. Das Bundesgericht hat Mastercard in den Schriftenwechsel einbezogen, jedoch festgehalten, über das Gesuch um Zulassung als Gegenpartei werde später entschieden (vgl. Bst. D oben).

#### **E. 1.6.1**

Gemäss Art. 102 Abs. 1 BGG stellt das Bundesgericht die Beschwerde der Vorinstanz sowie den allfälligen anderen Parteien, Beteiligten oder zur Beschwerde berechtigten Behörden zu und setzt ihnen Frist zur Einreichung einer Vernehmlassung an. Rechtsprechungsgemäss ist Partei bzw. Gegenpartei im Sinne von Art. 102 Abs. 1 BGG , wer im Sinne von Art. 89 Abs. 1 BGG beschwerdeberechtigt ist oder wäre, wenn der vorinstanzliche Entscheid nicht zu seinen Gunsten ausgefallen wäre ( BGE 135 II 384 E. 1.2.1; Urteile 1C\_497/2021 vom 19. Dezember 2023 E. 3.2 [Zulassung als Beschwerdegegner]; 1C\_250/2019 vom 8. Mai 2020 E. 2; GRÉGORY BOVEY, in: Aubry Girardin/Donzallaz/Denys/Bovey/Frésard [Hrsg.], Commentaire de la LTF, 3. Aufl. 2022, N. 24 zu Art. 102 LTF).

#### **E. 1.6.2**

Gemäss Art. 89 Abs. 1 BGG ist beschwerdeberechtigt, wer (lit. a) vor der Vorinstanz am Verfahren teilgenommen hat oder keine Möglichkeit zur Teilnahme erhalten hat, (lit. b)

durch den angefochtenen Entscheid besonders berührt ist und (lit. c) ein schutzwürdiges Interesse an dessen Aufhebung oder Änderung hat. Diese Voraussetzungen sollen die Populärbeschwerde ausschliessen. Eine Partei bzw. Gegenpartei muss vom angefochtenen Entscheid stärker als ein beliebiger Dritter betroffen sein und in einer besonders beachtenswerten, nahen Beziehung zur Streitsache stehen. Ausserdem muss eine Partei aus einer allfälligen Aufhebung oder Änderung des angefochtenen Entscheids einen praktischen Nutzen ziehen, d.h. ihre Situation muss durch den Ausgang des Verfahrens in relevanter Weise beeinflusst werden können ( BGE 142 II 80 E. 1.4.1). In diesem Zusammenhang gibt es keine rechtslogisch stringente, sondern nur eine praktisch vernünftige Abgrenzung zur Populärbeschwerde; wo die Grenze verläuft, ist jeweils für jedes Rechtsgebiet und anhand der konkreten Umstände gesondert zu beurteilen ( BGE 142 II 80 E. 1.4.1; 139 II 279 E. 2.3).

### **E. 1.6.3**

Für den Bereich des Wettbewerbsrechts hat das Bundesgericht die Voraussetzungen für die Beschwerdebefugnis von Konkurrenten als Partei bzw. Gegenpartei weiter konkretisiert. Es hat erwogen, dass die Konkurrenten grundsätzlich in einer besonders beachtenswerten, nahen Beziehung zueinander stehen. Dies genügt jedoch noch nicht, um das Konkurrenzunternehmen eines Unternehmens, welches möglicherweise wettbewerbswidrige Praktiken verfolgt, als Gegenpartei zuzulassen. Vielmehr ist ein Konkurrent nur Gegenpartei, wenn er durch diese allenfalls wettbewerbswidrige Verhaltensweise einen deutlich spürbaren wirtschaftlichen Nachteil erleidet. Nötig ist eine konkrete, individuelle Betroffenheit, welche vorliegt, wenn sich die beanstandete Verhaltensweise in wesentlichem Ausmass nachteilig auf den Konkurrenten auswirkt, namentlich indem er eine Umsatzeinbusse erleidet. Eine besondere Schwere ist dabei nicht vorausgesetzt ( BGE 139 II 328 E. 3.5 und E. 4.5). Über das Vorliegen eines deutlich spürbaren wirtschaftlichen Nachteils im beschriebenen Sinn hinaus darf allerdings keine weitere Schranke mehr für die Beschwerdebefugnis gesetzt werden ( BGE 139 II 328 E. 4.6). Im vorgenannten Urteil hatte das Bundesgericht die Parteistellung gestützt auf Art. 6 i.V.m. Art. 48 Abs. 1 VwVG zu beurteilen. Da Art. 48 Abs. 1 VwVG der Regelung von Art. 89 Abs. 1 BGG entspricht ( BGE 139 II 328 E. 3.2 in fine mit Hinweisen), sind die obigen Grundsätze auch im Rahmen der Anwendung von Art. 102 Abs. 1 i.V.m. Art. 89 Abs. 1 BGG anwendbar, d.h. wenn die Parteistellung erstmals vor Bundesgericht beurteilt wird.

### **E. 1.6.4**

Es ist unbestritten, dass Visa und Mastercard direkte Konkurrenten auf dem Markt für Debitkarten-Zahlungssysteme sind. Mastercard bringt im Wesentlichen vor, die von Visa für Card-Present (CP) Transaktionen angewendeten Interchange Fees seien im Durchschnitt erheblich höher als die entsprechenden Interchange Fees von Mastercard aufgrund der angenommenen, einvernehmlichen Regelung (vgl. Bst. B.a oben). Eine höhere Interchange Fee sei attraktiver für die Issuer (Kartenherausgeber). Letztere würden deshalb bei der Kartenherausgabe Visa bevorzugen. Mastercard erleide dadurch einen Wettbewerbsnachteil gegenüber Visa, nämlich Umsatzeinbussen. Dieser deutlich spürbare wirtschaftliche Nachteil würde sich verschärfen, wenn Visa bis zum Abschluss der WEKO-Untersuchung ohne Sanktionsrisiko ihre höheren CP Interchange Fees anwenden könnte.

### **E. 1.6.5**

Es ist unbestritten, dass die von Visa für CP Transaktionen mit Schweizer Debitkarten angewendeten Interchange Fees im Durchschnitt erheblich höher sind als die Interchange Fees von Mastercard (vgl. Bst. B.a und B.b oben). Visa und Mastercard stehen sich in diesem Geschäftsfeld als Konkurrenten gegenüber. Wie bereits dargelegt, sind höhere Interchange Fees für die Issuer attraktiver (vgl. E. 1.5.2 oben). Es ist deshalb davon auszugehen, dass Mastercard bereits jetzt und erst recht bei einer Bestätigung der wettbewerbsrechtlichen Zulässigkeit der Interchange Fees im Rahmen einer vorsorglichen Massnahme (bis zum Abschluss der WEKO-Untersuchung) gegenüber Visa Marktanteile und damit Umsatzeinbussen (betreffend Lizenzgebühren) erleidet. Letzteres stellt einen deutlich spürbaren wirtschaftlichen Nachteil im Sinne der Rechtsprechung dar (vgl. E. 1.6.3 oben). Mastercard kommt deshalb im vorliegenden Verfahren Parteistellung im Sinne von Art. 102 Abs. 1 i.V.m. Art. 89 Abs. 1 BGG zu, und zwar als Gegenpartei.

### **E. 2.1**

Da auf die Beschwerde nicht einzutreten ist, trägt die Beschwerdeführerin die Kosten des bundesgerichtlichen Verfahrens ( Art. 66 Abs. 1 BGG ).

### **E. 2.2**

Da Mastercard im vorliegenden Verfahren Parteistellung zukommt, hat die Beschwerdeführerin - angesichts der von Ersterer in der Sache gestellten Anträge - Mastercard als obsiegende Gegenpartei eine Parteientschädigung zu bezahlen ( Art. 68 Abs. 1 und 2 BGG ). Die WEKO hat dagegen keinen Anspruch auf Parteientschädigung ( Art. 68 Abs. 3 BGG ).

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.