

BVGer B-1324/2010 vom 2. Juli 2010

Bundesverwaltungsgericht, 2010-07-02, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_B-1324_2010

FR: TAF B-1324/2010 du 2 juillet 2010

IT: TAF B-1324/2010 del 2 luglio 2010

Regeste

Kartelle

Erwägungen

E. 1

Das Bundesverwaltungsgericht prüft von Amtes wegen und mit freier Kognition, ob die Prozessvoraussetzungen erfüllt sind und ob auf eine Beschwerde einzutreten ist. Gemäss Art. 31 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) beurteilt das Bundesverwaltungsgericht Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren vom 20. Dezember 1968 (VwVG, SR 172.021). Eine solche liegt mit der angefochtenen Verfügung der WEKO vom 25. Januar 2010 betreffend vorsorgliche Massnahmen im Rahmen eines Untersuchungsverfahrens vor (vgl. Art. 27 Abs. 1 und 39 des Bundesgesetzes über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 6. Oktober 1995, Kartellgesetz, KG, SR 251, i.V.m. Art. 46 VwVG; BGE 130 II 149 E. 1.1 und E. 2.1 mit Hinweisen). Die zur Beurteilung stehende Sache fällt nicht unter die Ausnahmebestimmungen des Art. 32 VGG, und die WEKO ist eine Vorinstanz im Sinne von Art. 33 lit. f VGG, gegen deren Verfügungen die Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht zulässig ist.

E. 2

Nach Art. 48 Abs. 1 VwVG ist zur Beschwerde berechtigt, wer vor der Vorinstanz am Verfahren teilgenommen oder keine Möglichkeit zur Teilnahme erhalten hat (lit. a, sog. formelle Beschwer; BGE 133 II 181 E. 3.2, mit Hinweisen), durch die angefochtene Verfügung besonders berührt ist (lit. b) und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hat (lit. c). Das in Art. 48 Abs. 1 lit. b VwVG erwähnte "Berührtsein" ist keine selbständige und damit kumulativ zum schutzwürdigen Interesse (Art. 48 Abs. 1 lit. c VwVG) zu erfüllende Legitimationsvoraussetzung, sondern letztlich eine Präzisierung desselben (BGE 133 V 191 E. 4.3.1, mit Hinweisen). Während die Beschwerdelegitimation von Amtes wegen geprüft wird (BVGE 2007/6 E. 1), trägt die beschwerdeführende Partei die Beweislast dafür, dass sie beschwerdeberechtigt ist. Sie muss die ihr obliegende Begründungspflicht erfüllen und ihre Legitimation eingehend erörtern bzw. begründen (substantiiieren), wenn diese nicht ohne Weiteres ersichtlich ist (BGE 134 II 45 E. 2.2.3, 133 II 249 E. 1.1; VERA MARANTELLI-SONANINI/SAID HUBER, in: Bernhard Waldmann/Philippe Weissenberger (Hrsg.): VwVG, Praxiskommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Zürich/Basel/Genf 2009, Art. 48 N. 5, mit Hinweisen). Fehlt die Beschwerdelegitimation bei Beschwerdeeinreichung oder wird sie in Zweifelsfällen nicht substantiiert dargelegt, tritt die Rechtsmittelinstanz nicht auf die Beschwerde ein (MARANTELLI-SONANINI/HUBER, a.a.O., Art. 48 N. 7, mit Hinweisen).

E. 3.1

Zur Legitimationsfrage wird in der Beschwerdeschrift vorgebracht, die Beschwerdeführerin sei Partei im Untersuchungsverfahren 22-0389 und habe daran mit Stellungnahmen vom 4. September, 2. Oktober, 19. Oktober und 6. November 2009 sowie vom 11. Januar 2010 teilgenommen, weshalb die Voraussetzung des Art. 48 Abs. 1 lit. a VwVG erfüllt sei. Die Genehmigung der EVR II durch die WEKO habe zur Folge, dass die streitgegenständliche DMIF von derzeit [...] % auf [...] % gesenkt werde. Dies verursache der Beschwerdeführerin einen Einnahmenausfall von ca. Fr. [...] (auf der Basis der Geschäftszahlen von 2008). Ihre Rechtsstellung sei damit direkt beeinträchtigt, und sie habe angesichts der erheblichen unmittelbaren finanziellen Nachteile ein direktes und persönliches Interesse an einer Aufhebung der angefochtenen Verfügung.

E. 3.2

Die Vorinstanz hielt in ihrer Stellungnahme vom 26. März 2010 fest, die Beschwerdeführerin sei nicht materielle Adressatin der von ihr angefochtenen Verfügung. Die Verfügung, mit welcher die WEKO die EVR II in der Form vorsorglicher Massnahmen gestützt auf Art. 30 Abs. 1 KG formell genehmigt habe, sei gegenüber denjenigen Unternehmen eröffnet worden, welche die EVR II gemeinsam mit dem Sekretariat der WEKO am 3., 4. und 10. Dezember 2009 unterzeichnet hätten. Die Beschwerdeführerin habe hingegen von sich aus auf eine Unterzeichnung der EVR II verzichtet, weshalb es ihr gegenüber keiner formellen Genehmigung im Sinne von Art. 30 Abs. 1 KG und damit keiner Regelung von Rechten und Pflichten mittels vorsorglicher Massnahmen bedürft habe. Entsprechend sei der Entscheid gegenüber der Beschwerdeführerin nicht formell eröffnet worden; diese habe lediglich eine Kopie zur Kenntnis erhalten. Aufgrund ihres Verzichts fehle es der Beschwerdeführerin an der formellen Beschwer gemäss Art. 48 Abs. 1 lit. a VwVG. Sodann erscheine es fraglich, ob die Beschwerdeführerin durch die angefochtene Verfügung besonders berührt sei (materielle Beschwer, Art. 48 Abs. 1 lit. b VwVG). Zum einen führe sie hierzu aus, sie würde aufgrund der Genehmigung der EVR II durch die WEKO einen Einnahmenausfall von ca. Fr. [...] erleiden und sei dadurch in ihrer Rechtsstellung direkt beeinträchtigt. Zum anderen behaupte sie, sie sei in einem besonderen Mass von der angefochtenen Verfügung berührt, ohne dies jedoch mittels konkreter Beweisgründe darzulegen. Im Wesentlichen beschränke sich somit die Substantiierung der Beschwerdelegitimation auf den Hinweis auf einen allfälligen Einnahmenausfall, welcher eine Folge der Senkung der DMIF sei. Dem sei entgegenzuhalten, dass in der Genehmigung der EVR II durch die WEKO gerade keine Beschwer der Beschwerdeführerin erkannt werden könne. Sinn und Zweck der EVR II sei es, für diejenigen Unternehmen, welche gewillt gewesen seien, sie zu unterzeichnen, eine Übergangslösung zu treffen, welche die an sich als unzulässig qualifizierte Wettbewerbsbeschränkung zumindest für die Dauer der Genehmigung zu beseitigen vermöge. Dadurch erhalte die EVR II unter anderem die Wirkung, das Risiko einer Sanktionierung nach Art. 49a Abs. 1 KG während der Dauer der Untersuchung auszuschliessen. Dass ein solches Sanktionsrisiko nach Ablauf der EVR I per 1. Februar 2010 ohne entsprechende Massnahmen nicht auszuschliessen sei, habe die Beschwerdeführerin bereits anhand der materiellrechtlichen Würdigung im Entscheid der WEKO vom 5. Dezember 2005 zur EVR I, spätestens aber im Rahmen der Verhandlungen zur EVR II im vergangenen Jahr erkennen können. Die Wettbewerbsbehörden seien freilich nicht verpflichtet, Massnahmen zur Vermeidung eines Sanktionsrisikos für die Parteien zu treffen oder gar mit ihnen über solche Massnahmen zu verhandeln. Die Situation mit der

Übergangslösung sei letztlich aber für sämtliche Issuer und somit auch für die Beschwerdeführerin besser als die Situation ohne Übergangslösung. Aufgrund der Verfügung der WEKO bestehe sogar für die Beschwerdeführerin die Sicherheit, dass sie für die Anwendung der multilateral festgelegten (und daher durch die WEKO als horizontale Preisabrede qualifizierten) DMIF keine Sanktion zu befürchten habe. Die Verfügung der WEKO führe daher bei der Beschwerdeführerin zu keiner materiellen Beschwer, sondern eher zu einer "Rechtswohltat". Es sei daher auch falsch, von "Einnahmenausfall" zu sprechen. Die Verfügung der WEKO stelle vielmehr (auch für die Beschwerdeführerin) sicher, dass weiterhin garantierte Einnahmen über die DMIF erzielt werden könnten. Dass diese nicht, wie von der Beschwerdeführerin erwartet, in der gewünschten Höhe ausfielen, könne man nicht als Beschwer bzw. "erheblichen unmittelbaren finanziellen Nachteil" betrachten. Die WEKO habe zudem schon in der angefochtenen Verfügung dargelegt, weshalb die durch die Beschwerdeführerin vorgenommene Berechnungsweise wenig aussagekräftig sei (falsche Berechnungsgrundlage und nicht mehr aktuelle Zahlen). In diesem Zusammenhang sei sodann festzuhalten, dass die angefochtene Verfügung weder rechtlich noch tatsächlich die Möglichkeit der Beschwerdeführerin beschneide, anstelle der DMIF bilaterale IF mit den Acquireern zu vereinbaren. Gemäss den Systemregeln der beiden Kreditkartenorganisationen Visa und MasterCard gingen bilateral vereinbarte IF der Anwendung der DMIF vor. Die Beschwerdeführerin sei daher frei, den sog. "Einnahmenausfall" über bilaterale Abkommen zur IF oder sogar über die zahlreichen anderen Gebühren, welche im Issuing gegenüber den Kreditkarteninhabern erhoben würden (z.B. Jahresgebühren, Kreditzinsen, Fremdwährungskurse etc.), zu kompensieren. Durch die angefochtene Verfügung erleide die Beschwerdeführerin keinen Nachteil, da sie auch ohne Unterzeichnung der EVR II auf genau dieselbe DMIF zurückgreifen könne wie die beteiligten Unternehmen selber. Die angefochtene Verfügung stelle somit die Beschwerdeführerin - entgegen ihrer Behauptung - wirtschaftlich nicht schlechter als die materiellen Verfügungsadressaten oder andere von der Untersuchung betroffene Unternehmen (PostFinance, GE Money Bank). Eine Ungleichbehandlung liege deshalb nicht vor. Letztlich gehe es der Beschwerdeführerin mit ihrer Argumentation zur Beschwerdelegitimation einzig um die Besorgnis, dass sich dadurch ihre allgemeine wirtschaftliche Stellung als Gewerbetreibende gegenüber den Konkurrenten verschlechtern könnte. Dies genüge jedoch nicht, um ein besonderes Berührtsein im Sinne von Art. 48 Abs. 1 lit. b VwVG zu begründen. Mangels einer anderweitig vorgebrachten Begründung habe es die Beschwerdeführerin folglich versäumt, die Beschwerdelegitimation genügend zu substantiieren, weshalb sie über kein rechtlich anerkennungswürdiges Interesse verfüge, dass das Rechtsverhältnis gegenüber den materiellen Verfügungsadressaten anders geregelt werde. Die Beschwerdeführerin sei als Issuerin einer Visa-Kreditkarte und somit Lizenznehmerin - wie alle anderen Lizenznehmer auch - an die Systemregeln von Visa gebunden. Aufgrund dieser Regeln sei sie verpflichtet, sämtliche branchen- und transaktionsspezifischen DMIF in ihr Geschäftsmodell zu übernehmen, sofern diese im schweizerischen IAFV multilateral vereinbart würden und sofern die Beschwerdeführerin selber keine bilateralen Domestic Interchange Fees (DIF) aushandle. Die Beschwerdeführerin nehme Einsitz in diesem Forum, habe aber nicht genügend Stimmkraft, um eine DMIF, welche von den an der EVR II beteiligten Issuern beschlossen werde, zu blockieren. Dieser Umstand bestehe unabhängig von der angefochtenen Verfügung der WEKO. Mit anderen Worten habe die Beschwerdeführerin auch ohne die angefochtene Verfügung der WEKO faktisch keine Möglichkeit, eine ihr nicht genehme DMIF zu

verhindern. Ihre faktische Einflussnahme auf die Bestimmung der DMIF werde daher durch die Verfügung der WEKO gar nicht berührt. In diesem Zusammenhang sei anzumerken, dass sich die Unterzeichner der EVR II (beteiligte Unternehmen) gegenseitig verpflichtet hätten, den Inhalt der EVR II selbst dann in materieller Hinsicht umzusetzen, wenn die Genehmigungsverfügung der WEKO infolge einer Beschwerde nicht rechtskräftig werden sollte; dies im Hinblick darauf, das Risiko einer künftigen Sanktionierung nach Art. 49a Abs. 1 KG im Rahmen des Untersuchungsverfahrens auszuschliessen. Die betreffende Bestimmung sei Ausdruck des Umstandes, dass sowohl das Sekretariat als auch die beteiligten Unternehmen eine Umsetzung der EVR II als dringlich erachteten. Selbst wenn also die Genehmigungsverfügung der WEKO vom 25. Januar 2010 aufgehoben werden sollte, sei es - wie die Beschwerdeführerin selbst festhalte - wahrscheinlich, dass die beteiligten Unternehmen zur Vermeidung eines Sanktionsrisikos die DMIF auf ein Niveau senkten, welches demjenigen entspreche, das sich aus der Anwendung der EVR II ergeben würde. Aus der Aufhebung der angefochtenen Verfügung ergäbe sich somit keine Änderung der Interessenlage der Beschwerdeführerin, weil der angebliche wirtschaftliche Nachteil auch ohne Verfügung weiterhin bestünde. Entsprechend fehle es der Beschwerdeführerin an einem aktuellen und praktischen Interesse an der Aufhebung der angefochtenen Verfügung.

E. 3.3

Auf die Stellungnahme der Vorinstanz vom 26. März 2010 replizierte die Beschwerdeführerin mit Eingabe an das Bundesverwaltungsgericht vom 12. April 2010 zur Frage ihrer Beschwerdelegitimation insbesondere Folgendes: Die Vorinstanz bezweifle bereits in der angefochtenen Verfügung und nun auch in der Stellungnahme, dass eine Senkung der DMIF auf die von der Beschwerdeführerin erzielten Kommissionen aus der Bonus Card durchschlage. Diese Behauptung sei völlig realitätsfremd. Seit Bekanntwerden der von der Vorinstanz erzwungenen vorsorglichen Absenkung der DMIF verlangten Bonus Card - Partner (z.B. [...]) von der Beschwerdeführerin eine mindestens identische Reduktion der Kommission. Anders als noch in der Beschwerde festgehalten, belaufe sich der mutmassliche Einnahmeverlust aufgrund der DMIF-Senkung im Jahr 2009 auf Fr. [...]. Dies resultiere in einem mutmasslichen Geschäftsverlust im Jahr 2010 von Fr. [...]. Im Jahr 2011 belaufe sich der mutmassliche Einnahmeverlust aufgrund der DMIF-Senkung auf Fr. [...] und der Geschäftsverlust auf Fr. [...]. Mit Blick auf den Umstand, dass das Aktienkapital der Beschwerdeführerin Fr. [...] und die gesetzlichen Reserven Fr. [...] betrügen, der kumulierte Verlustvortrag sich aber bereits ohne DMIF-Senkung per 31. Dezember 2009 auf Fr. [...] belaufe, seien die Folgen der (vorläufigen) Intervention der Vorinstanz offensichtlich fatal für die Beschwerdeführerin. Die Beschwerdeführerin habe am Verfahren vor der Vorinstanz teilgenommen und sei mit ihren Anträgen vollständig (ohne Begründung) unterlegen. Damit sei sie offenkundig formell beschwert. Sie sei materielle Adressatin der angefochtenen Verfügung. Die Vorinstanz habe die "Einigung" mit den "alten Issuern" im vollen Bewusstsein getroffen, dass sich die anderen (neuen) Issuer gegen die damit verbundene Senkung der DMIF auf privatrechtlichem Weg gar nicht wehren könnten. Tatsächlich könne sich die Beschwerdeführerin im Rahmen des VISA-Kartengremiums nicht dagegen auflehnen, wenn sie überstimmt werde. Aufgrund des Einwirkens der Vorinstanz habe der Entscheid des VISA-Kartengremiums aber seine rein privatrechtliche Natur verloren. DMIF-Entscheide würden aufgrund der EVR II nicht autonom von den vier daran beteiligten Issuern getroffen. Vielmehr würden sie inskünftig - bei Rechtsbeständigkeit der angefochtenen Verfügung - stets aufgrund der von der

Vorinstanz erzwungenen EVR II getroffen. Die Qualität dieser Intervention sei zweifelsfrei öffentlich-rechtlich. Diese Intervention der Vorinstanz müsse also gesetzeskonform, willkürfrei und nichtdiskriminierend sein. Da die DMIF-Festsetzung einen wesentlichen Einnahmeposten aller Issuer beschlage, seien bei einer Verletzung dieser Anforderung sämtliche Issuer direkt und unmittelbar betroffen. Direkt und unmittelbar betroffen sei also auch die Beschwerdeführerin. Völlig unerheblich sei dabei, dass die rein zahlenmässige Einbusse bei ihr geringer sei als bei grösseren Wettbewerbern. Die Beschwerdeführerin habe ungeachtet ihrer Grösse genau dieselben materiellen und formellen Rechte wie andere Issuer. Wenn vier von sieben Issuern unter dem Eindruck der Sanktionsdrohung dem Diktat der Vorinstanz nachgäben, mit ihr eine einvernehmliche Regelung träfen und damit einen faktischen Rechtsmittelverzicht leisteten, möge das für diese Verfahrensparteien richtig sein. Dass diese Issuer (auf Geheiss der Vorinstanz) in der Lage seien, der Beschwerdeführerin die Senkung der DMIF aufzuzwingen, heisse aber keineswegs, dass ihr Rechtsmittelverzicht auch für die Beschwerdeführerin Wirksamkeit beanspruche. Die Beschwerdeführerin sei zwar tatsächlich Konkurrentin unter anderem der Parteien der EVR II. Ihre Beschwerdelegitimation leite sie aber nicht daraus ab. Der Umstand, dass sie rein tatsächlich und praktisch in ihren wirtschaftlichen Interessen von der angefochtenen Verfügung betroffen sei, genüge vollumfänglich. Selbst wenn die Beschwerde eine Konkurrentenbeschwerde wäre, was sie allerdings nicht sei, stehe die Beschwerdelegitimation der Beschwerdeführerin ausser Frage. Da ihre Netzwerkkosten bei der Berechnung der DMIF gemäss EVR II nicht berücksichtigt würden, werde sie im Vergleich zu den Parteien der EVR II rechtsungleich behandelt. Dass das Ergebnis der DMIF-Berechnung, die DMIF, für alle Issuer im Schweizer Markt gleich sei, ändere an der Ungleichbehandlung der Beschwerdeführerin nichts. Die rechtsungleiche Behandlung habe zum Ergebnis, dass sich die Wettbewerbsposition der Beschwerdeführerin deutlich und spürbar bzw. massiv verschlechtere. Die Beschwerdeführerin habe in ihrer Beschwerde klar signalisiert, dass mit jedem Tag, der nach dem 1. Mai 2010 verstreichen werde, der ihr von der Vorinstanz zugefügte Schaden grösser werde. Die sofortige Korrektur durch Erlass der angebehrten Ersatzmassnahme sei daher dringend erforderlich. Selbst bei ungehinderter Herabsetzung der DMIF bleibe das Interesse der Beschwerdeführerin nach wie vor schutzwürdig, da es weiterhin aktuell und praktisch bleibe. Die Vorinstanz behaupte zur Frage des schutzwürdigen Interesses der Beschwerdeführerin erneut, dass diese von den EVR II-Issuern ohnehin - im Sinne der Vorinstanz - überstimmt werde, wenn die angefochtene Verfügung weg falle. Der Widerstand der Beschwerdeführerin sei also zwecklos und ihre Beschwerde sinnlos. Die Vorinstanz übersehe einmal mehr, dass die Beschwerdeführerin die Verfügung der Perpetuierung der EVR I verlange, mit der die von der Vorinstanz instrumentalisierte Sanktionsdrohung für die betroffenen Parteien ebenfalls gebannt sei. Es sei zwar theoretisch möglich, dass die vier EVR II-Issuer aus (wirklich) freien Stücken (auch gegen den Willen der Beschwerdeführerin) eine Senkung der DMIF auf [...] % beschliessen könnten oder dass sie im Widerspruch zur angebehrten Ersatzmassnahme die DMIF auf der Höhe gemäss EVR II bestimmten. Beides aber wäre einigermassen irrational und werde auch mit der Genehmigung des Rechtsbegehrens Ziff. 1 verunmöglicht.

E. 3.4

In ihrer Duplik vom 23. April 2010 hielt die WEKO unter anderem fest, nach wie vor unklar sei die Berechnungsweise der Beschwerdeführerin bezüglich des behaupteten Einnahmenausfalls aus der Senkung der DMIF. Bei einer Senkung der DMIF von [...] % auf

den neuen Wert von [...] % würde, basierend auf dem von der Beschwerdeführerin selber angegebenen Umsatzvolumen "Umsatz Visa domestic" für das Jahr 2009, allenfalls ein Einnahmenausfall von Fr. [...] resultieren und zwar für ein ganzes Jahr und nicht nur für sieben Monate, wie die Beschwerdeführerin glaubhaft machen wolle. Dies entspreche lediglich [...] % der gesamten Einnahmen aus "Kommission Bonus Card (BC)" und "Kommission VISA". Über die Einnahmen, welche von den Karteninhabern an die Beschwerdeführerin flössen (Jahresgebühren, Kreditzinsen, Fremdwährungskommissionen, Wechselkursgewinne etc.), schweige sich diese aber aus. Die (egoistischen) Interessen der Beschwerdeführerin an der Aufhebung des WEKO-Entscheides vom 25. Januar 2010 zielten in erster Linie auf die Deckung von Verlusten respektive auf die Verringerung des negativen Geschäftsergebnisses durch eine höhere IF. Diesem Ziel dürfe aber die als Preisabrede unter Konkurrenten qualifizierte DMIF gerade nicht dienen. Gegenstand der vorliegenden Beschwerde sei nicht ein End- oder Teilentscheid der WEKO im Rahmen des laufenden Untersuchungsverfahrens, welcher die Beschwerdeführerin allenfalls beschweren könnte, sondern einzig die Genehmigung der EVR II, welche in einem Verfahren auf Erlass vorsorglicher Massnahmen durch die WEKO am 25. Januar 2010 erteilt worden sei. Es sei nicht zwingend, dass Verfahrenseteiligte mit Parteistellung im Hauptverfahren "automatisch" auch Parteistellung im Verfahren auf vorsorgliche Massnahmen einnehmen. Zwar dürfte dies in der Mehrzahl der Fälle zutreffen, nicht aber im vorliegenden Fall, wo einzig die Genehmigung der EVR II Gegenstand der vorsorglichen Massnahmen gewesen sei. Die Rechtsstellung der Beschwerdeführerin sei durch die Genehmigungsverfügung nicht direkt beschränkt, wie dies in der Replik dargestellt werde. Eine Beschränkung wirtschaftlicher Natur ergebe sich allenfalls indirekt, wenn die an der EVR II beteiligten Parteien die Senkung der DMIF innerhalb der Kreditkartenforen umsetzten. Gegen einen solchen Mehrheitsbeschluss könnte sich die Beschwerdeführerin aber so oder so nicht zur Wehr setzen, da sie nicht über ein genügendes Transaktionsvolumen (und damit Stimmrechtsanteile) verfüge. Das Kartellgesetz setze nicht voraus, dass eine EVR mit sämtlichen Absprachebeteiligten getroffen werde. Im vorliegenden Fall verhalte es sich sogar so, dass aufgrund von privatrechtlichen Regeln der Inhalt der EVR, namentlich die Senkung der DMIF, auf sämtliche Systemteilnehmer (Issuer, Acquirer) der beiden Kreditkartensysteme Visa und MasterCard ausgeweitet werde. Die angebliche wirtschaftliche Schlechterstellung werde also nicht direkt durch die Genehmigungsverfügung der WEKO veranlasst, sondern durch die Systemregeln, zu deren Einhaltung sich die Beschwerdeführerin mit ihrem Lizenzvertrag gegenüber Visa verpflichtet habe. Die Beschwerdeführerin behaupte sodann, ihre Wettbewerbsfähigkeit werde durch die Genehmigungsverfügung der WEKO zerstört. In letzter Konsequenz hiesse dies, ihre hohen Netzwerkkosten müssten durch eine Erhöhung der dDIF oder mindestens durch eine Beibehaltung der Regelung gemäss EVR I quasi "geschützt" werden. Dem sei zu widersprechen: Es sei gerade nicht Sinn und Zweck der EVR II (und auch nicht der EVR I), die Netzwerkkosten sämtlicher Issuer zu decken. Die objektivierten Netzwerkkosten dienten als Basis zur Festlegung der dDIF als Benchmark für die Issuer und Acquirer und damit zur Begrenzung der von den Issuern und Acquirern multilateral festgelegten Interchange Fees (DMIF) gegen oben. Der in der EVR II vorgesehene, wettbewerbsorientierte Ansatz bei der Berechnung der dDIF solle zudem eine Beseitigung des Wettbewerbs bezüglich der Netzwerkkosten durch die Issuer verhindern, indem diese einen starken Anreiz erhielten, ihre Kostenstruktur bei den Kreditkarten-Netzwerken so effizient wie möglich auszugestalten. Das Interesse der Beschwerdeführerin genüge somit

nicht, um ein besonderes Interesse im Sinne der materiellen Beschwer zu begründen.

E. 4.1

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

E. 4.2

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

E. 4.3

Die Frage, ob die Beschwerdeführerin im Sinne von Art. 48 Abs. 1 lit. a VwVG "vor der Vorinstanz am Verfahren teilgenommen" hat und damit formell beschwert ist, umfasst mehrere Aspekte. Nach bundesgerichtlicher Praxis muss die beschwerdeführende Partei grundsätzlich am Verfahren vor der unteren Instanz teilgenommen haben und mit ihren Anträgen ganz oder teilweise unterlegen sein (BGE 133 II 181 E. 3.2). In diesem Zusammenhang wäre zunächst einmal zu prüfen, welches Verfahren vorliegend massgebend ist. Einerseits könnte dies die Untersuchung an sich, andererseits nur das Genehmigungsverfahren mit Bezug auf die EVR II sein. Im ersten Fall gälte die Beschwerdeführerin ohne Weiteres als formell beschwert, weil sie Partei der Untersuchung ist. Im zweiten Fall müsste bestimmt werden, ob sie die Voraussetzungen des Art. 48 Abs. 1 lit. a VwVG erfüllt, nachdem sie schliesslich auf eine Unterzeichnung der EVR II verzichtete, aber andererseits ihrem Antrag auf Fortführung der EVR I (implizit) nicht stattgegeben wurde. Wie es sich bezüglich der formellen Beschwer verhält, kann jedoch offengelassen werden, da die in Art. 48 Abs. 1 lit. a-c VwVG genannten Voraussetzungen kumulativ erfüllt sein müssen (MARANTELLI-SONANINI/HUBER, a.a.O., Art. 48 N. 8; ANDRÉ MOSER/MICHAEL BEUSCH/LORENZ KNEUBÜHLER, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, Basel 2008, N. 2.60; HANSJÖRG SEILER in: HANSJÖRG SEILER/NICOALS VON WERDT/ANDREAS GÜNGERICH (Hrsg.): Bundesgerichtsgesetz (BGG), Handkommentar, Bern 2007, Art. 89 N. 8) und, wie sogleich dargelegt wird, namentlich ein (schutzwürdiges) aktuelles und praktisches Interesse fehlt.

E. 5

Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung muss ein Beschwerdeführer durch den angefochtenen Entscheid "stärker als jedermann betroffen sein und in einer besonderen, beachtenswerten Beziehung zur Streitsache stehen" (BGE 133 II 249 E. 1.3). Das schutzwürdige Interesse besteht im Umstand, einen Nachteil wirtschaftlicher, ideeller, materieller oder anderweitiger Natur zu vermeiden, welchen die angefochtene Verfügung

mit sich bringen würde (BGE 133 V 188 E. 4.3.1, 133 II 249 E. 1.3, 131 II 587 E. 2 sowie 123 II 376 E. 2). Schutzwürdig ist ein Interesse grundsätzlich nur dann, wenn es im Urteilszeitpunkt aktuell und praktisch ist, weil der mit der angefochtenen Verfügung verbundene strittige Nachteil noch andauert und im Rahmen eines Urteils auch behoben werden könnte (MARANTELLI-SONANINI/HUBER, a.a.O., Art. 48 N. 15, mit Hinweisen). Ein schutzwürdiges Interesse liegt vor, wenn die tatsächliche oder rechtliche Situation der Beschwerdeführerin durch den Ausgang des Verfahrens beeinflusst werden kann (BGE 133 II 249 E. 1.3.1). Dass dies hier nicht der Fall ist, ergibt sich aus den nachstehenden Erwägungen.

E. 5.1

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

E. 5.1.1

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

E. 5.1.2

Juristisch lässt sich die EVR als verwaltungsrechtlicher Vertrag, welcher unter der Suspensivbedingung der Genehmigung durch die WEKO steht, qualifizieren (ZIRLICK/TAGMANN, a.a.O., Art. 29 N. 88 mit Hinweisen; vgl. CARRON, a.a.O., Art. 29 KG N. 12 sowie PAUL RICHLI, Kartellverwaltungsverfahren, in: Roland von Büren/Lucas David (Hrsg.): Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, 5.

Bd., Wettbewerbsrecht, S. 434). Weder die EVR selbst noch ihr Abschluss durch das Sekretariat kann mit einem ordentlichen Rechtsmittel angefochten werden. Allerdings unterliegt die Verfügung der WEKO über die Genehmigung oder Nichtgenehmigung einer EVR bei gegebenen Voraussetzungen der Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht (ZIRLICK/TAGMANN, a.a.O., Art. 29 N. 115 f.). Inhaltlich kann sich eine EVR nicht auf die Rechtslage, d.h. auf die Frage der Zulässigkeit einer Wettbewerbsbeschränkung, erstrecken (RICHLI, a.a.O., S. 435; Bundesgerichtsurteil 2A.415/2003 vom 19. Dezember 2003 E. 3.4.4 mit Hinweisen); ebensowenig kann sie sich auf den Sachverhalt beziehen, denn beides ist nicht verhandelbar (BILGER, a.a.O., S. 343; ZIRLICK/TAGMANN, a.a.O., Art. 29 N. 4).

E. 5.1.3

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

E. 5.1.4

Da die Verfügung der WEKO vom 5. Dezember 2005 über die befristete Genehmigung der EVR I nicht angefochten wurde und ihre Gültigkeitsdauer seit 1. Februar 2010 abgelaufen ist, während sich die Parteien der EVR I in der hier umstrittenen Frage der DMIF-Berechnung für eine neue Lösung entschieden haben, entstünde im Falle einer Aufhebung der angefochtenen Verfügung durch das Bundesverwaltungsgericht ein Vakuum hinsichtlich der (von der WEKO genehmigten) Festlegung der DMIF, welches die Beschwerdeführerin mit einer Fortsetzung der EVR I (als vorsorgliche Massnahme) beheben möchte. Letzteres aber liesse sich gerade deswegen nicht bewerkstelligen, weil einerseits die (Befristung der) Genehmigung der EVR I durch die WEKO unangefochten geblieben und abgelaufen ist, andererseits diejenigen Parteien, welche die EVR I wieder anwenden müssten, durch den Abschluss der EVR II bewusst davon Abstand genommen haben, zumindest in Bezug auf die Festlegung der DMIF. Angesichts der vertraglichen Natur der EVR wäre es dem Bundesverwaltungsgericht jedenfalls verwehrt, den Parteien der EVR I die Anwendung einer ganz bestimmten DMIF, wie von der Beschwerdeführerin verlangt, zu befehlen, zumal deren Umsetzung erst noch über die Stimmabgabe in privatrechtlich organisierten Kartengremien erfolgen müsste.

E. 5.1.5

Wenn die EVR II aber aufgehoben bzw. ein Verbot an die Parteien, die darin verankerte DMIF-Berechnung anzuwenden, verhängt würde, ohne dass die bisherige DMIF, wie von der Beschwerdeführerin beantragt, wieder in Kraft gesetzt werden könnte, stiesse deren Rechtsbegehren ins Leere. Insbesondere könnte und kann in den Kartengremien nach wie

vor eine andere (tiefere) als die bisherige DMIF beschlossen werden. Mit dem autoritativen Festsetzen einer bestimmten DMIF würde das Bundesverwaltungsgericht hingegen in eine privatautonome Regelung (durch die Kartengremien) eingreifen, deren kartellrechtliche Implikationen juristisch nicht abschliessend beurteilt worden sind. Eine entsprechende Würdigung im vorinstanzlichen Verfahren ist naturgemäss unterblieben (vgl. dazu BILGER, a.a.O., S. 343 und ZIRLICK/TAGMANN, a.a.O., Art. 29 N. 85 f., siehe dort auch N. 95 und 104) und könnte mangels Entscheidungsreife (bzw. beendeter Untersuchung) auch nicht direkt vom Bundesverwaltungsgericht vorgenommen werden.

E. 5.1.6

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

E. 5.1.7

Demzufolge könnte eine Gutheissung des Antrags der Beschwerdeführerin, den "Vertragsparteien" der EVR II sei zu verbieten, die dort verankerte DMIF-Berechnung anzuwenden, das mit der Beschwerde verfolgte Ziel nicht erreichen. Die betreffenden Parteien könnten nämlich beispielsweise eine DMIF beschliessen und anwenden, welche nur minimal (symbolisch) von derjenigen gemäss EVR II abweiche. In Anbetracht dessen fehlt der Beschwerdeführerin das für die Rechtsmittellegitimation erforderliche (schutzwürdige) praktische Interesse.

E. 5.2

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

E. 5.3

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

E. 5.4

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

E. 5.5

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

E. 5.6

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

E. 5.7

Die Argumentation der Beschwerdeführerin stützt sich massgeblich auf die Annahme, die involvierten Parteien seien gezwungen gewesen, die EVR II bzw. die darin verankerte

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

E. 5.8

In der angefochtenen Verfügung vom 25. Januar 2010 hielt die WEKO fest, die Erträge der Issuer an der DMIF machten rund [...] der Gesamterträge aus. Diese Erträge würden nun um rund [...] % gesenkt. Damit führe die Senkung nicht zu derartigen Ertragsausfällen, dass mit Marktaustritten von Issuern zu rechnen sei. Überdies sei es nach Auffassung der WEKO nicht überzeugend, die Erträge aus der Bonus Card im selben Masse zu reduzieren wie die DMIF. Die Kommissionen für die Bonus Card könnten von Jelmoli frei bestimmt werden und seien wesentlich höher als die DMIF, da der Bonus Card auch eine Kundenbindungsfunktion zukomme. Sie hätten auch eine stark abweichende Struktur und setzten sich aus einer Abwicklungskommission, einem Werbebeitrag, Bonuspunkten sowie Gutschein-Einlösungen zusammen. Würden die nach Auffassung der WEKO einzig relevanten Erträge aus der DMIF berücksichtigt, so ergäben sich eine Reduktion der Einnahmen von nur noch Fr. [...] und ein Geschäftsverlust von Fr. [...]. Zudem gelte es zu berücksichtigen, dass Jelmoli aufgrund seiner neuen Kooperation mit den SBB über ein erhebliches Potenzial zur Ausweitung seiner Geschäftstätigkeit und Realisierung entsprechender Grössenvorteile besitze. Dazu erklärt die Beschwerdeführerin, es sei eine mathematische Tatsache, dass sie bei einer DMIF von [...] % im Vergleich zu einer DMIF von [...] % weniger Ertrag aus Kreditkartenumsätzen erwirtschaftete. Konkret ergebe sich ein Delta von [...] %, das sich mathematisch zwingend in der Buchhaltung der Beschwerdeführerin niederschlagen werde. Hinzu komme, dass das aus der Senkung der DMIF resultierende Minus in ihrer Buchhaltung unwiederbringlich verloren sei. Die Beschwerdeführerin vermag die soeben wiedergegebenen Argumente der WEKO nicht zu entkräften. Nirgends erläutert sie in substantiiertes, überzeugender Weise, weshalb sie trotz des beschränkten Umfangs der DMIF-Senkung und ungeachtet des Vorhandenseins weiterer Einnahmekomponenten infolge der angefochtenen Verfügung unzumutbare Einbussen gewärtigen müsste und aus dem Markt gedrängt werden sollte. Sie hat es auch unterlassen, entsprechende Beweismittel vorzulegen. Im Wesentlichen hat sie sich auf nicht belegte Behauptungen und ein pauschales Bestreiten der vorinstanzlichen Argumentation beschränkt, ohne sich etwa mit der Frage auseinanderzusetzen, inwiefern eine Ausweitung ihrer Geschäftsfelder kompensatorische Effekte nach sich ziehen könnte.

E. 5.9

Wie die Beschwerdeführerin in ihrer Stellungnahme an das Bundesverwaltungsgericht vom 12. April 2010 selbst einräumt, beläuft sich ihr "kumulierter Verlustvortrag" bereits ohne DMIF-Senkung per 31. Dezember 2009 auf Fr. [...]. Eine Senkung der DMIF per 1. Mai 2010 zeitige auf der Basis der auditierten Geschäftszahlen für das Jahr 2009 einen Einnahmenverlust (bis Ende 2010) von Fr. [...]. Bei einem Aktienkapital von Fr. [...] und gesetzlichen Reserven von Fr. [...] seien daher die "Folgen der (vorläufigen!) Intervention

der Vorinstanz offensichtlich fatal" für die Beschwerdeführerin. Wenn diese jedoch schon unter dem Regime der EVR I, welches sie beibehalten will, beträchtliche Verluste angehäuft hat, wäre das von ihr skizzierte Szenario, sollte es denn eintreten, kaum der hier zu beurteilenden Verfügung der WEKO bzw. der EVR II anzulasten.

E. 5.10

Gemäss Buchstabe A. Absatz h5. des Dispositivs der angefochtenen Verfügung haben sich die Parteien der EVR II verpflichtet, diese selbst dann zu implementieren, wenn sie aufgrund einer Beschwerde gegen den Genehmigungsentscheid der WEKO nicht in formelle Rechtskraft erwachsen sollte. Darin sieht die Beschwerdeführerin eine Ausserkraftsetzung jeglichen Rechtsschutzes durch die WEKO, weshalb sie eventualiter beantragt, es sei die Unverbindlichkeit der EVR II und namentlich der vorgenannten Verpflichtung festzustellen. Ihrer Ansicht nach ist nämlich "zu befürchten, dass sich die Parteien der ER II an die Ziff. h5. der ER II gebunden fühlen könnten und diese aus Unsicherheit über die Konsequenzen ihrer Missachtung umsetzen werden". Ob die zitierte Bestimmung aber tatsächlich unverbindlich ist (vgl. dazu etwa ZIRLICK/TAGMANN, a.a.O., Art. 29 N. 39), braucht hier nicht geprüft zu werden, weil, wie oben (E. 5.7) bereits dargelegt wurde, keine Anhaltspunkte für unzulässigen Druck seitens der WEKO oder ihres Sekretariates auf die Vertragsparteien bestehen. Mit anderen Worten ist davon auszugehen, dass sich die Unterzeichner der EVR II bewusst und ohne Zwang für die (mindestens vorübergehende) Beseitigung eines Sanktionsrisikos entschieden und in diesem Rahmen auch eine Klausel unterschrieben, welche ihre Absicht bekräftigt, die EVR II im (privatrechtlich verfassten) Kartengremium umsetzen zu wollen. Letzteres hätten sie - gerade angesichts der Sanktionsdrohung - auch unabhängig vom Abschluss einer EVR (II) tun können, allerdings mit Abstrichen in Bezug auf die Rechtssicherheit. Sie könnten es selbst dann beschliessen, wenn die Verpflichtungserklärung unverbindlich wäre, denn die Vorinstanz bzw. das Gericht kann, wie oben (E. 5.1.4) ausgeführt wurde, nicht in die privatautonome Willensbildung des Kartengremiums eingreifen, um dessen Mitglieder zur Aushandlung einer neuen EVR bzw. zur Festsetzung einer DMIF in bestimmter Höhe zu veranlassen.

E. 6

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

E. 7

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

E. 8

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

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