

BVGer B-4037/2007 vom 29. Februar 2008

Bundesverwaltungsgericht, 2008-02-29, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_B-4037_2007

FR: TAF B-4037/2007 du 29 février 2008

IT: TAF B-4037/2007 del 29 febbraio 2008

Regeste

Kartelle

Erwägungen

E. 1.1

Der angefochtene Entscheid vom 7. Mai 2007, in welchem die Wettbewerbskommission auf das Gesuch um Eröffnung einer Untersuchung und Erlass einer Feststellungsverfügung nicht eingetreten ist, stellt eine Verfügung im Sinne von Art. 5 Abs. 1 Bst. c VwVG dar. Das Bundesverwaltungsgericht, das gemäss Art. 31 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 VwVG beurteilt, ist nach Art. 33 Bst. f VGG (i.V.m. Art. 47 Abs. 1 Bst. b VwVG) für die Behandlung der vorliegenden Streitsache zuständig, zumal keine Ausnahme nach Art. 32 VGG vorliegt. Angesichts des vorhandenen Anfechtungsobjektes bleibt kein Raum, die Eingabe der Beschwerdeführerinnen im Sinne des gestellten Eventualantrages gestützt auf Art. 46a VwVG als Rechtsverweigerungsbeschwerde entgegenzunehmen.

E. 1.2

Die Beschwerdeführerinnen haben am Verfahren vor der Vorinstanz teilgenommen und sind durch die angefochtene Verfügung besonders berührt. Sie haben ein als schutzwürdig anzuerkennendes Interesse an deren Aufhebung oder Änderung, weshalb sie zur Beschwerde legitimiert sind (Art. 48 Abs. 1 VwVG). Eingabefrist und -form sind gewahrt (Art. 50 und 52 Abs. 1 VwVG), der Vertreter hat sich rechtsgenügend ausgewiesen (Art. 11 VwVG), der Kostenvorschuss wurde fristgemäss bezahlt (Art. 63 Abs. 4 VwVG), und die übrigen Sachurteilsvoraussetzungen liegen vor (vgl. Art. 46 ff. VwVG). Auf die Beschwerde ist somit einzutreten.

E. 2

Das Kartellgesetz bezweckt, volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen von Kartellen und anderen Wettbewerbsbeschränkungen zu verhindern und damit den Wettbewerb im Interesse einer freiheitlichen marktwirtschaftlichen Ordnung zu fördern (Art. 1 KG). Es gilt für Unternehmen des privaten und öffentlichen Rechts, unabhängig von ihrer Rechts- oder Organisationsform, die Kartell- oder andere Wettbewerbsabreden treffen, Marktmacht ausüben oder sich an Unternehmenszusammenschlüssen beteiligen (vgl. Art. 2 KG).

E. 2.1

Nach Art. 4 Abs. 1 KG gelten als Wettbewerbsabreden rechtlich erzwingbare oder nicht erzwingbare Vereinbarungen sowie aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen von Unternehmen gleicher oder verschiedener Marktstufen, die eine Wettbewerbsbeschränkung

bezwecken oder bewirken. Laut Art. 5 Abs. 1 KG sind Abreden unzulässig, die den Wettbewerb auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen erheblich beeinträchtigen und sich nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen lassen, sowie Abreden, die zur Beseitigung wirksamen Wettbewerbs führen. Gemäss Art. 5 Abs. 2 KG sind Wettbewerbsabreden durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt, wenn sie: "a. notwendig sind, um die Herstellungs- oder Vertriebskosten zu senken, Produkte oder Produktionsverfahren zu verbessern, die Forschung oder die Verbreitung von technischem oder beruflichem Wissen zu fördern oder um Ressourcen rationeller zu nutzen; und b. den beteiligten Unternehmen in keinem Fall Möglichkeiten eröffnen, wirksamen Wettbewerb zu beseitigen." Nach Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG wird die Beseitigung wirksamen Wettbewerbs bei Abreden über die direkte oder indirekte Festsetzung von Preisen vermutet, sofern solche Abreden zwischen Unternehmen getroffen werden, die tatsächlich oder der Möglichkeit nach miteinander im Wettbewerb stehen.

E. 2.2

Das Sekretariat bereitet die Geschäfte der Wettbewerbskommission vor, führt die Untersuchungen durch und erlässt zusammen mit einem Mitglied des Präsidiums die notwendigen verfahrensleitenden Verfügungen (vgl. Art. 23 Abs. 1 KG). Das Sekretariat kann Vorabklärungen von Amtes wegen, auf Begehren von Beteiligten oder auf Anzeige von Dritten hin durchführen. Das Sekretariat kann Massnahmen zur Beseitigung oder Verhinderung von Wettbewerbsbeschränkungen anregen (vgl. Art. 26 KG). Bestehen Anhaltspunkte für eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung, so eröffnet das Sekretariat im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums eine Untersuchung (Art. 27 Abs. 1 KG). Die Wettbewerbskommission trifft die Entscheide und erlässt Verfügungen, die nicht ausdrücklich einer anderen Behörde vorbehalten sind (Art. 18 Abs. 3 KG). Sie entscheidet auf Antrag des Sekretariates mit Verfügung über die zu treffenden Massnahmen oder die Genehmigung einer einvernehmlichen Regelung (Art. 30 Abs. 1 KG).

E. 2.3

Verstösse werden vom Sekretariat im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums untersucht. Sie werden von der Wettbewerbskommission beurteilt (Art. 53 Abs. 1 KG).

E. 2.3.1

Unter der Marginalie "Sanktion bei unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen" sieht Art. 49a Abs. 1 KG Folgendes vor: "Ein Unternehmen, das an einer unzulässigen Abrede nach Artikel 5 Absätze 3 und 4 beteiligt ist oder sich nach Artikel 7 unzulässig verhält, wird mit einem Betrag bis zu 10 Prozent des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Umsatzes belastet. Artikel 9 Absatz 3 ist sinngemäss anwendbar. Der Betrag bemisst sich nach der Dauer und der Schwere des unzulässigen Verhaltens. Der mutmassliche Gewinn, den das Unternehmen dadurch erzielt hat, ist angemessen zu berücksichtigen."

E. 2.3.2

Nach Art. 49a Abs. 3 Bst. a KG entfällt diese Belastung wenn: "das Unternehmen die Wettbewerbsbeschränkung meldet, bevor diese Wirkung entfaltet. Wird dem Unternehmen innert fünf Monaten nach der Meldung die Eröffnung eines Verfahrens nach den Artikeln 26-30 mitgeteilt und hält es danach an der Wettbewerbsbeschränkung fest, entfällt die Belastung nicht;"

E. 2.4

Die Einzelheiten zur Meldung nach Art. 49a Abs. 3 Bst. a KG sind in den Art. 15 bis 19 der KG-Sanktionsverordnung vom 12. März 2004 (SVKG, SR 251.5) geregelt. Insbesondere Art. 19 SVKG (mit der Marginalie "Widerspruchsverfahren") hält präzisierend fest, dass für den gemeldeten Sachverhalt eine Sanktion nach Art. 49a Abs. 1 KG entfällt, wenn dem Unternehmen innerhalb von fünf Monaten nach Eingang der Meldung keine Eröffnung eines Verfahrens nach den Artikeln 26 - 30 KG mitgeteilt wird.

E. 2.5

Nach Art. 39 KG sind auf kartellverwaltungsrechtliche Verfahren die Bestimmungen des VwVG anwendbar, soweit das KG nicht davon abweicht.

E. 3.1

Die Wettbewerbskommission hat den Beschwerdeführerinnen im angefochtenen Nichteintretensentscheid ein schutzwürdiges Interesse am Erlass einer Feststellungsverfügung zur Frage abgesprochen, ob die am 30. Juli 2004 dem Sekretariat gemeldete DMIF für inländische Maestro-Transaktionen in der Höhe von 0.4 % kartellgesetzkonform sei. Die Vorinstanz hat die Anliegen der Beschwerdeführerinnen nicht materiell behandelt und daher keine Entscheidung in der Sache, sondern lediglich einen formellen Prozessentscheid getroffen. Angesichts des hier eingeschränkten Streitgegenstandes hat das Bundesverwaltungsgericht nur zu prüfen, ob die Vorinstanz auf den entscheidungswesentlichen Hauptantrag der Beschwerdeführerinnen auf Erlass einer Feststellungsverfügung zu Recht nicht eingetreten ist. Sollte dies nicht der Fall sein, wäre die Beschwerde gutzuheissen, der angefochtene Akt aufzuheben und die Sache zum Erlass einer entsprechenden Feststellungsverfügung an die Vorinstanz zurückzuweisen (Art. 61 Abs. 1 VwVG). Erwies sich demgegenüber der angefochtene Nichteintretensentscheid hinsichtlich der verneinten Zulässigkeit einer Feststellungsverfügung als rechtmässig, so wäre die Beschwerde abzuweisen (vgl. Urteil des Bundesgerichts 2A.18/2007 vom 8. August 2007 E. 1.3; BGE 129 V 289 E. 3; BVGE B-1519/2007 vom 21. September 2007 E. 1.4 mit Hinweisen).

E. 3.2

Die vorliegende Streitsache wirft grundlegende Fragen zum Kartellverwaltungsverfahren auf, zumal die Beschwerdeführerinnen letztlich eine verfassungskonforme Auslegung der für massgeblich erachteten Normen verlangen, um die von ihnen erwünschte Rechtssicherheit zur Frage zu erhalten, ob die von ihnen mitgetragene, neu einzuführende "DMIF Maestro" kartellgesetzkonform sei. Deshalb sind nachfolgend zunächst im Einzelnen die von der Vorinstanz (E. 3.2.1) und den Beschwerdeführerinnen (E. 3.2.2) vertretenen Standpunkte darzustellen, bevor deren Stichhaltigkeit geprüft werden kann (E. 4 ff.).

E. 3.2.1

Die Vorinstanz lehnt die Eröffnung einer Untersuchung mit dem Argument ab, eine solche werde nach Ermessen eröffnet, wenn hinreichende Anhaltspunkte für das Vorliegen einer unzulässigen Wettbewerbsbeschränkung bestünden. Dies sei der Fall, wenn das öffentliche Interesse berührende Wettbewerbsbeschränkungen existierten, die rechtlich unzulässig seien (wegen erheblicher Beeinträchtigung oder Beseitigung des Wettbewerbs bzw. mangels Rechtfertigungsgründen). Demgegenüber bestehe keine Pflicht eine Untersuchung

zu eröffnen, wenn eine Abrede von vornherein den Wettbewerb auf dem relevanten Markt nicht zu beschränken vermöge, weil sie keinen Wettbewerbsparameter betreffe oder weil sie sich - mangels Umsetzung - im Markt nicht auswirke. Ein Anspruch auf Eröffnung einer Untersuchung bestehe nach herrschender Meinung nicht. Ferner stelle die behördliche Ablehnung, eine Untersuchung zu eröffnen, keine Verfügung dar. Bisher sei die gemeldete DMIF nicht eingeführt worden, weshalb gegenwärtig keine Wettbewerbsbeschränkung bestehe, deren Auswirkungen Anlass für eine Untersuchung bilden könnte. Im Schlussbericht des Sekretariats werde die geplante DMIF und die vorgetragenen Rechtfertigungsgründe beurteilt. Daher konnten die Beschwerdeführerinnen die behördlichen Zweifel an der wettbewerbsrechtlichen Zulässigkeit der DMIF und wüssten, dass bei einer Realisierung des Vorhabens eine Untersuchung eröffnet würde. Es sei nicht ersichtlich, weshalb umgehend eine Untersuchung einzuleiten wäre. Eine solche bezwecke, die kartellrechtliche Zulässigkeit eines bestimmten Verhaltens zu klären. Indes könne eine wettbewerbsrechtliche Würdigung nur erfolgen, wenn Beweis über alle Tatbestandselemente geführt werden könne. Hier jedoch könnte nur ein hypothetischer Sachverhalt gewürdigt werden. Dies widerspräche dem Konzept des Kartellgesetzes, weil die prospektive Beurteilung einer erst geplanten Abrede von deren (zukünftigen) Auswirkungen auf den Markt abhängig gemacht werden müsste. Solche "bedingte" Verfügungen seien dem Verwaltungsverfahren des Bundes fremd. Auch den Anspruch auf Erlass einer Feststellungsverfügung lehnt die Vorinstanz mit dem Hinweis ab, es liege weder eine feststellungsfähige "Einzelrechtsfrage" noch das dafür notwendige Feststellungsinteresse vor. Die Beschwerdeführerinnen verlangten mit ihrem Feststellungsgesuch einen Entscheid in der Sache, das heisst eine abstrakte Feststellung zur Zulässigkeit einer umfassenden Verhaltensweise, mithin die Prüfung der gemeldeten DMIF-Abrede im Lichte von Art. 5 KG. Dies aber sprengt den Rahmen der vorausgesetzten Einzelrechtsfrage, in dem sich Feststellungsentscheide bewegen. In diesem Sinne könne nach der Rechtsprechung der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen (REKO/WEF) die Frage der Zulässigkeit einer untersuchten Verhaltensweise nicht Gegenstand eines Feststellungsverfahrens sein. Ferner erachtet die Vorinstanz unter Verweis auf die Materialien die verfassungsrechtlichen Bedenken für haltlos, welche die Beschwerdeführerinnen angesichts der Normunbestimmtheit der sanktionierbaren Tatbestände gestützt auf die bundesrätliche Botschaft vom 7. November 2001 über die Änderung des Kartellgesetzes (BB1 2002 2022, nachfolgend: Botschaft 2001) und das von RENÉ RHINOW und ANDRÁS A. GUROVITS ausgearbeitete Gutachten vom 5. Juli 2001 "über die Verfassungsmässigkeit der Einführung von direkten Sanktionen im Kartellgesetz" (RPW 2001/3, S. 592 ff., nachfolgend: Gutachten Rhinow/Gurovits) vorbringen. Die Vorinstanz verneint ein Feststellungsinteresse auf "vorgängige Klarstellung der Rechtslage" und hält dazu fest, die Ausgestaltung des Melderechts bzw. die Abwicklung des Meldeverfahrens seien in der Botschaft nicht behandelt und im Kartellgesetz nicht festgelegt worden. Laut Botschaft hätte die damals vorgesehene Regelung der Meldung nach Art. 49a Abs. 3 Bst. a KG Sanktionen generell entfallen lassen, weshalb Unternehmen gemeldetes Verhalten ohne Sanktionsrisiko hätten umsetzen können. Erst im Rahmen der parlamentarischen Beratungen sei - zur Verhinderung von Missbräuchen im Meldewesen - die Fünfmonatsfrist eingeführt worden, während der ein kartellrechtliches Verfahren eröffnet werden müsse, damit das Sanktionsrisiko "wiederauflebe". Nach dieser Regelung entfalle eine Sanktionierung nur, wenn innerhalb von fünf Monaten kein Verfahren nach den Art. 26 ff. KG eröffnet werde oder wenn die

Unternehmen nach Eröffnung eines solchen Verfahrens ihr wettbewerbsbeschränkendes Verhalten aufgeben. Die Zulässigkeit von Feststellungsverfügungen werde weder im Kartellgesetz noch in den Materialien behandelt. Eine allfällige Normunbestimmtheit der kartellgesetzlichen Tatbestände habe bereits vor der Einführung direkter Sanktionen und der Meldemöglichkeit existiert. Für die Konkretisierung unbestimmter Rechtsbegriffe seien die Bekanntmachungen nach Art. 6 KG sowie die Bundesratsverordnungen vorgesehen. Die Vorinstanz wirft den Beschwerdeführerinnen schliesslich vor, das Wesen der Meldung nach Art. 49a Abs. 3 Bst. a KG zu verkennen, wenn sie rügten, ihnen sei angesichts der Bussenandrohung nicht zuzumuten, die DMIF einzuführen, um - als einzige Alternative zur Feststellungsverfügung - ein Untersuchungs- bzw. Sanktionsverfahren zu provozieren. Nach Auffassung der Vorinstanz betreffe das Meldeverfahren nicht die Zulässigkeit des gemeldeten Verhaltens, sondern nur dessen allfällige Sanktionierbarkeit; es beseitige die Ungewissheit bezüglich der Sanktionierbarkeit des gemeldeten Verhaltens. Werde innerhalb von fünf Monaten ein Verfahren im Sinne der Art. 26 ff. KG eröffnet, wüssten die meldenden Unternehmen, dass ihr Verhalten sanktioniert werden könnte, falls es in einer nachfolgenden Untersuchung für unzulässig erklärt würde. Mit diesem Wissen könnten sich die Unternehmen entscheiden, ob sie ihr Verhalten aufgeben bzw. auf eine Umsetzung verzichten wollen, wenn sie damit noch zugewartet haben. Für die Beantwortung der Frage der materiellrechtlichen Zulässigkeit gelte das bisherige System, wonach die (meldenden bzw. nicht meldenden) Unternehmen ihr Verhalten selbst beurteilen müssten. Insofern befänden sich die Beschwerdeführerinnen nicht im Ungewissen hinsichtlich des Risikos direkter Sanktionen. Das Meldeverfahren nach Art. 49a Abs. 3 Bst. a KG verschaffe somit Rechtssicherheit bezüglich eines allenfalls bestehenden Sanktionsrisikos. Indes sei dieses Verfahren nicht dazu da, die Zulässigkeit geplanter Verhaltensweisen abstrakt überprüfen zu lassen. Im Unterschied zum vormals geltenden Recht der Europäischen Union habe der Kartellgesetzgeber keine "Freistellungen" von Absprachen vorgesehen. Diese Rechtslage entspreche der heute in der EU geltenden Regelung des grundsätzlichen Verbots von Wettbewerbsabreden mit Legalausnahme. Danach hätten die Unternehmen selbst zu prüfen, ob ein Erlaubnistatbestand gegeben sei. Daher sei das Ansinnen der Beschwerdeführerinnen abzulehnen, hier gestützt auf die Praxis zum Feststellungsinteresse ein vom Gesetzgeber nicht vorgesehenes Freistellungsverfahren im Sinne des früheren europäischen Rechts einzufordern, welches das kartellgesetzliche Durchsetzungsinstrumentarium unzulässig erweitern würde. Mit Hilfe des Schlussberichts vom 4. Juli 2006 und der Verfügung vom 5. Dezember 2005 in Sachen "Kreditkarten/Interchange Fee" (zitiert im Sachverhalt unter A.f) könnten sich die Beschwerdeführerinnen ein Bild über die kartellrechtliche Problematik ihrer geplanten Abrede machen. Ihnen sei zuzumuten, selbst über die Einführung einer DMIF im Maestro-System zu entscheiden, zumal sie die maximale Rechtssicherheit erhielten, welche das Kartellgesetz vorsehe. Dort sei insbesondere kein Verfahren statuiert, das erlauben würde, die materiellrechtliche Zulässigkeit geplanter Verhaltensweisen abstrakt überprüfen zu lassen.

E. 3.2.2

Dem halten die Beschwerdeführerinnen entgegen, angesichts des Sanktionsrisikos hätten sie nach Art. 25 Abs. 2 VwVG ein schützenswertes Interesse, in einer Feststellungsverfügung zu erfahren, ob die geplante DMIF zulässig sei. Nur so hätten sie bei deren Einführung keine direkten Sanktionen zu befürchten. Die Vorinstanz missverstehe die Rechtsprechung der REKO/WEF, wenn sie ein Feststellungsverfahren innerhalb von kartellgesetzlichen Verfahren für unzulässig halte. Rechtsprechungsgemäss seien auch

"Feststellungsbegehren bezüglich zukünftiger Rechte und Pflichten" denkbar, wobei die Praxis zu Art. 25 VwVG das von der Vorinstanz eingeführte Kriterium der "Einzelrechtsfrage" nicht kenne. Vorliegend sei eine individuell konkrete Rechtslage - d.h. "konkret die Zulässigkeit der MIF Maestro" - zu klären. Die angefochtene Verfügung setze unzulässigerweise das Begriffspaar "gegenwärtig"/"zukünftig" mit dem Begriffspaar "individuell-konkret"/"generell-abstrakt" gleich. Ein Interesse an der sofortigen Feststellung sei zu bejahen, weil sie sonst auf eine günstige Massnahme (d.h. auf die mit der DMIF-Einführung verbundenen Erträge) verzichten müssten. Ferner könne die strittige Frage nicht ohne unzumutbare Nachteile durch eine rechtsgestaltende Verfügung beurteilt werden. Ohne Feststellungsverfügung bliebe nur der Weg, die DMIF einzuführen, um "ein Sanktionsverfahren zu provozieren". Dies sei jedoch gemäss BGE 97 I 852 unzumutbar, da eine "massive Busse" drohe. Die Verweigerung einer Feststellungsverfügung käme de facto einer Verbotsverfügung gleich, da wegen des "massiven Bussgeldrisikos" die DMIF nicht eingeführt werden könnte. Dies wäre stossend, weil dagegen kein Rechtsmittel offen stünde, was dem in Art. 6 Ziff. 1 der Konvention vom 4. November 1950 zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK, SR 0.101) verankerten Recht auf Zugang zu einem Gericht widerspräche. Dies gelte um so mehr, als die im Schlussbericht vorgenommene vorläufige Beurteilung der "MIF Maestro" in wesentlichen Punkten "in eklatantem Widerspruch zur Beurteilung der 'MIF Maestro' für inländische VISA- und MasterCard Kreditkartentransaktionen und der Praxis der Europäischen Kommission" stehe. Ferner widerspreche dieser Sekretariatsbericht auch einem weiteren Schlussbericht vom 6. Juni 2006 "betreffend Gebühr für den Bargeldbezug an Bancomaten beziehungsweise Postomaten ('ATM Service-Fee', 'Standortentschädigung')" (vgl. RPW 2006/3, S. 420 ff.). Fälschlicherweise werde auch der Anspruch auf Eröffnung einer Untersuchung verneint. Das Bundesgericht bzw. die REKO/WEF hätten diesen Anspruch bisher nur Dritten abgesprochen, die den zivilrechtlichen Weg hätten beschreiten können. Im Unterschied dazu seien bisher nie direkte Sanktionen gegenüber Antragsstellenden gerichtlich beurteilt worden, denen - wie hier - der zivilrechtliche Weg verschlossen sei. Das Gleichbehandlungsgebot sowie das Willkürverbot lasse der Vorinstanz keinen Ermessensspielraum bei der Frage, ob eine Untersuchung zu eröffnen sei, nachdem für den Fall einer Umsetzung der gemeldeten DMIF eine Untersuchung (und damit ein Sanktionsverfahren) angekündigt worden sei. Entgegen der zu engen Interpretation, wonach gestützt auf Art. 27 KG nur vergangenes oder gegenwärtiges Verhalten untersucht werden könne, komme auch zukünftiges Verhalten als Untersuchungsgegenstand in Frage, wie die höchstrichterliche Rechtsprechung in BGE 98 Ib 457 E. 6b zeige. Qualitativ unterscheide sich die im Rahmen eines Feststellungsverfahrens zu treffende Ermittlung zukünftiger Sachverhalte nicht von der Sachverhaltsermittlung in anderen Verfahren der Vorinstanz. Deren Auffassung würde konsequent zu Ende gedacht dazu führen, dass immer dann, wenn ein Vorhaben nach einer Meldung nicht umgesetzt würde, auch keine Vorabklärung eröffnet werden dürfte, zumal die Voraussetzungen für die Eröffnung einer Untersuchung nicht gegeben wären, zu deren Vorbereitung die Vorabklärung als Triageverfahren dient. Die künstliche Unterscheidung zwischen Untersuchung, Vorabklärung und Feststellungsverfahren gehe fehl, da die Feststellung der Zulässigkeit einer Verhaltensweise kein eigenes Verfahren darstelle, sondern im Rahmen einer Untersuchung erfolgen müsse. Die Schaffung des Instituts der Meldung nach Art. 49a Abs. 3 Bst. a KG habe Auswirkungen auf die Voraussetzungen für die Eröffnung einer Untersuchung. Neu beinhalte dieses Institut den Anspruch auf Erlass der nachgesuchten

Feststellungsverfügung. Das anlässlich der Kartellgesetzrevision im Auftrag des Bundesrates erstellte Gutachten RHINOW/GUROVITS halte fest, dass die Vorinstanz, wenn sie eine gemeldete Verhaltensweise für unzulässig erachte, diesen Befund in einer anfechtbaren Verfügung festhalten müsse. Diesen Ausführungen sei in den parlamentarischen Beratungen nicht widersprochen worden. Insbesondere das anlässlich der parlamentarischen Beratungen eingeführte "Widerspruchsverfahren" erlaube keinen anderen Schluss. Dieses sei nur geschaffen worden, um zu vermeiden, dass Verhaltensweisen gemeldet und bis zum Abschluss des Instanzenzuges jahrelang sanktionsfrei praktiziert werden könnten. Demgegenüber sei nie beabsichtigt worden, den Parteien einen Anspruch auf Feststellungsverfügungen zu versagen. Vielmehr habe sich der Kartellgesetzgeber gegen das in der EU geschaffene System der Selbsteinschätzung entschieden, nachdem das in Art. 49a Abs. 3 Bst. a KG vorgesehene Institut der Meldung kein "Pendant" zur gegenwärtig in der EU geltenden Rechtslage kenne. Zwar treffe es zu, dass sich der Kartellgesetzgeber auch gegen das in der EU vorher bis Ende April 2004 geltende Anmeldesystem entschieden habe. Dennoch sei es dem Gesetzgeber bei der Schaffung des Meldeverfahrens auch um eine definitive Klärung der Rechtslage gegangen. Jedenfalls könne aus der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zur Meldefähigkeit übergangsrechtlicher Sachverhalte nicht abgeleitet werden, dass mit der Einleitung einer Vorabklärung ein Grad an Rechtssicherheit geschaffen würde, der hier ein Feststellungsinteresse entfallen liesse.

E. 4

Vorab beklagen die Beschwerdeführerinnen eine unhaltbare, rechtsunsichere Situation, weil unklar sei, ob die geplante "DMIF Maestro" zulässig sei. Die Vorinstanz teilt diese Ansicht nicht. Daher ist zunächst zu klären, ob hier ein Ausmass an Rechtsunsicherheit besteht, das die Notwendigkeit der nachgesuchten Rechtsvorkehren nahe legen könnte.

E. 4.1

Unbestrittenermassen liegen der vorliegenden Streitsache komplizierte wirtschaftliche Verhältnisse zu komplexen Aspekten der inländischen Zahlungsverkehrsstruktur zu Grunde (vgl. zum Bargeldsubstitutionsprozess durch private Zahlungsnetzwerke: Beschwerdeentscheid der REKO/WEF FB/2003-4 vom 9. Juni 2005 E. 7.4 Kreditkarten NDK, veröffentlicht in RPW 2005/3, S. 530 ff. mit Hinweisen insbesondere auf Ruedi Minsch/Urs Bernegger, Cards '02. Analyse und Entwicklungsperspektiven des Schweizer Kartenmarktes - Studie unter der Projektleitung von Prof. Dr. Franz Jaeger, St. Gallen 2002, und Wolfgang Gebauer, Geld und Währung, 2. Aufl., Frankfurt am Main 2004, S. 361; weiterführend: Dieter Suhr/Hugo Godschalk, Optimale Liquidität - Eine liquiditätstheoretische Analyse und ein kreditwirtschaftliches Wettbewerbskonzept, Frankfurt am Main 1986, S. 33 f., 55 ff.; Bernard A. Lietaer, Das Geld der Zukunft, 2. Aufl., München 1999, S. 141 ff.; Bernd Senf, Giralgeldschöpfung der Geschäftsbanken, in: derselbe, Der Tanz um den Gewinn, Lütjenburg 2004, S. 88 ff.; Hans Christoph Binswanger, Die Wachstumsspirale - Geld, Energie und Imagination in der Dynamik des Marktprozesses, Marburg 2006, S. 114 ff., 298 ff.; vgl. zur Komplexität des Netzwerkes der Debitkarte Maestro: Schlussbericht vom 4. Juli 2006, Ziff. 69 f., zitiert im Sachverhalt unter A.k): Das von den Beschwerdeführerinnen mitgestaltete mehrstufig aufgebaute und interdependent funktionierende Netzwerk für Maestro-Debitkarten stellt die an der Neueinführung der DMIF interessierten Unternehmen vor die schwierige Aufgabe, die Kartellgesetzkonformität dieser DMIF einzuschätzen, um dem Risiko direkter Sanktionen

nach Art. 49a Abs. 1 KG entgegen zu können. Denn seit der Eröffnung der Vorabklärung am 15. September 2004 wissen die Beschwerdeführerinnen gestützt auf Art. 49a Abs. 3 Bst. a KG, dass ein Sanktionsrisiko besteht, sollten sie die DMIF im Maestro-Debitkartennetzwerk einführen (vgl. dazu im Einzelnen: E. 5.1). Wenig hilfreich ist in dieser Situation der vom Sekretariat verfasste Schlussbericht. Diesem vermögen die Beschwerdeführerinnen lediglich zu entnehmen, dass sie bei einer Umsetzung des geplanten Vorhabens (nach durchgeführter Untersuchung allenfalls) sanktioniert werden könnten, ohne aber verlässlich einschätzen zu können, wie hoch dieses Risiko effektiv ist bzw. unter welchen Voraussetzungen allenfalls eine Sanktionierung vermeidbar wäre. Denn das Sekretariat - als Untersuchungsbehörde (Art. 23 Abs. 1 KG) - hütet sich davor, in seinem Bericht eine klare Aussage hinsichtlich der kartellgesetzlichen Zulässigkeit der DMIF abzugeben - dies mit der Begründung, die Wettbewerbsauswirkungen einer realisierten DMIF innerhalb des Maestro-Netzwerkes seien im jetzigen Zeitpunkt nicht hinreichend konkret abschätzbar. Entgegen der Kritik der Beschwerdeführerinnen ist dieses Vorgehen des Sekretariats nicht zu beanstanden, da Wirtschaftsprognosen grundsätzlich unsicher und oftmals nur bedingt möglich sind (vgl. grundlegend: Karl-Heinz Brodbeck, Warum Prognosen in der Wirtschaft scheitern, praxis perspektiven 5 (2002), S. 55 ff., veröffentlicht im Internet unter:

www.fh-wuerzburg.de/professoren/bwl/brodbeck/pp5/brodbeck.pdf, besucht am 27. Februar 2008; derselbe in: Die fragwürdigen Grundlagen der Ökonomie, 2. Aufl., Darmstadt 2000, S. 3, 46, 60 f., 72 f., 101 ff.; Gebauer, a.a.O., S. 366 f., 372; Paul A. Samuelson/William D. Nordhaus, Volkswirtschaftslehre, Landsberg am Lech 2005, S. 298 ff.; Bernard Guerrien, Dictionnaire d'analyse économique, 3. Aufl., Paris 2002, S. 28 ff., 56 ff., 75 f., 259 ff., 376, 410 ff.; Jacques Sapir, Les trous noirs de la science économique, Paris 2003, S. 26 ff., 49 f., 177 ff.; Ariel Rubinstein, Dilemmas of an Economic Theorist, Econometrica, Vol. 74/No. 4 (Juli 2006), S. 865 f., 871 ff., 881 ff., veröffentlicht im Internet unter: www.arielrubinstein.tau.ac.il/papers/74.pdf, besucht am 27. Februar 2008; Bernard Guerrien, Can We Expect Anything From Game Theory?, in: Edward Fullbrook [Hrsg.]: A Guide to What's Wrong with Economics, London 2004, S. 207 f.; Donald Gillies, Can Mathematics Be Used Successfully in Economics?, in: Fullbrook [Hrsg.], a.a.O., S. 188 ff.; Deirdre N. McCloskey, The Rhetoric of Economics, 2. Aufl., Madison 1998, S. 150 f., 189 ff.; Steve Keen, Debunking Economics, 3. Aufl., London/New York 2004, S. 7 f., 200 ff., 264 ff.; Hugh Stretton, Economics: A New Introduction, London 2000, S. 5 f., 85 f.). Daher vermag entgegen der Auffassung der Vorinstanz der erwähnte Schlussbericht die hier bestehende Rechtsunsicherheit nicht auszuräumen, zumal dieser nur die Perspektive der Untersuchungsbehörde wiedergibt, nicht aber diejenige der Wettbewerbskommission, welche bisher zur Frage der Zulässigkeit einer DMIF von 0.4 % nicht verbindlich Stellung nehmen wollte und nach Kartellgesetz allein zur Verhängung von Sanktionen zuständig ist (vgl. Art. 53 Abs. 1 KG). Ebenso wenig vermag das in Art. 23 Abs. 2 KG vorgesehene Institut der Beratung (vgl. Botschaft 2001, a.a.O., S. 2049) hier Abhilfe zu schaffen, nachdem das Sekretariat bei Beratungen keine die Wettbewerbskommission bindenden, sanktionsaussetzenden Zusicherungen abgeben dürfte (und dies auch nicht tut, ausser in den gesetzlich vorgesehenen Ausnahmefällen, wie in Art. 9 Abs. 3 i.V.m. Art. 11 Abs. 2 SVKG [beim vollständigen Sanktionserlass im Rahmen der Bonusregelung nach Art. 49a Abs. 2 KG]; vgl. zum Institut der "Beratung": Patrick Ducrey, Meldung und Widerspruchsverfahren nach revidiertem Kartellgesetz [Art. 49a Abs. 3 Bst. a KG], in: Walter A. Stoffel/Roger Zäch [Hrsg.], Kartellgesetzrevision 2003 - Neuerungen und

Folgen, Zürich/Basel/ Genf 2004, S. 162 f.; vgl. zum Vertrauensschutz: Christoph Tagmann, Die direkten Sanktionen nach Art. 49a Abs. 1 Kartellgesetz, Zürich/Basel/Genf 2007, S. 184 ff.).

E. 4.2

Darüber hinaus wird die bestehende Rechtsunsicherheit durch folgende drei Umstände erheblich verstärkt:

E. 4.2.1

Bisher haben die schweizerischen Wettbewerbsbehörden nur die Funktionsweise bzw. die Auswirkungen von Interchange Fees in den sachlich verwandten Kreditkartensystemen untersucht (vgl. Sachverhalt unter A.f). Die dort vorgenommene Beurteilung erlaubt jedoch den Beschwerdeführerinnen lediglich den Schluss, dass sie bei Einführung der geplanten DMIF im Maestro-Debitkartensystem Sanktionen nach Art. 49a Abs. 1 KG riskieren - mehr nicht. Wenig hilfreich ist dabei ein Blick ins Ausland. Dort herrscht zur (einzig in 4-Parteien-Zahlkartennetzwerken) aktuellen wettbewerbsrechtlichen Problematik von Interchange Fees eine verwirrende Vielfalt von Theorien und Lösungsansätzen (vgl. dazu: Malte Krueger/Hugo Godschalk, Kein gemeinsamer Nenner. Eine internationale Übersicht zeigt: Bei der Regulierung von Interchange-Gebühren herrscht viel Uneinigkeit, Card Forum 05/2004, veröffentlicht im Internet unter: www.paysys.de > Publikationen > 2004 - Kein gemeinsamer Nenner, besucht am 27. Februar 2008).

E. 4.2.2

Erhöht wird die vorliegende Rechtsunsicherheit auf ökonomischer Ebene durch die normative Offenheit des Kartellgesetzes. Denn der Gesetzgeber vertritt ein Wettbewerbsverständnis, das "in enger Anlehnung an die moderne Markt- und Wettbewerbstheorie keinen allgemeingültigen Rezepten verpflichtet ist" (Botschaft vom 23. November 1994 zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, BBl 1995 I 512, nachfolgend: Botschaft 1994; vgl. dazu: Klaus A. Vallender/Peter Hettich/Jens Lehne, Wirtschaftsfreiheit und begrenzte Staatsverantwortung, 4. Aufl., Bern 2006, S. 387 ff.). Deshalb wird der ordnungspolitisch zu schützende "wirksame Wettbewerb" (vgl. Art. 5 Abs. 3 KG) im Kartellgesetz nirgends definiert (vgl. zur verfassungsrechtlich zulässigen Normunbestimmtheit des KG: Gutachten RHINOW/GUROVITS, a.a.O., S. 603 ff., 610 f. mit Hinweisen). Auf eine gesetzliche Definition wurde verzichtet, weil in der Wirtschaftswissenschaft und im Bereich der Industrieorganisation kein Konsens darüber herrscht, wie der Wettbewerbsgrad auf einem bestimmten Markt konkret zu ermitteln ist. Auch fehlen Wirtschaftsindikatoren, die eine definitive Beantwortung dieser Frage erlauben würden. Vielmehr sind mangels einer einheitlichen und anerkannten Methode im Rahmen einer Untersuchung ein Maximum an Fakten zusammenzutragen, die mittels einer empirischen Ad-hoc-Methode nachgewiesen wurden, um den relevanten Markt abzugrenzen, seine Strukturen zu beschreiben und um das Verhalten sowie die Leistungen der Unternehmen zu evaluieren (Parlamentarische Verwaltungskontrollstelle, Das Kartellrecht: Standortbestimmung - Bericht vom 11. Oktober 2000 zuhanden der Geschäftsprüfungskommission des Nationalrates, BBl 2001 3346, insbes. S. 3366 mit Hinweisen, nachfolgend: Bericht PVK). Daher lässt sich dem Kartellgesetz kein operabler Massstab entnehmen, um "wettbewerbliche" von "wettbewerbswidrigen" Marktprozessen unterscheiden zu können (Entscheid der REKO/WEF FB/2004-4 vom 4. Mai 2006 E. 6.2 20-Minuten, veröffentlicht in RPW

2006/2, S. 347 ff., mit Hinweisen; bestätigt im Urteil des Bundesgerichts 2A.327/2006 vom 22. Februar 2007, veröffentlicht in RPW 2007/2, S. 331 ff.). Insofern obliegt es den Wettbewerbsbehörden, die im Kartellgesetz offen formulierte Wettbewerbspolitik zu konkretisieren und zu implementieren, wobei der Verzicht auf allzu feine Differenzierungen in Kauf zu nehmen ist und einzig sicher gestellt werden kann, dass die vom "Wettbewerb als vielgestaltigen, dynamischen Prozess erwarteten statischen und dynamischen Funktionen" zur "Sicherung der allokativen und dynamischen Effizienz der Märkte" ausreichend erfüllt werden (Entscheid der REKO/WEF FB/2004-4 E. 6.2.2 20-Minuten, a.a.O., mit Verweis auf die Botschaft 1994, a.a.O., S. 512 f.). Dieser für die Beurteilung des vorliegenden Falles wesentliche Punkt darf als wissenschaftlich gesichert und konsensfähig gelten, nämlich dass Wettbewerb - als das grundlegende wirtschaftliche Koordinationsprinzip der schweizerischen Marktwirtschaft (RENÉ RHINOW/GERHARD SCHMID/GIOVANNI BIAGGINI, Öffentliches Wirtschaftsrecht, Basel/Frankfurt am Main 1998, S. 425) - nicht als ohne weiteres fassbares, statisches und auf irgendwelche "Gleichgewichte" gerichtetes Phänomen, sondern vielmehr als komplexer, interdependent-dynamischer Prozess zu verstehen ist (vgl. dazu: Entscheid der REKO/WEF FB/2004-4 E. 6.2.1 20-Minuten, a.a.O., mit Hinweisen auf die juristische und ökonomische Literatur; sowie weiterführend: Marino Baldi, «Wirksamer Wettbewerb» als Schutzobjekt des neuen schweizerischen Kartellgesetzes, in: Blaise Knapp/Xavier Oberson [Hrsg.]: Problèmes actuels de droit économique, Basel/Frankfurt am Main 1997, S. 49 ff.; Peter Ulrich, Transformation der ökonomischen Vernunft - Fortschrittsperspektiven der modernen Industriegesellschaft, 3. Aufl., Bern/Stuttgart/Wien 1993, S. 95 ff., 202 ff.; Binswanger, a.a.O., S. 24 ff., 93 ff., 298 ff., 363 ff., 385 ff.; Brodbeck, Grundlagen, a.a.O., S. 81 ff., 107, 123 f., 119 ff., 185 ff., derselbe in: Wirtschaft als kreativer Prozess, S. 13 ff., veröffentlicht im Internet unter: www.fh-wuerzburg.de/professoren/bwl/brodbeck/kreaproz.pdf, besucht am 27. Februar 2008; Guerrien, Analyse, a.a.O., S. 89 ff., 195 ff.; Sapir, a.a.O., S. 66 ff., 282 ff., 349 ff.; Keen, a.a.O., S. 87 ff., 96 ff.; Stretton, a.a.O., S. 486 ff.). Der Ökonom Michael A. Bernstein fasst diese, für die nachfolgenden Erwägungen (insbes. E. 5.4, E. 6.4 und E. 7.3.2) erhebliche Erkenntnis wie folgt einprägsam zusammen: "Rather, the pitfall of utilizing the perfect competition framework as a starting point for economic reasoning is that it makes a logically coherent understanding of what competition is impossible. Competition, in any given market, is a process by which firms continually seek to re-establish the conditions of their own profitability. In other words, to compete in a market is to seek to exploit differences, among firms, in cost structures of production, in technology, in knowledge about production and distribution, in access to information, and in awareness of trends in consumption habits and volumes. These differences are the essential dimensions along which competitive decisions are made. (...) In characterizing competition as a state rather than a process of economic change, mainstream reasoning does not erect a first approximation of reality, it rather frames a way of thinking about competitive behaviour that forever and completely prevents a full understanding of the phenomenon itself." (Michael A. Bernstein, The Pitfalls of Mainstream Economic Reasoning, in: Fullbrook [Hrsg.], a.a.O., S. 34 f.).

E. 4.2.3

Auf rechtlicher Ebene wird die von den Beschwerdeführerinnen beklagte Rechtsunsicherheit weiter verstärkt durch eine in der Lehre geführte, gerichtlich noch nicht entschiedene Kontroverse zur Auslegung von Art. 49a Abs. 1 KG. Im Kern geht es um die

Frage, ob auch jene Fälle direkt sanktioniert werden können, in welchen die Vermutung von Art. 5 Abs. 3 (bzw. Abs. 4) KG zwar widerlegt werden kann, aber trotzdem eine nach Art. 5 Abs. 1 KG unzulässige Abrede vorliegt, weil sie sich nicht nach Art. 5 Abs. 2 KG rechtfertigen lässt (Sanktionierbarkeit bejahend: z.B. Roger Zäch, Schweizerisches Kartellrecht, 2. Aufl., Bern 2005, Rz. 1119 ff. mit Hinweisen; Rolf H. Weber/Priska Zeier, Vertikale Wettbewerbsabreden nach schweizerischem Kartellrecht, Zeitschrift für Wettbewerbsrecht [ZweR] 2/2005, S. 195 f.; Rolf Dähler/Patrick Krauskopf, Die Sanktionsbemessung und die Bonusregelung, in: Stoffel/Zäch [Hrsg.], a.a.O., S. 131 f.; Tagmann, a.a.O., S. 35 ff.; demgegenüber die Sanktionierbarkeit ablehnend: z.B. Reto Jacobs/Johannes A. Bürgi, Auswirkungen der Kartellgesetzrevision auf Verträge, Schweizerische Juristenzeitung (SJZ) 100 (2004), S. 149 f.; Marc Amstutz/Mani Reinert, Vertikale Preis- und Gebietsabreden - eine kritische Analyse von Art. 5 Abs. 4 KG, in: Stoffel/Zäch [Hrsg.], a.a.O., S. 124 f.; Franz Hoffet/Klaus Neff, Ausgewählte Fragen zum revidierten Kartellgesetz und zur KG-Sanktionsverordnung, Anwaltsrevue 2004, S. 130; Pierre Kobel, Sanctions du droit des cartels et problèmes de droit administratif pénal, Aktuelle Juristische Praxis [AJP] 2004, S. 1153 f.; Daniel Zimmerli, Zur Dogmatik des Sanktionssystems und der «Bonusregelung» im Kartellrecht, Bern 2007, S. 481 ff., 505).

E. 4.3

Vor diesem Hintergrund lässt sich die Ernsthaftigkeit des Rechtsschutzbedürfnisses der Beschwerdeführerinnen nicht bestreiten, zumal ihnen gegenüber bei einer Umsetzung der DMIF direkte Sanktionen nach Art. 49a Abs. 3 Bst. a KG ausgesprochen werden könnten, denen strafrechtlicher Charakter zukommt (Tagmann, a.a.O., S. 85 mit Verweis auf Yvo Hangartner, Aspekte des Verwaltungsverfahrensrechts nach dem revidierten Kartellgesetz von 2003, in: Stoffel/Zäch [Hrsg.], a.a.O., S. 251 ff.; Günter Heine, Quasi-Strafrecht und Verantwortlichkeit von Unternehmen im Kartellrecht der Europäischen Gemeinschaften und der Schweiz, Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht [ZStrR] 2/2007, S. 105 ff.; Zimmerli, a.a.O., S. 449 ff.). Insbesondere ist die Forderung der Beschwerdeführerinnen verständlich, dass die Vorinstanz die Wettbewerbsverträglichkeit der geplanten DMIF-Abrede abstrakt prüfe und deren Zulässigkeit verbindlich und bedingungslos festhalte, auch wenn diese Abrede erst als Idee besteht und sich daher noch nicht auf das inländische Mastro-Debitkartennetzwerk bzw. die dort (und allenfalls in anderen Debitkartennetzwerken) herrschenden Wettbewerbsverhältnisse auszuwirken vermag. Dieses Anliegen hält die Wettbewerbskommission für unberechtigt. Im Wesentlichen führt die Vorinstanz dazu aus, sie dürfe die verlangte Feststellungsverfügung, mit der hinreichende Klarheit zur Kartellgesetzkonformität der DMIF verschafft werden soll, mangels gesetzlicher Ermächtigung nicht treffen, und selbst wenn sie dies dürfte, wäre sie dazu nicht in der Lage. In diesem Zusammenhang wendet die Vorinstanz ein, das geltende Kartellgesetz sehe kein Verfahren vor, das erlauben würde, die materiell-rechtliche Zulässigkeit geplanter Verhaltensweisen abstrakt (d.h. von der Marktrealität abgekoppelt, gestützt auf modelltheoretische Überlegungen) überprüfen (und in gutachterlicher Form festhalten) zu lassen. Vielmehr stehe die Natur des Meldeverfahrens einer Feststellungsverfügung entgegen, weshalb die Bejahung eines Feststellungsinteresses im Rahmen eines Meldeverfahrens einer unzulässigen Erweiterung des im Kartellgesetz vorgesehenen "Durchsetzungsinstrumentariums" gleichkäme. Auf dieses Argument ist zuerst einzugehen. Denn sollte sich herausstellen, dass das Kartellgesetz hier die Anwendbarkeit von Art. 25 VwVG prinzipiell ausschliesst (vgl. Art. 39 KG), wäre die nachgesuchte Feststellungsverfügung von vornherein rechtlich unzulässig.

E. 5

Das in Art. 49a Abs. 3 Bst. a KG vorgesehene Rechtsinstitut, welches die Beschwerdeführerinnen in Anlehnung an die Marginalie von Art. 19 SVKG als "Widerspruchsverfahren" bzw. die Vorinstanz als "Meldeverfahren" bezeichnen, ist kein Art. 27 KG entsprechendes Verfahren im Sinne von Art. 1 Abs. 1 VwVG, weil es nicht auf den Erlass verpflichtender, gestaltender oder feststellender Verfügungen (vgl. Art. 5 VwVG) gerichtet ist. Sofern hier überhaupt von "Verfahren" gesprochen werden soll, fällt dessen Beginn mit dem Eingang einer Meldung beim Sekretariat zusammen, wobei es auf drei Arten verfügungslos "beendet" werden kann: (1.) mit der Eröffnung einer Vorabklärung (Art. 26 KG) oder einer Untersuchung (Art. 27 ff. KG), (2.) mit der Zustellung einer "Unbedenklichkeitserklärung" der Vorinstanz oder (3.) mit dem Ablauf von fünf Monaten nach Einreichung der Meldung - ohne Reaktion durch die Wettbewerbsbehörden (ZÄCH, a.a.O., Rz. 1135). Ob dieses "Verfahren" deswegen als "Verfahren sui generis" zu charakterisieren ist, weil es einzig der Klärung der Frage dient, ob ein Verfahren nach den Art. 26 ff. KG zu eröffnen ist (Ducrey, Meldung, a.a.O., S.164), oder gar als informelles "Nichtverfügungsverfahren", kann im vorliegenden Zusammenhang offen bleiben. Entscheidend für die hier zu beurteilende Frage sind einzig die rechtlichen Folgen des "Zusammenspiels" zwischen einer Meldung durch ein Unternehmen und einer allfälligen Reaktion der Wettbewerbsbehörden:

E. 5.1

Art. 49a Abs. 3 Bst. a KG ist gesetzessystematisch im 6. Abschnitt ("Verwaltungssanktionen") unter der Marginalie "Sanktion bei unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen" eingeordnet und besagt im Grundsatz einzig, dass eine Sanktion entfällt, wenn ein Verhalten, das sich im Sinne von Art. 5 Abs. 3 oder Abs. 4 KG als unzulässig herausstellen könnte, gemeldet wird, bevor es Wirkungen entfaltet (vgl. Art. 19 SVKG). Im zweite Satz von Art. 49a Abs. 3 Bst. a KG wird dieser Grundsatz relativiert, indem die Belastung dann nicht entfällt, wenn innerhalb von fünf Monaten nach der Meldung ein Verfahren nach den Art. 26 ff. KG eröffnet (und dem meldenden Unternehmen mitgeteilt) wird und dieses danach an der Wettbewerbsbeschränkung festhält. Somit steht nach der Konzeption des Gesetzgebers dem Institut der "Meldung", das Sanktionen grundsätzlich entfallen lässt, wegen möglicher Missbräuche im Meldewesen - als "Korrekturmechanismus" - die von den Wettbewerbsbehörden vorzunehmende Eröffnung und Mitteilung von Verfahren nach den Art. 26 ff. KG gegenüber (vgl. zur Entstehungsgeschichte dieser Regelung: AB 2003 S 333; AB 2003 N 832; Ducrey, Meldung, a.a.O., S.152 ff., insbes. S. 167 f. [zur unterlassenen Regulierungsfolgeabschätzung]; Christian Brauchlin, Die Meldung künftiger Wettbewerbsbeschränkungen nach Art. 49a Abs. 3 lit. a KG, in: Jusletter 17. Oktober 2005, Rz. 30 ff.).

E. 5.1.1

Wie die Vorinstanz zu Recht festhält, ging der Kartellgesetzgeber vom Normalfall aus, dass einer Meldung, die vor der Marktbeeinflussung durch den gemeldeten Sachverhalts erfolgen muss, umgehend auch dessen Verwirklichung folge. Wie die Vorinstanz zu bedenken gibt, zeigt die heutige Praxiserfahrung, dass Unternehmen häufig gemeldete Vorhaben nicht umsetzen, bis deren kartellgesetzliche Zulässigkeit feststeht und damit auch jegliches Sanktionsrisiko ausgeschlossen ist (vgl. TAGMANN, a.a.O., S. 5 f.). Nach dem klaren Wortlaut von Art. 49a Abs. 3 Bst. a KG ist das Nicht-Entfallen der

Sanktionsbelastung an zwei Voraussetzungen geknüpft, die kumulativ vorliegen müssen: (1.) die Wettbewerbsbehörden müssen fristgerecht das entsprechende Verfahren eröffnen und mitteilen und (2.) muss danach der Mitteilungsadressat an seiner "Wettbewerbsbeschränkung" festhalten. Das nach Gesetzeswortlaut verlangte "Festhalten" an einer Wettbewerbsbeschränkung lässt sich angesichts der beiden denkbaren Möglichkeiten, dass geplante Verhaltensweisen nach der Meldung umgehend realisiert bzw. vorläufig nicht realisiert werden, nicht nur auf nach einer Meldung verwirklichte Wettbewerbsbeschränkungen beziehen. Vielmehr umfasst Art. 49a Abs. 3 Bst. a KG auch geplante (potenziell wettbewerbswirksame) Vorhaben, welche nach einer Meldung vorläufig nicht umgesetzt werden (gl.M. BRAUHLIN, a.a.O., Rz. 10, Rz. 50; TAGMANN, a.a.O., S. 5 f.).

E. 5.1.2

Deshalb ist für die Beschwerdeführerinnen mit der erfolgten Mitteilung der fristgerecht eröffneten Vorabklärung das Sanktionsrisiko für den Fall der Einführung der DMIF nach wie vor aktuell. Die von BRAUHLIN (a.a.O., Rz. 41) im Interesse der Rechtssicherheit vorgeschlagene Lesart von Art. 49a Abs. 3 Bst. a KG, wonach entgegen dem klaren Normwortlaut nicht Vorabklärungen, sondern nur Untersuchungen das Sanktionsrisiko wieder aufleben lassen, widerspricht den gesetzgeberischen Intentionen (vgl. Olivier Schaller, *Annonce et procédure d'opposition selon la loi sur les cartels révisée* [art. 49a al. 3 let. a LCart], in: Stoffel/Zäch [Hrsg.], a.a.O., S. 173 ff., 178 ff.).

E. 5.2

Des Weiteren ist der Wettbewerbskommission zuzustimmen, dass die Meldung sowie die allfällige Mitteilung der Eröffnung einer Vorabklärung (bzw. einer Untersuchung) innert der Fünfmonatsfrist nur hinsichtlich eines allfälligen Risikos (mit Sanktionen belastet zu werden), Rechtssicherheit zu vermitteln vermag. Wie die Vorinstanz zu Recht festhält, sieht der Gesetzgeber im Rahmen von Art. 49a Abs. 3 Bst. a KG keine weiteren Instrumente oder Verfahren vor, um Rechtssicherheit hinsichtlich der materiellrechtlichen Zulässigkeit geplanter Vorhaben zu gewährleisten. Insofern hat der Kartellgesetzgeber nicht bereits im "Meldeverfahren" implizit ein weiteres Verfahren angelegt, das darauf gerichtet wäre, Unternehmen einen Anspruch auf eine in Verfügungsform gekleidete Feststellung der Zulässigkeit des gemeldeten Vorhabens zu gewährleisten. Die behördliche Reaktion innert der Fünfmonatsfrist soll vielmehr "nur" (aber immerhin) die Gewissheit hinsichtlich eines allfälligen Sanktionsrisikos vermitteln (DUCREY, *Meldung*, a.a.O., S. 166 f.; kritisch: BRAUHLIN, a.a.O., Rz. 33). Daher vermittelt den Betroffenen die Mitteilung eines fristgerecht eröffneten Verfahrens nach den Art. 26 ff. KG "lediglich" die Gewissheit, dass ihr gemeldetes Vorhaben, soweit umgesetzt, nicht nur für unzulässig erklärt, sondern auch sanktioniert werden könnte (in diese Richtung zielend: Urteil des Bundesgerichts 2A.287/2005 vom 19. August 2005 E. 3.4, veröffentlicht in RPW 2005/4, S. 708 ff.). Angesichts dieser Rechtslage rügen die Beschwerdeführerinnen zu Recht, dass in der Botschaft 2001 (a.a.O., S. 2035 f., 2039 f.) mit Verweis auf das Gutachten Rhinow/Gurovits die damals vorgeschlagene "sanktionsbefreiende Meldungsmöglichkeit" (Botschaft 2001, a.a.O., S. 2051) als das verfassungsrechtlich notwendige Instrument zur verfahrensrechtlichen Kompensierung der dem Kartellgesetz innewohnenden Normunbestimmtheit (siehe E. 4.2.2) vorgestellt worden war (vgl. Stefan Bilger, *Das Verwaltungsverfahren zur Untersuchung von Wettbewerbsbeschränkungen*, Freiburg 2002, S. 197 ff.).

E. 5.2.1

Es trifft in der Tat zu, dass im Gutachten RHINOW/GUROVITS die materiellrechtliche Unbestimmtheit des Kartellgesetzes als verfassungskonform, indessen eine Anknüpfung direkter Sanktionen an den Vermutungstatbestand von Art. 5 Abs. 3 KG (bzw. an den Missbrauchstatbestand von Art. 7 KG) ohne Möglichkeit einer vorgängigen Klarstellung der Rechtslage in concreto als "verfassungsrechtlich bedenklich" bezeichnet worden war (a.a.O., S. 612). In diesem Gutachten war das im Vorentwurf vorgesehene Institut der "Vorabmeldung", wonach eine Sanktion bei unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen entfällt, wenn "das Unternehmen die Wettbewerbsbeschränkung freiwillig gemeldet hat", kritisiert worden. Die Gutachter regten an, das Gewicht weniger auf die "Freiwilligkeit" der Meldung, sondern auf die Marktauswirkungen eines geplanten Vorhabens zu legen, damit dieses Institut seiner Funktion als notwendiges Korrektiv der Unbestimmtheit des Normtextes gerecht werden könne (a.a.O., S. 613 f.). Zugleich war von der Wettbewerbskommission gefordert worden, als Antwort auf eine Vorabmeldung mit Verfügung festzustellen, wenn sie eine Abrede oder Verhaltensweise für unzulässig halte, um den Rechtsweg zu öffnen (a.a.O., S. 612 f.). Auf Antrag privater Unternehmen sollte eine ("vorzeitige") Klärung der materiellen Rechtslage herbeigeführt werden, weshalb privaten Unternehmen ein Anspruch auf Feststellung der "Unbedenklichkeit" einer Wettbewerbsbeschränkung zustehen sollte, damit die verfahrensrechtliche Kompensation der Normunbestimmtheit gelingen könne (a.a.O., S. 613).

E. 5.2.2

Im Rahmen der jüngsten Kartellgesetzrevision hat der Gesetzgeber indessen mit der erst im Ständerat eingefügten Neuformulierung von Art. 49a Abs. 3 Bst. a KG die im Botschaftsentwurf vorgeschlagene "sanktionsbefreiende Meldemöglichkeit" (Botschaft 2001, a.a.O., S. 2039 f.) nicht umgesetzt und damit indirekt auch den damals mit der "Vorabmeldung" verbundenen Zweck verworfen, die Unternehmen in allen Fällen das Risiko einer Fehlbeurteilung des eigenen Verhaltens nicht tragen zu lassen. Eingelöst wurde dieses Versprechen, mittels Meldung Rechtssicherheit zu gewährleisten, nur für all diejenigen Unternehmen, die angesichts von Unsicherheiten einen meldefähigen Sachverhalt melden, ohne dass fristgerecht ein Verfahren nach den Art. 26 ff. KG eröffnet wird. Diese Unternehmen wissen gestützt auf Art. 49a Abs. 3 Bst. a KG, dass sie höchstens ein Verbot ihrer Verhaltensweisen, nicht aber Sanktionen befürchten müssen (vgl. Ducrey, Meldung, a.a.O., S.166 f.). Demgegenüber bestehen freilich nicht zu leugnende Unsicherheiten bei komplexen, in einer "rechtlichen Grauzone" angesiedelten Fälle, wo der "Widerspruchsmechanismus" (oben E. 5.1) das Sanktionsrisiko wieder aktuell werden lässt, wenn geplante Vorhaben trotz behördlicher Bedenken umgesetzt werden. In diesem Sinne besteht für die Beschwerdeführerinnen angesichts der fristgerecht eröffneten Vorabklärung einzig Gewissheit über das Sanktionsrisiko, ohne dass natürlich eine hinreichende wettbewerbliche Beurteilung ihres Vorhabens durch die Wettbewerbskommission vorliegen würde (kritisch: BRAUCHLIN, a.a.O., Rz. 33). Das in Art. 49a Abs. 3 Bst. a KG vorgesehene Institut der Meldung vermag in solchen Fällen die in der Botschaft gestützt auf die gutachterliche Meinung von René Rhinow und András A. Gurovits geforderte verfahrensrechtliche Kompensation der Unschärfe kartellgesetzlicher Missbrauchsnormen nicht zu leisten, was der Gesetzgeber im Prozess der jüngsten Kartellgesetzesrevision nicht bedacht hat (a.M.: Patrick Ducrey, Erste Erfahrungen der Wettbewerbsbehörden mit den revidierten Bestimmungen - insbesondere mit der Meldung gemäss Art. 49a Abs. 3 Bst. a

KG, in: Jusletter 27. September 2004 Rz. 6; kritisch: Zimmerli, a.a.O., S. 504 f.; Tagmann, a.a.O., S. 8 f., der jedoch die Verfassungsmässigkeit direkter Sanktionen bejaht unabhängig von der Wirkung einer Meldung). Trotz der berechtigten Kritik an der damit einhergehenden Rechtsunsicherheit ist das Bundesverwaltungsgericht an die vom Gesetzgeber geschaffene Regelung von Art. 49a Abs. 3 Bst. a KG gebunden. Angesichts der Gewaltentrennung kann sie richterrechtlich nicht aus den Angeln gehoben werden. Dass - wie die Vorinstanz erläutert - die Unbestimmtheit kartellgesetzlicher Normen (siehe E. 4.2.2) bereits vor der Gesetzesrevision bestanden habe, stimmt zweifellos. Nur existierten direkte Sanktionen vor der jüngst erfolgten Revision nicht, weshalb zuerst - im Sinne einer Verwarnung - eine Verbotsverfügung erlassen und rechtskräftig werden musste, bevor deren allfällige Missachtung nach Art. 50 KG mit Sanktionen belegt werden konnte (vgl. dazu: Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-2157/2006 vom 3. Oktober 2007 E. 4.1.1 Unique, veröffentlicht in RPW 2007/4, S. 667 f.).

E. 5.3

Dass nach Meinung der Vorinstanz weder die Gesetzesmaterialien zur jüngsten KG-Revision noch das Kartellgesetz die Zulässigkeit der angeführten Feststellungsverfügung behandeln, spricht nicht von vornherein gegen deren Zulässigkeit. Vielmehr müsste sich ein allfälliger Wille des Gesetzgebers, Feststellungsverfahren nach Art. 25 VwVG in kartellgesetzlichen Belangen ganz oder teilweise auszuschliessen, zweifelsfrei den Materialien entnehmen lassen. Dies ist hier jedoch nicht der Fall. Trotz der in Art. 49a Abs. 3 Bst. a KG angelegten Unsicherheiten lässt sich entgegen den Darlegungen der Vorinstanz nicht der gesetzgeberische Vorentscheid ableiten, dass in Fällen wie dem Vorliegenden Feststellungsverfügungen nach Art. 25 VwVG "systembedingt" von vornherein nicht zulässig wären. Ein solcher gesetzgeberischer Entscheid ist im Kartellgesetz nirgends explizit vorgesehen, weshalb Art. 25 VwVG in diesem Bereich nicht als ausgeschlossen gelten kann. Hat der Gesetzgeber im Kartellgesetz aber auch implizit keinen generellen bzw. partiellen Ausschluss von Feststellungsverfahren vorgesehen, ist von der grundsätzlichen Zulässigkeit solcher Verfahren auszugehen, sofern ein schutzwürdiges Interesse im Sinne von Art. 25 Abs. 2 VwVG dargetan ist.

E. 5.4

Entgegen der Auffassung der Vorinstanz handeln die Beschwerdeführerinnen nicht widersprüchlich, wenn sie zutreffend einräumen, dass der Kartellgesetzgeber hierzulande kein dem vormals geltenden EU-Recht angeglichenes Anmeldesystem habe einführen wollen (vgl. Botschaft 2001, a.a.O., S. 2026, 2039; JACOBS/BÜRGI, a.a.O., S. 153 f.; vgl. zum vormals in der EU existierenden Institut des "Negativattests": ZÄCH, a.a.O., Rz. 220 ff.; HEINE, a.a.O., S. 109 ff.), und gleichzeitig fordern, das Feststellungsverfahren nach Art. 25 VwVG müsse das verfassungsrechtlich gebotene Korrektiv zur Normunbestimmtheit des Kartellgesetzes (siehe E. 4.2.2) bilden. Zu diesem wesentlichen Punkt machen sowohl die Vorinstanz wie auch die Beschwerdeführerinnen geltend, ein solches Feststellungsverfahren dürfe nur im Rahmen einer eröffneten Untersuchung durchgeführt werden. Während die Beschwerdeführerinnen der Auffassung sind, ein Untersuchungsverfahren müsse der nachgesuchten Feststellungsverfügung zwingend vorausgehen (weshalb der Anspruch auf eine solche Verfügung auch den Anspruch auf eine Untersuchung bedinge), erachtet die Wettbewerbskommission hier eine Untersuchung als unzulässig.

E. 6

Somit ist als Nächstes abzuklären, ob das von den Beschwerdeführerinnen geforderte Feststellungsverfahren nach Art. 25 VwVG ausschliesslich im Rahmen einer Untersuchung nach den Art. 27 ff. KG durchzuführen wäre.

E. 6.1

Zur Untersuchung von Wettbewerbsbeschränkungen sind im Kartellgesetz zwei kartellverwaltungsrechtliche Verfahrensformen vorgesehen: einerseits die Untersuchung (Art. 27 - 30 KG) und andererseits als Vorstufe dazu die Vorabklärung (Art. 26 KG) als informelles "Nichtverfügungsverfahren". Altrechtliche "Kurzuntersuchungen" sowie andere Untersuchungstypen, die den beiden obgenannten Verfahrensformen zuwiderlaufen sind unstatthaft (Entscheid der REKO/WEF FB/2003-15 vom 22. Dezember 2003 E. 1.2.2 Cornèr Banca, veröffentlicht in RPW 2004/2, S. 634 f. mit Hinweisen, bestätigt in BGE 130 II 521). Die Untersuchung nach den Art. 27 ff. KG soll im Sinne von Art. 1 Abs. 1 VwVG primär erlauben, die Auswirkungen vergangener bzw. gegenwärtiger Wettbewerbsbeschränkungen aufzuklären und soweit unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen zu unterbinden sind, entsprechende Verbotsverfügungen (bzw. einvernehmliche Regelungen nach Art. 29 KG) vorzubereiten, um den beeinträchtigten Wettbewerb wiederherzustellen, sowie gegebenenfalls die (vorliegenden bzw. vergangenen) Wettbewerbsbeschränkungen zu sanktionieren (vorbehältlich von Art. 49a Abs. 2 bzw. Abs. 3 Bst. b KG). Dies ist herrschende Meinung (vgl. Urteil des Bundesgerichts 2A.59/2005 vom 22. August 2005 E. 3.2 f., veröffentlicht in RPW 2005/3, S. 581 f., mit Verweis auf Botschaft 2001, a.a.O., S. 2045, 2047; Zäch, a.a.O., Rz. 979 ff., insbes. Rz. 981 mit Verweis auf Paul Richli, Kartellverwaltungsverfahren in: Roland von Büren/Lucas David [Hrsg.], Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, Kartellrecht, Bd. V/2, Basel/Genf/München 2000, S. 419 ff.; Bilger, a.a.O., S. 172 f.; Gutachten Rhinow/Gurovits, a.a.O., S. 609; Yvo Hangartner, Das Verhältnis von verwaltungs- und zivilrechtlichen Wettbewerbsverfahren, AJP 1/2006, S. 43 ff.). Soweit die Wettbewerbskommission keine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung zu beanstanden hat, ist die Untersuchung einzustellen (Zäch, a.a.O., Rz. 1000; Richli, a.a.O., S. 438).

E. 6.2

Die in diesem Zusammenhang vorab vorgetragenen Zweifel an der rechtlichen Zulässigkeit der am 15. September 2004 eröffneten Vorabklärung sind haltlos. Entgegen den Beschwerdeführerinnen war hier die Eröffnung einer Vorabklärung (Art. 26 KG) geboten, auch wenn keine realisierte, sondern nur eine geplante wettbewerbsbeeinflussende Verhaltensweise zur Diskussion stand. Denn, wie bereits erwähnt, dient die Vorabklärung als Triageinstrument der Vorbereitung des Entscheides über die Eröffnung von Untersuchungen (Entscheid der REKO/WEF FB/2003-15 E. 1.2.2 Cornèr Banca, a.a.O., mit Hinweisen). Vorliegend wurde ein marktreifes Vorhaben gemeldet, das nach der zutreffenden Auffassung des Sekretariates bei einer Umsetzung die sofortige Eröffnung einer Untersuchung rechtfertigen würde. Insofern war die Vorabklärung sachlich gerechtfertigt, um im Falle einer Umsetzung der DMIF einen nahtlosen Übergang ins Untersuchungsverfahren ermöglichen zu können. Dass die Vorinstanz im Rahmen ihrer Vorabklärung allfällige "Verfahrensrechte" der Beschwerdeführerinnen verletzt hätte, rügen diese zu Recht nicht. Daher ist auch nicht näher auf die von der REKO/WEF verneinte, vom Bundesgericht offengelassene Frage einzugehen, ob bzw. inwieweit das VwVG auf Vorabklärungen anwendbar ist, wie ein Teil der Lehre fordert (Seraina Denoth, Zur

Anwendbarkeit des VwVG auf das Verfahren der Vorabklärung, in: Jusletter 9. Januar 2006 mit Hinweisen; a.M. REKO/WEF im Beschwerdeentscheid FB/2003-15 E. 1.2.3 Cornèr Banca, a.a.O., mit Hinweisen; offengelassen in BGE 130 II 521 E. 2.7).

E. 6.3

Entgegen der Diktion der Beschwerdeführerinnen, die sich an diejenige der REKO/WEF in ihrem Entscheid FB/2003-15 Cornèr Banca (a.a.O.) anlehnt, stellt sich weniger die Frage nach einem allfälligen "Anspruch" auf Eröffnung einer Untersuchung als vielmehr die Frage, ob den Beschwerdeführerinnen hier ein schutzwürdiges Interesse an der Eröffnung einer Untersuchung zuzubilligen ist (vgl. BGE 130 II 521 E. 2.5 ff.), wie die Vorinstanz in ihrer Vernehmlassung zutreffend anmerkt. Ein solches Interesse ist zu verneinen, da das in den Art. 27 ff. KG konzipierte Untersuchungsverfahren gegenwärtige (bzw. vergangene) Auswirkungen von Wettbewerbsbeschränkungen zum Gegenstand hat (und allenfalls als Ausgangspunkt für entsprechende Sanktionsverfahren) dient (siehe E. 6.1 mit Hinweisen). Denn nur soweit Verhaltensweisen aktuelle Wettbewerbsauswirkungen zeitigen oder - soweit sie in der Vergangenheit liegen - solche gezeitigt haben, vermögen sie Untersuchungsgegenstand zu sein. In diesem Sinne ist auch die in der Einführungsphase des neuen Kartellgesetzes von einzelnen Stimmen an der Sachkompetenz der Wettbewerbsbehörden geäußerte heftige Kritik zu verstehen, welche damit begründet wurde, die empirischen Grundlagen der Entscheide der Wettbewerbskommission seien mangelhaft (vgl. dazu: Bericht PVK, a.a.O., S. 3366 f. mit Hinweisen). Da die Untersuchung als Verfahren nicht auf den Erlass von Feststellungsverfügungen angelegt ist (Entscheid der REKO/WEF FB/2004-9 vom 18. März 2005 E. 3.1 Schlussbestimmung KG, veröffentlicht in RPW 2005/2, S. 424 f.), welche die Form gutachterlicher Befunde annehmen würden, sondern der Analyse der Auswirkungen vergangener bzw. gegenwärtiger Wettbewerbsbeschränkungen dient (siehe E. 6.1), durfte die Vorinstanz schon aus diesem Grunde auf das entsprechende Begehren der Beschwerdeführerinnen nicht eintreten.

E. 6.4

Auch wenn nach der Rechtsprechung der REKO/WEF die Frage der Zulässigkeit bzw. Unzulässigkeit einer bestimmten (realisierten und daher aktuell wettbewerbsbeeinflussenden) Verhaltensweise einzig im Rahmen einer Untersuchung nach den Art. 27 ff. KG zu entscheiden ist und deshalb (angesichts der Subsidiarität von Feststellungsverfügungen) nicht zum Gegenstand eines eigenständigen Feststellungsverfahrens gemacht werden kann (Entscheid der REKO/WEF FB/2004-9 E. 3.1 Schlussbestimmung KG, a.a.O.), schliesst dieser Umstand nicht aus, dass im Interesse der Rechtssicherheit bzw. des Vertrauensschutzes bei erst geplanten (und deshalb noch keine Marktwirkungen entfaltenden) Vorhaben, sich dazu die Wettbewerbskommission (und nicht nur das Sekretariat) in einer Weise umfassend äussert, damit so die Massstäbe möglicher behördlicher Interventionen erkennbar werden. Die wettbewerbspolitisch offene Normierung des Kartellgesetzes (siehe E. 4.2.2) sowie die Komplexität der geplanten DMIF (siehe E. 4.1) machen diese zum wettbewerbsrechtlich schwer einschätzbaren Grenzfall. Insofern erwies sich hier die nachgesuchte Feststellungsverfügung - bei gegebenem schutzwürdigem Interesse (Art. 25 Abs. 2 VwVG) - als geeignetes Instrument, um den Beschwerdeführerinnen die von ihnen angestrebte Rechtssicherheit für ihre unternehmerische Risikoanalyse zu vermitteln und ihnen so die gewünschte Erwartungssicherheit für ihre geplanten unternehmerischen Dispositionen und Investitionen

zu geben (vgl. zur Problematik der Rechtssicherheit im Zusammenhang mit direkten Sanktionen: Botschaft 2001, a.a.O., S. 2039, 2041 f.; vgl. zur Rechtssicherheit im Allgemeinen: Gunther Arzt, Über den Nutzen der Rechtsunsicherheit, recht 2001/5, S. 166 ff.; vgl. zur entsprechenden Diskussion in der EU: Andreas Klees, Europäisches Kartellverfahrensrecht, Köln/Berlin/München 2005, § 1 Rz. 6, § 2 Rz. 32 ff. mit Hinweisen).

E. 7

Demnach bleibt noch zu prüfen, ob hier die Voraussetzungen für ein Feststellungsverfahren nach Art. 25 VwVG vorliegen, welche den Beschwerdeführerinnen die erwünschte Rechtssicherheit vermitteln könnte.

E. 7.1

Nach Art. 25 Abs. 1 VwVG kann die sachzuständige Behörde über den Bestand, den Nichtbestand oder den Umfang öffentlichrechtlicher Rechte oder Pflichten von Amtes wegen oder auf Begehren eine Feststellungsverfügung treffen (vgl. Art. 5 Abs. 1 Bst. b VwVG). Nach herrschender Meinung darf die zuständige Behörde unabhängig von einer positivrechtlichen Regelung in ihrem Kompetenzbereich feststellende Verfügungen erlassen (BGE 121 II 473 E. 3, BGE 108 Ib 540 E. 4, Urteil des Bundesgerichts vom 6. November 1998 E. 3a, veröffentlicht in Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht [ZBI] 9/2000, S. 471 ff.; Attilio R. Gadola, Das verwaltungsinterne Beschwerdeverfahren, Zürich 1991, S. 295; vgl. für den Bereich des Kartellrechts: Richli, a.a.O., S. 437, 478 ff.; Bilger, a.a.O., S. 188 ff., 190 ff.; Andreas Kley, Die Feststellungsverfügung - eine ganz gewöhnliche Verfügung?, in: Verfassungsstaat vor neuen Herausforderungen: Festschrift für Yvo Hangartner, St. Gallen 1998, S. 230 ff.; Urs Gueng, Zur Tragweite des Feststellungsanspruchs gemäss Art. 25 Vw[V]G, SJZ 67/1971, S. 369 ff.).

E. 7.1.1

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts bezweckt das in Art. 25 VwVG vorgesehene Instrument der Feststellungsverfügung, dem Betroffenen eine die Behörde verpflichtende Auskunft über seine Rechtslage zu erteilen (BGE 129 III 503 E. 3.5 mit Hinweisen auf Lehre und Rechtsprechung). Von Stellungnahmen und einfachen behördlichen Auskünften, die nach den Grundsätzen von Treu und Glauben und des Vertrauensschutzes Rechtsfolgen gegenüber Behörden auslösen, unterscheidet sich die Feststellungsverfügung dadurch, dass sie als förmliche Verfügung auf dem Rechtsmittelweg angefochten werden kann und die erlassende Behörde bindet, sofern sie einer gestaltenden Verfügung vorausgeht (BGE 129 III 503 E. 3.5 mit Hinweisen; vgl. auch: Beatrice Weber-Dürler, Neuere Entwicklung des Vertrauensschutzes, ZBI 6/2002, S. 281 ff.; Kley, a.a.O., S. 244 f.). Zu beachten ist, dass eine Feststellungsverfügung als verbindliche behördliche Auskunft nur insoweit geeignet sein kann, dem Betroffenen hinreichende Gewissheit über den Inhalt einer ihr nachgehenden Gestaltungsverfügung zu vermitteln, als die in der Feststellungsverfügung enthaltenen Auskünfte klar und vollständig sind und sich der rechtserhebliche Sachverhalt nach Erlass der Feststellungsverfügung mit hoher Wahrscheinlichkeit nicht mehr ändert (BGE 129 III 503 E. 3.5). Der Umfang des Feststellungsanspruches ergibt sich im Einzelfall aus dem Rechtsschutzbedürfnis: ob der Bürger ein Rechtsverhältnis soll feststellen lassen können oder nicht, ist einzig eine Frage der Schutzwürdigkeit seines Feststellungsinteresses (PETER ALEXANDER MÜLLER, Vorbeugender Verwaltungsrechtsschutz, Zeitschrift für

Walliser Rechtsprechung [ZWR] 1971, S. 342 ff., 350).

E. 7.1.1.1

Nach Art. 25 Abs. 2 VwVG ist einem Begehren um Erlass einer Feststellungsverfügung zu entsprechen, wenn der Gesuchsteller ein schutzwürdiges Interesse nachweist (BGE 129 V 289 E. 2.1, BGE 129 III 503 E. 3.6, je mit Hinweisen). Fehlt hingegen das Feststellungsinteresse, ist auf ein Feststellungsbegehren nicht einzutreten (BGE 129 V 289 E. 2.3, BGE 108 Ib 540 E. 3 und 4/c; Pierre Tschannen/Ulrich Zimmerli, Allgemeines Verwaltungsrecht, 2. Aufl., Bern 2005, Rz. 62, S. 227). Ein Anspruch auf Erlass einer Feststellungsverfügung ist nach Lehre und Rechtsprechung anzuerkennen, wenn der Gesuchsteller ein rechtliches oder tatsächliches sowie aktuelles Interesse an der sofortigen Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses nachweist und keine erheblichen öffentlichen oder privaten Interessen entgegenstehen (BGE 130 V 388 E. 2.4 mit Hinweisen). Die Feststellung muss sich auf eine individuelle, konkrete Rechtslage (nicht Tatsachen) beziehen, was die Beurteilung abstrakter Rechtsfragen ausschliesst (BGE 130 V 388 E. 2.5 mit Hinweisen). Insbesondere kann ein noch nicht durch einen konkreten Sachverhalt aktualisiertes Rechtsverhältnis nicht Gegenstand eines Feststellungsbegehrens sein (MÜLLER, a.a.O., S. 348 FN 26; KLEY, a.a.O., S. 238). Weiter wird vorausgesetzt, dass dieses schutzwürdige Interesse nicht ebenso gut durch eine Leistungs- oder Gestaltungsverfügung gewahrt werden kann (zur Subsidiarität der Feststellungsverfügung: BGE 129 V 289 E. 2.1, BGE 126 II 300 E. 1c, je mit Hinweisen; Entscheid der REKO/WEF 98/FB-003 vom 23. September 1999 E. 1.3 *Clima Suisse*, veröffentlicht in RPW 1999/3, S. 503 mit Hinweisen; VPB 60.57; Kley, a.a.O., S. 239, 241, 243 f.; Tschannen/Zimmerli, a.a.O., Rz. 62, S. 227; Gueng, a.a.O., S. 373). Insofern besteht ein Anspruch auf Erlass einer Feststellungsverfügung nur, wenn die streitige Frage nicht ohne unzumutbare Nachteile durch eine rechtsgestaltende Verfügung beurteilt werden kann (BGE 129 V 289 E. 2.1).

E. 7.1.1.2

Als schutzwürdiges Interesse fällt namentlich in Betracht, ob der Gesuchsteller bei Verweigerung der nachgesuchten Feststellungsverfügung Gefahr laufen würde, ihm nachteilige Massnahmen zu treffen oder günstige zu unterlassen (BGE 108 Ib 540 E. 3; Kley, a.a.O., S. 237 f.; Gueng, a.a.O., S. 373 ff.; Müller, a.a.O., S. 352). So erachtete es das Bundesgericht nicht als zulässig, Gesuchsteller auf den Umweg zu verweisen, durch Zuwiderhandlung ein Strafverfahren zu provozieren, welches erst die richterliche Überprüfung einer von ihnen angefochtenen Verordnungsvorschrift ermöglicht hätte (BGE 97 I 852 E. 3b; vgl. Kley, a.a.O., S. 233 FN 28; Gueng, a.a.O., S. 374). Dieser Rechtsprechung haben sich in entsprechenden Fällen angeschlossen: das Bundesverwaltungsgericht (BVGE B-1519/2007 vom 21. September 2007 E. 3.2.1 *Vacherin Mont-d'Or*) sowie die REKO/WEF (Entscheid FB/2004-9 E. 3.3.3 *Schlussbestimmung KG*, a.a.O.).

E. 7.2

Im Lichte dieser allgemeinen Kriterien ist im vorliegenden Kontext vorzuschicken, dass die betroffenen Unternehmen jeweils im konkreten Einzelfall ihr schützenswertes Interesse nachweisen müssen. Dieses ergibt sich nicht einfach von vornherein, wenn aufgrund eines behördlichen "Widerspruches" gestützt auf Art. 49a Abs. 3 Bst. a KG ein Sanktionsrisiko "wiederauflebt". So wäre ein schutzwürdiges Interesse ohne weiteres zu verneinen bei meldefähigen, aber unkomplizierten Vorhaben, deren materiell-wettbewerbsrechtliche

Beurteilung im Lichte von Art. 5 Abs. 3 und 4 KG (bzw. Art. 7 KG) objektiv kaum als unsicher zu werten wäre. Dies wäre beispielsweise der Fall, wenn ein Vorhaben in einer durch Verordnung oder Bekanntmachung gemäss Art. 6 KG hinreichend klar geregelt ist bzw. Gegenstand einer von der Wettbewerbskommission genehmigten einvernehmlichen Regelung ist, bzw. wenn eine entsprechende gefestigte Verwaltungs- oder Rechtsprechungspraxis oder auch ein Gutachten der Wettbewerbskommission in einer ähnlich gelagerten Sache vorliegt. Soweit daher ein den Wettbewerbsbehörden vorgelegtes Projekt im Lichte der von Lehre und Rechtsprechung entwickelten Kriterien bei gegebenem Feststellungsinteresse (vgl. Art. 25 Abs. 2 VwVG) grundsätzlich als feststellungsfähig zu betrachten wäre, stünde - entgegen den Ausführungen der Vorinstanz - einer Feststellungsverfügung selbst die bisherige Rechtsprechung der REKO/WEF nicht entgegen (vgl. Entscheid der REKO/WEF FB/2004-9 vom 18. März 2005 E. 3.1 Schlussbestimmung KG, a.a.O.; vgl. auch: Hans-Ueli Vogt, Auf dem Weg zu einem Kartellverwaltungsverfahrenrecht, AJP 7/99, S. 837 ff.; vgl. insbes. zu Art. 25 VwVG: Kley, a.a.O., S. 242; Gueng, a.a.O., S. 369 ff.; Bilger, a.a.O., S. 199).

E. 7.3

Bei dieser Ausgangslage wäre den Beschwerdeführerinnen gestützt auf Art. 25 Abs. 2 VwVG nur dann ein schutzwürdiges Interesse zuzubilligen, von der Vorinstanz (als Sanktionsbehörde) mit Feststellungsverfügung zu erfahren, dass ihre gemeldete "Interchange Fee" von 0.4 % für inländische Maestro-Transaktionen kartellgesetzlich zulässig sei, wenn sich der Verfügungsgegenstand als hinreichend feststellungsfähig erweisen würde, um die nachgesuchte Rechtssicherheit zur Frage der Zulässigkeit vermitteln zu können. Dabei liesse sich in einem allfälligen Feststellungsverfahren, welches zu einem unzweideutigen Ergebnis führen müsste, die Beurteilung nur insoweit vornehmen, als ein hinreichend konkretisiertes, umfassend dargestelltes (bzw. dokumentiertes) Vorhaben vorläge dessen wettbewerbswirksamen Implikationen hinreichend voraussehbar wären:

E. 7.3.1

Da sich indessen die erst geplante "DMIF Maestro" als Idee nicht auf das reale Marktgeschehen bzw. den dort herrschenden Wettbewerb auszuwirken vermag, verlangen die Beschwerdeführerinnen von der Vorinstanz letztlich eine wettbewerbsrechtliche Beurteilung ihrer Abrede, die solange nur eine theoretische (und an zahlreiche Bedingungen und Hypothesen geknüpfte) Analyse beinhalten könnte, als die Abrede keine konkreten, in Marktdaten ablesbaren Wirkungen entfaltet. In diesem Zusammenhang legt die Vorinstanz nachvollziehbar dar, dass sie erst in der Lage wäre, eine praktische Analyse der Wettbewerbsverhältnisse vorzunehmen, wenn die "DMIF Maestro" realiter praktiziert würde (vgl. Ziff. 44 der Vernehmlassung). Dies erst würde der Vorinstanz erlauben, im Rahmen einer Untersuchung die für die wettbewerbsrechtliche Analyse notwendigen quantitativen und qualitativen Daten zu erheben und auszuwerten (gl.M. TAGMANN, a.a.O., S. 6).

E. 7.3.2

Zwar erweist sich das Bedürfnis der Beschwerdeführerinnen, von der Wettbewerbskommission über die kartellrechtliche Zulässigkeit ihres Vorhabens rechtsverbindlich aufgeklärt zu werden, als legitim und unabweisbar. Indessen stellt die Vorinstanz in Abrede, dass von ihr ernsthaft verlangt werden dürfe, dass sie sich ausgehend

von empirisch nicht untermauerten, lediglich prognostizierten hypothetischen Marktauswirkungen der "DMIF Maestro" lediglich in hypothetisch-theoretischer Weise zur wettbewerbsrechtlichen Zulässigkeit dieser Abrede äussere. Dieser Standpunkt ist begründet, wenn man sich die in den Erwägungen 4.1 und 4.2.2 angesprochenen, unausweichlichen prognostischen bzw. methodologischen Probleme vergegenwärtigt, welche Sekretariat und Wettbewerbskommission zu bewältigen haben:

E. 7.3.2.1

Zwar räumt die wettbewerbstheoretische Offenheit des kartellgesetzlichen Wettbewerbsbegriffes (siehe E. 4.2.2) den Wettbewerbsbehörden eine aus rechtsstaatlicher Sicht problematische Definitionsmacht ein, insbesondere in Grenzfällen die Wettbewerbspolitik einzelfallweise gestützt auf inhaltlich völlig offene Normen zu konkretisieren (vgl. Zimmerli, a.a.O., S. 491 f., wonach die Definition des - als "Universalrechtsgut" kartellgesetzlich geschützten - wirksamen Wettbewerbs "weitgehend von der jeweils herrschenden Wettbewerbsideologie" abhängig sei). Dennoch ist es dem Bundesverwaltungsgericht als Justizbehörde verwehrt, sich über die hier entscheidungswesentliche Einschätzung der Wettbewerbskommission hinwegzusetzen, sie sei aus objektiven Gründen nicht in der Lage, das von den Beschwerdeführerinnen eingeforderte unbedingte Urteil abzugeben, ob die vorgesehene DMIF in der Höhe von 0.4 % der Transaktionskosten im Rahmen des MAESTRO-Debitkartensystems kartellgesetzkonform sei, weil es sich zumindest angesichts genügenden Restwettbewerbs durch Effizienzgründe rechtfertigen liesse. Da die Beschwerdeführerinnen nicht weniger als die verfügungsmässige Feststellung der Zulässigkeit der gemeldeten DMIF beantragen ("ohne wenn und aber"), kommt dies der Aufforderung an die Vorinstanz gleich, die DMIF nicht als "preisbezogene" Abrede im Sinne von Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG zu werten und gleichzeitig das Vorliegen von Effizienzgründen (im Sinne von Art. 5 Abs. 2 KG) anzunehmen, oder falls die DMIF dennoch als preisbezogene "hard core" Abrede nach Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG anzusprechen wäre, die Feststellung von genügendem Restwettbewerb anzunehmen, was die Vermutungsfolge umstossen würde. Wenn auch fraglich sein mag, ob sich hier der Charakter der Interchange Fee tatsächlich losgelöst von vertieften Untersuchungen zur Marktstruktur und allfälligen Marktergebnissen dieser Abgeltung rein theoretisch begründen und entscheiden lässt, lässt sich die Ermittlung von genügendem Restwettbewerb nicht theoretisch entscheiden, sondern setzt die Umsetzung der DMIF in der Praxis sowie die Erhebung entsprechender Daten voraus (vgl. Zäch, a.a.O., Rz. 476 zum Aussenwettbewerb bzw. Rz. 478 zum Innenwettbewerb).

E. 7.3.2.2

Anlass an dieser Einschätzung der Wettbewerbskommission zu zweifeln, besteht um so weniger, als für das Bundesverwaltungsgericht sachlich nachvollziehbar ist, dass nur eine umgesetzte DMIF im Rahmen einer Untersuchung die notwendigen Wirtschaftsdaten für eine verlässliche wettbewerbsrechtliche Beurteilung liefern könnte (siehe E. 4.2.2 und E. 6.1; TAGMANN, a.a.O., S. 5 ff.). Dass diese Lagebeurteilung offensichtlich unzutreffend oder sachlich unhaltbar sein könnte, wird jedenfalls von den Beschwerdeführerinnen nicht näher dargelegt. Somit ist davon auszugehen, dass hier keine feststellungsfähige Rechtslage vorliegt, die es erlauben würde, von der Vorinstanz die angebehrte Feststellungsverfügung einzufordern. Damit erweist sich die nachgesuchte Feststellungsverfügung als rechtlich nicht zulässig. Für diese Würdigung spricht insbesondere ein nicht veröffentlichtes Urteil des Bundesgerichts vom 22. Februar 1971. Darin wurde die Schutzwürdigkeit des

Feststellungsinteresses einer Jugendorganisation verneint, welche im Hinblick auf die künftige Durchführung von Strassendemonstrationen die Klärung der Rechtslage bezüglich der Voraussetzungen der hierfür erforderlichen Polizeierlaubnis verlangt hatte. Das Bundesgericht erkannte, dass die von einer solchen Organisation verlangte Bewilligung für die Verwendung bestimmter Demonstrationsmittel auf öffentlichen Strassen auf keinen Fall im voraus und ohne Würdigung der im konkreten Einzelfall herrschenden Gegebenheiten erteilt werden könne und dürfe (MÜLLER, a.a.O., S. 349 f. FN 31).

E. 7.3.3

Die zur Begründung eines Feststellungsinteresses von den Beschwerdeführerinnen erwähnten Bundesgerichtsurteile vermögen deren Standpunkt nicht zu stützen:

E. 7.3.3.1

Mit ihrem Einwand, dass nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung auch zukünftiges Verhalten Gegenstand einer Feststellungsverfügung sein könne, übersehen die Beschwerdeführerinnen die wesentlichen Unterschiede die zwischen dem vorliegenden, auf dynamische Prozesse bezogenen Sachverhalt (siehe E. 4.2.2) und dem rein statischen steuerrechtlichen Sachverhalt bestehen, der in BGE 98 Ib 457 E. 6 zu beurteilen war: Damals billigte das Bundesgericht einer Gesuchstellerin ein Feststellungsinteresse zur Frage zu, ob ihr die Verrechnungssteuer auf künftigen Kapitalerträgen zurückerstattet werden müsste. Thema des Feststellungsbegehrens war einzig die Frage, welche verwaltungsrechtlichen Folgen die Verwirklichung eines erst in Aussicht genommenen Tatbestandes hätte. In diesem Fall erachtete das Bundesgericht ein solches Feststellungsverfahren als sachlich gerechtfertigt, da es einem legitimen Bedürfnis entsprach. Im Unterschied zu dieser "einfachen" Fallkonstellation, wo der künftige Umstand (d.h. eine "künftige Dividende" als statischer Sachverhalt) einer rechtlichen Subsumtion problemlos zugänglich war, lassen sich hier die tatsächlichen Auswirkungen der Einführung der DMIF auf den Restwettbewerb nach Auffassung der Vorinstanz kaum verlässlich abschätzen. Dass sich nach Auffassung der Vorinstanz die wettbewerblichen Folgen einer DMIF im Rahmen des komplex strukturierten Maestro-Netzwerkes (siehe E. 4.1 f.) ohne empirische Grundlagen nicht mit hinreichender Sicherheit beurteilen lassen, erlaubt auch keine kartellgesetzliche Beurteilung der Zulässigkeit einer DMIF, die auf Bedingungen und theoretische Annahmen verzichten könnte. Diese Überlegungen zeigen, dass sich die im Steuerrecht für statische Sachverhalte bewährte Praxis zu Feststellungsverfügungen keineswegs auf wettbewerbliche Sachverhalte übertragen lässt, die sich durch eine komplexe und dynamische Natur auszeichnen (siehe E. 4.2.2).

E. 7.3.3.2

Auch die Situation in BGE 97 I 852 E. 3b (siehe E. 7.1.1.2) lässt sich mit dem vorliegenden Fall nicht vergleichen, wie die Vorinstanz zutreffend einwendet. In diesem Urteil erachtete es das Bundesgericht als nicht zulässig, Gesuchsteller auf den Umweg zu verweisen, durch Zuwiderhandlung ein Strafverfahren zu provozieren, welches erst die gerichtliche Überprüfung einer von ihnen angefochtenen Verordnungsvorschrift ermöglicht hätte. Im Unterschied zur hier geforderten Feststellungsverfügung, welche sich zu dynamischen und in ihren Wirkungen kaum verlässlich voraussehbaren tatsächlichen Verhältnissen verbindlich und unbedingt aussprechen soll, lag in BGE 97 I 852 eine Feststellungsverfügung im Streit, mit der eine neu anwendbare Verordnungsvorschrift für gesetzwidrig und die bisher zur Produktvermarktung verwendete Bezeichnung "Bitter

analcoolico S. Pellegrino" weiterhin als zulässig hätte festgestellt werden sollen. Ähnlich wie im oberwähnten Verrechnungssteuerfall (BGE 98 Ib 457) lag BGE 97 I 852 ein einfacher, liquider und bereits realisierter Sachverhalt zugrunde, der sich problemlos rechtlich subsumieren liess. 7.3.3.2.1 Nicht anders verhält es sich im Fall den das Bundesverwaltungsgericht zu beurteilen hatte, als es einem Käser gestützt auf die ratio decidendi von BGE 97 I 852 ein Feststellungsinteresse zur Frage zubilligte, ob der von ihm vermarktete Försterkäse gegen das landwirtschaftsrechtliche Verbot der widerrechtlichen Verwendung geschützter Ursprungsbezeichnungen verstosse, zumal ein solcher Verstoss strafrechtlich sanktionierbar ist und zur Tragweite der einschlägigen Verbotsnorm eine höchstrichterliche Rechtsprechung fehlt und zudem die Lehrmeinungen dazu auseinander gehen (BVGE B-1519/2007 vom 21. September 2007 E. 3.2.1 Vacherin Mont-d'Or). 7.3.3.2.2 Nicht vergleichbar ist der vorliegende Fall auch mit der Fragestellung, welche die REKO/WEF im Verfahren FB/2004-9 zu beurteilen hatte (siehe E. 7.1.1.2). Strittig war damals eine reine Rechtsfrage, welche sich völlig losgelöst von konkreten wirtschaftlichen Sachverhalten beantworten liess. Damals billigte die REKO/WEF einem beschwerdeführenden Unternehmen (- um ihm eine seriöse prospektive Risikoanalyse zu ermöglichen -) ein schutzwürdiges Interesse zur Frage zu, mittels Feststellungsverfügung über die Rechtswirkungen eines Schreibens aufgeklärt zu werden, dem das Unternehmen - im Gegensatz zur Wettbewerbskommission - sanktionsausschliessende Wirkungen zusprach. Verworfen wurde damals der Standpunkt der Wettbewerbskommission, wonach dem Beschwerdeführer zuzumuten gewesen wäre, erst eine allfällige Verbots- bzw. Sanktionsverfügung abzuwarten, um dann die Frage der strittigen Rechtswirkung seines Meldeschreibens gerichtlich überprüfen zu lassen (Entscheid der REKO/WEF FB/2004-9 E. 3.3.3 Schlussbestimmung KG, a.a.O. - bestätigt im Urteil des Bundesgerichts 2A.287/2005 vom 19. August 2005, a.a.O., soweit das Feststellungsinteresse bzw. die Feststellungsfähigkeit der Streitfrage betroffen war).

E. 7.4

Da die verlangte abstrakte Beurteilung der geplanten "DMIF Maestro" aus objektiven Gründen von der Wettbewerbskommission nicht geleistet werden kann, können die Beschwerdeführerinnen von ihr vernünftigerweise nicht verlangen, dass sie sich in einer eindeutigen (d.h. jeden Zweifel ausschliessenden) und unbedingten Form verbindlich über die Zulässigkeit der geplanten "DMIF Maestro" ausspricht, so dass ihrem Bedürfnis nach Rechtssicherheit vollumfänglich entsprochen werden könnte. Denn es ist ausgeschlossen, dass die von der Vorinstanz in Aussicht gestellte Zulässigkeitsbeurteilung die erwartete Rechtssicherheit gewähren könnte, zumal sie - in Übereinstimmung mit dem Kartellgesetz, das als Missbrauchsgesetz schädliche Auswirkungen zu bekämpfen sucht (vgl. Art. 1 KG) - rein hypothetisch formuliert und mit Bedingungen versehen bzw. an theoretische Annahmen geknüpft werden müsste. Bereits dieser Umstand lässt kommende Auslegungstreitigkeiten zum Inhalt bzw. zur Tragweite einer solch rein hypothetisch, abstrakt-gutachterlichen Beurteilung als wahrscheinlich erscheinen. In solchen Fällen, wo die kartellgesetzliche Zulässigkeit komplexer Projekte in Frage stünde, müssten entsprechende Feststellungsverfügungen zwangsläufig in Form prognostischer Gutachten ökonomischer Natur formuliert werden, was sich in einem allfälligen Rechtsmittelverfahren kaum als justiziabler Streitgegenstand eignen dürfte, wenn letztlich - losgelöst von empirischen Grundlagen - gegenläufige ökonomische Modelle gegeneinander abzuwägen wären (vgl. zur Problematik der Interaktion von Theorie und Empirie: GEBAUER, a.a.O., S. 364 f.). Unter diesen Umständen haben die Beschwerdeführerinnen hinzunehmen, dass

sie nur die Möglichkeit haben, entweder auf ihr - kartellgesetzlich möglicherweise doch zulässiges - Vorhaben zu verzichten oder dieses (in allenfalls abgeschwächter Form) erst umzusetzen, so dass sie erst im Rahmen einer Untersuchung - wenn schlüssige Marktdaten vorliegen - die Möglichkeit haben werden, unter Inkaufnahme des Sanktionsrisikos die wettbewerbsrechtliche Beurteilung der Vorinstanz zu erfahren.

E. 8

Die Beschwerdeführerinnen rügen, die Verweigerung der nachgesuchten Feststellungsverfügung käme de facto einer Verbotsverfügung gleich, da wegen des "massiven Bussgeldrisikos" die DMIF nicht eingeführt werden könnte. Dies widerspräche dem in Art. 6 Ziff. 1 EMRK verankerten Recht auf Zugang zu einem Gericht, weil gegen diese faktische Verbotsverfügung kein Rechtsmittel offen stünde. Diese Rüge ist unbegründet. Art. 6 EMRK ist nur anwendbar, wenn das anwendbare nationale Recht dem Beschwerdeführer einen entsprechenden Rechtsanspruch einräumt, der auch durchsetzbar ist (vgl. Urteil des Bundesgerichts 2A.161/2006 vom 12. Oktober 2006 E. 3.2, veröffentlicht in RPW 2006/4, S. 728, mit Verweis auf BGE 125 II 293 E. 5b). Dies ist hier nicht der Fall. Die Beschwerdeführerinnen haben nach dem in Erwägung 7 Ausgeführten mangels Feststellungsfähigkeit der Streitsache keinen Anspruch auf Erlass der nachgesuchten Feststellungsverfügung, welche die von ihnen als "faktische Verbotsverfügung" ausgelegte unsichere Rechtslage ausräumen würde. Es muss ihnen deshalb zur Verfolgung dieses nicht bestehenden Anspruchs auch keine gerichtliche Instanz zur Verfügung stehen bzw. keine Legitimation, an eine solche gelangen zu können, zuerkannt werden.

E. 9

Die bisher angestellten Überlegungen führen freilich zu einem Ergebnis, das zu Ungunsten der Beschwerdeführerinnen ausfällt und zeigt, dass die Härte der in Art. 49a KG angelegten Sanktionsregelung durch das gegenwärtig zur Verfügung stehenden Rechtsinstitut der Meldung (siehe E. 5) nicht verfassungskonform kompensiert wird, wenn es mehr leisten soll, als nur Rechtssicherheit hinsichtlich eines Sanktionsrisikos zu vermitteln (vgl. Urteil des Bundesgerichts 2A.287/2005 vom 19. August 2005 E. 3.4, a.a.O.; Tagmann, a.a.O., S. 8, der zwar einen "institutionellen Widerspruch" ortet, aber die Regelung für verfassungsrechtlich unbedenklich hält; demgegenüber kritisch: Zimmerli, a.a.O., S. 501 ff.).

E. 9.1

Nach wie vor ungelöst ist die im Gutachten Rhinow/Gurovits (a.a.O., S. 611 ff.) geforderte verfassungskonforme Kompensation der normativ offenen, direkt sanktionsbedrohten Tatbestände, damit Unternehmen nicht länger eine (bisweilen schwer zumutbare) eigenverantwortliche Beurteilung unbestimmter Rechtsbegriffe tragen müssen (siehe E. 5.2; Brauchlin, a.a.O., Rz. 34 ff.). Damit ist die Gefahr angesprochen, dass die jüngst eingeführten direkten Sanktionen angesichts von Art. 49a Abs. 3 Bst. a KG in einen "generalpräventiven over-kill" (vorab zu Lasten von KMU) münden könnten, wie Heine (a.a.O., S. 107, 127 f.) befürchtet. Unbefriedigend ist die im Kartellgesetz systemimmanent angelegte Rechtsunsicherheit hinsichtlich der Zulässigkeit von Grenzfällen, wenn veranschlagt wird, dass jedenfalls dem Wortlaut von Art. 49a Abs. 2 KG nach die Wettbewerbskommission nur ermächtigt ist, auf eine Belastung ganz oder teilweise zu verzichten, wenn es um die Bonusregelung für whistle blower geht, welche aus einem

"harten" Kartell aussteigen wollen (ZIMMERLI, a.a.O., S. 633 ff.; DÄHLER/KRAUSKOPF, a.a.O., S. 144 ff.; TAGMANN, a.a.O., S. 7 FN 33). Vorliegend nicht zu prüfen ist, ob gesetzessystematische bzw. teleologische Überlegungen eine solche Möglichkeit auch ausschliessen, wenn - wie hier - in Härtefällen die Wettbewerbskommission als Antwort auf eine Meldung (im Sinne von Art. 49a Abs. 3 Bst. a KG) ein Verfahren eröffnet, das ein "Entfallen" der Belastung rückgängig macht, indessen die in Frage stehenden privaten Interessen an der Durchführung eines Vorhabens die Rechtsunsicherheit hinsichtlich der Zulässigkeit als unerträglich erscheinen lassen (so dass ein aus verfassungsrechtlicher Sicht unhaltbarer Grad an Rechtsunsicherheit für Marktteilnehmer anzunehmen wäre).

E. 9.2

Ausserhalb des hier zu beurteilenden Streitgegenstandes (siehe E. 3.1) ist auch die weitere naheliegende Frage, ob (und wenn ja, inwiefern) die Wettbewerbskommission zu ermächtigen wäre, den Rechtsschutzbedürfnissen Betroffener entgegenzukommen, indem sie ihnen zusichern könnte, dass sie im Falle eines im Rahmen einer Untersuchung ausgesprochenen Verbotes keine oder nur eine symbolische Busse aussprechen werde (vgl. Heine, a.a.O., S. 130 ff.). Bereits im Gutachten Rhinow/Gurovits war die Schaffung eines "Ausnahmetatbestandes" gefordert worden, der es der Wettbewerbskommission erlauben würde, in besonderen Fällen von einer Sanktion abzusehen (a.a.O., S. 614). Da sich die Vorinstanz ausser Stande sieht, in Grenzfällen geplante Vorhaben, die sich möglicherweise als "wettbewerbsverträglich" oder gar "wettbewerbsförderlich" erweisen könnten (vgl. Ducrey, Meldung, a.a.O., S.167; Brauchlin, a.a.O., Rz. 48; Tagmann, a.a.O., S. 8; Zimmerli, a.a.O., S. 504), prospektiv verbindlich zu beurteilen, stellt sich de lege ferenda die Frage, ob nicht ein auf besondere Ausnahmefälle beschränktes Opportunitätsprinzip ins Kartellgesetz aufgenommen werden müsste, das der Vorinstanz erlauben würde, von Sanktionen abzusehen, wenn solche aufgrund besonderer Umstände nicht angemessen wären (vgl. Gutachten Rhinow/Gurovits, a.a.O., S. 614 f.).

E. 9.3

Da sich die Vorinstanz aus nachvollziehbaren Gründen nicht in der Lage sieht, das gemeldete Vorhaben ohne empirische Grundlagen wettbewerbsrechtlich zuverlässig zu beurteilen, wäre es wünschbar, dass sie den berechtigten Rechtsschutzbedürfnissen der Beschwerdeführerinnen noch mehr entgegen käme, indem sie zumindest die für die wettbewerbliche Beurteilung massgeblichen Entscheidparameter selbst näher darlegen würde, damit die Beschwerdeführerinnen erkennen können, durch welche allfälligen Modifikationen ihr Projekt allenfalls den (letztlich behördlich noch festzulegenden) "kartellgesetzlichen Anforderungen" angeglichen werden könnte.

E. 10

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass den Beschwerdeführerinnen kein Anspruch auf eine unbedingt formulierte Feststellungsverfügung zur Frage der Zulässigkeit der geplanten "DMIF Maestro" zusteht. Nach Einschätzung der Wettbewerbskommission ist das genügend konkretisierte, komplex strukturierte Vorhaben in seinen Auswirkungen auf den Wettbewerb nicht hinreichend voraussehbar. Deshalb sieht sich die Vorinstanz ausser Stande festzustellen, ob und unter welchen Voraussetzungen die DMIF im Sinne von Art. 5 Abs. 3 KG unzulässige Auswirkungen auf den Wettbewerb entfalten könnte, so dass gestützt auf Art. 49a Abs. 1 KG Sanktionen auszusprechen wären. Die

Wettbewerbskommission könnte dem Begehren der Beschwerdeführerinnen nach einer unbedingte Feststellungsverfügung nur teilweise entsprechen, nämlich mit einer Verfügung in gutachterlicher Form unter Annahme von Hypothesen und Bedingungen. Dies allerdings dürfte den legitimen Rechtssicherheitsbedürfnissen der Beschwerdeführerinnen kaum gerecht werden. Sind demnach die gesetzlichen Voraussetzungen weder für die Eröffnung einer Untersuchung noch für den Erlass der nachgesuchten Feststellungsverfügung gegeben (siehe E. 6 f.), dürfte die Vorinstanz, ohne Bundesrecht zu verletzen, auf die Begehren der Beschwerdeführerinnen nicht eintreten. Demzufolge ist die Beschwerde als unbegründet abzuweisen.

E. 11.1

Bei diesem Verfahrensausgang unterliegen die Beschwerdeführerinnen, weshalb ihnen die Verfahrenskosten aufzuerlegen sind (Art. 63 Abs. 1 VwVG). Diese setzen sich zusammen aus der Gerichtsgebühr sowie den Auslagen (Art. 63 Abs. 5 VwVG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 des Reglements vom 11. Dezember 2006 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht, VGKE, SR 173.320.2). Auslagen sind keine angefallen. Die zu sprechende Gerichtsgebühr von insgesamt Fr. 10'000.-, welche den Beschwerdeführerinnen gemeinsam und unter solidarischer Haftung auferlegt wird, ist nach Rechtskraft dieses Urteil mit den am 21. Juni 2007 geleisteten Kostenvorschüssen in der Höhe von viermal je Fr. 2'500.- zu verrechnen.

E. 11.2

Den unterliegenden Beschwerdeführerinnen ist keine Parteientschädigung auszurichten (Art. 64 Abs. 1 VwVG; Art. 7 Abs. 1 VGKE).

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