

BVGer B-5972/2023 vom 28. Februar 2024

Bundesverwaltungsgericht, 2024-02-28, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_B-5972_2023

FR: TAF B-5972/2023 du 28 février 2024

IT: TAF B-5972/2023 del 28 febbraio 2024

Regeste

Verfahrensfragen, Publikationen, usw.

Erwägungen

E. 1

Das Bundesverwaltungsgericht prüft vom Amtes wegen und mit freier Kognition, ob die Sachurteilsvoraussetzungen erfüllt sind und ob auf eine Beschwerde einzutreten ist (Urteil des BVGer B-4637/2013 vom 9. Juli 2014 E. 1 m.H.).

E. 1.1

Gemäss Art. 31 VGG beurteilt das Bundesverwaltungsgericht Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 VwVG. Der angefochtene Entscheid vom 25. September 2023, in welchem das Gesuch um Erlass einer vorsorglichen Massnahme abgewiesen wird, ist eine Verfügung im Sinne von Art. 5 Abs. 1 Bst. c VwVG (Urteil B-4637/2013 E. 1.1 m.H.). Somit ist das Bundesverwaltungsgericht 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.

E. 1.2

Ein Entscheid über die Anordnung (bzw. Nichtanordnung) vorsorglicher Massnahmen gilt als Zwischenverfügung (Urteil des BGer 2C_876/2021 vom 2. November 2022 E. 1.2 m.H.). Dagegen ist nach Art. 46 Abs. 1 VwVG die Beschwerde zulässig, wenn sie einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil bewirken kann (Bst. a) oder wenn die Gutheissung der Beschwerde einen Endentscheid herbeiführen und damit einen bedeutenden Aufwand an Zeit oder Kosten für ein weitläufiges Beweisverfahren ersparen würde (Bst. b). Der nicht wiedergutzumachende Nachteil muss nach VwVG - im Unterschied zu Art. 93 Abs. 1 Bst. a BGG - nicht rechtlicher Natur sein. Vielmehr genügt für die Annahme eines nicht wieder gutzumachenden Nachteils ein tatsächliches, insbesondere wirtschaftliches Interesse (BGE 130 II 149 E. 1.1 m.H.; Urteil des BVGer B-8093/2015 vom 17. Februar 2016 E. 3.1 m.H.). Nicht verlangt wird, dass ein wirtschaftlicher Nachteil nie wiedergutmacht werden kann. Vielmehr genügt bereits ein schutzwürdiges Interesse daran, eine vorsorgliche Massnahme unverzüglich zu erlassen, ohne auf den Endentscheid warten zu müssen (Urteil des BVGer B-161/2021 vom 30. September 2021 E. 6; Urteil B-4637/2013 E. 1.3 m.H.). Nicht erforderlich ist auch, dass er tatsächlich entsteht; vielmehr reicht es aus, dass er entstehen oder nicht von vorneherein ausgeschlossen werden kann. Die Beweislast für das Vorliegen eines entsprechenden Nachteils trägt die beschwerdeführende Partei (Urteil B-8093/2015 E. 3.1 m.H.). Bewirkt eine Zwischenverfügung keinen nicht wiedergutzumachenden Nachteil, kann sie erst mit Beschwerde gegen die Endverfügung angefochten werden (Art. 46 Abs. 2 VwVG). Damit soll verhindert werden, dass die Beschwerdeinstanz Zwischenentscheide

überprüfen muss, die durch einen günstigen Endentscheid der Vorinstanz für die betroffene Person jeden Nachteil verlieren würden. Die Rechtsmittelinstanz soll sich in der Regel nur einmal mit einer Streitsache befassen und sich nicht bereits in einem frühen Verfahrensstadium ohne genügend umfassende Sachverhaltskenntnis teilweise materiell festlegen müssen (BGE 135 II 30 E. 1.3.2; Urteil B-8093/2015 E. 3.1 m.H.). Vorliegend verweigert die Vorinstanz der Beschwerdeführerin im Ergebnis eine sanktionsaussetzende Zusicherung. In dieser Situation lässt sich der Beschwerdeführerin ein wirtschaftliches Interesse nicht absprechen, von der Vorinstanz verbindlich zu erfahren, ob ihre nach Art. 49a Abs. 3 Bst. a KG gemeldeten und seit dem 1. Juli 2023 für Transaktionen mit Debitkarten in der Schweiz verwendeten Interchange Fee-Sätze für die Dauer der Untersuchung zulässig und insofern nicht nach Art. 49a Abs. 1 KG direkt sanktionierbar sind. Somit ist der - für das Eintreten auf die Beschwerde erforderliche - nicht wieder gutzumachende Nachteil im Sinne von Art. 46 Abs. 1 VwVG zu bejahen.

E. 1.3

Eingabefrist und -form sind gewahrt (Art. 50 und 52 Abs. 1 VwVG), die Rechtsvertreter haben sich rechtsgenügend ausgewiesen (Art. 11 VwVG), der Kostenvorschuss wurde fristgemäss bezahlt (Art. 63 Abs. 4 VwVG) und die übrigen Sachurteilsvoraussetzungen liegen vor (Art. 46 ff. VwVG). Auf die Beschwerde ist daher einzutreten.

E. 2

Während die Wettbewerbskommission den Erlass der angebehrten vorsorglichen Massnahme ablehnt, weil diese im Widerspruch zu Art. 49a KG stünde und schon deshalb nicht verfügt werden dürfe (angefochtene Verfügung Rz. 50-58; Vernehmlassung Rz. 20 f.), hält die Beschwerdeführerin die Massnahme für rechtlich zulässig, notwendig, verhältnismässig und äusserst dringlich, um für die Dauer der Untersuchung Rechtssicherheit für alle beteiligten Akteure herzustellen (Beschwerde Rz. 39 ff.; Stellungnahme vom 11. Januar 2024, Rz. 26).

E. 3.1

Gemäss Art. 23 Abs. 1 KG bereitet das Sekretariat die Geschäfte der Wettbewerbskommission vor, führt die Untersuchungen durch und erlässt zusammen mit einem Mitglied des Präsidiums die notwendigen verfahrensleitenden Verfügungen. 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. 3.2

Art. 49a Abs. 1 KG (mit der Marginalie "Sanktion bei unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen") sieht 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." 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;" Die Einzelheiten zur Meldung nach Art. 49a Abs. 3 Bst. a KG sind in den Art. 15-19 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. 3.3.1

Nach Lehre und Rechtsprechung kann die Vorinstanz in kartellrechtlichen Untersuchungen vorsorgliche Massnahmen treffen, obschon das Kartellgesetz diese nicht ausdrücklich vorsieht (Urteil 2C_876/2021 E. 1.2 mit Verweis auf BGE 130 II 149 E. 2.1). Solche Massnahmen zielen darauf ab, die Wirksamkeit einer allenfalls anzuordnenden Verfügung sicherzustellen. Mit sichernden Vorkehren wird gewährleistet, dass der bestehende tatsächliche oder rechtliche Zustand einstweilen unverändert erhalten bleibt. Mit gestaltenden Massnahmen wird ein Rechtsverhältnis provisorisch geschaffen oder einstweilig neu geregelt (BGE 130 II 149 E. 2.2; Urteil des BVGer B-161/2021 vom 30. September 2021 E. 165). Entscheidet eine Behörde über solche Massnahmen, tut sie dies aufgrund einer summarischen Prüfung und Abwägung der im Spiel stehenden Interessen, ohne sich vertieft mit den sich stellenden Sach- und Rechtsfragen auseinanderzusetzen; ihr steht dabei ein erhebliches Ermessen zu (Urteil 2C_876/2021 E. 2.1).

E. 3.3.2

Im Rahmen von kartellverwaltungsrechtlichen Untersuchungen ist Folgendes zu beachten. Vorsorgliche Massnahmen sind erst anzuordnen, wenn dies im öffentlichen Interesse zum Schutz des wirksamen Wettbewerbs erforderlich ist und nicht schon dann, wenn private Interessen der gesuchstellenden Partei beeinträchtigt zu werden drohen, was auf dem zivilrechtlichen Weg zu verfolgen wäre (BGE 130 II 149 E. 2.4, 3.3, 3.4.1, 3.4.4, 3.5; Markus Schott, in: Amstutz/ Reinert [Hrsg.], BSK KG, 2. Aufl. 2021, Art. 39 Rz. 93). Die Prüfung, ob überwiegende öffentliche Interessen für die Anordnung vorsorglicher Massnahmen sprechen, ist Teil der materiellen Prüfung, die sich auf sämtliche weiteren (Teil-)Voraussetzungen für den Erlass vorsorglicher Massnahmen bezieht (Schott, BSK KG, a.a.O., Art. 39 Rz. 93). Daher müssen - neben dem Vorliegen einer mutmasslichen Wettbewerbsbeschränkung, an deren Beseitigung ein überwiegendes öffentliches Interesse besteht (BGE 130 II 149 E. 3.4.1, E. 3.4.4) - für den Erlass vorsorglicher Massnahmen folgende Voraussetzungen erfüllt sein (vgl. BGE 130 II 149 E. 2.2 f.; Schott, BSK KG, a.a.O., Art. 39 Rz. 95 ff.): 1. Günstige Entscheidungsprognose (Hauptsachenprognose), 2. nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil (Nachteilsprognose), 3. Dringlichkeit und 4. Verhältnismässigkeit, d. h. Eignung und Erforderlichkeit, um den wahrscheinlich vorliegenden Nachteil für den wirksamen Wettbewerb (BGE 130 II 149 E. 3.5) abzuwenden.

E. 4.1

Die Vorinstanz hält die beantragte vorsorgliche Anordnung, dass "die Interchange Fee Regelung (...) zu den Sätzen, wie sie in der Meldung vom 22. Mai 2023 gemeldet und per 1.

Juli 2023 in Kraft gesetzt wurden, bis zum Abschluss der Untersuchung (...) als zulässig gelten" soll, für kartellgesetzwidrig und bereits deshalb für ausgeschlossen: Angesichts der Meldung vom 22. Mai 2023 zur "geplanten Einführung dauerhafter inländischer Interchange Fees für Visa Debit / V PAY" und der am 27. Juni 2023 fristgerecht eröffneten Untersuchung sei nach Art. 49a Abs. 3 Bst. a KG das Sanktionsrisiko wiederaufgelebt. Da die Verfahrenseröffnung kein Verbot des gemeldeten Verhaltens bedeute, habe die Beschwerdeführerin ihre für zulässig erachteten Interchange Fee-Sätze ab dem 1. Juli 2023 implementieren können. Doch damit trage sie, wie auch die mitbeteiligten Issuer und Acquirer, ein Sanktionsrisiko, sollten sich die Gebührensätze im Rahmen der Untersuchung als kartellgesetzwidrig erweisen (angefochtene Verfügung Rz. 54). Bei dieser Ausgangslage zielten die verlangten vorsorglichen Massnahmen einzig darauf ab, die in Art. 49a Abs. 1 KG vorgesehene Sanktionsandrohung "auszuhebeln", obwohl die Voraussetzungen für ein Entfallen des Sanktionsrisikos gemäss Art. 49a Abs. 3 Bst. a KG nicht vorlägen. Im Sinne der in BGE 135 II 60 entwickelten Rechtsprechung sei es rechtswidrig, das mit eröffneter Untersuchung nach Art. 49a KG wiederaufgelebte Sanktionsrisiko durch vorsorgliche Massnahmen zu beseitigen (angefochtene Verfügung Rz. 55; Vernehmlassung Rz. 11, 20 ff.). Die von der Beschwerdeführerin beklagte Rechtsunsicherheit bestehe nicht. Das Sekretariat habe eine weitgehende konkretisierende Beurteilung der Rechtslage vorgenommen. Der Beschwerdeführerin sei in der Vorabklärung mehrfach erklärt worden, inwiefern Debitkarten-DMIF zulässig seien und dass die Frage der Zulässigkeit höherer Interchange Fees einer vertieften Untersuchung bedürfe. Gestützt darauf habe die Beschwerdeführerin erkennen können, welches Sanktionsrisiko sie bei der Umsetzung ihres Verhaltens eingehe (angefochtene Verfügung Rz. 56).

E. 4.2

Dem hält die Beschwerdeführerin im Wesentlichen entgegen, wegen der voraussichtlich langen Untersuchungsdauer sei es für die Rechtssicherheit aller beteiligten Akteure im inländischen Debit-Zahlungsmittelsystem äusserst wichtig, dass schnellstmöglich bis zum Abschluss der Untersuchung eine Übergangslösung zur zulässigen Maximal-Höhe der Interchange-Gebühr beziehungsweise der gegenwärtig angewendeten DMIF bereitgestellt werde. Denn angesichts der eröffneten Untersuchung sei nach Art. 49a Abs. 3 Bst. a KG das Risiko eines Bussgeldes wiederaufgelebt. Mit ihrer Weigerung, eine Übergangslösung zu treffen, habe die Vorinstanz die Branche "in rechtsunsichere Gewässer" gezwungen. Daher sei das vorliegende Verfahren darauf gerichtet, die Rechtssicherheit bis zum Abschluss der Untersuchung wiederherzustellen (Beschwerde Rz. 7 ff.). Trotz intensiver Bemühungen und der mehrfach mitgeteilten Bereitschaft, die DMIF für Debitkarten substanziell zu senken, habe mit dem Sekretariat bisher keine einvernehmliche Lösung gefunden werden können (Beschwerde Rz. 29). Der "Debit Safe Harbour" sei ausgelaufen und es seien weder eine Übergangslösung noch die beantragte vorsorgliche Massnahme getroffen worden (Beschwerde Rz. 38). Diese sei nicht rechtswidrig, sondern vielmehr zulässig und im Interesse der Rechtssicherheit notwendig (Beschwerde Rz. 39 ff.): Zwar sei das "(implizite) Argument der Vorinstanz" grundsätzlich nachvollziehbar, "dass im Kartellrecht nicht bei jeder Untersuchungseröffnung mit dem Argument der dadurch entstehenden Rechtsunsicherheit mittels vorsorglicher Massnahmen das Sanktionsrisiko ausgehebelt werden" dürfe. Doch liege eine solche Situation hier gerade nicht vor. Vielmehr sei "erheblich von klassischen Fällen einer Untersuchungseröffnung zu differenzieren" (Beschwerde Rz. 46): Vorliegend gehe es um die jahrelang bestehende DMIF, welche nun willkürlich und ohne Datenbasis auf ein - lediglich durch die Händler - bevorzugtes Niveau

gesenkt werden soll. Die durch die verweigerte vorsorgliche Festlegung der zulässigen maximalen Debit-DMIF bewirkte Rechtsunsicherheit, verbunden mit der Aussage, eine DMIF in Höhe von 0,10 % zuzulassen, erzeuge einen erheblichen Druck auf die Marktteilnehmer, die Debit-DMIF auf dieses Niveau zu senken. Damit würde ein *fait accompli* geschaffen und die Vorinstanz könnte "nach Erreichung der offensichtlichen Zielsetzung des Sekretariats" die Untersuchung mangels Anhaltspunkte für einen Verstoß einstellen. Die sich daraus ergebende Maximal-Höhe der DMIF für Debitkarten würde - ohne Untersuchung der ökonomisch angemessenen Höhe - einseitig im Sinne der Händler festgelegt (Beschwerde Rz. 51). Im Unterschied zur Situation in BGE 135 II 60 habe Visa seit über zehn Jahren eine wettbewerbskonforme DMIF auf dem Markt etabliert, zu den Bedingungen wie mit dem Sekretariat vereinbart, und verlange vorliegend weder eine Verfügung über die Zulässigkeit der DMIF noch die Eröffnung einer Untersuchung. Eine solche laufe jetzt. Verlangt werde eine vorsorglich verfügte Übergangslösung zum Status quo beziehungsweise zu einem - aus Sicht der Händler - sogar besseren Status mit niedrigeren DMIF-Sätzen. Ohne Übergangslösung bestehe die Gefahr, dass die Issuer einen erheblichen Umsatzeinbruch hinnehmen müssten und das "sensible Zahlkartensystem" aus dem Gleichgewicht gerate. Dies sei auch das Ergebnis der Vereinbarung von 2009, welche klar auf eine Verlängerung in einem akzeptablen neuen "Framework" hinweise und daher gerechtfertigte Erwartungen geweckt habe (Beschwerde Rz. 53).

E. 5

Vorsorgliche Massnahmen sind (wie bereits in E. 3.3.2 erwähnt) erst anzuordnen, wenn dies im öffentlichen Interesse zum Schutz des wirksamen Wettbewerbs erforderlich ist und nicht schon dann, wenn private Interessen der gesuchstellenden Partei beeinträchtigt zu werden drohen (vgl. BGE 130 II 149 E. 2.4, 3.3, 3.4.1, 3.4.4, 3.5). Zwar kann der Begriff der "Rechtssicherheit" grundsätzlich durchaus unter denjenigen der "öffentlichen Interessen" subsumiert werden (vgl. Häfelin/ Müller/Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. Aufl., Zürich 2020, Rz. 480). So wie ihn aber die Beschwerdeführerin im laufenden Verfahren verwendet, wird ersichtlich, dass es ihr nicht um den Schutz des wirksamen Wettbewerbes, sondern einzig darum geht, nicht das nach Art. 49a Abs. 3 Bst. a KG bestehende Sanktionsrisiko tragen zu müssen. Der Begriff der "Rechtssicherheit" wird hier somit ausschliesslich im Zusammenhang mit rein privaten Interessen der Beschwerdeführerin geltend gemacht. Wie die Vorinstanz richtig anmerkt, soll die beantragte "vorsorgliche Massnahme" für die Beschwerdeführerin (sowie für Issuer und Acquirer) insofern "Rechtssicherheit" schaffen, als diese ohne Sanktionsrisiko die gemeldeten höheren Interchange Fee-Sätze anwenden können (vgl. angefochtene Verfügung Rz. 51, 54). Angestrebt wird nicht eine "Anordnung" als (notwendige) "Übergangslösung" (Beschwerde Rz. 4, 7 ff., 30, 34, 38, 54, 72 ff., 81), sondern letztlich eine (zeitlich befristete) Freistellung von Sanktionen nach Art. 49a Abs. 1 KG. Die Frage der materiellrechtlichen Zulässigkeit eines wettbewerbswirksamen Verhaltens haben meldende (wie auch nicht meldende) Unternehmen indessen im Rahmen ihrer privatrechtlichen Vertragsfreiheit selbst zu beurteilen, ohne dass hierfür im Kartellgesetz sanktionsbefreiende Rechtsinstitute, welche über Art. 49a Abs. 3 KG hinausgehen, vorgesehen sind. Meldende Unternehmen sollen gestützt auf das Melde- und Widerspruchsverfahren nach Art. 49a Abs. 3 Bst. a KG in geeigneter Weise eine Selbstsubsumption vornehmen können, um ein allfälliges Sanktionsrisiko abschätzen zu können (BGE 135 II 60 E. 3.2.3). Insofern bezweckt diese Norm Rechtssicherheit zur Frage eines allenfalls bestehenden Sanktionsrisikos zu schaffen, was eine abstrakte

Konformitätsprüfung von gemeldeten Verhaltensweisen grundsätzlich ausschliesst. Setzt daher die Beschwerdeführerin, wie hier, ihr gemeldetes Verhalten um, hat sie auch das Risiko zu tragen, dass sich die Einschätzung des Sekretariats im Zeitpunkt der Untersuchungseröffnung später erhärten könnte. Wie das Bundesgericht bereits in einem vergleichbaren Fall festgehalten hatte, liegt hierin keine stossende Rechtsschutzlücke vor, zumal es der Beschwerdeführerin jederzeit frei steht, die Ausgestaltung der umstrittenen Abrede den Überlegungen des Sekretariats beziehungsweise der Wettbewerbskommission im laufenden Untersuchungsverfahren anzupassen und hernach im Rahmen von Art. 49a Abs. 3 Bst. a KG - ohne ein Sanktionsrisiko - allenfalls ein neues Melde- und Widerspruchsverfahren einzuleiten (vgl. BGE 135 II 60 E. 3.2.5). In diesem Sinne hat das Bundesgericht - in Bestätigung der bundesverwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung im Urteil B-4037/2007 vom 29. Februar 2008 (E. 3 ff.) - erkannt, die Absehbarkeit der Sanktion aufgrund einer durch das Sekretariat im Einzelfall gestützt auf Art. 49a Abs. 3 Bst. a KG vorgängig konkretisierten Beurteilung der Rechtslage sei der entscheidende Faktor. Teile das betroffene Unternehmen die Einschätzung des Sekretariats nicht, trage es das entsprechende (direkte) Sanktionsrisiko, falls es seine Verhaltensweise dennoch um- oder fortsetze und die Wettbewerbskommission im Untersuchungsverfahren (bzw. die Rechtsmittelinstanzen im Anschluss hieran) zur gleichen Beurteilung komme wie zuvor bereits das Kommissionssekretariat (BGE 135 II 60 E. 3.4). Insofern ist nach Ansicht des Bundesgerichts das Melde- und Widerspruchsverfahren nach Art. 49a Abs. 3 Bst. a KG als kartellrechtliches Sonderverfahren ausgestaltet, das zu keinem eigenständigen Entscheid über die Zulässigkeit eines gemeldeten wettbewerbsrelevanten Verhaltens führen kann. Vielmehr soll es als "Vorverfahren sui generis" den Betroffenen in Konkretisierung der offen formulierten Gesetzesgrundlage eine eigene Einschätzung der Zulässigkeit der gemeldeten Wettbewerbsbeschränkung erlauben (BGE 135 II 60 E. 2.-3.2). Da Art. 49a KG und Art. 26-30 KG eine eigenständige Verfahrensregelung vorsehen, schliesst dies gemäss höchstrichterlicher Rechtsprechung einen selbständigen Feststellungsentscheid über die Unzulässigkeit beziehungsweise Sanktionierbarkeit einer Wettbewerbsbeschränkung aus (BGE 135 II 60 E. 3.3.1 f.). Vorliegend läuft das von der Beschwerdeführerin gewählte Vorgehen, ihre gestützt Art. 49a Abs. 3 Bst. a KG eingereichten Meldungen vom 22. Mai 2023 und 28. Juni 2023 verbunden mit der beantragten vorsorglichen Massnahme auf eine von der Vorinstanz geforderte "Zulässigkeitsklärung" hinaus, womit im Ergebnis eine mit der gesetzlichen Ordnung nicht vereinbare "sanktionsaussetzende Freistellung" angestrebt wird. Im Sinne der Erwägungen der Vorinstanz kann es hier keinen Unterschied machen, dass im von der Beschwerdeführerin erwähnten bundesverwaltungsgerichtlichen Urteil B-4037/2007 (vgl. Beschwerde Rz. 49 ff.) im Ergebnis die abstrakte Feststellung der Zulässigkeit der gemeldeten DMIF-Abrede gefordert worden war, oder vorliegend die konkrete Höhe einer bestimmten DMIF (vorübergehend für die Dauer der Untersuchung) als zulässig erklärt werden soll. Die von der Beschwerdeführerin geforderte "vorsorgliche Massnahme" ist mit der entsprechenden, jedoch kartellgesetzlich unzulässigen Feststellungsverfügung funktionell gleichwertig. Mit anderen Worten steht der mit dem Massnahmengesuch im Ergebnis angestrebte Sanktionsausschluss (jedenfalls für die Dauer der Untersuchung) im Widerspruch zu der in Art. 49a KG vorgesehenen Sanktionsregelung (bzw. Sanktionsausschlussregelung), wie die Vorinstanz zutreffend erkannt hat. Daher ist nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz das Gesuch der Beschwerdeführerin um Erlass einer vorläufigen Massnahme als gesetzeswidrig abgewiesen hat. Eine Verletzung von Bundesrecht liegt nicht vor.

E. 6.1

Die Beschwerde erweist sich somit bereits aus diesem Grund als unbegründet und ist abzuweisen. Unter diesen Umständen ist auf die Argumente und Beweismittel, welche sich auf die Höhe der beanspruchten Interchange Fees beziehen, nicht mehr weiter einzugehen.

E. 6.2

Soweit im Ersuchen um ein Superprovisorium (vgl. Beschwerdeantrag Ziffer 2) sinngemäss auch ein Antrag auf vorsorgliche Massnahmen für das bundesverwaltungsgerichtliche Verfahren enthalten sein sollte, wird dieses mit dem vorliegenden Urteil gegenstandslos.

E. 6.3

Mit der Abweisung der Beschwerde wird auch im Sinne der Gesuchstellerinnen entschieden, welche in ihrem Gesuch vom 20. Dezember 2023 implizit die "Aufrechterhaltung" der angefochtenen Verfügung (a.a.O., Rz. 10), somit die Abweisung der Beschwerde fordern. Die Frage, ob sie, wie von ihnen beantragt, als Parteien im Sinne von Art. 6 VwVG ins Beschwerdeverfahren aufzunehmen sind, kann unter diesen Umständen offengelassen werden. Indessen ist das vorliegende Urteil den Gesuchstellerinnen gestützt auf Art. 57 Abs. 1 VwVG zur Kenntnis zu bringen.

E. 6.4

Der Verfahrensantrag 3, mit welchem die Wahrung von Geschäftsgeheimnissen sichergestellt werden soll, ist im Rahmen der Verfahrensführung zu berücksichtigen. Das Bundesverwaltungsgericht hat Entscheide grundsätzlich in anonymisierter Form zu veröffentlichen (Art. 29 Abs. 2 VGG i.V.m. Art. 4 Abs. 2 und Art. 8 des Informationsreglements für das Bundesverwaltungsgericht vom 11. Dezember 2006, SR 173.320.4). Es wird die für die Wettbewerbsbehörden nach Art. 25 Abs. 1 und 4 KG ex lege geltende Pflicht zur Wahrung von Geschäftsgeheimnissen sinngemäss ebenfalls zu befolgen haben.

E. 7.1

Das Bundesverwaltungsgericht auferlegt die Verfahrenskosten in der Regel der unterliegenden Partei. Unterliegt diese nur teilweise, so werden die Verfahrenskosten ermässigt (Art. 63 Abs. 1 VwVG). Das für die Kostenverteilung massgebende Ausmass des Unterliegens ist aufgrund der gestellten Rechtsbegehren zu beurteilen (Michael Beusch, in: Auer/Müller/ Schindler [Hrsg.], Kommentar VwVG, 2. Aufl. 2019, Art. 63 N. 13). Der Vorinstanz sind keine Verfahrenskosten aufzuerlegen (Art. 63 Abs. 2 VwVG). Die Gerichtsgebühr bemisst sich nach dem Umfang und der Schwierigkeit der Streitsache, der Art der Prozessführung und der finanziellen Lage der Parteien (Art. 2 Abs. 1 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht, VGKE, SR 173.320.2). Sie ist vorliegend auf Fr. 20'000.- festzusetzen und der unterliegenden Beschwerdeführerin aufzuerlegen. Dieser Betrag wird dem Kostenvorschuss von Fr. 20'000.- entnommen.

E. 7.2

Gemäss Art. 64 Abs. 1 VwVG hat eine obsiegende Partei Anspruch auf eine Parteientschädigung für die ihr erwachsenen notwendigen und verhältnismässig hohen Kosten (vgl. auch Art. 7 ff. VGKE). Obsiegt die Partei nur teilweise, so ist die Parteientschädigung entsprechend zu kürzen (Art. 7 Abs. 2 VGKE). Die Entschädigung wird der Körperschaft oder autonomen Anstalt auferlegt, in deren Namen die Vorinstanz

verfügt hat, soweit sie nicht einer unterliegenden Gegenpartei auferlegt werden kann (Art. 64 Abs. 2 VwVG). Da die Beschwerdeführerin unterliegt, ist ihr keine Parteientschädigung zuzusprechen. Die Gesuchstellerinnen haben keine Anträge in der Sache gestellt, weshalb sie ebenfalls keinen Anspruch auf eine Parteientschädigung haben.

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