

WEKO Interchange Fees für die Debitkarten von Visa vom 25. September 2023

WEKO, 2023-09-25, DE

Quelle:

https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/weko_Interchange_Fees_f_r_die_Debitkarten_von_Visa

FR: WEKO Interchange Fees für die Debitkarten von Visa du 25 septembre 2023

IT: WEKO Interchange Fees für die Debitkarten von Visa del 25 settembre 2023

Erwägungen

E. 11

Schreiben Sekretariat vom 15.8.2023.

4 B.1 Interchange Fees

B.1.1 Das 4-Parteien-System bei Zahlkarten

E. 12

Bei den Interchange Fees handelt es sich um ein Entgelt, welches – wie die nachfolgende Grafik illustriert – bei Transaktionen in einem 4-Parteien-System durch die Acquirer an die Issuer zu bezahlen ist:

Quelle: RPW 2017/4, 542 Rz 2, Vorabklärung betreffend Mastercard Secure Digital Debit Interchange Fee (SDDIF).

E. 13

Bei einer Zahlkartentransaktion in einem 4-Parteien-System sind folgende Marktteilnehmer involviert:

- Issuer: Unternehmen, welche die Zahlkarten an die Karteninhaber herausgeben.
- Acquirer: Unternehmen, welche die Händler und Dienstleistungsanbieter für die Akzeptanz von Zahlkarten anwerben und mit ihnen entsprechende Verträge abschliessen.
- Karteninhaber: Personen, welche ihre Zahlkarte zur Bezahlung einer Ware oder Dienstleistung einsetzen.
- Handel: Unternehmen, welche die Bezahlung durch eine Zahlkarte akzeptieren.

E. 14

Dabei fallen typischerweise folgende Gebühren an:

- Händlerkommission, auch Merchant Service Charge (MSC) genannt: Die MSC wird vom Händler an den Acquirer bezahlt. Sie wird in der Regel prozentual auf dem bei den Händlern getätigten Transaktionsbetrag erhoben. Ein Teil der MSC wird vom Acquirer in Form der Interchange Fee an den Issuer weitergegeben.
- Interchange Fee: Gebühr, welche üblicherweise vom Acquirer an den Issuer bezahlt wird. Sie wird in der Regel prozentual auf dem bei den Händlern getätigten Transaktionsbetrag erhoben.

- Kartengebühren: Gebühren, welche der Karteninhaber dem Issuer bezahlt (z. B. Jahresgebühr, Gebühren für Fremdwährungstransaktionen, Zinsen etc.).

5 15. Nicht direkt in die Transaktion involviert ist der Lizenzgeber des jeweiligen Zahlkartensystems (Card Scheme). Der Lizenzgeber regelt über ein Regelwerk die Zusammenarbeit zwischen Issuern und Acquirern sowie deren Kunden innerhalb des jeweiligen Zahlungssystems.

E. 16

Innerhalb der beiden internationalen 4-Parteien-Systeme von Visa und Mastercard werden die Interchange Fees durch das jeweilige Card Scheme festgesetzt. Es handelt sich dabei um multilaterale Interchange Fees, d. h., sie sind für alle am System teilnehmenden Issuer und Acquirer verbindlich. Für eine bestimmte Transaktion kommt infolgedessen unabhängig davon, welcher Issuer die Zahlkarte herausgegeben hat, und unabhängig davon, bei welchem Händler diese eingesetzt wird, stets dieselbe Interchange Fee zur Anwendung.

B.1.2 Kategorien von Interchange Fees

E. 17

Die anwendbare Interchange Fee wird pro Transaktion aufgrund verschiedener Kriterien festgelegt. Der Acquirer analysiert die für die Interchange Fee relevanten Parameter für jede bei einem Händler erfolgte Transaktion und bestimmt die relevante Interchange Fee-Kategorie. Aus der nachfolgenden Tabelle gehen die wichtigsten Hauptkategorien hervor:

Kategorien von Interchange Fees Unterscheidung nach Region Crossborder Interchange Fees Domestische Interchange Fees Interchange Fees, die bei grenzüberschreitenden Interchange Fees, die bei «inländischen» tendenden Transaktionen angewendet werden, Transaktionen zur Anwendung gelangen, d. h., wenn eine ausländische Zahlkarte bei d. h., wenn eine Schweizer Zahlkarte bei einem Schweizer Händler eingesetzt wird nem Schweizer Händler eingesetzt wird. (und umgekehrt). Unterscheidung nach Kartenprodukt Interchange Fees für Consumer Cards Interchange Fees für Commercial Cards Interchange Fee, die beim Einsatz von Zahl- Interchange Fee, die bei der Verwendung karten für Konsumenten zur Anwendung ge- von Firmenkarten (auch als Businesscards langen. bekannt) zur Anwendung gelangen. Dabei handelt es sich um Zahlkarten für Unternehmen, d. h. Karten, welche auf ein Unternehmen laufen und durch die Angestellten des Unternehmens eingesetzt werden. Unterscheidung nach Verwendung der physischen Zahlkarte Card Present (CP) Interchange Fees Card not Present (CnP) Interchange Fees Interchange Fee, die beim Einsatz einer physischen Interchange Fee, welche bei Transaktionen zwischen Zahlkarte an einem physischen Verkaufspunkt im elektronischen Handel (E-Commerce) kaufspunkt zur Anwendung gelangen (auch oder beim Einsatz eines Smartphones (M- als Präsenzgeschäft bezeichnet). Commerce) zur Anwendung gelangen.

E. 18

Darüber hinaus sind etwa Unterscheidungen nach der jeweiligen Branche des Händlers (branchenspezifische Interchange Fees) oder nach dem Sicherheitsstand der Transaktion (transaktionspezifische Interchange Fees, z. B. «Chip» oder «Contactless») üblich.

6 B.2 Frühere kartellrechtliche Verfahren

E. 19

Am 5. Dezember 2005 schloss die WEKO ihre erste Untersuchung gemäss Art. 27 KG zu domestischen multilateralen Interchange Fees (DMIF) bei Kreditkarten von Visa und Mastercard ab. Die WEKO qualifizierte die DMIF als Preisabreden i. S. v. Art. 5 Abs. 3 KG einerseits zwischen den Issuern und andererseits zwischen den Acquireern. Die WEKO hielt weiter fest, dass die DMIF unter gewissen Bedingungen aus Effizienzgründen gemäss Art. 5 Abs. 2 KG gerechtfertigt werden könnten. Zu diesem Zweck wurde eine einvernehmliche Regelung abgeschlossen, welche die Höhe der Interchange Fees limitierte.¹² Die WEKO bestätigte diese Einschätzung in zwei weiteren Verfügungen, passte aber jeweils das System zur Festlegung der Obergrenze an, was zu weiteren Senkungen der DMIF führte und im aktuellen Satz von durchschnittlich 0,44 % des Transaktionsbetrages resultierte.¹³

E. 20

Bei den Debitkarten hat sich das Sekretariat erstmals im Jahr 2006 zur kartellrechtlichen Zulässigkeit von DMIF geäussert. In der Vorabklärung zur geplanten «Einführung einer DMIF für Maestro-Transaktionen» gelangte das Sekretariat zum Schluss, es gebe Anhaltspunkte dafür, dass die geplante DMIF eine erhebliche Wettbewerbsabrede gemäss Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG darstelle. Das Sekretariat erachtete es weiter als zweifelhaft, dass die Einführung einer DMIF für Maestro durch Effizienzgründe gerechtfertigt werden könne, weshalb es die Eröffnung einer Untersuchung in Aussicht stellte.¹⁴ Aufgrund der drohenden Untersuchung wurde auf die geplante Einführung einer DMIF für Maestro verzichtet, so dass dieses Debitkartenprodukt bis heute ohne Interchange Fees funktioniert.¹⁵

E. 21

Im Jahr 2009 hat das Sekretariat in der Vorabklärung «Geplante Einführung einer DMIF für das Debitkartensystem Visa V PAY» eine auf die Markteintrittsphase beschränkte Interchange Fee zugelassen. Das Sekretariat berücksichtigte ökonomische Argumente, wonach Interchange Fees in der Aufbauphase eines Netzwerkes die Überwindung des sogenannten «Chicken and Egg»-Problems ermöglichen können. Es hat daher in der Form von Anregungen gemäss Art. 26 Abs. 2 KG Voraussetzungen für eine provisorische DMIF definiert, bei deren Einhaltung auf die Eröffnung einer Untersuchung verzichtet werden könne, und damit einen ersten Safe Harbor (vgl. vorne Rz 1) geschaffen. Konkret erachtete das Sekretariat eine DMIF von durchschnittlich 20 Rappen pro Transaktion als kartellrechtlich unproblematisch, solange eine Marktanteilschwelle von 15 % nicht überschritten wird. Dieser Safe Harbour sollte für eine Zeitperiode von drei Jahren ab der Herausgabe der ersten V PAY-Debitkarte gelten.¹⁶

E. 22

Im Jahr 2012 setzte sich das Sekretariat in der Vorabklärung «Maestro Fallback Interchange Fee und Debit Mastercard Interchange Fee» erneut mit der Thematik auseinander. Es kam wiederum zum Schluss, dass sich eine Interchange Fee für ein gut funktionierendes und weitverbreitetes Debitkartensystem wie Maestro kaum aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen lasse. Für das neue Produkt Debit Mastercard gewährte das Sekretariat Mastercard hingegen denselben Safe Harbor wie Visa für V PAY, da in der Markteinführungsphase nicht von einer erheblichen Wettbewerbsbeschränkung auszugehen war.¹⁷

¹² Vgl. zum Ganzen RPW 2006/1, 65 ff., Kreditkarten – Interchange Fees (KKDMIF I).

13 Vgl. RPW 2010/3, 473 ff., Vorsorgliche Massnahmen in Sachen Kreditkarten Interchange Fees II (VM

KKDMIF II) und RPW 2015/2, 165 ff., Kreditkarten domestische Interchange Fees II (KKDMIF II). 14 Vgl. RPW 2006/4, 601 ff., Einführung einer DMIF für Maestro-Transaktionen (DMIF Maestro).

15 Die meldenden Parteien versuchten, eine Feststellungsverfügung der WEKO zur Zulässigkeit der

DMIF zu erzwingen, scheiterten jedoch mit ihrem Begehren vor Bundesgericht (BGE 135 II 60). 16 Vgl. zum Ganzen RPW 2009/2, 122 ff., DMIF V PAY.

17 Vgl. zum Ganzen RPW 2012/4, 764 ff.; Maestro FIF/Debit MC IF.

7 23. Mit der Frage zur Zulässigkeit von Interchange Fees für Debitkarten im CnP-Geschäft setzte sich das Sekretariat in der Vorabklärung «Mastercard Secure Digital Debit Interchange Fee» im Jahr 2017 auseinander. Es anerkannte schliesslich, dass eine Interchange Fee für den Markteintritt der Debitkarten in das bis dahin den Kreditkarten vorbehaltene E- und M- Commerce-Geschäft erforderlich sei. Als Obergrenze wurde ein Grenzwert von 0,31 % des Transaktionsbetrages definiert, verbunden mit einer vorfixierten Senkung auf 0,2 %. 18

E. 24

Der Markteintritt von V PAY gestaltete sich schwieriger und langsamer als erwartet, weshalb Visa im Jahr 2017 um eine Verlängerung und Anpassung des im Jahr 2009 definierten Safe Harbors ersuchte. In der Folge verzichtete das Sekretariat auf die Festlegung einer fixen Zeitperiode für den Markteintritt, sah dafür jedoch eine Widerrufsmöglichkeit nach frühestens fünf Jahren vor. Zudem wurde die durchschnittliche DMIF von CHF 0.20 auf CHF 0.12 gesenkt. Dieselben Bedingungen wurden auch für das neue Produkt Visa Debit gewährt. Weiter erhielt Visa im CnP-Geschäft den gleichen Safe Harbor wie Mastercard. 19

B.3 Ergebnis der Vorabklärung 22-0514

E. 25

Erklärtes Ziel der Vorabklärung 22-0514 war es abzuklären, ob sich für die auslaufenden Safe Harbors für die neuen Debitkartenprodukte Visa Debit und Debit Mastercard eine rasche einvernehmliche Nachfolgelösung finden lässt. Das Sekretariat erklärte zu Beginn der Gespräche, dass es die Interchange Fees für diese Produkte nur zur Ermöglichung des Markteintritts zugelassen habe. Nach erfolgtem Markteintritt sei dieser Rechtfertigungsgrund weggefallen. Um eine rasche einvernehmliche Lösung zu ermöglichen, sei das Sekretariat bereit, eine dauernde Interchange Fee zuzulassen. Diese müsse aber auf einem tiefen Niveau liegen, führten die Interchange Fees nicht zuletzt zu einer Mehrbelastung des Handels verglichen mit der Situation vor Einführung der neuen Debitkartenprodukte. Für die Markteinführungsphase habe das Sekretariat zuletzt eine Interchange Fee von CHF 0.12 akzeptiert, was gemessen am damaligen durchschnittlichen Transaktionsbetrag mit Debitkarten einem Prozentwert von rund 0,2 % entsprochen habe. Eine dauernde Interchange Fee müsse deshalb prima facie unter diesem Wert liegen. Unter Würdigung aller zum damaligen Zeitpunkt vorliegenden Informationen erachtete das Sekretariat einen Wert von 0,1 % als sachgerecht. 20

E. 26

Nachdem die Stellungnahmen von Visa und Mastercard zu diesen Ausführungen eingegangen waren, präsentierte das Sekretariat am 25. Januar 2023 seinen angepassten Vorschlag für eine einvernehmliche Lösung mit folgenden Kernbedingungen: 21

- Im CP-Geschäft ein absoluter Höchstwert (Cap) von 0,12 % bis zu einem Transaktionsbetrag von CHF 300 und ab CHF 300 ein fixer Oberbetrag von CHF 0.30. Mit dieser zusätzlichen Obergrenze sollte verhindert werden, dass es bei hohen Transaktionsbeträgen (z. B. bei einem Juwelier) zu hohen Interchange Fees kommt.
- Um den Card Schemes (vgl. Rz 12 ff.) eine insgesamt ausgewogene Lösung zu offerieren, erklärte sich das Sekretariat bereit, im CnP-Geschäft die nach 5 Jahren vorgesehene Senkung auf 0,2 % anzupassen und nur eine Senkung auf 0,28 % vorzusehen.
- Diese Sätze gelten sowohl für Konsumenten- als auch für Firmendebitkarten.

18 Vgl. zum Ganzen RPW 2017/4, 542 ff., Mastercard Secure Digital Debit Interchange Fee (SDDIF).

19 RPW 2017/4, 559 ff.; Ergänzung V PAY.

20 Vgl. Präsentation Sekretariat zum Kick-off-Meeting vom 17.11.2022.

21 Vgl. Präsentation Sekretariat vom 25.1.2023.

8 27. Visa antwortete mit Schreiben vom 1. März 2023, dass ein Interchange-Satz für Konsumentenkarten unter 0,2 % nicht in Frage komme. Bei diesem Wert handle es sich um die in Art. 3 Abs. 1 IFR22 festgelegte Obergrenze und es sei nicht ersichtlich, weshalb in der Schweiz ein niedrigerer Satz zur Anwendung gelangen sollte. Die in gewissen Mitgliedstaaten der EU geltenden niedrigeren Interchange Fee-Sätze seien Visa immer einseitig durch Regulierungsbehörden auferlegt worden und nicht das Ergebnis einer einvernehmlichen Regelung, der Visa zugestimmt hätte. Visa präsentierte daher folgenden Gegenvorschlag: 23

- Im CP-Geschäft ein Satz von 0,2 % ohne Obergrenze. Visa sei jedoch bereit, freiwillig einen niedrigeren Satz von 0,12 % (einschliesslich einer Obergrenze bei einem Transaktionsbetrag von CHF 300) in einem speziellen «Programm für Ausgaben des täglichen Bedarfs» anzuwenden. Zudem beabsichtige Visa das Produkt V PAY als zweites Debitkartenprodukt fortzuführen, anstatt es wie geplant zugunsten von Visa Debit einzustellen. Für dieses Produkt sei Visa ebenfalls bereit, die tieferen Sätze anzuwenden.
- In Bezug auf CnP-Transaktionen sei Visa bereit, den Vorschlag zu akzeptieren.
- Firmenkarten müssten höhere Sätze haben und seien daher separat zu regeln.

E. 28

Mit Schreiben vom 29. März 2023 hielt das Sekretariat gegenüber Visa fest, es sei nicht bereit, im Rahmen einer einvernehmlichen Lösung vom vorgeschlagenen CP-Satz von 0,12 % mit einer Obergrenze von CHF 0.30 ab CHF 300 abzuweichen. Da es dem Sekretariat wie auch Visa darum gehe, eine insgesamt akzeptable Lösung zu finden, sehe das Sekretariat auch keine Möglichkeit, mit Visa eine auf den CnP-Satz beschränkte einvernehmliche Lösung zu vereinbaren. Der erhöhte Satz von 0,28 % im Rahmen der diskutierten einvernehmlichen Lösung sei als Ausgleich für den tieferen CP-Satz von 0,12 % zu verstehen. Schliesslich sei es für das Sekretariat ausgeschlossen eine einvernehmliche Lösung zu vereinbaren, welche nicht auch die Firmendebitkarten umfasse. Das Sekretariat

räumte Visa daher eine letzte Frist bis zum 28. April 2023 ein, um den Vorschlag des Sekretariats anzunehmen. Ansonsten werde das Sekretariat die Eröffnung einer Untersuchung beantragen. 24

E. 29

Visa reagierte mit mehreren Eingaben:

- Mit Schreiben vom 21. April 2023 rügte es die Verfahrensführung des Sekretariats und den Umstand, dass in der Sache keine Auseinandersetzung mit den Eingaben und Argumenten von Visa stattgefunden habe. 25

-

26

- Schliesslich wiederholte Visa mit Schreiben vom 28. April 2023 ihren Standpunkt, wonach Visa nicht in der Lage sei, dem Vorschlag des Sekretariats zuzustimmen. Visa sei zwar weiterhin bereit, eine einvernehmliche Lösung zu finden, sei aber auch gewillt,

22 Verordnung 2015/751 der Europäischen Union vom 29.4.2015 über Interbankenentgelte für karten-

gebundene Zahlungsvorgänge (Interchange Fee Regulation, IFR), ABl. L 123 vom 19.5.2015, S. 1 ff. 23 Schreiben Visa vom 1.2.2023.

24 Schreiben Sekretariat vom 29.3.2023.

25 Schreiben Visa vom 21.4.2023.

26 .

9 ihre rechtlich und wirtschaftlich gerechtfertigten Interchange Fee-Sätze in einer Untersuchung und erforderlichenfalls vor Gericht zu verteidigen. 27

E. 30

Mit Schreiben vom 9. Mai 2023 nahm das Sekretariat Stellung zu den Rügen in Bezug auf seine Verfahrensführung. In materieller Hinsicht erinnerte es nochmals daran, dass die bisherigen Interchange Fees für Debitkarten einzig zur Ermöglichung des Markteintrittes für eine gewisse Zeit zugelassen worden seien. Es sei daher weder einseitig noch willkürlich, wenn das Sekretariat im Rahmen einer Vorabklärung davon ausgehe, dass die Interchange Fee deutlich unter den Werten liegen müsse, welche in den vorangegangenen Vorabklärungen zur Ermöglichung des Markteintrittes als aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigbar erachtet wurden. Ein Ziel, welches auch gemäss Visa erreicht worden sei. Ebenso wenig erachte es das Sekretariat als opportun, im Rahmen einer Vorabklärung wesentlich höhere Interchange Fees für Firmenkarten zuzulassen. Es sei fraglich, ob dies aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz notwendig sei. Das Sekretariat gelange deshalb zum Ergebnis, dass es für Visa Debit hinsichtlich des CP-Geschäfts die Eröffnung einer Untersuchung beantragen werde, sobald der Schwellenwert von 15 % nachweislich überschritten worden sei. 28

E. 31

Mit einer Meldung nach Art. 49a Abs. 3 Bst. a KG gab Visa ihr geplantes Vorgehen nach dem Auslaufen des Safe Harbors bezüglich DMIF für Visa Debit und V PAY bekannt. Ab dem 1. Juli 2023 werde Visa einen CP-Satz von 0,2 % anwenden. Darüber hinaus werde

freiwillig ein tieferer Satz von 0,12 % einschliesslich Obergrenze bei einem Transaktionsbetrag von CHF 300 für Ausgaben des täglichen Bedarfs sowie für V PAY-Transaktionen eingeführt. 29

E. 32

Mit Schreiben vom 1. Juni 2023 informierte Visa das Sekretariat, dass der Marktanteil von Visa Debit im ersten Quartal 2023 die Schwelle von 15 % überschritten hat. 30

E. 33

Die vorliegende, am 27. Juni 2023 eröffnete Untersuchung beschränkt sich auf das CP-Geschäft mit Visa Debit. Sie umfasst aber sowohl Konsumenten- als auch Firmenkarten, wo- rauf im Eröffnungsschreiben explizit hingewiesen wurde. 31

E. 34

. 32

27 Schreiben Visa vom 28.4.2023.

28 Schreiben Sekretariat vom 9.5.2023. In Bezug auf V PAY kündigte das Sekretariat den Safe Harbor

gemäss Ziff. 8 der Ergänzung des Schlussberichts VPAY auf den 16.8.2024. 29 Meldung Visa vom 22.5.2023.

30 Schreiben Visa vom 1.6.2023.

31 Eröffnungsschreiben Sekretariat/Präsidentin vom 27.6.2023.

32 .

10 B.4 Aktuelle Situation

E. 35

Seit dem 1. Juli 2023 publiziert Visa folgende Interchange Fee-Sätze als massgebend für Transaktionen mit Debitkarten in der Schweiz:

Quelle: Homepage Visa. 33

C Vorbringen von Visa

E. 36

Visa bringt vor, der Erlass der beantragten vorsorglichen Massnahmen sei «notwendig und verhältnismässig, und äusserst dringlich, um für die Dauer der Untersuchung Rechtssicherheit für alle beteiligten Akteure herzustellen» 34. Es gehe vorliegend «um eine seit vielen Jahren bestehende DMIF, welche das Sekretariat nun versucht, willkürlich und ohne Daten- basis auf ein durch einen Marktteilnehmer (die Händler) favorisiertes Niveau zu senken» 35. Visa rügt im Gesuch zunächst erneut die bisherige Verfahrensführung der Wettbewerbsbehörden und legt anschliessend dar, aus welchen Gründen die einzelnen Voraussetzungen für den

33 <[https://www.visa.co.uk/dam/VCOM/regional/ve/unitedkingdom/PDF/fees-and-intercha](https://www.visa.co.uk/dam/VCOM/regional/ve/unitedkingdom/PDF/fees-and-interchange/july-2023)

[nge/july-2023](https://www.visa.co.uk/dam/VCOM/regional/ve/unitedkingdom/PDF/fees-and-interchange/switzerland-interchange-fees-jul-23.pdf)
> (1.9.2023). 34 Gesuch, Rz 4.

35 Gesuch, Rz 5.

11 Erlass von vorsorglichen Massnahmen ihrer Ansicht nach erfüllt sind. Schliesslich führt Visa aus, weshalb die Massnahmen superprovisorisch anzuordnen seien. Auf die einzelnen Argumente wird nachfolgend – soweit erforderlich – im Rahmen der Erwägungen eingegangen.

D Erwägungen

D.1 Vorsorgliche Massnahmen

D.1.1 Formelle Voraussetzungen

D.1.1.1 Eröffnung einer Untersuchung

E. 37

Obwohl vorsorgliche Massnahmen für das erstinstanzliche Kartellverwaltungsverfahren weder im Kartellgesetz noch im Verwaltungsverfahrensgesetz explizit vorgesehen sind, sind sie nach Lehre und ständiger Rechtsprechung zulässig. 36 Stehen Wettbewerbsbeschränkungen im Sinne von Art. 5 bzw. Art. 7 KG in Frage, hat die WEKO die Möglichkeit, im Rahmen des nichtstreitigen Verwaltungsverfahrens auf Antrag eines Beteiligten oder von Amtes wegen vorsorgliche Massnahmen zu erlassen. 37

E. 38

Der Erlass vorsorglicher Massnahmen kann nur im Rahmen eines Untersuchungsverfahrens erfolgen. 38 Im vorliegenden Fall wurde am 27. Juni 2023 ein Untersuchungsverfahren i. S. v. Art. 27 KG eröffnet, weshalb diese formelle Voraussetzung gegeben ist.

D.1.1.2 Zuständigkeit

D.1.1.2.1 Erlass vorsorglicher Massnahmen

E. 39

RPW 1997/4, 621 f. E. 2.b, Entscheid des BGer in Sachen künstliche Besamung (vorsorgliche Massnahmen).

12 zivilrechtliche Weg zu beschreiten, auf welchem gemäss Art. 261 ff. ZPO 40 ebenfalls vorsorgliche Massnahmen möglich sind. 41

E. 40

Im vorliegenden Fall betreffen die beantragten Massnahmen die Festsetzung von DMIF für Debitkarten. Zu diesem Gegenstand haben die Wettbewerbsbehörden bereits die vorliegende Untersuchung eröffnet und damit ausgedrückt, dass ein öffentliches Interesse an der kartellrechtlichen Beurteilung dieser Gebühren besteht. Es erschiene auch verfahrensrechtlich kaum sinnvoll, wenn das Zivilgericht dafür zuständig wäre, vorsorgliche Massnahmen für die Dauer eines laufenden Untersuchungsverfahrens der Wettbewerbsbehörden zu erlassen. Darüber hinaus handelt es sich bei den Debitkarten von den Volumen her um das wichtigste Zahlungsmittel im Bereich der Kartenzahlungen.

E. 41

Die WEKO ist daher für die Beurteilung der beantragten vorsorglichen Massnahmen zuständig.

D.1.1.2.2 Instruktion vorsorglicher Massnahmen

E. 42

Visa führt im Gesuch aus, explizit und mehrfach den Erlass vorsorglicher Massnahmen beantragt zu haben. Anstatt eine Antwort von der WEKO zu erhalten, habe «Visa Briefe der Wettbewerbsbehörden [erhalten], welche sich nicht eindeutig einer Behörde zuordnen lassen, da diese Briefe wahlweise entweder gemeinsam durch die Wettbewerbskommission und das Sekretariat oder aber nur durch das Sekretariat unterzeichnet sind, dabei aber stets auf gemeinsamem Briefkopf. Zwar ist dies die übliche Vorgehensweise der Wettbewerbsbehörden, allerdings geht es nicht an, dass bei einem ausdrücklichen Antrag an die insoweit zuständige WEKO von dieser keine Verfügung ergeht oder auch nur eine direkte Reaktion erfolgt, sondern weitere Briefe durch das nicht zuständige Sekretariat dem Thema ausweichen.» 42

E. 43

Gemäss Art. 23 Abs. 1 KG bereitet das Sekretariat die Geschäfte der WEKO vor, führt die Untersuchungen durch und erlässt zusammen mit einem Mitglied des Präsidiums die notwendigen verfahrensleitenden Verfügungen. Es stellt der WEKO Antrag und vollzieht ihre Entscheide. Es verkehrt mit Beteiligten, Dritten und Behörden direkt. Dies gilt auch für den Erlass vorsorglicher Massnahmen durch die WEKO: Auch in diesen Fällen ist das Sekretariat für die Abklärung des Sachverhaltes und die Instruktion des Entscheides zuständig und verkehrt hierfür direkt mit den Parteien. Ob ein Schreiben vom Sekretariat oder der WEKO stammt, lässt sich in der Praxis bereits anhand formaler Eigenschaften ohne weiteres erkennen, namentlich der Bezeichnung der Behörde direkt vor den Unterschriften («Wettbewerbskommission» oder «Wettbewerbskommission Sekretariat»), der Unterschriften sowie der Behördenbezeichnung bei den Kontaktangaben in der Fusszeile der ersten Seite. Diese Elemente sind Visa und ihrer Rechtsvertretung bekannt, was diese auch selber einräumen. Im vorliegenden Fall kommt hinzu, dass das Sekretariat im Schreiben vom 13. Juli 2023 einleitend ausdrücklich darauf hinwies, dass es mit der Instruktion der Angelegenheit beauftragt worden sei. Schliesslich zeigt der Hinweis des Sekretariats an Visa, wonach das Gesuch um Erlass vorsorglicher Massnahmen nicht ausreichend substantiiert erscheine, dass das Sekretariat die Grundsätze des rechtlichen Gehörs und des Anspruchs auf ein faires Verfahren in casu beachtete. Es handelt sich dabei nicht um ein Ausweichverhalten.

40 Schweizerische Zivilprozessordnung vom 19.12.2008 (Zivilprozessordnung, ZPO; SR 272).

41 Vgl. RPW 2017/3, 412 Rz 23, Eishockey im Pay-TV sowie RPW 2014/2, 388 Rz 9 m. w. H., Sport im

Pay-TV – vorsorgliche Massnahmen. 42 Gesuch, Rz 12.

13 D.1.2 Superprovisorischer Erlass

E. 44

Visa beantragt, dass der Erlass der beantragten Massnahmen superprovisorisch erfolge, also ohne Anhörung allfälliger weiterer Verfahrensparteien oder Marktteilnehmer. Zur Begründung führt Visa aus, es sei weder notwendig noch zielführend, weitere Marktteilnehmer anzuhören. Es seien nach dem Kenntnisstand von Visa keine anderen Parteien im Verfahren zugelassen. Jedenfalls aber seien die Positionen anderer allenfalls betroffener

Marktakteure ohnehin bekannt, so dass eine weitere Anhörung keine neuen Erkenntnisse bringen würde. Dies gelte sowohl für die Händler, welche durch den VEZ eine tiefere DMIF forderten, als auch für Issuer, die eine höhere DMIF verlangten. Der Erlass der beantragten vorsorglichen Massnahmen sei zudem äusserst dringlich.

E. 45

Bis zum heutigen Zeitpunkt sind beim Sekretariat in der vorliegenden Untersuchung zwei Gesuche um Zulassung als Partei eingegangen. Einerseits von Mastercard (eingegangen am 19. Juli 2023) und andererseits vom Verband SwissDebitPay (eingegangen am 23. August 2023), welcher die Interessen der Issuer von Debitkarten vertritt. Darüber hinaus haben am 8. September 2023 die Zürcher Kantonalbank und am 14. September 2023 der Verband Elektronischer Zahlungsverkehr (VEZ) beantragt, sich i. S. v. Art. 43 KG als Dritte ohne Parteistellung am Verfahren beteiligen zu können. Die entsprechenden verfahrensleitenden Verfügungen stehen noch aus. Dies ist zur Beurteilung des Antrags auf superprovisorischen Erlass indes nicht von entscheidender Bedeutung. Wie Visa richtig ausführt, sind die Positionen der verschiedenen Stakeholder bekannt und von einer weiteren Anhörung kein Erkenntnisgewinn zu erwarten. Hinzu kommt, dass namentlich SwissDebitPay sich mit Eingabe vom 22. September 2023 spontan zur Frage einer Übergangsregelung geäussert hat und eine Fortführung der Safe Harbor Regelungen fordert. Somit konnte sich SwissDebitPay materiell noch vor Erlass der vorliegenden Verfügung zur Frage der aus ihrer Sicht angemessenen Übergangsregelung äussern. Schliesslich richten sich die beantragten Massnahmen nicht gegen eine bestimmte Gesuchgegnerin, welche die Massnahmen umsetzen müsste und deswegen ein besonderes Interesse hätte, unmittelbar angehört zu werden.

E. 46

Die WEKO teilt daher die Auffassung von Visa und kommt dem Antrag nach, die vorliegende Verfügung ohne Anhörung weiterer potenzieller Parteien oder Marktteilnehmer zu erlassen.

D.1.3 Verhältnis zu anderen Rechtsvorschriften

E. 47

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

E. 48

In den hier zu beurteilenden Märkten bestehen keine Vorschriften, die Wettbewerb nicht zulassen. 43 Der Vorbehalt von Art. 3 Abs. 1 und 2 KG wird von Visa auch nicht geltend gemacht.

43 Vgl. etwa RPW 2017/4, 546 Rz 36, SDDIF.

14 D.1.4 Materielle Voraussetzungen

E. 49

Bei der Prüfung, ob die materiellen Voraussetzungen für den Erlass vorsorglicher Massnahmen gegeben sind, werden i. d. R. die klassischen Elemente Nachteilsprognose, Dringlichkeit und Verhältnismässigkeit sowie u. U. die Hauptsachenprognose berücksichtigt.

E. 50

BGE 135 II 60 E. 3.4, DMIF Maestro.

16 57. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass die Anordnung der beantragten vorsorglichen Massnahmen bereits aufgrund ihrer Gesetzeswidrigkeit ausgeschlossen ist.

58. Sollte sich Visa auf den Standpunkt stellen, nicht eine Beseitigung des wiederaufgelebten Sanktionsrisikos beantragt zu haben, sondern «bloss» die Erklärung, dass die von ihr praktizierten Interchange Fee-Sätze «als zulässig gelten», ist zu entgegnen, dass Rechtsbegehren stets im Lichte ihrer Begründung zu verstehen sind. Aus dieser geht klar hervor, dass Visa mit ihrem Begehren die Beseitigung des Sanktionsrisikos anstrebt. Aber selbst ein wörtliches Verständnis des Begehrens würde nicht dazu führen, dass dieses zulässig wäre. Diesfalls würde Visa nämlich beantragen, dass eine Fiktion erlassen wird («gelten» als zulässig). Solches ist selbst in einer Endverfügung nicht möglich und erst recht nicht im Rahmen vorsorglicher Massnahmen. Überlegen liesse sich höchstens noch, Visa beantrage eigentlich eine vorsorgliche Feststellung der Zulässigkeit ihres Verhaltens während der Verfahrensdauer. Damit aber würde der Endentscheid in der Sache vorweggenommen, jedenfalls betreffend die Zulässigkeit des Verhaltens während der Verfahrensdauer. Auch das geht nicht an, gilt es die Zulässigkeit resp. Unzulässigkeit eines Verhaltens doch gerade im Hauptverfahren zu beurteilen. Kommt hinzu, dass das für ein Feststellungsbegehren erforderliche Feststellungsinteresse von Visa diesfalls im Wegfall des Sanktionsrisikos für die Dauer des Verfahrens bestünde. Dieses Interesse steht jedoch wie ausgeführt im Widerspruch zur Gesetzeslage, die ausdrücklich vorsieht, dass in einer Konstellation wie der vorliegenden das Sanktionsrisiko wieder auflebt. Folglich kann dieses Interesse nicht als ein schutzwürdiges Interesse im Sinne des Gesetzes betrachtet werden. Wie man es dreht und wendet, es bleibt dabei: Bereits aus grundsätzlichen Überlegungen ist es ausgeschlossen, das Begehren von Visa gutzuheissen. Die nachfolgenden Ausführungen ergehen daher lediglich der Vollständigkeit halber.

D.1.4.2 Klassische Voraussetzungen für den Erlass vorsorglicher Massnahmen 59. Die allgemeinen verwaltungsrechtlichen Regeln für die Anordnung vorsorglicher Massnahmen gelten grundsätzlich auch im Wettbewerbsrecht. Voraussetzung für den Erlass vorsorglicher Massnahmen sind demnach kumulativ (1) ein nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil, (2) eine über das allgemeine Bestreben nach möglichst rascher Umsetzung gesetzlicher Vorgaben hinausgehende, besondere Dringlichkeit sowie (3) die Verhältnismässigkeit der Anordnung. 51 Da diese Elemente kumulativ gegeben sein müssen, kann die Prüfung grundsätzlich abgebrochen werden, wenn eines dieser Elemente nicht gegeben ist. 52 60. Die Hauptsachenprognose kann berücksichtigt werden, wenn sie eindeutig ist; bei tatsächlichen oder rechtlichen Unklarheiten drängt sich hingegen Zurückhaltung auf, weil in diesem Fall die erforderlichen Entscheidungsgrundlagen im Hauptverfahren erst noch beschafft werden müssen. 53 Die ganze oder teilweise Vorwegnahme des mutmasslichen Resultats des Untersuchungsverfahrens rechtfertigt sich nur, wenn die Entscheidungsprognose entsprechend eindeutig ausfällt. Je zweifelhafter der Verfahrensausgang erscheint, desto höhere Anforderungen sind an den für die

Verfahrensdauer im öffentlichen Interesse zu beseitigenden Nachteil, die Dringlichkeit und die Verhältnismässigkeit der Anordnung zu stellen. 54

51 BGer, 2C_876/2021 vom 2.11.2022 E. 6.1, Netzbaustrategie – Vorsorgliche Massnahmen; BGE 130 II 149 E. 2.3 m. w. H, Sellita/ETA. 52 Vgl. BVGer, B-4637/2013 vom 9.7.2014 E. 7.1, Sport im Pay-TV – vorsorgliche Massnahmen.

53 BGer, 2C_876/2021 vom 2.11.2022 E. 6.2, Netzbaustrategie – Vorsorgliche Massnahmen;

BGE 130 II 149 E. 2.2, Sellita/ETA. 54 BGer, 2C_876/2021 vom 2.11.2022 E. 6.2, Netzbaustrategie – Vorsorgliche Massnahmen;

BGE 130 II 149 E. 2.3, Sellita/ETA.

17 61. Im Verfahren um vorsorgliche Massnahmen erfolgt keine abschliessende, sondern nur eine vorläufige und summarische Prüfung der Sach- und Rechtslage ohne eingehende Beweisnahmen. 55 Zu beachten ist dabei, dass je höher der Eingriff mittels vorsorglicher Massnahmen ist, desto höhere Anforderungen an die Beweise zu stellen sind. 56

D.1.4.3 Nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil (Nachteilsprognose)

62. An dieser Stelle ist zu prüfen, ob es für die WEKO glaubhaft ist, dass bei einem Zuwarten bis zum Endentscheid dem wirksamen Wettbewerb ein nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil droht. In Bezug auf den wirksamen Wettbewerb ist ein solcher Nachteil jedenfalls dann gegeben, wenn gravierende und irreversible Strukturveränderungen des betroffenen Marktes drohen. Dies ist allerdings nur der klarste Fall eines nicht leicht wieder gutzumachenden Nachteils, massgeblich ist rechtsprechungsgemäss «ob für den funktionierenden Wettbewerb ein nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil droht». 57 63. Gemäss aktueller Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts ist ferner eine Beschränkung der Nachteilsprognose auf das ausschliessliche Vorliegen eines allfälligen Nachteils für den wirksamen Wettbewerb ausgeschlossen, weil der Schutzzweck des Kartellgesetzes nicht nur den Institutionenschutz, sondern auch den Individualschutz umfasse. Daher sei auch zu prüfen, ob der Verzicht auf die vorsorglichen Massnahmen einen nicht leicht wieder gutzumachenden Nachteil für einen Betroffenen im Wettbewerb bewirken könne. Als Betroffene haben gemäss Bundesverwaltungsgericht die anderen Marktteilnehmer zu gelten, die dem potenziell wettbewerbswidrigen Verhalten ausgesetzt sind. 58 64. Visa macht im Gesuch geltend, durch die Verweigerung der beantragten vorsorglichen Massnahmen würde eine erhebliche Rechtsunsicherheit entstehen. Für Visa werde die Rechtsunsicherheit zu erheblichen Reputationsschäden und Unsicherheiten hinsichtlich ihrer Investitionsentscheide auf dem Schweizer Markt führen. Die Rechtsunsicherheit betreffe aber nicht nur Visa, sondern auch Issuer, Acquirer, Händler und Karteninhaber, die ein funktionierendes und zuverlässiges Zahlssystem erwarteten. Die Verweigerung der vorsorglichen Massnahmen würde den Wettbewerb unter den Debitkarten-Marktteilnehmern deutlich verringern. Aufgrund der fehlenden Rechtssicherheit könnten Marktteilnehmer davor zurückschrecken, weiterhin Visa Debit-Karten herauszugeben. Damit würde der Marktanteil von Visa erodieren und das «Quasi-Monopol» von Mastercard gefördert. Weiter würden Issuer aufgrund der in Zukunft fehlenden Erträge aus den Interchange Fees ihre Investitionen in das Debitkarten-Geschäft

wieder zurückfahren und der Innovationswettbewerb würde einschlafen. Nicht zuletzt sei damit zu rechnen, dass Issuer fehlende Interchange Fee-Erträge mit einer Erhöhung von Gebühren für Debitkarten oder für die Kontoführung zum Nachteil der Konsumenten kompensieren würden. Schliesslich zeige die Tatsache, dass sich erst nach Zulassung von einer DMIF überhaupt ein weiteres Scheme am Markt habe etabliert können und auch Mastercard erst dann das modernere Produkt Mastercard Debit eingeführt habe, dass eine DMIF notwendig sei, um den Wettbewerb auf dem Debit Markt zu ermöglichen. 59

55 BGer, 2C_876/2021 vom 2.11.2022 E. 6.2, Netzbaustrategie – Vorsorgliche Massnahmen; BGE 130

II 149 E. 2.2 und 2.3, Sellita/ETA. 56 BVGer, B-4637/2013 vom 9.7.2014 E. 3, Sport im Pay-TV – vorsorgliche Massnahmen.

57 BGer, 2C_876/2021 vom 2.11.2022 E. 7.5.3, Netzbaustrategie – Vorsorgliche Massnahmen unter

Hinweis auf BGE 130 II 149 E. 2.4., Sellita/ETA. 58 BVGer, B-161/2021 vom 30.9.2021 E. 621 f., Netzbaustrategie Swisscom (Vorsorgliche Massnahmen). 59 Gesuch, Rz 40 ff.

18 65. Die Vorbringen von Visa vermögen nicht zu überzeugen. Ursache des behaupteten nicht wieder gutzumachenden Nachteils ist nicht etwa ein potenziell wettbewerbswidriges Verhalten eines Dritten, dem Visa oder einer der anderen Marktteilnehmer ausgesetzt wäre. Visa begründet den nicht wieder gutzumachenden Nachteil vielmehr mit der Rechtsunsicherheit, welche mit dem Untersuchungsverfahren verbunden sei. Diese Rechtsunsicherheit hat Visa aber selber verursacht. Visa könnte die Rechtsunsicherheit und damit auch den behaupteten nicht wieder gutzumachenden Nachteil vermeiden, indem die Interchange Fees für CP-Transaktionen mit dem Produkt Visa Debit auf der Höhe festgesetzt würden, welche das Sekretariat im Rahmen der Vorabklärung als unproblematisch erachtet hat. 66. Wenn Visa während der Dauer der Untersuchung mittels höherer Interchange Fees höhere Einnahmen für die Issuer generieren will, hat Visa auch die damit allenfalls verbundenen Konsequenzen zu tragen. Mit anderen Worten möchte Visa vor den Nachteilen geschützt werden, die sich daraus ergeben würden, falls sich ihr eigenes Verhalten – entgegen ihrer Einschätzung – als kartellrechtswidrig erweisen sollte. Das zeigt sich auch daran, dass «Adressat» der von ihr beantragten Massnahme nicht etwa ein Marktteilnehmer ist, sondern letztlich die WEKO. Ein solcher «Nachteil aus eigenem Verhalten» ist beim für den Erlass vorsorglicher Massnahmen relevanten, nicht leicht wieder gutzumachenden Nachteil freilich nicht gemeint.

67. Weiter ist zu berücksichtigen, dass das Sekretariat in der Vorabklärung den beiden Card Schemes (Visa und Mastercard) dieselben Konditionen für eine einvernehmliche Lösung angeboten hat. Mastercard hat sich mit diesen Konditionen, namentlich der Höhe der Interchange Fee für CP-Transaktionen für alle Debitkarten (Konsumenten- und Firmenkarten) einverstanden erklärt. Derzeit läuft parallel eine Untersuchung gegen Mastercard mit dem Ziel, eine einvernehmliche Regelung abzuschliessen. 60 Würde sich Visa während der Dauer der Untersuchung freiwillig an die als unproblematisch definierte Höhe der Interchange Fees halten, würde zwischen Visa und Mastercard ein «Level Playing Field» bestehen, d. h., gerade keine Wettbewerbsverzerrungen zu Lasten von Visa. Es verhält sich sogar umgekehrt: Während der Dauer der Untersuchung die

eigenen, höheren Interchange Fee-Sätze an, verfügt sie über einen Wettbewerbsvorteil gegenüber Mastercard in Bezug auf die Attraktivität des Produktes für die Issuer gemessen an den Einnahmen mit Interchange Fees. Es liegt in deren Verantwortung zu entscheiden, ob sie die Debitkarten von Mastercard mit tieferen Interchange Fee-Einnahmen, aber ohne Sanktionsrisiko, oder diejenigen von Visa mit höheren Interchange Fee-Einnahmen, dafür aber mit Sanktionsrisiko, bevorzugen. Sowohl für die Card Schemes als auch für die Issuer handelt es sich letztlich um eine kommerzielle Risikoabwägung. 68. Schliesslich scheint Visa davon auszugehen, dass ohne die vorsorglichen Massnahmen kein «funktionierendes und zuverlässiges Zahlssystem» betrieben werden kann und keine Investitionen ins System und Innovationen mehr möglich seien, jedenfalls in einem Ausmass, der als nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil zu verstehen sei. Dem ist zunächst entgegenzuhalten, dass das Produkt Maestro seit jeher und bis heute ohne Interchange Fee zuverlässig funktioniert hat. Auch auf dem Produkt Maestro haben Innovationen stattgefunden, beispielsweise die wichtige Möglichkeit, kontaktlos am Terminal zu bezahlen («Contactless»). Das Sekretariat hat in der Vorabklärung eingeräumt, dass die fehlende Interchange Fee die Innovationstätigkeit möglicherweise verlangsamt hat. Gerade aus diesem Grund hat das Sekretariat in der Vorabklärung – im Gegensatz zur früheren Praxis bei Maestro – eine Interchange Fee unter gewissen Bedingungen als grundsätzlich zulässig qualifiziert. Der durch das Sekretariat vorgeschlagene Satz führt bei den Issuern aufgrund der Ablösung von Maestro durch

60 Vgl. Medienmitteilung vom 29.6.2023, WEKO untersucht Interchange Fees neuer Debitkarten,

<<https://www.weko.admin.ch/weko/de/home/medien/medieninformationen/nsb-news.msg-id-96126.html>> (29.8.2023).

19 die Produkte der neuen Debitkartengeneration Visa Debit und Debit Mastercard bereits zu wesentlichen Mehreinnahmen. Der Verzicht auf die beantragten vorsorglichen Massnahmen bedeutet lediglich, dass noch höhere Mehreinnahmen für die Issuer mit einem Sanktionsrisiko verbunden sind. 69. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass kein nicht wieder gutzumachender im Sinne der zitierten Rechtsprechung glaubhaft erscheint. Es fehlt damit an einer zentralen Voraussetzung für den Erlass vorsorglicher Massnahmen.

D.1.4.4 Dringlichkeit

70. Dringlichkeit ist gegeben, wenn davon ausgegangen werden muss, dass der nicht leicht wiedergutzumachende Nachteil vor Erlass des Hauptentscheides eintreten wird und aufgrund der tatsächlichen Gegebenheiten nicht bis zum Hauptentscheid zugewartet werden kann. 61 Es muss sich als notwendig erweisen, die fraglichen Vorkehren sofort zu treffen. 62 71. Im vorliegenden Fall fehlt es – wie oben dargelegt – an einem nicht wieder gutzumachenden Nachteil. Damit mangelt es gleichzeitig an der damit verbundenen Dringlichkeit. Aber selbst wenn erstere Voraussetzung gegeben wäre, müsste die Dringlichkeit verneint werden: 72. Visa bringt vor, die WEKO habe beim Erlass vorsorglicher Massnahmen im Fall KKDMIF II die Dringlichkeit bereits aufgrund des kurz bevorstehenden Auslaufens der Vorgängerlösung EVR I bejaht. Vorliegend sei die Dringlichkeit erheblich höher: Der Debit Safe Harbor drohe nicht nur auszulaufen, er sei bereits ausgelaufen. Damit bestehe zweifelsfrei Dringlichkeit. 63 73. Im Fall KKDMIF II hat die WEKO sowohl den nicht leicht wieder gutzumachenden Nachteil als auch die Dringlichkeit aus mehreren Gründen

bejaht.

- Erstens sah die EVR I ein System vor, welches gemäss der Verfügung der WEKO dazu führte, dass die DMIF aus Effizienzgründen gerechtfertigt werden konnte. Mit dem Auslaufen dieses Systems bestand das Risiko, dass «die Issuer die DMIF wie vor dem Kreditkartenentscheid zur Rentenerzielung verwenden könnten». 64 Entsprechend lag die Dringlichkeit darin, diesen Zustand zu verhindern. Zudem sah das neue System in der EVR II eine weitere Senkung der Interchange Fee vor, so dass diese «ein Niveau erreicht, bei dem eine Rechtfertigung aus Effizienzgründen glaubhaft erscheint». 65

- Die WEKO ist im Rahmen der Prüfung des nicht wieder gutzumachenden Nachteils auch auf das Sanktionsrisiko für die Issuer eingegangen. Es hat dazu klar festgehalten: «Das reine Bestehen eines Sanktionsrisikos führt noch nicht zur Annahme eines schweren Nachteils, da ansonsten bei jedem Sanktionsverfahren vorsorgliche Massnahmen geprüft werden müssten. Der vorliegende Fall ist diesbezüglich eine Ausnahme, weil bereits eine Verfügung der Weko vorliegt, welche die DMIF unter gewissen Bedingungen als gerechtfertigt bezeichnet und das Sanktionsrisiko im Extremfall dazu führen könnte, dass die Issuer und Acquirer beispielsweise auf bilaterale Interchange

61 RPW 2004/1,123 Rz 70, Flughafen Zürich AG (Unique) – Valet Parking; RPW 2002/4, 601 Rz 28,

ETA SA Fabriques d'Ebauches. 62 BGE 130 II 149 E. 2.2, Sellita/ETA.

63 Gesuch, Rz 50 f.

64 RPW 2010/3 492 Rz 91 (erstes Aufzählungszeichen), VM KKDMIF II.

65 RPW 2010/3 493 Rz 95, VM KKDMIF II.

20 Fees wechseln.» 66 Ein solches System sei weniger effizient und könne zu Markteintrittsschranken für neue Issuer und Acquirer führen.

74. Damit präsentiert sich der den vorsorglichen Massnahmen im Fall KKDMIF II zugrunde liegende Sachverhalt in wesentlichen Punkten anders als der vorliegende. Im Bereich der Debitkarten liegt keine Verfügung der WEKO vor, welche klärt, unter welchen Bedingungen eine dauernde DMIF als gerechtfertigt gelten kann. Es fehlt damit just an dem Grund, warum die WEKO damals ausnahmsweise das Sanktionsrisiko für die Issuer mitberücksichtigte. Dies aber auch nicht primär, um den Issuern die Rechtsunsicherheit zu ersparen, sondern weil die Umsetzung eines auf dem Markt ineffizienteren Systems drohte. Im Bereich der Debitkarten hat das Sekretariat der WEKO nur im Rahmen von Vorabklärungen Interchange Fees zugelassen, welche zudem explizit auf die Markteinführungsphase limitiert waren. Es geht folglich nicht um die «Fortführung» einer bereits bestehenden Regelung, sondern um eine erstmalige Beurteilung der WEKO, unter welchen Bedingungen die DMIF als mutmassliche Preisabrede gemäss Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG allenfalls aus Effizienzgründen rechtfertigbar ist. 75. Im Zusammenhang mit der Dringlichkeit hat das Sekretariat in seinem Schreiben vom 13. Juli 2023 ausgeführt, eine solche sei nicht ersichtlich. Es hat dabei argumentiert, die Markteinführungsphase sei – wie von Visa zugestanden – abgeschlossen. Die Debitkarten der neuen Generation seien durch die Issuer bereits in Umlauf gesetzt worden und hätten in der Regel eine Gültigkeitsdauer von drei Jahren. 67 Im Gesuch um Erlass vorsorglicher Massnahmen hat Visa hierzu festgehalten, damit offenbare sich, dass sich das Sekretariat nicht eingehend mit der Thematik auseinandergesetzt habe. Interchange Fees würden dauernd (bei jeder

Transaktion) in Rechnung gestellt und nicht einmalig bei Ausgabe einer Karte. Darüber hinaus seien laufende Investitionen für den Unterhalt und Betrieb notwendig, bei welchen derzeit nicht klar sei, ob diese sich für die Issuer rentieren werden oder nicht. Die Interchange Fee bilde die Grundlage für viele Kartendienstleistungen, die heute für den Karteninhaber kostenlos seien. Es sei zu befürchten, dass die Issuer ohne die vorsorglichen Massnahmen neue Kartengebühren einführen oder bestehende Gebühren erhöhen würden.

76. Die Dringlichkeit einer Massnahme ergibt sich daraus, ob der behauptete, nicht wieder gutzumachende Nachteil sofort eintritt oder jedenfalls vor Ende des Hauptverfahrens. Diese Dringlichkeit muss glaubhaft vorhanden sein. Im vorliegenden Fall bringt Visa insbesondere vor, es drohten Marktanteilsverluste ihres Produktes Visa Debit zu Lasten von Mastercard.

77. Die Marktanteile im Bereich der Zahlkarten können anhand verschiedener Kriterien gemessen werden, etwa der Anzahl Karten, der Anzahl Transaktionen oder des Transaktionsvolumens. Kein Kriterium zur Bestimmung des Marktanteils sind hingegen Einnahmen aus Interchange Fees. Seit der Lancierung der neuen Debitkartengeneration im Jahr 2020 ersetzen die Issuer ihr bestehendes Debitkartenportfolio mit Karten der alten Generation (Maestro, V PAY) durch Karten der neuen Generation (Debit Mastercard, Visa Debit), was unter anderem zur Überschreitung der Marktanteilsschwellen von 15 % geführt hat. Debitkarten haben i. d. R. eine Gültigkeitsdauer von drei Jahren, was von Visa auch nicht bestritten wird. Dies bedeutet, dass die Issuer die bereits herausgegebenen Visa Debit-Karten gar nicht kurzfristig durch Debitkarten von Mastercard ersetzen können. Mit den herausgegebenen Karten erfolgen weiterhin Transaktionen. Marktanteilsverluste gemessen an der Anzahl Transaktionen oder dem Transaktionsvolumen drohen somit nicht unmittelbar. Schliesslich wurde bereits dargelegt, dass mit Mastercard eine einvernehmliche Regelung zu den tieferen Interchange Fee-Sätzen absehbar ist. Aktuell ist zudem die CP-Interchange Fee für Maestro immer noch null. Es

66 RPW 2010/3 493 Rz 91 (zweites Aufzählungszeichen), VM KKDMIF II.

67 Schreiben Sekretariat vom 13.7.2023.

21 besteht folglich auch deshalb keine Dringlichkeit, weil Mastercard gegenüber den Issuern nicht mit höheren Interchange Fees Anreize für einen Wechsel von Visa zu Mastercard setzen kann.

78. Schliesslich bleibt zu erwähnen, dass allenfalls höhere Gebühren auf Seiten des Karteninhabers, sei es in der Form von Karten- und/oder Kontoführungsgebühren, weder zu einem nicht wieder gutzumachenden Nachteil noch zu einer damit verbundene Dringlichkeit führen. Einerseits würde dies gleichermassen beide Card Schemes betreffen und andererseits kann ohne vertiefte Untersuchung nicht festgestellt werden, ob es überhaupt zu solchen Erhöhungen kommt. Tatsächlich führten Senkungen der Interchange Fees im Bereich der Kreditkarten über mehrere Jahre hinweg nicht zu einer Erhöhung der Jahresgebühren. Vielmehr wurden gerade in dieser Zeit auch Kreditkarten ohne Jahresgebühren eingeführt und das ganze Kreditkartensystem ist gewachsen. Daher ist es nicht glaubhaft, dass es ohne die vorsorglichen Massnahmen zu Gebührenerhöhungen für die Karteninhaber kommt. Und selbst wenn es zu solchen Erhöhungen kommen sollte, bedeutet dies nicht, dass die von Visa verlangten Interchange Fees effizient wären. Es darf nicht vergessen werden, dass diese durch die Händler zu tragen sind und nicht erstellt ist, dass das System effizienter funktioniert, wenn diese anstelle der Karteninhaber belastet werden.

79. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass auch diese Voraussetzung nicht glaubhaft gegeben erscheint.

D.1.4.5 Verhältnismässigkeit 80. Da bereits aufgezeigt wurde, dass in casu der Erlass vorsorglicher Massnahmen rechts- widrig wäre und zudem weder ein nicht wieder gutzumachender Nachteil noch die Dringlichkeit glaubhaft gegeben ist, verzichtet die WEKO auf eine eingehende Prüfung aller Vorbringen von Visa zur Verhältnismässigkeit. Nachfolgend wird allerdings auf die wesentlichen Punkte ein- gegangen, die einer Klarstellung bedürfen:

- Visa bringt vor, eine vorsorgliche Massnahme, die den Status Quo erhalte oder gar verbessere, sei ohne weiteres als verhältnismässig einzustufen. Visa stützt diese Aus- sage auf eine Erwägung der WEKO in der Begründung der Verhältnismässigkeit der EVR II im Fall KKDMIF II. Vorliegend habe Visa ihre DMIF sogar auf ein niedrigeres Niveau gesenkt als es der Status Quo unter dem Safe Harbor erlaubt habe. 68
- Visa stellt damit die auf die Markteinführungsphase limitierten Interchange Fees als Status Quo dar, obwohl sich Visa bewusst ist, «dass das Sekretariat der Auffassung ist, dass es damals ein Element der Markteinführung in die damals für die Schweiz bestimmten DMIF-Sätze für Debitkarten hat einfliessen lassen». 69 Damit stellt Visa den Sachverhalt aktenwidrig dar. Aus den Schlussberichten des Sekretariats geht unmiss- verständlich hervor, dass für die CP-Interchange Fees die Ermöglichung des Marktein- tritts der einzige geprüfte Rechtfertigungsgrund gemäss Art. 5 Abs. 2 KG war. 70 In der Ergänzung des Schlussberichts V PAY hat das Sekretariat nochmals ausdrücklich dar- gelegt, dass V PAY während der Markteinführungsphase im CP-Geschäft besser ge- stellt ist als das direkte Konkurrenzprodukt Maestro: «Zu beachten ist, dass das <Card Present>-Geschäft im Wesentlichen identisch ist mit denjenigen Bereichen, in denen Maestro ohne Interchange Fee auskommen muss [...]. Durch die Möglichkeit der Er- hebung einer DMIF im <Card Present>-Geschäft wird V PAY besser gestellt als das

68 Vgl. Gesuch, Rz 57 ff.

69 Vgl. Gesuch, Rz 71.

70 Vgl. RPW 2009/2, 138 ff. Rz 145 ff., DMIF V PAY.

22 direkte Konkurrenzprodukt Maestro. Eine solche Ungleichbehandlung kann sich aus den unterschiedlichen Marktphasen der beiden Produkte und ihrer unterschiedlichen Marktstellung rechtfertigen. Je mehr sich die beiden Produkte diesbezüglich in der Zu- kunft angleichen sollten, umso mehr müsste die Ungleichbehandlung überprüft werden. Aus diesem Grund wird an der Markteintrittschwelle von 15% festgehalten. Ab diesem Prozentwert kann nicht mehr von einer Markteinführungsphase gesprochen werden.» 71 Aus dieser Passage geht hervor, dass der Status Quo in Bezug auf die Höhe dauernder Interchange Fees für Debitkarten in der Schweiz bei null liegt. Es handelt sich um einen Status Quo, der bis heute andauert. 72 Darauf lässt sich die Verhältnismässigkeit der von Visa beantragten vorsorglichen Massnahmen folglich nicht stützen.

- Unter dem Aspekt der Erforderlichkeit führt Visa aus, ohne vorsorgliche Massnahmen bestünde erhebliche Rechtsunsicherheit. Diese könne nicht dadurch beseitigt werden, dass das Sekretariat Visa dazu auffordere, einseitig die geforderte Position einer Markt- seite zu übernehmen. Dies wäre aus rechtsstaatlicher und verfahrensrechtlicher Sicht fragwürdig, da damit das von einer Marktseite angestrebte Untersuchungsergebnis vor- weggenommen würde. Auch habe sich das Sekretariat im Verfahren widersprüchlich verhalten und sich früh auf die Position nur einer Partei, nämlich der Händler festge- legt. 73 Selbst wenn sich

das Sekretariat in der Vorabklärung widersprüchlich verhalten und eine einseitige Position eingenommen hätte – quod non – änderte dies nichts an dem Umstand, dass die vorgebrachte Rechtsunsicherheit entfallen würde, wenn sich Visa freiwillig an die vom Sekretariat im Rahmen der Vorabklärung genannten Sätze halten würde. Vorsorgliche Massnahmen sind somit nicht erforderlich. Kommt hinzu, dass sich das Sekretariat keineswegs widersprüchlich verhalten hat. Jeder Verfahrensschritt wurde transparent kommuniziert. Insbesondere wurde mehrfach dargelegt, welche Interchange Fee-Sätze das Sekretariat ohne vertiefte Untersuchung für rechtfertigbar hält. Es ist daher nicht widersprüchlich, sondern folgerichtig, dass das Sekretariat eine Untersuchung eröffnet hat, um die Zulässigkeit der von Visa geforderten bzw. nunmehr in reduzierter Form festgesetzten höheren Sätze vertieft zu überprüfen.

- Schliesslich sind gemäss Visa die in den vorsorglichen Massnahmen vorgesehenen Sätze für den Handel auch zumutbar, da sie tiefer seien als die im Safe Harbor vorgesehenen Sätze. Wiederum gilt es dem entgegen zu halten, dass der Status Quo für DMIF für Debitkarten in der Schweiz null beträgt. Die Sätze im Safe Harbor waren, wie oben ausführlich dargelegt, explizit zum Zweck des Markteintritts zugelassen worden. Im Jahr 2020 betrug das domestische Transaktionsvolumen mit Debitkarten CHF 54'554 Mio. 74 Davon sind die Transaktionsvolumen abzuziehen, welche auf die PostFinance Card (CHF 13'219 Mio.) und die M-Card (CHF 530 Mio.) entfallen. 75 Damit verbleibt ein Transaktionsvolumen von CHF 40'805 Mio., welches auf Debitkarten von Visa und Mastercard entfällt. Wird auf dieses Volumen rechnerisch eine Interchange Fee von 0,2 % angewendet, ergibt dies für den Handel eine Mehrbelastung von rund

71 Vgl. RPW 2017/4, 562 Rz 29, Ergänzung Schlussbericht V PAY.

72 Vgl. die aktuellen, auf der Seite von Mastercard publizierten Sätze unter <https://www.mastercard.com/content/dam/public/mastercardcom/eu/europe-lfi/europeaninterchange/pdfs/48switzerland.pdf> (30.08.2023). 73 Vgl. Gesuch, Rz 66 f.

74 Vgl. SNB-Statistik zum Zahlungsverkehr (Zahlungen und Bargeldbezüge), [https://data.snb.ch/de/totopics/finma/cube/zavezaluba?fromDate=2020-01&toDate=2020-12&dimSel=D0\(ZT,PGT,P GKL,DG,BT\),D1\(K,D,EG\),D2\(IZ\),D3\(II\),D4\(BMF\)>](https://data.snb.ch/de/totopics/finma/cube/zavezaluba?fromDate=2020-01&toDate=2020-12&dimSel=D0(ZT,PGT,P GKL,DG,BT),D1(K,D,EG),D2(IZ),D3(II),D4(BMF)>) (30.8.2023). 75 Vgl. Jahresbericht 2020 des VEZ, S. 32 f., <https://www.vez-epay.ch/media/qxpp15j1/20210622-vez-jb-endversion.pdf> (30.8.2023).

23 CHF 82 Mio. im Vergleich zu einer Berechnung mit dem für Maestro anwendbaren Satz von null. Eine solche Mehrbelastung erscheint für den Handel nicht ohne weiteres zumutbar und erfordert eingehendere Abklärungen in der Untersuchung. Zu berücksichtigen ist weiter, dass bereits der Vorschlag des Sekretariats von rund 0,1 % bei den Issuern zu Mehreinnahmen von rund CHF 41 Mio. führt, verglichen mit einer Situation, in welcher die Transaktionen ohne Interchange Fee abgewickelt würden. 81. Bereits unter Berücksichtigung dieser Punkte erscheint es nicht als glaubhaft, dass die beantragten vorsorglichen Massnahmen als verhältnismässig zu qualifizieren wären.

D.1.4.6 Hauptsachenprognose 82. Aufgrund des klaren Ergebnisses, wonach der Erlass der beantragten vorsorglichen Massnahmen rechtswidrig wäre bzw. die Voraussetzungen für den Erlass solcher Massnahmen glaubhaft nicht erfüllt sind, erübrigt sich eine Prüfung der Hauptsachenprognose. Wie Visa selbst festhält, bildet die «richtige» Höhe der Debit

Interchange Fee gerade Gegenstand der Untersuchung, 76 so dass sich die WEKO an dieser Stelle nicht dazu äussern kann. Es lässt sich immerhin festhalten, dass der Ausgang der Untersuchung unklar ist, bringen die verschiedenen Marktteilnehmer doch unterschiedliche juristische und ökonomische Argumente ein, welche teilweise für höhere, teilweise für tiefere Interchange Fees sprechen als die von Visa festgesetzten. Diese Eingaben werden in der Untersuchung eingehend zu würdigen sein. Jedenfalls lässt sich zum heutigen Zeitpunkt nicht klar prognostizieren, ob sich die von Visa festgesetzten Interchange Fees als zulässig erweisen werden. 83. Unter dem Titel der Hauptsachenprognose rügt Visa, der Grundsatz des Vertrauensschutzes sei verletzt. Die Stakeholder der V PAY und Visa Debit Schemes hätten sich darauf verlassen, dass eine langfristig tragbare DMIF zur Verfügung stehen werde. Die Notwendigkeit dafür sei regelmässig vorgetragen worden. Vorliegend hätten die Issuer und Acquirer erhebliche Investitionen vorgenommen, um diese Systeme am Markt zu etablieren. 84. Visa erkennt bei ihrer Argumentation, dass die wichtigste Voraussetzung zur Anrufung des Grundsatzes auf Vertrauensschutz vorliegend fehlt. Wie Visa selbst unter Hinweis auf BGE 143 II 341 ausführt, werden Rechtsunterworfenen in ihrem berechtigten Vertrauen in behördliche Zusicherungen oder in andere, bestimmte Erwartungen begründendes Behördenverhalten geschützt. 77 Ein solches Behördenverhalten liegt hier allerdings aus Sicht von VISA nicht vor. Es geht eindeutig aus den Schlussberichten des Sekretariats hervor, dass der Safe Harbor mit Erreichen eines Marktanteils von 15 % ausläuft. 78 Es gibt keine Aussagen des Sekretariats oder gar der WEKO, welche eine darüber hinaus geltende, dauernde Interchange Fee für CP-Transaktionen mit Debitkarten in Aussicht gestellt hätten. Die Schlussberichte sind auf der Website der WEKO sowie im Recht und Politik des Wettbewerbs (RPW) publiziert. Die Bedingungen der Interchange Fees für Debitkarten waren somit allen Marktteilnehmern seit dem Jahr 2009 und damit viele Jahre vor der Lancierung der Karten auf dem Markt bekannt. Auch diesen Vertrauensschutz der Marktteilnehmer auf die Einhaltung der Schlussfolgerungen in den Schlussberichten des Sekretariats gilt es zu wahren. 85. Es besteht damit keine Vertrauensgrundlage, aus der ein Anspruch auf eine über die Markteinführungsphase hinausgehende, dauernde Interchange Fee für CP-Transaktionen mit

76 Vgl. Gesuch, Rz 27.

77 Vgl. Gesuch, Rz 37.

78 RPW 2009/2, 122 ff., DMIF V PAY; RPW 2012/4, 764 ff., Maestro FIF/Debit MC IF; RPW 2017/4,

559 ff., Ergänzung V PAY.

24 Debitkarten abgeleitet werden könnte. Es entsprach im Übrigen gerade dem Sinn der mit diesen Schlussberichten zugelassenen, limitierten Interchange Fee, den Marktteilnehmern während der Markteinführungsphase die Amortisation ihrer initialen Investitionskosten zu ermöglichen. Dabei hat sich das Sekretariat vollumfänglich an seine Zusage in den Schlussberichten gehalten, indem es keine Untersuchungseröffnung beantragt hat, solange die Bedingungen des Safe Harbors eingehalten wurden. Das Vertrauen der Issuer, ihre Investitionen für die Marktlancierung amortisieren zu können, wurde vollumfänglich geschützt.

D.1.4.7 Ergebnis

86. Der Erlass der beantragten vorsorglichen Massnahmen ist ausgeschlossen, da ihre Anordnung gesetzeswidrig wäre. Darüber hinaus sind auch die materiellen Voraussetzungen für den Erlass nicht gegeben. Das Gesuch ist aus diesen Gründen abzuweisen.

D.2 Entzug der aufschiebenden Wirkung 87. Gemäss Art. 55 Abs. 1 VwVG 79 kommt einer allfälligen Beschwerde aufschiebende Wirkung zu. Bei einer gesuchsabweisenden (sog. negativen) Verfügung stösst Art. 55 Abs. 1 VwVG jedoch ins Leere, da die aufschiebende Wirkung funktionsgemäss zur Folge hat, dass es bei der Rechtslage bleibt, die vor Erlass der angefochtenen Verfügung geherrscht hat. Damit kann die mit ihren Rechtsbegehren nicht durchgedrungene Gesuchstellerin nicht so gestellt werden, als ob dem Gesuch entsprochen worden wäre. 80 88. Da die Voraussetzungen für den Erlass vorsorglicher Massnahmen nicht gegeben sind, erübrigen sich weitere Ausführungen zum Gesuch um Entzug der aufschiebenden Wirkung.

E Kosten 89. Gemäss Art. 2 Abs. 1 KG-Gebührenverordnung 81 ist unter anderem gebührenpflichtig, wer Verwaltungsverfahren verursacht. Als Verwaltungsverfahren gilt auch das Verfahren auf Erlass vorsorglicher Massnahmen im Rahmen der Untersuchung (Art. 1 Abs. 1 lit. a KG-Gebührenverordnung). Die Gebühr bemisst sich nach Zeitaufwand (Art. 4 Abs. 1 KG-Gebührenverordnung). Die Stundenansätze von CHF 100.– bis CHF 400.– richten sich nach der Dringlichkeit des Geschäfts und der Funktionsstufe des ausführenden Personals.

90. Den Erlass der vorliegenden Verfügung hat die Gesuchstellerin verursacht. Die Gebühr ist daher ihr aufzuerlegen. Der Zeitaufwand für die vorliegende Verfügung beläuft sich auf 58 Stunden à CHF 200.– und 7 Stunden à CHF 290.–, total CHF 13'630.–.

79 Bundesgesetz vom 20.12.1968 über das Verwaltungsverfahren
(Verwaltungsverfahrensgesetz,

VwVG; SR 172.021). 80 Vgl. REGINA KIENER, in: Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Auer/Mül-

ler/Schindler (Hrsg.), 2. Aufl. 2019, Art. 55 VwVG N 7. 81 Verordnung vom 25.2.1998 über die Erhebung von Gebühren im Kartellgesetz (KG-

Gebührenverordnung; SR 251.2).

25 F Dispositiv Aufgrund des Sachverhalts und der vorangehenden Erwägungen verfügt die Wettbewerbskommission:

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