

WEKO six-terminals-mit-dcc vom 29. November 2010

WEKO, 2010-11-29, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/weko_six-terminals-mit-dcc

FR: WEKO six-terminals-mit-dcc du 29 novembre 2010

IT: WEKO six-terminals-mit-dcc del 29 novembre 2010

Erwägungen

E. 24

■ Die SIX Group sei während des gesamten Verfahrens nicht Partei gewesen. Die Untersuchung sei erst am 8. Juni 2010 auf die SIX Group erweitert worden. ■ Sämtliche Untersuchungsschritte und Verfahrenshandlungen vor dem 8. Juni 2010 seien ohne direkte Beteiligung der SIX Group erfolgt. Es sei ein eigentlicher Parteiwechsel erfolgt, welcher nur zulässig sei, wenn Rechte oder Pflichten frei übertragbar wären. ■ Der im Antrag aufgeführte, nicht rechtskräftige Entscheid in Sachen Publigroupe/Weko basiere auf einem anderen Sachverhalt und könne im vorliegenden Fall nicht angewendet werden. In diesem Fall seien die gesamte Untersuchung und sämtliche Verfahrenshandlungen mit der Konzernmuttergesellschaft (Publigroupe SA) durchgeführt worden. Diese habe im Verlauf des über zehn Jahre andauernden Verfahrens vollumfänglich am Verfahren teilnehmen und ihre verfahrensmässigen Rechte ausüben können. Die erst kurz vor Abschluss des vorgenannten Verfahrens Publigroupe/Weko beigezogenen weiteren Parteien (Publicitas AG, etc.) seien mehrheitlich Tochtergesellschaften der am Verfahren beteiligten primären Partei Publigroupe SA gewesen. Das BVGer habe deren Einbezug nur deshalb als zulässig erachtet, weil den nachträglich hinzutretenden Parteien keine Verfahrenskosten und keine Bussgelder auferlegt worden seien. Im vorliegenden Fall sei der Sachverhalt gerade umgekehrt, da nachträglich – nach Durchführung sämtlicher Untersuchungshandlungen – eine bisher am Verfahren nicht beteiligte Partei neu als sog. Verfügungsadressatin im materiellen Sinne und als angebliche Täterin bezeichnet werden solle. ■ Zudem seien keine Sachverhaltsermittlungen bezüglich der Frage der wirtschaftlichen Selbständigkeit und der eigenständigen Verhaltensweise von Card Solutions und Multipay erfolgt. Es wäre zumindest notwendig gewesen, zu untersuchen ob und wie die SIX Group jeweils in das Tagesgeschäft der indirekt gehaltenen Beteiligungsge-sellschaften überhaupt eingreifen könne und dies auch tatsächlich tue. ■ Das Sekretariat sei schon frühzeitig darauf hingewiesen worden, dass es sich entgegen der Sachverhaltsdarstellung im Antrag bei Multipay und Card Solutions nicht um Tochtergesellschaften der SIX Group AG handle.

97. Die Ausweitung der Untersuchung auf die SIX Group am 8. Juni 2010 ist eine direkte Folge des Urteils des Bundesverwaltungsgerichts vom 27. April 2010 in Sachen Publigroupe. Auf diesen Umstand wird übrigens im Erweiterungsschreiben vom 8. Juni 2010 ausdrücklich hingewiesen. 106 Entgegen der Auffassung der Parteien, sind die in diesem Entscheid vorgenommenen Erwägungen zur Frage, wer bei Konzernverhältnissen in kartellrechtlichen Verfahren als Verfügungsadressat zu gelten hat, grundsätzlicher Natur und nicht von der konkreten Fallkonstellation abhängig. Die Kernaussage des Bundesverwaltungsgerichts findet sich in Erwägung 4.5. des genannten Entscheides: „Verfügungen der Wettbewerbskommission regeln Rechtsverhältnisse mit Unternehmen nach Art. 2 KG. Verfügungsadressaten im materiellen Sinne sind diejenigen natürlichen und juristischen Personen, deren Rechte oder Pflichten die Verfügung regeln soll.

Unternehmen und Verfügungsadressat im materiellen Sinne ist im vorliegenden Verfahren Publigroupe [= die Konzernmutter]■.107 Zuvor hat das Bundesverwaltungsgericht in der Erwägung 4.1. dargelegt, dass bei Konzernen die rechtlich selbständigen Konzerngesellschaften mangels wirtschaftlicher Selbständigkeit keine Unternehmen im Sinne des Kartellgesetzes darstellen.108 Daraus folgt, dass diese Konzerngesell-

106 Vgl. act. no 207. 107 BVGer, Urteil vom 27. April 2010, Publigroupe gg. Weko i.S. Richtlinien des Verbands Schweizerischer Werbegesellschaften über die Kommissionierung von Berufsvermittlern (B2977/2007), E. 4.5. 108 BVGer, Urteil vom 27. April 2010, Publigroupe gg. Weko i.S. Richtlinien des Verbands Schweizerischer Werbegesellschaften über die Kommissionierung von Berufsvermittlern (B2977/2007), E. 4.1.

32/2009/03386/COO.2101.111.5.127333

E. 25

schaften nicht materielle Verfügungsadressatinnen sein können. Da die Anordnungen ihre Interessen unmittelbar berührt, erhalten sie gemäss Erwägung 4.5. des Publigroupe-Entscheides die Verfügung immerhin als Adressatinnen im formellen Sinn zugestellt.109 98. Die Rüge der Parteien, das Sekretariat habe keine Sachverhaltsermittlungen bezüglich der Frage der wirtschaftlichen Selbständigkeit von Multipay und Card Solutions durchgeführt habe, stösst ins Leere, ebenso wie der im Schreiben vom 24. Juni 2010 angebrachte Hinweis, nicht die SIX Group AG sondern die Telekurs Holding AG sei die Muttergesellschaft von Multipay und Card Solutions.110 Diese Frage war Gegenstand des Fusionskontrollverfahrens in Sachen SWX Group/Verein SWX Swiss Exchange/SIS Financial Services Group/Telekurs Holding AG, welches mit Verfügung vom 9. Oktober 2007 durch die Weko unter Auflagen zugelassen wurde.111 Seit dieser Fusion gilt die Telekurs Holding AG sowie ihre Tochtergesellschaften nicht mehr als unabhängiges Unternehmen sondern als Teil der SIX Group. Wie bereits oben in Rz. 95 ausgeführt, geht die Einbindung von Multipay und Card Solutions in die SIX Group bereits eindeutig aus deren Geschäftsbericht und Internet-auftritt hervor. Zur Verdeutlichung wird nachfolgend die durch die SIX Group publizierte Organisationsstruktur wiedergegeben: Abbildung 4: Organisation der SIX Group

99. Ergänzend kann auf die Handelsregistereinträge von SIX Multipay und SIX Card Solutions hingewiesen werden. Bei beiden Gesellschaften wird unter „Zweck■ u.a. festgehalten: „Die Gesellschaft ist eine Tochtergesellschaft der SIX Group AG (Konzernmutter) und übt ihre Geschäftstätigkeit im Konzerninteresse aus.“112

109 BVGer, Urteil vom 27. April 2010, Publigroupe gg. Weko i.S. Richtlinien des Verbands Schweizerischer Werbegesellschaften über die Kommissionierung von Berufsvermittlern (B2977/2007), E. 4.5. 110 Vgl. auch BVGer, Urteil vom 27. April 2010, Publigroupe gg. Weko i.S. Richtlinien des Verbands Schweizerischer Werbegesellschaften über die Kommissionierung von Berufsvermittlern (B2977/2007), E. 4.4. 111 Vgl. RPW 2007/4, S. 557 ff. 112 Internet-Auszüge des Handelsregister des Kantons Zürich betreffend SIX Multipay AG und SIX Card Solutions AG. Eine entsprechende Passage findet sich im Übrigen auch im Handelsregistereintrag bezüglich der von den Parteien erwähnten Telekurs Holding AG.

32/2009/03386/COO.2101.111.5.127333

E. 26

100. Bezüglich des Vorbringens der Parteien, die SIX Group habe zum Zeitpunkt der untersuchten Verhaltensweise noch nicht existiert, kann auf Rz. 571 verwiesen werden. 101. Schliesslich ist entgegen der Auffassung der Parteien nicht von einem Parteiwechsel auszugehen. Gemäss der Lehre liegt kein Parteiwechsel vor, wenn die Identität der Partei gewahrt bleibt. 113 Ausgehend vom kartellrechtlichen Unternehmensbegriff wurde im vorliegenden Fall die Identität der Partei gewahrt. Die SIX Group war mittels der ihr wirtschaftlich zurechenbaren Tochtergesellschaften Multipay und Card Solutions von Beginn weg am Verfahren beteiligt. Selbst wenn entgegen diesen Ausführungen von einem Parteiwechsel auszugehen wäre, so wäre dieser zulässig. Zulässig ist ein Parteiwechsel, wenn das materielle Recht einen Subjektwechsel nicht ausschliesst. 114 Die Ausdehnung auf die SIX Group ist durch das materielle Recht – d.h. durch das Kartellgesetz – nicht nur „nicht ausgeschlossen“ sondern unter Berücksichtigung der neuen Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts sogar angezeigt. Schliesslich handelt es sich bei der Ausdehnung der Untersuchung auf die SIX Group um eine Verfahrensfrage, welche keinen Einfluss auf die materielle Beurteilung der Zulässigkeit bzw. Unzulässigkeit der untersuchten Verhaltensweise hat. Die in diesem Zusammenhang relevante Beteiligung am Verfahren konnte durch Multipay und Card Solutions wahrgenommen werden, d.h. durch diejenigen Tochtergesellschaften der SIX Group, deren Verhaltensweise Gegenstand der Untersuchung bilden. Die eingereichte Stellungnahme zeigt zudem auf, dass die Änderung des materiellen Verfügungsadressaten keinen Einfluss auf die materielle Argumentation der Parteien gezeitigt hat. Es werden dieselben Rechtspositionen vertreten, welche bereits durch Multipay und Card Solutions während des Verfahrens vorgebracht wurden. Die Mutter- und die Tochtergesellschaften haben im Untersuchungsverfahren gleichgerichtete Interessen, was sich weiter daran zeigt, dass sie durch denselben Rechtsanwalt vertreten werden. Zudem erfolgte die Ausdehnung noch vor dem Versand des Antrags des Sekretariates an die Parteien gemäss Art. 30 Abs. 2 KG, so dass die SIX Group namentlich das zentrale Recht zur Stellungnahme zum Antrag wahrnehmen konnte. 102. Zusammenfassend kann daher festgehalten werden, dass die Ausweitung der Untersuchung bzw. der Antrag bezüglich der SIX Group nicht wie durch die Parteien vorgebracht rechtswidrig sondern zulässig und aufgrund der erwähnten Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts angezeigt ist. 103. Die Prüfung der Marktbeherrschung des Unternehmens erfolgt unter Art. 7 KG (Rz. 135 ff.). Die marktbeherrschende Stellung stellt eine qualifizierte Form von Marktmacht dar. 115 Wird nachstehend somit die marktbeherrschende Stellung bejaht, wird damit auch die Ausübung von Marktmacht festgestellt. Falls eine marktbeherrschende Stellung verneint werden sollte, ist die Prüfung der Marktmacht obsolet, da in diesem Fall kein kartellrechtsrelevantes Verhalten im Sinne von Art. 7 KG vorliegt. B.2 Vorbehaltene Vorschriften 104. Dem KG 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 öffentli-

113 Vgl. VERA MARANTELLI-SONANINI/SAID HUBER, in: Praxiskommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Waldmann/Weissenberger (Hrsg.), Zürich 2009, Art. 6 N 48 unter Hinweis auf BVGer, Urteil vom 4. Oktober 2010 (A-563/2007), E.1.2. betreffend unklare Vertretungsverhältnisse zwischen Konzernmutter und

Konzerntochter. 114 Vgl. MARANTELLI-SONANINI/HUBER (FN 113), Art. 6 N 50. 115 Vgl. RPW 2008/3, S. 390, Rz. 45; RPW 2004/3, S. 782, Rz. 18; RPW 2001/2, S. 268, Rz.

79; Bot- schaft zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG) vom 23. November 1994, BBl 1995, 468 ff. (im folgenden BOTSCHAFT 95), S. 547 f.; JÜRIG BORER, Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, Zürich 2005, Art. 2 N 14.

32/2009/03386/COO.2101.111.5.127333

E. 27

cher 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 diesem Gesetz (Art. 3 Abs. 2 KG). B.2.1 Vorbehaltene Vorschriften gemäss Art. 3 Abs. 1 KG 105. In den hier zu beurteilenden Märkten gibt es keine Vorschriften, die Wettbewerb im Sinne von Art. 3 Abs. 1 KG nicht zulassen.¹¹⁶ Dies wird von den Parteien auch nicht geltend gemacht. B.2.2 Vorbehaltene Vorschriften gemäss Art. 3 Abs. 2 KG 106. Vorliegend ist jedoch zu prüfen, ob der Sachverhalt unter den Vorbehalt von Art. 3 Abs. 2 KG fällt, machen doch Multipay/Card Solutions geltend, die Schnittstelleninformatio- nen, welche für die Gewährleistung der Interoperabilität zwischen Terminals und der von Card Solutions entwickelten DCC-Software erforderlich sind, seien urheberrechtlich ge- schützt oder zumindest nicht grundsätzlich vom Schutzzumfang des Urheberrechtsgesetzes ausgenommen.¹¹⁷ B.2.3 Geltungszeitliche Interpretation von Art. 3 Abs. 2 KG 107. Die Bedeutung von Art. 3 Abs. 2 KG war bereits anlässlich seiner Schaffung unklar. So hielt die Botschaft zum KG 1995 fest: „Die aus theoretischer Sicht klar erscheinende Abgren- zung zwischen der legitimen Ausübung der Rechte aus dem geistigen Eigentum und der un- zulässigen Wettbewerbsbeschränkung lässt sich in der Praxis nicht in dieser Schärfe nach- vollziehen. Auf den ersten Blick plausible begriffliche Abgrenzungsmöglichkeiten sollen nicht dazu verleiten, die dem Einzelfall zugrundeliegenden Umstände bei der rechtlichen Würdi- gung zu vernachlässigen“¹¹⁸. Hintergrund der Regelung war die Annahme, dass Kartellrecht und Immaterialgüterrechte in einem Konflikt zueinander stehen.¹¹⁹ 108. Die Botschaft zum KG 1995 führte weiter aus, dass die in Art. 3 Abs. 2 KG gewählte Formulierung die einschränkende Interpretation des Vorbehaltes deutlich zum Ausdruck bringt, da dieser nur Wettbewerbswirkungen betrifft, die sich ausschliesslich aus der Gesetz- gebung über das geistige Eigentum ergeben.¹²⁰ In der Folge setzte sich sowohl in der Lehre als auch in der Praxis eine restriktive Auslegung von Art. 3 Abs. 2 KG durch.¹²¹

¹¹⁶ Vgl. betreffend den Acquiring-Markt RPW 2006/1, S. 82, Rz. 131. ¹¹⁷ Vgl. act. no 103, S. 45. ¹¹⁸ BOTSCHAFT 95 (FN 115), S. 541 f. ¹¹⁹ Vgl. ausführlich zur historischen Entwicklung ANDREAS HEINEMANN, Demarkation von Immaterialgü- ter- und Kartellrecht? – Eine kritische Analyse, in: Schweizerisches Kartellrecht – an Wendepunkten?, Roger Zäch (Hrsg.), Zürich 2009, S. 44 ff. sowie RETO M. HILTY, in: Basler Kommentar zum Kartellge- setz, Marc Amstutz/Mani Reinert (Hrsg.), Basel 2010, Art. 3 Abs. 2 N 1 ff. ¹²⁰ BOTSCHAFT 95 (FN 115), S. 541 f. ¹²¹ Vgl. RPW 2008/3, S. 392 f., Rz. 75 ff.; RPW 2006/3, S. 435, Rz. 26 ff.; RPW 2005/1, S. 90 ff.; HEINEMANN (FN 119), 48 f.; HILTY (FN 119), Art. 3 Abs. 2 N 18 ff.; GEORG RAUBER, Verhältnis des neuen Rechts zum Immaterialgüterrecht, in: Kartellgesetzrevision 2003 – Neuerungen und Folgen, Walter Stoffel/Roger Zäch (Hrsg.), Zürich 2004, S.196 f.; ROLF H. WEBER, Kartellrecht Einleitung, Geltungsbe- reich und Verhältnis zu anderen Rechtsvorschriften, in: Schweizerisches Immaterialgüter- und Wett- bewerbsrecht, Bd. V/2 (SIWR V/2),

Roland von Büren/Lucas David (Hrsg.), David Basel 2000, S. 50 f.

32/2009/03386/COO.2101.111.5.127333

E. 28

109. Bereits früh wurde in der Lehre Art. 3 Abs. 2 KG als nicht mehr zeitgemässes „Fossil“ kritisiert.¹²² In der Zwischenzeit hat sich auf breiter Basis die Auffassung durchgesetzt, dass gar kein Zielkonflikt zwischen Immaterialgüterrecht und Kartellrecht besteht, sondern vielmehr von einer Zielparallelität auszugehen ist. Das Verhältnis wird als „komplementär“ oder „symbiotisch“ bezeichnet.¹²³ Es ist nicht das Ziel des Immaterialgüterrechts, funktionierenden Wettbewerb einzuschränken, sondern im Gegenteil: Die immaterialgüterrechtlichen Schutzrechte sollen besondere Leistungen belohnen und so den Innovationswettbewerb fördern.¹²⁴ 110. Die heute h.L. erachtet Art. 3 Abs. 2 KG als überholt und plädiert dafür, die immaterialgüterrechtlichen Aspekte im Rahmen der materiellen Prüfung nach den Art. 5 und 7 KG gebührend zu berücksichtigen.¹²⁵ Im Rahmen der Evaluation des Kartellgesetzes im Jahr 2008 wurde eine Studie zu Art. 3 Abs. 2 KG erstellt.¹²⁶ Diese weist ebenfalls darauf hin, dass eine uneingeschränkte Anwendung des Kartellgesetzes auf sämtliche Sachverhalte mit immaterialgüterrechtlichen Komponenten angezeigt erscheint. Dabei wird darauf hingewiesen, dass es keinen Grund gibt, geistiges Eigentum anders zu behandeln als sachliches Eigentum, dessen Ausübung ebenfalls kartellrechtlich überprüft werden kann.¹²⁷ 111. Diese Elemente führen dazu, dass Art. 3 Abs. 2 KG in einer geltungszeitlichen Interpretation¹²⁸ nicht als Anwendungsvorbehalt zu betrachten ist, sondern als Norm, welche die notwendige Koordination von Immaterialgüter- und Kartellrecht verdeutlicht, um eine einseitige Berücksichtigung des Kartellrechts zu verhindern. Die Bestimmung hat keinen normativen Charakter, sondern soll sicherstellen, dass die Zielsetzungen des Immaterialgüterrechts im Rahmen der materiellen Prüfung nicht vergessen werden.¹²⁹

122 Vgl. RETO M. HILTY, Vom Janusgesicht des Immaterialgüterrechts – Versuch einer europätauglichen Interpretation von Art. 3 Abs. 2 KG, in: Der Einfluss des europäischen Rechts auf die Schweiz, FS Roger Zäch, Peter Forstmoser/Hans Caspar von der Crone/Rolf H. Weber/Dieter Zobel (Hrsg.), Zürich 1999, S. 340. 123 Vgl. HEINEMANN (FN 119), 59; HILTY (FN 119), Art. 3 Abs. 2 N 15; RAUBER (FN 121), S. 187 f.; ROMINA CARCAGNI/MICHAEL TREIS/ANGELA DURRER/PETRA HANSELMANN, in: Stämpfli Handkommentar Kartellgesetz, Baker & McKenzie (Hrsg.), Bern 2007, Art 3 N 14; FRANZ X. STIRNIMANN, Urheberkartellrecht, Diss., Zürich 2004, S. 14 f.; DONATELLA FIALA, Das Verhältnis zwischen Immaterialgüter- und Kartellrecht, Diss., Bern 2006, S. 13 ff. und 131 f. 124 Vgl. RAUBER (FN 121), S. 187; CARCAGNI/TREIS/DURRER/HANSELMANN (FN 123), Art. 3 N 14. 125 Vgl. HILTY (FN 119), Art. 3 Abs. 2 N 22 f.; CARCAGNI/TREIS/DURRER/HANSELMANN (FN 123), Art. 3 N 15 f.; HEINEMANN (FN 119), S. 55 ff.; STRINIMANN, S. 41 ff. 126 EVALUATIONSGRUPPE KARTELLGESETZ, Studien zu Einzelbestimmungen (Art. 3 Abs. 2 KG: Einfuhrbeschränkungen, geistiges Eigentum; Art. 5 Abs. 4 KG: vertikale Vereinbarungen), Projektbericht P2 der KG-Evaluation gemäss Art. 59a KG, Bern, 2008. 127 Vgl. EVALUATIONSGRUPPE KARTELLGESETZ (FN 126), Rz. 13 ff. (15) und 39 ff. Vgl. auch HEINEMANN (FN 119), S. 57 sowie grundlegend DOJ/FTC, Antitrust Guidelines for the Licencing of Intellectual Property, 6. April 1995 (www.usdoj.gov/atr/public/guidelines/0558.htm; 29.11.2010), mit welchen im US-amerikanischen Antitrust-Recht Immaterialgüterrechte im wesentlichen den Rechten

aus Sacheigentum gleichgestellt wurden, so dass m.a.W. keine Sonderbehandlung des geistigen Eigentums vorgesehen ist. 128 Vgl. zur objektiv-geltungszeitlichen und zur objektiv-teleologischen Auslegungsmethode ERNST A. KRAMER, Juristische Methodenlehre, Bern 1998, S. 101 ff. und 110 ff. KRAMER hält fest, dass ein Gesetz im Streitfall grundsätzlich so zu interpretieren ist, dass es seine Funktion der Bewältigung gegenwärtiger Konfliktslagen am adäquatesten gerecht wird. Dies impliziert eine Interpretation nach dem aktuellen Wertungshorizont (S. 101 f.). 129 Vgl. CARCAGNI/TREIS/DURRER/HANSELMANN (FN 123), Art. 3 N 16; STIRNIMANN (FN 123), 47 FF. spricht von einer teleologischen Reduktion auf Gewährleistung charakteristischer Aspekte der Immaterialgüterrechte (konkret des Urheberrechts).

32/2009/03386/COO.2101.111.5.127333

E. 29

112. Die geltungszeitliche Interpretation hat zur Folge, dass der vorliegende Sachverhalt materiell auf seine kartellrechtliche Zulässigkeit überprüft werden kann, ohne dass über den geltend gemachten Urheberrechtsschutz endgültig entschieden werden müsste. Die immaterialgüterrechtlichen Aspekte sind im Rahmen der materiellen Prüfung angemessen zu berücksichtigen. B.2.4 Kein Vorbehalt bei traditioneller Interpretation 113. Selbst wenn entgegen den obigen Ausführungen Art. 3 Abs. 2 KG als Anwendungsvorbehalt betrachtet würde, könnte der vorliegende Sachverhalt aus folgenden Gründen kartellrechtlich überprüft werden: B.2.4.1 Urheberrechtsschutz von Schnittstelleninformationen 114. Im Schlussbericht der Vorabklärung¹³⁰ hat das Sekretariat ausgeführt, dass die Terminalhersteller nicht eine Zwangslizenz an der von Card Solutions entwickelten DCC-fähigen Terminalsoftware und schon gar nicht an der DCC-Software selbst verlangt haben, sondern es einzig um die Offenlegung der Schnittstelleninformationen geht, welche den anderen Terminalherstellern die Anpassung der eigenen Terminalsoftware erlaubt, um die Interoperabilität mit DCC-Software von Card Solutions sicherzustellen. 115. Dabei hat das Sekretariat die Auffassung vertreten, dass es sich bei Schnittstelleninformationen nicht um Computerprogramme im Sinne von Art. 2 Abs. 3 URG¹³¹ handle und sie daher vom Schutzzumfang des entsprechenden allenfalls urheberrechtlich geschützten Computerprogramms ausgenommen seien. Dies ergebe sich aus Art. 21 Abs. 1 URG, welcher selbst die ansonsten unzulässige Entschlüsselung des Programmcodes zur Gewinnung von Schnittstelleninformationen erlaubt.¹³² Art. 21 URG stelle damit eine im Immaterialgüterrecht selbst enthaltene Schrankenbestimmung dar, welche verhindern solle, „dass der Inhaber der Urheberrechte an einem Computerprogramm über die Beherrschung der Schnittstellen den Markt für interoperable Drittsoftware einschränken kann.“¹³³ 116. Diese Argumentation wurde durch Multipay/Card Solutions bestritten. Sie führen unter Hinweis auf die urheberrechtliche Literatur aus, dass Schnittstellen Programmteile darstellen würden, die ihrerseits selbständig als Werk geschützt sein könnten und daher nicht vom Schutzzumfang des URG ausgenommen seien.¹³⁴ Zudem haben Multipay/Card Solutions vorgebracht, dass die in Art. 21 URG und Art. 17 Abs. 3 URV¹³⁵ geregelte Dekompilierung von Schnittstellen zwar eine Schranke des Urheberrechts darstelle, aber nur unter sehr eng umschriebenen Voraussetzungen zulässig sei. B.2.4.1.1 Urheberrechtsschutz von Schnittstellen 117. Zunächst ist festzuhalten, dass in der urheberrechtlichen Literatur umstritten ist, ob Schnittstellen und Schnittstellencodes urheberrechtlich geschützt sind. Diverse Autoren vertreten die Auffassung, dass den in den Algorithmen des Computerprogramms enthaltenen

130 Act. no 54, Rz. 43 ff. 131 Bundesgesetz vom 9. Oktober 1992 über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte (Urheberrechtsgesetz, URG; SR 231.1). 132 Vgl. die entsprechende Argumentation im Fall Microsoft durch die EU-Kommission [C-3/37.792], Rz. 568–572 und Rz. 743–747. 133 RAUBER (FN 121), S. 189. 134 Vgl. act. no 103, S. 45 unter Hinweis auf MÜLLER/OERTLI, URG-Kommentar, Bern 2006, Art. 21 N 22. 135 Verordnung vom 26. April 1993 über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte (Urheberrechtsverordnung, URV; SR 231.11).

32/2009/03386/COO.2101.111.5.127333

E. 30

Schnittstellen und Schnittstellencodes kein urheberrechtlicher Schutz zukommt, weil sie nicht die „erforderlichen Voraussetzungen an Individualität und Originalität erfüllen und in ihrer Zweckbestimmung zu weit die Form vorgeben“¹³⁶ 118. Aus den eng umschriebenen Voraussetzungen in der von Multipay/Card Solutions angerufenen Schrankenbestimmung zur Dekompilierung lässt sich zudem nicht schliessen, Schnittstellen seien urheberrechtlich geschützt, da der Akt der Dekompilierung eine Vervielfältigung, Änderung und Bearbeitung des über die Schnittstellen hinausgehenden und urheberrechtlich geschützten Programmcodes notwendig macht.¹³⁷ Die Parteien bringen in ihrer Stellungnahme erneut vor, eine gesetzliche Regelung der Dekompilierung wäre überflüssig, wenn es sich bei den Schnittstellen um gemeinfreie Teile handeln würde, welche von jedermann ohne Autorisierung beliebig verwendet werden dürften. Sie übersehen dabei, dass sich die Notwendigkeit der gesetzlichen Regelung der Dekompilierung nicht aus dem Schutz der Schnittstellen ergibt sondern aus dem Schutz des Programmcodes, in den bei der Dekompilierung eingegriffen werden muss. 119. Es lässt sich daher daraus ableiten, dass bereits die Schnittstellen selbst urheberrechtlich nicht geschützt sind und deshalb kein Vorbehalt gemäss Art. 3 Abs. 2 KG vorliegt. B.2.4.1.2 Urheberrechtsschutz von Schnittstelleninformationen 120. Auch wenn die Schnittstellen selber urheberrechtlich geschützt wären, geht es im vorliegenden Fall um den Urheberrechtsschutz der Schnittstelleninformationen. Wurde doch von Jeronimo die Herausgabe dieser Informationen angebeht und nicht etwa die Schnittstellen selber gefordert (vgl. hierzu Rz. 317 ff.). 121. Schutzobjekt des Urheberrechts ist nicht die Idee, sondern nur die sinnlich greifbare Objektivierung des geistigen Inhalts eines Werks.¹³⁸ Durch das Urheberrecht schutzfähig als Teil eines Computerprogrammes kann demnach höchstens die konkrete Form der Schnittstellen, d.h. das Resultat der Implementierung der Schnittstelleninformationen als Teil des Computercodes (Quell- oder Objektcode), sein. Bei den insbesondere von Jeronimo geforderten Informationen handelt es sich im Gegensatz dazu jedoch um die den Schnittstellen zugrundeliegenden Ideen und Grundsätze¹³⁹ zur Schaffung der eigenen Schnittstellensequenzen in der eigenen Terminalsoftware. 122. Es ist daher davon auszugehen, dass die für den vorliegenden Fall relevanten Schnittstelleninformationen urheberrechtlich gar nicht schutzfähig sind. Aber selbst wenn entgegen den grundlegenden Prinzipien des URG die Schnittstelleninformationen urheberrechtlich schutzfähig wären, ginge der vorliegende Sachverhalt – wie nachfolgend erläutert wird – über den vom URG gewährten Inhalt des Urheberrechts hinaus.

136 Vgl. STIRNIMANN (FN 123), S. 137 F. mit umfassenden Hinweisen auf die urheberrechtliche Lehre und Rechtsprechung in FN 480, vgl. auch S. 257. 137 Vgl. OLIVER STAFFELBACH, Die Dekompilierung von Computerprogrammen gemäss Art. 21 URG, Diss., Bern 2003, S. 87 ff.; EMIL F. NEFF/MATTHIAS ARN, Urheberrecht im

EDV-Bereich, Urheberrechtlicher Schutz der Software, in: Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, Bd. II/2 (SIWR II/2), Roland von Büren/Lucas David (Hrsg.), S. 301. 138 Vgl. STAFFELBACH (FN 107), S. 61 ff. 139 Vgl. Art. 1 Abs. 2 der Richtlinie 2009/24/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. April 2009 über den Rechtsschutz von Computerprogrammen (Abl. L 111/16): „Der gemäß dieser Richtlinie gewährte Schutz gilt für alle Ausdrucksformen von Computerprogrammen. Ideen und Grundsätze, die irgendeinem Element eines Computerprogramms zugrunde liegen, einschließlich der den Schnittstellen zugrunde liegenden Ideen und Grundsätze, sind nicht im Sinne dieser Richtlinie urheberrechtlich geschützt.“ (Hervorhebung hinzugefügt).

32/2009/03386/COO.2101.111.5.127333

E. 31

B.2.4.1.3 Inhalt des Urheberrechts 123. Art. 21 Abs. 2 URG lässt die Dekompilierung von Computerprogrammen zu, um die Herstellung von Interoperabilität (Kompatibilität) von Programmen zu ermöglichen. In der urheberrechtlichen Literatur wird der Grund für diese Schrankenbestimmung des URG wie folgt umschrieben: „Der Hauptgrund für die Statuierung einer Dekompilierungsbefugnis des Programmbenutzers liegt darin, nicht von bestimmten Entwicklern und deren Programmen bzw. Hardwareteilen abhängig zu sein, nur weil einem der Zugang zu den entscheidenden Schnittstelleninformationen anderer Produkte verwehrt würde. Da dies zu einer wettbewerbsfeindlichen, monopolistischen Stellung einzelner Anbieter führen würde, der freie Wettbewerb aber durch eine Vielfalt von untereinander kompatiblen Programmen gefördert werden soll, muss die Interoperabilität zwischen den verschiedenen Softwareprodukten zwingend gewährleistet sein. Ziel der Dekompilierung ist letztlich die Ermöglichung des Wettbewerbs im Bereich der Soft- und Hardwareanbieter. Jeder Konsument soll sich sein Computersystem baukastenmässig zusammenstellen können, ohne aufgrund mangelnder Interoperabilität gewisser Produkte in seiner Entscheidungsfreiheit eingeschränkt zu sein. Erlaubt ist deshalb insbesondere auch die Verwendung der durch eine Code-Entschlüsselung aufgedeckten Schnittstelleninformationen zur Entwicklung eines Konkurrenzproduktes, welches das analysierte Programm substituieren soll.“¹⁴⁰ Ausgeschlossen aufgrund des urheberrechtlichen Vervielfältigungsverbots wäre – sofern davon ausgegangen würde, dass Schnittstellen schutzfähig sind – höchstens eine unveränderte Übernahme von Schnittstellensequenzen des entschlüsselten Objektcodes.¹⁴¹ 124. Die Schrankenbestimmung des Art. 21 Abs. 2 URG ist ein exemplarisches Beispiel dafür, dass die Zielsetzungen von Immaterialgüter- und Kartellrecht nicht im Konflikt zueinander stehen, sondern letztlich dieselben Ziele verfolgen. Sie macht auch deutlich, dass keine Verletzung des Urheberrechts vorliegt, wenn Schnittstelleninformationen dazu verwendet werden, kompatible Programme herzustellen. Das Urheberrecht bezweckt Imitationsschutz und nicht Informationsschutz. Im vorliegenden Fall geht es nicht darum, dass andere Terminalhersteller (namentlich Jeronimo) die DCC-Lösung von Multipay/Card Solutions kopieren möchten, sondern es geht darum, durch eine eigenständige Implementierung der Schnittstelleninformationen im Programmcode die Interoperabilität der eigenen Terminalsoftware mit der bei Multipay eingesetzten DCC-Software von Card Solutions herzustellen. Das Urheberrecht gewährt nun nach dem Gesagten keinen Schutz vor der Herstellung von Interoperabilität. Multipay/Card Solutions verfügen demnach über keine urheberrechtlich geschützte Position, welche der Herstellung von Interoperabilität und einer kartellrechtlichen Pflicht zur Herausgabe der Schnittstelleninformationen entgegen steht.

125. Die Parteien bringen in ihrer Stellungnahme zum Antrag des Sekretariates zur Frage des Inhalts des Urheberrechts vor, aus der Schrankenbestimmung von Art. 21 Abs. 2 URG lasse sich keine Pflicht zur Bekanntgabe von Schnittstelleninformationen ableiten. Vielmehr ergebe sich daraus ein Recht des Entwicklers des Zweitprogramms, sich die Informationen selbst zu beschaffen. Dies sei ein wesentlicher Unterschied, der im Antrag mit keinem Wort erwähnt werde. 126. In den obigen Ausführungen wird nicht behauptet, aus Art. 21 Abs. 2 URG ergebe sich eine Pflicht zur Bekanntgabe von Schnittstelleninformationen. Es wird vielmehr im Rahmen der Prüfung eines Vorbehaltes gemäss Art. 3 Abs. 2 KG dargelegt, dass der Inhalt des Urheberrechts einer kartellrechtlichen Pflicht zur Bekanntgabe von Schnittstelleninformationen nicht entgegensteht.

140 NEFF/ ARN (FN 137), S. 305 (Hervorhebungen teilweise hinzugefügt). 141 Vgl. NEFF/ARN (FN 137), S. 305.

32/2009/03386/COO.2101.111.5.127333

E. 32

B.2.4.2 Wettbewerbswirkungen 127. Selbst wenn entgegen den vorgenommenen Darlegungen davon ausgegangen würde, dass im vorliegenden Fall durch die Herstellung der Interoperabilität urheberrechtlich geschützte Rechtspositionen tangiert wären, so ergeben sich die Wettbewerbswirkungen – d.h. die Behinderung der Terminalanbieter, die mit Card Solutions im Wettbewerb stehen (vgl. hierzu unten Rz. 296 ff.) – nicht ausschliesslich aus der allenfalls legitimen Ausübung des Urheberrechts, sondern vor allem aus der marktbeherrschenden Stellung der Multipay sowie der Zugehörigkeit von Multipay und Card Solutions zum gleichen Konzern. 128. Überdies wird die Wirkung der Verweigerung der Offenlegung der Schnittstelleninformationen durch die speziellen Merkmale von Computerprogrammen geprägt. Die hinter dem Computerprogramm stehenden Ideen und Informationen sind im Gegensatz zu den meisten Werken der Literatur und Kunst durch den Nutzer nicht direkt wahrnehmbar. Ihre Zweckbestimmung liegt nicht in der sinnlichen Wahrnehmung durch Menschen, sondern in der Benutzung in einer Maschine. Einem Computerprogramm in Form des Objektcodes kommt kein unmittelbar erkennbarer Informationsgehalt zu. Eine Rückübersetzung eines geschützten Objektcodes in den zumindest für den Fachmann verständlichen Quellcode ist aber nur durch eine aufwändige Dekompilierung möglich. Die faktischen Gegebenheiten bei Computerprogrammen führen daher dazu, dass sich der Zugang zu den in diesen enthaltenen (nicht urheberrechtlich geschützten) Ideen und Grundsätze deutlich schwieriger gestaltet als bei anderen Werkkategorien.¹⁴² 129. Zum Schluss kann noch darauf hingewiesen werden, dass auch Multipay/Card Solutions selbst nicht davon ausgehen, dass eine kartellrechtliche Überprüfung des Sachverhaltes ausgeschlossen ist. In ihren bisherigen Stellungnahmen¹⁴³ wird nämlich argumentiert, dass die Voraussetzungen für eine Zwangslizenz im Falle von Marktbeherrschung nicht erfüllt seien. Dabei handelt es sich um eine materiellrechtliche Frage, welche nur zur Prüfung kommen kann, wenn das Kartellgesetz für anwendbar erachtet wird. Diese Position wird in der Stellungnahme zum Antrag des Sekretariates nochmals ausdrücklich bestätigt. 130. Zusammenfassend kann deshalb festgehalten werden, dass auch nach traditioneller (restriktiver) Interpretation kein Vorbehalt im Sinne von Art. 3 Abs. 2 KG gegeben ist. B.2.5 Ergebnis 131. Es bestehen keine Vorbehalte gemäss Art. 3 Abs. 1 oder Abs. 2 KG, welche einer kartellrechtlichen Überprüfung des Sachverhaltes entgegenstehen. Bei der materiellen Prüfung sind die immaterialgüterrechtlichen Aspekte

des Falles angemessen zu berücksichtigen. B.3 Unzulässige Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen 132. Marktbeherrschende Unternehmen verhalten sich unzulässig, wenn sie durch den Missbrauch ihrer Stellung auf dem Markt andere Unternehmen in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindern oder die Marktgegenseite benachteiligen (Art. 7 Abs. 1 KG).

142 Vgl. STAFFELBACH (FN 107), S. 63 f.; NEFF/ARN (FN 137), S. 299; STIRNIMANN (FN 123), S. 138, welcher ausführt, die Dekompilation von Schnittstelleninformationen lasse sich regelmässig nur unter prohibitivem Aufwand herstellen oder sei mit vielerlei Komplikationen verbunden. Vgl. auch die Ausführungen der EU-Kommission zum Reverse-engineering im Fall Microsoft (COMP/C-3/37.792), Rz. 683 ff., in welchen darauf hingewiesen wird, dass die Interoperabilität von Lösungen, welche mit Reverse-engineering erlangt werden, ein instabiles Geschäftsmodell darstellen, da die Interoperabilität durch ein einfaches (und legitimes) Upgrade wieder durchbrochen werden kann. 143 Vgl. act. no 103, S. 46 f.; act. no 12.

32/2009/03386/COO.2101.111.5.127333

E. 33

B.3.1 Überprüfung von Vergangenheitssachverhalten 133. Im vorliegenden Fall wurde die mutmassliche Wettbewerbsbeschränkung mit Unterzeichnung der Geheimhaltungsvereinbarung zwischen Jeronimo und Card Solutions am 22. und 25. Januar 2007 und der damit verbundenen Offenlegung der Schnittstelleninformationen für die DCC-Funktion an Jeronimo aufgegeben. Dies bedeutet, dass in der vorliegenden Untersuchung über die kartellrechtliche Zulässigkeit eines abgeschlossenen Sachverhaltes zu befinden ist. Anlässlich der am 1. April 2004 in Kraft getretenen Revision des Kartellgesetzes wurde mit einer Änderung des Wortlauts von Art. 27 Abs. 1 KG klargestellt, dass eine Untersuchung auch dann eröffnet bzw. weitergeführt werden muss, wenn das betroffene Unternehmen das mutmasslich kartellrechtswidrige Verhalten vor oder während des Verfahrens aufgegeben hat. Dies gilt namentlich bei den direkt sanktionierbaren Tatbeständen, da die Aufgabe des Verhaltens nicht zum Ausschluss direkter Sanktionen führt.¹⁴⁴ 134. Die marktbeherrschende Stellung muss mindestens während der Dauer des missbräuchlichen Verhaltens gegeben sein, d.h. bis Ende 2006 (der Missbrauch und seine zeitliche Dauer werden in den Rz. 296 ff. untersucht und festgestellt, so dass an dieser Stelle und auch im Folgenden der Begriff des „missbräuchlichen Verhaltens“ verwendet wird, obwohl er erst später im Entscheid dargestellt wird). Nachfolgend wird aufgezeigt, dass diese Voraussetzung erfüllt ist, da bis heute eine marktbeherrschende Stellung vorliegt. B.3.2 Marktbeherrschende Stellung 135. Als marktbeherrschende Unternehmen gelten einzelne oder mehrere Unternehmen, die auf einem Markt als Anbieter oder Nachfrager in der Lage sind, sich von anderen Marktteilnehmern (Mitbewerbern, Anbietern oder Nachfragern) in wesentlichem Umfang unabhängig zu verhalten (Art. 4 Abs. 2 KG). 136. Bei der Feststellung einer marktbeherrschenden Stellung eines Unternehmens ist somit nicht allein auf Marktstrukturdaten abzustellen, sondern es sind ebenfalls die konkreten Abhängigkeitsverhältnisse zu prüfen.¹⁴⁵ Zu unterscheiden ist somit die Marktbeherrschung im engeren Sinne („klassische Marktbeherrschung“) von der wirtschaftlichen Abhängigkeit einzelner Marktteilnehmer von anderen Marktteilnehmern.¹⁴⁶ Ob solche wirtschaftlichen Abhängigkeiten vorliegen, ist nur zu prüfen, wenn nicht bereits „klassische Marktbeherrschung“ vorliegt. B.3.2.1 Relevante Märkte 137. Um

festzustellen, ob sich Multipay und/oder Card Solutions tatsächlich in wesentlichem Umfang unabhängig von anderen Marktteilnehmern verhalten können, ist vorab der relevante Markt in sachlicher und räumlicher Hinsicht abzugrenzen. 138. Es gilt in diesem Zusammenhang die Struktur des Falles zu berücksichtigen. Multipay wird vorgeworfen, ihre marktbeherrschende Stellung auf dem Acquiring-Markt auszunutzen, um auf dem benachbarten Terminalmarkt die Konkurrenten ihrer Schwestergesellschaft zu

144 BGE 2A.59/2005 vom 22.8.2005, E. 3.2 und 3.3, publiziert in: RPW 2005/3, S. 580 ff. (581 f.); Botschaft über die Änderung des Kartellgesetzes vom 7. November 2001, BBl 2001 2022 (im folgenden BOTSCHAFT 03), S. 2044 f. und 2047; vgl. auch BORER (FN 115), Art. 27 N 3; STEFAN BILGER, Das Verwaltungsverfahren zur Untersuchung von Wettbewerbsbeschränkungen, 2002, S. 174 und 377 f.; PATRICK KRAUSKOPF/OLIVIER SCHALLER/SIMON BANGERTER, Verhandlungs- und Verfahrensführung vor den Wettbewerbsbehörden, in: Handbücher für die Anwaltspraxis, Band IX, Schweizerisches und europäisches Wettbewerbsrecht, Geiser/Krauskopf/Münch (Hrsg.), 2005, Rz. 12.46 und 12.85; PATRIK DUCREY (FN 105), Rz. 1725. 145 BOTSCHAFT 03 (FN 144), S. 2045. 146 Vgl. RPW 2005/1, S. 146 ff., Rz. 92 ff.

32/2009/03386/COO.2101.111.5.127333

E. 34

benachteiligen.¹⁴⁷ Multipay macht ihrerseits geltend, massgeblich sei der Markt für Umrechnungsdienstleistungen.¹⁴⁸ Dementsprechend wird nachfolgend auf die Abgrenzung dieser drei Märkte eingegangen. B.3.2.1.1 Acquiring Markt B.3.2.1.1.1 Sachlich relevanter Markt 139. Der sachliche Markt umfasst alle Waren oder Leistungen, die von der Marktgegenseite hinsichtlich ihrer Eigenschaften und ihres vorgesehenen Verwendungszwecks als substituierbar angesehen werden (Art. 11 Abs. 3 lit. a VKU¹⁴⁹, der hier analog anzuwenden ist). 140. Die Multipay ist unter anderem im Acquiring der Kreditkarten Visa und MasterCard sowie der Debitkarte Maestro tätig (vgl. oben Rz. 5). Acquirer sind Unternehmen, welche Händler und Dienstleistungsanbieter für die Akzeptanz der Karten anwerben und mit ihnen entsprechende Akzeptanzverträge abschliessen. Demgegenüber werden die Karten durch die sog. Issuer herausgegeben. Bei Visa, MasterCard sowie Maestro handelt es sich um 4-Parteien-Systeme:¹⁵⁰ Abbildung 5: Typisches 4-Parteien-Zahlkartensystem¹⁵¹ Issuer Interchange Fee Händler Karteninhaber Händler-kommission Acquirer Vergütung des Kaufpreises Vergütung des Kaufpreises Zahlung des Kaufpreises Lieferung von Waren oder Dienstleistungen Kartengebühr Lizenzgeber Lizenzgebühr Lizenzgebühr

141. Issuer und Acquirer erbringen unterschiedliche Dienstleistungen an verschiedene Marktgegenseiten (Karteninhaber bzw. Händler), weshalb es der ständigen Praxis der Wettbewerbsbehörden entspricht, unterschiedliche Märkte für Issuing und Acquiring abzugrenzen

147 Vgl. die Marktabgrenzung in der Anzeige Jeronimo (act. no 1), Rz. 29–37. 148 Vgl. die Marktabgrenzung in der Stellungnahme Multipay (act. no 128), Rz. 26–32, 45–49, 76. 149 Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen vom 17. Juni 1996 (VKU; SR 251.49). 150 Bei den 3-Parteien-Systemen wird Issuing und Acquiring durch dasselbe Unternehmen vorgenommen, vgl. RPW 2006/1, S. 70, Rz. 20 sowie unten Rz. 146. 151 Beim Debitkartensystem Maestro ist keine Interchange Fee vorhanden, vgl. RPW 2006/4, S. 601 ff.

32/2009/03386/COO.2101.111.5.127333

E. 35

zen.¹⁵² Auch in der Praxis der EU-Kommission wird zwischen Issuing und Acquiring unterschieden.¹⁵³ 142. Im vorliegenden Fall ist nur das Acquiring relevant, weshalb auf das Issuing nicht mehr eingegangen wird und nachfolgend nur die Acquiring-Märkte untersucht werden. B.3.2.1.1.1.1 Kreditkarten-Acquiring a. Praxis der Wettbewerbsbehörden 143. Der Acquiring Markt wurde bereits in verschiedenen kartellrechtlichen Verfahren analysiert. Im Entscheid „Kreditkarten-Akzeptanzgeschäft“[■] wurde im Jahr 2003 die von Kreditkarten-Acquirer angebotene Dienstleistung als „Zugang zum Kreditkartenzahlungsverkehr“ definiert. Als Marktgegenseite wurden die Händler und Dienstleistungsanbieter (nachfolgend im Begriff „Händler“[■] zusammengefasst) identifiziert, welche den Zugang zum Kreditkartenzahlungssystem nachfragen und ihrerseits in der Schweiz Waren oder Dienstleistungen anbieten. Dieser Entscheid enthält eine ausführliche Analyse, weshalb der Zugang zum Kreditkartenzahlungsverkehr nicht durch den Zugang zu anderen Zahlungsverkehrssystemen (Bargeld, Post- und Bankgiroverkehr, Debitkarte, Prepaid-Karten, Check, Kundenkarten) substituiert werden kann. Die Weko gelangte zum Ergebnis, dass sich die Anschlüsse an verschiedene Zahlungsverkehrssysteme aus Sicht des Händlers ergänzen, da mit dem Anschluss an ein bestimmtes bargeldloses Zahlungssystem immer nur ein Kundensegment erreicht werden kann. Es entspreche der Absicht des Händlers, möglichst viele Segmente zu erreichen, damit der Kunde in der Wahl seines Zahlungsmittels frei ist.¹⁵⁴ 144. Im Rahmen der Beschwerde gegen den vorgenannten Entscheid hat sich im Jahr 2005 die damalige REKO/WEF detailliert und unter Konsultation zahlreicher Publikationen mit der Marktabgrenzung der Weko auseinandergesetzt. Die REKO/WEF hat den Grundsatz bestätigt, dass sich der Zugang zum Kreditkartensystem durch den Zugang zu anderen Zahlungsverkehrssystemen nicht vollständig substituieren lässt. Sie hat ergänzend darauf hingewiesen, dass Debit- und Wertkarten durch die Banken und die Post primär dazu lanciert wurden, die mit dem Bargeld verbundenen Aufwendungen zu reduzieren. Demgegenüber stehe bei den Anbietern von Kreditkarten die Erzielung von Gewinnen im Vordergrund. Die REKO/WEF ist sogar noch weiter gegangen und hat im Bereich der Kreditkarten eine engere Marktabgrenzung vorgenommen als die Weko. Sie hat den „Zugang zu den jeweiligen Netzwerken der verschiedenen Kreditkartentypen“[■] als sachlich relevanten Markt abgegrenzt, da diese zwar für den Endkonsumenten im Wettbewerb stehen würden, auf Stufe der Händler jedoch von der Komplementarität der einzelnen Kreditkartenmarken auszugehen sei, solange nicht die Mehrheit der Kunden über alle Kreditkarten verfügen würden. Demnach seien jeweils eigene Märkte für das Acquiring von VISA, Mastercard, American Express (Amex) und Diners Club (Diners) zu unterscheiden.¹⁵⁵ 145. In der Untersuchung „Kreditkarten/Interchange Fee“[■] setzte sich die Weko im Jahr 2005 erneut mit dem Acquiring Markt auseinander. Zur Abklärung der Substitutionsbeziehungen zwischen den verschiedenen Zahlungsmitteln wurde eine schriftliche Händlerbefragung

152 Vgl. RPW 2006/1, S. 85 ff., Rz. 162 ff.; RPW 2006/4, S. 609 ff., Rz. 68 ff. und S. 617 ff., Rz. 142; RPW 2009/2, S. 137 ff., Rz. 133 ff. 153 Vgl. ausführlich der Entscheid der EU-Kommission vom 19. Dezember 2007 i.S. MasterCard (COMP/34.579), S. 77 ff. (insbes. Rz. 282); Entscheid der EU-Kommission vom 24. Juli 2002 i.S. Visa (COMP/29.373), Rz. 43 und 65 f.; Entscheid der EU-Kommission vom 3. Oktober 2007 i.S. Morgan Stanley/Visa International and Visa Europe (COMP/37.860), S. 14 ff., Rz. 39 ff. (Unternehmenszusammenschluss). 154 Vgl. RPW 2003/1, S. 118 ff., Rz. 71 ff., insbes. S. 131 f., Rz. 143 ff. 155 Vgl. RPW 2005/3, S. 560 ff. E. 7.4–7.7.

E. 36

durchgeführt. Die Befragung bestätigte die Auffassung, dass aus Sicht der Händler die anderen Zahlungsmittel (z.B. Debitkarte, Rechnung, Wertkarte, Check, Kundenkarte) keine genügend nahen Substitute zu Kreditkarten darstellen, um in den sachlich relevanten Markt einbezogen zu werden.¹⁵⁶ 146. Weiter wurde in dieser Entscheidung zwischen den 4-Parteien-Systemen von Visa und MasterCard und den 3-Parteien-Systemen von American Express, Diners Club und JCB unterschieden. Die 3-Parteien-Systeme unterscheiden sich strukturell von den 4-Parteien-Systemen, indem das Issuing und das Acquiring durch dasselbe Unternehmen getätigt wird. In der Untersuchung wurde festgehalten, dass sich die 3-Parteien-Systeme wesentlich von den 4-Parteien-Systemen unterscheiden, da sie weit höhere Händlerkommissionen verlangen, eine geringere Verbreitung bei den Karteninhabern und eine geringere Akzeptanz bei den Händlern vorweisen. Deshalb wurden die 3-Parteien-Systeme als Nischenprodukte qualifiziert, welche keine Substitute zu den 4-Parteien-Systemen Visa und MasterCard darstellen.¹⁵⁷ 147. Bezüglich der Marktabgrenzung zwischen Visa und MasterCard hat die Weko die Frage offen gelassen, ob im Sinne der Rechtsprechung REKO/WEF zwei unterschiedliche Märkte für die beiden Kreditkartenmarken abzugrenzen sind. Die Weko begründete dies damit, dass sämtliche Issuer und Acquirer in der Schweiz gleichzeitig sowohl Visa als auch MasterCard anbieten würden (sog. „Dual Branding“). Zudem bestehe kein Systemwettbewerb zwischen den beiden Marken. Dabei wies die Weko auf den Umstand hin, dass die Händler in der Regel für Visa und MasterCard dieselbe Kommission bezahlen (sog. „Blended Rates“).¹⁵⁸ 148. Die Praxis der schweizerischen Wettbewerbsbehörden ist konkreter als die Praxis der EU-Kommission, ohne dieser allerdings zu widersprechen. Der MasterCard-Entscheid der EU-Kommission aus dem Jahr 2007 hält fest, dass das Acquiring von Zahlkarten nicht durch Dienstleistungen im Bereich Bargeld, Check, Bankgiro oder Lastschriftverfahren substituiert werden kann. Die Frage ob zwischen Debit- und Kreditkartenacquiring zu unterscheiden ist und ob bezüglich MasterCard ein eigener Markt abzugrenzen ist, wird offen gelassen.¹⁵⁹ b. Fortführung der Praxis im vorliegenden Fall 149. Es gibt im vorliegenden Fall keinen Anlass, von der bisherigen Praxis der Wettbewerbsbehörden abzuweichen. Die Gründe, welche zur Herausbildung der bisherigen Praxis geführt haben, sind nach wie vor aktuell. Dies wird durch die nachfolgenden Ausführungen unterstrichen:

156 Vgl. RPW 2006/1, S. 86 ff., Rz. 168 ff. 157 Vgl. RPW 2006/1, S. 102 f., Rz. 302 ff.

158 Vgl. RPW 2006/1, S. 90, Rz. 190 ff. und S. 103 f., Rz. 310 ff. 159 Vgl. Entscheid der EU-Kommission vom 19. Dezember 2007 i.S. MasterCard (COMP/34.579), S. 77 ff.

(insbes. Rz. 307). Vgl. zur Marktabgrenzung in der EU auch der Entscheid der EU-Kommission vom 3. Oktober 2008 i.S. American Express/Fortis/Alpha Card (COMP/M.5241), Rz. 28 ff. (Unternehmenszusammenschluss): ■ In a similar vein in the previous case practice it has been indicated that the merchant acquiring market may further be subdivided according to the type of scheme organisation (international / domestic), customer type (consumer/commercial), type of card (debit/credit) or according to the brand (American Express Personal Green Card/Personal Gold Card/Personal Platinum Card/Corporate Card/Visa/Visa electron/V pay/MasterCard/Maestro etc.). ■ Im konkreten Fall konnte die Frage nach einer engeren Marktabgrenzung offen gelassen werden.

E. 37

aa) Abgrenzung von anderen Zahlungsmitteln 150. Die aktuelle Studie „Erfolgsfaktor Payment – Der Einfluss der Zahlungsverfahren auf Ihren Umsatz“¹⁶⁰ bestätigt für den Bereich des Onlinehandels die Auffassung, dass die unterschiedlichen Zahlungsmittel keine Substitute darstellen, sondern komplementär sind. Nur durch die kombinierte Annahme mehrerer Zahlungsverfahren (Vorkasse, Rechnung, Kreditkarte, E-Payment) können die Onlinehändler die Kaufabbruchquote reduzieren, wie folgende Abbildung aus der Studie aufzeigt: Abbildung 6: Abbruchquoten im Onlinehandel in Abhängigkeit der Zahlungsverfahren

151. Debitkarten werden in der Studie nicht erwähnt, da sie in Deutschland – wie auch in der Schweiz – derzeit noch nicht für Online-Zahlungen eingesetzt werden können. Auf die Unterscheidung zwischen Debit- und Kreditkarte wird unten bei der Abgrenzung des Debitkarten-Acquiring vertieft eingegangen (vgl. unten Rz. 157 ff. insbesondere 163 ff.). bb) Abgrenzung zwischen 3- und 4-Parteien-Systemen 152. Aufgrund der Rechtsprechung der REKO/WEF ist vom Grundsatz auszugehen, dass kein einheitlicher Markt für das Kreditkartenacquiring abzugrenzen ist, sondern dass die einzelnen Kreditkartennetzwerke für die Händler keine Substitute darstellen und damit separate sachlich relevante Märkte bilden. 153. Dies lässt sich daraus ersehen, dass zahlreiche Händler trotz höherer Kommissionen und geringerer Verbreitung die Karten der 3-Parteien-Systeme Amex und Diners akzeptieren:

160 ibi research an der Universität Regensburg (Thomas Krabichler, Georg Wittmann, Dr. Ernst Stahl, Markus Breitschaft), 2008, Studienergebnisse auf der Homepage der Card Solutions (www.six-card-solutions.com/EN/Downloadcenter/gut_zu_wissen_Erfolgsfaktor_Payment.pdf; 29.11.2010).

32/2009/03386/COO.2101.111.5.127333

E. 38

Tabelle 1: Marktanteile Kreditkartennetzwerke
Kreditkartennetzwerk Akzeptanzstellen
Karteninhaber Marktanteil Karteninhaber
Visa¹⁶¹ über 100⁰⁰⁰ 1.7 Mio. 40%
MasterCard über 100⁰⁰⁰ 2.3 Mio. 54%
Amex über 70⁰⁰⁰ 162 200⁰⁰⁰ 163 5%
Diners über 65⁰⁰⁰ 164 40⁰⁰⁰ 165 1%

154. Wären die unterschiedlichen Kartennetzwerke Substitute, so würden die Händler diese Karten durch die günstigeren Visa und MasterCard-Kreditkarten ersetzen. Die Zahlen zeigen zudem auf, dass die Marktsituation der 3-Parteien-Systeme seit der Untersuchung „Kreditkarten Interchange Fees“ kaum verändert hat¹⁶⁶, so dass sie nach wie vor als Nischenprodukte betrachtet werden können, welche aus Händlersicht keine Substitute zu Visa und MasterCard darstellen (vgl. oben Rz. 146). cc) Abgrenzung eines gemeinsamen Marktes für Visa und MasterCard 155. Eine Abweichung vom Grundsatz, dass einzelne Kreditkartennetzwerke eigene sachlich relevante Märkte darstellen, bilden die beiden Kreditkartennetzwerke von Visa und MasterCard. Wie bereits im Entscheid „Kreditkarten/Interchange Fee“ festgehalten wurde, kann aufgrund spezifischer Umstände von einem gemeinsamen Markt für das Kreditkarten-Acquiring von Visa und Mastercard ausgegangen werden. Nach wie vor bieten sämtliche in der Schweiz tätigen Acquirer gleichzeitig das Acquiring der Marken Visa und MasterCard an.¹⁶⁷ Bei der grossen Mehrheit der Händler kommen für Visa und MasterCard einheitliche Kommissionssätze

(Blended Rates) zur Anwendung. Eine Preisdifferenzierung zwischen MasterCard und Visa erscheint derzeit weder von den Acquirern noch von den Händlern erwünscht. Dies ergibt sich aus folgenden Antworten der Acquirer: ■ Aduno: „Wir verwenden für unsere Angebote im Segment der grossen Accounts (Key Accounts und sonstige grosse Merchants, welche eine individuelle Preisgestaltung erfordern) über eine fixierte Preisliste eine „Blended Rate■ an. Lediglich im Key Account haben wir für einige wenige Kunden zwischen Visa und MasterCard differenziert. Gemäss unserer Erfahrung ist eine systematische Preisdifferenzierung auch in diesem Segment von Seite des Merchants nicht erwünscht.■168

161 Die Zahlen für Visa und MasterCard stammen von der Website der Multipay (www.currency-iso.org/de/tkmpch_index/tkmpch_home/tkmpch_acceptance/c.htm; 29.11.2010). 162

www.swisscard.ch/d/produkte/geschaeftskunden/kreditkarten_akzeptanzpartner.php (29.11.2010). 163 www.americanexpress.ch/d/merchants/index.php (29.11.2010). 164

www.dinersclub.ch/de/services-fuer-kunden/akzeptanzstellen.html (29.11.2010). 165

Pressemitteilung der Multipay vom 13.08.2009: „SIX Multipay bietet neu die Akzeptanz und Verarbeitung von Diners Club und Discover an■

(www.presseportal.ch/de/pm/100005802/100588084/six_multipay; 29.11.2010). 166 Die öffentlich verfügbaren Zahlen wurden mit den beim Sekretariat vorhandenen vertraulichen Angaben überprüft, und es sind keine erheblichen Abweichungen festzustellen. 167 Im Issuing sind Issuer auf den Markt getreten, welche derzeit nur eine der beiden Marken herausgeben. So gibt die GE Money Bank bisher nur MasterCard, die Jelmoli Bonus Card AG nur Visa-Kreditkarten heraus. Bei der PostFinance sind hingegen beide Marken erhältlich. 168 Vgl. act. no 83, Antwort der Aduno auf Frage 4b.

32/2009/03386/COO.2101.111.5.127333

E. 39

■ Multipay: „[Aussage zu Blended Rates]■169 156. Diese Aussagen der Acquirer deuten darauf hin, dass zumindest im Verhältnis zwischen Acquirer und Händler der Wettbewerb zwischen Visa und MasterCard keine Rolle spielt. Letztlich kann aber im vorliegenden Verfahren die Frage, ob für Visa und Mastercard nicht jeweils separate Märkte abzugrenzen wären, offen gelassen werden, da Multipay – wie nachfolgend dargestellt wird – auch bei einer solch engen Marktabgrenzung über eine marktbeherrschende Stellung verfügt (vgl. unten B.3.2.1.2a). B.3.2.1.1.1.2 Debitkarten-Acquiring a. Praxis der Wettbewerbsbehörden 157. Aus der bisherigen Praxis der Wettbewerbsbehörden geht hervor, dass ein eingeständiger Markt für den Zugang zum Debitkartensystem (Debitkarten-Acquiring) abzugrenzen ist, welcher sich namentlich vom Kreditkartenaquiring unterscheidet: 158. Im Entscheid „Kreditkarten-Akzeptanzgeschäft■ aus dem Jahr 2003 wurden neben mehreren Unterschieden zwischen Kredit- und Debitkarten für den Kartenkunden (insbesondere die direkte Abbuchung der Debitkartenzahlung vom Konto) auch aus Sicht des Händlers diverse Elemente ausgemacht, welche Kredit- von Debitkarten unterscheiden. So wurde auf die unterschiedlichen Kosten der beiden Kartensysteme für den Händler hingewiesen sowie darauf, dass bei Debitkarten dem Händler eine fixe Gebühr pro Transaktion belastet wird (anstatt einer Kommission, die sich in Prozentpunkten des Transaktionsbetrags bemisst). Schliesslich wurde festgehalten, dass praktisch überall im Handel Kredit- und Debitkarten gleichzeitig akzeptiert werden und der Händler bei einem Verzicht auf die Akzeptanz von Debitkarten mit Einnahmeausfällen rechnen müsste, die er nicht mit dem Zugang zum

Kreditkartenverkehr kompensieren kann.¹⁷⁰ 159. Die REKO/WEF hat im Jahr 2005 bestätigt, dass aus Händlersicht der Zugang zu Debitkarten und der Zugang zu den einzelnen Kreditkartensystemen keine Substitute darstellen. Die REKO/WEF führte aus, dass die unterschiedlichen Eigenschaften von Kredit- und Debitkarten (Kreditfunktion, „Goodies“) im Einzelfall für den Transaktionsentscheid des Kunden erheblich sein können und daher auch in der Kosten-Nutzen-Analyse des Händlers beachtlich seien. Die REKO/WEF geht von der Komplementarität der einzelnen Zahlungsmittel aus (vgl. auch oben Rz. 144), da der Händler mit der Annahme einzelner bargeldloser Zahlungsmittel immer nur denjenigen Kunden erreiche, welcher bereit und in der Lage ist, die ins Auge gefasste Transaktion mit dem entsprechenden unbaren Zahlungsmittel abzuschliessen, selbst wenn sie über mehrere Zahlungsmittel verfügen würden.¹⁷¹ 160. Die im Rahmen der Untersuchung „Kreditkarten – Interchange Fee“ durchgeführte Händlerbefragung stützt die Auffassung, dass die Händler Zahlungsmittel ohne oder mit tiefen Kommissionen bevorzugen. Nebst diesen direkten Kosten wurde von den Händlern auch die schnellere Verfügbarkeit von Barzahlungen und Zahlungen mittels Debitkarten als Vorteil gegenüber Kreditkarten und Rechnungsstellungen genannt. Rund ein Drittel der Händler gab an, Massnahmen zu ergreifen, um die Zahlung mit diesen präferierten Zahlungsmitteln zu fördern. Aufgrund der Händlerbefragung gelangte die Weko zu Schluss, dass Debit- und Kreditkarten aus Sicht der Händler keine Substitute darstellen.¹⁷²

169 Vgl. act. no 103, Antwort der Multipay auf Frage 4b. 170 RPW 2003/1, S. 126 ff., Rz. 117 ff. 171 Vgl. RPW 2005/3, S. 560 ff. E. 7.4–7.7. 172 Vgl. RPW 2006/1, S. 88 ff., Rz. 181 ff.

32/2009/03386/COO.2101.111.5.127333

E. 40

161. Die Wettbewerbsbehörden haben sich in neuerer Zeit in zwei Vorabklärungen mit den Debitkartensystemen auseinandergesetzt. Im Schlussbericht der Vorabklärung bezüglich „Einführung einer DMIF für Maestro-Transaktionen und geplantes Preismodell von Telekurs Multipay“ wird darauf hingewiesen, dass sich unterschiedliche Einsatzgebiete der verschiedenen Kartenarten herausgebildet haben: grössere Beträge würden vorzugsweise mit der Kreditkarte beglichen, während für Güter des täglichen Bedarfs die Debitkarte zur Anwendung komme (bei mittleren Beträgen bestehe Konkurrenz zwischen Kredit- und Debitkarten). Weiter wurde ausgeführt, dass im Jahr 2001 jede erwachsene Person in der Schweiz durchschnittlich über eine Debitkarte verfügte. Im Schlussbericht wird daher ein eigener Markt für das Debitkarten-Acquiring abgegrenzt, welcher in analoger Anwendung der Rechtsprechung der REKO/WEF zu den Kreditkarten zudem auf den Zugang zu den jeweiligen Debitkarten-Netzwerken reduziert wird. Im Schlussbericht wurde daher von separaten Märkten für den Zugang zu den Debitkartensystemen Maestro, Postfinance Card und M-Card ausgegangen.¹⁷³ 162. Die aktuellste Analyse des Debitkarten-Acquiring erfolgte in der Vorabklärung „Geplante Einführung einer DMIF für das Debitkartensystem Visa V PAY“. Der Schlussbericht hält fest, dass auf Ebene des Händlers zwischen den internationalen Debitkartenprodukten Maestro und V PAY und den nationalen Debitkartenprodukten Postfinance Card und M-Card zu unterscheiden ist¹⁷⁴: „Durch den Anschluss an eines der internationalen Debitkartensysteme ermöglicht der Händler auch ausländischen Kunden die bargeldlose Bezahlung“. ¹⁷⁵ Der Schlussbericht weist weiter auf die grosse Verbreitung von Maestro bei den Kreditkarteninhabern hin, weshalb davon auszugehen sei, dass für den Händler die Akzeptanz von Maestro und die Akzeptanz der

Postfinance Card bzw. der M-Card keine Substitute darstellten. Bezüglich der beiden internationalen Debitkartensystemen Maestro und V PAY geht der Schlussbericht von einer asymmetrischen Substituierbarkeit aus: Da V PAY noch gar nicht auf dem Markt ist, können die Händler zumindest während der Markteintrittsphase die Akzeptanz von V PAY verweigern und nur Maestro akzeptieren, d.h. Maestro ist nicht durch V PAY, aber V PAY durch Maestro substituierbar.¹⁷⁶ b. Fortführung der Praxis im vorliegenden Fall 163. An der bisherigen Praxis der Wettbewerbsbehörden kann auch im vorliegenden Fall festgehalten werden: 164. Dies gilt zunächst für die Abgrenzung des Debit- vom Kreditkartenacquiring. Es bestehen für den Händler nach wie vor wesentliche Unterschiede zwischen den beiden Produkten. So sind die Kosten für die Kreditkartenakzeptanz erheblich höher als für die Debitkartenakzeptanz. Bei den Kreditkarten betrug im Jahr 2008 die durchschnittliche Händlerkommission (Merchant Service Charge) rund [1.5–3.0]% während für die Verarbeitung von Maestro-Transaktionen durchschnittlich CHF [0.20–0.30] pro Transaktion verrechnet wird, was bei einem durchschnittlichen Betrag einer Debitkartentransaktion von CHF 84.-- einer durchschnittlichen Kommission von [0,24–0,36]% entsprechen würde. Die unterschiedlichen Kosten von Kredit- und Debitkarten für den Händler sowie die unterschiedlichen Pricing-Modelle sprechen dafür, dass für den Händler der Zugang zu Debitkartensystemen und derjenige zu Kreditkartensystemen keine Substitute darstellen. Dies wird weiter dadurch belegt, dass die meisten Händler trotz Preisunterschieden beide Produkte akzeptieren. So verfügten im Jahr

173 Vgl. RPW 2006/4, S. 610 f., Rz. 73 ff. und S. 617 f., Rz. 142 ff. 174 Die Unterscheidung zwischen nationalem und internationalem Debitkartensystem ist auch für den Karteninhaber aufgrund der Einsatzmöglichkeiten der Karte im In- und Ausland von Bedeutung, vgl. RPW 2009/2, S. 133, Rz. 99 ff. 175 RPW 2009/2, S. 133, Rz. 103. 176 RPW 2009/2, S. 134, Rz. 106.

32/2009/03386/COO.2101.111.5.127333

E. 41

2008 rund [60–70]% der Händler gleichzeitig über einen Kredit- und einen Debitkartenakzeptanzvertrag. 165. Neben diesem wesentlichen Unterschied, welcher direkt beim Händler anfällt, führt der unterschiedliche Einsatz von Debit- und Kreditkarten durch den Kunden dazu, dass diese auch auf Händlerstufe keine Substitute darstellen. So werden Kreditkarten nach wie vor weniger häufig, dafür für grössere Transaktionsbeträge eingesetzt als Debitkarten. Gemäss der Studie Cards 06 werden Debitkarten für die Zahlung kleinerer und mittlerer Beträge bis etwa CHF 1'000.-- eingesetzt, während Kreditkarten für Beträge bis etwa CHF 10'000.-- verwendet werden.¹⁷⁷ Die unterschiedliche Verwendung wird auch durch den durchschnittlichen Transaktionsbetrag von Debit- und Kreditkarten in nachfolgender Grafik belegt: Abbildung 7: Durchschnittlicher Transaktionsbetrag von Kredit- und Debitkarten

Jahr	Kreditkarten (CHF)	Debitkarten (CHF)
196	196	193
188	188	181
183	183	188
191	191	186
183	183	86
86	86	85
83	83	83
84	84	85
86	86	84
0	0	50
100	100	150
200	200	250
2000	2000	2001
2001	2001	2002
2002	2002	2003
2003	2003	2004
2004	2004	2005
2005	2005	2006
2006	2006	2007
2007	2007	2008
2008	196	193

Quelle: SNB, Statistisches Monatsheft, C2 Zahlungsverkehr mit Karten und Checks 166. Aus den Statistiken der SNB geht weiter hervor, dass im Jahr 2008 rund dreimal mehr Transaktionen mit Debit- als mit Kreditkarten erfolgt sind (der genaue Faktor ist 2,7). Eine einzelne Kreditkarte wurde im Jahr 2008 rund 27 mal eingesetzt, die einzelne Debitkarte

hin- gegen rund 43 mal.¹⁷⁸ Angesichts des häufigeren Gebrauchs der Debitkarten ist es für einen Händler nicht möglich, deren Annahme durch die Annahme von Kreditkarten zu substituieren. Kommt hinzu, dass die Verbreitung der Debitkarten (im Jahr 2008 waren rund 7,6 Mio. Karten im Umlauf) immer noch wesentlich grösser ist als diejenige der Kreditkarten (rund 4,5 Mio. Karten). In Weiterführung der bisherigen Praxis der Wettbewerbsbehörden ist das Debitkarten- jedenfalls vom Kreditkartenacquiring abzugrenzen.¹⁶⁷ Schliesslich kann darauf hingewiesen werden, dass die Studie Cards 06 festgehalten hat, dass es „keinen fundierten Anhaltspunkt [gibt], dass die Debit- und Kreditkarten Substitute sind“. Dabei wurde in der Studie darauf hingewiesen, dass das absolute Wachstum der Kartenbestände der beiden Kartenkategorien statistisch signifikant positiv korreliert, dass jedoch eine negative Korrelation zu erwarten wäre, falls Debit- und Kreditkarten Substitute darstellen würden.¹⁷⁹ Die positive Korrelation des Wachstums der beiden Kartentypen dauert bis heute an:

177 URS BERNEGGER/MICHEL MARÉCHAL/RUEDI MINSCH, Cards 06 – Entwicklungsperspektiven für den Schweizer Kartenmarkt, Dez. 2006 (Beilage 4 zu act. no 103).¹⁷⁸ Anzahl Transaktionen/Anzahl Karten. Da die Anzahl Debitkarten grösser ist als die Anzahl Kreditkarten, ist der Faktor von Debit zu Kredit tiefer als 2,7.¹⁷⁹ Cards 06 (FN 177), S. 39.

32/2009/03386/COO.2101.111.5.127333

E. 42

Abbildung 8: Absolutes Wachstum der Debit- und Kreditkartenbestände 0 100'000 200'000 300'000 400'000 500'000 600'000 700'000 800'000 900'000 2001 2002 2003 2004 2005 2006 2007 2008 2009 Jahr Absolutes Wachstum der Kartenbestände in der Schweiz (Debit- und Kreditkarten) Kreditkarten Debitkarten Total Karten

Quelle: SNB, Statistisches Monatsheft, C2 Zahlungsverkehr mit Karten und Checks 168. Es stellt sich weiter die Frage, ob der Standpunkt der REKO/WEF, wonach die Netzwerke der einzelnen Kreditkarten eigene relevante Märkte bilden, analog für die Debitkarten gilt. In der Schweiz gibt es aktuell neben dem Maestro-System folgende Debitkartensysteme: die Postfinance Card der Postfinance und die M-Card der Migrosbank. Zudem ist die Einführung von V PAY von Visa Europe auf dem Schweizer Markt vorgesehen.¹⁸⁰ 169. Aufgrund der grossen Verbreitung von Maestro bei den Karteninhabern in der Schweiz (im Jahr 2008 waren ca. 5 Mio. emittierte Maestro-Karten im Umlauf, das entspricht knapp einer Maestro-Karte pro Erwachsener) kann der Händler die Akzeptanz von Maestro nicht durch die Akzeptanz der Postfinance Card bzw. der M-Card substituieren.¹⁷⁰ Die Postfinance Card und die M-Card sind als sogenannte proprietäre 3-Parteien Debitkartensysteme ausgestaltet, während Maestro und V PAY 4-Parteien Lizenzsysteme sind. Maestro und V PAY sind internationale Debitkartenprodukte, welche welt- bzw. europaweit zur Bezahlung von Waren oder Dienstleistungen am POS sowie für Bargeldbezüge an Bankomaten eingesetzt werden können. Demgegenüber sind Postfinance Card und M-Card nationale Kartenprodukte, welche nur in der Schweiz herausgegeben und eingesetzt werden können.¹⁸¹ Wie bereits im Schlussbericht V PAY ausgeführt wurde, hat dies für den Händler zur Folge, dass er durch den Anschluss an eines der internationalen Debitkartensysteme auch ausländischen Kunden die bargeldlose Bezahlung ermöglicht, was bei der Postfinance Card und der M-Card nicht der Fall ist. Eine Substituierung der Akzeptanz von Maestro oder V PAY durch die beiden nationalen

Debitkartensysteme ist diesbezüglich ausgeschlossen. 171. Schliesslich stellt sich die Frage, ob aus Sicht des Händlers die beiden Produkte V PAY und Maestro austauschbar sind oder nicht. Die beiden Debitkarten V PAY und Maestro haben für den Händler sehr ähnliche Produkteigenschaften, was für deren Austauschbarkeit spricht. Jedoch verfügte V PAY zum Zeitpunkt des Missbrauchs von Multipay (vgl. hierzu unten Rz. 296 ff.) bis heute in der Schweiz über keine Marktanteile und wird deshalb im Folgenden nicht zum relevanten Markt gezählt, sondern allenfalls als potenzielle Konkurrenz in der Analyse berücksichtigt.

180 RPW 2009/2, S. 122 ff. 181 Die Postfinance Card kann seit 1998 durch ein Co-Branding mit Visa PLUS zusätzlich für Bargeldbezüge im Ausland verwendet werden. Die Akzeptanz der M-Card ist selbst innerhalb der Schweiz relativ eingeschränkt, vgl. RPW 2006/4, S. 613, Rz. 107 (Maestro-Schlussbericht).

32/2009/03386/COO.2101.111.5.127333

E. 43

172. Aufgrund der obigen Erwägungen wird das Maestro-Acquiring als sachlich relevanter Markt abgegrenzt. 173. Bis zum Jahr 2006 verfügte in der Schweiz ausschliesslich Multipay über eine Maestro-Lizenz. Seit der Vergabe der Maestro-Lizenz an alle in der Schweiz aktiven Acquirer können alle Kreditkarten-Acquirer auch Debitkarten abwickeln und tun dies auch. Es könnte daher vorgebracht werden, dass bei den Kreditkarten unter anderem aufgrund des Dual Branding von Visa und MasterCard von einem gemeinsamen Markt ausgegangen wird, so dass bei einem „Triple Branding“ von Visa, MasterCard und Maestro ebenfalls ein einheitlicher Markt abzugrenzen sei. Dies ist deshalb nicht zutreffend, weil zwischen den beiden Kreditkarten und Maestro für die Händler – wie bereits erwähnt – ein erheblicher Kostenunterschied besteht und kein „Blending“ zwischen den beiden Kreditkarten und Maestro stattfindet. Allerdings wird unten aufgezeigt werden, dass Multipay selbst bei einer solchen weiten Marktabgrenzung (Acquiring für Maestro, Visa und MasterCard) über eine marktbeherrschende Stellung verfügt. B.3.2.1.1.2 Räumlich relevanter Markt 174. Der räumliche Markt umfasst das Gebiet, in welchem die Marktgegenseite die den sachlichen Markt umfassenden Waren oder Leistungen nachfragt oder anbietet (Art. 11 Abs. 3 lit. b VKU, der hier analog anzuwenden ist). 175. Die Weko hat im Fall „Kreditkarten/Interchange Fee“ festgehalten, dass es sich aufgrund der geringen Bedeutung des Crossborder-Acquirings rechtfertigt, von einem nationalen Markt für den Zugang zum Kreditkartenzahlungsverkehr auszugehen.¹⁸² Gleichzeitig wird in dieser Entscheidung die Bedeutung der räumlichen Marktabgrenzung für das Acquiring-Geschäft relativiert. Für schweizerische Händler ist unerheblich, wo ein Acquirer domiziliert ist. Vielmehr ist entscheidend, welche Acquirer mit ihrem Angebot in der Schweiz aktiv sind.¹⁸³ 176. Wie bereits zum Zeitpunkt des Entscheides „Kreditkarten-Interchange Fee“ sind in der Schweiz die beiden nationalen Acquirer Aduno und Multipay, sowie die beiden deutschen Acquirer B&S und Concardis aktiv. Die Marktsituation hat sich kaum verändert, so dass nach wie vor ein nationaler Markt unter Einbezug von B&S und ConCardis abzugrenzen ist. 177. Diese Praxis stimmt auch mit derjenigen der EU-Kommission überein, welche in aktuellen Entscheiden nach wie vor von nationalen Acquiringmärkten ausgeht.¹⁸⁴ 178. Die Erwägungen für die räumliche Marktabgrenzung beim Kreditkarten-Acquiring können analog für das Debitkarten-Acquiring übernommen werden. Zumal alle Acquirer, welche in der Schweiz tätig sind, sowohl Debit- als auch Kreditkarten-Acquiring betreiben.

182 RPW 2006/1, S. 91, Rz. 194 ff. 183 RPW 2006/1, S. 91, Rz. 200. 184 Entscheid der EU-Kommission vom 3. Oktober 2007 i.S. Morgan Stanley/Visa International and Visa Europe (COMP/37.860), S. 18 ff., Rz. 59 ff. (Unternehmenszusammenschluss) unter Hinweis auf die nach wie vor geringe Bedeutung des Crossborder-Acquirings sowie auf nationale Unterschiede im Acquiringgeschäft (technischer Natur, z.B. bei der Autorisierung der Transaktion oder bei den Konditionen, z.B. müssen in einigen Ländern die Händler die Terminals kaufen [so wie in der Schweiz], während in anderen Ländern die Terminals im Eigentum des Acquirers stehen, was sich dann auf die Höhe der Kommissionen auswirkt). Vgl. weiter den Entscheid der EU-Kommission vom 19. Dezember 2007 i.S. MasterCard (COMP/34.579), S. 94 ff. (insb. Rz. 329).

32/2009/03386/COO.2101.111.5.127333

E. 44

B.3.2.1.1.3 Marktstellung 179. Nach der Abgrenzung der relevanten Acquiringmärkte gilt es nun zu prüfen, ob die Multipay eine marktbeherrschende Stellung auf diesen Märkten einnimmt. Als marktbeherrschende Unternehmen gelten einzelne oder mehrere Unternehmen, die auf einem Markt als Anbieter oder Nachfrager in der Lage sind, sich von anderen Marktteilnehmern (Mitbewerbern, Anbietern oder Nachfragern) in wesentlichem Umfang unabhängig zu verhalten (Art. 4 Abs. 2 KG). 180. Für die Beurteilung, ob ein Unternehmen marktbeherrschend ist, sind die Situation der Konkurrenten (aktueller Wettbewerb), die Marktzutrittsschranken (potenzieller Wettbewerb) sowie die Stellung der Marktgegenseite zu analysieren.¹⁸⁵ Diese Praxis entspricht auch der neuesten Mitteilung der EU-Kommission, gemäss welcher folgende Faktoren zu prüfen sind: (1) der Wettbewerbsdruck aufgrund bereits bestehender Lieferungen von vorhandenen Wettbewerbern und deren Marktstellung (Marktstellung des marktbeherrschenden Unternehmens und seiner Wettbewerber); (2) der Wettbewerbsdruck aufgrund der drohenden Expansion bereits vorhandener Wettbewerber oder des drohenden Markteintritts potenzieller Wettbewerber (Expansion und Markteintritt); und (3) der Wettbewerbsdruck aufgrund der Verhandlungsstärke der Abnehmer (Nachfragemacht).¹⁸⁶ B.3.2.1.1.3.1 Kreditkarten-Acquiring 181. Die Marktstellung der Multipay im Bereich des Kreditkarten-Acquirings wurde im Jahr 2004 im Rahmen der Prüfung von vorsorglichen Massnahmen gegen die Multipay im Fall „Cornèr Banca SA/Telekurs AG“ analysiert.¹⁸⁷ Die Wettbewerbskommission gelangte damals aufgrund der hohen Marktanteile von Multipay sowie des Mangels an ernsthafter potenzieller Konkurrenz zum Ergebnis, es sei glaubhaft, dass Multipay auf dem relevanten Markt über eine marktbeherrschende Stellung verfüge.¹⁸⁸ 182. In der Untersuchung „Kreditkarten/Interchange Fee“ wurde die Marktstellung von Multipay im Bereich des Kreditkarten-Acquiring ebenfalls geprüft. Da es sich in diesem Fall um eine Untersuchung wegen unzulässiger Wettbewerbsabreden gemäss Art. 5 KG handelte, wurde nicht darüber befunden, ob Multipay über eine marktbeherrschende Stellung verfügt. Es wurde aber festgehalten, dass die hohen Marktanteile auf eine dominante Stellung der Multipay im Kreditkarten-Acquiring hindeuten.¹⁸⁹

¹⁸⁵ Vgl. RPW 2008/3, S. 395, Rz. 106; RPW 2006/4, S. 640, Rz. 91; RPW 2004/3, S. 882 f. Ziff. 4.4. ¹⁸⁶ Vgl. Mitteilung der EU-Kommission vom 9.2.2009: „Erläuterungen zu den Prioritäten der Kommission bei der Anwendung von Artikel 82 des EG-Vertrags auf Fälle von Behinderungsmissbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen.“, S. 6 ff.;

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/>

LexUriServ.do?uri=OJ:C:2009:045:0007:0020:DE:PDF (nachfolgend: Mitteilung zu Art. 82 EGV; 29.11.2010). Dieselben Kriterien finden sich auch in den Recommended Practices des ICN aus dem Jahr zu „Dominance/Substantial Market Power Analysis pursuant to Unilateral Conduct Laws■

(www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc317.pdf; 29.11.2010). 187 RPW 2004/4, S. 1002 ff. 188 RPW 2004/4, S. 1009 ff., Rz. 36 ff. (insbes. Rz. 47). 189 RPW 2006/1, S. 95, Rz. 243.

32/2009/03386/COO.2101.111.5.127333

E. 45

a. Aktueller Wettbewerb aa. Analyse der Marktstruktur 183. Ein aufschlussreicher Indikator für die Marktstruktur und die relative Bedeutung der auf dem Markt tätigen Unternehmen sind die Marktanteile. Allgemein gilt: Je höher der Marktanteil eines Unternehmens und je länger dieser Marktanteil gehalten wird, desto wahrscheinlicher liegt eine marktbeherrschende Stellung vor.¹⁹⁰ 184. Zwar ist der Marktanteil i.d.R. nur ein Indiz, welches bei der Frage der Marktbeherrschung zu berücksichtigen ist.¹⁹¹ Sehr hohe Marktanteile führen jedoch in der internationalen Praxis oftmals zu einer Vermutung für das Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung. In der europäischen Praxis wird bei einem Marktanteil von mehr als 50% – sofern nicht ausserordentliche Umstände vorliegen – von einer marktbeherrschenden Stellung ausgegangen.¹⁹² Auch gemäss der früheren REKO/WEF bildet ein Marktanteil von 50% die „kritische Schwelle■.¹⁹³ 185. Aussagekräftig ist nicht nur die absolute Höhe der Marktanteile, sondern insbesondere auch, wie hoch die Marktanteile im Verhältnis zu den Marktanteilen der Konkurrenten sind. Je grösser der Marktanteil eines Unternehmens im Verhältnis zu demjenigen seines nächstgrösseren Konkurrenten ist, desto wahrscheinlicher ist eine marktbeherrschende Stellung.¹⁹⁴ 186. Schliesslich ist von Bedeutung, wie sich die Marktanteile entwickelt haben. Werden hohe Marktanteile über eine längere Zeit gehalten (Dauerhaftigkeit, „persistence■), so spricht dies für das Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung.¹⁹⁵ 187. Die folgende Grafik zeigt die Marktanteile und deren Entwicklung auf dem relevanten Markt für das Kreditkarten-Acquiring von Visa und MasterCard gemessen an den Umsätzen (sog. Merchant Service Volume, MSV) seit 2004:

190 Vgl. Mitteilung zu Art. 82 EGV (FN 186), Rz. 13 und 15; vgl. auch CHRISTOPH LÜSCHER, Kleines Glossar der Fehlvorstellungen über Marktbeherrschung, deren Missbrauch und Rechtfertigung, in: Jusletter vom 2. November 2009, Rz. 32. 191 Vgl. BGE 130 II 449 E. 5.7.2. 192 Vgl. RPW 2006/2, S. 253 f., Rz. 57; DG Competition Discussion Paper on the Application of Article 82 of the Treaty to Exclusionary Abuses, S. 11, Rz. 31 (<http://ec.europa.eu/competition/antitrust/art82/discpaper2005.pdf>; 29.11.2010); EVELYNE CLERC, in: Droit de la Concurrence, Commentaire romand, Pierre Tercier/Christian Bovet (Hrsg.), Art. 4 al 2 LCart N 111 und 113; je mit Nachweisen. 193 RPW 1999/4, S. 642 E. 5.1.2.; vgl. auch BORER (FN 115), Art. 4 N 20. 194 Vgl. RPW 2006/2, S. 253 f., Rz. 57; RPW 2001/1, S. 101 f., Rz. 37. 195 Vgl. RPW 2001/1, S. 101 f., Rz. 37; Mitteilung zu Art. 82 EGV (FN 186), Rz. 13 und 15; LÜSCHER (FN 190), Rz. 32.

32/2009/03386/COO.2101.111.5.127333

E. 46

Abbildung 9: Marktanteile und Umsätze der Acquirer für Visa und MasterCard (2004–2008)¹⁹⁶ Marktanteile Visa & MC (MSV in %) 2004 2005 2006 2007 2008 Multipay

[70-80] [70-80] [60-70] [60-70] [60-70] Aduno [20-30] [20-30] [20-30] [20-30] [20-30] Concardis [0-10] [0-10] [0-10] [0-10] [0-10] B&S [0-10] [0-10] [0-10] [0-10] [0-10] 0 2'000 4'000 6'000 8'000 10'000 12'000 14'000 16'000 18'000 20'000 Visa&MC 2004 Visa&MC 2005 Visa&MC 2006 Visa&MC 2007 Visa&MC 2008 Umsätze Visa & MC (MSV in Mio. CHF) Übrige Multipay 20'000- 25'000 Quelle: Sekretariat der Wettbewerbskommission 188. Die Grafiken verdeutlichen folgende Punkte: ■ Der Marktanteil von Multipay im Jahr 2008 von [60–70]% (bzw. [60-70]% im Jahr 2006) ist absolut betrachtet sehr hoch und überschreitet deutlich die Grenze von 50%, welche gemäss europäischer Praxis als Beweis für eine marktbeherrschende Stellung gilt (sofern nicht ausserordentliche Umstände vorliegen). ■ Der Marktanteil von Multipay ist auch im Verhältnis zu seinen Mitbewerbern gross. Der grösste Konkurrent Aduno kommt im Jahr 2008 lediglich auf [20–30]% Marktanteil. Der Marktanteil der Multipay liegt damit rund [2-3] Mal höher als derjenige des nächsten Konkurrenten. Daneben sind nur noch zwei weitere Acquirer tätig, welche gemeinsam einen Marktanteil von nur rund [0–10]% auf sich vereinigen können. ■ Der Marktanteil von Multipay ist über eine längere Zeitdauer, d.h. seit 4 Jahren bzw. dem Jahr 2004 stabil auf einem hohen Niveau von rund [60–70]% geblieben. Aus dem Verfahren „Cornèr Banca SA/Telekurs■ lässt sich entnehmen, dass dieser hohe Marktanteil bereits im Jahr 2003 mit der Übernahme des Visa-Acquiringgeschäfts von der UBS Card Solutions entstanden ist. Der sich aus der Übernahme ergebende Marktanteil wurde von der Weko auf 60–80% geschätzt.¹⁹⁷ ■ Die Entwicklung der Umsätze für Visa und MasterCard zeigt auf, dass Multipay in den letzten vier Jahren ihre Umsätze kontinuierlich steigern konnte. Dies deutet darauf hin, dass die Umsätze, welche die Crossborder-Acquirer ConCardis und B&S aufbauen konnten, nicht zulasten des Umsatzes von Multipay erfolgt sind, sondern eher auf eine Expansion des Gesamtvolumens zurückzuführen sind. 189. Aufgrund der absoluten und relativen Marktanteile sowie der Marktanteilsentwicklung ist von einer marktbeherrschenden Stellung der Multipay auszugehen, sofern sich in der nachfolgenden Analyse nicht noch ausserordentliche Umstände ergeben, welche gegen diese Feststellung sprechen. 190. Selbst wenn – entsprechend der Rechtsprechung der REKO/WEF (vgl. oben Rz. 144) –, für die einzelnen Kreditkartentypen Visa und MasterCard separate Märkte abgegrenzt würden, würde sich an der obigen Analyse im Ergebnis nichts ändern. In den nachfolgenden

196 Zur Wahrung der Geschäftsgeheimnisse werden die drei Acquirer Aduno, ConCardis und B&S in der Grafik aggregiert und als „Übrige■ dargestellt. 197 RPW 2004/4, S. 1010, Rz. 39 f.

32/2009/03386/COO.2101.111.5.127333

E. 47

Abbildungen werden die Marktanteile von Multipay im Kreditkarten-Acquiring getrennt für Visa und Mastercard von 2004 – 2008 ausgewiesen: Abbildung 10: Marktanteile und Umsätze der Acquirer getrennt für Visa und Mastercard (2004–2008) 0 1'000 2'000 3'000 4'000 5'000 6'000 7'000 8'000 9'000 10'000 Visa 2004 Visa 2005 Visa 2006 Visa 2007 Visa 2008 Umsätze Visa (MSV in Mio. CHF) Übrige Multipay 10'000- 15'000 0 1'000 2'000 3'000 4'000 5'000 6'000 7'000 8'000 9'000 10'000 MC 2004 MC 2005 MC 2006 MC 2007 MC 2008 Umsätze Mastercard (MSV in Mio. CHF) Übrige Multipay 10'000- 15'000 Marktanteile Visa (MSV in %) 2004 2005 2006 2007 2008 Multipay [60-70] [60-70] [60-70] [60-70] [60-70] Aduno [30-40] [30-40] [30-40] [30-40] [20-30] Concardis [0-10] [0-10] [0-10] [0-10] [0-10] B&S [0-10] [0-10] [0-10] [0-10] [0-10] Marktanteile Mastercard

(MSV in %) 2004 2005 2006 2007 2008 Multipay [80-90] [70-80] [70-80] [70-80] [70-80]
 Aduno [10-20] [10-20] [10-20] [10-20] [10-20] Concardis [0-10] [0-10] [0-10] [0-10]
 [0-10] B&S [0-10] [0-10] [0-10] [0-10] [0-10] Quelle: Sekretariat der
 Wettbewerbskommission 191. Die Multipay verfügte im Jahr 2008 im VISA-Acquiring
 über einen Marktanteil von [60– 70]% (bzw. [60–70]% im Jahr 2006), während der
 Marktanteil von Aduno [20–30]% (bzw. [30–40]% im Jahr 2006) betrug. Demgegenüber
 lag im MasterCard-Acquiring der Marktanteil von Multipay im Jahr 2008 mit [70–80]%
 (2006: [70–80]%) wesentlich höher als bei Visa, wobei der Marktanteil von Aduno bei
 Mastercard rund [10–20]% (2006: [10–20]%) ausmachte. 192. Wie obige Grafiken zeigen,
 hat sich an den Marktanteilen und deren Verteilung über die Zeit nicht viel geändert. Im
 Visa-Acquiring sind die Marktanteile von Multipay bei rund [60–70]% beinahe konstant
 geblieben. Gegenüber dem Visa-Acquiring verfügt Multipay im Mastercard-Acquiring über
 einen höheren Marktanteil, welcher jedoch seit 2004 von [80– 90]% auf [70-80]% gesunken
 ist. Allgemein verweilen die Marktanteile von Multipay sowohl bei Visa als auch bei
 Mastercard bis heute auf sehr hohem Niveau. 193. Würden separate Märkte für das
 Mastercard- und das Visa-Acquiring abgegrenzt, so wäre in beiden Märkten aufgrund der
 hohen absoluten und relativen Marktanteile sowie der Marktanteilsentwicklung gemäss der
 gängigen Praxis (vgl. Rz. 184) von einer marktbeherrschenden Stellung der Multipay
 auszugehen. Es spielt daher für die Beurteilung der Marktstruktur keine Rolle, ob
 getrennte Märkte oder ein gemeinsamer Markt abgegrenzt wird. 194. Die Parteien machen
 in ihrer Stellungnahme eine andere Entwicklung der Marktanteile geltend, indem sie den
 Anteil von Multipay am „Gesamtmarkt Kredit“ gemäss dem Statistischen Monatsheft der
 Schweizerischen Nationalbank eruieren (2004: 60%, 2005: 57%, 2006/2007/2008: 55%,
 2009: 54%). Die Zahlen der SNB beziehen sich auf alle Kreditkarten,

32/2009/03386/COO.2101.111.5.127333

E. 48

d.h. auch auf Diners und American Express. Diese 3-Parteien-Systeme sind aber nicht dem-
 selben Markt zuzuordnen wie die 4-Parteien-Systeme Visa und MasterCard (vgl. oben Rz.
 152 ff.). Die Zahlen der SNB sind daher im vorliegenden Fall weniger aussagekräftig als
 die durch das Sekretariat bei den Acquireern erhobenen Daten. bb. Analyse der
 Expansionshindernisse 195. Wettbewerb ist ein dynamischer Prozess, so dass bei der
 Beurteilung des auf ein Unternehmen ausgeübten Wettbewerbsdrucks auch die einer
 Expansion der bestehenden Wettbewerber entgegenstehenden Elemente
 (Expansionshindernisse) eine Rolle spielen können. 198 196. Expansionshindernisse können
 verschiedenste Formen haben. Es kann sich um rechtliche Hindernisse handeln, aber auch
 um Vorteile, die besonders dem marktbeherrschenden Unternehmen zu Gute kommen (z.B.
 Grössen- und Verbundvorteile, bevorzugter Zugang zu Inputs und Rohstoffen, Kontrolle
 über wichtige Technologien oder ein etabliertes Vertriebs- und Absatznetz). Auch Kosten
 und andere Hemmnisse, die Abnehmer in Kauf nehmen müssen, wenn sie zu einem neuen
 Lieferanten wechseln (sog. „Switching Costs“), stellen Expansions- bzw.
 Markteintrittshindernisse dar. Das Verhalten des marktbeherrschenden Unter-
 nehmens selbst kann ebenfalls ein Expansionshindernis darstellen, unter anderem dann, wenn das
 marktbeherrschende Unternehmen erhebliche Investitionen getätigt hat, mit denen die
 Wettbewerber mithalten müssten, oder wenn die vom marktbeherrschenden Unterneh-
 men mit seinen Abnehmern geschlossenen langfristigen Verträge zu einer spürbaren Markt-
 verschliessung führen. Anhaltend hohe Marktanteile können auf die Existenz von Expansi-

onshindernissen hindeuten.¹⁹⁹ 197. Bei den aufgeführten Beispielen für Expansionshindernisse handelt es sich nicht um ein Prüfungsraster, welches systematisch angewendet werden muss. Nachfolgend wird daher nur auf diejenigen Elemente eingegangen, welche im vorliegenden Fall Expansionshindernisse darstellen und die starke Marktstellung gegenüber den Konkurrenten zusätzlich stützen können: 198. Economies of scale (Grössenvorteile): Grössenvorteile entstehen, wenn die Durchschnittskosten der Produktion mit steigender Stückzahl sinken. Dies ist generell bei Gütern der Fall, deren Produktion verglichen mit den variablen Kosten hohe Fixkosten verursacht.²⁰⁰ Grössenvorteile sind einer der wichtigsten Gründe, die zu einer Marktkonzentration führen.²⁰¹ Das Acquiring-Geschäft gilt als ein Volumengeschäft, in dem Grössenvorteile eine wichtige Rolle spielen. Die Acquirer weisen relativ hohe Fixkosten aus (etwa für die Infrastruktur), aufgrund der elektronischen Verarbeitung der Transaktionen sind hingegen die Kosten pro Transaktion tief.²⁰² Als Folge der Bedeutung der Grössenvorteile im Acquiring ist sowohl in

198 Vgl. Mitteilung zu Art. 82 EGV (FN 186), Rz. 16. 199 Vgl. Mitteilung zu Art. 82 EGV (FN 186), Rz. 17. 200 Vgl. Discussion Paper zu Art. 82 EGV (FN 192), S. 14; Cards 06 (FN 177), S. 28 ff. Vgl. aus der ökonomischen Literatur JEAN TIROLE, *The Theory of Industrial Organization*, MIT Press, 1988, Thirteenth printing, 2002, S. 16-18; W.J. BAUMOL/J.C. PANZAR/R.D. WILLIG, *Contestable Markets and the Theory of Industry Structure*, HBJ, New York, 1982, S. 21 f.; ANDREU MAS-COLELL/MICHAEL D. WHINSTON/JERRY R. GREEN, *Microeconomic Theory*, Oxford, 1995, S. 570. 201 Vgl. KIP VISCUSI/JOHN VERNON/JOSEPH HARRINGTON, *Economics of Regulation and Antitrust*, 3. Aufl., MIT Press, 2000, S. 150. 202 Vgl. zum Ganzen ANN KJOS, *The Merchant-Acquiring Side of the Payment Card Industry: Structure, Operations, and Challenges*, Discussion Paper of the Payment Cards Center of the Federal Reserve Bank of Philadelphia, 2007

(www.philadelphiafed.org/payment-cards-center/publications/discussion-papers/2007/D2007OctoberMerchantAcquiring.pdf, 29.11.2010), S. 8 ff., welche die Scale Economies als eine **Key Characteristic** des Acquiring-Geschäfts bezeichnet. In der Cards 06 (FN 177), S. 31,

32/2009/03386/COO.2101.111.5.127333

E. 49

den USA²⁰³ als auch in Europa²⁰⁴ eine Konsolidierung zu beobachten. Werden die Marktanteile der Acquirer nicht wie in den obigen Grafiken aufgrund der Transaktionsvolumen in CHF sondern aufgrund der Anzahl Transaktionen mit Visa und MasterCard berechnet, so sind die Marktanteile der Multipay sogar noch höher, nämlich [70–80]% im Jahr 2008 bzw. [70–80]% im Jahr 2006. 199. Die Parteien bringen in ihrer Stellungnahme vor, Multipay sowie die Card Solutions als Acquiring-Processor seien auf europäischer Ebene kleine Wettbewerber und könnten gerade nicht im gleichen Umfang wie die Konkurrenz von den behaupteten Einsparungen profitieren. Sie verweisen dabei auf einen internationalen Vergleich der grössten europäischen Acquirer in Europa. In diesem Vergleich belegt Multipay den Rang 22 (von 75). B&S folgt auf Rang 29, ConCardis auf Rang 36 und Aduno auf Rang 42. Die Nachrangigkeit von B&S und ConCardis sei zu relativieren, verfügten sie doch über wesentlich mehr Händler und POS-Terminals als Multipay. 200. Aus den oben dargelegten Gründen ist der Acquiringmarkt für Visa und Mastercard-Kreditkarten national abzugrenzen. Die Marktstellung von Multipay im

europäischen Vergleich spielt daher vorliegend keine Rolle. Auf dem Schweizer Markt verfügt Multipay über klare Grössenvorteile gegenüber den anderen auf diesem Markt tätigen Konkurrenten Aduno, B&S und ConCardis. 201. Economies of scope (Verbundvorteile): Verbundvorteile liegen dann vor, wenn zwei oder mehr Produkte gemeinsam zu niedrigeren Kosten produziert werden können als getrennt voneinander.²⁰⁵ Dies ist etwa dann der Fall, wenn für die einzelnen Produkte auf gemeinsame Ressourcen (z.B. Produktionsanlagen, Technologien, Vertriebskanäle u.ä.) zurückgegriffen werden kann. Im Acquiring können Verbundvorteile erzielt werden, wenn gleichzeitig mehrere Zahlkarten angeboten werden, denn der Aufwand bei der Händlerakquisition ist de facto derselbe, gleichgültig ob der Acquiringvertrag nur bezüglich einer oder gleich mehrerer Zahlkarten abgeschlossen wird.²⁰⁶ Die Multipay bietet den Händlern in ihren Acquiringverträgen die Möglichkeit an, durch schlichtes Ankreuzen ein ganzes Bündel von Zahlkarten zu wählen (MasterCard- und Visa-Kreditkarten, Maestro, Visa Electron, V Pay und CASH).²⁰⁷ Zudem profitiert SIX von weiteren Verbundvorteilen, da sie durch ihre vertikale Integration das Acquiring (Multipay) und den Terminal (Card Solutions) aus einer Hand anbieten kann.²⁰⁸ Schliesslich wird auch die DCC-Funktion gleichzeitig angeboten.²⁰⁹

wird darauf hingewiesen, dass bei der Händlerakquisition Economies of Scale eine untergeordnete Rolle spielen, da mit jedem potenziellen Vertragspartner neu verhandelt werden müsse. Hingegen sind die Grössenvorteile beim Processing relevant (S. 31 f.). Die Multipay hat das Processing konzernintern an die Card Solutions ausgelagert. Dies ist jedoch für die vorliegende Beurteilung nicht von Bedeutung, da die Kosten des Processings der Card Solutions durch die Multipay an die Händler weitergegeben werden.²⁰³ Vgl. KJOS (FN 202), S. 11 ff. ²⁰⁴ Eine ausführliche Liste der Konsolidierung im Acquiring in Europa findet sich in act. no 103, S. 17 ff. ²⁰⁵ Vgl. Discussion Paper zu Art. 82 EGV (FN 192), S. 14; Cards 06 (FN 177), S. 30 f. Vgl. aus der ökonomischen Literatur JEAN TIROLE, *The Theory of Industrial Organization*, MIT Press, 1988, Thirteenth printing, 2002, S. 16 - 17 und 20; JOHN PANZAR/ROBERT WILLIG, *Economies of Scope*, *American Economic Review*, 1981, Vol. 71, No. 2, S. 268 ff.. ²⁰⁶ Vgl. Cards 06 (FN 177), 30 f. ²⁰⁷ Vgl. act. no 103, Beilage 2. Seit April 2008 bietet Multipay auch noch die Akzeptanz von JCB und seit dem 1. Januar 2010 von Diners Club Card und Discover Card an, vgl. www.telekurs-multipay.com/de/tkmpch_index/tkmpch_home/tkmpch_acceptance/c.htm (29.11.2010). ²⁰⁸ So findet sich etwa das Vertragsmodul **Terminal-Miete** direkt auf dem Acquiringvertrag; vgl. act. no 103, Beilage 2. Vgl. auch die Website von Multipay, auf welcher für die Terminals der Card Solutions geworben und festgehalten wird: „Sie können Ihr Terminal kaufen oder mieten. Wenn Sie einen

32/2009/03386/COO.2101.111.5.127333

E. 50

100 150 200 250 300 350 Mrz 05 Apr 05 Mai 05 Jun 05 Jul 05 Anzahl DCC-Verträge und DCC-Aufschaltungen DCC-Verträge DCC-Aufschaltungen 0 5'000 10'000 15'000 20'000 25'000 30'000 35'000 40'000 0 2'000'000 4'000'000 6'000'000 8'000'000 10'000'000 12'000'000 Mrz 05 Apr 05 Mai 05 Jun 05 Jul 05 TRX Umsatz in CHF Umsatz in CHF und Anzahl Transaktionen (TRX) im DCC-Modus Umsatz TRX 300- 350 10'000'000- 15'000'000 40'000- 50'000

■ Im Projektstatusbericht vom 5. Juli 2005 wurde festgehalten: „Im Juni wurden gut [20■000–25■000] Transaktionen für knapp CHF [0–10] Mio. im DCC Modus abgewickelt. Bis heute (05.07.) sind rund [1■000–1■500] Händler mit DCC-Verträgen im PASS [= Payment Acquiring Service System] erfasst. Davon sind gut [400–500] mit einem DCC fähigen ep2 Gerät ausgerüstet und machen aktiv DCC Transaktionen. Weitere ca. [0–100] VPs haben ein ep2 Terminal, aber machen noch keine DCC Transaktionen. Rund ½ der Händler mit DCC Vertrag haben noch kein ep2 Terminal von TKC [= Telekurs Card Solutions]■.413 424. Es kann daher festgehalten werden, dass ab dem 1. März 2005 ein marktfähiges und auch tatsächlich kommerzialisiertes Produkt vorhanden war. Zum Zeitpunkt der Anfrage von Jeronimo am 5. Juli 2005 kann aufgrund der dargestellten Daten die Markteinführung sogar schon als fortgeschritten bezeichnet werden. 425. Multipay weist darauf hin, dass zum Zeitpunkt der Anfrage noch diverse Anpassungen an der DCC-Lösung offen waren. Es handelt sich um die folgenden Funktionen: „Manual Ent- ries im PASS für DCC Transaktionen■; „Tip■-Funktion (=Trinkgeld-Funktion), Kursabfrage-Funktion auf dem Terminal, Erweiterung der Anzahl möglicher DCC-Währungen und Anpas- sungen aufgrund der Monitoring Anforderungen von Multipay.414 Aus den obigen Daten geht allerdings hervor, dass diese ausstehenden Anpassungen nicht dazu geführt haben, dass Multipay/Card Solutions bei sich selber die Aufschaltung von DCC-fähigen Terminals unter- brochen hätte. Es handelt sich um Anpassungen und Weiterentwicklungen, wie es sie im Software-Bereich bei jedem Produkt gibt. Es handelt sich um Zusätze und Verbesserungen, welche die Marktfähigkeit des Produktes nicht in Frage stellen. Zum Vergleich kann etwa darauf hingewiesen werden, dass selbst die ep2-Spezifikationen von Zeit zu Zeit angepasst werden und mittlerweile bei der Version 5.0.1. angelangt sind. Es kann weiter darauf hinge- wiesen werden, dass die offenen Punkte Multipay/Card Solutions nicht daran gehindert ha- ben, zum gleichen Zeitpunkt in dem die Verweigerung gegenüber Jeronimo geschehen ist, mit der Firma [Name Firma]eine Implementierung von DCC für die [Name Firma] (Hotellö- sung) auszuarbeiten.415 Die Argumente, welche gegen eine Offenlegung der Schnittstellenin- formationen gegenüber anderen Terminalanbietern vorgebracht werden, haben daher bei

412 Anzahl DCC-Verträge und Anzahl DCC-Aufschaltungen (aufgeschaltete Card Solutions-Terminals mit DCC-Funktion) sowie Umsatz in CHF und Anzahl Transaktionen im DCC-Modus. 413 Projektstatusbericht vom 5. Juli 2005, act. no 180, Beilage 5. 414 Vgl. Change Requests vom 8. Februar und 8. April 2005, act. no 180, Beilagen 7 und 8. 415 Projektstatusbericht vom 5. Juli 2005, act. no 180, Beilage 5.

32/2009/03386/COO.2101.111.5.127333 113

der Zusammenarbeit mit Unternehmen, welche nicht in Konkurrenz mit Card Solutions auf dem Terminal Markt stehen, keine Rolle gespielt. Die Parteien bringen in ihrer Stellungnah- me vor, die Entwicklung der Hotellösung durch [Name Firma] habe nicht beendet werden können und sei eingestellt worden. Es ist nicht ersichtlich, weshalb das (erst aus der heuti- gen Perspektive bekannte) Scheitern dieses Projektes, etwas daran ändern sollte, dass es zu einem Zeitpunkt in Angriff genommen wurde, in dem Jeronimo eine Offenlegung von Schnittstelleninformationen verweigert wurde. Im Kundenmagazin Accept wurde in der Aus- gabe 03/05 über die Anbindung an das Fidelio-System berichtet und zudem kommuniziert, dass die DCC-Hotellösung auch für andere Softwarehersteller offen sei.416 426. Ähnliches gilt für das durch Visa verlangte Rezertifizierungsverfahren. Zwar trifft es zu, dass aufgrund der Anforderungen von Visa die DCC-Software überarbeitet werden

musste und dass zu Beginn des Prozesses Visa mit Schreiben vom 16. Dezember 2005 verlangt hatte, dass DCC während einer zweimonatigen Requalifikationsperiode bei maximal 100 Händlern aufgeschaltet bleiben dürfe. Allerdings hat SIX mit Schreiben vom 19. Januar 2006 bei Visa erfolgreich beantragt, auf die Reduktion auf 100 Händler zu verzichten. Während der Rezertifizierung und Requalifikation ist es in der Folge zu keinen Einschränkungen bezüglich der DCC-Funktion gekommen. Während der Zeit von Dezember 2005 bis zum April 2006 hat Multipay nicht nur den Status quo gehalten, sondern sogar [800–900] neue DCC-Verträge abgeschlossen. Zudem wurden weitere [1000–1100] Terminals der Card Solutions mit der DCC-Funktion aufgeschaltet. Insgesamt wurden in dieser Zeit rund [450■000– 500■000] Transaktionen im DCC-Modus abgewickelt, was einem Umsatz von rund CHF [140–150] Mio. entspricht. Diese Zahlen belegen, dass der Rezertifizierungs- und Requalifikationsprozess keinen wesentlichen Einfluss auf das Marktverhalten von Multipay/Card Solutions gehabt hat. 427. Die Bedeutung des Rezertifizierungs- und Requalifikationsprozess wird durch folgende Umstände weiter relativiert: ■ Von der Rezertifizierung und Requalifikation war nicht nur Multipay, sondern zahlreiche europäische Acquirer betroffen, deren DCC-Lösungen als ungenügend taxiert wurden. Dabei war die Frage, ob die POS-Terminals nur von einem oder von mehreren Anbietern eingesetzt werden, nicht relevant. Bemerkenswert ist in diesem Zusammenhang, dass Aduno, welche ihre DCC-Lösung mit mehreren Terminalanbietern umgesetzt hat, die Anforderungen der Card Schemes erfüllt hat und keine Rezertifizierung durchlaufen musste. ■ Der zeitliche und finanzielle Aufwand für die Anpassung der DCC-Software der Card Solutions war eher unbedeutend. Der entsprechende „Change Request■ wurde am 10. Januar 2006 erstellt und mit CHF [10■000–20■000.--] (bzw. [10–20] Personentagen) veranschlagt. Im Vergleich dazu betrug das Projektbudget bis zu diesem „Change Request■ CHF [500■000–600■000.--]. Die Rezertifizierung erfolgte bereits am 1. März 2006. ■ Für Multipay stand offenbar bereits von Anfang an fest, dass die neuen Anforderungen erfüllt werden können. Im Business Meeting der Multipay vom 16. Januar 2006 wurde festgehalten: „Kommunikation gegen aussen: wir sind zertifiziert“.417 428. Entscheidend ist zudem, dass keine Kausalität zwischen dem Rezertifizierungs- und Requalifikationsprozess und der Geschäftsverweigerung besteht. Bei der Geschäftsverweigerung gegenüber anderen Terminalherstellern handelt es sich um einen Grundsatzentscheid, welcher bei Multipay spätestens am 20. Juli 2005 feststand (vgl. oben Rz. 314). Im

416 Accept 03/05, S. 7 (www.telekurs-multipay.com/de/accept03_dez2005; 29.11.2010).

417 Act. no 103, Beilage 22 t.

32/2009/03386/COO.2101.111.5.127333 114

Protokoll der gemeinsamen Geschäftsleitungssitzung von Multipay und Card Solutions vom 9. Januar 2006 wurde Traktandum 9: „Zusammenarbeit mit anderen Terminalherstellern/DCC■ wie folgt protokolliert: „Die GL bestätigt die bisherige Haltung, dass für andere Terminalhersteller die DCC-Lösung nicht freigegeben wird (ebenso andere Dienstleistungen wie z.B. popup)“. Diese Passage macht deutlich, dass die Geschäftsverweigerung für Multipay und Card Solutions nicht in Zusammenhang mit der in derselben Sitzung behandelten Rezertifizierung durch Visa stand. Die Verweigerung wurde vielmehr bereits früher beschlossen („bestätigt bisherige Haltung■) und ist eine kategorische, welche nicht nur DCC, sondern auch andere Dienstleistungen betrifft. Es handelte sich daher um eine geschäftspolitische Strategie von Multipay und Card Solutions

bezüglich DCC und anderen Dienstleistungen, nicht mit anderen Terminalherstellern zusammenzuarbeiten. Gerade das Element, dass auch andere Dienstleistungen als DCC nicht freigegeben werden sollten, zeigt auf, dass das Re-zertifizierungsverfahren von Visa bezüglich DCC für die Geschäftsverweigerung gar keine Rolle gespielt hat. Dies wird weiter dadurch bestätigt, dass Multipay/Card Solutions auch nach der definitiven Rezertifizierung und Requalifikation nicht auf das am 17. März 2006 nochmals klar formulierte Anliegen der Jeronimo auf Offenlegung der Schnittstelleninformationen zurückgekommen ist.⁴²⁹ Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass weder die Zertifizierungsanforderungen der Card Schemes an sich noch das Rezertifizierungsverfahren von Visa als legitime business reasons für die Geschäftsverweigerung zu qualifizieren sind.⁴³⁰ Die Parteien bringen in ihrer Stellungnahme vom 16. September 2010 vor, im Rahmen der Verhandlungen über eine einvernehmliche Regelung sei das Sekretariat mit den Parteien einverstanden gewesen, dass eine Zugangsgewährung zu Schnittstelleninformationen nicht vor Abschluss der Test und Zertifizierungsphase erfolgen müsse. Die Parteien leiten dies aus einer Passage aus dem Vorschlag des Sekretariates vom 9. Juni 2010 für eine einvernehmliche Regelung ab, welche wie folgt lautete:⁴¹⁸ Die Gewährung von Zugang zu Produkten der SIX Group AG erfolgt wenn das Produkt marktfähig ist, und nicht mehr aufgrund von Tests oder Zertifizierungen potenziell angepasst werden muss. Es besteht somit grundsätzlich keine Pflicht im Sinne von Ziff. 4.1 und 4.2 zur Gewährung von Zugang zu Produkten der SIX Group AG (i) bevor die Produkte der SIX Group AG, für welche Zugang verlangt wird, eine Test- und Zertifizierungsphase (z.B. durch die Card Schemes) definitiv abgeschlossen haben, oder (ii) vor definitivem Abschluss der Test- und Zertifizierungsphase ohne Zertifizierung bei Produkten der SIX Group AG, die getestet aber nicht von den Card Schemes zertifiziert werden müssen.

⁴³¹ Es sei einzig eine restriktive Ausnahme bezüglich der Offenlegung von Schnittstelleninformationen vorgesehen worden für den Fall, dass sich die Drittpartei zu einer Haftungsübernahme verpflichtete und die Card Schemes ihr Einverständnis erklärten. Bezüglich des Elements des Zeitpunktes der Zugangsgewährung sei daher ein Konsens gefunden worden. Dies gehe auch aus dem Schreiben der Parteien vom 24. Juni 2010 hervor, in welchem zur Kenntnis genommen wird, „dass auch das Sekretariat davon ausgeht, dass eine Zugangsgewährung zu den Schnittstelleninformationen vor Abschluss der Test- und Zertifizierungsphase grundsätzlich nicht erfolgen muss“.⁴¹⁹⁴³² Dem Vorbringen der Parteien muss auf verschiedenen Ebenen entgegengetreten werden. Zunächst gilt es ganz allgemein festzustellen, dass Ausführungen und Äusserungen des Sekre-

⁴¹⁸ Vgl. act. no 208. ⁴¹⁹ Vgl. act. no 217a.

32/2009/03386/COO.2101.111.5.127333 115

tariates die Weko bei der Beurteilung der Zulässigkeit bzw. Unzulässigkeit einer Verhaltensweise nicht zu binden vermögen. Die Weko ist als Entscheidbehörde weder an den Antrag noch an andere Schreiben und Aussagen des Sekretariates gebunden: nach explizitem Wortlaut von Art. 30 Abs. 1 KG steht die Entscheidungsbefugnis in der Hauptsache allein der Weko zu.⁴²⁰ Im Zusammenhang mit der Frage der Sanktionierbarkeit eines Verhaltens hat das Bundesverwaltungsgericht denn auch kürzlich festgehalten, dass der zuständige Abteilungsleiter nicht ermächtigt ist, die Sanktionskompetenz der Weko durch fallspezifische Zusicherungen auszusetzen und hat weiter seine Rechtsprechung bestätigt, dass derartige Zusicherungen auch keinen Vertrauensschutz zu begründen vermögen.⁴²¹

Nichts anderes gilt, wenn das Sekretariat eine einvernehmliche Regelung gemäss Art. 29 KG abschliesst, denn diese bedarf der formellen Genehmigung durch die Weko (Art. 29 Abs. 2 KG). Selbst wenn eine einvernehmliche Regelung zwischen den Parteien und dem Sekretariat zustande gekommen wäre, so hätte die Weko über die Möglichkeit verfügt, ihr die Genehmigung zu versagen.⁴²² Zudem ist es ausgeschlossen, dass die einvernehmliche Regelung die materiell-rechtliche Beurteilung zum Gegenstand haben kann. Sachverhalt und Rechtsfragen sind nicht verhandelbar, sondern von der rechtsanwendenden Behörde hoheitlich zu entscheiden.⁴²³ Bereits aus diesem Grund können Aussagen des Sekretariates während Verhandlungen zu einer einvernehmlichen Regelung keinen Einfluss auf die rechtliche Beurteilung des Falles durch die Weko haben. Dies ist im Übrigen auch deshalb sachgerecht, weil ein eigentliches Verhandeln, welches i.d.R. auch Veränderungen der Position des Sekretariates bedingt,⁴²⁴ verunmöglicht würde, wenn danach jedes Mal die während den Verhandlungen gemachten Äusserungen, Kompromisse oder Zugeständnisse des Sekretariates von den Parteien „verwertet“ werden könnten, selbst wenn diese dann nicht Gegenstand der einvernehmlichen Regelung werden oder eine einvernehmliche Regelung wie im vorliegenden Fall gar nicht zustande kommt. ⁴³³. Inhalt der einvernehmlichen Regelung ist i.d.R. die konkrete Beseitigung der Wettbewerbsbeschränkung für die Zukunft.⁴²⁵ Im vorliegenden Fall haben die Parteien ihr Verhalten bereits vor der Untersuchungseröffnung angepasst. Die einvernehmliche Regelung sollte denn auch gar nicht eine zukünftige Lösung für den konkreten Fall beinhalten, sondern gemäss dem Entwurf des Sekretariates „den Zugang zu Schnittstelleninformationen, zum Zweck der Herstellung und Gewährleistung der Interoperabilität von POS-Terminals betreffend Produkte der SIX Group AG, welche Händlern und Dienstleistungsanbietern im Zusammenhang mit dem Acquiring von Kredit- und Debitkarten angeboten werden“⁴²⁶ regeln und damit eine Lösung zu finden, welche – wie in der Stellungnahme der Parteien ausgeführt – im Interesse des gesamten Industriezweiges sein sollte. Da der Entwurf eine generelle Lösung für die Zukunft darstellen sollte, erscheint es umso weniger nachvollziehbar, weshalb er die Beurteilung des vergangenen Verhaltens im konkreten Fall präjudizieren sollte. ⁴³⁴. Die Vorbringen der Parteien scheitern nicht nur bereits an diesen grundsätzlichen Hürden, sondern sind auch inhaltlich unzutreffend. Die durch die Parteien wiedergegebene Pas-

420 Vgl. ZIRLICK/TAGMANN (FN 197), Art. 30 N 56. 421 Vgl. BVGer, Urteil vom 27. April 2010, Publigruppe gg. Weko i.S. Richtlinien über die Kommissionierung von Berufsvermittlern (B2977/2007), E. 7.4.5.4. unter Hinweis auf BVGer, Urteil vom 3. Oktober 2007 i.S. Unique (B-2157/2006) E. 4.2.6 (publiziert in RPW 2007/4, S. 653 ff.). 422 Vgl. ZIRLICK/TAGMANN (FN 197), Art. 29 N 93. 423 Vgl. ZIRLICK/TAGMANN (FN 197), Art. 29 N 30 m.w.H. 424 Vgl. BGer, RPW 2004/2, S. 661 f., E. 3.4.7. 425 Vgl. ZIRLICK/TAGMANN (FN 197), Art. 29 N 26 ff. m.w.H. 426 Vgl. act. no 208.

32/2009/03386/COO.2101.111.5.127333 116

sage des Entwurfs der einvernehmlichen Regelung wird durch folgenden Abschnitt ergänzt:⁴²⁷ Sofern jedoch das Card Scheme nicht ausdrücklich die Verwendung von Terminals eines Drittherstellers ausschliesst und sich die Drittpartei gegenüber der SIX Group AG uneingeschränkt zur Übernahme der Haftung und sämtlicher Kosten und Risiken, die sich aus der Zugangsgewährung ergeben (insbesondere gegenüber den Card Schemes und den Händlern, sowie gegenüber anderen Entwicklern sowie für allfällige Zusatzaufwände der SIX Group AG) verpflichtet, wird die SIX Group AG die

Schnittstelleninformati- onen dieser Drittpartei vor definitivem Abschluss der Test- und Zertifizierungsphase offen legen. 435. Nach Auffassung des Sekretariates sollte es sich dabei nicht wie von den Parteien vor- gebracht um eine „restriktive Ausnahme■ handeln, sondern grundsätzlich dazu führen, dass Schnittstelleninformationen bereits vor dem definitivem Abschluss der Test- und Zertifizie- rungsphase offengelegt werden müssen, sofern die Drittanbieter die Haftung übernehmen. Ob eine solche Haftungsübernahme der Drittanbieter eine realistische Option dargestellt hät- te und ob die Offenlegungsmodalitäten für die Drittanbieter überhaupt sinnvoll gewesen wä- ren, sollte in einem Markttest geklärt werden. Das Sekretariat hat bereits zu Beginn der Ver- handlungen zur Bedingung gemacht, dass ein Markttest durchgeführt wird. Im Begleitschrei- ben zum Entwurf vom 9. Juni 2010 wurde nochmals festgehalten: „Das Sekretariat möchte daran erinnern, dass es bei einer grundsätzlichen Einigung vor der Unterzeichnung noch ei- nen Markttest durchführen wird und sich je nach Ergebnis des Markttests vorbehält, Anpas- sungen zu verlangen oder vom Abschluss einer EVR Abstand zu nehmen■. Dieser Vorbehalt des Sekretariates macht deutlich, dass bezüglich keinem Punkt des Entwurfes ein definitiver Konsens bestand, sondern die einvernehmliche Regelung nur unterzeichnet worden wäre, wenn diese durch die anderen Marktteilnehmer als sinnvoll erachtet worden wäre. Die Ver- handlungen wurden durch das Sekretariat aber abgebrochen, bevor ein solcher Markttest durchgeführt werden konnte. In materieller Hinsicht ist die Auffassung der Parteien abzuleh- nen, dass eine Zugangsgewährung zu Schnittstelleninformationen nicht vor Abschluss der Test und Zertifizierungsphase erfolgen muss. Es kann in diesem Zusammenhang auf den Microsoft-Entscheid verwiesen werden, welcher eine Offenlegung der Schnittstelleninforma- tionen zu dem Zeitpunkt vorsieht, in welchem ein neues Produkt potenziellen Kunden als Be- ta-Version zu Testzwecken zur Verfügung gestellt wird.428 436. Zum Schluss gilt es darauf hinzuweisen, dass selbst wenn der Rechtsauffassung der Parteien gefolgt würde, dass eine Offenlegung der Schnittstelleninformationen grundsätzlich erst nach Abschluss der Test- und Zertifizierungsphase erfolgen müsste, bezüglich DCC die Voraussetzungen für eine Zugangsgewährung erfüllt gewesen wären. Die Parteien bringen in ihrer Stellungnahme in diesem Zusammenhang vor, die Behauptung, es habe sich bei der DCC-Funktion um ein marktfähiges Produkt gehandelt, sei reine Spekulation und aktenwid- rig. Auch sei es aktenwidrig zu behaupten, es bestehe keine Kausalität zwischen der „Test- und Pilotphase■ und der Nichtoffenlegung gegenüber Drittanbietern. Dem kann nicht gefolgt werden. In den obigen Erwägungen wurde nachgewiesen, dass es sich bei der DCC- Funktion nicht nur um ein marktfähiges Produkt gehandelt hat, sondern um ein tatsächlich am Markt eingeführtes Produkt und das Rezertifizierungsverfahren für die Verweigerung der Offenlegung nicht kausal war. An dieser Stelle werden die Hauptgründe nochmals wieder- holt: ■ Aus den internen Dokumenten geht eindeutig hervor, dass die DCC-Funktion per 1. März 2005 am Markt eingeführt wurde. Der Projektstatusbericht vom 8. März 2005 hält fest: „Der Pilotbetrieb wurde Ende Februar abgeschlossen und in den regulären

427 Vgl. act. no 208. 428 Vgl. Entscheid der EU-Kommission vom 24. März 2004 i.S. Microsoft (COMP/C-3/37.792), Rz. 1009.

32/2009/03386/COO.2101.111.5.127333 117

Betrieb überführt“429. Dies entspricht auch der externen Kommunikation: im Ge- schäftsbericht der Telekurs Group für das Jahr 2005 wurde festgehalten: „Die im Feb- ruar 2005 lancierte automatische Währungsumrechnung Dynamic Currency Conver- sion (DCC)

erwies sich von Beginn weg als Erfolg.“⁴³⁰ Die Markteinführung lässt sich schliesslich anhand der Entwicklung der Vertragsabschlüsse sowie der im DCC- Modus vorgenommenen Transaktionen belegen (vgl. oben Rz. 423). ■ Zum Zeitpunkt der Anfragen von Jeronimo und der anderen Terminalanbieter sowie zum Zeitpunkt der Information des CEO von Multipay an der Geschäftsleitungssitzung der Card Solutions vom 20. Juni 2005, „dass für Jeronimo kein DCC angeboten wird“ war noch gar nicht bekannt oder absehbar, dass Visa eine Rezertifizierung und Requalifizierung verlangen würde. Das erste Schreiben von Visa datiert nämlich erst vom 16. Dezember 2005. Für die vorgängige Verweigerung kann daher gar keine Kausalität bestehen. ■ Auch danach ist das Rezertifizierungsverfahren nicht kausal für die Verweigerung. Aus dem Protokoll der gemeinsamen Geschäftsleitungssitzung von Multipay und Card Solutions vom 9. Januar 2006 geht hervor, dass es sich um einen strategischen Entscheid handelt, bezüglich DCC und anderen Dienstleistungen nicht mit anderen Terminalanbietern zusammenzuarbeiten, welcher unabhängig vom Rezertifizierungsverfahren für die Nichtoffenlegung ausschlaggebend ist (vgl. oben Rz. 428). Dies wurde durch Multipay gegenüber Jeronimo auch mit folgenden Worten klar kommuniziert: „Wir haben in der Geschäftsleitungssitzung von letzter Woche das Thema diskutiert und es wurde beschlossen, dass wir grundsätzlich firmenintern entwickelte Dienstleistungen nicht freigeben“⁴³¹ (vgl. oben Rz. 315). Auch auf das bereits nach der Rezertifizierung eingegangene Schreiben der Van de Velden Holding B.V. wurde nicht etwa auf die noch ausstehende Requalifizierung hingewiesen, sondern Multipay antwortete mit dem Einzeiler „Bezüglich Ihres Ersuchens betreffend DCC Multipay sehen wir keine Veranlassung unsere Position zu ändern“⁴³² (vgl. oben Rz. 428). ⁴³⁷. Anlässlich des Hearings haben die Parteien erneut vorgebracht, dass sich DCC zum Zeitpunkt der Anfragen in einer Pilotphase befunden habe. Dabei haben die Vertreter der Parteien erstmals vorgebracht, es sei ein Pilot mit [500–600] Händlern durchgeführt worden: ■ CEO Multipay: „Das [Tests mit echten Händlern] muss man machen. Unabhängig von DCC, wenn ein neues Terminal auf den Markt kommt – es gibt ja diese ep2, wo der Handel dabei ist – damit man das möglichst effizient und kostengünstig macht, gibt man das Terminal in einer Pilot- bzw. Testphase frei. Dann schaut man während 1–2 Monaten, wie alles läuft. Vorher macht man Laborversuche, die man in-house macht. Damit wirklich nachgewiesen werden kann, dass ein Terminal richtig funktioniert, hat man die Möglichkeit Pilots zu fahren. Dann wird zertifiziert. Nach dieser Zertifizierung gibt es Roll-Outs. Man kann sich fragen, wie viele es braucht: Braucht man 50, 500, 5, 500. Das ist eine individuelle Sache. Wir haben mit [0–100] angefangen und dann mit [500–500].“ ■ CEO Multipay: „Der erste Roll-Out kam Mitte 2005, bevor die Software durch Card Solutions überarbeitet wurde. Es war sehr wichtig, dass die Kunden den Karteninhabern immer fragen: Willst Du mit Deiner Währung zahlen oder willst Du in Schweizer Franken zahlen? Das war ein Must. Als dann Tests durch Visa und MasterCard ge-

⁴²⁹ Projektstatusbericht vom 8. März 2005, act. no 180, Beilage 5 ⁴³⁰ Vgl. Telekurs Geschäftsbericht 2005, S. 11, www.telekurs.com/de/dl_tkhoch_company_publications_gb05.pdf (29.11.2010). ⁴³¹ Act. no 103, Beilage 19b. ⁴³² Act. no 103, Beilage 19g.

32/2009/03386/COO.2101.111.5.127333 118

macht wurden, hat man festgestellt, dass viele Kunden das nicht gefragt haben. [...] Unsere Software-Applikation wurde dann verbessert. Card Solutions hat das gehandhabt, dass

nicht nur der Händler Ja/Nein drücken muss, sondern auch der Karteninhaber selber. Das ist eine Software-Applikationsänderung gewesen, die in der zweiten Phase des Pilots stattgefunden hat. Dann wurde rezertifiziert und dann ging es zu den Testkäufen und dann hiess es: Ja, euer System ist gut. Ihr könnt damit ein Roll-Out machen. Das war im 2006.“

■ CEO Multipay auf Frage des Präsidenten der Weko, ob jeder Kunde die DCC-Funktion erhalten habe: „Nein, weil wir gezielt repräsentativ Kunden ausgesucht haben. Das hätten auch 1'500 sein können, nicht nur [500–500]. Wir hatten ein repräsentatives Sample.“

■ CEO Multipay auf Frage des Präsidenten der Weko, ob denn Kunden abgelehnt worden sind: „Ich sage hier Nein, weil mir kein Fall bekannt ist“ und „Es ist mir nicht bekannt. Ich weiss es nicht. Ich glaube nicht“.

■ CEO Card Solutions: „Wir haben gesagt, dass wir ca. 600 Pilotkunden wollten. Wenn wir 600 gehabt hätten, und das Hotel in Zermatt auch noch kommen würde, ich nehme an, dass wir Ja gesagt hätten. Aber nicht bei vielen mehr, weil wir das alles noch managen mussten. Das waren aber bestehende Kunden.“

438. Vorab ist auf eine Ungereimtheit in den Aussagen des CEO von Multipay hinzuweisen. In seiner ersten oben wiedergegebenen Aussage erklärte er zunächst den üblichen Testablauf. Zuerst erfolgen in-house Laborversuche, anschliessend wird eine Pilotphase durchgeführt. Dann wird zertifiziert. Nach der Zertifizierung erfolgt der „Roll-Out.“

■ In seiner zweiten oben wiedergegebenen Aussage, gibt er an, der erste Roll-Out sei Mitte 2005 gekommen. Diese Aussage steht im Widerspruch zu den anderen Voten, in welchen geltend gemacht wird, man habe sich zu diesem Zeitpunkt immer noch in der zeitlich vorgelagerten Pilotphase befunden.

439. Die durch den CEO von Multipay erwähnten Entwicklungsphasen entsprechen grundsätzlich den Phasen, die ein Terminal im Rahmen seiner ep2-Zertifizierung zu durchlaufen hat. Vor der ep2-Zertifizierung muss eine Pilotphase erfolgreich abgeschlossen werden. Die Pilotphase wird mit rund 5–50 Terminals durchgeführt und dauert mind. 5 Wochen und max. 3 Mte. Bei bedienten Terminals müssen mindestens 1000 Transaktionen mit Maestro/MasterCard und 1000 Transaktionen mit Visa/V-PAY absolviert werden.

433 Werden diese Anforderungen an den Pilot für die Zertifizierung eines Terminals betrachtet, so zeigt sich wie unwahrscheinlich es ist, dass für eine Zusatzapplikation eine Pilotphase mit über [500–600] Kunden, über eine Zeitdauer von mehr als einem Jahr und über ein Volumen von über [200'000–250'000] Transaktionen im Wert von rund CHF [80–90] Mio. durchgeführt wird.

440. Ausschlaggebend ist jedoch, dass es für die Durchführung einer Pilotphase mit [500–600] ausgesuchten Kunden keinerlei Anhaltspunkte in den Akten gibt, weder in den Projektstatusberichten für DCC noch in den Protokollen der Geschäftsleitungssitzungen von Multipay oder Card Solutions. Die entsprechenden Aussagen im Hearing können vielmehr durch schriftliche Dokumente, die von den Parteien selber stammen, widerlegt werden. Folgende Passagen stammen aus den Projektstatusberichten (PB) der Card Solutions (vgl. auch schon oben Tabelle 8):

434

433 Vgl. Business Use Case Specification: ep2 Certification Process, Version 5.1.0, Ziff. 8 (www.eftpos2000.ch/website/cms/upload/formulare/ca/BUC-Certification.pdf; 29.11.2010).

434 Alle Projektstatusberichte finden sich in Beilage 5 zu act. no 180, Hervorhebungen in den nachfolgenden Zitaten hinzugefügt.

32/2009/03386/COO.2101.111.5.127333 119

■ PB vom 2.12.2004: „Die Testphase ist abgeschlossen [...] Die Pilotphase wird ab 18.1. mit zuerst drei Zürcher Hotels starten. Weitere Hotels in Crissier, Arosa, Bad Ragaz und St. Moritz werden folgen [...]“.

■ PB vom 8.2.2005: Der produktive Pilot hat am 20.1.

begonnen. [...] Die anfänglichen Schwierigkeiten mit der Terminalsoftware konnten ausgeräumt werden. Sowohl Terminal wie Host [...] verarbeiten DCC Transaktionen ohne Probleme. Der Pilot dauert bis Ende Februar ([10–20] Terminals in [10–20] Hotels). Ab 1.3. beginnt die Ausbreitungsphase. TKM acquirit bereits heute DCC Verträge mit Startdatum 1.3. ■ ■ PB 8.3.2005: „Der Pilot wurde Ende Februar abgeschlossen und in den regulären Betrieb überführt“. ■ PB 10.5.2005 (falsch datiert): „Bis heute (14.6.) sind knapp [800–900] Händler mit DCC Verträgen im PASS erfasst. Davon sind rund [200–300] mit einem DCC fähigen ep2 Gerät ausgerüstet und machen aktiv DCC Transaktionen. Weitere ca. [0–100] VPs haben ein ep2 Terminal, aber machen noch keine DCC Transaktionen. Rund ½ der Händler mit DCC Vertrag haben noch kein ep2 Terminal von TKC. ■ ■ PB 13.09.2005: „Bis heute sind gut [2'000–2'100] Händler mit DCC Verträgen im PASS erfasst. Davon sind gut [700–800] mit einem DCC fähigen ep2 Gerät ausgerüstet und machen aktiv DCC Transaktionen. 441. Die Projektstatusberichte belegen, dass die Pilotphase mit einer beschränkten Anzahl Terminals durchgeführt und Ende Februar 2005 abgeschlossen wurde. Danach folgte die Ausbreitungsphase. Bereits im Juni 2005 hatte Multipay mit mehr Händlern DCC-Verträge abgeschlossen als den im Hearing behaupteten [500–600] Kunden. Im September 2005 machten dann auch bereits mehr Händler aktiv DCC-Transaktionen als die behaupteten [500–600] Kunden. Die Berichte zeigen weiter auf, dass die Anzahl Händler und Terminals während der massgebenden Zeitperiode kontinuierlich zugenommen hat, was ebenfalls der Grundkonzeption eines Pilots widerspricht. Die Projektstatusberichte zeigen weiter auf, dass die Mehrheit der Händler, welche einen DCC-Vertrag schlossen, „noch über „kein ep2 Terminal von TKC verfügten. Dies belegt einerseits, dass bei einer Mehrheit der Händler, die einen DCC-Vertrag abgeschlossen haben, nicht einfach die DCC-Software auf ein bestehendes Terminal aufgespielt werden konnte, sondern dass jene zuerst noch ein Terminal kaufen mussten. Andererseits wird deutlich, dass damit gerechnet wurde, dass diese Kunden ein Card Solutions-Terminal kaufen würden. 442. Auch im Protokoll der Geschäftsleitungssitzung von Card Solutions vom 30. Mai 2005 findet sich eine Passage, welche der behaupteten Testphase mit [500–600] Kunden widerspricht: „R. Oechslin bringt das Thema DCC zur Diskussion und äussert seine Unzufriedenheit mit dem Stand der Kampagne im Sales. Als Massnahme wurden [1'000–2'000] Adressen zur Bearbeitung an den Aussendienst von TKC übergeben. 435 443. Neben diesen internen Quellen wurde die Lancierung auf dem Markt auch extern kommuniziert. Auf den Jahresbericht 2005 der Telekurs Group wurde bereits hingewiesen (vgl. oben Rz. 436). Aber bereits am 6. Februar 2005 wurde die Kundschaft auf der Homepage der Card Solutions über das neue Angebot informiert. 436 Direkt auf der Startseite fand

435 Act. no 103, Beilage 21b, Hervorhebung hinzugefügt. An dieser Geschäftsleitungssitzung waren u.a. Vertreter von Card Solutions anwesend, welche auch bei der Anhörung Auskunft erteilt haben (Herren [CEO Card Solutions und Vertreter Card Solutions], Herr [CEO Multipay] war entschuldigt). 436 Vgl. die Homepage [www.telekurs-card-solutions](http://www.telekurs-card-solutions.com) in der Version vom 6. Februar 2005 im Internet Archive (<http://web.archive.org/web/20050206155230/http://www.telekurs-card-solutions.com>; 29.11.2010).

32/2009/03386/COO.2101.111.5.127333 120

sich unter „Aktuelles“ folgender Hinweis: „Automatische Währungsumwandlung (DCC). Die Dynamic Currency Conversion funktioniert auf allen ep2-Terminals der Telekurs Card

Soluti- ons“. Wurde dieser Hyperlink angeklickt, so folgten weitere Informationen: „Die Dynamic Cur- rency Conversion (DCC) ist eine neue Dienstleistung von Telekurs Multipay [...] DCC ver- langt Terminals der neuen Generation. Die Dynamic Currency Conversion funktioniert auf ep2-fähigen Terminals (davinci, EPSYS smash). Wenn Sie bereits Terminals der neuen Ge- neration im Einsatz haben, können Sie die Software mit wenig Aufwand updaten. Zudem be- nötigen Sie einen gültigen DCC-Vertrag mit Telekurs Multipay. Verfügbar ist unsere neue Dienstleistung ab Februar 2005.“⁴³⁷ Neben der Bestätigung, dass die Funktion im Frühjahr 2005 lanciert wurde, zeigen diese Passage auch auf, dass ein anlässlich des Hearings vor- gebrachter Einwand, dass DCC zunächst nur für eine Produktfamilie aufgeschaltet worden sei,⁴³⁸ unzutreffend ist. ⁴⁴⁴. Aber auch die Multipay verkündete am 18. Februar 2005 öffentlich den Abschluss der Pilotphase: „DCC: Dynamisch auf Erfolgskurs! Die Dynamic Currency Conversion (DCC) bewährte sich in einem Pilotversuch mit namhaften Schweizer Hotels. Die Vorteile von DCC liegen auf der Hand, für Sie und Ihre internationale Kundschaft: Kredit- oder Maestro- Zahlungen werden bequem, schnell, sicher und automatisch in 13 Fremdwährungen umge- rechnet. Und dabei profitieren Sie sogar noch von tieferen Gebühren und der neusten Ter- minalgeneration! Dass sich DCC im täglichen Einsatz bewährt, davon überzeugten sich rund 10 führende Schweizer Hotels in einem zweimonatigen Pilotversuch. Die Hotelle- rie, mit vielen ausländischen Kunden eine ideale Testbranche, prüfte die neue Dienst- leistung von Telekurs Multipay auf Herz und Nieren – und war begeistert! [...] Als erster Schweizer Acquirer bietet Ihnen Telekurs Multipay diese vorteilhafte Dienstleistung mit ei- nem EMV/ep2-fähigen Terminal (z. B. EPSYS smash, Telekurs davinci) an. Im Kapitel «Ser- vice» finden Sie unter Dynamic Currency Conversion weitere Informationen dazu. Haben wir Ihr Interesse geweckt? Kontaktieren Sie uns, wir unterbreiten Ihnen gerne ein Angebot.“⁴³⁹ Am 6. Juni 2005 erfolgte eine weitere Information durch Multipay, welche mit einer Pilotpha- se nicht kompatibel erscheint, sondern die Vermarktung von DCC durch Multipay belegt: „DCC: Installieren und sofort profitieren. Noch nie war es für Sie so einfach, Ihren Kunden einen Extra-Service zu bieten und gleichzeitig Ihren Kommissionssatz bis zu einem vollen Prozentpunkt zu senken. Dynamic Currency Conversion DCC von Telekurs Multipay, die au- tomatische Währungsumwechslung direkt am Terminal, ist sofort betriebsbereit, kinderleicht zu bedienen und dank Währungsgewinn auch finanziell äusserst attraktiv. [...] Weitere In- formationen zur automatischen Wechselkursumrechnung finden Sie auf unserer Website im Kapitel „Service“ unter Dynamic Currency Conversion. Dort können Sie sich auch direkt für unseren neuen Service anmelden. Sie können nur profitieren.■⁴⁴⁰ ⁴⁴⁵. Gleichzeitig wurde das Produkt auch aktiv beworben. Das Thema DCC wurde im Zu- sammenhang mit der Einführung dieses Angebots im Jahr 2005 in jeder Ausgabe des Kun- denmagazins von Multipay namens „accept■ thematisiert.⁴⁴¹ Der erste Artikel findet sich be-

⁴³⁷Vgl.

<http://web.archive.org/web/20050112102032/www.telekurs-card-solutions.com/dcc.asp> (29.11.2010); Hervorhebung hinzugefügt. ⁴³⁸ Vgl. act. no 264. ⁴³⁹ Vgl. das Informationsarchiv auf der Website von Multipay (www.telekurs-multipay.com/de/-tkmpch_index/tkmpch_home/tkmpch_news/tkmpch_news_info/tkmpch_news_info_archive.htm?&id=23878; 29.11.2010), Hervorhebung hinzugefügt. ⁴⁴⁰ Vgl. das Informationsarchiv auf der Website von Multipay (www.telekurs-multipay.com/de/-tkmpch_index/tkmpch_home/tkmpch_news/tkmpch_news_info/tkmpch_news_info_archive.htm?&id=25350; 29.11.2010), Hervorhebung hinzugefügt. ⁴⁴¹ Alle Ausgaben abrufbar unter:

www.telekurs-multipay.com/DE/tkmpch_index/tkmpch_home/
tkmpch_customerservice/tkmpch_customerservice_publications/tkmpch_customerservice_
publications_accept/tkmpch_customerservice_publications_acceptarchive.htm
(29.11.2010).

32/2009/03386/COO.2101.111.5.127333 121

reits in accept 03/04: „DCC: So dynamisch – und profitabel – war die Umrechnung in Fremdwährungen noch nie■. Im Jahr 2005 enthielt dann jede Ausgabe Ausführungen zu DCC: accept 01/05: „DCC: Das Wechselwunder■; in der Ausgabe 02/05 folgten gleich zwei Artikel: „DCC jetzt auch für kassenintegrierte Terminals■ und „DCC: Die ultimative Outdoor- Lösung■. Schliesslich in Accept 03/05 der Beitrag „Premiere im Seedamm Plaza: Fidelio mit DCC■. 446. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass auch unter Berücksichtigung der Stellung- nahme der Parteien sowie ihrer Ausführungen anlässlich des Hearings am Ergebnis festzu- halten ist, dass sich DCC während der relevanten Zeitperiode nicht mehr in einer Pilotphase befunden hat und das Rezertifizierungsverfahren von Visa keine „legitimate business rea- sons■ für die vorgenommene Verweigerung von Geschäftsbeziehungen begründet. Etwas anderes ergibt sich auch nicht unter Berufung auf die (aus dem Gesamtzusammenhang ge- rissenen) Äusserungen des Sekretariates im Rahmen der Verhandlungen für eine einver- nehmliche Regelung. B.3.3.3.5.2.3 Investitions- und Innovationsanreize a. Investitions- und Innovationsanreize als Begründung für die Verweigerung von Geschäftsbeziehungen 447. In der ökonomischen Lehre wird der Tatbestand der Verweigerung von Geschäftsbe- ziehungen („refusal to deal■) in erster Linie als eine Problematik der Investition wirtschaftli- cher Ressourcen und der Innovation verstanden. Bei der Prüfung des Vorliegens von „legiti- mate business reasons■ im Sinne von Effizienzgründen sind daher gerade im Zusammen- hang mit der Verweigerung von Geschäftsbeziehungen die Investitions- und Innovationsan- reize generell zu berücksichtigen. 442 448. Wenn das verweigerte Gut das Resultat von gewichtigen und riskanten Investitionen darstellt, so ist im Rahmen der Anwendung von Art. 7 Abs. 2 lit. a KG dafür Sorge zu tragen, dass der Investitions- und Innovationswille der Unternehmen langfristig nicht beeinträchtigt wird.443 449. Vor diesem Hintergrund, d.h. zur Sicherstellung von Investitions- und Innovationsanrei- zen, kann einem marktbeherrschenden Unternehmen allenfalls die Möglichkeit gewährt wer- den, die Belieferung an Dritte für eine bestimmte Mindestperiode zu verweigern, damit sich die Investitionen bezahlt machen können, selbst wenn ein solches Verhalten zu einer zeit- weisen Beeinträchtigung des wirksamen Wettbewerbs führt. Demgegenüber kann der Um- stand, dass Dritten Zugang zum Geschäftsverkehr mit dem marktbeherrschenden Unter- nehmen gewährt wird, sowohl die Wettbewerbssituation verbessern als auch seinerseits wiederum Investitionen zur Folge haben (z.B. von den zugelassenen Dritten).444 Die EU- Kommission hält hierzu fest: „Enforcement policy towards refusals to supply has to take into account both the effects of having more short-run competition and the possibility of long-run effects on investment incentives.“445 450. In der Literatur und Praxis wird die Frage des Innovations- und Investitionsschutzes als Rechtfertigung für die Verweigerung von Geschäftsbeziehungen vor allem im Zusammen- hang mit „Essential Facilities■446 sowie immaterialgüterrechtlich geschützten Innovationen

442 Vgl. REY/TIROLE (FN 354), S. 75 ff.; MASSIMO MOTTA, Competition Policy, Theory and Practice, Cambridge 2004, S. 64 ff.; AMSTUTZ/CARRON (FN 268), Art. 7 N 112 m.w.H. 443 Vgl. MOTTA (FN 355), S. 65 f. 444 Vgl. AMSTUTZ/CARRON (FN

197), Art. 7 N 113 m.w.H. 445 Vgl. Discussion Paper zu Art. 82 EGV (FN 192), Rz. 213. 446 Vgl. statt vieler ausführlich AMSTUTZ/CARRON (FN 197), Art. 7 N 112 und 143 ff. 32/2009/03386/COO.2101.111.5.127333 122

diskutiert.⁴⁴⁷ Da im vorliegenden Fall die Verweigerung von Schnittstelleninformationen zur Diskussion steht, wird nachfolgend auf den zweiten Themenkomplex eingegangen. b. Investitions- und Innovationsanreize im Zusammenhang mit Immaterialgüterrechten 451. Im Zusammenhang mit der Prüfung der vorbehaltenen Vorschriften gemäss Art. 3 Abs. 2 KG wurde festgehalten, dass im Rahmen der materiellen kartellrechtlichen Prüfung die Zielsetzungen des Immaterialgüterrechts angemessen zu berücksichtigen sind (vgl. Rz. 112 und 131). 452. Die Zuerkennung von immaterialgüterrechtlichen Exklusivrechten für einen begrenzten Zeitraum soll Anreize für technische Innovationen schaffen. Die Exklusivitätsrechte verbessern die Aussicht der Unternehmen, ihre Innovationskosten zu decken bzw. ihre Investitionen zu amortisieren. Während der Schutzdauer wird der Imitationswettbewerb ausgeschaltet und das innovierende Unternehmen wird vor Trittbrettfahrern geschützt.⁴⁴⁸ Allerdings stellt die Tatsache, dass das von der Geschäftsverweigerung betroffene Gut immaterialgüterrechtlich geschützt ist, nicht per se eine Rechtfertigung für die Verweigerung dar.⁴⁴⁹ 453. Zur Prüfung der Frage, ob die Verweigerung des Zugangs zu immaterialgüterrechtlich geschützten Gütern sachlich gerechtfertigt ist, hat die EU-Kommission den sogenannten „Incentives Balance Test“ entwickelt. Es handelt sich dabei nicht um einen mathematischen Test, sondern darum, dass eine Abwägung erfolgt, ob die durch eine Zwangslizenz bzw. Offenlegung von Schnittstelleninformationen bewirkte Reduktion der Innovationsanreize für das marktbeherrschende Unternehmen durch die erhöhten Innovationsanreize der Wettbewerber übertroffen wird.⁴⁵⁰ c. Investitions- und Innovationsanreize im konkreten Fall aa) Vorbringen der Multipay 454. Multipay hat vorgebracht, sie habe gute Gründe gehabt, die DCC-Spezifikationen nicht gegenüber Jeronimo zu öffnen. Im Vordergrund stehe hier der Investitionsschutz für die in den vergangenen Jahren getätigten bedeutenden Investitionen.⁴⁵¹ Die sofortige Pflicht zur Zwangslizenzierung (wenige Monate nach der Marktreife eines Produkts) verwehre einem Unternehmen im dynamischen Wettbewerb den Anreiz zum Streben nach Innovationen und

447 Vgl. statt vieler ausführlich AMSTUTZ/CARRON (FN 197), Art. 7 N 115 ff. und 148. 448 Vgl. ausführlich zu den klassischen Begründungen des Immaterialgüterschutzes ANDREAS HEINEMANN, Immaterialgüterschutz in der Wettbewerbsordnung, Tübingen 2002, S. 12 ff.; vgl. auch FIALA (FN 119), S. 3 ff. 449 Vgl. AMSTUTZ/CARRON (FN 268), Art. 7 N 148 m.w.H. 450 Vgl. Entscheid der EU-Kommission vom 24. März 2004 i.S. Microsoft (COMP/C-3/37.792), Rz. 709–712 und 783; vgl. auch FRANÇOIS LÉVÊQUE, Innovation, leveraging and essential facilities: Interoperability licencing in the EU Microsoft case, World Competition 28, 2005, S. 71 ff., öffentlich zugänglich im Internet unter www.cerna.ensmp.fr/Documents/Innovation,_leveraging_and_essential_facilities:_Interoperability_licencing_in_the_EU_Microsoft_case.pdf (29.11.2010), März 2005, S. 7 ff.; CLAUDIA SCHMIDT/WOLFGANG KERBER, Microsoft, Refusal to Licence Intellectual Property Rights, and the Incentives Balance Test of the EU Commission, Working Paper, 2008, erhältlich unter <http://ssrn.com/abstract=1297939> (29.11.2010), S. 2, 7 f.; PIERRE LAROUCHE, The European Microsoft Case at the Crossroads of Competition Policy and Innovation, 2008, TILEC Discussion Paper No. 2008-021, erhältlich unter <http://ssrn.com/abstract=1140165>

(29.11.2010), S. 11 f. 451 Act. no 12, S. 16.

32/2009/03386/COO.2101.111.5.127333 123

Weiterentwicklungen, da gleich nach der Markteinführung Dritthersteller die Funktionalitäten des neuen Produkts imitieren könnten, ohne selbst ein neues Produkt anzubieten.^{452 455} Es gilt nun zu prüfen, ob im konkreten Fall die Geschäftsverweigerung deshalb gerechtfertigt werden kann, weil sie der Sicherstellung von Investitions- und Innovationsanreizen dient. Dabei sind im Sinne eines Incentive Balance Tests einerseits die Investitions- und Innovationsanreize von Multipay/Card Solutions und andererseits der anderen Terminalanbieter zu berücksichtigen. bb) Offenlegung von Schnittstelleninformationen ⁴⁵⁶. Bei der Prüfung, ob im vorliegenden Fall ein Vorbehalt gemäss Art. 3 Abs. 2 KG vorliegt, wurde ausführlich darauf eingegangen, weshalb Schnittstellen und Schnittstelleninformationen urheberrechtlich nicht geschützt sind. Dabei wurde dargelegt, dass die Verpflichtung zur Offenlegung von Schnittstelleninformationen das auch im Zusammenhang mit den Investitions- und Innovationsanreizen zentrale Thema des Imitationsschutzes nicht tangiert, da die Zielsetzung der Offenlegung die Herstellung von Interoperabilität ist (vgl. oben Rz. 117 ff., insbesondere Rz. 124). Mit anderen Worten kann festgehalten werden, dass ein Produkt nicht wegen seiner Schnittstellen und der entsprechenden Schnittstelleninformationen entwickelt wird. Die Innovation stellt das Produkt dar, aus dessen Vermarktung die dafür aufgewendeten Investitionen amortisiert bzw. Gewinne erzielt werden können. Die Investitions- und Innovationsanreize würden beeinträchtigt, wenn Konkurrenten ermöglicht würde, dieses Produkt zu kopieren. Die Schnittstellen sind demgegenüber nur die Übergänge zu anderen Produkten. Ihre Offenlegung ermöglicht nicht die Kopie des Produkts, sondern die Entwicklung ergänzender Produkte. ⁴⁵⁷. Es wurde ebenfalls bereits darauf eingegangen, dass die Verweigerung von Schnittstelleninformationen eine typische Fallkonstellation der missbräuchlichen Verweigerung von Geschäftsbeziehungen darstellt und auf internationaler Ebene wichtige Leitentscheide von Kartellbehörden vorliegen, welche eine Offenlegung der Schnittstelleninformationen erzwungen haben (vgl. oben Rz. 303). ⁴⁵⁸. Entsprechend diesen Ausführungen geht auch die EU-Kommission davon aus, dass die Verweigerung von Schnittstelleninformationen einen besonders problematischen Fall der Verweigerung von Geschäftsbeziehungen darstellt, bei dem die Anforderungen an eine kartellrechtliche Verpflichtung zur Offenlegung tiefer als in anderen Konstellationen anzusetzen sind: „even if such information [information needed for interoperability] may be considered a trade secret it may not be appropriate to apply to such refusals to supply information the same ⁴⁵³ high standards for intervention.“^{454 459}. Im Fall „Microsoft“ gelangte die EU-Kommission zum Ergebnis, dass der nicht-diskriminierende Zugang zu Schnittstelleninformationen zu mehr Innovationen auf dem nachgelagerten Markt führt, als wenn nur der Inhaber der Schnittstelleninformationen Applikationen zu seinem Produkt entwickelt.⁴⁵⁵ In der ökonomischen Literatur wird teilweise vorgebracht, es gebe Gründe zur Annahme, dass in Computermärkten aus einer wohlfahrtsökonomischen Perspektive die beste Lösung offene Schnittstellen in Verbindung mit einem

⁴⁵² Act. no 151, S. 9. ⁴⁵³ Dies bezieht sich auf die übrigen Praktiken, welche unter den Tatbestand der Geschäftsverweigerung fallen (vgl. Rz. 243). ⁴⁵⁴ Discussion Paper zu Art. 82 EGV (FN 192), Rz. 241; vgl. auch die entsprechende Argumentation der EU-Kommission im Beschwerdeverfahren betreffend Microsoft Entscheid des EuG vom 17. September 2007 i.S. Microsoft (T-201/04), Rz. 275 ff. ⁴⁵⁵ Vgl. Entscheid der

EU-Kommission vom 24. März 2004 i.S. Microsoft (COMP/C-3/37.792), Rz. 698 f.; vgl. auch SCHMIDT/KERBER (FN 450), S. 30 f.

32/2009/03386/COO.2101.111.5.127333 124

immateriälgüterrechtlichen Schutz für Hard- und Software darstellen würde.⁴⁵⁶ Eine Offenlegung von Schnittstelleninformationen erscheint insbesondere dann als gerechtfertigt, wenn ähnlich wie bei einer Essential Facility ein „Flaschenhals“ (bottleneck) besteht, welcher eher eine Folge von Grössen- und Verbundvorteilen im Markt und weniger das Ergebnis einer innovativen Geschäftsstrategie des marktbeherrschenden Unternehmens ist.⁴⁵⁷ In der Literatur wird denn auch ausgeführt, dass Schnittstellen marktbeherrschender Unternehmen oftmals de facto-Standards bilden, welche als wesentliche Einrichtungen qualifiziert werden können.⁴⁵⁸ 460. Auf den konkreten Fall übertragen bedeutet dies, dass den Investitions- und Innovationsanreizen als Rechtfertigungsgrund bereits deshalb nur eine beschränkte Bedeutung zukommt, weil die Verweigerung die Schnittstelleninformationen betroffen hat, welche die Terminalhersteller zur Herstellung von Interoperabilität mit der von Multipay angebotenen DCC-Lösung benötigt hätten. Die Gefahr einer Verdrängung von Investitions- und Innovationsanreizen ist vor allem dann gegeben, wenn der Programmcode offengelegt werden muss, so dass eine Imitation des Produktes ermöglicht wird.⁴⁵⁹ Dies war in casu nicht der Fall. Weiter ist zu berücksichtigen, dass Multipay auf dem Markt für das Acquiring der Kreditkarten Visa und MasterCard sowie auf dem Markt für das Acquiring der Debitkarte Maestro marktbeherrschend ist. Das Acquiring-Geschäft ist – wie weiter vorne aufgezeigt (vgl. Rz. 226 ff.) –, durch Grössen- und Verbundvorteile geprägt. Die Bedeutung des Zugangs zu den Schnittstelleninformationen für die DCC-Funktion ergibt sich nicht aus dessen Innovationsgehalt, sondern aus der den sehr hohen Marktanteilen von Multipay im Acquiring kombiniert mit dem Umstand, dass DCC für den Händler eine Standardoption darstellt. Aufgrund dieser Elemente kommt der von Multipay angebotenen DCC-Funktion die Bedeutung eines de-facto-Standards zu, was für dessen Offenlegung spricht. 461. Nach diesen Erwägungen, welche im vorliegenden Fall bereits grundsätzlich das Vorliegen einer sachlichen Rechtfertigung aus Gründen des Investitions- und Innovationsschutzes fraglich erscheinen lassen, wird nachfolgend konkret auf die Investitions- und Innovationsanreize von Multipay/Card Solutions sowie der anderen Terminalanbieter eingegangen. cc) Investitions- und Innovationsanreize von Multipay/Card Solutions 462. Es gilt zu betonen, dass DCC nicht eine Innovation respektive ein neues Produkt von Multipay und Card Solutions darstellt, sondern dass diese Dienstleistung bereits vor der Lancierung durch Multipay und Card Solutions in zahlreichen europäischen Ländern angeboten wurde. So hat beispielsweise die zur Global Refund Gruppe gehörende FCC die DCC-Dienstleistung bereits im Jahr 2001 in England auf den Markt gebracht (in Zusammenarbeit

456 Vgl. SUZANNE SCOTCHMER, *Innovation and Incentives*, MIT Press, Cambridge 2004, S. 298 ff.; MARIA J. GIL-MOLTÓ, *Economic Aspects of the Microsoft Case: Networks, Interoperability and Competition*, Working Paper (forthcoming in *Microsoft on Trial: Legal and Economic Analysis of a Transatlantic Antitrust Case*, Luca Rubini [Hrsg.], August 2010), Leicester 2008, erhältlich unter (<https://ira.le.ac.uk/bitstream/2381/7581/1/dp08-39%5b1%5d.pdf>; 29.11.2010), S. 31. 457 Vgl. REY/TIOLE (FN 354), S. 76: ■ Interventions in the form of forced access is more warranted if the bottlenecks origin is increasing returns to scale or scope than when it

results from an innovative strategy. ■ 458 Vgl. HEINIMANN (FN 448), S. 515 ff. 459 KAI-UWE KÜHN/JOHN VAN REENEN, Interoperability and Market Foreclosure in the European Micro- soft Case, in: Cases in European Competition Policy: The Economic Analysis, B Lyons (Hrsg.), Cambridge, 2009, erhältlich als Working Paper aus dem Jahr 2008 unter http://eprints.lse.ac.uk/4664/1/Interoperability_and_Market_Foreclosure_In_the_European_Microsoft_Case.pdf (29.11.2010), S. 22.

32/2009/03386/COO.2101.111.5.127333 125

mit Barclays).⁴⁶⁰ FCC hat ihre Geschäftstätigkeit in der Schweiz im Juli 2003 mit der Unterzeichnung eines Zusammenarbeitsvertrags mit der Cornè Banca begonnen. Dieser Vertrag wurde im Jahr 2005 auf die Aduno übertragen. Die ersten DCC-Transaktionen der Kooperation FCC/Aduno erfolgten im Februar 2005, beinahe gleichzeitig mit der Markteinführung von DCC durch Multipay.⁴⁶³ Die Innovationsleistung von Multipay/Card Solutions ist daher auf eine eigenständige Umsetzung der DCC-Dienstleistung beschränkt mit teilweise von der Konkurrenz abweichenden Produkteigenschaften (z.B. mehr Währungen). Die Grundidee der Währungsumrechnung direkt am POS-Terminal sowie das Geschäftsmodell, wonach die Einnahmen zwischen Acquirer, DCC-Provider und Händler aufgeteilt werden, stammt nicht von Multipay/Card Solutions, sondern war bereits in zahlreichen Ländern im Markt eingeführt. Es stellt sich daher die Frage, ob der Schutz von Innovationsanreizen im vorliegenden Fall überhaupt zur Diskussion steht, jedenfalls liegt höchstens ein sehr beschränkter Innovationsgehalt vor.⁴⁶⁴ Bei den Investitionen von Multipay/Card Solutions handelt es sich nicht um risikoreiche und bedeutende Investitionen. Da die DCC-Funktion in anderen Ländern bereits erfolgreich im Markt eingeführt worden waren, sind Multipay/Card Solutions bei ihren Investitionen nur ein sehr limitiertes Risiko eingegangen. Dieses Risiko wurde weiter dadurch vermindert, dass Multipay/Card Solutions von einer sicheren Nachfrage ausgehen konnten, da für Multipay-Händler nur die eigene DCC-Lösung in Frage gekommen ist.⁴⁶⁵ Die Gesamtinvestitionen, welche bei der Card Solutions im Zusammenhang mit der Entwicklung der DCC-Leistung angefallen sind, belaufen sich auf rund CHF [500■000–600■000.--]. Bis zum Projektabschlussberichts vom 10. April 2006 wurden Einnahmen von CHF [5–10] Mio. generiert, welche wie folgt aufgeteilt wurden: Anteil Card Solution CHF [0–1] Mio. (= [10–20]%), Anteil Multipay CHF [0–5] Mio. (= [50–60]%) und Kickback Merchants CHF [0–5] Mio. (= [30–40]%).⁴⁶¹ Die Investitionen waren demnach nach rund einem Jahr schon mehr als amortisiert. Die relative Bedeutung dieser Investitionen ist weiter daraus ersichtlich, dass Card Solutions im Jahr 2006 einen Umsatz von CHF [50–60] Mio. auf dem Terminalmarkt und von insgesamt CHF [100–150] Mio. aufweist und Multipay einen solchen von CHF [100–150] Mio.⁴⁶² Von grosser Bedeutung ist schliesslich, dass durch die Offenlegung der Schnittstelleninformationen weder die Einnahmen der Multipay noch der Card Solutions aus der DCC-Leistung gemindert werden. Der Grund liegt darin, dass die Einnahmen aus dem Gebrauch der DCC-Funktion zwischen Acquirer, DCC-Provider und Händler aufgeteilt werden (vgl. oben Rz. 465). Die Terminalanbieter erwirtschaften hingegen weder Erträge aus der Nutzung der DCC-Funktion durch den Händler, noch hat diese Funktion einen Einfluss auf den Terminalpreis. Das Argument, die Verweigerung erfolge zum Schutz der für die Innovation notwendigen Investitionen bzw. soll einen gerechtfertigten Gewinn aus der Innovation generieren, geht damit im vorliegenden Fall fehl. Die Verweigerung lässt sich daher auch nicht durch eine Beeinträchtigung der Investitions- und Innovationsanreize von

Multipay/Card Solutions rechtfertigen. dd) Positive Auswirkungen auf den Innovationswettbewerb im Terminalmarkt 467. Durch die Gewährung von Interoperabilität können Konkurrenten mit Card Solutions in einen fairen Wettbewerb treten („Level Playing Field■), so dass die Produkteigenschaften ihrer Terminals zum Tragen kommen. Dies fördert den Innovationswettbewerb auf dem Termini-

460 Vgl. act. no 162; Presseartikel vom 6. September 2001

(www.dfnionline.com/print/1065786.html; 29.11.2010). 461 Vgl. act. no 180, Beilage 6.

462 Umsatz unter Ausschluss der Interchange Fees, die den Issuern weitergeleitet werden.

32/2009/03386/COO.2101.111.5.127333 126

nalmarkt, selbst bei der Card Solutions, welche sich einem erhöhten Wettbewerbsdruck ausgesetzt sieht. 468. Die Gewährung der Interoperabilität hat weiter zur Folge, dass die Terminalprodukte der Konkurrenten der Card Solutions attraktiver werden und somit ihr Absatz steigt. Dies mindert die anteiligen Kosten von Innovationen von Dritten, da jede Innovation auf mehr verkaufte Einheiten verteilt werden kann. Dadurch werden die Investitions- und Innovationsanreize der anderen Terminalanbieter weiter erhöht.463 ee) Ergebnis 469. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass im vorliegenden Fall nicht ersichtlich ist, weshalb durch die Offenlegung der Schnittstelleninformationen die Investitions- und Innovationsanreize bei Multipay/Card Solutions verloren gehen sollten. Es ist vielmehr davon auszugehen, dass die positiven Folgen der Offenlegung der Schnittstelleninformationen auf den Innovationswettbewerb überwiegen. Die Geschäftsverweigerung der Multipay lässt sich insofern nicht aus sachlichen Gründen rechtfertigen. 470. Die Parteien bringen in ihrer Stellungnahme vor, Jeronimo habe gerade keine ergänzenden Produkte zur DCC-Funktion der Card Solutions anbieten wollen. Vielmehr habe Jeronimo selbst die DCC-Funktion der Card Solutions anbieten wollen. Dieser Einwand ist unzutreffend. Jeronimo wollte zu keinem Zeitpunkt als DCC-Provider auftreten und die DCC-Funktion der Card Solutions anbieten. Jeronimo hat die Offenlegung der Schnittstelleninformationen verlangt, um die Interoperabilität der eigenen Terminals mit der durch Multipay den Händlern angebotenen DCC-Funktion sicherzustellen. Dies dient entgegen der Auffassung der Parteien sowohl dem Markt wie auch den Kunden, wird doch der Innovationswettbewerb auf dem Terminalmarkt nicht mehr durch die fehlende Interoperabilität der Terminals von Drittherstellern verfälscht. B.3.3.3.5.2.4 Weitere vorgebrachte Gründe 471. Multipay hat weiter vorgebracht, bei gewissen Händlern lohne sich der Aufwand, diese mit DCC auszurüsten und zu schulen, gar nicht. Dies kann nicht als sachlicher Grund für die Geschäftsverweigerung gelten. Diese Frage hat nämlich keinen Zusammenhang mit der Terminalfrage. Sofern Multipay tatsächlich die Auffassung vertritt, bei einem bestimmten Händler mache DCC keinen Sinn, so steht es Multipay grundsätzlich offen, diesem keinen DCC-Vertrag anzubieten. Dies gilt jedoch unabhängig davon, von welchem Hersteller das Terminal stammt. 472. Kein sachlicher Grund ist zudem darin zu erblicken, wenn Multipay geltend macht, die Card Solutions-Terminals seien technisch den Terminals der Konkurrenz überlegen und würden daher für den Händler die bessere Lösung darstellen. Es obliegt nicht Multipay zu entscheiden, welches für den Händler der beste Terminal ist. Diese Wahl kommt einzig und allein dem Händler zu.464 Kommt hinzu, dass auf dem Terminalmarkt die Funktionsfähigkeit der Terminals durch die EMV- und ep2-Zertifizierung sichergestellt wird. B.3.3.3.5.2.5 Vergleich mit dem Verhalten von Aduno 473. In Lehre und Rechtsprechung wird darauf hingewiesen, dass zulässiges Verhalten dann anzunehmen ist,

„wenn sich das marktbeherrschende Unternehmen nicht anders ver-

463 KÜHN/VAN REENEN (FN 459), S. 23. 464 Vgl. CLERC (FN 192), Art. 7 LCart N 277; vgl. auch Mitteilung zu Art. 82 EGV (FN 186), Rz. 29 m.w.H.

32/2009/03386/COO.2101.111.5.127333 127

hält, als auch ein Unternehmen ohne gesteigerten Markteinfluss dies in der gleichen Situation tun würde.■465 474. Auch wenn der Umkehrschluss, dass unzulässiges Verhalten dann anzunehmen ist, wenn sich das marktbeherrschende Unternehmen anders verhält als ein Unternehmen ohne gesteigerten Markteinfluss, nicht generelle Gültigkeit haben kann, wird im vorliegenden Fall das Fehlen von „legitimate business reasons■ durch einen Vergleich mit dem Konkurrenten Aduno unterstrichen. Die Aduno hat ebenfalls im Jahr 2005 damit begonnen, in Zusammen- arbeit mit FCC als DCC-Provider (vgl. oben Rz. 284), ihren Händlern die DCC-Funktion an- zubieten. Im Gegensatz zur Multipay hat Aduno von Beginn weg mehreren Terminalanbie- tern Zugang zur DCC-Funktion gewährt und heute verfügen alle Terminalanbieter über Ter- minals, welche bei Aduno DCC-fähig sind. Dies obwohl Aduno denselben Anforderungen der Card Schemes (z.B. bezüglich Schulung der Händler) unterliegt wie Multipay. 475. Hinzu kommt, dass jeder Einsatz der DCC-Funktion beim Acquirer zusätzliche Einkünf- te generiert (vgl. oben Rz. 465 und 466). Der Acquirer hat (wie auch der DCC-Provider) ei- nen Anreiz auf eine möglichst starke Verbreitung von DCC hinzuwirken. Er hat daher auch ein Interesse daran, dass möglichst viele Terminals DCC-fähig sind, und zwar unabhängig vom Terminalanbieter. Die durch Multipay vorgenommene Beschränkung auf Card Soluti- ons-Terminals erscheint aus Sicht von Multipay als Acquirer sowie von Card Solutions als DCC-Provider nicht als rationale Strategie. Das Verhalten von Multipay wird erst dann er- klärbar, wenn ihre marktbeherrschende Stellung berücksichtigt wird, welche ihr über die DCC-Funktion die Möglichkeit zur Verdrängung von Konkurrenten ihrer Schwestergesell- schaft Card Solutions auf dem Terminalmarkt eröffnet. Die Absicht des marktbeherrschen- den Unternehmens, seine Marktmacht auf einem benachbarten Markt zu restituieren, schüt- zen oder auszudehnen, indem Wettbewerber verdrängt oder behindert werden oder Markteintritte erschwert oder verhindert werden, kann keinesfalls als legitimate business rea- son gelten.466 476. In diesem Zusammenhang ist auch auf den von den Parteien in ihrer Stellungnahme angeführten Vorwurf einzugehen, der Antrag beinhalte keine sinnvoll nachvollziehbare wirt- schaftliche Schädigungstheorie („Theory of Harm■). Insbesondere führen die Parteien an, dass Multipay kein wirtschaftliches Interesse an den Terminalverkäufen der Card Solutions hätte, da sie davon in keiner Weise profitieren würde. Zudem hätte auch die Card Solutions kein Interesse an der Behinderung anderer Terminallieferanten. Vielmehr hätte sie ein Inte- resse, als Acquiring-Processor möglichst viele DCC-Transaktionen zu verarbeiten. 477. Zunächst ist festzuhalten, dass der Entscheid (und auch schon der Antrag) sehr wohl eine ökonomisch nachvollziehbare „theory of harm■ enthält. Diese lautet kurz zusammenge- fasst, dass die Multipay ihre marktbeherrschende Stellung in den Acquiringmärkten dazu verwendet hat, die Marktstellung ihrer Schwestergesellschaft Card Solutions auf dem Termi- nalmarkt zu stärken, indem sie die anderen Terminalanbieter beim Zugang zur DCC- Funktion behindert hat. Es handelt sich somit um eine klassische, in Literatur und Praxis an- erkannte „Foreclosure■-Theorie (vgl. Rz. 299 ff.). Die Überprüfung, ob eine „Theory of Harm■ widerlegt werden kann oder nicht, ist sodann Gegenstand der Untersuchung. Dabei gilt es die folgenden drei Aspekte zu berücksichtigen: (1) Besteht die Möglichkeit für ein anti-

kompetitives Verhalten, (2) bestehen Anreize für ein solches Verhalten und (3) ist das Verhalten volkswirtschaftlich schädlich. Im Rahmen der Untersuchung wurden alle diese Aspekte sorgfältig geprüft.

465 REKO/WEF, in: RPW 2004/3, S. 884, E. 4.5; vgl. auch RPW 2008/4, S. 579, Rz. 175; RPW 2000/1, S. 11, Rz. 15; CLERC (FN 192), Art. 7 LCart N 87. 466 Vgl. AMSTUTZ/CARRON (FN 268), Art. 7 N 134.

32/2009/03386/COO.2101.111.5.127333 128

478. So wurde die marktbeherrschende Stellung der Multipay auf den Acquiring-Märkten gründlich abgeklärt, welche die Grundvoraussetzung für die Möglichkeit eines missbräuchlichen Verhalten darstellt (vgl. Rz. 132 ff.). 479. Betreffend der Anreizfrage wurden vorstehend alle Argumente der Parteien ausführlich geprüft, welche eine Verweigerung von Geschäftsbeziehungen rechtfertigen könnten bzw. eine solche Verhaltensweise hätten rational erscheinen lassen. Insbesondere ist in diesem Zusammenhang nochmals auf den unauflösbaren Widerspruch der Aussage der Parteien, dass sie keine wirtschaftlichen Anreize zu einer Verweigerung von Geschäftsbeziehungen hätten, mit ihrem tatsächlichen Verhalten hinzuweisen. So ist es aktenkundig, dass sich die Geschäftsleitung der Multipay und Card Solutions mehrmals kategorisch geweigert hat, im DCC-Bereich mit anderen Terminallieferanten zu kooperieren (vgl. Rz. 309 ff., insbesondere Rz. 314 sowie Rz. 428). 480. Ergänzend kann bezüglich des wirtschaftlichen Interesses der Multipay und der Card Solutions an einer Verweigerung von Geschäftsbeziehungen Folgendes angeführt werden: Aufgrund der überragenden Stellung der Multipay auf den Acquiring-Märkten hat der Umstand, dass die DCC-Funktion nur in Kombination mit einem Terminal der Card Solutions angeboten wurde, offenbar zu keiner Abwanderung von Händlern geführt. Isoliert betrachtet hatte somit die Verweigerung von Geschäftsbeziehungen keinen negativen Einfluss auf das Geschäftsergebnis der Multipay. Dasselbe gilt für das Geschäftsergebnis der Card Solutions in ihrer Rolle als Acquiring-Processor für Multipay, da dieses – aufgrund des direkten Zusammenhangs zwischen Acquiring und Processing – eng mit dem Geschäftsergebnis der Multipay korreliert. Statisch betrachtet wirkte sich folglich das Verhalten der Multipay/Card Solutions neutral auf das Acquiring- und Processing-Geschäft aus, während die Umsätze bei den Terminalverkäufen gesteigert werden konnten. Ein wirtschaftliches Interesse an einer Verweigerung von Geschäftsbeziehungen kann in einer solchen Konstellation somit ohne weiteres bejaht werden. Dynamisch betrachtet kommt zudem hinzu, dass durch die Verhaltensweise die Tendenz, alles aus einer Hand zu beziehen, verstärkt wird. In diesem Sinne äusserte sich auch Herr Fillistorf anlässlich des Hearings als er ausführte, dass die Terminalverkäufe von Card Solutions für den Acquirer Multipay den Vorteil mit sich bringen, Kenntnis von geplanten Acquirerwechseln der Händler zu erhalten (da der Terminal für einen solchen Wechsel durch Card Solutions auf den neuen Acquirer umgestellt werden muss), was Multipay die Möglichkeit eröffnet, den Wechsel allenfalls durch ein neues Acquiringangebot zu verhindern.⁴⁶⁷ Generell erleichtert das beanstandete Verhalten die längerfristige Realisierung von Verbundvorteilen („economies of scope“), was sich als Expansionshinderung für Konkurrenten auswirken kann und die Stellung der SIX insgesamt verstärkt (vgl. auch Rz. 199). 481. Schliesslich wird im Entscheid (wie schon im Antrag) auch auf die volkswirtschaftlichen Schäden der Verweigerung von Geschäftsbeziehungen eingegangen. Insbesondere wurde erläutert (vgl. Rz. 347 ff.), dass von einer volkswirtschaftlich schädlichen Verhaltensweise auszugehen ist, wenn der

Zugang zu Lieferquellen oder Märkten erschwert oder verunmöglicht wird. Ein möglicher Beweis für eine solche schädliche Verhaltensweise beinhaltet dann gemäss EU-Praxis nicht nur die vollständige Verdrängung von Wettbewerbern, sondern auch ein Anstieg des Marktanteils des marktbeherrschenden Unternehmens oder eine Verlangsamung seiner Marktanteilsverluste. Genau dies wurde vorliegend nachgewiesen. Auch hier kann ergänzend angeführt werden, dass die Verhaltensweise der Parteien zudem – wie der markante Anstiegs ihrer Marktanteile aufzeigt – durchaus Potenzial hatte, um längerfristig Konkurrenten aus dem Terminalmarkt zu verdrängen oder diese zumindest massiv zu behindern. Im Extremfall hätten die Parteien ihre frühere marktmächtige Stellung restituieren können, was i.d.R. mit Preiserhöhungen oder der Nichtweitergabe von Preissenkungen an

467 Vgl. act. 265.

32/2009/03386/COO.2101.111.5.127333 129

die Marktgegenseite einhergeht. Der Vollständigkeit halber sei abschliessend noch darauf hingewiesen, dass auch die positiven volkswirtschaftlichen Auswirkungen der Gewährung von Interoperabilität auf den Innovationswettbewerb im Terminalmarkt oben dargelegt wurden. Umgekehrt ausgedrückt, ohne die Gewährung von Interoperabilität, wäre von einer Hemmung des Innovationswettbewerbs im Terminalmarkt auszugehen gewesen, was ein weiterer volkswirtschaftlich schädlicher Effekt des Verhaltens der Parteien aufzeigt.

B.3.3.3.5.3 Ergebnis bezüglich sachlicher Rechtfertigungsgründe 482. Es kann festgehalten werden, dass keine legitimate business reasons vorliegen, welche die Geschäftsverweigerung zu rechtfertigen vermögen. B.3.3.3.6 Ergebnis bezüglich Verweigerung von Geschäftsbeziehungen 483. Aus der oben vorgenommenen, ausführlichen Analyse aller massgebenden Umstände des vorliegenden Falles ergibt sich, dass die Verweigerung von Geschäftsbeziehungen durch Multipay/Card Solutions vom 5. Juli 2005 bis zum 8. Dezember 2006 als missbräuchlich im Sinne von Art. 7 Abs. 2 lit. a i.V.m. Art. 7 Abs. 1 KG zu qualifizieren ist. B.3.3.4 Diskriminierung von Handelspartnern B.3.3.4.1 Allgemeines 484. Art. 7 Abs. 2 lit. b KG hält fest, dass sich ein marktbeherrschendes Unternehmen unzulässig verhält, wenn es Handelspartner bei Preisen oder sonstigen Geschäftsbedingungen diskriminiert. Gemäss dieser Bestimmung sind marktbeherrschende Unternehmen an das Gleichbehandlungsgebot gebunden.⁴⁶⁸ Eine Diskriminierung kann daher einerseits bei der Ungleichbehandlung gleicher Sachverhalte, aber auch bei der Gleichbehandlung ungleicher Sachverhalte gegeben sein.⁴⁶⁹ Dies bedeutet, dass dann keine Diskriminierung vorliegt, wenn die Verhaltensweise des marktbeherrschenden Unternehmens auf sachlichen Gründen basiert (legitimate business reasons).⁴⁷⁰ 485. Aus dem Gesetz geht hervor, dass der Tatbestand des Art. 7 Abs. 2. lit. b KG erfüllt ist, wenn kumulativ (1) eine Diskriminierung vorliegt, welche (2) Handelspartner betrifft. Diese Diskriminierung muss gemäss Art. 7 Abs. 1 KG (3) andere Unternehmen in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindern (Behinderungstatbestand) oder die Marktgegenseite benachteiligen (Ausbeutungstatbestand). Schliesslich darf (4) die Diskriminierung nicht durch sachliche Rechtfertigungsgründe gerechtfertigt sein.⁴⁷¹ B.3.3.4.2 Diskriminierung 486. Eine Diskriminierung kann sich aus dem Verhalten des marktbeherrschenden Unternehmens ergeben.⁴⁷² Eine direkte Diskriminierung liegt dann vor, wenn das marktbeherrschende Unternehmen ein ungleiches Verhalten auf gleichartige Sachverhalte anwendet.

468 Vgl. REKO/WEF, in: RPW 2005/3, S. 525, E. 5.4.; RPW 2008/3, S. 399, Rz. 140 f.; BOTSCHAFT 95 (FN 115), S. 571 f.; CLERC (FN 192), Art. 7 LCart N 84. 469 Vgl. REKO/WEF, in: RPW 2005/3, S. 525, E. 5.4.; REINERT (FN 288), Art. 7 N 15. 470 Vgl. RPW 2008/4, S. 590, Rz. 224; LÜSCHER (FN 190), Rz. 94 f.; ROLF DÄHLER/PATRICK KRAUSKOPF/MARIO STREBEL, in: Thomas Geiser/Patrick Krauskopf/Peter Münch, Schweizerisches und europäisches Wettbewerbsrecht, Handbücher für die Anwaltspraxis Bd. IX, Basel 2005, Rz. 8.87. 471 Vgl. auch AMSTUTZ/CARRON (FN 268), Art. 7 N 198. 472 Vgl. AMSTUTZ/CARRON (FN 268), Art. 7 N 205.

32/2009/03386/COO.2101.111.5.127333 130

Diese Lagen müssen nicht identisch sein; es genügt, wenn sie äquivalent sind. Bei der indirekten Diskriminierung wird demgegenüber eine gleichartige Verhaltensweise auf ungleiche Situationen angewendet.⁴⁷³ 487. Eine Diskriminierung kann namentlich dann vorliegen, wenn sich das marktbeherrschende Unternehmen weigert, mit gewissen Unternehmen Geschäftsbeziehungen einzugehen, obwohl es mit vergleichbaren Unternehmen solche unterhält. Die sogenannte geschäftsverweigernde Diskriminierung kann die Wettbewerbsbedingungen zwischen dem von der Geschäftsverweigerung Betroffenen und dessen Wettbewerber verfälschen, so dass dieses Verhalten unter Art. 7 Abs. 2 lit. b KG fällt.⁴⁷⁴ 488. Gemäss der Praxis der Weko greift das Diskriminierungsverbot von Art. 7 Abs. 2 lit. b KG auch dann, wenn das marktbeherrschende Unternehmen die zum gleichen Konzern gehörenden Gesellschaften anders behandelt als deren Konkurrenten: „Marktbeherrschende Unternehmen unterliegen der positiven Pflicht, Wettbewerber in vor- und nachgelagerten Handelsstufen gleich zu behandeln wie die zum marktbeherrschenden Unternehmen gehörenden Wirtschaftseinheiten.“⁴⁷⁵ Das marktbeherrschende Unternehmen muss die Wettbewerber zu Bedingungen beliefern, die nicht ungünstiger sind als diejenigen für die eigenen Wirtschaftseinheiten.⁴⁷⁶ Einschlägig ist in diesem Zusammenhang die Untersuchung „Telecom PTT/Blue Window“, in welcher die Weko befand, dass die Telecom PTT durch die bevorzugte Behandlung des eigenen Internetdienstes Blue Window und durch ungenügende Information der übrigen privaten Provider Art. 7 Abs. 2 lit. b KG verletzt hat.⁴⁷⁷ Zuvor hatte die Weko mittels vorsorglicher Massnahmen die Pläne der Telecom PTT unterbunden, die neue 0842-Nummer in einer Einführungsphase nur ihrem eigenen Dienst Blue Window und nicht den anderen Internet Providern anzubieten.⁴⁷⁸ Auch in der europäischen Praxis und Rechtsprechung wird der Tatbestand der Diskriminierung auf Sachverhalte erfasst, bei welchen konzerninterne und externe Wirtschaftseinheiten unterschiedlich behandelt werden.⁴⁷⁹

⁴⁷³ Vgl. zum Ganzen RPW 2008/4, S. 590, Rz. 224; AMSTUTZ/CARRON (FN 268), Art. 7 N 206 und 211; CLERC (FN 192), Art. 7 LCart N 165. ⁴⁷⁴ Vgl. AMSTUTZ/CARRON (FN 268), Art. 7 N 108; CLERC (FN 192), Art. 7 LCart N 121. Vgl. auch den Entscheid der EU-Kommission vom 2. Juni 2004 (Comp/38.096) in Sachen Clearstream, Rz. 234 ff.; bestätigt in EuG, Entscheid vom 9. September 2009 (T-301/4), Clearstream, Rz. 156, welche die nicht fristgerechte Zugangsgewährung zu primären Clearingdienstleistungen sowohl unter dem Aspekt der Geschäftsverweigerung als auch unter demjenigen der Diskriminierung geprüft und beide bejaht haben. ⁴⁷⁵ RPW 2002/3, S. 446, Rz. 43. ⁴⁷⁶ Vgl. RPW 2004/2, S. 439 ff., Rz. 142 ff.; RPW 2002/3, S. 446, Rz. 43; RPW 1997/2, S. 167 f., Rz. 48 ff.; ROBERTO DALLFIOR, in: Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, Eric Homburger/Bruno Schmidhauser/Franz Hoffet/Patrik Ducrey (Hrsg.), Zürich 1997, Art.

7 N 103; DUCREY (FN 105), Rz. 1535; Nicht zu folgen ist daher der Auffassung von AMSTUTZ/CARRON (FN 268), Art. 7 N 200 ff., welche Art. 7 Abs. 2 lit. b KG nur dann anwenden wollen, wenn das marktbeherrschende Unternehmen auf dem betroffenen vor- oder nachgelagerten Markt nicht tätig ist bzw. Art. 7 Abs. 2 lit. b KG soll keine Anwendung finden, wenn damit eine Verdrängung von Konkurrenten beabsichtigt wird. 477 RPW 1997/2, S. 161 ff., insbes. S. 167 f., Rz. 48 ff. 478 Vgl. RPW 1997/1, S. 44 ff.; RPW 1997/2, S. 167, Rz. 40–42. 479 Vgl. Im Fall Deutsche Bahn (DB) hat das EuG im Entscheid vom 21. Oktober 1997 (T-229/94, Slg. 1997 II 1689 ff.) das Vorliegen einer Verletzung von Art. 82 Abs. 2 lit. c EGV (Diskriminierung) mit folgender Schlussfolgerung (Rz. 93) bejaht: „Nach alledem hat die Kommission ausreichende Beweise zur Stützung ihrer Beurteilung des Verhaltens der DB erbracht und rechtlich hinreichend dargetan, daß die DB durch ihr Verhalten unterschiedliche Bedingungen für gleichwertige Leistungen erzwungen und dadurch ihren Handelspartnern, die auf den Weststrecken tätig sind, einen Nachteil im Wettbewerb mit ihr selbst und ihrer Tochtergesellschaft Transfracht zugefügt hat“ (Hervorhebung hinzugefügt). Vgl. auch den entsprechende Entscheid der EU-Kommission vom 29. März 1994 in Sachen HOV SVZ/MCN, ABl. 1994 L 104/34, S. 34-57. Rz. 157 ff. Vgl. weiter den Entscheid der EU-32/2009/03386/COO.2101.111.5.127333 131

489. Im vorliegenden Fall hat Multipay entschieden, die den Händlern angebotene DCC-Funktion nur für die ep2 POS-Terminals der eigenen Konzernschwester Card Solutions freizugeben (vgl. Rz. 314). Den Wettbewerbern von Card Solutions auf dem Terminalmarkt wurde der Zugang zu dieser Funktion verweigert, was eine geschäftsverweigernde Diskriminierung während der massgebenden Zeitperiode darstellt. Oder anders ausgedrückt: Da die Offenlegung im Dezember 2006 doch noch erfolgt ist, kann die Diskriminierung auch in der um ein Jahr und fünf Monate verspäteten Offenlegung der Schnittstelleninformationen erblickt werden. Diese Bevorzugung der eigenen Schwestergesellschaft gegenüber anderen Terminalanbietern ist als direkte Diskriminierung zu qualifizieren, befanden sich doch alle Terminalanbieter in einer gleichartigen Lage. Die Äquivalenz ergibt sich daraus, dass alle Terminalanbieter auf demselben Markt miteinander im Wettbewerb stehen und äquivalente Produkte anbieten. Die Äquivalenz der Produkte wird im vorliegenden Fall in besonderem Mass durch den ep2-Standard sichergestellt. Dieser Standard führt dazu, dass auch für den Acquirer die unterschiedlichen ep2-Terminals der verschiedenen Terminalanbieter äquivalent sind (vgl. Rz. 253 ff.). Weiter haben die anderen Terminalanbieter von Multipay ein äquivalentes Verhalten verlangt, wie es Multipay gegenüber der Card Solutions gezeigt hat (Möglichkeit, den Multipay-Händlern Terminals anbieten zu können, welche mit der von Multipay angebotenen DCC-Funktion interoperabel sind). 490. Die Parteien bestreiten die Äquivalenz unter Hinweis auf den Umstand, dass sich die DCC-Funktion noch in einer Test- und Zertifizierungsphase befunden habe, weshalb die Einhaltung der Anforderungen der Card Schemes primär konzernintern habe sichergestellt werden müssen. Die Argumentation der Parteien, die DCC-Funktion habe sich zum Zeitpunkt der Anfragen von Jeronimo noch in einer Pilotphase befunden, wurde oben ausführlich behandelt und widerlegt (vgl. oben Rz. 422 ff.). Zudem belegt die in der Zwischenzeit auf der Grundlage der offengelegten Schnittstellen erfolgte Implementierung der durch Multipay angebotenen DCC-Funktion auf den Terminals der Wettbewerber deren Äquivalenz. 491. Die Parteien bringen zudem vor, eine Diskriminierung liege nicht vor, da sich Card Solutions

als Inhaberin der Rechte an der DCC-Funktion nicht ungleich bezüglich ihrer eigenen Wettbewerber verhalten könne. Auch auf dieses Argument wurde bereits im Rahmen der Prüfung der Geschäftsverweigerung eingegangen und dargelegt, weshalb die beanstandete Verhaltensweise Multipay zuzurechnen ist (vgl. oben Rz. 325 ff.). Diese Zurechnung gilt auch im Zusammenhang mit der Qualifizierung der Verhaltensweise von Multipay unter dem Diskriminierungstatbestand. B.3.3.4.3 Betroffenheit von Handelspartnern 492. Die Diskriminierung muss gegen Handelspartner gerichtet sein, die auf vor- oder nachgelagerten bzw. benachbarten Märkten tätig sind. Dabei genügt es, wenn das von der Diskriminierung betroffene Unternehmen vergebens versucht hat, mit dem marktbeherrschenden Unternehmen bezüglich der fraglichen Leistung zu einer Einigung zu kommen. M.a.W. handelt es sich nicht erst dann um einen Handelspartner, wenn ein Vertrag besteht, sondern bereits wenn über eine Geschäftsbeziehung Verhandlungen angestrebt wurden.⁴⁸⁰ 493. Gemäss Lehre und der Praxis der Weko ist der Tatbestand auch dann erfüllt, wenn die Konkurrenten des marktbeherrschenden Unternehmens von der diskriminierenden Verhaltensweise betroffen sind.⁴⁸¹

Kommission vom 2. Juni 2004 (Comp/38.096) in Sachen Clearstream, Rz. 234 ff.; bestätigt in EuG, Entscheid vom 9. September 2009 (T-301/4), Clearstream, Rz. 156. 480 Vgl. AMSTUTZ/CARRON (FN 268), Art. 7 N 215. 481 Vgl. RPW 2008/3, S. 399, Rz. 141; RPW 2006/4, S. 656, Rz. 195 und S. 658, Rz. 210; RPW 2004/2, S. 440, Rz. 146; vgl. auch AMSTUTZ/CARRON (FN 268), Art. 7 N 217.

32/2009/03386/COO.2101.111.5.127333 132

494. Im vorliegenden Fall richtet sich die Diskriminierung von Multipay gegen die Konkurrenten von Card Solutions auf dem benachbarten Terminalmarkt. Diverse Terminalanbieter, namentlich Jeronimo, haben Kontakt mit Multipay aufgenommen, um die Interoperabilität ihrer Terminals mit der von Multipay den Händlern angebotenen DCC-Funktion herstellen zu können (vgl. oben Rz. 309 ff.). Das Erfordernis der Betroffenheit von Handelspartnern bzw. Konkurrenten ist somit gegeben. B.3.3.4.4 Wettbewerbsbehinderung 495. Diskriminierende Praktiken eines marktbeherrschenden Unternehmens sind insofern wettbewerbsrechtlich relevant, als sie den ungünstiger behandelten Handelspartner im Wettbewerb behindern.⁴⁸² 496. Durch das diskriminierende Verhalten wurden die Terminalanbieter gegenüber der Card Solutions auf dem Terminalmarkt behindert, da sie Multipay-Händlern keine DCC-fähigen Terminals anbieten konnten. Die konkreten Auswirkungen sind dieselben, welche bereits bei der Verweigerung von Geschäftsbeziehungen dargestellt wurden (vgl. ausführlich zu den Auswirkungen auf dem Terminalmarkt oben Rz.355 ff.), so dass an dieser Stelle nur einige Kernpunkte wiederholt werden: ■ Die Diskriminierung hatte zur Folge, dass Jeronimo und andere Terminallieferanten Händlern, welche über einen Acquiring-Vertrag mit Multipay verfügten oder einen solchen abschliessen wollten, keine DCC-fähigen Terminals anbieten konnten. Umgekehrt formuliert war einzig Card Solutions in der Lage, diesen Händlern DCC-fähige Terminals zu verkaufen. Die anderen Terminalanbieter erlitten einen Wettbewerbsbehinderung, da sie für ein bestimmtes Kundensegment (Multipay-Händler, welche an DCC interessiert sind), de facto vollständig vom Markt ausgeschlossen wurden. ■ Bei der DCC-Fähigkeit handelt es sich um eine Terminaleigenschaft, welche für den Händler positive Auswirkungen zeitigt (da er an den mit dieser Funktion erwirtschafteten Erträgen beteiligt ist) und bei der Beschaffung erst noch keinen Aufpreis zur Folge hat. ■ In gewissen Branchen mit zahlreicher ausländischer Kundschaft (namentlich Hotellerie,

Gastronomie, Tourismus und Sport, Autovermietung, Mode, Schmuck und Uhren) ist die grosse Bedeutung der DCC-Funktion unbestritten. Aber auch in anderen Branchen und bei kleineren Händlern hat die DCC-Funktion als Argument beim Terminalverkauf eine Rolle gespielt. Ein POS-Terminal wird während durchschnittlich 7–8 Jahren verwendet, so dass die DCC-Funktion beim Kaufentscheid auch für Händler von Relevanz war, welche zwar die DCC-Funktion nicht unmittelbar aufschalten wollten, sich aber eine allfällige zukünftige Inanspruchnahme dieser Funktion nicht verbauen wollten. ■ Die Behinderungswirkung kann quantifiziert werden. Ausgangspunkt sind einerseits die Anzahl DCC-Verträge, welche mit Händlern in der massgebenden Zeitperiode abgeschlossen wurden, da sich bei diesen Händlern das Interesse an DCC manifes-

482 Vgl. BVGer, Urteil vom 24. Februar 2010, Swisscom gg. Weko i.S.

Terminierungspreise im Mobilfunk (B-2050/2007), E. 11.1.1., wonach der Diskriminierungsstatbestand von Art. 7 Abs. 2 lit. b KG den Behinderungssachverhalten zuzuordnen ist; so schon auch REKO/WEF, RPW 2005/3, S. 525 f., E.5.4.1. Insofern unscharf RPW 2008/3, S. 399, Rz. 140, welcher von „Wettbewerbsnachteilen“ spricht (vgl. BVGer, Urteil vom 24. Februar 2010, Swisscom gg. Weko i.S. Terminierungspreise im Mobilfunk [B-2050/2007], E. 11.1.2). Vgl. auch EuG im Entscheid vom 21. Oktober 1997 (T-229/94, Slg. 1997 II 1689 ff.), Deutsche Bahn, Rz. 78 und 93; Entscheid der EU-Kommission vom 2. Juni 2004 (Comp/38.096) in Sachen Clearstream, Rz. 301; bestätigt in EuG, Entscheid vom 9. September 2009 (T-301/4), Clearstream, Rz. 156 f.

32/2009/03386/COO.2101.111.5.127333 133

tiert hat. Andererseits sind die Verkäufe von Card Solutions an Multipay-Händler in der massgebenden Zeitperiode zu berücksichtigen, da bei diesen Verkäufen die anderen Terminalhersteller nicht mit einem gleichwertigen Produkt konkurrenzieren konnten. Es wurden nachweislich [1■000–2■000] Terminals an Multipay-Händler verkauft, welche gleichzeitig einen DCC-Vertrag mit Multipay geschlossen haben. Bezüglich dieser Händler kann der Wettbewerb als beseitigt gelten. Damit ist die Wettbewerbsbehinderung erstellt. Kommt hinzu, dass bei den weiteren rund [1■500–2■500] Multipay-Händlern, die in der massgebenden Zeitperiode einen DCC-Vertrag abgeschlossen haben, aus damaliger Sicht der Wettbewerb auf dem Terminalmarkt ebenfalls ausgeschlossen war. Schliesslich kann beim Verkauf von rund [10■000–15■000] Terminals der Wettbewerb als behindert gelten. ■ Die Bedeutung der Behinderungswirkung für die Konkurrenten wird ersichtlich, wenn deren Verkaufszahlen berücksichtigt werden. So entsprechen die [1000–2■000] Terminals, bei welchen der Wettbewerb während der massgebenden Zeitperiode beseitigt wurde, rund [25–35]% der Verkäufe des grössten Konkurrenten Jeronimo während desselben Zeitabschnitts. ■ Während die Marktanteile der Card Solutions seit dem Jahr 2001 stark erodierte und die Konkurrenten bis zum Jahr 2005 Marktanteile gewinnen konnten, ist es in der massgebenden Zeitperiode zu einer eigentlichen Trendumkehr gekommen. Die Card Solutions konnte ihren Anteil an den verkauften Terminals massiv ausbauen, während alle anderen Terminalanbieter Marktanteile verloren haben und Hauptkonkurrent Jeronimo stark zurückgebunden wurde. 497. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass nachgewiesen ist, dass die diskriminierende Verhaltensweise eine Wettbewerbsbehinderung bewirkt hat. B.3.3.4.5 Sachliche Rechtfertigungsgründe 498. Die Ungleichbehandlung durch Multipay wäre dann zulässig gewesen, wenn sie auf einem sachlichen Grund beruht hätte. Die möglichen sachlichen Gründe für die Bevorzugung der Terminals der Card Solutions sind dieselben, welche bereits im Zusammenhang mit der

Rechtfertigung der Verweigerung von Geschäftsbeziehungen geprüft wurden. Es handelt sich um (1) technische Gründe; (2) die Zertifizierungsanforderungen der Card Schemes bzw. die Argumentation der Parteien, die DCC-Funktion habe sich noch in einer Test- und Zertifizierungsphase befunden; und (3) der Innovations- und Investitionsschutz (vgl. oben Rz. 407 ff.). Es kann an dieser Stelle vollumfänglich auf die oben vorgenommene Analyse verwiesen werden, welche zum Ergebnis geführt hat, dass keine legitime business reasons vorliegen (vgl. oben Rz. 482). Weitere sachliche Rechtfertigungsgründe sind keine ersichtlich und wurden von den Parteien auch nicht geltend gemacht. B.3.3.4.6 Ergebnis betreffend Diskriminierung von Handelspartnern 499. Zusammenfassend kann festgestellt werden, dass der Tatbestand der Diskriminierung von Handelspartnern gemäss Art. 7 Abs. 2 lit. b i.V.m. Art. 7 Abs. 1 KG ebenfalls erfüllt ist. B.3.3.5 Einschränkung der Erzeugung, des Absatzes oder der technischen Entwicklung 500. Gemäss Art. 7 Abs. 2 lit. e KG stellen die Einschränkung der Erzeugung, des Absatzes oder der technischen Entwicklung Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen dar, welche missbräuchlich sein können. Das marktbeherrschende Unternehmen verhält sich

32/2009/03386/COO.2101.111.5.127333 134

unzulässig, wenn es künstliche Barrieren für den Markteintritt schafft, ohne dass sich diese aus einer normalen Marktentwicklung ergeben würden.⁴⁸³ 501. Im vorliegenden Fall ist die Einschränkung der technischen Entwicklung einschlägig. Betroffen sind sämtliche Verhaltensweisen, die den Zugang zu oder die Diffusion von technologischen Ressourcen verknappt oder aufhebt. Typischerweise schränkt das marktbeherrschende Unternehmen die technische Entwicklung von Drittunternehmen ein. Zu denken ist insbesondere „an die verspätete oder unzureichende Mitteilung von technischen Daten (beispielsweise Schnittstellen) an weitere Marktteilnehmer, um wettbewerbswilligen Dritten die Teilnahme am relevanten Markt zu verunmöglichen oder zumindest erheblich zu erschweren“.⁴⁸⁴ 502. Durch die Verweigerung der Offenlegung der Schnittstelleninformationen (bzw. verspäteten Mitteilung derselben) verhinderten Multipay/Card Solutions bei den konkurrierenden Terminalherstellern die rasche Entwicklung von Terminals, welche bei Multipay-Händlern DCC-fähig sind. Dies hat zu einer künstlichen Verknappung des Terminal-Angebots für Multipay-Händler geführt, welche an DCC interessiert sind. Diese Händler konnten sich so nicht für den aus ihrer Sicht optimalen Terminal entscheiden, sondern mussten aus Gründen der Interoperabilität das Terminal der Card Solutions wählen. Erst nach Offenlegung der Schnittstelleninformationen konnten die anderen Terminalhersteller die allfälligen technischen Vorteile ihrer Terminals auch gegenüber Multipay-Händlern zur Geltung bringen, so dass eine echte „Competition on the Merits“ entstehen konnte, bei welcher das Gewicht von Terminal-eigenschaften unverfälscht zum Tragen kommt. Bis zu diesem Zeitpunkt konnten die anderen Terminalhersteller die Produkteigenschaften ihrer Terminals nur beschränkt zur Geltung bringen, was geeignet ist, deren Innovationsanreize zu beeinträchtigen.⁴⁸⁵ 503. Die Einschränkung der technischen Entwicklung hat nicht nur die Konkurrenten auf dem Terminalmarkt behindert (vgl. hierzu ausführlich Rz. 285 ff.), sondern gleichzeitig den Händler in seiner Auswahl beschränkt. 504. Diese Einschränkung der technischen Entwicklung ist im vorliegenden Fall missbräuchlich im Sinne von Art. 7 Abs. 2 lit. e i.V.m. Art. 7 Abs. 1 KG, da – wie bereits im Zusammenhang mit Geschäftsverweigerung nachgewiesen (vgl. oben Rz. 314 ff.) – keine sachlichen Rechtfertigungsgründe für das Verhalten von Multipay/Card Solutions bestanden. B.3.3.6 Koppelungsgeschäfte B.3.3.6.1 Allgemeines 505. Die Grenzen zwischen

dem Tatbestand der Verweigerung von Geschäftsbeziehungen und anderen missbräuchlichen Verhaltensweisen (z.B. Koppelungsgeschäften) sind in der Praxis oft fließend. M.a.W. kann ein und dieselbe Verhaltensweise mehrere der in Art. 7 Abs. 2 KG enthaltenen Tatbestände erfüllen.⁴⁸⁶ Solange beispielsweise die Geschäftsverweigerung dazu benutzt wird, den Abnehmer dazu zu zwingen, die Koppelung von Gütern zu akzeptieren, hat sie den gleichen Effekt wie die Koppelungsbedingung selbst.⁴⁸⁷

483 Vgl. BOTSCHAFT 95 (FN 115), S. 574; CLERC (FN 192), Art. 7 LCart N 246 m.w.H. 484 BORER (FN 115), Art. 7 N 26. Vgl. auch BOTSCHAFT 95 (FN 115), S. 575; AMSTUTZ/CARRON (FN 268), Art. 7 N 419 und 455 m.w.H. 485 Vgl. zum Ganzen die entsprechenden Erwägungen im Entscheid der EU-Kommission vom 24. März 2004 i.S. Microsoft (COMP/C-3/37.792), Rz. 693 ff. bestätigt durch den Entscheid des EuG vom 17. September 2007 i.S. Microsoft (T-201/04), Rz. 643 ff. 486 Vgl. AMSTUTZ/CARRON (FN 268), Art. 7 N 107. 487 Vgl. AMSTUTZ/CARRON (FN 268), Art. 7 N 503; CLERC (FN 192), Art. 7 LCart N 268.

32/2009/03386/COO.2101.111.5.127333 135

506. Koppelungsgeschäfte beeinträchtigen die Freiheit des Vertragspartners, Geschäfte nach seinem Willen abzuschliessen, und können – ohne dass dies leistungsmässig begründet wäre – die Wettbewerbssituation auf dem Markt des gekoppelten Guts zugunsten des marktbeherrschenden Unternehmens verändern.⁴⁸⁸ Sie kann wie die Geschäftsverweigerung zur Verdrängung von Wettbewerbern eingesetzt werden. In der Literatur wird die Koppelung sogar primär als Verdrängungsmissbrauch qualifiziert,⁴⁸⁹ wobei ein marktbeherrschendes Unternehmen durch eine Koppelung einen Verdrängungseffekt auf dem Markt des gekoppelten Gutes herbeiführt und so seine Marktmacht auf diesen benachbarten, vor- oder nachgelagerten Markt übertragen kann („Leverage--Theorie⁴⁹⁰). 507. Dem traditionellen Leverage-Argument wurde in der Ökonomie seitens der Chicago School die „single monopoly profit“ Kritik entgegengehalten.⁴⁹¹ Diese gründet auf der vertikalen (resp. verbundenen) Struktur der Märkte und damit auf der Tatsache, dass es letztendlich nur ein einziges Endprodukt und deshalb auch nur eine Monopolrente gebe. Insofern habe das marktbeherrschende Unternehmen gar keine Anreize, Marktteilnehmer auf dem benachbarten Markt zu behindern, denn es werde seinen Monopolgewinn im beherrschten Markt abschöpfen. Durch Wettbewerbsbehinderungen erzielte höhere Gewinne im benachbarten Markt wirkten sich negativ auf die Gewinne des marktbeherrschenden Unternehmens im beherrschten Markt aus. Solche Wettbewerbsbehinderungen seien somit für den Monopolisten nicht vorteilhaft.⁴⁹² Die Chicago School Kritik gründet dabei auf sehr restriktiven Annahmen, welche in der Praxis oft nicht alle erfüllt sind.⁴⁹³ 508. In der neueren ökonomischen Literatur werden – entgegen den Vorbringen der Chicago School – verschiedene strategische Argumente aufgezeigt, weshalb ein marktbeherrschendes Unternehmen Anreize haben kann, seine Marktmacht auf benachbarte, vor- oder nachgelagerte Märkte zu übertragen. Nachfolgend werden einige ökonomischen Argumente für ein Leveraging angesprochen, welche in Fallkonstellationen wie der Vorliegenden von Bedeutung sein können: (1) WHINSTON⁴⁹⁴ (1990) zeigt auf, dass die Koppelung⁴⁹⁵ von Gütern aus unabhängigen⁴⁹⁶ Märkten dem marktbeherrschenden Unternehmen als „Commitment“-
488 Vgl. ZÄCH (FN 310), Rz. 702. 489 Vgl. AMSTUTZ/CARRON (FN 268), Art. 7 N 524 sowie N 516 ff.; vgl. auch RPW 2008/3, 404, Rz. 195 sowie Mitteilung zu Art. 82 EGV (FN 186), Rz. 47; Discussion Paper zu Art. 82 EGV (FN 192), S. 54. 490 Vgl. MICHAEL D.

WHINSTON, Tying, Foreclosure, and Exclusion, *The American Economic Review*, 1990, Vol. 80, No. 4, S. 837-859. 491 ■ When the monopolized market supplies an input used by a downstream industry, the motivation for foreclosure cannot be the desire to extend market power, since there is a single final product and thus a single monopoly profit. It is further argued that there is a single source of monopoly profit, and that a bottleneck monopolist can already earn the entire monopoly profit without extending its market power to related segments; and so in the absence of efficiency gains, vertical integration cannot increase the profitability of the merging firms. Relatedly, it questioned the rationale for excluding downstream competitors, who by offering product diversity, cost efficiency or simply benchmarking of the internal downstream producer, can be the source of extra monopoly profits ■ (REY/TIOLE, 2006, S. 11). 492 Vgl. hierzu PATRICK REY/JEAN TIOLE, A primer on foreclosure, in: *Handbook of Industrial Organization III*, Mark Armstrong/Rob Porter (Hrsg.), 2007, Chapter 33, (2163), auch erhältlich in einer Version aus dem Jahr 2006 unter www.idei.fr/doc/by/tiole/primer.pdf (29.11.2010), S. 11; European Advisory Group of Competition Policy (EAGCP), *An economic approach to Article 82*, 2005, S. 23 ff. 493 Einen Überblick der Annahmen der Chicago School Theory geben NICHOLAS ECONOMIDES/WILLIAM N. GERBERT, Patents and Antitrust: Application to adjacent Markets, *Journal on Telecommunication & High Tech Law*, 2008, Vol. 6, S. 455-481 (S. 465, N 39). 494 WHINSTON (FN 490), S. 837-59.

32/2009/03386/COO.2101.111.5.127333 136

Strategie⁴⁹⁷ dienen kann, um Markteintritte zu be- resp. verhindern. Gelingt es dem marktbeherrschenden Unternehmen sich zu verpflichten die beiden unabhängigen Produkte nur im „Bündel“ ■ anzubieten, kann es glaubhaft signalisieren, dass es eine sehr aggressive Preispolitik fahren würde, falls es zu einem Markteintritt kommt. Dies wiederum hemmt Markteintritte.⁴⁹⁸ (2) CHOI/STEFANADIS⁴⁹⁹ (2001) gehen von der Annahme aus, dass Markteintritte mit Risiko behaftet sind, wie z.B. in Innovationsmärkten, in denen Wettbewerb über Innovationen und F&E stattfindet. Durch die Koppelung von komplementären Produkten kann ein marktbeherrschendes Unternehmen Markteintritte insofern be- resp. verhindern, als dass ein erfolgreicher Markteintritt einen simultanen Markteintritt in beiden Märkten erfordert. Dies wiederum mindert gerade bei kostspieligen und risikoreichen Markteintritten die Anreize und Möglichkeiten von potenziellen Konkurrenten in einen Markt einzutreten. (3) CARLTON/WALDMAN⁵⁰⁰ (2002) zeigen ebenfalls ein für den vorliegenden Fall relevantes Argument im Zusammenhang mit komplementären Produkten⁵⁰¹ auf. Angenommen ein Unternehmen profitiert von Skalener- und/oder Verbundvorteilen in der Produktion. Indem das marktbeherrschende Unternehmen sein Produkt an das Produkt eines Unternehmens in einem benachbarten Markt koppelt, kann es in diesen Markt eintretenden Unternehmen den Zugang zu einem grossen Marktvolumen verhindern und damit Kostennachteile (minimum efficient scale) für das markteintretende Unternehmen bewirken und so Markteintritte behindern. (4) GENAKOS/KÜHN/REENEN⁵⁰² (2009) zeigen auf, unter welchen Umständen ein Monopolist einen Anreiz hat, seine Marktmacht durch Einschränkung der Interoperabilität auf einen benachbarten Markt mit komplementären Gütern zu übertragen. Die durch die eingeschränkte Interoperabilität geringere Wettbewerbsintensität auf dem benachbarten Markt erlaubt es dem Monopolisten, auf dem beherrschten Markt für Konsumenten mit unterschiedlichen Nachfrageelastizitäten unterschiedliche Preise zu verlangen, d.h. Preisdiskriminierung zu betreiben. Auf diese Weise kann der Monopolist auf dem

beherrschten Markt höhere Renten abschöpfen. 509. Zusammenfassend zeigt die aktuelle ökonomische Literatur verschiedene strategische Argumente auf, welche der Chicago School Kritik des ‚single monopoly profit‘ entgegenstehen und verdeutlichen, dass ein marktbeherrschendes Unternehmen unter Umständen sehr wohl aus profit-maximierenden Gründen Anreize haben kann, via Leveraging seine Markt-

495 Koppelung resp. ‚Exclusive Dealing‘ wird vorliegend als ‚Commitment‘ des marktbeherrschenden Unternehmens definiert, nicht mit alternativen Unternehmen im nachgelagerten (resp. benachbarten) Markt zusammen zu arbeiten. 496 D.h. weder Substitute noch Komplemente. 497 MOTTA (FN 442), S. 467 weist auf das ‚Commitment‘-Problem des marktbeherrschenden Unternehmens hin. 498 Das ‚Commitment‘-Problem kann durch ein technologisches Tying gemindert werden. Vgl. MOTTA (FN 442), S. 483, Fn. 89. 499 JAY P. CHOI/CHRISTODOULOS STEFANADIS, Tying, Investment and the Dynamic Leverage Theory, Rand Journal of Economics, 32, 2001, S. 52-71. 500 DENNIS W. CARLTON/MICHAEL WALDMAN, The Strategic Use of Tying to Preserve and Create Market Power in Evolving Industries, Rand Journal of Economics, Vol. 33, No. 2, 2002, S.194-220. 501 Es kann davon ausgegangen werden, dass es sich bei Acquiring und Terminals als auch bei Terminals und DCC-Dienstleistungen um komplementäre Produkte handelt. 502 CHRISTOS GENAKOS/KAI-UWE KÜHN/JOHN V. REENEN, Leveraging Monopoly Power by Limiting Interoperability: Theory and evidence from computer markets, Draft, 2009.

32/2009/03386/COO.2101.111.5.127333 137

macht auf einen benachbarten, vor- oder nachgelagerten Markt auszuweiten. Die entsprechenden Modelle geben einen guten Überblick über die Voraussetzungen, welche erfüllt sein müssen, damit dies der Fall ist (z.B. ein komplementärer Zusammenhang zwischen zwei Produkten, Kosten und Risiken des Markteintritts, Grössen- und Verbundvorteile in der Produktion oder ein mögliches unwiederrufbares ‚Commitment‘ via Koppelung). 510. Koppelungsgeschäfte können nicht nur zu wettbewerbsbeschränkenden Zwecken eingesetzt werden, sondern sie können auch Ursache von Effizienzgewinnen sein. 503 Es handelt sich insofern um Verhaltensweisen mit mehrschichtigen wettbewerblichen Konsequenzen. 504 511. Die ökonomische Literatur 505 empfiehlt denn auch für die Analyse von Koppelungsgeschäften die Anwendung einer ‚Rule-of-Reason‘ 506 respektive eines wirkungsbasierten Ansatzes 507, wobei sowohl die pro- als auch die anti-kompetitiven Effekte untersucht und anschliessend einander in einer Gesamtbetrachtung gegenüber gestellt werden. B.3.3.6.2 Missbrauchsmerkmale 512. Gestützt auf das KG werden vorliegend die Tatbestandsmerkmale des Koppelungsgeschäfts überprüft. Dabei werden die wettbewerbsschädlichen Effekte der Verhaltensweise von Multipay und Card Solutions untersucht und anschliessend wird aufgezeigt, ob und welche effizienzsteigernden Effekte diese Verhaltensweise bewirken kann. Nur wenn sich die Koppelung nicht objektiv rechtfertigen lässt, ist das vorliegende Verhalten gestützt auf Art. 7 Abs. 2 lit. f KG wettbewerbsrechtlich unzulässig. 513. Der Tatbestand der Koppelung nach Art. 7 Abs. 2 lit. f KG ist jedenfalls dann erfüllt, wenn neben der marktbeherrschenden Stellung des Anbieters auf dem Markt des koppelnden Produkts folgenden Tatbestandsmerkmale vorliegen: 508 (1) Das koppelnde und das gekoppelte Gut sind getrennte Güter; (2) der Anbieter nimmt eine Koppelung der beiden Güter vor; (3) die Koppelung hat einen wettbewerbsbeschränkenden Effekt; (4) die Koppelung lässt sich nicht objektiv rechtfertigen (legitimate business reasons). B.3.3.6.3 Trennung der Güter 514.

Damit eine Koppelung vorliegt, müssen zwei oder mehr unterschiedliche respektive getrennte Produkte vorliegen, welche durch die Koppelung kombiniert werden. Von getrennten Produkten ist insbesondere dann auszugehen, wenn die Verbraucher, sofern sie die Wahl haben, die gekoppelten Produkte von unterschiedlichen Anbietern beziehen können. Ein weiteres Indiz für das Vorliegen getrennter Güter ist dann gegeben, wenn Unternehmen im Markt sind, welche sich auf das Angebot des gekoppelten Produkts (ohne das Koppelungsprodukt) spezialisiert haben.⁵⁰⁹

503 Vgl. Mitteilung zu Art. 82 EGV (FN 186), Rz. 49. 504 Vgl. AMSTUTZ/CARRON (FN 268), N 506. 505 Vgl. MOTTA, (FN 442), S. 467 f. 506 Vgl. JEAN TIROLE, *The Analysis of Tying Cases: A Primer*, *Competition Policy International*, 1/2005, 1-25. 507 AMSTUTZ/CARRON (FN 268), Art. 7 N 522. 508 Vgl. RPW 2005/4, S. 610, Rz. 62; Mitteilung zu Art. 82 EGV (FN 186), Rz. 47 ff.; AMSTUTZ/CARRON (FN 268), Art. 7 N 524. 509 Mitteilung zu Art. 82 EGV (FN 186), Rz. 51.

32/2009/03386/COO.2101.111.5.127333 138

515. Bei Dienstleistungen und Produkten, die nach einer vertieften Marktanalyse verschiedenen Märkten zugeordnet werden, kann davon ausgegangen werden, dass es sich um getrennte Güter handelt.⁵¹⁰ Vorliegend handelt es sich um getrennte Produkte aus den drei unterschiedlichen Märkten Acquiring, POS-Terminals und Umrechnungsdienstleistungen, bei denen keine Notwendigkeit besteht, diese gemeinsam zu verkaufen. Auf den drei Märkten sind unterschiedliche Unternehmen tätig, und es besteht eine autonome Nachfrage für die drei Leistungen. Es gibt zwar in der Praxis eine Präferenz der Nachfrage zum Bezug aller Produkte vom gleichen Anbieter (vgl. Rz. 199 f. und 273), aber gerade die Entwicklung des Terminalmarkts infolge der ep2-Standardisierung und die damit verbundene Aufgabe proprietärer Lösungen der Acquirer belegt, dass getrennte Güter vorliegen. B.3.3.6.4 Geschäftsverweigernde technologische Koppelung 516. Der vorliegende Sachverhalt lässt sich als geschäftsverweigerndes Koppelungsgeschäft unter Art. 7 Abs. 2 lit. f KG subsumieren. Die Koppelung besteht darin, dass der Abnehmer (Händler) bei der Wahl einer zusätzlichen Leistung nicht frei ist. Ihm wird durch das Unternehmen, welches auf dem Markt für das koppelnde Gut marktbeherrschend ist, vorgegeben, bei wem er die zusätzlichen Leistungen zu beziehen hat.⁵¹¹ 517. Ein Händler, welcher mit Multipay einen Acquiring Vertrag abgeschlossen hatte, konnte die DCC-Dienstleistung bei Multipay nur über ein Terminal der Card Solutions beziehen. Im vorliegenden Fall liegen insofern zwei Koppelungen vor: Erstens kann ein Händler, welcher mit Multipay einen Acquiring-Vertrag geschlossen hat, DCC nicht bei einem unabhängigen DCC-Provider beziehen, sondern muss diese Leistung von Multipay in Anspruch nehmen und zweitens war der Händler bis zur Anpassung des Verhaltens gezwungen, ein Terminal von Card Solutions zu kaufen, da die Terminals von Drittherstellern bei Multipay nicht DCC-fähig waren. Damit koppelt Multipay das Acquiring mit der Umrechnungsdienstleistung sowie mit dem Kauf des Terminals von Card Solutions. Das koppelnde Gut ist somit das Acquiring verbunden mit dem DCC-Angebot der Multipay und die gekoppelten Güter sind die ep2-zertifizierten POS-Terminals der Card Solutions. 518. Vorliegend handelt es sich hinsichtlich der Koppelungstechnik um eine sog. technologische Koppelung, welche auf einer technischen Entscheidung gründet, indem die betreffenden Güter technisch miteinander verbunden werden. „Eine technologische Koppelung besteht solange, als es den Konkurrenten nicht möglich ist, oder sie unfähig sind, kompatible Güter hervorzubringen.“⁵¹² Vorliegend bestand die technologische

Koppelung so lange, als mit Card Solutions konkurrierende Terminalanbieter (z.B. Jernonimo, PaySys) keine mit Multipay kompatiblen DCC-fähigen Terminals entwickeln konnten. B.3.3.6.5 Wettbewerbsbehinderung 519. Ein Koppelungsgeschäft kann nur dann kartellrechtlich unzulässig sein, wenn es zu einer Wettbewerbsbeschränkung führt.⁵¹³ Wie bereits erwähnt, stellen Koppelungspraktiken meistens eine Form des Behinderungs- resp. Verdrängungsmissbrauchs dar (vgl. oben Rz. 506 sowie ausführlich Rz. 301 ff.).⁵²⁰ Eine Koppelungsstrategie kann es dem marktbeherrschenden Unternehmen ermöglichen, die Anzahl von Handelspartnern, welche mit Konkurrenten auf dem Markt für das ge-

510 Vgl. RPW 2008/3, S. 404, Rz. 196; ZÄCH (FN 310), Rz. 703 ff.; AMSTUTZ/CARRON (FN 268), Art. 7 N 503. 511 Vgl. ZÄCH (FN 310), Rz. 710. 512 AMSTUTZ/CARRON (FN 268), Art. 7 N 499. 513 Vgl. auch Mitteilung zu Art. 82 EGV (FN 186), Rz. 52 ff. welches beim Tying/Bundling die Voraussetzung der „anti-competitive foreclosure in the tied/or tying market“ vorsieht.

32/2009/03386/COO.2101.111.5.127333 139

koppelte Gut kontrahieren können, zu reduzieren und somit seinen Marktanteil zu erhöhen (sog. Horizontale Foreclosure⁵¹⁴). Weiter kann ein marktbeherrschendes Unternehmen durch eine Koppelung einen Verdrängungseffekt auf dem Markt des gekoppelten Gutes herbeiführen und so seine Marktmacht auf diesen Markt übertragen („Leverage“-Theorie⁵¹⁵). Letzteres tritt vor allem dann auf, wenn das marktbeherrschende Unternehmen sowohl auf dem Markt des koppelnden als auch auf dem Markt des gekoppelten Gutes tätig ist.⁵²¹ Vorliegend führt das geschäftsverweigernde technologische Koppelungsgeschäft dazu, dass Multipay als marktbeherrschendes Unternehmen durch die Koppelung der Terminals sowie der Umrechnungsdienstleistung von Card Solutions an ihr eigenes Acquiring ihre Marktmacht auf diese (benachbarten) Märkte übertragen konnte. Eine solche technologische Koppelung kann Multipay als marktbeherrschendes Unternehmen insbesondere auch dazu verwenden, kompatible Lösungen der Konkurrenten zu verhindern oder zumindest zu behindern.⁵²² Die technologische Koppelung zwischen dem Acquiring verbunden mit der DCC-Dienstleistung der Multipay und den ep2-zertifizierten POS-Terminals der Card Solutions führt dazu, dass die Konkurrenz durch interoperable Terminals von Drittanbietern ausgeschlossen wurde. Das Koppelungsgeschäft hat insofern die gleichen wettbewerbsbeschränkenden Auswirkungen wie die weiter vorne beschriebene Geschäftsverweigerung, nämlich die Ausnutzung der marktbeherrschenden Stellung der Multipay im Acquiring, um die Marktstellung der Schwestergesellschaft Card Solutions zu Lasten der Wettbewerber zu verstärken.⁵²³ Ein Unterschied zwischen dem Koppelungsgeschäft und der Geschäftsverweigerung liegt darin, dass ersteres eine glaubwürdige Verpflichtung des marktbeherrschenden Unternehmens bedingt, sich an die Koppelung zu halten.⁵¹⁶ Dies kann dadurch erzielt werden, dass die Koppelung direkt im Produktdesign integriert wird⁵¹⁷, z.B. wie vorliegend in Form einer speziellen technischen Spezifikation der Schnittstelle.⁵²⁴ Die wettbewerbsbehindernden Effekte der Verhaltensweise von Multipay/Card Solutions wurden sodann bereits ausführlich unter dem Tatbestand der Geschäftsverweigerung der Offenlegung der Schnittstelleninformationen analysiert und quantifiziert (vgl. Rz. 281 ff.). B.3.3.6.6 Sachliche Rechtfertigungsgründe 525. Die möglichen Legitimate Business Reasons wurden bereits im Zusammenhang mit der Geschäftsverweigerung ausführlich diskutiert (vgl. Rz. 465 ff.). Es kann an dieser Stelle vollumfänglich auf die dort gemachten Ausführungen verwiesen werden. B.3.3.6.7

Ergebnis betreffend Koppelungsgeschäft 526. Unter dem Tatbestand des Koppelungsgeschäft nach Art. 7 Abs. 2 lit. f KG ist das Verhalten von Multipay/Card Solutions kartellrechtlich unzulässig.

514 Vgl. hierzu REY/TIROLE (FN 354), S. 49 ff.; BORER (FN 115), Art. 7 N 24 und CARLTON/WALDMAN (FN 500), S. 194-220. 515 Vgl. WHINSTON, (FN 490), S. 837-859. 516 Vgl. MOTTA (FN 442), S. 483: ■ A difference between incompatibility and tying decisions is that the former is more likely to be built in product design and is therefore unlikely to have the commitment problems. ■ 517 MOTTA (FN 442), S. 467.

32/2009/03386/COO.2101.111.5.127333 140

B.3.4 Ergebnis 527. Es ist festzustellen, dass das Verhalten von Multipay vom 5. Juli 2005 bis zum 8. Dezember 2006 den Tatbestand von Art. 7 Abs. 1 KG und zugleich mehrere der Einzeltatbestände von Art. 7 Abs. 2 KG erfüllt hat, nämlich Art. 7 Abs. 2 lit. a, b, d und e. Es wurden nicht nur Wettbewerber (Verweigerung von Geschäftsbeziehungen,

Diskriminierung von Handelspartnern) sondern auch die Händler (Einschränkung der Wahlfreiheit durch Koppelungsgeschäfte) sowie die technische Entwicklung behindert.

B.4 Sanktionierung B.4.1 Allgemeines B.4.1.1 Einleitung 528. Gemäss Art. 49a Abs. 1 KG wird ein Unternehmen, das an einer unzulässigen Abrede nach Art. 5 Abs. 3 und 4 KG beteiligt ist oder sich nach Artikel 7 KG unzulässig verhält, mit einem Betrag bis zu 10% des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Umsatzes belastet. 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. 529. Rechtsfolge einer Verletzung von Art. 7 KG ist damit eine Belastung respektive Sanktionierung mit einem Betrag nach Art. 49a Abs. 1 KG. Missbräuchliche Verhaltensweisen nach Art. 7 KG unterliegen seit dem Inkrafttreten der Teilrevision des Kartellgesetzes 2003 per 1. April 2004 der direkten Sanktionierbarkeit gestützt auf Art. 49a Abs. 1 KG. Aufgrund des allgemeinen Prinzips des Rückwirkungsverbots ist Art. 49a KG auf Sachverhalte vor dem 1. April 2004 nicht anwendbar. Eine direkte Sanktion kann folglich nur bezüglich unzulässiger Verhaltensweisen, die nach dem 1. April 2004 ausgeübt wurden, ausgesprochen werden, während allfällige vor dem 1. April 2004 ausgeübte Wettbewerbsbeschränkungen nicht direkt sanktionierbar sind⁵¹⁸. Im vorliegenden Fall hat die unzulässige Verhaltensweise vom 5. Juli 2005 bis zum 8. Dezember 2006 andauert. Sie ist vollumfänglich nach dem 1. April 2004 erfolgt und dementsprechend direkt sanktionierbar. 530. In zwei aktuellen Leitentscheiden hat sich das

Bundesverwaltungsgericht ausführlich mit der kartellgesetzlichen Sanktionierung befasst und dabei Folgendes festgestellt:⁵¹⁹ ■ Die in Art. 49a Abs. 1 KG als „Betrag“ bezeichnete Sanktion kommt einer „strafrechtlichen Anklage“ gleich, weshalb sie Strafcharakter im Sinne von Art. 6 Abs. 1 EMRK hat. ■ Der in Art. 6 Abs. 1 erster Satz EMRK formulierte Anspruch auf ein EMRK-konformes Gericht ist gewährleistet, wenn in einem Verfahrensgang ein Gericht entscheidet, welches mit voller Kognition ausgestattet ist. Im kartellrechtlichen Verfahren wird den Anforderungen dieser Bestimmung rechtsgenügend entsprochen, weil das Bundesverwaltungsgericht seine Kognition im Sinne der Rechtsprechung des EGMR ausübt. ■ Bei der Sanktionierung ist Art. 7 Abs. 1 erster Satz EMRK „Keine Strafe ohne Gesetz“ zu beachten. Die Generalklausel von Art. 7 Abs. 1 KG entspricht angesichts ihrer inhaltlichen Offenheit für sich alleine betrachtet nicht den rechtsstaatlichen Minimalan-

518 BOTSCHAFT 03 (FN 145), S. 2048. 519 Vgl. zum Ganzen BVGer, Urteil vom 24. Februar 2010, Swisscom gg. Weko i.S. Terminierungs- preise im Mobilfunk (B-2050/2007), E. 4 und 5; BVGer, Urteil vom 27. April 2010, Publigroupe gg. We- ko i.S. Richtlinien über die Kommissionierung von Berufsvermittlern. (B2977/2007), E. 8.1. (www.bundesverwaltungsgericht.ch/20100430_b2977.pdf; 29.11.2010).

32/2009/03386/COO.2101.111.5.127333 141

forderungen des in Art. 7 Abs. 1 erster Satz EMRK verankerten Legalitätsprinzips. Wird hingegen Art. 7 Abs. 1 in Verbindung mit einem der in Art. 7 Abs. 2 KG konkretisierenden Beispieltatbeständen als untrennbare Einheit angewendet, so wird Art. 7 Abs. 1 erster Satz EMRK nicht verletzt. Auch die in Art. 49a Abs. 1 KG vorgesehene Rechtsfolge ist genügend vorhersehbar und verstösst – obwohl kein betragsmässig festgelegter absoluter Strafrahmen besteht – nicht gegen die EMRK. 531. Die vorliegende Untersuchung ist zum Ergebnis gekommen, dass Multipay gegen Art. 7 Abs. 1 in Verbindung mit jedem der folgenden Tatbeständen des Art. 7 Abs. 2 KG ver- stossen hat: lit. a (Geschäftsverweigerung), lit. b (Diskriminierung), lit. e (Einschränkung der technischen Entwicklung) und lit. f (Koppelungsgeschäfte). Diese Tatbestände sind – jeweils als untrennbare Einheit mit Art. 7 Abs. 1 KG angewendet – genügend konkret, um Art. 7 Abs. 1 erster Satz EMRK zu wahren. B.4.2 EMRK-Konformität der Sanktionierung B.4.2.1 Art. 6 EMRK 532. Die Parteien bringen in ihrer Stellungnahme vom 16. September 2010 vor, eine Sankti- onierung verletze die EMRK. Sie rügen, der Anspruch auf ein unabhängiges und gesetzmäs- siges Gericht gemäss Art. 6 Abs. 1 EMRK sei verletzt, da die Weko als nichtrichterliche Be- hörde eine Sanktion mit Strafcharakter ausspreche. Dies stelle einen schwerwiegenden Mangel dar, welcher auch nicht durch das Bundesverwaltungsgericht geheilt werden könne. 533. Wie bereits erwähnt, hat sich das Bundesverwaltungsgericht mit dieser Frage und der einschlägigen Rechtsprechung des EGMR in zwei aktuellen Entscheiden auseinanderge- setzt und klar festgehalten, dass bei einer Sanktionierung durch die Weko in Anwendung von Art. 49a KG die Garantien von Art. 6 Abs. 1 EMRK nicht verletzt werden. Die Weko teilt be- züglich dieser Frage vollumfänglich die Meinung des Bundesverwaltungsgerichts, so dass auf die dortigen umfassenden Ausführungen verwiesen werden kann und an dieser Stelle nur noch auf einige Kernargumente eingegangen wird: 534. Art. 6 Abs. 1 EMRK wird nicht verletzt, soweit die strittige (und daher noch nicht rechts- kräftige) Sanktion zumindest von einem Gericht beurteilt werden kann, das institutionell und hinsichtlich Kognition den Anforderungen an Art. 6 Abs. 1 EMRK zu genügen vermag. Dabei geht aus der Rechtsprechung des EGMR hervor, dass die einmalige gerichtliche Überprü- fung mit voller Kognition nicht nur für Bagatelldelikte genügt, sondern auch im Bereich der kartellrechtlichen Sanktionen. Dies ergibt sich aus den beiden Entscheiden Jussila gegen Finnland sowie Mamidakis gegen Griechenland. Im ersten Entscheid hat der EGMR folgen- des festgehalten: „There are clearly „criminal charges“ of differing weight. What is more the autonomous interpretation adopted by the Convention institutions of the notion of a “criminal charge” by applying the Engel criteria have underpinned a gradual broadening of the criminal head to cases not strictly belonging to the traditional categories of the criminal law for example administrative penalties (Öztürk v. Germany), [...], competition law (Société Stenuit v. France, judgment of 27 February 1992, Series A, no. 232-A) [...]. Tax surcharges differ from the hard core of criminal law; consequently, the criminal-head guarantees will not necessarily apply with their full stringency (see Bendenoun and Janosevic, § 46 and § 81 respectively, where it was found

compatible with Article 6 § 1 for criminal penalties to be imposed in the first instance, by an administrative or non judicial body: a contrario, Findlay v the United Kingdom, ...).⁵²⁰

520 Urteil des EGMR vom 23. November 2006, Jussila gegen Finnland, application no. 12547/86, Rz. 43; Hervorhebung hinzugefügt.

32/2009/03386/COO.2101.111.5.127333 142

535. Der EGMR unterscheidet demnach zwei verschiedene Arten von Straftatbeständen (mit Bezug auf den Entscheid des EGMR in Sachen Jussila gegen Finnland vom 23. November 2006, application no. 12547/86, Rz. 30 ff.), nämlich Sanktionen im Bereich des Kernbereichs des Strafrechts („hard core of criminal law[■]) und weniger weitreichende strafrechtliche Sanktionen und weist Verwaltungssanktionen des Wettbewerbsrechts der zweiten Kategorie zu.⁵²¹ Im Entscheid Mamidakis gegen Griechenland bestätigte der EGMR diese Rechtsprechung im Hinblick auf hohe Verwaltungsstrafen, indem er die Verhängung einer Verwaltungssanktion durch eine Zollbehörde (kein unabhängiges Gericht erster Instanz) in Höhe von über 3 Mio. Euro als mit den Anforderungen von Art. 6 EMRK im Einklang befunden hat.⁵²² Es ist daher festzuhalten, dass zwischen dem Kernbereich des Strafrechts, bei welchem sämtliche sog. „criminal-head guarantees[■] gewährleistet werden müssen, und dem erweiterten Bereich des Strafrechts (zu dem das Wettbewerbsrecht zu zählen ist), in dem die Anforderungen an die Verfahrensrechte weniger hoch anzusetzen sind und die strafrechtlichen Garantien eben nicht zur vollen Anwendung gelangen. Die institutionelle Ausgestaltung der Wettbewerbsbehörden in Europa ist je nach Land sehr unterschiedlich und reicht vom (häufigen) Verwaltungsmodell bis zum (eher seltenen) Gerichtsmodell. Der EGMR auferlegt sich daher bei der Überprüfung der Rechtmässigkeit der Systeme eine gewisse Zurückhaltung. Die Weko geht daher davon aus, dass die institutionelle Ausgestaltung im Bereich des Kartellgesetzes bei einer Beurteilung „in globo[■] EMRK-Konform ist. 536. Schliesslich hat das Bundesverwaltungsgericht vor diesem Hintergrund bereits bestätigt, dass aufgrund der Rechtsprechung des EGMR die angeblich fehlende organisatorisch-funktionelle Unabhängigkeit der Weko gar keinen „Mangel[■] darstellt, welcher durch das Bundesverwaltungsgericht „geheilt[■] werden müsste.⁵²⁴ Gemäss dem Bundesverwaltungsgericht ist das innerstaatliche Verfahren EMRK-konform, sofern die strittige Sanktion durch eine gerichtliche Instanz mit voller Kognition überprüft werden kann. Das Bundesverwaltungsgericht hat diesbezüglich festgehalten, dass es die Kognitionserfordernisse von Art. 6 Abs. 1 EMRK erfüllt.⁵²⁵ B.4.2.2 Art. 7 EMRK B.4.2.2.1 Vorbringen der Parteien 537. Die Parteien bringen weiter vor, der Anspruch auf Voraussehbarkeit der Tatbestandsmässigkeit (Art. 7 EMRK) sei verletzt, weil aufgrund des Gesetzeswortlautes, der Praxis und der Verhaltensweise der Behörde nicht erkennbar gewesen sei, dass die Verhaltensweise der Parteien als unzulässig qualifiziert werden könnte.

521 Vgl. auch WOUTER P.J. WILS, The Increased Level of EU Antitrust Fines, Judicial Review, and the European Conventions on Human Rights, World Competition: Law and Economics Review, Vol. 33, No. 1, March 2010, S. 15. 522 Urteil des EGMR vom 11. April 2007, Mamidakis gegen Griechenland, application no. 35533/04, Rz. 30; SIMON HIRSBRUNNER/JENS WERNER, Überholt das schweizerische Kartellgesetz das EU-Vorbild?, in: Jusletter vom 20. September 2010, Rz. 6 ff. kritisiert die Jussila-Rechtsprechung u.a. unter Hinweis auf die geringe Höhe des dort beurteilten Strafzuschlags von rund 308 Euro ohne auf das Mamidakis-Urteil einzugehen;

HEINEMANN (FN 270), Rz. 29 leitet demgegenüber aus dem Mamidakis- Urteil ab, dass die Verhängung eines hohen Bussgeldes durch eine Verwaltungsbehörde mit den Vorgaben von Art. 6 Abs. 1 EMRK vereinbar ist, wenn der Weg zu einer umfassenden Kontrolle durch die Gerichte offen steht. 523 Vgl. FRÉDÉRIC SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, 9. Aufl. 2008, 370. 524 BVGer, Urteil vom 24. Februar 2010, Swisscom gg. Weko i.S. Terminierungspreise im Mobilfunk (B-2050/2007), E. 5.6. 525 BVGer, Urteil vom 24. Februar 2010, Swisscom gg. Weko i.S. Terminierungspreise im Mobilfunk (B-2050/2007), E. 5.6.

32/2009/03386/COO.2101.111.5.127333 143

538. Die Parteien nehmen Bezug auf die Rechtsprechung des Bundesgerichts, gemäss welcher die Generalklausel von Art. 7 Abs. 1 KG angesichts ihrer inhaltlichen Offenheit für sich alleine betrachtet nicht den rechtsstaatlichen Minimalanforderungen des in Art. 7 Abs. 1 EMRK verankerten Legalitätsprinzips zu genügen vermag (vgl. oben Rz. 298). Sie führen dann weiter aus, auch für die einzelnen Tatbestände gemäss Art. 7 Abs. 2 KG gelte der Grundsatz *nulla poena sine lege*. Folglich müsse auch bei der Auslegung der Beispieldatbestände von Art. 7 Abs. 2 KG ein Minimum an Vorhersehbarkeit bestehen. Dies sei gemäss der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts nur dann der Fall, wenn eine reichhaltige in- und ausländische wettbewerbsrechtliche Fallpraxis bestehe. Sofern keine ausreichende Fallpraxis bestehe, sei dem Legalitätsprinzip und der Vorhersehbarkeit nicht genüge getan, es sei denn es lasse sich direkt aufgrund des Wortlauts des Gesetzes ableiten, welche Verhaltensweise als unzulässig zu erachten sei. Andernfalls sei einzig das Aussprechen einer symbolischen Strafe möglich. Entgegen der Auffassung des Bundesverwaltungsgerichts könne sich die Wettbewerbsbehörde jedoch im Rahmen des Aussprechens von strafrechtlichen Sanktionen nicht auf die ausländische oder allenfalls europäische Fallpraxis abstützen. Es sei ausgeschlossen, dass der Schweizer Rechtsunterworfenen aktive Kenntnis allfälliger ausländischer Entscheidungen haben müsse, um sich gesetzeskonform nach Schweizer Recht verhalten zu können. 539. In Bezug auf den vorliegenden Fall führen die Parteien aus, der Schweizer Entscheidungspraxis, insbesondere zur Verweigerung von Geschäftsbeziehungen, seien keine Beispiele zu entnehmen, in welchen ein Unternehmen gezwungen worden wäre, seine eigenen, urheberrechtlich geschützten Produktentwicklungen den Wettbewerbern offen zu legen, noch bevor das Produkt effektiv vollständig entwickelt sei. Sämtliche bekannten Fälle im Bereich der Verweigerung von Geschäftsbeziehungen würden sich erstens auf Produkte beziehen, die schon auf dem Markt als definitive Produkte verfügbar waren und zweitens betreffe keiner dieser Fälle die Frage der Notwendigkeit der Lizenzierung von Schnittstelleninformationen. Aus keiner der bisherigen Entscheidungen der Weko könne abgeleitet werden, unter welchen Umständen immaterialgüterrechtlich geschützte Schnittstelleninformationen Wettbewerbern zur Verfügung gestellt werden müssen. Selbst wenn eine entsprechende Praxis vorhanden wäre, so bestünden zudem auch keine Anhaltspunkte dafür, ob bzw. unter welchen Umständen entsprechende Schnittstelleninformationen offengelegt werden müssten noch bevor das Produkt definitiv fertig entwickelt sei. 540. Bezüglich der in Rz. 303 aufgeführten Beispiele ausländischer Entscheide zur Frage der Offenlegung von Schnittstellen bringen die Parteien vor, diese seien nicht einschlägig bezüglich der vorliegenden Situation. Der Fall AT&T betreffe eine rein telekommunikationsrechtliche Frage und stamme aus den Fünfzigerjahren. Die Verfahren der EU-Kommission in Sachen IBM und Microsoft hätten Produkte betroffen, welche bereits auf dem Markt verfügbar gewesen seien. Zudem hätten

diese Fälle Konstellationen anvisiert, in welchen den Unternehmen vorgeworfen worden sei, Interoperabilität mit einem marktbeherrschenden Produkt zu verhindern. Im vorliegenden Fall bestehe jedoch keine marktbeherrschende Stellung der Card Solutions auf dem Terminalmarkt. B.4.2.2.2 Bedeutung von Art. 7 EMRK 541. Art. 7 EMRK statuiert den Grundsatz, wonach Straftaten und Strafsanktionen durch Gesetz umschrieben werden müssen. Diese wesentliche Rechtsstaatsgarantie, wonach jede Strafe auf Gesetz beruhen muss, soll den Einzelnen die Grenzen seiner Freiheit erkennen und ausüben lassen. Insofern soll vermieden werden, dass eine Strafverurteilung im Sinne von Art. 6 Abs. 1 EMRK auf eine Gesetzesnorm gestützt wird, die eine Person nicht zumindest hätte kennen können. Dabei variieren die Anforderungen an ein Gesetz nach verschiedenen Kriterien: Ob es hinreichend bestimmt und klar ist, hängt nach dem EGMR vom Rechtsgebiet, von der Zahl und vom Status der Adressaten ab. Insofern können technische oder relativ unbestimmte Begriffe insbesondere im Wirtschaftsrecht noch die Bestimmtheits-

32/2009/03386/COO.2101.111.5.127333 144

erfordernisse erfüllen, und kann beispielsweise bei risikobehafteten Tätigkeiten von den Betroffenen erwartet werden, dass sie besondere Sorgfalt aufbringen, um die Folgen ihres Verhaltens abschätzen zu können. In diesem Zusammenhang lässt der EGMR richterliche Rechtsfortbildung in den Grenzen der Vorhersehbarkeit zu. Zu beachten ist aber, dass Art. 7 EMRK kein Verbot einer schrittweise erfolgenden Klärung der Vorschriften über die strafrechtliche Verantwortlichkeit durch richterliche Auslegung enthält. Diesbezüglich muss die Rechtsprechung aber in sich widerspruchsfrei und ihre Entwicklung mit dem Wesen des Straftatbestands vereinbar und ausreichend voraussehbar sein.⁵²⁶ B.4.2.2.3

Vorhersehbarkeit einer Bestrafung gemäss Art. 7 Abs. 1 KG 542. Den Vorbringen der Parteien ist zunächst in grundsätzlicher Hinsicht entgegenzuhalten, dass die Weko der Ansicht ist (und diese Ansicht auch im Rechtsmittelverfahren bezüglich des Publigruppe-Urteils des Bundesverwaltungsgerichts vertritt), dass Art. 7 Abs. 1 KG auch für sich alleine betrachtet eine ausreichende Vorhersehbarkeit aufweist und damit als Rechtsnorm für eine strafrechtliche Verurteilung ausreicht, ohne dass eine Anklage auf einem der in Art. 7 Abs. 2 KG aufgeführten Beispieltatbestände abgestützt werden müsste. Die Tatbestandsmerkmale des Missbrauchs und der marktbeherrschenden Stellung haben in Lehre und Rechtsprechung der EU und der Schweiz einen so hohen Grad der Konkretisierung, dass von ausreichender Bestimmtheit auszugehen ist.⁵²⁷ 543. Kommt hinzu, dass der Gesetzgeber, um den Unternehmen ein gewisses Mass an Rechtssicherheit zu vermitteln, das Meldeverfahren gemäss Art. 49a Abs. 3 lit. a KG geschaffen hat.⁵²⁸ Gemäss dem Gutachten RHINOW/GUROVITS vermag die Möglichkeit der Vorabmeldung die unausweichliche Normunbestimmtheit verfahrensrechtlich zu kompensieren.⁵²⁹ 544. Im vorliegenden Fall ist die Frage der Vorhersehbarkeit einer Bestrafung allein auf der Grundlage der Generalklausel aber insofern nicht relevant, als dass die Weko sich bei der Prüfung bewusst an die Vorgaben des Bundesverwaltungsgerichts gehalten hat und Art. 7 Abs. 1 KG und die einschlägigen Tatbestände gemäss Art. 7 Abs. 2 KG jeweils als untrennbare Einheit angewendet hat (vgl. oben Rz. 297 f.). B.4.2.2.4 Vorhersehbarkeit einer Bestrafung gemäss Art. 7 Abs. 1 KG in Verbindung mit den Tatbeständen gemäss Art. 7 Abs. 2 KG 545. Wie bereits erwähnt bringen die Parteien vor, die einzelnen Tatbestände gemäss Art. 7 Abs. 2 KG genügten nur dann, wenn eine reichhaltige in- und ausländische Fallpraxis bestehe oder wenn sich direkt aufgrund des Wortlautes ableiten lasse, ob eine Verhaltensweise als unzulässig zu erachten ist. In der Stellungnahme wird danach nur noch

auf die Frage der genügenden Fallpraxis eingegangen. Dabei übersehen die Parteien, dass die vom Bundesverwaltungsgericht geforderte Anwendung von Art. 7 Abs. 1 KG in Verbindung mit den Tatbeständen des Art. 7 Abs. 2 KG dazu führen kann, dass die Bestimmtheit der Gesetzesnorm

526 Vgl. zum Ganzen BVGer, Urteil vom 24. Februar 2010, Swisscom gg. Weko i.S. Terminierungspreise im Mobilfunk (B-2050/2007), E. 4.3. und BVGer, Urteil vom 27. April 2010, Publigroupe gg. Weko i.S. Richtlinien über die Kommissionierung von Berufsvermittlern. (B2977/2007), E. 8.1.4 beide mit zahlreichen Hinweisen auf die Rechtsprechung des EGMR sowie die Literatur. 527 Vgl. HEINEMANN (FN 270), Rz. 22 ff., welcher in rechtsvergleichender Sicht darauf hinweist, dass gewisse EU-Mitgliedsstaaten (Niederlande) den Missbrauchstatbestand durch keinen gesetzlichen Beispielskatalog konkretisieren. 528 BVGer, Urteil vom 24. Februar 2010, Swisscom gg. Weko i.S. Terminierungspreise im Mobilfunk (B-2050/2007), E. 4.6.1.; BVGer, Urteil vom 27. April 2010, Publigroupe gg. Weko i.S. Richtlinien über die Kommissionierung von Berufsvermittlern. (B2977/2007), E. 8.1.6. 529 RPW 2001/3, 592 ff. (610 ff.).

32/2009/03386/COO.2101.111.5.127333 145

bereits aufgrund des Gesetzeswortlautes als genügend erachtet werden kann. So hat im Fall Swisscom Terminierungspreise das Bundesverwaltungsgericht ausdrücklich festgehalten, dass keine in- und ausländische wettbewerbsrechtliche Fallpraxis zum inkriminierten Verhalten bestehe. Das „Prüfungsschema“ des Art. 7 Abs. 1 KG und Art. 7 Abs. 2 lit. c KG welches vorsieht, dass eine Marktbeherrscherin die Marktgegenseite ausbeutet, indem sie unangemessene Preise erzwingt, wurde durch das Bundesverwaltungsgericht als genügend bestimmt erachtet. Das Bundesverwaltungsgericht berücksichtigt dabei, dass nach der Rechtsprechung des EGMR technische oder relativ unbestimmte Begriffe im Wirtschaftsrecht die Bestimmtheitserfordernisse erfüllen können und sich die inhaltliche Unschärfe von Art. 7 Abs. 1 (i.V.m. Abs. 2 lit. c KG) auch mit zahlreichen offen formulierten Normen des StGB vergleichen lässt. 546. Die Prüfungsschemata im vorliegenden Fall sind vergleichbar klar, wie dasjenige der durch das Bundesverwaltungsgericht beurteilten Erzwingung unangemessener Preise. Bei Art. 7 Abs. 2 lit. a KG behindert die Marktbeherrscherin andere Unternehmen in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs, durch „die Verweigerung von Geschäftsbeziehungen (z.B. die Liefer- oder Bezugssperre)“. Auch bei den weiteren in casu angewandten Tatbeständen des Art. 7 Abs. 1 i.V.m. Abs. 2 lit. b, e und f KG erscheint der Wortlaut im Lichte der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts sowie des EGMR als hinreichend bestimmt, um eine Sanktionierung zu erlauben. Die Weko vertritt die Auffassung, dass dies sogar hinsichtlich sämtlicher Beispieltatbestände des Art. 7 Abs. 2 KG der Fall ist. 547. Im Gegensatz zum Fall Swisscom Terminierungspreise kommt hinzu, dass in casu eine reichhaltige in- und ausländische Fallpraxis im Sinne des Publigroupe-Urteils besteht (vgl. vorne Rz. 303, Rz. 346 sowie gleich nachfolgend). 530 548. Zunächst ist die Behauptung der Parteien, dass keine Schweizer Entscheidpraxis, bestünde unzutreffend. Es ist hierzu nämlich nicht notwendig, dass bereits ein in allen Details gleich gelagerter Fall entschieden wurde, damit die Vorhersehbarkeit gegeben ist. Entscheidend ist allein, dass die in den Tatbeständen des Art. 7 Abs. 2 KG verwendeten Begriffe, wie namentlich die „Verweigerung von Geschäftsbeziehungen“, die „Diskriminierung“, die „Einschränkung der technischen Entwicklung“ und die Koppelungsverträge durch Gesetz, Lehre und Praxis weiter konkretisiert worden sind. Abgesehen vom Tatbestand der Einschränkung der

technischen Entwicklung, mit dem sich die Schweizerischen Wettbewerbsbehörden bis- her selten auseinandergesetzt haben,⁵³¹ besteht bezüglich der anderen in casu angewand- ten Tatbestände des Art. 7 Abs. 2 KG eine reichhaltige Praxis. Dies gilt gerade auch für den Tatbestand der Verweigerung von Geschäftsbeziehungen, für den die Parteien selber zahl- reiche Entscheide in ihrer Stellungnahme zitieren.⁵³² Die Parteien führen aus, keine dieser Fälle betreffe die Frage der Lizenzierung immaterialgüterrechtlich geschützter Schnittstellen- informationen von noch nicht fertig entwickelten Produkten, aber wie soeben dargelegt, muss nicht bereits eine Praxis in dem Sinne bestehen, dass bereits ein genau gleicher Fall ent- schieden wurde. Würden die Anforderungen an Präzedenzfälle derart eng verstanden, wie von den Parteien postuliert, so könnte nie eine Sanktion ausgesprochen werden, da für den

530 Vgl. BVGer, Urteil vom 27. April 2010, Publigroupe gg. Weko i.S. Richtlinien über die Kommissio- nierung von Berufsvermittlern. (B2977/2007), E. 8.1.5. 531 Vgl. AMSTUTZ/CARRON (FN 268), Art. 7 N 401; siehe aber immerhin RPW 2002/4, S. 583 f., Rz. 77 ff. In diesem Fall wurde im Rahmen von vorsorglichen Massnahmen eine Einschränkung der tech- nischen Entwicklung für glaubhaft erachtet, als die Cablecom sich weigerte, andere Set-Top-Boxen als die eigenen auf ihrem Netz zuzulassen. 532 Vgl. act. no 242, S. 35. Vgl. weiter AMSTUTZ/CARRON (FN 268), die bezüglich der Tatbestände der Geschäftsverweigerung (Art. 7 Abs. 2 lit. a KG), Diskriminierung (Art. 7 Abs. 2 lit. b KG) und der Kop- pelungsverträge (Art. 7 Abs. 2 lit. f KG) eine reichhaltige Schweizer Kasuistik nachweisen: Art. 7 N 75 ff., 158 ff. und 471 ff.

32/2009/03386/COO.2101.111.5.127333 146

ersten zu behandelnden Fall nie ein Präzedenzfall vorliegen würde. Ginge man zudem im Extremfall davon aus, dass es sich bei einem Präzedenzfall um einen völlig gleichgela- gerten Fall handeln muss, wie es die Parteien zumindest implizit tun, so könnte schon gar kein Präzedenzfall entstehen, da praktisch nie völlig gleichgelagerte Fälle vorliegen. Die vom Gesetzgeber ausdrücklich gewollte direkte Sanktionierbarkeit missbräuchlicher Verhaltens- weisen gemäss Art. 7 KG würde damit in der Konsequenz wieder aufgehoben. 549. Die weitere Argumentation der Parteien, ausländische Entscheidungen dürften für die Beurteilung der Vorhersehbarkeit einer Sanktion wegen eines Verstosses gegen Art. 7 KG nicht berücksichtigt werden, widerspricht nicht nur der Auffassung des Bundesverwaltungs- gerichts, sondern verkennt, dass sich der Gesetzgeber bei der Ausgestaltung von Art. 7 KG (Generalklausel und Beispielkatalog) an der entsprechenden Norm des europäischen Kartell- rechts orientiert hat (heute Art. 102 AEUV, ehemals Art. 82 EGV).⁵³³ Aufgrund der Anlehnung an das Kartellrecht der EU ist es sachgerecht, dass die Praxis der EU-Kommission zur Kon- kretisierung der schweizerischen Bestimmung des Art. 7 KG konsultiert wird.⁵³⁴ 550. Diese Konkretisierung des Schweizer Rechts durch die Mitberücksichtigung der Praxis der EU-Kommission ist für den Rechtsunterworfenen vorhersehbar. Bereits in der Botschaft wird festgehalten, eine Orientierung am europäischen Recht haben den Vorteil, auf ein „in der Praxis erprobtes und bewährtes System zurückgreifen zu können“⁵³⁵, denn das europäi- sche Recht ist gemäss der Botschaft aus dem Jahr 1994 „in den vergangenen dreissig Jah- ren durch Grundsatzentscheide der Europäischen Kommission und des Gerichtshofs der Eu- ropäischen Gemeinschaften, aber auch durch eine Reihe von Ausführungserlassen kontinu- ierlich weiterentwickelt worden. Es weist heute einen hohen Grad der Konkretisierung und an inhaltlicher Kohärenz auf“⁵³⁶. In der Praxis der Schweizerischen Wettbewerbsbehörden zu Art. 7 KG wird denn

auch oftmals Bezug auf die europäische Praxis genommen⁵³⁷ und aus der Schweizer Standardliteratur zum Kartellrecht ist für den Rechtsunterworfenen ebenfalls ersichtlich, dass die Tatbestände des Art. 7 Abs. 1 und 2 KG auch durch ausländische Fallpraxis konkretisiert werden können.⁵³⁸ Es ist daher überzeugend, wenn das Bundesverwaltungsgericht die ausländische, insbesondere die europäische wettbewerbsrechtliche Fallpraxis berücksichtigt bei der Klärung der Frage, ob die Tatbestände des Art. 7 KG den Anforderungen des Art. 7 Abs. 1 EMRK genügen.⁵⁵¹ Im konkreten Fall kommt hinzu, dass aufgrund mehrerer einschlägiger in- und ausländischer Entscheide für die Parteien vorhersehbar war, dass ihre Verhaltensweise gemäss Art. 7 KG unzulässig sein kann.⁵⁵² Die Konstellation, dass ein Unternehmen seine marktbeherrschende Stellung auf einem bestimmten Markt dazu missbraucht, um seine Konkurrenten (bzw. die Konkurrenten

533 BOTSCHAFT 95 (FN 115), S. 570; vgl. auch BVGer, Urteil vom 24. Februar 2010, Swisscom gg. We-ko i.S. Terminierungspreise im Mobilfunk (B-2050/2007), E. 12.3; AMSTUTZ/CARRON (FN 268), Art. 7 N 9. 534 In RPW 2004/2, S. 369, Rz. 60 wird festgehalten: „Eine Bezugnahme auf das europäische Wettbewerbsrecht rechtfertigt sich, da Artikel 7 KG weitgehend Artikel 82 [EGV] nachempfunden ist. Es wird denn auch anerkannt, dass Artikel 7 KG und Artikel 82 EGV nicht Gegenstand unterschiedlicher Interpretationen sein sollten“; vgl. auch CLERC, (FN 192) Art. 7 LCart N 44. 535 BOTSCHAFT 95 (FN 115), S. 530. 536 BOTSCHAFT 95 (FN 115), S. 529. 537 Vgl. etwa RPW 2005/1, S. 98 f., Rz. 273 ff.; RPW 2004/2, S. 439 ff.; RPW 2004/2, S. 269, Rz. 60; RPW 2000/3, 488 E. 6a; 538 Vgl. etwa die Kommentierung des Art. 7 KG durch AMSTUTZ/CARRON (FN 268), CLERC (FN 192) oder auch schon ROBERTO DALLAFIOR, in: Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, Homburger/Schmidhauser/Hoffet/Ducrey, Zürich 1997; vgl. weiter die Ausführungen zur Behinderung und Benachteiligung durch marktbeherrschende Unternehmen in ZÄCH (FN 310), Rz. 619 ff.

32/2009/03386/COO.2101.111.5.127333 147

einer anderen Gesellschaft desselben Konzerns) auf dem benachbarten, vor- oder nachgelagerten Konkurrenten zu behindern, wurde bereits in mehreren Schweizer Verfahren untersucht.⁵³⁹ Es besteht zur Foreclosure-Problematik auch reichhaltige ausländische Rechtsprechung sowie zahlreiche juristische und ökonomische Publikationen.⁵⁴⁰ 553. Selbst bezüglich der spezifischen Fragestellung der Verweigerung von Schnittstelleninformationen besteht eine Fallpraxis. Es handelt sich dabei um eine traditionelle, seit Jahrzehnten bekannte kartellrechtliche Problematik, wie der aus den Fünfzigerjahren stammende Fall AT&T aufzeigt. Schliesslich handelt es sich entgegen der Auffassung der Parteien bei den beiden europäischen Verfahren IBM und Microsoft um Fälle, welche genau die im vorliegenden Fall relevante Frage der Offenlegung von Schnittstelleninformationen betrifft. Die Auffassung der Parteien, aus diesen Fällen lasse sich nichts ableiten, weil sie die „Interoperabilität mit einem Produkt“ betreffen würden und Card Solutions nicht marktbeherrschend sei auf dem Terminalmarkt, ist nicht nachvollziehbar. Zunächst kann es nicht darauf ankommen, ob es um Interoperabilität mit einem Produkt oder einer Dienstleistung geht. Im vorliegenden Fall geht es um die Herstellung und Gewährleistung der Interoperabilität mit einer Dienstleistung (Umrechnungsdienstleistung), die vom marktbeherrschenden Unternehmen Multipay seinen Händlern angeboten wird. Wie im Fall Microsoft wurde durch die Verweigerung der Offenlegung der Schnittstelleninformationen verhindert, dass auf dem nachgelagerten

bzw. benachbarten nicht beherrschten Markt Wettbewerber gleichwertige Konkurrenzprodukte anbieten konnten (vgl. oben Rz. 303). Zum Zeitpunkt des Verhaltens der Parteien hatte die EU-Kommission namentlich ihr Discussion-Paper zur Anwendung von Art. 82 EGV bekannt gegeben, welches ebenfalls auf die Problematik der Verweigerung von Schnittstelleninformationen eingeht.⁵⁴¹ Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass im vorliegenden Fall eine Sanktionierung nicht gegen Art. 7 Abs. 1 EMKR verstösst. B.4.3 Vorwerfbarkeit ⁵⁵⁵. In der Botschaft zum KG 2003 wurde in Bezug auf die Sanktionen nach Art. 49a Abs. 1 KG noch ausgeführt, dass es sich hierbei im Gegensatz zu den Strafsanktionen nach Art. 54 f. KG um Verwaltungssanktionen handle, die kein Verschulden voraussetzten.⁵⁴² Doch bereits die frühere Rekurskommission für Wettbewerbsfragen hatte diese Sichtweise relativiert, indem sie festgehalten hat, dass eine Sanktion nicht allein aus objektiven Gründen auferlegt werden könne, sondern dass auch subjektive Elemente des Verschuldens mitzubetrachten seien. Ein Verschulden liege nur dann vor, wenn der Täter wissentlich handle oder Handlungen unterlasse, die man von einer vernünftigen, mit den notwendigen Fachkenntnissen ausgestatteten Person in einer entsprechenden Situation hätte erwarten können.⁵⁴³ Die Weko behandelte in Sachen Sanktionsverfahren Unique-Valet Parking, in welchem es um einen Verstoss gegen eine behördliche Anordnung ging (Art. 50 KG), die Thematik des Verschuldens im Rahmen eines Kapitels zur Vorwerfbarkeit. Dabei hat die Weko fest-

⁵³⁹ Vgl. etwa RPW 1997/2, S. 167 f., Rz. 40 ff.; 2002/4, S. 582 f., Rz. 73 ff.; 2004/1, S. 117 ff., Rz. 51 ff. ⁵⁴⁰ Vgl. zum Ganzen bereits oben Rz. 300 ff. und 345 ff. mit den dortigen Hinweisen. ⁵⁴¹ Vgl. Discussion Paper zu Art. 82 EGV (FN 192), S. 68. ⁵⁴² BOTSCHAFT 03 (FN 145), S. 2034. ⁵⁴³ Vgl. REKO/WEF, in: RPW 2002/2, S. 386 ff. E. 3.3.2.

32/2009/03386/COO.2101.111.5.127333 148

gehalten, es müsse mindestens eine objektive Sorgfaltspflichtverletzung vorliegen.⁵⁴⁴ Das Bundesverwaltungsgericht bestätigte in der Folge die Rechtmässigkeit dieses Entscheids.⁵⁴⁵ Die Weko hat seither bei jedem Sanktionsentscheid gemäss Art. 49a Abs. 1 KG die Vorwerfbarkeit des Verhaltens geprüft.⁵⁴⁶ Die diesbezügliche Praxis der Weko wurde durch das Bundesverwaltungsgericht im Fall „Publigroupe“ bestätigt. Die Weko hatte Publigroupe vorgeworfen, es liege zumindest eine fahrlässige Sorgfaltspflichtverletzung bzw. ein Organisationsverschulden vor, wodurch die Vorwerfbarkeit begründet werde. Das Bundesverwaltungsgericht hielt fest, dass diese Sichtweise nicht zu beanstanden sei.⁵⁴⁷ Vorwerfbarkeit liegt demnach schon dann vor, wenn dem zu sanktionierenden Unternehmen der Verstoss gegen Art. 49a Abs. 1 KG als objektive Sorgfaltspflichtverletzung im Sinne eines Organisationsverschuldens angelastet werden kann.⁵⁴⁸ Im Kartellrecht ergeben sich die Sorgfaltspflichten in erster Linie aus dem Kartellgesetz, d.h. Unternehmen haben missbräuchliche Verhaltensweisen i.S.v. Art. 7 KG zu unterlassen. Weisen die Wettbewerbsbehörden einen Kartellrechtsverstoss nach, ist die objektive Sorgfaltspflichtverletzung im Regelfall gegeben.⁵⁴⁹ Dass bei Vorliegen eines wettbewerbswidrigen Verhaltens ein Sorgfaltsmangel des betreffenden Unternehmens i.d.R. vorliegt, ist mit dem Umstand begründet, dass das Kartellgesetz sowie die Praxis der WEKO und der Rechtsmittelbehörden bei den Unternehmen grundsätzlich als bekannt vorausgesetzt werden darf.⁵⁵⁰ Entsprechend wird nur im Einzelfall kein Verschulden des Unternehmens vorliegen, wenn beispielsweise die durch einen Mitarbeiter ohne Organstellung begangenen Kartellrechtsverstösse innerhalb

des Unternehmens nicht bekannt waren und dies auch mit einer zweckmässigen Ausgestaltung der Organisation nicht hätte bekannt werden können und das Unternehmen alle zumutbaren Massnahmen getroffen hat, den Kartellrechtsverstoss zu verhindern.⁵⁵¹ 559. Im vorliegenden Fall ist Multipay mehr als ein blosser Organisationsmangel vorzuwerfen, sondern es ist von einem zumindest eventualvorsätzlichen Kartellrechtsverstoss auszugehen.⁵⁵² 560. Es wurde bereits erwähnt, dass das Kartellgesetz für Unternehmen allgemein als bekannt vorausgesetzt werden darf.⁵⁵³ Bei Multipay ist auch tatsächliche Kenntnis des Kartellgesetzes gegeben, da Multipay bereits vor dem hier massgebenden Sachverhalt an mehreren kartellrechtlichen Verfahren beteiligt war.⁵⁵⁴ 561. Im Mai 2003 hat die Telekurs Group das Visa-Acquiring-Geschäft der UBS Card Center AG erworben. Im Jahr 2004 hielt die Weko im Rahmen von vorsorglichen Massnahmen fest, es sei glaubhaft, dass Multipay seit dieser Übernahme auf dem Markt für Kreditkartenacquiring über eine marktbeherrschende Stellung verfüge.⁵⁵⁵ Bezüglich des Debitkarten-

544 RPW 2006/1, S. 169 ff., Rz. 197 ff. 545 REKO/WEF, in: RPW 2007/4, S. 672, Rz. 4.2.6. 546 Vgl. etwa RPW 2006/4, S. 660 f., Rz. 228 ff.; RPW 2007/2, S. 232 ff., Rz. 306 ff.; RPW 2008/3, S. 407 f., Rz. 223 ff.; RPW 2009/3, S. 211 f., Rz. 105 ff. 547 Vgl. Publigroupe gg. Weko i.S. Richtlinien über die Kommissionierung von Berufsvermittlern. (B2977/2007), E. 8.2.2.1. 548 Vgl. RPW 2009/3, S. 212, Rz. 106; RPW 2007/2, S. 234, Rz. 307 ff. 549 Vgl. REINERT (FN 288), Art. 49a N. 5; TAGMANN (FN 560), S. 73. 550 Vgl. RPW 2009/3, S. 212, Rz. 106; TAGMANN (FN 560), S. 73. 551 Vgl. RPW 2009/3, S. 212, Rz. 106; RPW 2007/2, S. 234, Rz. 309; REINERT (FN 288), Art. 49a N. 5. 552 Vgl. BVGer, in: RPW 2007/4, S. 672, E. 4.2.6. 553 Vgl. RPW 2009/3, S. 212, Rz. 106 m.w.H. 554 Vgl. etwa RPW 2003/1, S. 106 ff. 555 RPW 2004/4, S. 1009 ff., Rz. 36 ff. (insbes. Rz. 47).

32/2009/03386/COO.2101.111.5.127333 149

marktes wurden Indizien für eine marktbeherrschende Stellung festgestellt.⁵⁵⁶ In der Untersuchung „Kreditkarten/Interchange Fee“ wurde festgehalten, dass die hohen Marktanteile auf eine dominante Stellung der Multipay im Kreditkarten-Acquiring hindeuten.⁵⁵⁷ Multipay musste sich daher zumindest bewusst sein, dass sie sich nach Einschätzung der Wettbewerbsbehörden wahrscheinlich in einer marktbeherrschenden Stellung befand, und entsprechend dafür sensibilisiert sein, dass die Missbrauchskontrolle des Art. 7 KG auf Multipay angewendet werden könnte. ⁵⁶². Es geht aus den Protokollen der Geschäftsleitung von Multipay und Card Solutions hervor, dass es sich um einen bewussten strategischen Entscheid auf Ebene der Geschäftsleitung gehandelt hat, bezüglich DCC nicht mit anderen Terminalanbietern als der Card Solutions zusammenzuarbeiten (vgl. Rz. 309 ff., insbesondere Rz. 314 sowie Rz. 428). Dabei hat Jeronimo am 20. Februar 2006 sogar noch darauf hingewiesen, dass das Verhalten der Multipay unzulässig sein könnte: „Aujourd'hui, le fait que jeronimo ne puisse toujours pas offrir la fonction DCC à ses clients TKM [=Telekurs Multipay] est clairement un acte de concurrence déloyale.“⁵⁵⁸ Im Schreiben der Van de Velden Holding B.V. vom 17. März 2006 wurde weiter ausgeführt: „We take the position that the refusal of Telekurs Multipay SA to supply the DCC protocols to the Company constitutes an unlawful act [...] we will not hesitate to bring this matter to the attention of authorities which are competent to assess such unlawful conduct“.⁵⁵⁹ 563. Schliesslich ist noch zu erwähnen, dass die kartellrechtliche Problematik der Verweigerung von Schnittstelleninformationen durch marktbeherrschende Unternehmen spätestens seit dem medienträchtigen

Microsoft-Entscheidung der EU-Kommission aus dem Jahr 2004 über Spezialistenkreise hinaus als bekannt gelten kann. 564. Aus dem Gesagten geht hervor, dass sich Multipay vorsätzlich dazu entschieden hat, die Konkurrenten der Card Solutions zu behindern und eine Kartellrechtsverletzung zumindest eventualvorsätzlich in Kauf genommen hat. Das Erfordernis der subjektiven Vorwerfbarkeit des Verhaltens ist damit erfüllt. 565. Die Parteien kritisieren in ihrer Stellungnahme, der Sorgfaltsmassstab der Weko führe zu einer unzulässigen, verschuldensunabhängigen Strafbarkeit. Für den Vorwurf eines eventualvorsätzlichen Handelns würden die Anhaltspunkte fehlen. Das Sekretariat habe zugestanden, dass eine Verweigerung vor Abschluss der Test- und Zertifizierungsphase zulässig sei, so dass nicht auf ein eventualvorsätzliches Verhalten geschlossen werden könne. Auch der Hinweis auf den Microsoft-Fall sei nicht hilfreich, da sich dieser massgeblich vom vorliegenden Fall unterscheiden würde. 566. Die Kritik der Parteien ist zurückzuweisen. Die Vorwerfbarkeit wurde oben in Übereinstimmung mit der durch das Bundesverwaltungsgericht geschützten ständigen Praxis der Weko geprüft und bejaht. Im Gegensatz zu anderen Fällen konnte im vorliegenden Fall zudem aufgezeigt werden, dass das Verhalten auf einem bewussten Entscheid auf Stufe der Geschäftsleitung basierte. Auf das „Zugeständnis“ des Sekretariates, dass eine Verweigerung vor Abschluss der Test- und Zertifizierungsphase zulässig sei, wird ausführlich in Rz. 430 ff. eingegangen, worauf verwiesen wird. Für die Ausführungen zur „Nicht-Vergleichbarkeit“ mit dem Fall Microsoft kann weiter auf die Rz. 553 verwiesen werden.

556 RPW 2004/4, S. 1014, Rz. 57 ff. 557 RPW 2006/1, S. 95, Rz. 243. 558 Act. no 103, Beilage 19e. 559 Act. no 103, Beilage 19f.

32/2009/03386/COO.2101.111.5.127333 150

B.4.4 Bemessung 567. Rechtsfolge einer Verletzung von Art. 49a Abs. 1 KG ist die Belastung des fehlbaren Unternehmens mit einem Betrag bis zu 10% des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Umsatzes. Massgebend sind dabei die drei dem Entscheid der Weko vorangehenden Geschäftsjahre und nicht etwa die drei Geschäftsjahre vor der Untersuchungseröffnung oder vor der Aufgabe des wettbewerbswidrigen Verhaltens. 560 568. Der Betrag bemisst sich nach der Dauer und der Schwere des unzulässigen Verhaltens, wobei der mutmassliche Gewinn, den das Unternehmen dadurch erzielt hat, angemessen zu berücksichtigen ist. B.4.4.1 Maximalsanktion 569. Die Obergrenze des Sanktionsrahmens und somit die Maximalsanktion liegt bei 10 % des vom Unternehmen in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Gesamtumsatzes. Der Unternehmensumsatz i.S.v. Art. 49a Abs. 1 KG berechnet sich dabei sinngemäss nach den Kriterien der Umsatzberechnung bei Unternehmenszusammenschlüssen, Art. 4 und 5 VKU⁵⁶¹ finden analoge Anwendung. 570. Bei Konzerngesellschaften sind sämtliche Umsätze der kontrollierten und kontrollierenden Unternehmen (Tochter-, Mutter-, Schwester-, und Gemeinschaftsunternehmen) in die Umsatzberechnung einzubeziehen (Art. 5 Abs. 1 lit. a–d VKU). Der Unternehmensumsatz nach Art. 49a Abs. 1 KG bestimmt sich mithin auf Konzernebene, wobei gemäss Art. 5 Abs. 2 VKU konzerninterne Umsätze bei der Berechnung des Gesamtumsatzes nicht zu berücksichtigen sind. 571. Während der Zeitdauer der missbräuchlichen Verhaltensweise gehörte Multipay zur Telekurs Holding. Im Jahr 2007 erfolgte der Zusammenschluss der SWX Group, SIS Group und Telekurs Holding zur heutigen SIX Gruppe.⁵⁶² Mit der Einbindung der Telekurs Holding, einschliesslich der Tochtergesellschaft Multipay in die SIX Gruppe ist neben den Aktiven und Passiven auch die Verantwortlichkeit für Verstösse

gegen das Kartellgesetz auf die SIX Gruppe übergegangen. Es ist daher zulässig, für die Berechnung der Maximalsanktion auf den Gesamtumsatz der SIX Gruppe in den letzten 3 Geschäftsjahren abzustellen.⁵⁶³ 572. Der Gesamtumsatz der SIX Gruppe in der Schweiz betrug im Jahr 2007 CHF [800– 900] Mio., im Jahr 2008 1■348 Mio. und im Jahr 2009 1■253 Mio.⁵⁶⁴

560 Vgl. REINERT (FN 288), Art. 49a N 10; CHRISTOPH TAGMANN/BEAT ZIRLICK, in: Basler Kommentar zum Kartellgesetz, Marc Amstutz/Mani Reinert (Hrsg.), Basel 2010, Art. 49a N 48; CHRISTOPH TAGMANN, Die direkten Sanktionen nach Art. 49a Abs. 1 Kartellgesetz, Diss., Zürich 2007, S. 229. 561 Verordnung vom 17. Juni 1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (SR 251.4). 562 Vgl. RPW 2007/4, S. 557 ff. 563 Vgl. EuGH, Urteil vom 24. September 2009, Erste Bank (C-125/07 P), Rz. 76 ff. und EuG, Urteil vom 14. Dezember 2006, Raiffeisen Zentralbank Österreich (T-259/02), Rz. 323 ff. 564 Act. no 201, die Zahlen für die Jahre 2008 und 2009 sind auch aus dem Geschäftsbericht 2009 der SIX Group ersichtlich

(www.six-group.com/download/publications/annual_reports/2009/six_group_annual_report_2009_de.pdf; 29.11.2010). Dabei gilt es zu beachten, dass die Zahl für das Jahr 2007 deshalb wesentlich tiefer ausfällt, weil in diesem Jahr der Zusammenschluss von SWX Group, Telekurs Group und SIS Group stattgefunden hat und daher nur der Umsatz der SWX Group als Käuferin aus den Akten hervorgeht. Dies ist im vorliegenden Fall allerdings nicht problematisch, da die Obergrenze des Basisbetrags viel tiefer als die auf diese Weise berechnete Maximalsanktion ist.

32/2009/03386/COO.2101.111.5.127333 151

573. Der kumulierte Gesamtumsatz der SIX Gruppe für die letzten 3 Geschäftsjahre beträgt CHF [3■400–3■500] Mio. Die Maximalsanktion im Sinne von Art. 49a Abs. 1 KG beläuft sich im vorliegenden Verfahren folglich auf CHF [340–350] Mio. B.4.4.2 Konkrete Sanktionsberechnung 574. Nach Art. 49a Abs. 1 KG ist bei der Bemessung des konkreten Sanktionsbetrags die Dauer und Schwere des unzulässigen Verhaltens und der durch das unzulässige Verhalten erzielte mutmassliche Gewinn angemessen zu berücksichtigen. Die SVKG⁵⁶⁵ geht für die konkrete Sanktionsbemessung zunächst von einem Basisbetrag aus, der in einem zweiten Schritt an die Dauer des Verstosses anzupassen ist, bevor in einem dritten Schritt erschwerenden und mildernden Umständen Rechnung getragen werden kann. B.4.4.2.1 Basisbetrag 575. Der Basisbetrag beträgt je nach Art und Schwere des Verstosses bis zu 10 % des Umsatzes, den das betreffende Unternehmen in den letzten 3 Geschäftsjahren auf den relevanten Märkten in der Schweiz erzielt hat (Art. 3 SVKG). B.4.4.2.1.1 Obergrenze des Basisbetrags (Umsatz auf dem relevanten Markt) 576. Die obere Grenze des Basisbetrags beträgt gemäss Art. 3 SVKG 10 Prozent des Umsatzes, den das betreffende Unternehmen in den letzten 3 Geschäftsjahren auf den relevanten Märkten in der Schweiz erzielt hat. 577. Im vorliegenden Fall wurde eine marktbeherrschende Stellung der Multipay auf diversen Acquiringmärkten festgestellt (vgl. Rz. 249). Diese marktbeherrschende Stellung wurde dadurch missbraucht, dass Konkurrenten der Schwestergesellschaft Card Solutions auf dem Terminalmarkt behindert wurden und die Wahlfreiheit der Händler auf diesem Markt eingeschränkt wurde. Von der Wettbewerbsbeschränkung betroffen ist daher der Terminalmarkt, so dass für die Berechnung der Obergrenze des Basisbetrags der Umsatz der Card Solutions auf dem Terminalmarkt massgebend ist.⁵⁶⁶ 578. Die Card Solutions hat auf dem Terminalmarkt in den letzten drei Geschäftsjahren folgende Umsätze erzielt: im Jahr 2007 CHF [40–50]

Mio., im Jahr 2008 CHF [40–50] Mio. und im Jahr 2009 CHF [40–50] Mio. Daraus ergibt sich einen kumulierten Umsatz für die letzten drei Geschäftsjahre von CHF [120–150] Mio. Die Obergrenze des Basisbetrages beträgt 10% dieses Umsatzes, im vorliegenden Fall somit CHF [12–15] Mio. 579. Im Rahmen der Stellungnahme haben die Parteien eine falsche Bussgeldberechnung geltend gemacht, da in den oben verwendeten Umsätzen auch Umsätze mit „Wartung, Projekten und Services“ enthalten sind. Die Parteien bringen vor, aufgrund des Antrages stehe fest, dass die Behörde nur die Umsätze mit dem Verkauf von ep2-zertifizierten POS-Terminals als relevante erachte. Bei der Berechnung des Basisbetrags seien daher folgende Verkaufserlöse mit ep2-zertifizierten Terminals zu berücksichtigen: im Jahr 2007 CHF [20–30] Mio., im Jahr 2008 [20–30] Mio. und im Jahr 2009 CHF [20–30] Mio. Dies ergebe einen Gesamtumsatz von CHF [60–90] Mio. für die letzten drei Geschäftsjahre. Die Obergrenze des Basisbetrags würde in diesem Fall CHF [6–9] Mio. betragen. 580. Grundsätzlich ist festzuhalten, dass im vorliegenden Entscheid ein Markt für ep2-zertifizierte POS-Terminals abgegrenzt wurde. Eine Einschränkung auf den Verkauf solcher

565 Verordnung vom 12. März 2004 über die Sanktionen bei unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen (KG-Sanktionsverordnung; SR 251.5). 566 Vgl. TAGMANN (FN 560), S. 220.

32/2009/03386/COO.2101.111.5.127333 152

Terminals findet sich an keiner Stelle. Trotzdem ist den Parteien zugutezuhalten, dass ihr Einwand eine gewisse Berechtigung hat. Die Frage, welche in diesem Zusammenhang zu klären ist, besteht darin, ob für den Bereich „Wartung, Projekte und Services“ ein eigener relevanter Markt abgegrenzt werden kann, ein sogenannter „Aftermarket“ (auch „Secondary Market“ bzw. „Sekundärmarkt“). 567 Solche Aftermarkets beinhalten generell komplementäre Produkte oder Dienstleistungen, welche im Anschluss an den Kauf eines Primärproduktes nachgefragt werden. Als Standardbeispiele können Ersatzteile für langlebige Konsumgüter oder auch Software-Updates im IT-Produkte angeführt werden. Typischerweise sind Aftermarkets in Fällen zu finden, in denen das Sekundärprodukt nur in Verbindung mit einem spezifischen Primärprodukt verwendet werden kann, obwohl für das Primärprodukt Substitutionsmöglichkeiten vorhanden sind. 581. Zum heutigen Zeitpunkt stellt sich die Situation so dar, dass bei der Card Solutions die sekundären Dienstleistungen in „Servicepakete für Zahlkartenterminals“ integriert sind. 568 Dabei hat der Kunde die Wahl zwischen zwei Servicepaketen für die Aktivierung des Terminals, eines mit und eines ohne Installation und Inbetriebnahme vor Ort. Für den Terminalbetrieb werden vier unterschiedliche Servicepakete angeboten. Das einfachste Servicepaket umfasst die Elemente Systembetrieb, Grätishotline, Transaktionsjournal, Software-Aktualisierung und Sicherheitsspeicher. Bei den weiteren Servicepaketen kommen die Störungsbeseitigung per Post bzw. vor Ort, jährliche Inspektion und Wartung vor Ort sowie eine „Vollkasko“ (Reparatur oder Ersatz defekter Geräte unabhängig von der Ursache) dazu. Aus dem Terminalkaufvertrag der Card Solutions geht hervor, dass die Servicepakete obligatorisch sind. Ziff. 3 der AGB für den Kaufvertrag lautet: 582. „Um die Inbetriebnahme sowie die Aufrechterhaltung des Betriebs eines Geräts sicherzustellen, hat der Vertragspartner zwingend die entsprechenden Servicepakete auszuwählen. Ohne vereinbarte Servicepakete kann das entsprechende Gerät nicht in Betrieb genommen werden bzw. wird ausser Betrieb gesetzt. Eine Wiederinbetriebnahme ist nur möglich, sofern die erforderlichen Servicepakete vereinbart sind. Servicepakete für die Inbetrieb-

nahme von Geräten werden im Kaufvertrag vom Vertragspartner bestimmt. Die Leistungen der Servicepakete sind nachfolgend beschrieben (Ziffer 4.1 bis 4.5). Servicepakete für die Aufrechterhaltung des Betriebs sind Bestandteil eines separaten Servicevertrags.■569 583. Im entsprechenden Servicevertrag der Card Solutions wird festgehalten: „Für die Aufrechterhaltung des Betriebs eines jeden Terminals ist ein Servicevertrag zwingend notwendig. Ohne laufenden Servicevertrag wird das betroffene Terminal ausser Betrieb gesetzt.■570 Heute besteht somit eine Pflicht für den Käufer eines Terminals, auch die Servicepakete der Card Solutions zu beziehen. Die Pakete für die Inbetriebnahme des Terminals sind sogar Bestandteil des eigentlichen Kaufvertrages. Der Konnex zwischen dem Terminal und den damit verbundenen Dienstleistungen erscheint damit als derart ausgeprägt, dass es sehr fraglich erscheint, ob zum heutigen Zeitpunkt von einem eigenständigen Markt für Service- dienstleistungen ausgegangen werden könnte. Es scheint eher ein sog. „Systemmarkt■ vor-

567 Vgl. ausführlich Discussion Paper zu Art. 82 EGV (FN 192), S. 68 ff.; vgl. auch REINERT/BLOCH (FN 268), Art. 4 Abs. 2 N 176. 568 Vgl. zu den nachfolgenden Ausführungen die „Servicebroschüre■ der Card Solutions, [www.six-card-solutions.com/DE/Downloadcenter/W0130_Servicepakete%20Zahlterminals%20\(2\).pdf](http://www.six-card-solutions.com/DE/Downloadcenter/W0130_Servicepakete%20Zahlterminals%20(2).pdf) (29.11.2010) sowie die Informationen auf der Website der Card Solutions zu ihren Services und Dienstleistungen. 569 Vgl. Kaufvertrag inkl. AGB der Card Solutions unter www.six-card-solutions.com/DE/Downloadcenter/W0134_Kaufvertrag_int.pdf (29.11.2010). 570 Vgl. Servicevertrag inkl. AGB der Card Solutions unter [www.six-card-solutions.com/DE/Downloadcenter/W0140_Servicevertrag_int\[1\].pdf](http://www.six-card-solutions.com/DE/Downloadcenter/W0140_Servicevertrag_int[1].pdf) (vgl. insbesondere auch Ziff. 2 der AGB; 29.11.2010).

32/2009/03386/COO.2101.111.5.127333 153

zuliegen, d.h. ein Markt für ein zusammengesetztes Produkt bestehend aus ep2-POS-Terminals und den damit verbundenen Servicedienstleistungen.571 584. Während der massgeblichen Periode in den Jahren 2005 und 2006 haben die Terminalkaufverträge noch keine obligatorischen Servicepakete vorgesehen. Die Parteien machen geltend572, nur eine geringe Anzahl Händler schliesse gleichzeitig mit dem Terminalvertrag auch einen Wartungsvertrag ab (2007: [20–30]%; 2008: [10–20]%; 2009: [10–20]%). Zudem seien verschiedene Drittfirmen auf dem Markt tätig, welche auf die Erbringung von Wartungsdienstleistungen spezialisiert seien. Als Beispiele werden die Firma ITRIS Maintenance GmbH, welche die Wartungsdienstleistungen für sämtliche Migros-Filialen erbringe, IBM und uniQservice erwähnt, welche Wartungsdienstleistungen markenübergreifend anbieten würden.573 In der Eingabe vom 11. November 2010 verlangen die Parteien, sofern die Umsätze mit den Servicedienstleistungen berücksichtigt werden sollen, müssten weitere Sachverhaltsabklärungen erfolgen. 585. Entgegen der Auffassung der Parteien hat gerade das Hearing die noch offenen Fragen zu dieser Frage ausgeräumt. Es ist vorab festzuhalten, dass gewisse Services auch in den Jahren 2005 und 2006 nur durch den Terminallieferanten erbracht werden konnten, so dass die dazugehörigen Umsätze bei der Berechnung einzubeziehen sind. Es sind dies beispielsweise die Umsätze welche mit der Inbetriebnahme des Terminals verbunden sind (CHF 50.-- bei einer Zustellung des Terminals per Post und eigenständiger Inbetriebnahme bzw. CHF 280.-- bei einer Inbetriebnahme und Produktschulung vor Ort durch die Card Solutions) oder die durch die Inanspruchnahme der Hotline-Dienste, welche den „Vertragspartner in der Gerätebedienung sowie bei technischen Abklärungen von

Störungen und deren Behebung ■ unterstützt⁵⁷⁴ (CHF 90.--/Jahr).⁵⁷⁵ 586. Diese Services finden sich auch direkt im Terminalkaufvertrag von Card Solutions in der von den Parteien eingereichten Version 06/2005.⁵⁷⁶ In den AGB zu diesem Vertrag wird in Ziff. 9 festgehalten, dass ansonsten bei der Hotline erhöhte Gebühren anfallen.⁵⁷⁷ Der Terminalkaufvertrag sieht auch vor, dass der Käufer mit seiner Unterschrift bestätigt, „die allgemeinen Vertragsbedingungen für Terminalkäufe und Terminal-Wartungsdienstleistungen erhalten und gelesen zu haben sowie damit einverstanden zu sein.“ ■ Umgekehrt findet sich in den allgemeinen Vertragsbedingungen für Terminal-Wartungsdienstleistungen die Ziff. 2, welche festhält: „Die Preise für Hotline- und Wartungsdienstleistungen sind im Kaufvertrag geregelt.“⁵⁷⁸ Diese Elemente zeigen auf, dass bereits in den Jahren 2005 und 2006 ein starker Konnex zwischen Terminalkauf und den damit verbundenen Dienstleistungen bestand. 587. Dem Argument der Parteien, nur eine Minderheit der Kunden habe einen Wartungsvertrag abgeschlossen (Wartung vor Ort: Montag–Sonntag, innert 48 Stunden; Wartung im Postversand: Rücksendung innert 48 Stunden nach Eingang des Pakets), kann entgegen gehalten werden, dass die Umsätze mit Wartungsdienstleistungen keinen Wartungsvertrag

571 Vgl. RPW 1999/2, S. 251 ff., Rz. 26 ff.; REKO/WEF, in: 2000/4, S. 737 E. 5.3; RPW 2003/4, S. 735 ff., Rz. 15 ff.; vgl. auch REINERT/BLOCH (FN 268), Art. 4 Abs. 2 N 175 ff. 572 Vgl. act. no 250. 573 Beispielsweise die Firma uniQservice AG, www.uniqservice.ch (29.11.2010). 574 Beschreibung der Dienstleistung auf der Homepage von Card Solutions in der Version vom 31. Dezember 2005 (<http://web.archive.org/web/20051214080457/www.telekurs-card-solutions.com/services.asp>; 29.11.2010). 575 Vgl. Preisliste von Card Solutions in der Version vom 1. August 2005, http://web.archive.org/web/20051231205033/www.telekurs-card-solutions.com/download/pricelist_terminal_de.pdf (29.11.2010). 576 Act. no 250, Beilage 1. 577 Act. no 250, Beilage 2. 578 Act. no 250, Beilage 4.

32/2009/03386/COO.2101.111.5.127333 154

bedingen. Verzichtete ein Händler auf den gleichzeitigen Abschluss eines Wartungsvertrages, so wurden ihm „Reparaturen im Postversand oder Einsätze vor Ort wie Behebung von Störungen, Nachschulungen oder Installationsprüfungen [...] nach Aufwand gemäss der jeweils gültigen Preisliste in Rechnung gestellt.“ ■ Auch diese Umsätze von Card Solutions sind direkt mit den verkauften Terminals verbunden. 588. Die Parteien bringen weiter vor, dass die Wartungsdienstleistungen auch durch unabhängige Dritte (ITRIS, uniQservice) erbracht würden. Die Anhörungen haben jedoch aufgezeigt, dass grundsätzlich jeder Terminallieferant diese Dienstleistungen für seine Terminals (und nur für seine Terminals) erbringt. ■ Auszug aus der Anhörung von Herrn Fillistorf: Präsident Weko : SIX nous indique qu’il y a un marché un peu distinct de la vente de terminaux ce sont les services liés à ces terminaux. On parle de «*Wartung*», le «*suivi*» et d’autres services voire même des projets de développement j’imagine avec des grands clients. Comment est-ce que vous appréciez cela? Est-ce que vous voyez un lien entre les terminaux et ce service ? Est-ce qu’on peut dissocier les deux ? Quelle est votre appréciation? Jeronimo vend son terminal, ensuite il y a un service à faire s’il tombe en panne, il faut remplacer le terminal, enfin il y a différents services d’entretien largement à fournir. Est-ce que vous voyez un lien entre la vente du terminal et ces différents services qui sont fournis? Est-ce que vous les dissociez? Fillistorf : Non, en ce sens qu’à mon avis c’est complètement lié. Dans le sens où la vie du

terminal ne peut pas avoir lieu correctement s'il n'y a pas un suivi régulier. Il faut, par exemple, mettre à jour le logiciel de terminal régulièrement pour des nouvelles versions des P2 ou des corrections etc. On doit être capable d'intervenir soit à distance soit physiquement sur le terminal. Les commerçants, aujourd'hui, ont des exigences très élevées en terme de service de ces terminaux. Le terminal est presque plus important que la caisse enregistreuse. Si la caisse enregistreuse tombe en panne pendant deux heures ou pendant une journée, ils ont souvent un bloc, ils peuvent faire des factures – je parle de petits commerces – et ils vont pouvoir s'en sortir. S'il le terminal tombe en panne, c'est toute une partie des transactions qu'ils ne peuvent plus accepter. Et donc la pression sur le fournisseur de terminal est élevée pour que les temps de réaction soient très courts, que le terminal redémarre correctement très rapidement. Il y a 10 ans ou 15 ans, le commerçant envoyait volontiers son terminal par Poste, il attendait quelques jours, le temps qu'on le lui renvoie, il vivait quelques jours sans terminal. Aujourd'hui c'est plus du tout accepté. Il n'est plus possible... Le niveau d'exigence est élevé comme le niveau de service. On a des Host qui gèrent les terminaux et les transactions sur ces terminaux. On doit être capable en tout temps de réagir, de mettre à jour etc... Donc c'est intimement lié. Präsident : Vous, Jeronimo vend des terminaux et offre ces services? Fillistorf : Absolument Präsident : Vous avez des concurrents spécifiques pour ces services que vous offrez pour vos propres terminaux? Fillistorf : Chaque fournisseur de terminal offre ce service pour ses terminaux. Präsident : Vous, si vous vendez 10'000 terminaux Jeronimo sur quel pourcentage vous allez assurer le service? 10000 ? 8000 ? 5000 seulement? Fillistorf : Sur le 100% des terminaux Präsident : 100%. Ca c'est quelque chose qui est usuel sur le marché ? ou est-ce spécifique à Jeronimo? Fillistorf : C'est usuel. Il y a des discussions pour qu'un acteur puisse s'occuper de faire la maintenance pour plusieurs terminaux, mais à ma connaissance c'est pas quelque chose qui a pris de l'ampleur. Parfois, à Zermatt ou dans certaines stations, certains endroits dans les Grisons qui pour nous étaient difficiles d'accès, on a des gens sur place qui peuvent être des acteurs locaux, un électricien etc...qui peuvent faire les premiers secours sur le terminal et qui a ensuite une certaine habitude pour débloquer les situations pour nous éviter d'intervenir trop loin. C'est pas la gestion complète d'un parc de terminaux. C'est intimement lié au terminal, parce qu'il y a des

32/2009/03386/COO.2101.111.5.127333 155

spécificités qui sont liées au hardware et au software qui a été développé. ■ Auszug aus der Anhörung der Parteien: Präsident : Ist diese Dienstleistung [Wartungsdienstleistung] nicht eine unmittelbare Folge des Terminalverkaufs? Man kauft doch das Terminal und dann kommt die Dienstleistung? Vertreter Card Solutions (VCS) : Wenn Sie davon ausgehen würden, dass das alles Wartungsarbeiten/Wartungsverträge sind, dann ja. Also wenn ich ein Terminal kaufe und dann auch gleichzeitig einen Wartungsvertrag abschliessen würde. Dem ist aber nicht so. Sondern es ist so, dass sehr viele sagen: Das Terminal ist so stabil, da brauche ich gar keinen Wartungsvertrag. Sie sagen: Ich bezahle die Reparatur. Darin sind die Reparaturen, die wir für die Händler ausführen und dann geben wir das Terminal wieder zurück. Da drin sind auch die Installationsarbeiten. Wir nehmen beim Händler die Installation des Terminals vor. Deshalb ist die Wartung ein Teil. Wir haben Abklärungen gemacht. Das sind etwa [15–25]%, die direkt mit dem Terminal verbunden werden. [...] Präsident : Card Solutions erbringt diese Dienstleistungen? VCS : Auch. Präsident : Machen Sie das nur für Ihre Terminals? VCS : Ja. Präsident : Oder auch für andere? VCS : Nein, nur für unsere. Die anderen machen es für unsere und auch andere Terminals.

Präsident : Aber Sie machen das nur für Ihre Terminals? VCS : Ja, sonst wäre es zu viel Aufwand für uns. Präsident : Wieso ist das? VCS : Dann müssten wir alle andere Terminals kennen. Wir sind kein Wartungsunternehmen, wir sind Terminalverkäufer. VCS : Es sind spezialisierte Unternehmen, die nichts anderes oder die sich primär darauf ausrichten, diese Maschinen zu warten. Itris oder uniQservice. Itris z.B. übernimmt sämtliche Migros-Filialen und sorgt für die Wartung dieser Geräte, obwohl Apparate von SIX Card Solutions drin stehen. Präsident : Warum kennen dann diese Unternehmen Ihre Terminals? VCS : Weil wir auch Terminals kaufen. Wir produzieren ja nicht selber. Z.B. kaufen wir von Atos. Wenn es ein Softwarefehler ist, dann kommt das Gerät sowieso zu uns. Dann muss das Terminal auch nicht getauscht werden. Wir machen dann die Erneuerung der Software sofort. Präsident : Das machen Sie selbst? VCS : Ja. CEO Card Solutions Für Software haben wir auch keine Wartungsverträge. Wir haben nur Wartungsverträge für Hardware. Software müssen wir selber erledigen. Wir liefern Software aus, die funktioniert. Wir können dann nicht einen Wartungsvertrag machen und sagen: Wenn Ihr Fehler anbaut, dann könntet Ihr nochmals bezahlen. Software wird bei uns immer ohne Wartungsvertrag gemacht. [...] [...]

CEO Card Solutions Es kommt dann noch etwas dazu: Die grossen Kunden, Herr Mamane hat das z.B. bei Itris für Migros erklärt, diese wollen einen Support aus einer Hand. Nicht nur für die Terminals, sondern auch für die Kassen, Wagen, Infrastruktur usw. Das sind spezialisierte Firmen. Das wollen wir nicht und können wir nicht. Unsere Installateure oder unsere Techniker, sie gehen zum Installieren, wenn das gewünscht wird und wenn es einen Wartungsvertrag gibt, dann gehen sie auch das Terminal abholen. Heute kann man die Terminals nicht mehr reparieren, weil sie aus Sicherheitsgründen sozusagen selbsterstörerisch sind. Wir müssen sie immer an den Hersteller einschicken. Das kann man gar nicht mehr reparieren. Sobald irgendetwas passiert, verlieren die Terminals die Schlüssel und sind unbrauchbar, damit kein Betrug gemacht werden kann. Das kann nur der Hersteller wiederherstellen. Präsident : Was können die anderen Anbieter machen? Die echte Wartung können sie bei [15–25]% der Geräte nicht machen und Software auch nicht. Was können sie dann sonst eigentlich machen? VCS : Wichtig ist, dass sie einen Wartungsvertrag haben. Dort steht, in welcher Zeit das Terminal ersetzt wird. Das ist das Thema. Sie wollen ja am Checkout bezahlen können. Sonst ist die Kasensinfrastruktur nicht mehr oder nur beschränkt mit Bargeld verfügbar. Es geht also darum, wie schnell man ein neues Terminal bekommt und es wird ein Austausch gemacht und man nimmt das Terminal zurück und es wird geschaut, woran das Problem liegt. Das ist das, was der Wartungspartner macht. Wenn es ein Hardware-Problem ist, dann muss das Terminal zurückgeschickt werden. Präsident : Was ist die eigentliche Leistung?

32/2009/03386/COO.2101.111.5.127333 156

VCS: Die eigentliche Leistung ist, das Terminal rechtzeitig zu ersetzen. 589. Aus der Anhörung geht einerseits hervor, dass Card Solutions keine Umsätze mit Dienstleistungen für andere Terminals erwirtschaftet. Andererseits wird ersichtlich, dass die durch die Parteien genannten angeblichen Konkurrenten nur in der Lage sind, ein nicht mehr funktionsfähiges Terminal durch ein anderes Terminal ersetzen. Sie können es weder im Bereich Hardware („Selbsterstörung■) reparieren noch bezüglich der Software irgendwelche materielle Wartungsdienstleistungen zu erbringen. Es erscheint daher nicht gerechtfertigt, aufgrund dieser singulären logistischen Dienstleistung einen eigenständigen Aftermarket abzugrenzen. 590. Selbst wenn entgegen den obigen Ausführungen von

einem eigenständigen Aftermarket ausgegangen würde, so würde daraus nicht folgen, dass die entsprechenden Umsätze der Card Solutions bei der Sanktionierung nicht zu berücksichtigen wären. Es wäre vielmehr so, dass ein solcher Markt als ebenfalls von der Behinderung betroffener relevanter Markt betrachtet werden müsste. Da grundsätzlich jeder Terminalhersteller diese Dienstleistungen für seine eigenen Terminals erbringt, gehen ihm mit jedem Terminal, welches an einen anderen Terminalanbieter verkauft werden, Umsätze aus den mit diesem Terminal verbundenen Dienstleistungen verloren. Daraus folgt, dass eine Behinderung beim Terminalverkauf auch eine Behinderung auf dem Aftermarket zur Folge hat. Dies lässt sich beispielsweise mit einer internen Präsentation von Multipay vom 13. Juli 2006 belegen, welche den Verkauf von Card Solutions Terminals inklusive DCC durch Agenturen (insbesondere Jeronimo) zum Gegenstand hatte.⁵⁷⁹ In dieser Präsentation hielt Multipay fest, dass ein Verkauf von Card Solutions Terminals für Jeronimo nur dann interessant sei, wenn die Ausfälle bei den Wartungserträgen kompensiert werden könnten. Dabei hatte Multipay konkrete Berechnungen angestellt, welcher Ertragsausfall bei Jeronimo zu erwarten wäre. Diese Berechnung zeigt eine klare Zuweisung der Wartungserträge zu den verkauften Terminals auf und macht deutlich, dass die Terminalhersteller diese Erträge fest einkalkulieren.⁵⁹¹ Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass für die Sanktionsberechnung von einer Obergrenze des Basisbetrags von CHF [12–15] Mio. ausgegangen wird. B.4.4.2.1.2 Berücksichtigung der Art und Schwere des Verstosses ⁵⁹². Gemäss Art. 3 SVKG ist die aufgrund des Umsatzes errechnete Höhe des Basisbetrags je nach Schwere und Art des Verstosses festzusetzen.⁵⁸⁰ Es gilt deshalb zu prüfen, als wie schwer der Verstoss zu qualifizieren ist.⁵⁹³ Die Erläuterungen zur SVKG halten fest, dass sich der Basisbetrag bei schweren Verstössen gegen das KG, insbesondere bei marktumfassenden Abreden nach den Art. 5 Abs. 3 und 4 KG sowie bei Missbräuchen von marktbeherrschenden Unternehmen regelmässig im oberen Drittel des Rahmens bewegen soll. Das Bundesverwaltungsgericht hat diese Vorgehensweise im Zusammenhang mit den Abreden gemäss Art. 5 Abs. 3 und 4 KG, die den Wettbewerb auf einem bestimmten Markt (weitgehend) beseitigen, bestätigt, hingegen bezüglich Art. 7 KG darauf hingewiesen, dass bezüglich der Behinderungs- und Ausbeutungstatbestände die gesamte Bandbreite von 0–10% des Umsatzes zur Disposition steht, um den konkreten Umständen des Einzelfalles gerecht zu werden.⁵⁸¹

⁵⁷⁹ Act. no 103, Beilage 20m. ⁵⁸⁰ Vgl. Erläuterungen SVKG, S. 2 f. ⁵⁸¹ BVGer, Urteil vom 27. April 2010, Publigroupe gg. Weko i.S. Richtlinien des Verbands Schweizerischer Werbegesellschaften über die Kommissionierung von Berufsvermittlern. (B2977/2007), E. 8.3.4.

32/2009/03386/COO.2101.111.5.127333 157

⁵⁹⁴. Im vorliegenden Fall handelt es sich von der Art her nicht um einen leichten Verstoss gegen das Kartellgesetz. Es ist vielmehr ein Musterfall von „Leverage“, indem die Multipay ihre marktbeherrschende Stellung dazu genutzt hat, den Terminals ihrer Schwestergesellschaft Card Solutions einen ungerechtfertigten Wettbewerbsvorteil zu verschaffen. Von der Behinderung war auch nicht nur ein einziger, sondern alle Konkurrenten der Card Solutions betroffen. Dabei hat es sich um einen bewussten und strategischen Entscheid von Multipay/Card Solutions gehandelt. Schliesslich ist die Behinderung in einer besonders wichtigen Marktphase erfolgt, so dass sie ganz erhebliche Folgen für die Wettbewerber der Card Solutions gezeitigt und die Marktentwicklung massgeblich beeinflusst hat. Gleichzeitig wurde auch die Wahlfreiheit der Multipay-Händler eingeschränkt und die technische Entwicklung

auf dem Terminalmarkt gebremst. Eine Sanktion im unteren Drittel der Bandbreite von 0–10% ist ausgeschlossen. 595. Die Verhaltensweise von Multipay hat jedoch nicht dazu geführt, dass die Terminals von Konkurrenten der Card Solutions für Multipay-Händler generell ausgeschlossen waren. Ein gewisser Restwettbewerb bezüglich Multipay-Händlern, welche nicht an der DCC- Funktion interessiert waren, blieb bestehen. Da die Behinderung nach einem Jahr und 5 Monaten aufgegeben wurde, hat sie zu keinen Marktaustritten auf dem Terminalmarkt geführt. Eine Ansiedlung der Sanktion im oberen Drittel der Bandbreite von 0–10% erscheint daher nicht angezeigt. 596. Unter Berücksichtigung der oben genannten Elemente sowie in einer Gesamtbetrachtung aller Umstände des konkreten Einzelfalles, wird der vorliegende Kartellrechtsverstoss als mittelschwer qualifiziert. Der Basisbetrag wird in der Mitte des mittleren Drittels auf 5% des kumulierten Umsatzes der letzten drei Jahre auf dem relevanten Markt festgesetzt.⁵⁸² Dies ergibt einen Basisbetrag von CHF [6–7.5] Mio. B.4.4.2.2 Dauer des Verstosses 597. Gemäss Art. 4 SVKG erfolgt eine Erhöhung des Basisbetrages um bis zu 50 %, wenn der Wettbewerbsverstoss zwischen einem und fünf Jahren gedauert hat, für jedes weitere Jahr ist ein Zuschlag von bis zu 10 % möglich.⁵⁸³ 598. Im vorliegenden Fall hat der Verstoss 1 Jahr und 5 Monate gedauert. Er ist damit nicht mehr als kurzer Verstoss von weniger als einem Jahr zu qualifizieren, sondern es ist eine Erhöhung des Basisbetrages vorzunehmen. Der Verstoss hat zwar einerseits die Dauer von einem Jahr nur um 5 Monate überschritten, andererseits ist er zu einem besonders sensiblen Zeitpunkt erfolgt, da insbesondere in den Jahren 2005 und 2006 der Ersatz alter Terminals durch neue ep2-Geräte erfolgt ist. Ein Zuschlag von 10% erscheint daher als angemessen. 599. Der Basisbetrag ist aufgrund der Dauer des Verstosses um 10% zu erhöhen, was CHF [600'000–750'000.--] entspricht. B.4.4.2.3 Erschwerende und mildernde Umstände 600. In einem letzten Schritt sind schliesslich die erschwerenden und die mildernden Umstände nach Art. 5 und Art. 6 SVKG zu berücksichtigen.

⁵⁸² Vgl. RPW 2006/4, S. 664, Rz. 256, in welchem eine Verletzung der Art. 7 Abs. 1 i.V.m. Abs. 2 lit. a und lit. b ebenfalls von einem Basisbetrag von 5% ausgegangen wurde. ⁵⁸³ Vgl. Erläuterungen SVKG, S. 3.

32/2009/03386/COO.2101.111.5.127333 158

B.4.4.2.3.1 Mutmasslicher Gewinn 601. Ein durch das Verhalten erzielter „Normalgewinn“ ist bereits im Basisbetrag enthalten. Liegt indes die unrechtmässige Monopolrente über dem Basisbetrag, so ist diesem Umstand nach Massgabe von Art. 2 Abs. 1 und Art. 5 Abs. 1 lit. b SVKG Rechnung zu tragen.⁵⁸⁴ 602. Sofern eine Gewinnberechnung oder -schätzung möglich ist, soll ein besonders hoher Gewinn des Unternehmens bei der Festlegung der Sanktion als erschwerender Umstand berücksichtigt werden. Damit sich der Verstoss gegen Art. 49a Abs. 1 KG für das fehlbare Unternehmen unter keinen Umständen lohnt, ist der Sanktionsbetrag so weit zu erhöhen, dass er den Betrag des aufgrund des Verstosses unrechtmässig erzielten Gewinns übertrifft. 603. Im vorliegenden Fall geht es nicht um einen Ausbeutungsmissbrauch, sondern um eine nicht-preisliche Behinderungspraktik, welche die Verdrängung der Wettbewerber beabsichtigt und erst nach erfolgter Verdrängung die Möglichkeit eröffnet, Monopolrenten abzuschöpfen. Es ist daher nicht von einem besonders hohen Gewinn auszugehen, so dass sich weitere Gewinnberechnungen oder -schätzungen erübrigen. 604. Die Parteien bringen in ihrer Stellungnahme vor, bei der Sanktionsbemessung müsse auch das Element einfließen, wenn ein Gewinn sehr gering ausfalle. Im vorliegenden Fall sei der Ertrag aus

dem Verkauf von POS-Terminals während der als relevant erachteten Zeitperiode sehr gering. Das Sekretariat hätte die notwendigen Abklärungen treffen müssen und dann erkennen können, dass das Unternehmensergebnis (nach Abzug der Serviceleistungen, Wartungen, etc.) für diese Zeitperiode ca. CHF [1–2] Mio. betrage. Würde der Gewinn auf den gemäss Parteien einzig relevanten [1'000–2'000] Terminals berechnet, so betrage dieser lediglich CHF [100'000–200'000.--]. Ausgehend von der im Antrag berechneten Busse von rund CHF 7 Mio. würde der entstandene Gewinn [50–100]-fach abgeschöpft. Dies sei willkürlich und verfassungswidrig. 605. Es wurde oben bereits dargelegt, dass der mutmassliche Gewinn bei nicht-preislichen Behinderungspraktiken kein geeignetes Kriterium darstellt, um die Sanktion zu mindern. Zudem berücksichtigt die Gewinnberechnung der Parteien nur die [1'000–2'000] Terminals, bei welchen sich eine Wettbewerbsbeseitigung realisiert hat. Dies wird dem tatsächlichen Behinderungspotenzial der Verhaltensweise nicht gerecht. Von der Behinderung waren während der massgebenden Zeitperiode rund [10'000–15'000] Terminals betroffen. Zudem hatte die Verhaltensweise aus damaliger Sicht das Potenzial, den Wettbewerb auf längere Sicht zu behindern, da die Änderung des Verhaltens nicht absehbar war. Dass die Verhaltensweise aufgegeben wurde und damit nur eine beschränkte Wirkung zeitigte, wurde bereits im Rahmen der Festsetzung des Basisbetrags berücksichtigt, bei welchem es aufgrund der Stellungnahme der Parteien zu einer nochmaligen Senkung gekommen ist. Für eine weitere Senkung aufgrund des gleichen Umstandes unter dem Titel der Berücksichtigung des mutmasslichen Gewinns besteht daher kein Raum. 606. Schliesslich ist darauf hinzuweisen, dass Sanktionen für ein Unternehmen spürbar sein müssen und eine abschreckende Wirkung zu entfalten haben.⁵⁸⁵ Der mutmassliche Gewinn stellt nur eines von verschiedenen Bemessungskriterien dar⁵⁸⁶ und bildet keinesfalls eine „Obergrenze“ bei der Sanktionsberechnung.⁵⁸⁷ Es ist vielmehr aus Präventionsgründen dafür zu sorgen, dass mindestens der mutmassliche Gewinn abgeschöpft wird.

584 Vgl. dazu Erläuterungen SVKG, S. 1, 2 und 4. 585 Vgl. RPW 2006/4, S. 662, Rz. 240. 586 Vgl. RPW 2006/4, S. 665, Rz. 265. 587 Dies geht auch aus der Rechtsprechung des BVGer hervor, welche im Fall Publigroupe eine Busse von CHF 2.5 Mio. nicht beanstandet hat, obwohl der (schwer zu bestimmende) Gewinn von

32/2009/03386/COO.2101.111.5.127333 159

607. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass eine Sanktionsminderung aufgrund des mutmasslichen Gewinns nicht angezeigt und der Verzicht auf eine Senkung weder willkürlich noch verfassungswidrig ist. B.4.4.2.3.2 Einvernehmliche Regelung 608. Der Wille und die Bereitschaft zum Abschluss einer einvernehmlichen Regelung wird von den Wettbewerbsbehörden bei der Sanktionsbemessung als kooperatives Verhalten gewürdigt. Der Kooperation ist im Rahmen von Art. 2, 3 und 6 SVKG Rechnung zu tragen. 609. Im vorliegenden Fall wurden zwar Verhandlungen geführt, es ist aber nicht zum Abschluss einer einvernehmlichen Regelung gekommen. Eine Sanktionsmilderung unter diesem Titel scheidet daher aus. B.4.4.2.3.3 Weitere erschwerende und mildernde Umstände 610. In einem letzten Schritt sind schliesslich die übrigen erschwerenden und mildernden Umstände nach Art. 5 und Art. 6 SVKG zu berücksichtigen⁵⁸⁸. 611. In casu sind keine erschwerenden Umstände im Sinne von Art. 5 Abs. 1 SVKG ersichtlich. 612. Art. 6 Abs. 1 SVKG nennt als Milderungsgrund den Umstand, dass das Unternehmen die Wettbewerbsbeschränkung nach dem ersten Eingreifen des Sekretariats, spätestens aber vor der Eröffnung eines Verfahrens nach den Art. 26–30 KG beendet. Da das Sekretariat aber

vor der Eröffnung einer Vorabklärung gar keine Eingriffe vornehmen kann, ist dieser Milderungsgrund so auszulegen, dass eine Milderung dann in Frage kommt, wenn das Unternehmen nach dem ersten Eingreifen des Sekretariates nach Mitteilung der Eröffnung eines Verfahrens nach den Art. 26–30 KG die Wettbewerbsbeschränkung beendet.⁵⁸⁹ Dies ist im vorliegenden Fall nicht geschehen. Das erste Eingreifen der Wettbewerbsbehörden erfolgte mit der Eröffnung der Vorabklärung vom 20. Juli 2006. Die Multipay stellte ihre Verhaltensweise allerdings nicht sofort ein, sondern dies geschah erst rund 4 Monate später am 8. Dezember 2006, nachdem diverse Untersuchungshandlungen des Sekretariates erfolgt waren. ⁶¹³. Aus den obigen Erläuterungen ergibt sich, dass im vorliegenden Fall keine erschwerenden und mildernden Umstände gemäss den Art. 5 und Art. 6 SVKG vorliegen. B.4.5 Ergebnis ⁶¹⁴. Zusammenfassend ergibt sich in Anwendung von Art. 49a Abs. 1 KG und Art. 2 ff. SVKG folgende Sanktionsberechnung:

Publigroupe durch die Behinderung „kaum markante Veränderungen erfahren haben dürfte“, vgl. BVGer, Urteil vom 27. April 2010, Publigroupe gg. Weko i.S. Richtlinien des Verbands Schweizerischer Werbegesellschaften über die Kommissionierung von Berufsvermittlern (B2977/2007), E. 8.3.7. ⁵⁸⁸ Vgl. Erläuterungen SVKG, S. 4 ff. ⁵⁸⁹ Vgl. TAGMANN (FN 560), S. 273.

32/2009/03386/COO.2101.111.5.127333 160

Tabelle 11: Zusammenfassung der Sanktionsberechnung Bestandteil Berechnung CHF
Gesamtumsatz in der Schweiz SIX Group [3■400–3■500] Mio. Maximalhöhe der Sanktion (Art.49a Abs. 1 KG, 7 SVKG) 10% des Gesamtumsatzes [340–350] Mio. Umsatz auf dem relevanten Markt Terminalmarkt (ep2-Terminals inkl. „Wartung, Services, Projekte■) [120–130] Mio. Obergrenze Basisbetrag (Art. 3 SVKG) 10% des Umsatzes auf dem relevanten Markt [12–15] Mio. Berücksichtigung der Art und Schwere des Verstosses. Basisbetrag (Art. 3 SVKG): 5% der Obergrenze Basisbetrag [6-7.5] Mio. Dauer + 10% des Basisbetrags [600■000-750■000.--] Mutmasslicher Gewinn (Art. 49a Abs. 1 KG, Art. 2 und Art. 5 Abs. 1 lit. b SVKG): +/- 0% des Basisbetrags

Erschwerende und mildernde Umstände (Art. 5 und 6 SVKG): +/- 0% des Basisbetrags

Total:

7'029'000

⁶¹⁵. Aufgrund der genannten Erwägungen und unter Würdigung aller Umstände und aller genannten sanktionserhöhenden und –mildernden Faktoren erachtet die Weko eine Verwaltungssanktion in Höhe von CHF 7■029■000.-- als dem Verstoss von Multipay/Card Solutions gegen Art. 49a Abs. 1 KG angemessen. C Kosten ⁶¹⁶. Nach Art. 2 Abs. 1 der Verordnung über die Gebühren zum Kartellgesetz (Gebührenverordnung KG, GebV-KG, SR 251.2) ist gebührenpflichtig, wer das Verwaltungsverfahren verursacht hat. ⁶¹⁷. Im Untersuchungsverfahren nach Art. 27 ff. KG besteht eine Gebührenpflicht, wenn aufgrund der Sachverhaltsfeststellung eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung vorliegt, oder wenn sich die Parteien unterziehen. Als Unterziehung gilt auch, wenn ein oder mehrere Unternehmen, welche aufgrund ihres möglicherweise wettbewerbsbeschränkenden Verhaltens ein Verfahren ausgelöst haben, das beanstandete Verhalten aufgeben und das Verfahren als gegenstandslos eingestellt wurde (Entscheid des Bundesgerichts i.S. BKW FMB Energie AG, RPW 2002/3, S. 546 f. Rz. 6.1; Art. 3 Abs. 2 lit. b und c e contrario). Vorliegend ist daher eine Gebührenpflicht der Verfügungsadressatin zu bejahen. ⁶¹⁸. Nach

Art. 4 Abs. 2 GebV-KG gilt ein Stundenansatz von CHF 100 bis 400.--. Dieser richtet sich namentlich nach der Dringlichkeit des Geschäfts und der Funktionsstufe des ausführenden Personals. Auslagen für Porti sowie Telefon- und Kopierkosten sind in den Gebühren eingeschlossen (Art. 4 Abs. 4 GebV-KG). 619. Die aufgewendete Zeit für die vorliegende Untersuchung beträgt 1096 Stunden. Gestützt auf die Funktionsstufe der mit dem Fall betrauten Mitarbeiter rechtfertigt sich für 50 Stunden ein Stundenansatz von CHF 120.--, für 45 Stunden von CHF 130.-- (Praktikanten); für 945 Stunden von CHF 200.-- (wissenschaftliche Mitarbeiter); für 36 Stunden von CHF 250.-- und für 20 Stunden von CHF 290.-- (Direktionsstufe). Demnach beläuft sich die Gebühr auf CHF 215'650.-- 620. Die Gebühren werden der SIX Group als materielle Verfahrensadressatin auferlegt.

32/2009/03386/COO.2101.111.5.127333 161

D Dispositiv Aufgrund des Sachverhalts und der vorangehenden Erwägungen verfügt die Weko:

1. Es wird festgestellt, dass die SIX Group AG mittels ihrer Tochtergesellschaft SIX Multi-pay AG im Markt für das Acquiring der Kreditkarten Visa und MasterCard sowie im Markt für das Acquiring der Debitkarte Maestro über eine marktbeherrschende Stellung verfügt und diese bereits in der für den Missbrauch massgebenden Zeitperiode vom 5. Juli 2005 bis zum 8. Dezember 2006 bestand.
2. Es wird festgestellt, dass die SIX Group AG mittels ihrer Tochtergesellschaft SIX Multi-pay AG vom 5. Juli 2005 bis zum 8. Dezember 2006 eine unzulässige Verhaltensweise im Sinne von Art. 7 Abs. 1 i.V.m. Art. 7 Abs. 2 lit. a KG begangen hat, indem sie sich geweigert hat, bezüglich DCC mit anderen Terminalherstellern als der SIX Card Solutions AG zusammenzuarbeiten und ihnen die notwendigen Schnittstelleninformationen offen zu legen.
3. Es wird festgestellt, dass die SIX Group AG mittels ihrer Tochtergesellschaft SIX Multi-pay AG vom 5. Juli 2005 bis zum 8. Dezember 2006 eine unzulässige Verhaltensweise im Sinne von Art. 7 Abs. 1 i.V.m. Art. 7 Abs. 2 lit. b KG begangen hat, indem sie bezüglich DCC nur mit ihrer Schwestergesellschaft SIX Card Solutions AG zusammengearbeitet hat.
4. Es wird festgestellt, dass die SIX Group AG mittels ihrer Tochtergesellschaft SIX Multi-pay AG vom 5. Juli 2005 bis zum 8. Dezember 2006 eine unzulässige Verhaltensweise im Sinne von Art. 7 Abs. 1 i.V.m. Art. 7 Abs. 2 lit. e KG begangen hat, indem sie sich geweigert hat, bezüglich DCC mit anderen Terminalherstellern als der SIX Card Solutions AG zusammenzuarbeiten und ihnen die notwendigen Schnittstelleninformationen offen zu legen.
5. Es wird festgestellt, dass die SIX Group AG mittels ihrer Tochtergesellschaft SIX Multi-pay AG vom 5. Juli 2005 bis zum 8. Dezember 2006 eine unzulässige Verhaltensweise im Sinne von Art. 7 Abs. 1 i.V.m. Art. 7 Abs. 2 lit. f KG begangen hat, indem sie bezüglich der DCC-Funktion eine technische Koppelung von Acquiring verbunden mit der DCC-Dienstleistung und Terminal vorgenommen hat.
6. Die SIX Group AG wird für das unter Ziffer 2–5 beschriebene Verhalten mit einem Betrag von CHF 7'029'000.-- belastet.
7. Die Verfahrenskosten von insgesamt CHF 215'650.-- werden der SIX Group AG auferlegt.
8. Gegen diese Verfügung kann innert 30 Tagen beim Bundesverwaltungsgericht, Postfach, 3000 Bern 14, Beschwerde erhoben werden. Die Beschwerdeschrift muss die Rechtsbegehren und deren Begründung mit Angabe der Beweismittel enthalten und vom Beschwerdeführer oder seinem Vertreter unterzeichnet sein. Die angefochtene Verfügung ist der Beschwerdeschrift beizulegen.
9. Die Verfügung ist zu eröffnen an SIX Group AG, SIX Multipay AG und SIX Card Solutions AG, alle vertreten durch RA Dr. Jürg Borer und RA David Mamane, Schellenberg Wittmer, Löwenstrasse 19, Postfach 1876, 8021 Zürich. Wettbewerbskommission

Prof. Vincent Martenet

Dr. Rafael Corazza Präsident

Direktor

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